



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO



PROCESSO ADMINISTRATIVO: SE-PE005/2022

PROCESSO LICITATÓRIO: PREGÃO ELETRÔNICO Nº SE-PE005/2022

ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO

RECORRENTE: COMERCIAL KAYO LTDA, inscrita no CNPJ nº 35.206.677/0001-65, representada pelo Sr. Enioeldo Fernandes Farias.

I - PRELIMINARES

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Preliminarmente observa-se a existência dos pressupostos de admissibilidade no recurso interposto pela empresa recorrente.

Portanto verificada a presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), passaremos à análise do mérito em questão.





AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

O Edital e seus termos, permaneceram desde sua publicação até a data de sua realização ao inteiro dispor dos interessados e cidadãos comuns para livre acesso, permitindo que os licitantes interessados apresentassem seus pedidos de esclarecimentos e impugnações havendo alguma discordância dos seus termos e exigências.

A ferramenta impugnatória encontra guarida no artigo 41 da Lei nº 8.666/93 e, portanto, estabelece que os pleiteantes possam discordar, questionar, pedir esclarecimentos e a própria nulidade do processo em caso de existência de ilegalidades.

Dá-se ênfase ao fato de que a recorrente não interpôs contra o edital ato impugnatório e, portanto, como já compreendido pelo senso comum, "aceitou" as normas prefixadas no instrumento convocatório.

É cediço que se na qualidade de interessado não impugnou o edital, também não poderia fazê-lo no momento reservado a interposição de recursos administrativos, dado a máxima de que o edital não pode ser questionado administrativamente senão nos prazos estabelecidos pela própria legislação.

Neste entendimento se dispõe o **TJ-MS**, veja:

O decurso do prazo decadencial previsto no art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/93 impede tão somente a interposição de recurso perante a própria Administração, inexistindo qualquer óbice para a impugnação de normas editalícias perante o Poder Judiciário. (TJMS. Apelação Cível nº 2006.007857-5, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, Data de Julgamento: 30/09/2008, 4ª Turma Cível, 20/10/2008)

Não obstante há entendimento que não havendo impugnação, estaria inclusive impedido da utilização do instrumento "mandado de segurança":





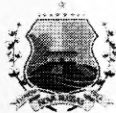
CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL
CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO PÚBLICA -
DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPUGNAR O EDITAL -
EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. DEIXANDO A LICITANTE DE
IMPUGNAR O EDITAL, NA VIA ADMINISTRATIVA, NÃO É
LÍCITO FAZÊ-LO MEDIANTE MANDADO DE SEGURANÇA,
DAÍ RESULTANDO EVIDENCIADA A AUSÊNCIA DO
INTERESSE PROCESSUAL. 2. PROCESSO EXTINTO
(TJ-DF - MS: 20020020050894 DF, Relator: ESTEVAM MAIA,
Data de Julgamento: 02/03/2004, Conselho Especial, Data
de Publicação: DJU 29/03/2004 Pág.: 44)

Ainda neste diapasão, o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL**
determinou:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL
CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO PÚBLICA -
DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPUGNAR O EDITAL -
EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. DEIXANDO A LICITANTE DE
IMPUGNAR O EDITAL, NA VIA ADMINISTRATIVA, NÃO É
LÍCITO FAZÊ-LO MEDIANTE MANDADO DE SEGURANÇA,
DAÍ RESULTANDO EVIDENCIADA A AUSÊNCIA DO
INTERESSE PROCESSUAL. 2. PROCESSO EXTINTO.
(TJ-DF - MS: 50896720028070000 DF 0005089-
67.2002.807.0000, Relator: ESTEVAM MAIA, Data de
Julgamento: 02/03/2004, Conselho Especial, Data de
Publicação: 29/03/2004, DJU Pág. 44 Seção: 3)

Portanto de forma preliminar observa-se que paira sobre os questionamentos da
recorrente uma forte tese a qual a impede de apresentar razões em recurso
administrativo que questionem as cláusulas e disposições do edital, e, aplicando a
inteligência da Jurisprudência acima firmada, verifica-se a inadequação nos quaisquer
questionamentos às exigências consagrados no edital, a qual, deve-se
obrigatoriamente vincular-se as ações de julgamento no processo em epígrafe.





