DELIBERAÇÃO AC00 - 1210/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/22075/2017
PROTOCOLO	**:** 1850482
TIPO DE PROCESSO	**:** DENÚNCIA
ÓRGÃO	**:** AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
JURISDICIONADOS	**:** 1. CARLOS ALBERTO DE ASSIS 2. ELIENE CARDOSO DE OLIVEIRA
DENUNCIANTE	: MARMITARIA EIRELI
RELATOR	**:** CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – SUPOSTAS IRREGULARIDADES – INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – EDITAL – CLÁUSULAS – AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL – AUSÊNCIA DE REAJUSTE ANUAL – DECISÃO – MEDIDA LIMINAR – IRREGULARIDADES SANADAS – PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Não é admitido ao agente público adotar condição que restrinja a competitividade do certame, conforme disciplinado na Lei de Licitações e Contratos.

A Lei de Licitações e Contratos também prevê o reajuste dos contratos administrativos e a admissão da adoção de índice específico ou setorial: são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

A comprovação de cláusula contida em instrumento convocatório de licitação, na qual se verifica ausência de prazo razoável para a instalação das cozinhas objetos do certame, e a inexistência de cláusula prevendo o reajuste anual, contrariam o ordenamento jurídico, pelo que é dada procedência parcial a denúncia.

As alterações realizadas nos instrumentos convocatórios pelo gestor, em cumprimento à liminar determinando a retificação do edital, não se verificando a existência de prejuízo ao erário, fazem com que os denunciados sejam eximidos de qualquer penalização, cabendo recomendação para que se abstenham de incluir cláusulas nos editais que possam restringir a participação das empresas nos procedimentos licitatórios.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 25 de abril de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por

unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela **procedência parcial** das irregularidades apontadas na denúncia – formulada por Marmitaria Eireli, em face da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN, em razão de supostas irregularidades contidas no edital do procedimento licitatório, Pregão Presenciais nº 1/2017, nº 3/2017, nº 4/2017 e nº 5/2017 – porquanto restou comprovado que, inicialmente, havia cláusulas contrariando o ordenamento jurídico, isto é, a ausência de prazo razoável para a instalação das cozinhas e a inexistência de cláusula prevendo o reajuste anual. Todavia, diante das alterações promovidas e da falta de prejuízo concreto, deixo de aplicar penalização aos denunciados, **recomendando** que se abstenham de incluir cláusulas nos editais que possam restringir a participação das empresas nos procedimentos licitatórios. **Foi suspenso o caráter sigiloso dos autos.**

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/27966/2016) que versam sobre a DENÚNCIA formulada por MARMITARIA EIRELI, em face da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN, em razão de supostas irregularidades contidas no edital do procedimento licitatório, Pregão Presenciais nº 1/2017, nº 3/2017, nº 4/2017 e nº 5/2017.

O Ministério Público Especial de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR – 1ª PRC – 1755/2018 opinando pelo arquivamento da Denúncia, e o afastamento da punibilidade do agente público que promoveu as alterações dos editais, inexistindo prejuízos concretos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

II – MÉRITO.

Os objetos desta denúncia eram: a isenção de ICMS somente para as empresas localizadas no Estado de Mato Grosso do Sul; a facilitação às empresas deste Estado que já possuíam cozinha industrial; o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP) do Estado de Mato Grosso do Sul; a inexistência da previsão de reajuste anual; e, a qualificação econômico-financeira que dificultaria a participação das ME e EPP.

Sobre a isenção do ICMS para as empresas localizadas no Estado de Mato Grosso do Sul, o Decreto Estadual nº 11.406, em seu art. 1º, prevê:

> *"Art. 1º Ficam isentas, por tempo indeterminado, as operações ou prestações internas decorrentes de aquisições de bens, mercadorias ou serviços realizadas por órgãos dos Poderes do Estado e suas Fundações e Autarquias. (redação dada pelo Decreto nº 12.084, de 17 de abril de 2006)" (grifei)*

Dessa forma, os fornecedores de bens e serviços tributados pelo ICMS, estariam isentos deste tributo quando os ofertasse a administração pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por o edital ser claro sobre esta regra de isenção, entendo não haver nenhuma irregularidade que merecesse a alteração do instrumento convocatório.

