

## ATA DA DÉCIMA REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.

Aos catorze (14) dias do mês de setembro, de dois mil e quinze (2015), às dezoito horas (18:00), reuniu-se a Comissão Permanente de Licitação, composta pelos senhores Maria Luiza Paixão Paranhos (Presidente), Fernando Marques Rebelo (Vice-Presidente), Celso de Moura Leite Ribeiro (Membro Efetivo), Luis Henrique Simão Godeghesi (Membro Suplente) e Leonardo Carvalho Rangel (Membro Suplente), para deliberar a respeito do Processo RG nº 7294/2014 (Concorrência nº 02/2015), o qual tem por objeto a Concessão de Uso, a título oneroso, de dependência da ALESP, para exploração de comércio de Restaurante, conforme especificações constantes do Memorial Descritivo (Anexo II), que integra o presente Edital. Legislação aplicada: Lei Federal nº 8.666/93, Lei Estadual nº 6.544/89 e Atos nº 33/95 e 11/01, ambos da Egrégia Mesa da ALESP.

Aberta a reunião, a Comissão Permanente de Licitação passou a analisar os recursos apresentados pelos licitantes **RENATO CANTERO DIAS-ME** (fls. 784/831) e **RESTAURANTE IMPÉRIO GRILL EIRELI – ME** (fls. 832/841), decidindo conhecê-los, por revestirem-se das formalidades legais e serem tempestivos, protocolizados junto ao Serviço de Protocolo Geral da ALESP.

Foi concedido prazo para impugnação aos recursos interpostos, conforme publicação no Diário Oficial do Estado, de 02 de setembro de 2015 (fls. 843). Não foram apresentadas contrarrazões aos recursos interpostos, conforme informação do Serviço de Protocolo Geral (fls. 845).

Passou então a Comissão a apreciar o mérito dos recursos interpostos.

### **I) RENATO CANTERO DIAS-ME** (fls. 784/831)

O recorrente foi inabilitado por apresentar certidão negativa de falência emitida pelo Cartório do distribuidor diverso da sede (Município de Santos), contrariando o disposto no subitem 6.5.1 do Edital.

Em sua defesa, traz, em apertada síntese, as seguintes alegações: a) atendimento ao instrumento convocatório, na medida em que a certidão foi emitida pelo cartório distribuidor da residência do empresário (pessoa física) e o subitem 6.5.1. do instrumento convocatório deixa claro que o documento mencionado pode ser expedido tanto na sede da pessoa jurídica como no domicílio da pessoa física. Faz também referência ao disposto no subitem 3.3.2. do edital; b) a certidão de falência apresentada abrange a cidade de Santos, sede da empresa, já que esta comarca já foi informatizada. Junta ao seu recurso nova certidão, de forma a comprovar que o processo de informatização do Poder Judiciário do Estado de São Paulo foi concluído e que, desde 24/08/2015, a certidão é única para todo o estado; c) foi concluído seu cadastrado no CAUFESP, efetuado pela ALESP antes da sessão de abertura dos envelopes de habilitação e, por esta razão, sua empresa estaria apta a participar de qualquer tipo de licitação no âmbito estadual; d) é microempresa e goza de benefícios legais trazidos pela Lei Complementar nº 123/2006, inclusive o da concessão de prazo para regularização de sua documentação fiscal.

**NÃO ASSISTE RAZÃO À RECORRENTE.** Vejamos:

a) O subitem 6.5.1. do edital dispõe: “*Certidão, específica ou não (que possam abranger em seu bojo mais de uma espécie de ação judicial), negativa de falência ou concordata/recuperação judicial, em se tratando de sociedade empresária, ou negativa de insolvência civil (CPC, art. 748) para as pessoas não submetidas à Lei federal nº 11.101/2005 (cf. art. 2º, L. F.; art. 4º, da Lei federal 5.764/1971 e demais legislações aplicáveis à espécie), expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou do domicílio da pessoa física.*”