II - DOS FATOS

Após a participação do processo licitatório pregão eletrônico, a recorrente fora declarada vencedora de alguns itens. Após isto, seguindo na fase da licitação, foram analisados seus documentos de habilitação.

Após análise, a Pregoeira a declarou inabilitada face ao desatendimento do item 10.4.2, que exige a apresentação do balanço patrimonial do último exercício social encerrado.

Considerando que o prazo para exigibilidade do balanço do exercício anterior (2021), a Pregoeira então tornou a recorrente inabilitada, tendo esta apresentado o balanço patrimonial referente ao exercício de 2020.

Após isto, a recorrente, no campo designado no próprio sistema manifestou sua intenção da apresentação de recurso administrativo tendo dentro do prazo protocolado suas razões por escrito.

A recorrente justifica que por optar pela realização de sua escrituração contábil na forma Digital (ECD), o prazo para apresentação seria até o último dia do mês de maio no ano seguinte, e assim, estaria equivocada a decisão da Pregoeira que a inabilitou.

Portanto, apresentou recurso administrativo com o fito de retornar ao processo com o *status* de habilitada e que lhe seja adjudicado o objeto.

III - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A recorrente foi declarada inabilitada no certame em pauta, pelo fato de ter descumprido o item editalício 10.4.2. Vejamos o que reza o referido item:

10.4.2 - Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, **já exigíveis e apresentados na forma da lei**, devidamente registrado, que comprove a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição





por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta, devidamente assinados por contabilista registrado no CRC

Trata-se de uma discussão bastante complexa e que requer um conhecimento amplo dentro do próprio direito.

Preliminarmente, é mister ressaltar que nossos posicionamentos se acostam sempre aos princípios basilares da Administração Pública, mais precisamente aos referentes à licitação, dentre eles o da legalidade e o da vinculação ao instrumento convocatório, previstos no caput. do art. 3º, da Lei de Licitações.

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. (grifou-se)

Ao reanalisarmos a supracitada exigência habilitatória, o que se busca, essencialmente, é a apresentação de um documento que **prove sua boa situação financeira** através do balanço patrimonial devidamente encerrado do **último exercício social**, que pela sua exigibilidade no momento, já deveria estar encerrado e escriturado (exercício de 2021).

Por outro lado, faz-se inoportuno requerer ou questionar cláusulas e condições do edital no momento em que se deverá apelar pela reconsideração de inabilitação no torneio. Não impugnado o edital e suas minutas no tempo determinado na lei, decaiu a recorrente do direito de realizar tais questionamentos.





Retomando o mérito da questão, criou-se controvérsia acerca da obrigatoriedade da escrituração do balanço patrimonial para microempresas, devido a Lei nº 9.317/96 dispensá-las na elaboração do balanço patrimonial e da Lei 8666/93 regradar sobre a exigibilidade da apresentação do balanço como condição para participação nas licitações públicas, vejamos:

Dispõe o § 1º do artigo 7º da Lei 9317/96:

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

Dispõe o inciso I do artigo 31 da Lei 8666/93:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I – Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

Por analogia, analisemos o caso das ME's e EPP's, que, neste cenário, criou-se o entendimento que do ponto de vista tributário as pequenas empresas tem a faculdade de elaborar o balanço patrimonial.

Porém, do ponto de vista Administrativo, no que se referem às compras governamentais, as pequenas empresas deverão apresentar o balanço em cumprimento ao inciso I do artigo 31 da Lei 8666/93.





No entanto, a Lei 9317/96 foi totalmente revogada pela Lei 123/2006. Assim, o intitulado Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte não reproduziu o aludido na lei anterior. O referido diploma legal, em seu artigo 27, regrou da seguinte forma:

Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor.

