

À UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA
LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA - PRÓ-REITORIA DE
ADMINISTRAÇÃO

Comissão de Licitação

Ref.: Edital de Concorrência Pública nº 01/2015/COLOG/PROAD
Processo Administrativo nº 23282.001940/2014-14

Ilmo Sr. Presidente da Comissão de Licitação,

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 68.593.979/0001-92, Inscrição Estadual nº 84.463.000, com sede na Rua Carolina Machado, 2050, lojas A B C D, Marechal Hermes, Rio de Janeiro, RJ, neste ato representada por seu sócio **Sr. José Aroldo Nogueira dos Santos**, brasileiro, solteiro, portador do RG nº 11.532-D, expedido pelo CREA/CE e CPF nº 061.115.993-72, vem, tempestivamente, na qualidade de licitante, apresentar, com arrimo na legislação de regência,

ALIMENTAÇÃO
RECURSO ADMINISTRATIVO
HIERÁRQUICO

contra ato dessa d. Comissão de Licitação, em face do que restou decidido na Impugnação apresentada pela licitante **MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA**, pelos motivos abaixo transcritos, rogando que o mesmo seja levado à **AUTORIDADE SUPERIOR**, exercendo, contudo, antes, a autoridade prolatora do ato, o seu juízo de retratação, aduzindo para tanto o que segue:

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

DA SUMA DOS FATOS

A ora Recorrente apresentou tempestivamente Impugnação ao instrumento convocatório, demonstrando vícios quanto: (i) DO OBJETO DA LICITAÇÃO – REGIME DE EXECUÇÃO; (ii) DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO PRÉVIA NO SICAF – INABILITAÇÃO – ILEGALIDADE – ITENS 8.1 "b" e "c", 12.1 e 15.5 DO EDITAL, e; (iii) DA IMPROPRIEDADE DO USO DAS EXPRESSÕES CONCEDENTE/CONCESSIONÁRIA NO TERMO DE REFERÊNCIA.

Inobstante, contudo, o afastamento da exigência de habilitação prévia no SICAF, cujo esclarecimento veio na resposta da d. Comissão de Licitação, a qual ratificou o entendimento de sua não obrigatoriedade para participação no certame, e da questão relativa à utilização dos termos CEDENTE/CESSIONÁRIO, muito mais afeta ao seu uso inapropriado, restou, ainda, sem solução, e até mesmo, desprovida de qualquer fundamento a resposta que deu por improcedente a questão relativa ao OBJETO DA LICITAÇÃO – REGIME DE EXECUÇÃO.

É assente na legislação que os atos administrativos precisam ser fundamentados. É o que diz a Lei nº 9.784/99, que estabelece em seu art. 50 as situações em que os atos deverão ser necessariamente motivados:

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo."

Vê-se, portanto, sem mais dificuldades que o Administrador Público se encontra adstrito à necessidade de fundamentar o seu ato e de embasá-lo na legislação de regência, o que não restou evidenciado, senão, vejamos:

A resposta apresentada pela d. Comissão de Licitação, especificamente ao item "DO OBJETO DA LICITAÇÃO – REGIME DE EXECUÇÃO", no aspecto, é lacônica:

"No que diz respeito ao item 1 "DO OBJETO DA LICITAÇÃO – REGIME DE EXECUÇÃO", esclarece-se que:

A licitação em questão não visa um mero fornecimento, mas sim uma prestação de serviço que vai desde a aquisição de gêneros até a entrega final da refeição, como descrito no termo de referência e demais anexos do edital. Como argumento, a impugnante funda-se tão somente no texto da descrição do objeto e desta forma conclui equivocadamente que a licitação trata de "compras mediante fornecimento continuado".

Dante do exposto, não procede o que foi alegado pela impugnante."

A princípio, corrigindo a afirmativa do ilustre presidente da Comissão de Licitação, a empresa vem dizer que não concluiu nada, e que apenas retratou ao d. colegiado o que consta no texto da legislação, que o instrumento convocatório contraria. A fundamentação (ou ausência de) esposada é que passou ao largo da questão.

A fim de melhor ilustrar a análise da Autoridade Superior sobre a questão posta, é inevitável repisar tudo o que foi dito sobre o tema na peça impugnatória. Portanto:

"I – DO OBJETO DA LICITAÇÃO – REGIME DE EXECUÇÃO.

