

DENÚNCIA N. 1072579

Denunciante: Ana Carolina Formiga Arêas Monteiro de Andrade
Denunciada: Fundação Ezequiel Dias – FUNED
Parte: Maurício Abreu Santos
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. ELABORAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL COM BASE NO DECRETO ESTADUAL N. 43.080/02. MATÉRIA ARGUIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. As leis e atos administrativos gozam, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade/legalidade, que não pode ser afastada pela mera arguição de inconstitucionalidade de seu conteúdo, sem que haja ato do Poder Judiciário suspendendo a sua eficácia, ainda que provisoriamente.
2. Segundo entendimento deste Tribunal, a concessão de benefício tributário para licitantes sediados no Estado de Minas Gerais não ofende, em um primeiro momento, o princípio da isonomia nas licitações.

Segunda Câmara
31ª Sessão Ordinária – 10/10/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, com pedido de liminar, formulada por Ana Carolina Formiga Arêas Monteiro de Andrade, em face do edital do Pregão Eletrônico n. 2261032-216/19, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias para contratação de serviço de transporte de medicamentos, por demanda, conforme os requisitos técnicos estabelecidos para a cadeia de frio nas “Boas Práticas de Fabricação de Medicamentos” (Resoluções da Diretoria Colegiada nºs 17/10 e 16/14 e a Resolução SES/MG n. 5.815/17).

A petição foi protocolizada em 19/08/19 (fls. 01/06) e veio instruída com os documentos de fls. 07/16, tendo sido recebida por despacho do conselheiro-presidente (fl. 19) em 20/08/19 e distribuída à minha relatoria na mesma data para análise da medida liminar (fl. 20).

Às fls. 21/24v, indeferi o pedido liminar de suspensão do certame, por entender que não fora demonstrada a probabilidade do direito alegado, uma vez que as leis e atos administrativos gozam, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade/legalidade, que não pode ser afastada pela mera arguição de inconstitucionalidade de seu conteúdo, sem que haja decisão definitiva do Poder Judiciário. Nesse sentido, determinei o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, para apreciação preliminar do

procedimento licitatório e, após, ao Ministério Público de Contas, com fulcro no art. 61, §3º, do Regimento Interno.

Instada a se manifestar, a CFEL concluiu pela improcedência da denúncia em análise e pela inexistência de irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n. 2261032-216/19, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias, motivo pelo qual opinou pela extinção do processo com resolução do mérito e o conseqüente arquivamento dos autos (fls. 30/41).

O Ministério Público de Contas, na mesma linha, emitiu parecer às fls. 43/44, opinando pela improcedência da denúncia, bem como pela extinção do processo com resolução do mérito e, por conseguinte, pelo arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, IV, do Regimento Interno.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A denunciante sustenta basicamente que o instrumento convocatório apresenta regras referentes à elaboração da proposta comercial (item 6.9 do edital), que estão sendo questionadas judicialmente, o que poderia comprometer a lisura do processo, promover a futura anulação ou revogação do certame, bem como violar o princípio da impessoalidade e da economicidade.

Segundo a denunciante existiriam as seguintes ações diretas de inconstitucionalidade em face do Decreto Estadual n. 43.080/02: ADI n. 5363/MG e ADI n. 5659/MG, ambas aguardando julgamento, em virtude da adoção do procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei n. 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo.

Ao final, requereu a suspensão do Pregão Eletrônico n. 2261032-216/19, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias, por entender que a continuidade do procedimento comprometerá a lisura do processo, bem como pleiteou a alteração do edital quanto ao item 6.9, referente à elaboração da proposta comercial.

A Unidade Técnica concluiu pela improcedência da denúncia e a conseqüente extinção do processo com resolução do mérito (fls. 30/41).

O Ministério Público de Contas, às fls. 43/44, ratificou o posicionamento do Órgão Técnico, opinando pela improcedência do apontamento da denunciante.