Nota-se que a redação deste subitem foi elaborada de forma a comportar duas situações. A primeira situação é para as pessoas passíveis de falência, a qual é regulada pela Lei federal nº 11.101/2005. São elas o empresário e a sociedade empresária, ou seja, aqueles registrados na Junta Comercial (caso da recorrente). Conforme disposto no artigo 3º da Lei federal nº 11.101/2005, é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência, o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil. A segunda situação é para as demais pessoas não submetidas à Lei federal nº 11.101/2005, ou seja, que não se caracterizem como empresárias e, portanto, estão sujeitas à execução contra devedor insolvente, que é regulada pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869/73 (CPC), conforme disposto no artigo 1052 da Lei nº 13.105/2015. Nesta hipótese, a competência para processamento da execução seguirá a regra do art. 94 do Código de Processo Civil, pela qual deverá o devedor ser demandado em seu domicílio.

Imperativo se faz que a interpretação do edital seja feita considerando cada caso específico e em consonância com os demais dispositivos do nosso ordenamento jurídico. Ora, se o juízo competente para decretar a falência é o do local do principal **estabelecimento do devedor** e o da execução negativa de insolvência é o do **domicílio do devedor**, a segunda alternativa do referido subitem do edital (domicílio da pessoa física) somente pode relacionar-se com a certidão negativa de insolvência. No caso de certidão negativa de falência, a exigência só faz sentido se a expedição for feita pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica. Vale a mesma interpretação para o disposto no subitem 3.3.2. do edital, também citado pela recorrente, que preceitua que os documentos apresentados deverão “estar vigentes na data da abertura, com o prazo de validade estabelecido pelo órgão expedidor em seu corpo. As certidões que não possuírem determinação expressa em seus termos acerca do seu prazo de validade e não havendo norma específica a esse respeito, deverão ser expedidas no domicílio ou sede da licitante com data não anterior a 90 (noventa) dias da data da apresentação dos documentos de habilitação”. Ou seja, é uma regra geral que precisa ser interpretada de acordo com cada caso específico e, ainda, de acordo com os demais dispositivos legais. Havendo dúvidas na interpretação do edital, é dever dos licitantes procurar esclarecê-las, conforme previsão contida no subitem 16.1. do instrumento convocatório.

b) Diante das alegações contidas no recurso apresentado, esta Comissão, de acordo com a previsão contida no subitem 5.3. do edital e nos termos do §3º do artigo 43 da Lei federal nº 8.666/93, “ad cautelam” resolveu diligenciar junto ao cartório distribuidor que expediu a certidão negativa de falência apresentada junto com os documentos de habilitação, de forma a aclarar se a mesma abrangeria a Comarca de Santos. **A resposta foi negativa, conforme documento integrante da presente Ata**

(doc. 01). Nem seria preciso tal diligência, vez que consta no próprio Comunicado SPI nº 53/2015, anexado ao recurso da licitante, o seguinte:

**COMUNICA** ainda que a partir de 24/08/2015 serão disponibilizadas as Certidões de Distribuição Estadual para pedido via internet, nos seguintes modelos:  
A) Certidões Cíveis

Nº	NOME DO MODELO
52	CERTIDÃO CÍVEL ON LINE
54	CERTIDÃO DE INVENTÁRIOS, ARROLAMENTOS E TESTAMENTOS ON LINE
58	CERTIDÃO DE FALÊNCIA, CONCORDATAS E RECUPERAÇÕES - ON LINE

Estas certidões apontarão todos os feitos com situação em andamento já cadastrados no sistema informatizado referentes a todas as Comarcas, Foros Regionais e Distritais do Estado de São Paulo, conforme datas informatização constantes na tabela acima. A unidade responsável pela análise e expedição das certidões solicitadas pela internet é a SPI 3.21 – Serviço de Informações Cíveis e de Certidões;

Isto é, as certidões unificadas, integrando as informações de outras comarcas do Estado de São Paulo, **expedidas a partir de 24/08/2015**, apontarão todos os feitos em andamento, conforme datas de informatização constantes na tabela integrante do Comunicado SPI nº 53/2015. No caso de Santos, a data é 03/01/1994.

