

Interessado: Comissão Permanente de Licitações

Processo Licitatório: 0032/2023 Modalidade: Concorrência nº 001/2023

Objeto: Contratação de Empresa Especializada em serviços de Engenharia para realizar construção de escola na sede do Município de Carmésia M/G.

EMENTA: Administrativo. Licitação. Habilitação. Julgamento. Balanço Patrimonial. Data Limite de Entrega. Empresa Lucro Real. Divergência. Moderação e Ponderação. Interesse Público.

RELATÓRIO

Vem ao exame dessa consultoria solicitação da Comissão Permanente de Licitação, postulando manifestação jurídica sobre a seguinte situação.

Na abertura dos documentos de habilitação das empresas participantes do processo licitatório acima epigrafado, foi detectado que a empresa GOMES EMPREENDIMENTO LTDA CNPJ: 14.793.374/0001-16 apresentou balanço patrimonial referente ao exercício de 2021. A dúvida do consulente refere-se a eventual conflito com a exigência contida no item 8.2.5 do edital que regulamenta o certame, confira:

8.2.5 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;

Na oportunidade o representante da empresa, alegou que, por força da Instrução Normativa nº: 1.420/2013 foi fixado o prazo para o último dia do mês de junho, e a 1.594/2015¹, ocorre que referidas INs foram revogadas, estando atualmente vigente a IN RFB nº: 2003 de 18 de janeiro de 2021 que estabeleceu como prazo limite o último dia de maio (art. 5º), para apresentação do balanço, assim, segundo entende, o Balanço referente ao exercício de 2022 ainda não seria exigível, portanto, o apresentado atenderia a exigência editalícia.

Diante dessa celeuma, a CPL entendeu por bem, solicitar manifestação contábil e jurídica acerca das circunstâncias fáticas narradas.

A contabilidade entendeu que existiram dois prazos distintos. O primeiro seria até 30/04 pertinente aquelas empresas que estão desobrigadas de apresentação de

¹ IN da Receita Federal.

escrituração contábil digital (ECD) e 31/05 para as que estão, prazo híbrido em consonância com o Código Civil e a IN nº 2003/2021.

É o relatório, passa-se ao parecer opinativo.

FUNDAMENTAÇÃO

De fato, o item 8.2.5 do Edital exige a apresentação do balanço patrimonial do último exercício, assim, grosso modo seria de 2022.

Ocorre que, concomitante a exigência de que seja do último exercício, estabelece que “já exigíveis”.

Diante disso, cinge-se a controvérsia em verificar se a apresentação do balanço pertinente ao exercício de 2022 já seria exigível, ou, mera faculdade.

Pertinente lembrar que o vocábulo exigível se refere ao limite temporal para apresentação consignado na legislação.

Em relação ao caso concreto:

Prevalece em nosso ordenamento jurídico a tese defendida por Kelsen, comumente denominada pirâmide Kelsiana, que estabelece uma hierarquia nas diversas normas, assim, a norma de maior hierarquia sobrepõe a menor.

Nesse contexto, a Constituição está no topo desta pirâmide seguida por leis e atos administrativos.

Nessa linha a Receita Federal através da IN nº: 2003 de 18 de janeiro de 2021, dispôs sobre a escrituração contábil digital (ECD), fixando como limite temporal para envio dos respectivos dados o último dia do mês de maio.

Ocorre que, em que pese o prazo assinalado, a referida IN traz as seguintes exceções:

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:

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 efetuado qualquer atividade operacional, não operacional, patrimonial ou financeira, inclusive aplicação no mercado financeiro ou de capitais, durante todo o ano-calendário, 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\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) ou ao valor proporcional ao período a que se refere a escrituração contábil;

V - às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido que cumprirem o disposto no parágrafo único do art. 45 da [Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995](#); e

VI - à entidade Itaipu Binacional, tendo em vista o disposto no art. XII do [Decreto nº 72.707, de 28 de agosto de 1973](#).

§ 2º As exceções a que se referem os incisos I e V do § 1º não se aplicam à microempresa ou empresa de pequeno porte que tenha recebido aporte de capital na forma prevista nos arts. 61-A a 61-D da [Lei Complementar nº 123, de 2006](#).

§ 3º A exceção a que se refere o inciso V do § 1º não se aplica às pessoas jurídicas que distribuírem parcela de lucros ou dividendos sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) em montante superior ao valor da base de cálculo do imposto sobre a renda apurado, diminuída dos impostos e das contribuições a que estiverem sujeitas.

§ 4º As pessoas jurídicas do segmento de construção civil dispensadas de apresentar a Escrituração Fiscal Digital do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e do Imposto sobre Produtos Industrializados (EFD ICMS/IPI) ficam obrigadas a apresentar o livro Registro de Inventário na ECD, como livro auxiliar.

Pois bem.