Inicialmente, mister se faz destacar o item 6.9 do edital em apreço, o qual se fundamenta no Decreto Estadual nº 43.080/02. Vejamos:

6.9. Os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais que forem isentos do ICMS, conforme dispõe o Decreto Estadual nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, deverão informar na proposta os valores com e sem ICMS.

6.9.1. Os fornecedores mineiros deverão informar nas propostas enviadas, pelo sistema eletrônico, as informações relativas ao produto e ao preço resultante da dedução do ICMS, conforme Resolução conjunta SEPLAG/SEF n. 3.458, de 22 de julho de 2003, alterada pela Resolução conjunta SEPLAG/SEF n. 4.670, de 5 de junho de 2014.

6.9.2. A classificação das propostas, etapa de lances, o julgamento dos preços, a adjudicação e a homologação serão realizados a partir dos preços dos quais foram deduzidos os valores relativos ao ICMS.

6.9.3. Os fornecedores mineiros não optantes pelo Simples Nacional farão suas propostas conforme as disposições contidas nos subitens 6.9.1 e 6.9.2. 6.9.4. O disposto nos subitens 6.9.1 e 6.9.2 não se aplica aos contribuintes mineiros optantes pelo regime do Simples Nacional. 6.9.5. Os fornecedores mineiros de que trata o subitem 6.9.3 deverão anexar às suas propostas comerciais a ficha de inscrição estadual, na qual conste a opção pelo Simples Nacional, podendo o pregoeiro, na sua falta, consultar a opção por este regime através do site: <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>.

No presente caso, quanto à alegação da denunciante de que o ato convocatório apresenta regras referentes à elaboração da proposta comercial (item 6.9), as quais estão sendo questionadas judicialmente, por meio de ADI, cumpre salientar o posicionamento exposto pela Unidade técnica, às fls. 30v/32, *in verbis*:

[...] Quanto à regularidade do edital fundamentado no Decreto Estadual n. 43.080/2002, entende esta Unidade Técnica que os requisitos exigidos para fruição da isenção são de competência da Administração Tributária, e não da Administração Licitante, sendo que a esta caberá verificar: a) se a proposta atende às condições previstas no edital; b) se o menor preço ofertado é compatível com os preços praticados no mercado; c) se a autora da proposta de menor preço cumpre as exigências de habilitação. É, portanto, irrelevante para a Administração Licitante se o valor da proposta vencedora se deve à isenção do ICMS. Logo, cabe à empresa licitante arcar com as consequências da isenção do ICMS quando da formulação da sua proposta.

Em consulta ao site do STF verifica-se que as ações diretas de inconstitucionalidade, ADI 5659 e ADI 5363, estão em tramitação, portanto, ainda não foram transitadas em julgado.

(...)

Isso posto, quanto ao objeto da denúncia, esta Unidade Técnica considera improcedente as alegações da denunciante no sentido da ilegalidade do edital com base no decreto em foco e corrobora com o entendimento do Relator no sentido de que, as leis e atos administrativos gozam, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade/legalidade, que não pode ser afastada pela mera arguição de inconstitucionalidade de seu conteúdo, sem que haja ato do poder judiciário suspendendo a sua eficácia, ainda que temporária.

Portanto, considerando que não transitaram em julgado as ADI's 5363 e 5659, o edital não pode ser considerado irregular, pelo fato de se fundamentar no Decreto Estadual nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002.

Assim, de todo o exposto, entende esta Unidade Técnica que descabe razão à denunciante e, portanto, inexistente a irregularidade. (Grifou-se)

Com efeito, em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal¹, constata-se, até o presente momento, que as ações diretas de inconstitucionalidade nºs 5659 e 5363, não foram julgadas e que, portanto, não foram decididas de forma definitiva, formando coisa julgada material.

Nesse sentido, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, ao enfrentar o tema nos autos da Denúncia n. 1.048.066, assim se manifestou:

6. Da isenção do ICMS.

¹<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132886> e <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4820806>, acessado em 16/09/19.