A recorrente distorce as informações constantes no referido Comunicado, para que se entenda que a Comarca de Santos foi informatizada desde 03/01/1994 e, portanto, a certidão da capital apresentada pela licitante junto com os documentos de habilitação, **expedida em 30/07/2015**, abrangeria os feitos da Comarca de Santos. Como já visto, não é isto que diz o Comunicado SPI nº 53/2015 e nem a resposta obtida do Cartório Distribuidor que emitiu a certidão.

Já em relação à certidão estadual **ora apresentada**, acostada ao recurso e **expedida após a sessão de abertura dos envelopes de habilitação**, apesar da mesma abranger a sede da empresa (Santos) não pode ser aceita, vez que o subitem 5.3. do edital e o §3º do artigo 43 da Lei federal nº 8.666/93, **vedam expressamente “a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”**.

c) A Concorrência nº 02/2015 da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por não se tratar de procedimento eletrônico realizado na BEC, que exige o registro no CAUFESP como condição de participação na licitação, não prevê, em seu instrumento convocatório, a possibilidade de substituição dos documentos exigidos no edital pela verificação dos dados e informações constantes no CAUFESP.

Além disto, o documento pelo qual a licitante foi inabilitada nesta concorrência (certidão negativa de falência), **não consta da documentação apresentada pela licitante no CAUFESP**, conforme se verifica no cadastro da empresa em anexo (doc. 02). Portanto, de qualquer forma, no caso específico da certidão negativa de falência, o seu cadastro no CAUFESP não poderia ser utilizado, vez que o mesmo não possui informação a esse respeito.

Convém ainda observar, que o documento que comprova o cadastro da empresa no CAUFESP, anexado ao seu recurso, foi apresentado de forma incompleta, já que não possui a segunda folha, que justamente contém as informações de quais

documentos foram apresentados e que estão válidos (obs: faz menção a documentos anexados ao seu recurso às fls. 14, 15 e 16. No entanto, os documentos foram numerados somente até às fls. 15 e o documento que deveria ser numerado como fls. 16 é a Certidão Estadual de Falência, que não possui relação direta com o argumento de seu registro no CAUFESP).

d) Por fim, no que diz respeito à alegação de que é microempresa e goza de benefícios legais trazidos pela Lei Complementar nº 123/2006, inclusive o da concessão de prazo para regularização de sua documentação fiscal, também não faz sentido a alegação da recorrente. Apesar de a assertiva ser verdadeira, a recorrente foi inabilitada por problemas relacionados à certidão negativa de falência e não aos documentos de regularidade fiscal. Os documentos relativos à regularidade fiscal são os elencados no artigo 29 da Lei federal nº 8.666/93. Já a certidão negativa de falência diz respeito à qualificação econômico-financeira e encontra-se elencada no artigo 31 da Lei federal nº 8.666/93. A Lei Complementar nº 123/2006 não autoriza a comprovação da qualificação econômico-financeira “a posteriori”. **O benefício é exclusivamente relativo à regularidade fazendária.** Neste sentido é a lição do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em que faz questão de salientar que o benefício se limita ao saneamento da regularidade fiscal e não à complementação da documentação básica, sob pena de desordem processual, *"ficando os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Licitação, como já lembrado, é procedimento formal"*. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, maio.2007, p. 15*)

## II) RESTAURANTE IMPÉRIO GRILL EIRELI – ME. (fls. 832/841)

A recorrente foi inabilitada por não apresentar a documentação prevista no subitem 6.5.2.1. d) do Edital (fotocópia do Balanço de Abertura, devidamente registrado ou autenticado na Junta Comercial), bem como a documentação prevista no subitem 6.5.3.1. do Edital (memorial de cálculos, assinado por contador).

Alega a recorrente que ‘é inscrita no “Simples Nacional”, submetendo-se a norma vigente, Lei nº 9.317/96, que dispõe:

*“Art. 7º - A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º...§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: a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária; b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário; c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores”.*

Assim, entende que sua escrituração é feita por meio de processo simplificado, sendo dispensável tal apresentação, pois, do contrário, poderia trazer despesas extraordinárias à microempresa e impossibilitar sua participação em procedimento licitatório.

Também menciona que, sendo optante do “Simples Nacional”, é regida pela Lei Complementar nº 123/2006, que confere às empresas de pequeno porte e às microempresas a opção de adotar contabilidade simplificada para o controle de operações realizadas.

