



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Assunto: Análise jurídica do Edital para construção do sistema de abastecimento de água integrado dos bairros de Soure.

Vem a esta Procuradoria Jurídica, solicitação da Comissão Permanente de Licitação, para análise jurídica da minuta de Edital relativa à obra descrita no assunto.

Inicialmente, cabe esclarecer que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, alguns itens do Edital podem gerar desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais. (Decisão TCU nº 695/1999)

Recomenda-se, da mesma forma, o atendimento ao comando legal existente na Lei Complementar nº 123/2006, no sentido de possibilitar, a subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, o que, mesmo sendo uma faculdade da Administração, pode ser imposto no Edital.

Quanto ao item 8.1, deve constar, nos autos da fase interna, a razão pela qual a Administração Pública vetou participação de Consórcios nos procedimentos licitatórios. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional - (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, "a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração", sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, "o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto". Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que "há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização". Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, "há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório". Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. (Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.)

Portanto, a recomendação, no caso em apreço, é pela existência de justificativa, por parte da Administração, no que concerne ao veto de empresas, reunidas em consórcio, participarem do procedimento licitatório. Inexistindo tal justificativa, a possibilidade de licitantes consorciados participarem do Certame deve prevalecer.

Tem-se que, no item 8.7, há vedação para que empresas que estejam sob falência e recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação, estariam proibidas de participar do Certame. Entretanto, tal regra conflita com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual nos ensina:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Portanto, a cláusula acima é restritiva à concorrência no certame e deve ser expurgada do Edital, devendo haver, em caso de participação de empresa em falência ou recuperação judicial, análise acerca da viabilidade econômica da licitante em tais condições.

O Edital, mais especificamente na cláusula nº 25.3 dispõe acerca da irreal necessidade de se registrar o balanço patrimonial na Junta Comercial ou órgão equivalente. O Tribunal de Contas da União vem trazendo de forma recorrente o entendimento de que não há a exigência de registro do Balanço Patrimonial na Junta



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

Comercial, excetuando-se para as sociedades anônimas. Neste sentido, o seguinte julgado:

14. Irregularidade: exigência contida no item 8.2.4.1 do Edital como única forma de se comprovar a qualificação econômico-financeira, por meio da apresentação do balanço patrimonial registrado na junta comercial, com os pertinentes termos de abertura e de encerramento, já que esse tipo de exigência não figuraria em nenhuma lei;

[...]

14.7. Os argumentos de que foi dada publicidade ao certame e de que não houve impugnações não elidem a irregularidade, a qual consiste em exigência não prevista na legislação. Em nenhum momento foi mencionado que não houve publicidade, da mesma forma, a ausência de impugnação administrativa, por si só, não leva a conclusão de inexistência de cláusulas restritivas.

14.8. A alegação de que esse tipo de exigência é costume nos editais dos municípios da região apenas revela que não houve o cuidado necessário na elaboração e análise jurídica do edital, isso porque o fato de constar cláusulas restritivas em outros editais não autoriza que estas cláusulas sejam inseridas em editais do município em que haja recursos da União. A alegação de que o TCE/RO não questionou, até essa data, esse tipo de exigência, também não afasta a irregularidade.

14.9. Os responsáveis afirmam que a exigência teve como base o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993, o qual dispõe da seguinte forma:

‘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;’

14.10. O artigo não estabelece a necessidade de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial, quanto a expressão ‘na forma da lei’, cabe transcrever o que consta na página 439 da cartilha ‘Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU’ elaborada pelo Tribunal de Contas da União (disponível em <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao-1.htm>):

‘Balanço patrimonial e demonstrações contábeis

Estabelece a Lei nº 8.666/1993 que o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis devem ser apresentadas na ‘forma da lei’.

Quanto à elaboração desses documentos, as normas relativas variam em função da forma societária adotada pela empresa. Assim, dependendo do tipo de sociedade, deverão ser observadas regras específicas para a validade desses demonstrativos. Caberá ao ato convocatório da licitação disciplinar o assunto.

Para sociedades anônimas, regidas pela Lei nº 6.404/1976, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social devem ter sido, cumulativamente: registrados e arquivados na junta comercial; publicados na imprensa oficial da União, ou do Estado, ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia; publicados em jornal de grande circulação editado na localidade em que esteja situada também a sede da companhia.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE

Assessoria Jurídica

Com relação às demais empresas, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis devem constar das páginas correspondentes do Livro Diário, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede ou do domicílio do licitante (ou em outro órgão equivalente), com os competentes termos de abertura e de encerramento.'

14.11. Observa-se, portanto, que, exceto para as sociedades anônimas, não há a exigência de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial.

14.12. Os responsáveis alegam, ainda, que a exigência de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial não é exclusiva para fins licitatórios e que existe legislação própria que exige tal ato empresarial.

14.13. No entanto não mencionam qual é essa 'legislação própria' que exigiria o registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial, o que, por si só, já torna insubsistente a alegação.

14.14. Cabe, no entanto, transcrever artigos do Código Civil relacionados à escrituração:

'Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

(...) Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

(...) Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

(...) § 2º Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária.'

14.15. Conforme se observa, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado do Exercício, para terem validade, devem ser elaborados em conformidade com a legislação comercial, societária e fiscal, em vigência na data de seu encerramento. A disposição contida no § 2º do art. 1.184 do Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece que os referidos demonstrativos devem ser lançados no Livro Diário da empresa estando ambos assinados por técnico em Ciências Contábeis, legalmente habilitado e pelo empresário responsável.

