LICITAÇÃO – ESTADO-MEMBRO – PREFERÊNCIA DE EMPRESAS

– Argüição de inconstitucionalidade do art. 48, da Lei 7.291/1978, e do art. 2º, do Decreto 23.036/83, ambos do Estado de Minas Gerais. Critérios no julgamento de licitações. Consideração do ICM a ser recolhido aos cofres do Estado. Constituição Federal, art. 9º, I. Não é possível distinguir, no processo de licitação, as empresas concorrentes pela origem, naturalidade ou sede. Constituição, art. 8º, XVII, letra c *e parágrafo único. Aplicam-se aos Estados-membros os princípios relativos à disciplina das licitações (Decreto-lei 200/67; Lei 5.456/68). Critério de licitação para fornecimento de bens ou prestação de serviços, baseado no recolhimento de tributos devidos ao Estado, tem merecido censura do STF. Precedentes. Representação procedente, declarando-se a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.*

Representação 1.308
Representante: Procurador-Geral da República
Representados: Governador e Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais
Relator: Sr. Ministro *Néri da Silveira*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade, julgar procedente a representação e declarar a inconstitucionalidade da cláusula "tributos devidos ao Estado", constante do art. 48, da Lei 7.291, de 4 de julho de 1978, e do art. 2º, do Decreto 23.036, de 12 de setembro, ambos do Estado de Minas Gerais.

Brasília, 10 de fevereiro de 1988. – *Rafael Mayer*, Presidente. *Néri da Silveira*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Néri da Silveira* (Relator): O Dr. Procurador-Geral da República ofereceu, com base no art. 119, item I, letra *l*, da Constituição Federal, a presente representação, argüindo a inconstitucionalidade dos arts. 48, da Lei 7.291, de 1978, e 2º, do Decreto 23.036, de 1983, ambos do Estado de Minas Gerais, acolhendo solicitação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, consubstanciada no expediente de fls. 3-8.

O dispositivo da supracitada lei, que dispõe sobre a contratação de obras e serviços, a aquisição, a alienação e o uso de bens pelo Estado de Minas Gerais e por suas autarquias, cuja inconstitucionalidade vem de ser argüida, tem este teor (fl. 12):

"Art. 48 – Na fixação de critérios de julgamento das licitações, levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços e pagamento, tributos devidos ao Estado, prazos e outros pertinentes, estabelecidos no edital."

De sua vez, o art. 2º, do Decreto 23.036, do Estado supracitado, que "dispõe sobre proposta mais vantajosa nas licitações" (fl. 16), ora também tido por inconstitucional, possui esta redação:

"Art. 2º – Dentre outros critérios ditados pelo interesse público estadual, será sempre ponderado o valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias que deva ser recolhido aos cofres do Estado."

Sustentou o Presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, na promoção da qual se originou a representação, que a mencionada legislação, a exemplo do que ocorria com a do Estado do Rio de Janeiro, versando sobre licitações e concorrências, declarada inconstitucional, ao serem julgadas as Representações 1.103-8 e 1.147-0, "representa, indubitavelmente, uma real e palpável desvantagem para as demais Unidades da Federação" (fl. 4), sinalando, mais adiante, que as disposições que dimanam da legislação em exame encerram tratamento discriminatório, estabelecendo "uma vantagem inconcebível em favor das empresas com sede no território de Minas Gerais" (fl. 5).

Anotou a Federação requerente, após afirmar que referidas normas contrariam regras gerais relativas a licitações, estabelecidas pelo Decreto-lei 200, de 1967, desvirtuando, inclusive, o critério de preço, na forma prevista no art. 133, do citado decreto-lei, e inobservado o disposto no art. 8º, item XVII, letra *c*, da Carta Magna, que tais dispositivos, cuja inconstitucionalidade se suscitava, vulneram os princípios consagrados pelos arts. 9º, item I, e 153, § 1º, da Constituição Federal.

Solicitadas informações, prestaram-nas o Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa estadual, mediante o expediente de fl. 30-53, em que ressalta a inexistência de qualquer conflito entre a legislação impugnada e as disposições emanadas da Lei Fundamental, e o Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais, às fl. 57-77. Este, além de impugnar a argüição de inconstitucionalidade, repele a afirmativa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, quanto à se-

melhança, pretendida pela Entidade, entre a legislação do Estado do Rio de Janeiro e a de Minas Gerais, versando sobre o tema.