A denunciante alegou que o edital é irregular porque isenta os fornecedores do Estado de Minas Gerais do pagamento do ICMS, o que quebra a isonomia do certame pela preferência de participante em razão da localização de sua sede.

A denunciante alega ainda que a obrigação de destacar dos valores unitários e globais o ICMS deve ser realizada no momento da execução do objeto.

Análise:

O edital dispõe:

6.9. Os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõem o art. 6º e o item 136, da Parte I, do Anexo I, do Decreto n. 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e Resolução Conjunta SEF/SEPLAG n. 3.458/2003 e suas alterações.

6.9.1. Os fornecedores mineiros deverão informar nas propostas enviadas, pelo sistema eletrônico, as informações relativas ao produto e ao preço resultante da dedução do ICMS, conforme Resolução Conjunta SEPLAG/SEF n. 3.458/2003, alterada pela Resolução Conjunta SEPLAG/SEF n. 4.670/2014.

6.9.2. A classificação das propostas, a etapa de lances, o julgamento dos preços, a adjudicação e a homologação serão realizados a partir dos preços dos quais foram deduzidos os valores relativos ao ICMS.

[..]

7.3.9.1. Caso o licitante declarado vencedor seja empresa mineira, serão utilizados os valores com dedução do ICMS para a adjudicação e homologação do certame, exceto quando optante pelo simples nacional.

Às fls.168/179v, o responsável esclareceu que:

A Impugnante questiona a isenção de ICMS para os fornecedores mineiros sem razão, senão vejamos.

Nos termos do subitem 6.9 do edital temos:

Despacho Decisório 25 (1554158) SEI 1450.01.0039983/2018-46 / pg. 485 6.9 Os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõem o art. 6º e o item 136, da Parte I, do Anexo I, do Decreto n. 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e Resolução Conjunta SEF/SEPLAG n. 3.458/2003 e suas alterações posteriores.

Consoante o subitem transcrito, a isenção de ICMS para fornecedores mineiros está lastreada no Decreto Estadual n. 43.080/2002 e na Resolução Conjunta SEF/SEPLAG n. 3.458/2003, bem como obedece aos ditames do artigo 155, §2º da Constituição Federal. Não há que se falar em benefício a determinados licitantes em detrimento de outros. A matéria de isenção de impostos refere-se à competência tributária do Estado prevista na Constituição Federal e regulada pelas leis estaduais correlatas.

O Convênio n. 26/03, aprovado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), autorizou os Estados e o Distrito Federal a concederem isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. No Estado de Minas Gerais, a referida isenção foi incorporada à legislação por meio do Decreto n. 43.349/03, alterando o Regulamento do ICMS (Decreto n. 43.080/02) ao acrescentar-lhe o item 136 à Parte I de seu Anexo I. No exercício do poder regulamentar, a Secretaria de

Estado da Fazenda (SEF) e a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG) editaram a Resolução Conjunta n. 3.458/03 (com redação dada pela Resolução Conjunta n. 3.981/08), que, dentre outras disposições, previa expressamente que, nos procedimentos licitatórios realizados no Estado, os preços apresentados pelos beneficiários da isenção deveriam, desde a formulação das propostas e até a homologação do procedimento licitatório, figurar com a dedução do ICMS.

Nesse contexto, cabe trazer à baila o entendimento contido no parecer emitido pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais na Consulta n. 888173, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, *in verbis*:

E foi no exercício de sua competência constitucional que o CONFAZ, por meio do Convênio n. 26/03, autorizou os Estados e o Distrito Federal a concederem isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Conseqüentemente, a referida isenção já foi formalmente incorporada à legislação tributária interna de quase todos os Estados-Membros, bem como adotada nos procedimentos licitatórios realizados em seu território, conforme se depreende de levantamento perfunctório a que procedi.

Dentre os demais Estados-Membros, integrantes da maioria maciça que o fizeram, apenas o Estado de Santa Catarina manifestou-se no sentido de que o contribuinte beneficiado pela isenção deveria incluir o valor do ICMS que seria devido, não fosse a norma isencional, quando da apresentação das propostas no certame licitatório.