Salienta que foi constituída no presente exercício e que não possui balanço patrimonial.

Por fim, em razão de não ter praticado nenhum ato de mercancia, alega que não houve lançamentos contábeis, de modo a ensejar alteração nos índices de liquidez geral, corrente e índice de solvência geral.

### **NÃO ASSISTE RAZÃO À RECORRENTE.**

Cabe aqui, primeiramente, algumas considerações.

O instrumento convocatório exigiu a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, **de todas as licitantes**, de forma a verificar sua qualificação econômico-financeira. Para tanto, estabeleceu a forma de apresentação dos referidos documentos, considerando as diversas espécies de sociedades e, ainda, situações mais específicas, como sociedades sujeitas ao regime estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006 e sociedade criada no exercício em curso, que é o caso da recorrente. Vale reproduzir o disposto no edital:

*“6.5.2. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados **na forma da lei**, podendo ser atualizados por índice oficial do governo se encerrados há mais de três meses da data da apresentação do envelope habilitação, vedada sua substituição por balancetes ou por balanços provisórios.*

*6.5.2.1. Serão considerados aceitos como na forma da lei o balanço patrimonial e demonstrações contábeis assim apresentados:*

*a) cooperativas: os que tiverem aprovados pela Assembleia Geral Anual competente para apreciá-los.*

*b) sociedades regidas pela Lei nº 6.404/76 (sociedade anônima):*  
*- publicados em Diário Oficial; ou*  
*- publicados em jornal de grande circulação; ou*  
*- por fotocópia registrada ou autenticada na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante.*

*c) sociedades limitadas (LTDA)/**sociedades sujeitas ao regime estabelecido na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2008 - Lei das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (“SIMPLES”)**:*

- por fotocópia do livro Diário, inclusive com os Termos de Abertura e de Encerramento, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante ou em outro órgão equivalente; ou

- fotocópia do Balanço e das Demonstrações Contábeis devidamente registrados ou autenticados na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante;

**d) sociedade criada no exercício em curso: fotocópia do Balanço de Abertura, devidamente registrado ou autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio das licitantes;**

6.5.2.2. *Em se tratando licitante cuja natureza social não esteja contemplada no subitem anterior, as demonstrações contábeis e o balanço patrimonial apresentados deverão ter a legalidade comprovada, sem prejuízo de eventuais diligências efetuadas pela Comissão Permanente de Licitação.”*

Nota-se a clareza do edital ao elencar os documentos necessários para que os licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira.

Como é cediço, ao procedimento licitatório se aplica o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inserto no art. 3º da Lei federal nº 8.666/93, combinado com o art. 41, da mesma lei, que estabelece: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. O mesmo vale para os licitantes, que ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no instrumento convocatório. Na lição de Hely Lopes Meirelles *“nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)”*(In *Direito Administrativo Brasileiro*, 2000). No mesmo sentido assevera José dos Santos Carvalho Filho: *“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. [...] **Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto**”* (CARVALHO FILHO, José dos Santos- *Manual de Direito Administrativo - 25ª edição - Editora Atlas*.

Por outro prisma, não podemos esquecer que a própria licitação decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO [1] leciona: *“Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela*

*é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público" (DIREITO ADMINISTRATIVO, Atlas, 17ª Edição).*

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “A habilitação, por vezes denominada qualificação, é a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.” (Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., 2009, Malheiros Editores: São Paulo, p. 579).

Em relação à qualificação econômico-financeira, MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que “[...] corresponde à disponibilidade de recursos financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação. [...] O interessado deverá dispor de recursos financeiros para custeio das despesas (mão de obra, matérias-primas, maquinário, tecnologia) necessárias ao cumprimento das obrigações advindas do contrato. Aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular de direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade da execução satisfatória do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Sendo assim, a exigência em comento contida no edital não fere qualquer princípio do direito administrativo, ao contrário, guarda perfeita conformação com o comando esculpido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, porquanto este dispositivo imponha que só podem participar de procedimentos licitatórios com vistas serem contratados pelo Poder Público, licitantes que disponham de efetivas condições técnico-operacionais e econômico-financeiras, compatíveis com o objeto licitado, sob pena de se prostrarem os indisponíveis interesses públicos.