Diz o Edital, em seu preâmbulo, que a licitação será realizada na "...modalidade de CONCORRÊNCIA, do tipo MENOR PREÇO, mediante o regime de empreitada por preço unitário, tendo como critério de julgamento o MENOR PREÇO...". E, mais

adiante, no item 7.1, esclarece: "A presente licitação tem por objeto a contratação de empresa especializada na Prestação de Serviço de Fornecimento de Refeições Prontas Transportadas, com concessão onerosa de uso de espaço público, para os refeitórios da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), Campus da Liberdade – Redenção/CE, Unidade Acadêmica Palmares – Acarape/CE e Unidade Acadêmica Fazenda Experimental Piroás – Redenção/CE, de acordo com as condições e especificações técnicas constantes neste Edital, no Projeto Básico e demais anexos."

Da leitura, portanto, de todos os itens que se referem ao objeto e à sua forma de execução, se infere que a contratação pretendida é a **Prestação de Serviços**, o que não é possível quando se trata de fornecimento de refeição, seja ela transportada ou feita no local.

Dessa forma, flagrante é o equívoco do instrumento convocatório ao estabelecer para o objeto licitado: (i) o regime de empreitada por preço unitário; (ii) a contratação mediante prestação de serviço quando, notadamente, o objeto se refere a compras mediante fornecimento continuado.

Explica-se:

Inobstante a liberdade conferida a Administração Pública para estabelecer, conforme a sua conveniência, os parâmetros da contratação, estes, com certeza, encontram também os seus lindes na própria legislação. Dessa forma, é a lei que determina a natureza do objeto licitado (obras, serviços ou compras), não podendo a natureza desses objetos transmudar por conta de uma ficção construída no Edital.

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, traz um rol taxativo na lista de serviços anexa das atividades assim consideradas. Assim sendo, não se admite interpretação extensiva para inclusão de serviços não contemplados no rol exaustivo.

Por outro lado, o fornecimento de refeições, quer seja transportada quer seja feita no local, é atividade considerada no sistema tributário nacional como **venda**, e, portanto, passível de tributação pelo ICMS, ainda que contemple, para sua execução, componentes de serviços. Nesse sentido, a matéria é pacífica no texto da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, notadamente no art. 2º, I e no art. 12, II:

"[...]

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

[...]"

O RICMS do Estado do Ceará (Decreto nº 24.569, de 31 de Julho de 1997), é claro:

"[...]

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

ALIMENTAÇÃO

Art. 3º Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, incluídos os serviços prestados, por qualquer estabelecimento;

(...)

d) fornecimento de alimentação e bebida nos serviços de organização de festa e refeição;

(...)

Art. 17. Contribuinte é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

(...)

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes do ICMS:

(...)

XI - o fornecedor de alimentação, bebidas e outras mercadorias em qualquer estabelecimento;

(...)

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

(...)

II - o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviços prestados, quando do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias;

(...)

Art. 174. A nota fiscal será emitida:

(...)

ALIMENTAÇÃO

II - no momento do fornecimento de alimentação, bebida e outras mercadorias, em restaurante, bar, café e estabelecimento similar ou fornecimento de mercadoria com prestação de serviço sujeito ao ICMS;

[...]"

A questão posta, a despeito da natureza de instituto jurídicos distintos, é relevante, tendo em vista que transborda para o campo das responsabilidades tributárias, com consequências para os dois lados do contrato.

A execução indireta, conforme propugna o instrumento convocatório, se faz pelos seguintes regimes de execução: tarefa, empreitada integral, empreitada por preço global e empreitada por preço unitário, sendo este último o escolhido

pelo Edital. Entretanto, regime de execução do objeto, é a forma pela qual a obra ou o serviço será executado.

Nas compras, como é o caso o contrato deve-se estabelecer a forma de fornecimento, que pode ser integral ou parcelada.

A Lei de Licitações é clara nesse sentido:

"[...]

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

ALIMENTAÇÃO

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

[...]"

A leitura do Parecer nº 10/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, da Câmara Permanente de Licitações e Contratos, do Departamento de Consultoria, da Advocacia Geral da União, é bem esclarecedor:

"[...]