Pelo contrário, a grande maioria dos Estados-Membros faz constar expressamente, em seus editais de licitação, que os preços apresentados pelos fornecedores lá situados – beneficiários, portanto, da isenção – estejam líquidos do valor do ICMS. Após breve levantamento, apresento os seguintes exemplos:

- Mato Grosso do Sul

4.1.2. A proposta de preços deverá ser apresentada sem o valor do ICMS devido nas operações internas do Despacho Decisório 25 (1554158) SEI 1450.01.0039983/2018-46 / pg. 486 Estado de MS, conforme estabelecido no Decreto Estadual n. 11.403 de 19/09/2003 e suas alterações (somente para empresas localizadas no Estado de MS). (Pregão Eletrônico n. 023/2013 do Departamento Estadual de Trânsito)

- Paraíba

12.5 De acordo com o que preceitua o Decreto Estadual n. 24.755 de 29 de dezembro de 2003, é concedido aos Órgãos da Administração Pública Estadual a isenção de ICMS nas operações relativas a aquisição de bens, mercadorias e serviços, ficando condicionado o valor de isenção do ICMS ao desconto no preço do valor equivalente ao imposto dispensado. (Pregão Eletrônico n. 050/2012 da Universidade Estadual da Paraíba)

- Paraná

3) Como apresentar os preços nas propostas, orçamentos e cotações de preços: para atender aos atos convocatórios nas condições estabelecidas nos Decretos, as empresas paranaenses deverão apresentar propostas, orçamentos ou cotações de preços já com o valor líquido, ou seja, sem a carga tributária do ICMS.

(Orientações do Departamento do Patrimônio do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: http://portal.tjpr.jus.br/web/dp/legislacao_isencao_icms) 8.3 Assim, nos demais casos,

todas as empresas paranaenses, deverão considerar esse benefício e apresentar sua proposta, orçamento ou cotação de preço já com o valor líquido, ou seja, sem a carga tributária do ICMS. (Pregão Presencial 019/2013, Processo n. 737/2013, Hospital Universitário do Oeste do Paraná)

- Rio de Janeiro

9.3 Nas operações internas a que se refere o Convênio ICMS n. 26/2003, poderá emitir nota fiscal ou fatura mencionando expressamente que se trata de “operação beneficiada com isenção de ICMS nos termos do Convênio ICMS 26/2003. Valor dispensado de R\$ xxxx”, bem como cumprir todas as determinações da legislação tributária para a fruição do referido benefício fiscal. 9.3.1 - Para usufruir do benefício a que se refere o subitem anterior, a empresa deverá indicar na sua proposta comercial que os preços ofertados não contemplam o valor do ICMS devido. Ex.: Edital do Pregão Eletrônico n. 63/2013, do TCE-RJ

- Rio Grande do Sul

7.16.7.1. Apresentar as propostas já com valor líquido, ou seja, sem a carga tributária do ICMS, para os itens assim definidos no Edital. (Pregão Eletrônico n. 036/IRGA/2013, Instituto Rio Grandense do Arroz)

- São Paulo

4.2. A proposta deverá conter: a.1) no preço deverá ser considerada a isenção do ICMS prevista no art. 55, do Anexo I, do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços, do Estado de São Paulo, aprovado pelo Decreto n. 45.490, de Despacho Decisório 25 (1554158) SEI 1450.01.0039983/2018-46 / pg. 487 30/11/2000, ou seja, sem a carga tributária do ICMS. (Pregão Eletrônico n. 315/2013, Oferta de Compra BEC/SP 102201100592013OC00482, Universidade Estadual de Campinas)

Assim sendo, não existe quaisquer irregularidades na isenção de ICMS prevista no subitem 6.9 do instrumento convocatório ora combatido.