Os fundamentos em que se basearam as autoridades representadas, na defesa da constitucionalidade dos dispositivos em causa, foram bem resumidos, às fls. 82-84, pela Procuradoria-Geral da República, nestes termos (itens 3 e 4):

"3. Nas informações, sustenta o Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa a plena compatibilidade dos dispositivos impugnados com o Texto Magno, asseverando que:

a) a disposição impugnada não apresenta qualquer incompatibilidade com a regra contida no art. 133, do Decreto-lei 200/67, uma vez que o recolhimento de tributo, intimamente vinculado ao fator preço, há de ser considerado juntamente com os demais critérios de vantagens para a Administração;

b) a matéria relativa à licitação integra o conjunto de providências relativas à organização interna do Estado, que, para tanto, tem sua competência definida no art. 13, da Lei Maior. É notória, pois, a diferença de natureza material entre as normas relativas ao procedimento licitatório e as normas de que trata o art. 8º, XVII, alínea *c;*

c) embora não se vislumbre qualquer incompatibilidade entre a disposição impugnada e o preceituado no Decreto-lei 200/67, não é de se excluir eventual vício da lei federal que determina a aplicação dos princípios licitatórios ao Estado-membro, a teor do disposto no art. 13, da Constituição;

d) as normas impugnadas não impedem a participação de concorrentes oriundos de qualquer unidade da Federação, prevendo tão-somente a adoção de critérios que levem em conta o recolhimento dos tributos;

e) o disposto no art. 9º, inc. I, da Constituição, constitui princípio de uniformidade tributária, não sendo aplicável em matéria de licitação. Deve-se admitir, porém, que, mesmo reconhecendo-lhe conteúdo igualitário, não se pode considerar que a legislação que reduz os dispêndios do Estado-membro afronta o princípio da isonomia.

4. O ilustre Chefe do Executivo estadual sustenta, por seu turno, a constitucionalidade dos dispositivos, asseverando que:

a) não há qualquer semelhança entre a legislação do Estado do Rio de Janeiro (Rep. 1.103) e as disposições constantes dos diplomas impugnados, conforme se pode depreender da simples leitura dos textos em apreço;

b) a definição de critérios para julgamento de licitações constitui direito subjetivo da pessoa jurídica de direito público, não sendo-lícito ao particular opor-se à disciplina do interesse público;

c) não há que se cuidar, outrossim, de ofensa ao art. 153, § 1º, da Constituição, porquanto a igualdade a que se refere é a igualdade perante a lei, vale dizer, a igualdade de todos os brasileiros perante o Poder Público, atendidos os pressupostos legais;

d) não procede igualmente a afirmação de que o instituto da licitação está contemplado pela competência supletiva do Estado-membro (Constituição Federal, art. 8º, XVII, *c*). Em verdade, trata-se de matéria privativa das pessoas com capacidade política;

e) o art. 8º, inc. XVII, alínea *c*, da Constituição, que autoriza a União a expedir normas gerais sobre despesa e gestão patrimonial e financeira, não tem a amplitude que se lhe pretende emprestar, cuidando tão-somente de aspectos formais relativos à sistematização, organização e registro dos atos relativos à despesa e à gestão patrimonial;

f) ninguém poderá razoavelmente negar que o ICM a ser pago por determinado licitante seja uma condição pertinente ou uma vantagem que o Estado poderá obter nas suas licitações, uma vez que, nesse caso, a proposta se tornará inequivocamente menos onerosa."

Pela procedência da representação, no sentido de que seja "declarada a inconstitucionalidade da expressão 'tributos devidos ao Estado' " constante do art. 48, da Lei 7.291/78, e do art. 2º, do Decreto 23.036/83, ambos do Estado de Minas Gerais, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 81-88.

É o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia aos Senhores Ministros, nos termos do art. 172, do Regimento Interno.

VOTO

O *Sr. Ministro Néri da Silveira* (Relator): O art. 48, da Lei mineira 7.291/78, estipula que, na fixação de critérios de julgamento de licitações,

"levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços e pagamentos, tributos devidos ao Estado, prazos e outros pertinentes estabelecidos no edital". O art. 2º, do Decreto 23.036/83, a seu turno, estabelece que, dentre outros critérios ditados pelo interesse público estadual, "será sempre ponderado o valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias que deva ser recolhido aos cofres do Estado".