14.16. Portanto, o Balanço Patrimonial autêntico e apresentando na forma da lei civil é o que consta no Livro Diário. Verifica-se, assim, que a principal forma de apresentação do Balanço Patrimonial e da Demonstração do Resultado do Exercício é por meio de cópia autenticada do Balanço lançado no Livro Diário.

14.17. Em nenhum momento o Código Civil, ou outra lei, estabelece para as sociedades por ele reguladas a obrigatoriedade de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial.

14.18. Não pode, portanto, o edital exigir, como única forma de comprovação da capacidade financeira, a apresentação de Balanço Patrimonial registrado na Junta Comercial.

14.19. Nesse ponto, cabe novamente esclarecer que 'registro' e 'autenticação' são procedimentos diferentes, embora o Balanço Patrimonial possa ser registrado na Junta Comercial (conforme procedimentos constantes da peça 5), para as sociedades reguladas pelo Código Civil esse registro não é obrigatório, uma vez que tal obrigação não consta em nenhuma lei.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

14.20. Os responsáveis alegam ainda que a denúncia em desfavor da representante, afirmando que a mesma possivelmente apresentou seu Balanço com informações incorretas, reforça a linha de raciocínio da Comissão em exigir o registro do balanço na Junta Comercial.

14.21. Tal linha de raciocínio está completamente errada, pois, havendo dúvidas em relação ao Balanço, a Comissão pode realizar diligências a fim de confirmar a veracidade das informações nele lançadas, no entanto, no que diz respeito à documentação relativa à qualificação econômico-financeira, a Comissão deve limitar-se ao que prescreve o art. 31 da Lei 8.666/1993.

14.22. No mais, cabe mencionar que por ocasião do registro do Balanço Patrimonial a Junta Comercial não verifica a veracidade das informações lançadas no Balanço.

14.23. Tendo em vista que as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis não afastam a irregularidade, cabe, nesse ponto, propor a adoção de penalidade e/ou medidas corretivas.

14.24. No presente caso, embora a exigência seja restritiva à competitividade do certame, a única empresa inabilitada em razão dessa exigência foi a representante.

14.25. É possível que outras empresas ao analisar o edital possam ter desistido de participar do certame, no entanto, ainda assim, cinco empresas participaram da fase de apresentação de propostas, embora **quatro delas tenham sido inabilitadas (peça 6, p. 4-6).**

14.26. Portanto, considerando as circunstâncias do presente caso, a baixa materialidade (R\$ 158.882,25), o fato de que o contrato com a empresa Construtora Valtran Ltda. – EPP já foi assinado e a ordem de serviço já foi expedida, entende-se que não deve ser adotada medida no sentido de determinar o cancelamento do contrato decorrente da Concorrência 003/2017.

14.27. Entende-se também que a exigência indevida de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial não justifica a aplicação de multa aos responsáveis.

14.28. Deve-se, portanto, dar ciência ao município de Rolim de Moura/RO de que, no caso de empresas reguladas pelo código civil, a exigência de registro do Balanço Patrimonial registrado na Junta Comercial, identificada no subitem

8.2.4.1 e na alínea 'd' do subitem 8.2.4.2 do Edital de Concorrência 003/2017, contraria o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, e no art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993. (ACÓRDÃO Nº 651/2018 – TCU – 2ª Câmara). (grifo nosso).

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará também já decidiu no mesmo sentido:

1. A qualificação econômico-financeira é comprovada com a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, nos termos da Lei n.º. 8.666/93.

2. O Balanço Patrimonial autêntico e apresentando na forma da lei civil é o que consta no Livro Diário, nos termos do §, do art.1.184 do Código Civil Brasileiro, ao que se tem como descabida a exigência de edital, que imponha, como única forma-de comprovação da capacidade



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

financeira, a apresentação de Balanço Patrimonial registrado na Junta Comercial. (Resolução nº 14.709/2019 – TCM/PA)

O art. 31, I, da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:

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;

Portanto, a formalidade reservada ao Balanço patrimonial é a definida em lei, qual seja, o Código Civil, o qual não dispõe de qualquer obrigação no que concerna ao registro do balanço na Junta Comercial ou órgão equivalente, com única exceção relacionada às Sociedades Anônimas, regidas por lei específica.

De outra ponta, é importante, para garantir a capacidade, tanto técnico-profissional, quanto técnico-operacional da empresa que executará o objeto contratual, que se requeira a inclusão de quantitativos mínimos relacionados aos itens de maior relevância da planilha orçamentária.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:

Para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens da obra ou do serviço licitado, limitada a comprovação aos itens de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser contratado, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo administrativo relativo à licitação.
(Acórdão 1851/2015-Plenário)

Desta forma, sugere-se a emissão, pelo Setor de Engenharia da Prefeitura, de uma nota técnica indicando, dentro da planilha orçamentária, quais seriam os itens de maior relevância técnica e valor significativo, devendo, tais itens, constarem, no Edital,



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

para aferição tanto da capacidade técnica-operacional quanto da profissional dos participantes.

Apesar de não haver obrigação de previsão editalícia para tanto, é importante que seja consagrado o direito das micro e pequenas empresas, além dos micro empreendedores individuais. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:

Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006 independem da existência de previsão editalícia, sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque. (Acórdão TCU nº 2.505/2009 – Plenário)

No mais, o Edital guarda total relação com a Lei nº 8.666/1993 e possibilita ampla e irrestrita participação, desde que realizados os ajustes indicados neste parecer.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 10 de novembro de 2022.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502