



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Em sua defesa, a Prefeitura alega, de forma breve, que a certidão de regularidade do ICMS tem fundamento no art. 29, inc. III da Lei nº 8.666/93.

Quanto à frota exigida (ano/modelo 2013), sustenta que a indústria automobilística já lança, em meados de todos os anos, lançamentos para o ano vindouro.

Para ela, além da segurança no serviço prestado, o desgaste do serviço - mormente pelas condições das estradas, na maioria rurais -, e horários de atendimento nas escolas impõem veículos com esta característica.

Já em relação ao critério utilizado (preço por aluno) e quantitativo, justifica o primeiro com fundamento na lei nº 11.494/07 (FUNDEB), e o segundo em face de o edital estabelecer um número mínimo de 1.350 a 1.450 alunos - o qual varia durante o contrato.

Todos aqueles que oficiaram no processo (ATJ, Ministério Público de Contas e SDG) manifestaram-se pela procedência das representações.

É o relatório.

fnp



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Voto

00001920.989.13-4

00001930.989.13-2

Em preliminar, ressalto que considereei para esta apreciação a cópia do edital encartada eletronicamente pela Representante, tendo em vista que a Prefeitura não a enviara a esta Casa - óbice que me motiva desde já a recomendar à Comuna que atente com maior rigor as determinações deste Tribunal, sob pena de aplicação de multa, em caso de novo descumprimento.

No mérito, iniciando pela controvérsia atinente à regularidade fiscal, recorro que este Tribunal, a partir do r. voto proferido pelo eminente Conselheiro Renato Martins Costa nos autos do TC-32300/026/08, firmou o entendimento na direção de que a regularidade fiscal deve restringir-se aos tributos decorrentes do ramo de atividade da licitante, compatível com o objeto contratual (Sessão de 24/9/2008).

De fato, compreendo que esta Casa tem destinado o tratamento apropriado ao tema, haja vista não se mostrar adequada a exigência de comprovação de regularidade do recolhimento de tributos cujo fato gerador - definido pelo art. 114 do Código Tributário Nacional como a "situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência" - esteja inconciliável com o objeto que se pretenda adquirir, mesmo porque os procedimentos licitatórios, mesmo que indiretamente, não têm (e nem devem ter) como finalidade compelir o devedor ao pagamento de tributos.

Por sinal, reflete este raciocínio decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 374981/RS, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

O único aspecto que me preocupa, aqui, Senhores Conselheiros, é reservar, a esta Casa, a atribuição de dizer quais seriam os tributos incidentes, seja por escapar de nossa esfera de competência, seja pelo fato de que nem sempre é simples definir se para um objeto específico há ou não a incidência de determinado gravame - especialmente quando se trata do imposto questionado na inicial (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços).

Em verdade, esta situação criaria o risco de um "conflito de competências", haja vista que se abriria a oportunidade da utilização das decisões desta Corte em oposição à pretensão da cobrança de determinado tributo pelo Fisco.

Aliás, essa situação já fora ilustrada pelo eminente Conselheiro Robson Marinho (TC-27069/026/10, sessão Plenária de 25/8/2010), ao citar, como exemplo, as discussões travadas no Supremo sobre a incidência do ICMS sobre *software*, ora considerando que não se aplica, em face de o objeto referir-se a um bem corpóreo (RE nº 176.626/SP, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em 10/11/1998), ora decidindo que o bem se sujeita a este



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

gravame, independente de ser corpóreo ou não (ADI 1945 MC/MT, rel. orig, Min. Octavio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 26/5/2010).

Sob esta perspectiva, penso que a melhor solução a ser dada ao caso é determinar à Origem que ela mesma reavalie, com fundamento nos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao campo tributário, se o imposto requerido guarda pertinência com o ramo de atividade da licitante e seja compatível com o objeto contratual.

O segundo ponto, inerente à frota, assemelha-se com a representação relatada pelo eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues na sessão plenária da semana passada nos autos do processo 01931.989.13-1 (mesma prefeitura e idênticos representantes e objeto), exceção feita ao destino dos destinatários dos serviços - lá se referia a transporte intermunicipal de pacientes, aqui a transporte de alunos residentes na zona rural e urbana do município.

Naqueles autos o Tribunal Pleno, em acolhimento ao voto do eminente Relator, considerou procedente a representação, "seja porque a exigência de veículos ano de 2013, desprovida de prazo razoável para a aquisição, implica prévia propriedade, seja porque sequer ficou demonstrada a vantagem do discrimen, à luz dos princípios da competitividade e eficiência".

Também não posso deixar de destacar a providente intervenção do eminente Conselheiro Renato Martins Costa por ocasião do julgamento proferido nos autos do processo 1283.989.13-5 (Sessão do Pleno de 14/8/2013, sob a relatoria do eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho), ponderando não ser "desarrazoado, nem incorreto, que o administrador fixe, dentro de parâmetros sensatos e razoáveis, uma idade mínima de frota".

Animado com estes propósitos, e até mesmo como forma de prestigiar o princípio da segurança jurídica, proponho o mesmo desfecho a esta matéria, no sentido de que a Administração faça a necessária adequação na cláusula editalícia, inclusive quanto ao prazo indispensável à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

aquisição dos veículos a serem utilizados na prestação dos serviços.

Por fim, se é fato que o critério de julgamento eleito (menor preço por aluno) não se traduz como o mais usual - uma vez que os custos que definem a margem de lucro dos serviços de transporte encontram-se mais arraigados à quilometragem rodada -, também é certo que a conduta administrativa não implica uma ilegalidade flagrante, tampouco um prejuízo à amplitude de licitantes.

Reforçam esta minha conclusão precedentes da Casa que não condenaram este critério, a exemplo dos processos TC-000676/005/11 (sessão Plenária de 17/8/2011), e 00000852.989.12-8 (decisão monocrática publicada no DOE de 25/7/2012).

Aliás, também não vislumbro uma irregularidade no questionamento dirigido à estimativa total de alunos entre 1.350 e 1.450 - uma vez que a imprecisão e o intervalo entre as duas grandezas numéricas se justificam pela mutabilidade do número de discentes durante todo o ano.

Obviamente, isto não impede que a matéria seja valorada com uma profundidade maior, no futuro, por ocasião do exame ordinário do contrato - momento em que se conhecerão os reais reflexos destas disposições editalícias.

Diante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas, voto pela **procedência parcial** das representações, devendo a Prefeitura de São Miguel Arcanjo:

- a) reavaliar, à luz do que estabelece a Constituição Federal e demais regramentos legais aplicáveis ao âmbito tributário, se o imposto impugnado (ICMS) guarda pertinência e compatibilidade com o ramo de atividade das licitantes e com o objeto contratual, devendo manter a exigência somente nesta condição; e
- b) que faça a necessária readequação das disposições afetas à frota, inclusive quanto ao prazo que se mostre necessário à aquisição dos veículos a serem utilizados na



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

prestação dos serviços, como forma de privilegiar a competitividade.

Outrossim, recomendo que a Origem observe com maior rigor as determinações deste Tribunal - especialmente no que se refere ao envio de cópia do edital - bem como reestude as demais prescrições do texto convocatório, dando ênfase àquelas que guardarem relação com as que ensejam correções, providenciando a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, à luz do que preconiza o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Acolhido este entendimento pelo Plenário deste e. Tribunal, devem ser intimados Representantes e Representada, na forma regimental.

Com o trânsito em julgado, sigam os autos à fiscalização da Casa, para anotações.

Após, archive-se.