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República anotou (fls. 84-88), *verbis:*

"5. Consolidou-se a jurisprudência da Excelsa Corte no sentido de que o critério de distinguir as empresas com relação ao procedimento licitatório pela origem, naturalidade ou sede não se mostra adequado para justificar tratamento privilegiado ou preferencial. Segundo essa orientação, a especialização do princípio da isonomia (Constituição Federal, art. 153, § 1º) contida no art. 9º, I, da Lei Maior, não se compadece com qualquer restrição que possa afetar a necessária integração e harmonia do Estado federal (Rp 1.103, Rel. Min. Rafael Mayer, *RTJ*, 103/933; Rp. 1.147, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* 22.4.83; Rp. 1.258, Rel. Min. Octávio Gallotti, *RTJ*, 115/84; Rp. 1.177, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* 22.8.86; Rp. 1.201, Rel. Ministro Moreira Alves, *DJ* 22.8.86).

6. Tal entendimento parece encontrar amplo respaldo doutrinário. Referindo-se ao art. 9º, inc. I, da Constituição, assevera Pontes de Miranda que a aludida disposição veio pôr cobro aos abusos perpetrados antes do advento da Constituição de 1934. E, consoante o magistério do mesmo jurista, 'as preferências que o art. 9º, I, veda, e pois, faz nulas, são todas as que, direta ou indiretamente, criarem vantagens aos filhos de um Estado-membro em relação aos filhos de outro Estado-membro, bem como entre um Estado-membro e outro ou outros, ou, ainda, entre os Municípios de um Estado-membro e os de outro ou do mesmo Estado-membro. Temos, em conseqüência, que isenção de imposto ou de algum imposto, por parte de um Estado-membro, quanto a produtos oriundos de outro Estado-membro, ou qualquer diferença, na percentagem ou importe, constitui ato inconstitucional (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo II, 1970 p. 185).'

Idêntica orientação é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis:*

'A proibição de preferências visa impedir que se favoreçam indiretamente essas pessoas, beneficiando-se, particularmente, o intercâmbio com os lá residentes ou sediados. Não tolera, que, por exemplo, um Estado ou um Município, nas suas compras, dê preferência aos bens produzidos em seu território ou no de determinado Estado ou Município' (Comentários, I/115).

7. Também as inegáveis desigualdades regionais não parecem suficientes para justificar o estabelecimento de tais preferências, sob pena de se proceder ao completo aniquilamento do princípio federativo, por si só bastante esmaecido entre nós. Nesse sentido, pronunciou-se o eminente Ministro Octávio Gallotti na Rp. 1.258, *in verbis:*

'Em um federalismo cooperativo como o praticado em nosso País, a minoração das desigualdades regionais é, realmente, objeto da consideração do legislador constituinte, como sucede com o delineamento dos mecanismos constitucionais de distribuição de rendas, e, em especial, no tocante aos incentivos fiscais e à transferência de parte da arrecadação dos dois grandes tributos nacionais: os impostos sobre a renda e sobre os produtos industrializados. Por isso, essa transferência é calculada de modo a levar em conta proporção inversa da renda *per capita* de cada unidade da Federação e de sua Capital, tudo conforme a legislação federal e instituído, além disso, pela Constituição, o Tribunal de Contas da União, como juiz da partilha do produto do Fundo de Participação dos Estados e Municípios.

O que não pode o Estado, no uso de sua própria competência legislativa, é irrogar-se preferência sobre os demais, em detrimento do padrão de igualdade reclamado pela Lei Maior (. . .)' (*RTJ*, 115/87).

8. Não subsiste dúvida, outrossim, de que os princípios relativos à disciplina das licitações (Decreto-lei 200/67; Lei 5.456/68) consagrados pelo legislador federal aplicam-se integralmente ao Estado-membro, a teor do disposto no art. 8º, XVII, alínea *c* (Rp. 1.258, *RTJ*, 115/87).

9. Em verdade, poder-se-ia objetar que o Decreto-lei 200/67, aplicável aos Estados por força da Lei 5.456/68, não se limitou a fixar princípios gerais a serem observados pelo legislador estadual, disciplinando a matéria de forma exageradamente minuciosa.