Convém ressaltar ainda que não foi apresentada qualquer impugnação à exigência de apresentação de balanço pelas microempresas e empresas de pequeno porte submetidas ao “Simples” e nem de balanço de abertura pelas empresas constituídas no exercício em curso.

Posto isso, passamos a analisar os argumentos trazidos pela recorrente.

A Lei nº 9.317/96, em que se baseia a recorrente, foi revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, a partir de 01/07/2007 (doc. 03 anexo).

Por sua vez, a Lei Complementar nº 123/2006 não dispõe acerca das demonstrações contábeis que devem ser elaboradas pelas mesmas. Além disto, os benefícios trazidos pela referida lei nos procedimentos licitatórios, são somente aqueles previstos em seus artigos 42 a 49. Este entendimento já foi corroborado pelo Tribunal de Contas da União, conforme demonstrado a seguir:

*“Em que pese o prefeito ter aludido a respeitar as garantias da LC 123/06 e também a que a representante fora habilitada usando-se de tais garantias, a referida lei não dispõe acerca das demonstrações contábeis que devem ser elaboradas pelas micro e pequenas empresas. Suas garantias devem, sim, ser observadas. Entretanto, tais garantias quanto aos processos de aquisições públicas, dispostas em seus artigos 42 a 49, dizem respeito à época de exigência de comprovação da regularidade fiscal e preferência no critério de desempate, entre outras. Neste quesito, não logrou, portanto, o município afastar a irregularidade.” (Tribunal de Contas da União -*

Jair Eduardo Santana, na obra *Licitações e o Novo Estatuto da Pequena e Microempresa*, também rebate as alegações da empresa recorrente quanto aos privilégios concedidos pela Lei Complementar n.º 123/2006: “[...] *Não sejamos enganados ou levados a pensar que o especial tratamento dado às ME/EPPs no tocante à habilitação, diferenciando-as das demais empresas, seja de cunho integral. Não é isso, em absoluto. A prerrogativa conferida às MEs/EPPs diz respeito tão-somente à parcela da habilitação, a chamada regularidade fiscal*”.

No mesmo sentido é a lição de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR ao comentar os privilégios das empresas de pequeno porte:

*“A Lei Complementar n.º 123/2006 não dispensou as microempresas e empresas de pequeno porte da apresentação de qualquer documentação de habilitação prevista na Lei Geral de Licitações ou nos diplomas que tratam do pregão (Lei n.º 10.520/02 e Decreto n.º 5.540/05). Apenas concedeu-lhes o direito de regularizar a situação fiscal acaso sujeita a restrição por ocasião da conferência dos documentos exigidos no instrumento convocatório. **Por esta razão, as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos no art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender essa finalidade específica, sob pena de inabilitação.** [...] **Segue-se que a empresa de pequeno porte ou microempresa que deixar de apresentar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, exigidos no ato convocatório nos termos do art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverá ser inabilitada, com fulcro no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inserto no art. 3º, caput, combinado com o art. 41, caput, da mesma lei**”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009).*

Não poderíamos deixar de citar o renomado jurista Marçal Justen Filho, para quem o regime específico de contabilidade aplicável às pequenas empresas não dispensa a exigência de documentação contábil para efeito de habilitação em certame licitatório. Nesse sentido, o autor pondera que a Lei Complementar n.º 123/2006 apenas inovou em matéria de licitação nas matérias contempladas pelos artigos 42 a 49. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. Dialética, 2007)

Para melhor entender a discussão surgida em torno da apresentação de balanço patrimonial pelas microempresas e empresas de pequeno porte, diante das diversas legislações existentes no nosso país, vale reproduzir aqui o artigo publicado no portal jurídico JUS NAVEGANDI, a seguir transcrito:

*“Para melhor entendimento da matéria convém traçarmos a evolução da legislação em relação ao assunto:*