A partir daí, gerou-se a dúvida sobre o que englobaria a "contabilidade simplificada" que veio, inicialmente, a ser sanada pela Resolução Nº 1.115/07, que aprovou a NBC T 19.13 – Escrituração Contábil Simplificada para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

O item 7 da referida norma disciplina que: ***7 A microempresa e a empresa de pequeno porte devem elaborar, ao final de cada exercício social, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado, em conformidade com o estabelecido na NBC T 3.1, NBC T 3.2 e NBC T 3.3.***

Note-se que a Resolução ora em comento já estabelecia que as "pequenas empresas" deveriam elaborar o Balanço Patrimonial. Contudo, em 2011 esta Resolução foi revogada pela Resolução CFC N.º 1.330.

Nesta toada, em 2012 a Resolução CFC N.º 1.418 aprovou a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte que em seu item 26 estabeleceu que:

26. A entidade **deve elaborar o Balanço Patrimonial**, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas ao final de cada exercício social. Quando houver necessidade, a entidade deve elaborá-los em períodos intermediários. (Grifei e negritei)





Destarte, diante do exposto acima, concluímos que não há dispositivo legal que dispense as pequenas empresas da apresentação do balanço patrimonial.

Acerca do assunto, o jurista Sidney Bittencourt leciona:

Situação sui generis ocorre no caso de microempresa, principalmente em função do tratamento diferenciado a ela conferido pelo art. 175 da Constituição Federal, vigindo, para essa, o Estatuto das Microempresas, que afasta a necessidade de possuírem demonstrações contábeis, o que não impede que o edital exija essas demonstrações referentes ao último exercício social, de modo a permitir uma avaliação das condições financeiras para arcar com o compromisso. De outra forma, entendendo a Administração licitadora que o objeto é simples e facilmente executável, poderá não exigir a demonstração no edital. (in Licitação passo a passo. 4ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas & idéias Editora, 2002, p. 158)

Outrossim, o prof. Carlos Pinto Coelho Motta versou:

As microempresas e empresas de pequeno porte devem, igualmente, elaborar o balanço patrimonial, considerando que, nesse aspecto, a LNL não foi derogada pela LC 123/06. (in Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 389)

Diante destes fatos legais já consagrados e ratificações de entendimento pelos ilustres doutrinadores, não nos resta dúvidas da exigibilidade e indispensabilidade do balanço patrimonial exigido alhures.





Para finalizar compreendemos que o prazo para encerramento do balanço patrimonial de fato é até o dia 30 de abril do ano subsequente. A Lei Federal nº 1.406/02, mais conhecida como "Código Civil", trata este assunto no artigo 1.078, *in verbis*:

Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de:
I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; (grifos acrescidos)

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), mediante relatório do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho no TC-016967/026/07:

"De outro lado, o Secretario Diretor Geral manteve seu posicionamento anterior, concluindo pela irregularidade da licitação e do contrato, com aplicação do disposto nos incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93, consignando que:

(...)

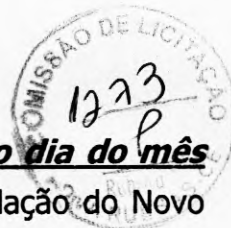
- O balanço patrimonial que pode ser exigido em março de 2007 é o de 2005, já que o de 2006 **somente será exigível a partir de 30 de abril** de 2007, sendo o que se entende da leitura do artigo 31, inciso I, da Lei nº 8.666/93 c.c. artigos 1.065 e 1.078 do Código Civil;

- Esse entendimento é defendido por boa parte da doutrina e jurisprudência desta Casa;

(...)

Nada obstante serem as licitantes inabilitadas sociedades limitadas, **a data limite para deliberação pelos sócios ou administradores da empresa do balanço patrimonial**





encerrado a cada exercício social é último dia do mês de abril do exercício seguinte, segundo redação do Novo Código Civil, o que deixa clara a possibilidade de terem sido aceitos os respectivos demonstrativos contábeis do exercício social de 2005.