Com relação à facilitação das empresas já instaladas e que possuiriam cozinha

industrial nos Municípios de Três Lagoas, Campo Grande e Naviraí, foi determinada a retificação do edital para estipular um período de carência com um prazo razoável a fim de que empresas vencedoras do certame pudessem instalar uma cozinha industrial nas cidades que prestarão os serviços, não sendo admitido ao agente público adotar condição que restrinja a competitividade do certame, conforme disciplinado no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Após a concessão da liminar determinando a retificação do edital, o denunciado compareceu nos autos e demonstrou que promoveu as alterações contratuais necessárias[1], motivo pelo qual a cautelar anterior foi revogada.

A respeito do suposto favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte, é possível a utilização da margem de preferência, como critério de desempate, conforme está estabelecido nos artigos 44, 45 e 47 da Lei Complementar nº 123/2006:

> *"**Art. 44**. Nas **licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte**.*
>
> *§ 1º Entende-se por **empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.***
>
> *§ 2º Na **modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço**.*
>
> *Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, **ocorrendo o empate**, proceder-se-á da seguinte forma:*
>
> *I - a **microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada** poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;*
>
> *II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, **serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar**, na ordem classificatória, para o exercício do*

[1] *4.2.4. Declaração de que, se vencedora, **terá disponível cozinha industrial na cidade de Jateí/MS, com estrutura adequada, inclusive licença sanitária, que será utilizada para suprir quaisquer necessidades, no caso de emergência, a exemplo de rebeliões, motins ou outras situações que ocasionem a impossibilidade de uso da cozinha localizada dentro dos estabelecimentos penais.***
*4.2.4.1. **Para a instalação da cozinha que trata o item 4.2.4, a empresa terá o prazo de 07 (sete) dias para disponibilização da cozinha externa, contados da publicação do resultado da licitação.***
*4.2.4.2. **No período de carência de 45 (quarenta e cinco) dias concedidos no Anexo I "A", item 11.1.4, para instalação no Estabelecimento Penal descrito no item 2.1.1 do Anexo I "A", será possível a vencedora se utilizar da cozinha industrial declarada no item 4.2.4.***

mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no ***caput*** *deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.*

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte ***objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional****, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

Parágrafo único. ***No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal****. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)" (grifei)*

Como se vê alhures, a legislação federal permite a preferência na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte com o intuito da promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, por isso, o edital de licitação pode prever que um dos critérios de desempate será o territorial, esse entendimento, foi explicitado no art. 1º, do Decreto nº 8.538/2015, *verbis*:

"Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e ***simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto****, com o objetivo de:*

I - promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional;

II - ampliar a eficiência das políticas públicas; e

III - incentivar a inovação tecnológica.

§ 1º Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos ***órgãos da***

> ***administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente*** *pela União.*
>
> *§ 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:*
>
> ***I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;***
>
> ***II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e***
>
> *III - microempresas e empresas de pequeno porte - os beneficiados pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nos termos do inciso I do* ***caput*** *do art. 13.*
>
> *§ 3º Admite-se a adoção de outro critério de* ***definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão*** *ou entidade contratante e que* ***atenda aos objetivos previstos no art. 1º****." (grifei)*

Desse modo, as regras do edital que instituem a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte localizadas neste Estado, no critério de desempate, estão de acordo com as normas federais que permitem a adoção de prioridade em razão da promoção do desenvolvimento econômico e social em âmbito regional.

Quanto à falta de previsão do reajuste anual, nota-se que nos contratos com vigência superior a 12 (doze) meses, como *in casu*, é cabível a cláusula de reajuste conforme dispõe a Lei nº 9.069/1995, *verbis:*

> *"Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de* ***duração igual ou superior a um ano****.*
>
> *§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.*
>
> *§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.*
>
> *§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.*
>
> *Art. 3º Os contratos* ***em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos***

> ***Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei****, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*
>
> *§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.*
>
> *§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo." (grifei)*

Essas disposições foram reforçadas pela Lei nº 10.192/2001, em seu art. 2º:

> *"Art. 2º* ***É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais****, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos* ***utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano****.*
>
> *§ 1º* ***É nula de pleno direito qualquer estipulação*** *de reajuste ou correção monetária* ***de periodicidade inferior a um ano****.*
>
> *§ 2º* ***Em caso de revisão contratual****,* ***o termo inicial*** *do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão,* ***será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido****.*
>
> *§ 3º Ressalvado o disposto no § 7o do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.*
>
> *§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período." (grifei)*

Ainda, na Lei nº 8666/1993, o reajuste dos contratos administrativos e a admissão da adoção de índice específico ou setorial, têm previsão no artigo 40, inciso XI, e art. 55, *verbis*:

> ***"****Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *(…)*
>
> *XI -* ***critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais****, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada*

pela Lei nº 8.883, de 1994)

> ***Art. 55.*** *São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*
>
> *(…)*
>
> *III – o preço e as condições de pagamento, os critérios,* ***data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento****;" (grifei)*

Também, após a concessão da liminar determinando a retificação do edital, o denunciado compareceu nos autos e demonstrou que promoveu as alterações contratuais necessárias[2], motivo pelo qual a cautelar anterior foi revogada.