Como observado alhures, os diplomas que estabelecem normas gerais constituem espécie de ato legislativo que a doutrina constitucional alemã denomina *Rahmengesetz* (lei de princípio). E, à evidência, tais leis devem-se limitar, pela sua própria natureza, à fixação de princípios gerais. Assim sendo, parecem ter integral aplicação ao

nosso sistema jurídico as considerações expedidas por Karl-Heinz Seifert e Dieter Hömig a propósito do art. 75, da Lei Fundamental alemã, *in verbis:*

'No todo, deve o ato legislativo deixar espaço ao legislador estadual objetivando a sua complementação com fundamento em decisão própria. De forma geral, a complementação das leis que fixam princípios gerais não deve ser apenas possível, mas também necessária *(ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig)*.

Aquilo que deve ser regulado pelos Estados deve ser matéria substancial ('als Ganzes aber muss das Gesetzeswerk dem Landesgesetzgeber noch Spielraum lassem und darauf angelegt sein, von ihm auf Grund eigener Entschliessung ausgefüllt zu werden. Insgesamt müssen Rahmengesetze also ausfüllungsfähig und ausfüllungsbedürftig sein das, was den Ländern zu regeln bleibt, muss von substanziellem Gewicht sein)" (Grundgetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, Baden-Baden, 1985, p. 348).'

10. Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encaminhou-se no sentido de reconhecer o caráter de norma geral aos preceitos contidos no Decreto-lei 200/67, como se depreende da seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Octávio Gallotti, *in verbis:*

'Alem disso, as normas impugnadas na representação desmerecem o princípio da universalidade e o critério de julgamento das licitações, consagrados no Decreto-lei 200/67, e aplicáveis aos estados por força da Lei 1.456/68.

Houve, assim, ultrapassagem da competência supletiva assegurada, no parágrafo único do art. 8º, da Constituição, em confronto com as normas gerais editadas pela União, de acordo com a letra *c* do inc. XVII do mesmo art. 8º (despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública)' Re. 1.258, *RTJ*, 115/87-88).

11. Dessarte, afigura-se inevitável reconhecer a inconstitucionalidade da expressão 'tributos devidos ao Estado' constante do art. 48, da Lei 7.291, de 4 de julho de 1978, do Estado de Minas Gerais, por infringente do princípio insculpido no art. 9º, inc. I, e exorbitante da competência complementar contemplada no art. 8º, XVII, alínea *c* da Lei Maior.

Da mesma forma, e pelas razões já expostas, há de se ter por inconstitucional o art. 2º, do Decreto regulamentar estadual 23.036, de 12 de setembro de 1983, que estabelece que, 'dentre outros critérios ditados pelo interesse público estadual, será sempre ponderado o valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias que deva ser recolhido aos cofres do Estado."

Dir-se-á, em favor da validade das normas impugnadas que não cuidam senão de definir "critérios de julgamento" nas licitações, não se tratando, aí, de regras de exclusão de licitantes, ou de proibição de licitar, ou mesmo de requisitos indispensáveis a comprovarem os licitantes, como sucederia, na hipótese de exigência para licitar de domicílio no Estado, ou de preferência obrigatória, em favor de empresas sediadas no Estado-membro.

Certo está, todavia, que o Decreto-lei 200/67, em seu art. 133, estipulou:

"Art. 133 – Na fixação de critérios para julgamento das licitações, levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes, estabelecidas no edital."

Não se modificou o sistema legal com o advento do Decreto-lei 2.300/86, em face de seus arts. 32, VII, 36 e 37, onde se verifica que a lei impõe, na lição de Hely Lopes Meirelles, que a Administração estabeleça previamente o critério para julgamento, levando em conta, no interesse do serviço público, "os fatores qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento e outras pertinentes, estabelecidas no edital". Referindo-se à cláusula "outras pertinentes", explica Hely Lopes Meirelles que "são aquelas peculiares a cada licitação, e pertinentes ao seu objeto, que só o administrador pode estabelecer, tendo em vista o uso concreto e as exigências específicas do serviço público em cada órgão da Administração" (in *Licitação e contrato administrativo*, 7ª ed., atualizada, p. 118 e 128). Bem de ver é, assim, não ser de incluir-se, nessa locução, critério geral relativo a tributos devidos ao Estado.