Adentrando ao caso concreto, relembramos que a qualificação econômico-financeira, outrora denominada "idoneidade financeira", tem por objetivo a verificação da disponibilidade de recurso financeiro dos licitantes para a plena e satisfatória execução do objeto a ser contratado. Em outras palavras como foi sintetizado pelo mestre Hely Lopes Meirelles é a "**capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrente do contrato**". O balanço patrimonial, especificadamente, tem por objetivo examinar a situação econômico-financeira do licitante.

O balanço patrimonial é fechado ao término de cada exercício social em consonância ao artigo 1065 do Código Civil. Diante disso, passamos a questionar qual o prazo para a elaboração deste balanço.

A Lei Federal nº 10406/2002 dispõe que o balanço deverá ser DELIBERADO até o quarto mês seguinte ao término do exercício social, a saber:

Dispõe o artigo 1078 do Código Civil:

Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, **nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social**, com o objetivo de:

I – Tomar as contas dos administradores e **deliberar** sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico (Grifei e negritei)

Nesta toada, o Ilustre **Carlos Pinto Coelho Motta** leciona:

"O problema consistiria, concretamente, nos prazos referentes à exigibilidade de tais documentos, para fins de habilitação. Por vezes coloca-se nítido impasse entre a exigência do balanço e o fator temporal.





O Professor Pereira Júnior conclui, judiciosamente:

O que parece razoável é fixar-se 30 de abril como a data do termo final do prazo para levantamento dos balanços e 1º de maio como a data do termo inicial de sua exigibilidade. Antes dessas datas, somente seriam exigíveis os balanços do exercício anterior ao encerrado. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2004, se se quiser o balanço como prova de qualificação econômico-financeira, somente será exigível o referente a 2002. " (in Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 389).

Após a criação do SPED - Sistema Público de Escrituração Digital e a ECD - a Escrituração Contábil Digital em meados de 2007, e então determinado que todas as empresas sujeitas à escrituração contábil, nos termos da legislação comercial (Lei das S/A e Código Civil), estariam obrigadas a adotá-la. Inserindo cláusula clara sobre a data de envio de um balanço.

Dispõe o artigo 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.774/2017

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:

- I - às pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;
- II - aos órgãos públicos, às autarquias e às fundações públicas;





III – às pessoas jurídicas inativas, assim consideradas aquelas que não tenham realizado, durante o ano-calendário, atividade operacional, não operacional, patrimonial ou financeira, inclusive aplicação no mercado financeiro ou de capitais as quais devem cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação específica;

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; e

V – às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido que não distribuíram, a título de lucro, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), parcela de lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do imposto sobre a renda, diminuída dos impostos e contribuições a que estiver sujeita.

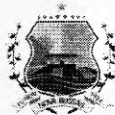
Neste diapasão, o artigo 5º da mesma Instrução Normativa disciplinou sobre o prazo limite para apresentação do ECD junto a Sped:

Art. 5º A ECD deve ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), instituído pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, até o último dia útil do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refere a escrituração.

Isto é, a Instrução Normativa estabeleceu que as empresas obrigadas a apresenta a ECD terão até o final de maio do ano subsequente para apresentação do balanço.

Portanto, há dois prazos:





- Até maio do ano subsequente para as empresas obrigadas a apresentar ECD.
- Até abril do ano subsequente as que não são obrigadas a apresentar ECD (Ex. Simples Nacional*)

O fato é que alguns entendem que o prazo limite é até abril do ano subsequente seguindo o código civil que hierarquicamente prevalece sob a Instrução Normativa.

O ARTIGO 59 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL estabelece a hierarquia das normas lembrando que o Código Civil é uma Lei Ordinária, vejamos:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

É nítido que a Instrução Normativa nem sequer está elencada no rol do artigo constitucional, pois são promulgadas pelos órgãos competentes da Administração Pública. Diante disto, a Instrução Normativa é norma de caráter secundário.