*Primeiramente há que se ressaltar que, tanto a Lei n.º 9.371/96 quanto a Lei Complementar n.º 123/06 foram sancionadas para atender aos preceitos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, os quais dispõem respectivamente:*



*“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

*Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresa e às empresa de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”*

*A Lei nº 9.317/96, por sua vez, previa a dispensa da escrituração comercial para micro e pequenas empresas, nos seguintes termos:*

*“Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.*

*§ 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:*

*a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*

*b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*

*c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores”.*

*Ocorre que, a Lei nº 9.317/96 foi expressa e totalmente revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, **a qual não reproduziu o dispositivo acima citado.** O novo diploma legal, em relação à contabilidade das micro e pequenas empresas, reza em seu art. 27:*

*“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”. (grifo nosso)*

*A princípio, o Conselho Federal de Contabilidade regulamentou a contabilidade simplificada pela Resolução nº 1.115/07, que aprovou a NBC T 19.13 – Escrituração Contábil Simplificada para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a qual disciplinava em seu item 7:*

*“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”.*

No entanto, essa Resolução foi expressamente revogada pela Resolução nº 1330/2011. Para as microempresas e empresas de pequeno porte foi editada a Resolução nº 1.418/2012, que aprovou o ITG 1000 – Modelo contábil para Microempresas e Empresa de Pequeno Porte, a qual dispõe:

“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”.

A Lei de Licitações, por sua vez, ao tratar da habilitação de empresas participantes de certames licitatórios prevê que para fins de qualificação econômico-financeira a Administração poderá exigir 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 (art. 31, inc. I da Lei nº 8.666/93).

Se observarmos, portanto, esses dispositivos legais em vigor concluímos que não há dispensa das pequenas empresas da apresentação do balanço patrimonial, salvo o previsto no art. 3º do Decreto federal nº 6.204/2007 que prevê que, em âmbito federal, “na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social”.

Ademais, a Resolução nº 1.418/2012, do Conselho Federal de Contabilidade prevê expressamente que a microempresa e a empresa de pequeno porte que optarem pela adoção da escrituração prevista nessa Resolução deverá avaliar as exigências requeridas de outras legislações que lhe sejam aplicáveis” (<http://jus.com.br/artigos/23997/apresentacao-de-balanco-patrimonial-por-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-nas-licitacoes>)

Ressalta-se que a posição jurisprudencial indicada pela recorrente no sentido da ilegalidade de exigência do balanço patrimonial das pequenas empresas nas licitações públicas encontra-se superada pelo advento da Lei Complementar nº 123/2006, que expressamente revogou os dispositivos da Lei nº 9.317/1996 que tratava da dispensa do processo de escrituração contábil de empresas desta natureza.

A posição adotada pela presente Comissão encontra guarida tanto na doutrina (Jessé Torres Pereira Júnior, Marçal Justen Filho e Jair Eduardo Santana) como na jurisprudência do Judiciário e das Cortes de Contas. Veja:

**“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO BALANÇO ANUAL. EXIGÊNCIA DO EDITAL. INABILITAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.**

1. A agravante participou do Processo Pregão Presencial nº 068/2011, objetivando a contratação para prestação de serviços de esgotamento de fossas sépticas e limpeza com desinfecção de reservatórios de água das unidades escolares da Secretaria de Educação de Pernambuco.

2. Acontece que foi inabilitada do procedimento licitatório pela falta de apresentação do balanço anual de empresa, conforme exigido no edital.

3. É cediço que as microempresas e empresas de pequeno porte são detentoras de tratamento diferenciado e favorecido em conformidade com o mandamento constitucional, com o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e a [CC](#) nº 123/06, todavia, não restou verificado qualquer dispositivo legal que determine expressamente a desnecessidade da exigência de apresentar referido balanço anual nas licitações pelas EPP, apesar de entender que a entidade federativa licitante poderá efetivar tal dispensa.

