

**RESPOSTA A RECURSO
PROCESSO LICITATÓRIO N.º 39/2023
TOMADA DE PREÇOS N.º 003/2023**

OBJETO: Contratação de empresa especializada do ramo de engenharia civil para a **execução de obra de Reforma da Escola Municipal Padre Rafael – Projeto Mãos Dadas na sede do Município de São João da Ponte- MG**, por meio do TERMO DE CONVÊNIO DE SAÍDA Nº 1261000025/2023/SEE, celebrado entre o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Educação e a Prefeitura de São João da Ponte, conforme detalhado no memorial descritivo, planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro, projeto arquitetônico, em observância ainda ao projeto básico, em atendimento a solicitação da Secretaria Municipal de Educação e Secretaria de Infraestrutura

I. DAS PRELIMINARES:

1.1 A empresa RODRIGUES CONSTRUÇÕES E TRANSPORTES EIRELLI-EPP apresentou recurso contra a sua inabilitação, uma vez que, segundo suas alegações, o balanço patrimonial apresentado deve ser aceito pela Administração para fins habilitação no processo.

II. DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA

2.1 Alega a recorrente:

“ Com as devidas escusas, verifica-se que a decisão da Comissão Permanente de Licitação merece revisão, uma vez que, conforme restará cabalmente demonstrado, a Recorrente cumpriu plenamente com todas as exigências editalícias, sendo incorretamente inabilitada, em flagrante dissonância com o princípio do julgamento objetivo do certame, razão pela qual merece ser imediatamente revista a decisão.

(...)

Isto porque, diversamente da efetivação do princípio da legalidade na atividade privada, através do qual tudo se é permitido senão o quanto defeso na letra da lei, o referido preceito geral, Quando focado para a atividade administrativa, transmuta-se para ensejar o balizamento da ação administrativa somente segundo o quanto prescrito na legislação, ou secundum legem.

Nesse sentido observa Renato Alessi que ao averbar que a atividade administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Consagra-se a teoria de que a Administração é a longa manus do legislador, ou seja, de que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

(...)

Com o escopo de atingir este objetivo são traçadas as regras do procedimento, tudo em consonância com as prescrições legais e principiológicas inerentes ao certame. Tais regras constam essencialmente do instrumento convocatório, meio legal e hábil à publicização do interesse administrativo em contratar e da forma pela qual pretende escolher a melhor proposta face ao interesse público.

(...)

Conforme se depreende do exame do documento “ATA DE ABERTURA DA DOCUMENTAÇÃO” disponibilizado pela CCPL do município, a RODRIGUES CONSTRUÇÕES E TRANSPORTES EIRELLI-EPP restou inabilitada em decorrência de:

1- BALANÇO PATRIMONIAL DO EXERCÍCIO SOCIAL 2021

(...)

Em que pesem a alegação da Comissão de Licitações, a mesma não merece prosperar, uma vez que, conforme restará cabalmente demonstrado, a Recorrente atende a TODAS as exigências do Edital, razão pela qual impõe-se a necessidade de reforma da decisão prolatada, senão vejamos.

A Recorrente apresentou o balanço patrimonial 2021 registrado na Junta Comercial, uma vez que a empresa é na forma de tributação lucro presumido e no que tange a A jurisprudência sobre a obrigatoriedade de apresentação do Balanço Patrimonial para as empresas obrigadas a utilizá-las (Art. 2º do Decreto 6.022/2007 e Art. 3º da IN RFB 2.003/2021) é omissa, com relação a sua apresentação nas licitações públicas. Devido a esse impasse, a melhor solução encontrada, é aquela que está definida do edital.

Se o edital menciona que seja no formato ECD/SPED o licitante deve obedecer, sob pena de inabilitação. Por outro lado, se o edital não fizer nenhuma menção sobre ECD/SPED, o licitante pode optar pelo formato que mais lhe convier.

(...)

Portanto, refutados o argumento utilizado pela Comissão de Licitações de SÃO JOÃO DA PONTE - MG, verifica-se a INEXISTÊNCIA de qualquer motivo que justifique a manutenção da inabilitação da Recorrente, razão pela qual deve a i. Comissão de Licitações promover a imediata reforma da decisão, para que seja HABILITADA a Rodrigues Construções e Transportes Ltda-EPP no certame.

III. DO PEDIDO DA EMPRESA:

3.1 Agência a empresa nos seguintes termos:

“Ante o exposto, requer que seja devidamente recebido e conhecido o presente recurso administrativo, conferindo-lhe o EFEITO SUSPENSIVO. Apreciado o apelo pela Autoridade Superior, no mérito, pede-se o TOTAL PROVIMENTO do presente Recurso, para reconhecidas as irregularidades apontadas no julgamento de Habilitação pela Comissão Permanente de Licitação, seja revista a decisão que promoveu o julgamento da habilitação da Rodrigues Construções e Transportes Ltda-EPP. nos autos da TOMADA DE PREÇOS 003/2023, nos termos exaustivamente delineados acima. empresa solicita a inabilitação da empresa pelas razões apresentadas no recurso.