Ademais, sobreleva notar que, nos autos da Consulta n. 888.173, sessão do dia 16/10/13, o Tribunal Pleno entendeu que a concessão de benefício tributário para licitantes sediados no Estado de Minas Gerais não ofende, em um primeiro momento, o princípio da isonomia nas licitações, cuja ementa assim se apresenta:

EMENTA: CONSULTA – LICITAÇÃO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO PARA LICITANTES SEDIADOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS – ATO DISCRICIONÁRIO DO ENTE TRIBUTANTE – A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO NÃO OFENDE, A PRIORI, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS LICITAÇÕES – NÃO CABE AO TRIBUNAL DE CONTAS A ANÁLISE DE CONDIÇÕES APRIORÍSTICAS, ANTERIORES E ESTRANHAS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ADSTRIÇÃO DO ENTE LICITANTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – COMPENSAÇÃO AO MUNICÍPIO POR MEIO DO VAF.

1) A concessão de benefício fiscal consiste em condição fático-jurídica apriorística que, por não dizer respeito ao procedimento licitatório em si, não pode ser objeto de análise pelo Tribunal de Contas a pretexto de sua repercussão sobre o princípio da isonomia previsto no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

2) Tendo em vista que o procedimento licitatório é composto de atos vinculados, o ente licitante está adstrito ao princípio da legalidade, não lhe cabendo valorar benefício tributário concedido a determinados participantes do certame.

3) Compete ao Estado promover a compensação aos municípios mineiros, por meio de mecanismos de apuração, do Valor Adicionado Fiscal – VAF. (Grifou-se)

Outrossim, as leis e atos administrativos gozam, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade/legalidade, que não pode ser afastada pela mera arguição de inconstitucionalidade de seu conteúdo, sem que haja ato do Poder Judiciário suspendendo a sua eficácia, ainda que provisoriamente.

Por fim, a Unidade Técnica, às fls. 32/40v, utilizando-se do “Checklist² para análise integral de edital de licitação”, concluiu pela regularidade ato convocatório do Pregão Eletrônico n. 2261032-216/2019, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias, motivo pelo qual opinou pelo arquivamento do processo.

Nesse cenário, embora na Consulta n. 888.173 tenha me manifestado contrariamente a esse entendimento, tendo em vista que a tese vencedora foi no sentido de que o valor do ICMS pode ser deduzido da proposta, acompanho a posição majoritária, refletida na manifestação técnica e no parecer do Ministério Público de Contas, para considerar que as alegações da denunciante não merecem prosperar, razão pela qual entendo que a presente denúncia deve ser julgada improcedente e, por conseguinte, arquivado o processo, com fulcro no art. 176, IV, do Regimento Interno.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, julgo improcedente a denúncia apresentada por não vislumbrar a ocorrência da irregularidade suscitada no edital do Pregão Eletrônico n. 2261032-216/19, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias, motivo pelo qual determino a extinção do feito com resolução do mérito e o seu arquivamento, com fulcro no art. 176, inciso IV, do Regimento Interno.

Intimem-se as partes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **D)** julgar improcedente a denúncia apresentada por não vislumbrar a ocorrência da irregularidade suscitada no edital do Pregão Eletrônico n. 2261032-

² MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Cartilha: Como elaborar termo de referência ou projeto básico. O impacto do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB) na eficácia das licitações e contratos administrativos. Disponível em: < <http://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em: 18 de nov. de 2018. SANTOS, Franklin Brasil. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Franklin Brasil Santos e Kleberon Roberto de Souza; prefácio de Mário Vinícius Claussen Spinelli. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 154p. BRITTO, Érica Apgaua de. Curso a distância: como elaborar termo de referência e projeto básico. Belo Horizonte: Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo, 2019. Disponível em: <https://moodle.tce.mg.gov.br/course/view.php?id=79>. Acesso em: 22 abr. 2019.

216/19, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias, declarando a extinção do feito, com resolução do mérito e determinar o seu arquivamento, com fulcro no art. 176, inciso IV, do Regimento Interno; **II)** determinar a intimação das partes acerca do teor desta decisão; **III)** determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Victor Meyer e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de outubro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

agot/kl

CERTIDÃO

Certifico que a **Ementa** deste **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**