Por sua vez o Código Civil em seu art. 1.065 estabelece que a obrigatoriedade de elaboração do Balanço de resultado econômico ao término de cada exercício social, confira:

Art. 1.065. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

Entretanto, a conta do exercício depende da aprovação dos sócios, assim necessário se faz verificar a disposição contida no art. 1.071 do mesmo diploma normativo, que por sua vez esclarece que deve ocorrer até o último dia do quarto mês, ou seja, até 30/04 (art. 1.1078)

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

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

Os órgãos de controle, de forma especial o Tribunal de Contas da União (TCU), analisou situação semelhante em duas oportunidades.

No Acórdão 472/2016, aduziu que o prazo constante no art.1078 (30/04) referia-se tão somente à deliberação da assembleia dos sócios sobre o balanço e não sobre a publicação, então seria aplicável o prazo que contava na então IN 1.420/2013 (30/06).

No mesmo exercício, através do Acórdão 119/2016, revisou o tema conferindo primazia à regra prevista no Edital. No mesmo julgado, entretanto, entendeu o TCU que deverá ser observado outros princípios como o da razoabilidade e da economicidade, diante do formalismo exagerado e da possibilidade de reconhecer como validas ambas as datas, ou seja, a do CC e da IN.

Em que pese entendimento divergente no âmbito do TCU, em análise dos julgados, ao que parece, a solução quanto a regra de prazo para apresentação do balanço caminha para que seja o ultimo dia de abril na forma prevista do art. 1078 do CC para as empresas que não estejam sujeitas à ECD e as demais para o último dia de maio para aquelas que se encontram nesse regime, como bem salientou o parecer contábil.

Entretanto, noutro norte, por sua vez, o Estatuto das Licitações (Lei 8.666/93), em seu art. 31, estabelece:

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;

Sendo assim, se o estatuto da licitação aduz que o balanço deve ocorrer na “*forma da lei*” e, como cediço, a legislação que trata deste assunto através da “*lei*” é o Código Civil, no meu sentir não há outro caminho a não ser seguir essa disposição.

Nesse sentido o art. 1.065 considera o prazo ao término de cada exercício social, e, como de conhecimento geral o exercício social encerra-se no último dia do mês de dezembro.

Leitura conjunta do art. 1.065 e 1.078, já citados anteriormente, a deliberação deste balanço deve ocorrer no prazo de 4 meses após sua finalização, assim, temos outro limite temporal que seria até 30/04.

Conclui-se, que se o exercício social se encerra no dia 31/12 e o balanço patrimonial deve ser realizado até 30/04, desta forma, a partir do dia 1º de maio seria exigível o balanço do ano anterior.

Despiciendo dizer que Instruções Normativas são normas de caráter secundário, não podendo essa, alterar a Lei 8.666/93, tampouco as disposições contidas no Código Civil. É dizer, se a lei de licitações em seu art. 31 expressamente estabelece que o balanço deve ser apresentado na FORMA DA LEI, então, alternativa não há, senão concluir pela exigência a partir do dia 1 de maio.

Deve-se ponderar ainda a previsão contida no edital, já que, cediço que o edital vincula seus participantes sendo a Lei interna da Licitação.

No caso presente, o edital além de informar se tratar do último exercício, estabelece ***já exigível*** e como fundamentado tal exigência quando apreciada sob prisma da legislação seria 30/04.

Assim, considerando que a habilitação na Licitação tem por finalidade garantir que o licitante tenha os requisitos mínimos para participar da disputa e executar o contrato de forma satisfatória, não sendo raro que empresas que não dispõem de aporte financeiro iniciem obras públicas e não concluem ou, concluem com material de baixa qualidade o que, ao fim e ao cabo, traz danos irreversíveis à população abarrotando o poder judiciário com ações indenizatórias e de perdas e danos.

Desta forma, a luz da particularidade do caso concreto verifica-se ser considerável o valor orçado para a obra (superior a 5 milhões de reais), diante disso, o balanço apresentado no último exercício permite verificar a plena saúde financeira da empresa para execução do futuro contrato e, assim, garantir “*em tese*” a satisfação do objeto dentro dos parâmetros desejados, portanto, as demonstrações que contam no balanço de 16 meses anteriores ao procedimento licitatório, a meu sentir, apresenta risco à verificação da condição de contratação à luz de sua saúde financeira.

Portanto, a despeito de divergência no âmbito do TCU, pelas razões acima esposadas, filio-me à corrente que entende que o prazo limite para o caso concreto seria 31/04 sendo exigível à partir do dia 01/05.

CONCLUSÃO:

Face às razões fáticas e jurídicas acima declinadas essa assessoria jurídica opina:

- 1) Entendo que a melhor interpretação à ser dada à questão seria o balanço realizável até 30/04, sendo, exigível à partir do dia 01/05.
- 2) Entretanto, a Comissão em seu poder discricionário, considerando que o presente Parecer não possui caráter vinculativo pode deliberar de forma divergente.

É o parecer ressaltando seu caráter opinativo e não vinculativo.

Carmésia, 26 de maio de 2023.



Helder Ferreira

OAB/MG: 159.349