4. Nesse passo, observo, que **a agravante não preencheu os requisitos exigidos pelo Edital do Pregão Eletrônico nº 068/2011, posto que foi determinada apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis das empresas, item não cumprido por ela e não dispensado expressamente pelas normas que tratam do tratamento diferenciado para as EPP.**

5. Recurso improvido por unanimidade de votos.” ([TJ-PE - Agravo de Instrumento AI 60870420128170001 PE 0002533-64.2012.8.17.0000 - Data de publicação: 12/04/2012](#))

“Improcedente, a meu ver, a questão suscitada acerca da impropriedade da exigência de balanço patrimonial das microempresas. A esse respeito, concordo com as ponderações do Ministério Público de Contas e da SDG no sentido de que as referidas instituições, devem se submeter às regras do artigo 31 da Lei nº 8.666/93. Como bem assentado por SDG: “Ocorre que a contabilidade simplificada de que fala o aludido dispositivo legal, ao que tudo indica, não exclui a elaboração de balanço patrimonial pelas microempresas, tendo em vista que a Resolução nº 1.418/12, do Conselho Federal de Contabilidade, em seu artigo 26, assim dispõe: “A entidade deve elaborar o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas ao final de cada exercício social.” Assim, penso que, de acordo com as normas legais em vigor, as microempresas não são dispensadas da apresentação do balanço patrimonial, salvo na hipótese de licitações promovidas no âmbito da Administração Pública Federal, para fornecimento de bens para pronta entrega ou locação de materiais, de acordo com a expressa autorização contida no artigo 3º, do Decreto Federal nº 6.204/2007, in verbis: “Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social..” Cabe registrar que, em algumas ocasiões, o assunto restou submetido à apreciação do Plenário deste Tribunal, como ocorrido nos autos do TC-14400/026/092[1] e TC- 23623/026/073[2], de cuja decisão constou o seguinte: “A Lei Complementar nº 123/06 – da qual se vale como fundamento – não dispensa documento algum para procedimentos licitatórios (cuja Legislação específica é, frise-se, a 8.666/93), sequer os relacionados à escrituração contábil, muito menos para pessoas jurídicas que já se beneficiam de tratamento diferenciado.” Nessa perspectiva, na

*esteira das decisões citadas pelo órgão técnico, e a posição unânime da instrução processual, considero improcedente a impugnação suscitada, mesmo porque o subitem 10.2 do instrumento disciplina a forma de participação das microempresas.” (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 26/02/2014 – SECÇÃO MUNICIPAL EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL Processos: 298.989.14-6 e 308.989.14-4. Representantes: - Lucimauro Viana dos Santos Locadora de Veículos – ME, por seu Diretor Lucimauro Viana dos Santos; -Elias Sebastião da Silva, RG nº 26.585.862-8; CPF/MF nº 173)*

Especificamente em relação ao argumento da recorrente de que foi constituída no presente exercício e que não possui balanço patrimonial, também não merece guarida. Esta Administração foi bastante cautelosa ao admitir, no subitem 6.5.2.1. letra “d” do edital, a possibilidade de apresentação de balanço de abertura para empresas na situação da recorrente. Desta forma, não restringiu a participação destas empresas e, ao mesmo tempo, resguardou o interesse público, na medida em que não abdicou de verificar as efetivas condições econômico-financeiras destas licitantes. Ocorre que tal exigência não foi observada pela recorrente, o que fere o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Veja:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. O instrumento convocatório de licitação não impugnado é soberano, vinculando tanto a Administração Pública quanto os licitantes. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. A exigência de apresentação de balanço patrimonial de licitantes encontra amparo no art. 31, I, da Lei nº 8.666/93. É possível a flexibilização, tratando-se de empresa constituída no mesmo exercício da realização do certame, em respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. No caso, os documentos apresentados são insuficientes a comprovar a capacidade econômico-financeira da empresa. Há mero balancete demonstrando integralização de capital, sem qualquer movimentação financeira posterior à constituição da sociedade. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. Não houve comprovação de inscrição no cadastro de contribuintes do Estado ou do município, conforme disposto no edital. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.” (Agravado de Instrumento Nº 70062062757, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 19/11/2014)*

Importante notar que esta exigência encontra-se em consonância com a doutrina e jurisprudência, conforme mostra a Orientação formulada pela Consultoria Zênite:

*“Com relação à documentação a ser apresentada pelas empresas recém-constituídas, deve-se compreender que a Administração não pode exigir o impossível, tal como a apresentação do balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício financeiro. Isso porque as demonstrações contábeis da empresa recém-constituída ainda não estão consolidadas.*

