

Processo nº: 1.072.579**Natureza: Denúncia****Denunciante: Ana Carolina Formiga Areas Monteiro de Andrade****Jurisdicionado: Fundação Ezequiel Dias**

Trata-se de denúncia, com pedido de liminar, formulada por Ana Carolina Formiga Areas Monteiro de Andrade, cidadã, inscrita no Registro Geral sob o nº MG-8.095.565, em face do edital do Pregão Eletrônico nº 2261032-216/2019, deflagrado pela Fundação Ezequiel Dias para contratação de serviço de transporte de medicamentos, por demanda, conforme RDC's nº 17/10 e nº 16/14 e Resolução SES/MG nº 5.815/17.

Protocolizada em 19/08/19, a denúncia (fls. 01/06) veio instruída com os documentos de fls. 07/16, tendo sido recebida por despacho do conselheiro-presidente (fl. 19) em 20/08/19, distribuída à minha relatoria na mesma data (fl. 20) e recebida em meu gabinete às 17hs30min.

A denunciante sustenta basicamente que o instrumento convocatório apresenta regras, referente à elaboração da proposta comercial (item 6.9 do edital), que estão sendo questionadas judicialmente, o que poderia comprometer a lisura do processo, promover 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 nº 43.080/02: ADIN nº 5363/MG e ADIN nº 5659/MG, ambas aguardando julgamento em virtude da adoção do procedimento abreviado previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que a decisão seja tomada em caráter definitivo.

Verifico, em análise do edital, que se trata de regras atinentes à forma de apresentação da proposta comercial por aqueles fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais que estão isentos do ICMS, nestes

termos:

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 nº 3.458, de 22 de julho de 2003, alterada pela Resolução conjunta SEPLAG/SEF nº 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/>.

A CFEL, ao enfrentar o tema nos autos de Denúncia (Processo nº 1.048.006/18), apresentada pela empresa Eldorado Refeições Ltda. em face de supostas irregularidades ocorridas no edital do Pregão Eletrônico nº 172/18, deflagrado pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração Prisional – SEAP, tendo por objeto o fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, às Unidades Prisionais, assim se manifestou:

6. Da isenção do ICMS.

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 nº. 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e Resolução Conjunta SEF/SEPLAG nº 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 nº 3.458/2003, alterada pela Resolução Conjunta SEPLAG/SEF nº 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 nº. 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e Resolução Conjunta SEF/SEPLAG nº 3.458/2003 e suas alterações posteriores.

Consoante o subitem transcrito, a isenção de ICMS para fornecedores mineiros está lastreada no Decreto Estadual nº 43.080/2002 e na Resolução Conjunta SEF/SEPLAG nº 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 nº 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 nº 43.349/03, alterando o Regulamento do ICMS (Decreto nº 43.080/02) ao acrescentar-lhe o item 136 à Parte 1 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 nº 3.458/03 (com redação dada pela Resolução Conjunta nº 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 nº 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.

Consequentemente, 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 2, 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 nº 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 nº 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 nº 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.

Isso posto, entende esta Unidade Técnica como procedente os esclarecimentos dos responsáveis no sentido da regularidade do item 3.4 do edital ao isentar do ICMS os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais, esse também é o entendimento do Tribunal Pleno desta Corte:

CONCLUSÃO.

A concessão de benefício tributário viola o princípio da isonomia consagrado pelo art. 3º da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993? 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. Ainda que fora do contexto licitatório, a fiscalização de benefícios tributários pelo Tribunal de Contas está adstrita aos contornos estabelecidos no art. 70 da Constituição da República, no que toca aos seus aspectos legal, financeiro e orçamentário, sob pena de ingerência na discricionariedade política do ente tributante. 2. Pode (ou deve) o ente licitante questionar (ou desconsiderar) os benefícios tributários concedidos a determinadas empresas participantes do certame, em nome da isonomia? 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. Em caso afirmativo, quais benefícios tributários deve o ente licitante considerar aptos ou inaptos a impactar o preço da empresa? E em que momento do procedimento licitatório deve o ente licitante avaliar se as eventuais imunidades, isenções, anistias, moratórias – ou qualquer outro benefício tributário – devem ou não ser aproveitadas por uma empresa licitante na formação de seu preço? Já que não foi afirmativa a resposta, esta última questão fica prejudicada. É o parecer que submeto à consideração de Vossas Excelências.

(...)

Diante do exposto, conclui-se que a verificação do atendimento dos requisitos exigidos para fruição da isenção é 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.

Assim, de todo o exposto, entende-se que descabe razão à denunciante quanto a este apontamento, e em consequência inexistente a irregularidade.

Importa também aqui registrar que nos autos da Consulta nº 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

Ademais, 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.

Dessa forma, nesse juízo perfunctório, não demonstrada a probabilidade do direito alegado, indefiro a liminar requerida pela denunciante, adotando como motivação a análise realizada pela Unidade Técnica, nos autos do Processo nº 1.048.006, reproduzidas nesta oportunidade, bem como as razões que fundamentaram a Consulta nº 888.173.

Ressalte-se que essa decisão não obsta, todavia, a fiscalização desta Corte de Contas para fins de controle de legalidade em sua acepção mais ampla, que será exercido com a tramitação regular do feito, oportunizado o contraditório e a ampla defesa às partes e aos interessados.

Determino à **Secretaria da Segunda Câmara** que cientifique, nos termos do art. 166, § 1º, incisos I e VI, do Regimento Interno, a Senhora Ana Carolina Formiga Areas Monteiro de Andrade e o Senhor Maurício Abreu Santos, Presidente da Fundação Ezequiel Dias (Funed), acerca do teor desta decisão.

Cumprida a medida, remetam-se os autos à **Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL** para apreciação preliminar



do procedimento licitatório. Após, ao Ministério Público de Contas para manifestação, a teor do que dispõe o § 3º do art. 61 do Regimento Interno.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2019.

Cláudio Couto Terrão
Conselheiro Relator