O **Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região** corrobora com este entendimento:

ADMINISTRATIVO – REGISTRO ESPECIAL PARA COMPRA DE SELOS DE CONTROLE DO IPI – INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 139/83 – ART. 153, PAR. 2. DA CONSTITUIÇÃO DE 67 – ART. 5, INC, II. CONSTITUIÇÃO DE 88.





I – A Instrução Normativa nº 139/83 não pode restringir direitos que a lei não restringiu dada sua natureza de ato administrativo, **com eficácia limitada pela hierarquia das leis**

AMS nº 91.02.00544-1/RJ, 2ª T., rel Des. Carreira Alvim, j, em 12/09/1995, DJU de 15/02/1996, p.7) (destacamos)

Ante a nossa Carta Magna, é cabível destacar que a Instrução Normativa em comento serve para fins tributários e não precisa ser necessariamente levada em consideração pela Administração nos processos licitatórios.

“A Instrução Normativa RFB nº 787/2007 a que se refere a recorrente, em seu art. 1º, esclarece que é instituída a Escrituração Contábil Digital para fins fiscais e previdenciários.

Imperioso destacar que tal norma não poderia se prestar a inovar disposição legal. No caso, o Código Civil pátrio, em seu Capítulo IV -Da Sociedade Limitada, prescreve:

“Art. 1078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de:

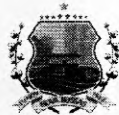
I – Tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;”

As regras relativas ao balanço digital são tributárias, instituídas para fins de fiscalização dos tributos a serem recolhidos. Para fins de licitação, necessária observância da norma de regência.

Desta feita, não merece reparo a decisão da Pregoeira, de inabilitação da empresa que não apresentou o balanço patrimonial exigível na forma da lei.

Destarte que o Código Civil em nenhum momento determinou prazo para envio, mas sim para deliberação. Nesse sentido o TCU já decidiu:





"A exigência para apresentação do balanço patrimonial e demais demonstrações financeiras relativas ao exercício imediatamente anterior, para as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sistema Público de Escrituração Contábil (Sped), só se inicia a partir do último dia estipulado pelas normas da Secretaria da Receita Federal para apresentação da Escrituração Contábil Digital (ECD). O prazo previsto no Código Civil (30 de abril) refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e não a sua publicação." Acórdão 472/2016-Plenário

Por outro lado, entende-se que as empresas obrigadas a apresentar o ECD possuem prazo até maio do ano subsequente seguindo a Instrução Normativa 1.774/2017, no qual obrigatoriamente submetem-se.

Isto porque não há como ter duas escriturações contábeis referentes ao mesmo período e seria desarrazoado apresentar os Livros na Junta Comercial e depois no SPED – Sistema Público de Escrituração Digital. Aliás, na prática não há como registrar em ambos.

Diante disso alguns órgãos licitantes vem reconhecendo que os balanços das empresas obrigadas a apresentar o ECD serão aceitos até maio do ano corrente, ou seja, a partir desta data deverão apresentar o balanço do último exercício.

IV - CONCLUSÃO

Ao cabo, frisa-se que as empresas desobrigadas a apresentar o ECD, em regra as empresas optantes pelo Simples Nacional, o prazo é até abril do ano subsequente.

Contudo melhor ainda é a apresentação do ECD ao SPED em data que antecede o mês de abril em conformidade ao Código Civil, apesar da IN 1.774/2017 conceder prazo até maio. Desta forma não abre margem para qualquer questionamento.





V - DA DECISÃO

Diante do exposto, somos pela **IMPROCEDÊNCIA** do recurso, mantendo o julgamento dantes proferido, e conseqüentemente, pela **INABILITAÇÃO** da empresa recorrente.

Nova Russas/CE, 31 de maio de 2022.

José Amilton Gomes Martins

Secretário de Educação do Município de Nova Russas