*Assim, a solução para viabilizar a participação de tais empresas nas licitações versa sobre a admissão do balanço de abertura.*

*Acerca do assunto, Marçal Justen Filho aduz:*

*No substitutivo do Senado, previa-se a possibilidade de apresentação do 'balanço de abertura', o que supunha que a empresa comparecesse à licitação ainda no curso do primeiro exercício de sua existência. Embora suprimida tal previsão do texto final da Lei, não há empecilho a que tal ocorra.*

*É que a exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano. Se tivesse tal significação, estaria sendo introduzido mais um requisito de habilitação, no âmbito temporal. A Lei não disciplina prazos mínimos de existência de uma sociedade para ser contratada pelo Estado. Logo, empresas recém-constituídas, se preencherem os demais requisitos de habilitação (inclusive e especialmente os de natureza técnica), não podem ser excluídas através da aplicação extensiva de requisitos relacionados com a capacitação econômico-financeira.*

*(...)*

*Por isso, as sociedades constituídas no curso do próprio exercício podem participar da licitação, mediante exibição do balanço de abertura.*

*Jurisprudência do TCU*

*'O Edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a proibição de envio de documentos por via postal; exigência de balanços patrimoniais do próprio exercício da licitação; exigência de comprovação da capacidade de comercialização no exterior e de certificação profissional, em caso de profissão não regulamentada' (Acórdão nº 1.522/2006, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo).1*

*Em vista disso, não se observam óbices quanto à aceitação do balanço de abertura por parte de empresas recém-constituídas para fins de qualificação econômico-financeira.*

*Contudo, tais balanços devem estar devidamente registrados na Junta Comercial ou no órgão equivalente, conforme informação constante do sítio do Comprasnet:*

*No ano de início de suas atividades a empresa está sujeita a apresentação de balanço?*

*Resposta: Sim, quando a empresa desejar a sua Habilitação Parcial no SICAF, nos termos do Anexo II do Manual do SICAF; desta forma, deverá apresentar 'balanço de abertura' devidamente registrado na Junta Comercial ou órgão equivalente. No caso de sociedade civis, o documento poderá ser registrado em cartório competente, onde tiver sido registrado o seu Contrato Social.*

*Em suma, a conclusão da Consultoria Zênite se forma no sentido de que os balanços de abertura apresentados pelas empresas recém-constituídas podem ser*

*aceitos pela Administração para fins de qualificação econômico-financeira, desde que devidamente registrados ou autenticados pela Junta Comercial competente.”(BALANÇOS DE ABERTURA DE EMPRESAS RECÉM-CONSTITUÍDAS PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - ORIENTAÇÃO DA CONSULTORIA ZÊNITE - 1123/213/NOV/2011 – WEB LICITAÇÕES E CONTRATOS)*

Finalmente, em relação ao argumento de que não houve lançamentos contábeis em razão de não ter praticado nenhum ato de mercancia, também não merece prosperar. Pois independentemente do fato de não ter praticado ato de mercancia, tendo ao menos uma conta no Patrimônio Líquido (Capital Social) deverá ter uma contrapartida no Ativo (Caixa ou Imobilizado), o que já viabiliza a apresentação do Balanço Patrimonial. Diga-se, situação idêntica a um Balanço de Abertura.

Por todo o exposto, este Colegiado **DECIDE MANTER SUA DECISÃO ANTERIOR**, contida na ata de sua nona reunião extraordinária (fls. 780). Em atendimento ao art. 109, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, os autos do processo foram encaminhados para apreciação e deliberação da autoridade superior. Nada mais havendo a tratar, foi encerrada a reunião, da qual eu, \_\_\_\_\_ (André Guilherme Bello Teixeira Alves), Secretário, lavrei a presente ata.

MARIA LUIZA PAIXÃO PARANHOS

FERNANDO MARQUES REBELO

CELSO DE MOURA LEITE RIBEIRO

LUIS HENRIQUE SIMÃO GODEGHESI

LEONARDO CARVALHO RANGEL