E, em relação às cláusulas de qualificação econômico-financeira que poderiam dificultar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, os itens "3.4" e "5.1.4, inciso XI" do edital previam:

> *"3.4. As microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) que desejarem os benefícios concedidos pela Lei Complementar n" 123/2006, alterada pela Lei Complementar n'' 147/2014, e disciplinada no Estado de Mato Grosso do Sul pela Lei Complementar 197/2014 e pelo Decreto Estadual 12.683/08 (dispõe sobre o tratamento diferenciado às ME e EPP deste Estado), deverão apresentar os seguintes documentos:*
>
> *b)* ***Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) ou Certidão fornecida pela Junta Comercial do Estado da sede da empresa licitante, relativa ao ano-calendário do ano anterior, acompanhada de declaração assinada conjuntamente pelo representante legal da empresa licitante e por um profissional de contabilidade devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, comprovando que estão registradas na condição de ME ou EPP****. A certidão deverá observar ao disposto no subitem 5.2. deste edital.*
>
> *5.1.4. 'Documentação relativa à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA: IV. As* ***microempresas e empresas de pequeno porte deverão apresentar balanço patrimonial*** *e demonstração contábil do último exercício social já exigíveis e apresentados na forma da lei. devidamente autenticada pelo órgão competente que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerradas há mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta." (grifei)*

---

[2] 10.3. O reajustamento no preço contratado somente poderá ser concedido **após um ano de contrato**, considerando os valores informados na respectiva Planilha de Custos, **cujas variações serão calculadas com base no Índice Geral de Preços de Mercado-IGPM/FGV**.
10.3.1. O valor do reajuste não poderá ultrapassar o valor máximo fixado pelo Decreto Estadual n. 14.771 de 28/06/2017 por diária que é de R$12,00 (doze reais).

A exigência de comprovação da regularidade econômico-financeira está prevista no art. 31 da Lei 8.666/1993, que estabelece em seus incisos I, II e III, a documentação necessária, vejamos:

> *"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;*
>
> *II* ***- certidão negativa de falência ou concordata*** *expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*
>
> *III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação." (grifei)*

A **Lei Complementar Nº 123/2006, que i**nstitui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno, apresenta, em seu artigo 27, a seguinte regra:

> *"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." (grifei)*

A Resolução do Conselho Federal de Contabilidade - CFC N.º 1.418/2012 que aprovou a ITG 1000 – Modelo Contábil para microempresa e empresa de pequeno porte estabelece, em seu item 26, o seguinte:

> *"Demonstrações contábeis*
>
> *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)*

Consequentemente, a exigência da apresentação do balanço patrimonial, para a comprovação da regularidade econômico-financeira está prevista no art. 31 da Lei nº 8.666/1993 e não foi excluída pela legislação referente à microempresa e empresa de pequeno porte, não havendo nenhuma correção necessária.

Assim, em razão das alterações que foram realizadas nos instrumentos convocatórios, observo que todas as medidas, anteriormente determinadas, foram tomadas e, desse modo, não se verificou a existência de prejuízo ao erário, devendo os denunciados serem eximidos de qualquer penalização.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho, em parte, o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**, pelo:

a) PROCEDÊNCIA PARCIAL das irregularidades apontadas na **DENÚNCIA** (art. 39, da Lei Complementar n. 160, de 2012), porquanto restou comprovado que, inicialmente, havia cláusulas contrariando o ordenamento jurídico, isto é, a ausência de prazo razoável para a instalação das cozinhas e a inexistência de cláusula prevendo o reajuste anual. Todavia, diante das alterações promovidas e da falta de prejuízo concreto, deixo de aplicar penalização aos denunciados, recomendando que se abstenham de incluir cláusulas nos editais que possam restringir a participação das empresas nos procedimentos licitatórios.

b) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela procedência parcial das irregularidades apontadas na denúncia. Foi suspenso o caráter sigiloso dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**
Relator

SETAC. DSSM