Repetindo essa regra federal das licitações, extensiva aos Estados-membros (Lei 1.456/68), em virtude do que está no art. 8º, XVII, letra *c*, da Constituição ("normas gerais sobre . . . despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública"), consoante se afirmou na Representação 1.258, a norma estadual, objeto da presente representação, inseriu, entre os critérios de julgamento suso mencionados, o concernente aos "tributos devidos ao Estado". Disso resulta exigir o recolhimento de tributos ao Estado, por parte de licitante, como fator significativo na escolha do fornecedor de bens ou do prestador de serviços. Põe-se, aí, critério que conduz a discriminar entre licitantes em razão da origem, o que se interdita

no art. 9º, I, da Lei Magna da Federação. Na Representação 1.103/RJ, por unanimidade, este Tribunal decidiu em acórdão assim ementado: "Licitação pública. Aquisição de bens ou serviços. Preferência em razão da origem. Constituição Federal, art. 9º, I, Decreto 3.149, art. 37, inc. VI, e §§ 2º, 3º, 4º e 6º, redação do Decreto 3.776/80 e Decreto 3.149/80, art. 28, § 1º, item 6, e § 8º, acrescentados pelo Decreto 3.985/81. O critério de distinguir pela origem, naturalidade ou sede não tem legitimidade para justificar a desigualação de empresas que concorram com outras em igualdade de categoria, condições e preço. Dispositivos estaduais que atentam contra o art. 9º, I, da Constituição Federal. Representação de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte" (*RTJ* 103/933).

O § 2º do art. 37, do Decreto fluminense 3.149/80, declarado, aí, inconstitucional pelo STF, preceituava:

"§ 2º – Se o produto a ser fornecido for industrializado no Estado do Rio de Janeiro, do valor das propostas será obrigatoriamente deduzido 100% (cem por cento) do montante correspondente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias devido ao Estado do Rio de Janeiro."

Também o § 4º do mesmo art. 37, do diploma do Estado do Rio de Janeiro em referência, dispunha:

"§ 4º – Caso venham a ser declaradas vencedoras de qualquer concorrência as empresas com sede em outros Estados, realizarão, obrigatoriamente, o faturamento respectivo através de sua filial no Estado do Rio de Janeiro, pena de não ocorrer a liquidação da despesa e de instauração de processo de declaração de inidoneidade para transacionar com a Administração estadual."

Vê-se, dessa maneira, que critério baseado no recolhimento de tributos devidos ao Estado já mereceu, efetivamente, censura desta Corte, em matéria de licitação, em juízo de inconstitucionalidade. Na Representação 1.147-0/RJ, este Tribunal, na mesma linha, afirmou a invalidade do referido art. 37, §§ 2º e 3º, incs. I e II, alíneas *a* e *b* do Decreto 3.149/80, na redação do Decreto 6.120/82 do Rio de Janeiro. Decidiu-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos por implicarem tratamento desigual entre os licitantes, atentatório do art. 9º, I, da Lei Maior.

Do exposto, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, julgo procedente a representação, para declarar a inconstitucionalidade da cláusula "tributos devidos ao Estado" constante do art. 48, da Lei 7.291, de 4 de julho de 1978, e do art. 2º, do Decreto 23.036, de 12 de setembro de 1983, ambos do Estado de Minas Gerais.

VOTO

O *Sr. Ministro Célio Borja:* Sr. Presidente, parece-me que, no art. 48, a discriminação que se faz a empresas não sediadas no Estado de Minas Gerais é evidente, porque se se for cotejar o imposto que paga, ao Estado de Minas Gerais, uma empresa paulista, fluminense, pernambucana, gaúcha, com o que paga uma empresa mineira, estabelecida no estado, essa última será evidentemente beneficiada.

Com relação ao art. 2º do Decreto 23.036, concluí – da leitura do excelente relatório do eminente Ministro Néri da Silveira – que, o Estado pretende forçar a aquisição, no próprio território mineiro, de materiais, serviços e equipamentos, em detrimento de materiais, serviços e equipamentos provindos de outro Estado, o que, a meu ver, é discriminatório e incide nas iras do inc. I do art. 9º da Constituição.

Assim, acompanho inteiramente o voto do eminente Relator, julgando procedente a representação.

EXTRATO DA ATA

Rp. 1.308-1-MG Rel.: Ministro Néri da Silveira. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Governador e Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (Adv.: Francisco Deiró Couto Borges).

Decisão: julgou-se procedente a representação, e declarou-se a inconstitucionalidade da cláusula "tributos devidos ao Estado", constante do art. 48, da Lei 7.291, de 4 de julho de 1978, e do art. 2º, do Decreto 23.036, de 12 de setembro de 1983, ambos do Estado de Minas Gerais. Decisão unânime. Votou o Presidente. Falou pelos Repdos. o Dr. Francisco Deiró Couto Borges. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Plenário, 10.2.88.

Presidência do Sr. Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.