IV. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

4.1 Preliminarmente temos que o recurso está tempestivo, uma vez que a empresa protocolou sua peça recursal dentro do prazo estabelecido na Lei. Vejamos o que diz a Lei 8.666/93, que disciplina a matéria:

*“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:*

a) habilitação ou inabilitação do licitante;”

4.2 Trata-se de recurso relativo à apresentação do Balanço Patrimonial, onde a empresa apresenta a tese de que a Administração deveria acatar o balanço do exercício de 2021, uma vez que o prazo para o envio do SPED não venceu e, portanto, a mesma não estaria obrigada a ter o balanço de 2022.

4.3 Importante trazer ao presente termo o que está definido no edital como condição para habilitação, senão vejamos:

“6. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)

*6.2. 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.*

4.4 As regras para elaboração do balanço patrimonial da sociedade limitada estão previstas no Código Civil, onde o artigo 1.065 estabelece a obrigatoriedade de elaboração do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico ao término de cada exercício social. Ocorre que a aprovação das contas da administração (inclusive os balanços) depende de deliberação dos sócios (art. 1.071, Inc. I), que deve ocorrer em assembleia geral, até 04 (quatro) meses depois do término do exercício (art. 1.078, Inc. I)

Em complemento, foram criados o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED e a Escrituração Contábil Digital – ECD para escrituração no âmbito da Receita Federal de empresas com regime de tributação pelo lucro real e algumas pelo lucro presumido, a depender da parcela de lucro ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do imposto sobre a renda.

4.5 O prazo para o registro da ECD no SPED foi definido inicialmente na Instrução Normativa nº 1420/2013 da Receita Federal, que estabeleceu o prazo final o último dia útil do mês de junho. Tal prazo foi alterado pela Instrução Normativa nº 1.594/2015 que estabeleceu o encerramento o último dia útil do mês de maio do ano seguinte.

4.6 Dessa forma, em tese, existe uma controvérsia sobre o prazo de apresentação do Balanço Patrimonial, sendo uma estabelecida pela Lei Federal nº 10.406 /02 (Código Civil) e outro estabelecido pela Instrução Normativa RFB nº 1.594/2015.

4.7 Em nosso ordenamento jurídico é pacificado o ideário da hierarquia entre normas, que apresenta a Constituição no topo, como norma fundamental; em segundo patamar as espécies normativas primárias (leis complementares, leis ordinárias, decretos-lei) que retiram o fundamento de validade da Constituição; em terceiro patamar as espécies normativas secundárias (decretos, portarias, instruções e regulamentos). Por esse critério, em caso de conflito entre as normas, prevalece a que tiver maior hierarquia, tendo em vista que possui maior densidade normativa.

Aplicando-se a métrica no caso em comento, temos que a regra estabelecida no Código Civil – lei ordinária e espécie normativa primária – terá preponderância sobre a Instrução Normativa da Receita Federal – ato regulamentar e espécie normativa secundária.

4.8 O Tribunal de Contas da União em última decisão sobre o tema, no Acórdão nº 119/2016 – Plenário assim se posicionou:

(...)

20. *Sustento entendimento diverso justamente por não vislumbrar qualquer tipo de conflito entre o conteúdo do art. 1.078 do Código Civil e o teor do art. 5º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) 1.420/2013, como sugere o sobredito acórdão. Ao revés homenageando a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico vigente, defendo que ambos os dispositivos se prestam justamente a complementar o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, conferindo-lhe assim eficácia plena, senão vejamos.*

(...)

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 a dar ciência ao TRT do ocorrido para que tal lacuna possa ser preenchida no edital que vier a ser publicado.***

Em termos jurídicos, o critério da hierarquia entre as normas tem grande relevância, vez que trata do cumprimento da legalidade em essência. A circunstância de ato regulamentador, editado por um único agente político, sobrepor-se a uma lei, que é resultado de aprovação no legislativo, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

V. DECISÃO:

5.1 Isto posto, temos que conhecemos o recurso pela sua tempestividade e, analisando o mérito, **NEGAMOS o provimento**, mantendo a decisão proferida na sessão.

São João da Ponte (MG), 30 de maio de 2023.

Daniela Mendes Soares
Presidente da CPL
Portaria nº 015, de 01/02/2022.

Charles Jefferson Santos
Procurador do Município
OAB nº 123.071

Hamilton Lopes da Silva
CRC: 118.486-O
Setor Contábil