27. Importa à situação em apreço observarmos que, a rigor, a Lei nº 8.666/1993 não conceitua o regime de execução das compras. Na verdade, o referido diploma legal refere-se a outra expressão para designar o modo pelo qual ocorrerá a execução dos contratos de aquisição. O art. 55, II, da LLCA, diz ser cláusula necessária dos contratos administrativos a que determina o “regime de execução” ou a “forma de fornecimento”. Verificamos, então, que a legislação de regência estatui que os contratos de compra seguem uma modo de fornecimento, ao passo que os de serviço e obra seguem um regime de execução. Nesse ponto, é bem vinda a lição de Marçal Justen Filho:

A indicação do regime de execução ou forma de fornecimento refere-se ao objeto imediato do contrato. Trata-se de definir como as partes executarão as prestações que lhes incumbem. O tema regime de execução tem pertinência a obras ou serviços. As diversas modalidades admitidas estão previstas e definidas no art. 6º.

A questão do fornecimento relaciona-se com compras e serviços, mas pode envolver, ainda, as obras. Inexistem regras específicas na lei acerca de formas de fornecimento. Caberá ao ato convocatório dispor sobre a matéria, de acordo com a conveniência da Administração.

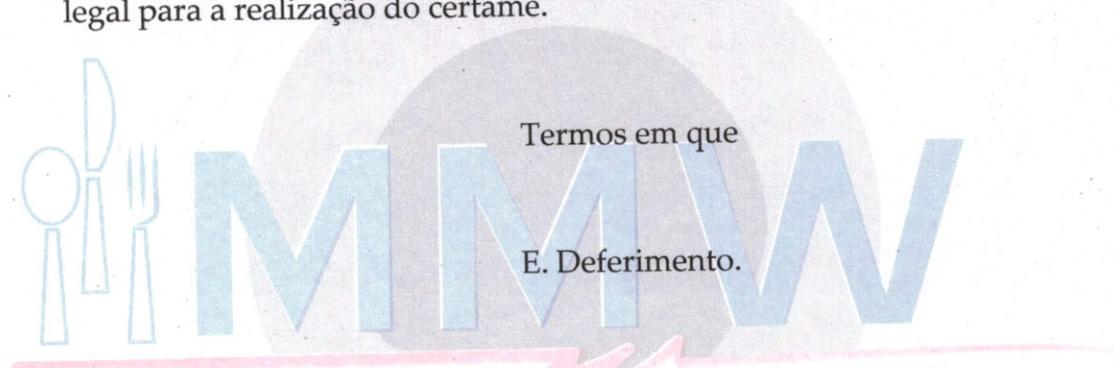
28. De acordo com Lucas Rocha Furtado, as espécies de compra são: a) integral; b) parcelada; c) e contínua. Na primeira hipótese, a execução do contrato se dá em um único momento. Em um só instante a Administração já recebe e remunera toda a quantidade do objeto do contrato. Na compra parcelada, a execução do contrato acontece em diversos momentos. O contrato já estabelece qual a quantidade a ser adquirida e qual será o instante do fornecimento. No caso do fornecimento contínuo, o bem a ser adquirido é constantemente demandado pela Administração conforme surge a sua necessidade. Trata-se de uma hipótese de contratação para execução conforme a demanda. Nas compras de caráter contínuo há a fixação no edital e no contrato da quantidade máxima a ser adquirida, mas o Poder Público só demandará aquela quantidade que efetivamente necessitar, bem como só remunerará o contratado pela quantidade executada. Usualmente, esse último regime de execução é utilizado para aquisições de combustível, água etc..

[...]}"

Por todo o exposto acima, resta evidenciado que o modelo adotado para o certame não se coaduna com o objeto da licitação, o qual se trata de aquisição (compra) de refeições, transportadas, mediante o fornecimento contínuo, conforme as necessidades da Administração, ainda que envolva parcela de serviços. Afora isso, a desconsideração dos parâmetros legais acima pelo instrumento convocatório e pelo contrato administrativo poderá ensejar graves consequências na seara tributária para ambas as partes do contrato."

É evidente, portanto, que se procurou demonstrar a incompatibilidade das regras do edital, no aspecto, com o sistema jurídico, fincado em fortes razões legais e doutrinárias. Os argumentos tecidos pela d. Comissão de Licitação, ao contrário, se mostram vazios, lacônicos, pelo que não se prestam a demonstrar a improcedência das alegações da então impugnante.

Isto posto, requer o reexame da matéria pela Autoridade Superior, através do presente Recurso Hierárquico, para que sejam expungidos do Edital os vícios acima apontados com a sua conseqüente republicação e reabertura do prazo legal para a realização do certame.



Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2015.

ALIMENTAÇÃO


MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA
José Aroldo Nogueira dos Santos