

**À UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA
AFRO-BRASILEIRA – DIVISÃO DE LICITAÇÕES**

**Ref.: Edital de Pregão Eletrônico nº 29/2019
Processo Administrativo nº 23282.504655/2019-57**

Ilmo Sr. Pregoeiro,

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 68.593.979/0001-92, com sede social na Rua Carolina Machado, 2050, lojas A B C D, Marechal Hermes, Rio de Janeiro, RJ, CEP 21.557-150, 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

IMPUGNAÇÃO

ao instrumento editalício acima referenciado, com esteio no artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, no art. 24 e parágrafos do Decreto nº 10.024, de 20/09/2019, consoante o que reza também o item 21 e subitens do instrumento convocatório, e demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, aduzindo para tanto o que segue abaixo:

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

I – DO OBJETO DA LICITAÇÃO – NATUREZA TRIBUTÁRIA – REGIME DE EXECUÇÃO.

Diz o Edital (item 1 – Do Objeto) que a licitação destina-se à “*escolha da proposta mais vantajosa para a contratação sob demanda de serviços de refeições prontas transportadas*,

para os refeitórios da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira (UNILAB), Campus da Liberdade – Redenção/CE, Campus de Auroras – Redenção/CE e Unidade Acadêmica Palmares – Acarape/CE, com CONCESSÃO ONEROSA DE USO DE ESPAÇO PÚBLICO, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos”, texto esse que se reproduz no item 1 do Termo de Referência. Mais adiante, o subitem 1.2 do Termo de Referência deixa transparecer que “*o objeto da licitação tem natureza de serviço comum de fornecimento de refeições prontas transportadas...*” (sem grifo no original), e que “*a presente contratação adotará como regime de execução a Empreitada por Preço Unitário*” (subitem 1.5, do TR).

Da leitura, portanto, dos itens do Edital 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;

(...)

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:

(...)

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 institutos 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 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:

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 um 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..

[...]"

Equivoca-se o instrumento convocatório na interpretação que faz dos fatos e da legislação de regência da matéria. Ainda que o objeto, conforme o Edital, pretenda ser a *“contratação sob demanda de empresa especializada na prestação de serviço de fornecimento de refeições prontas transportadas...”*, a nomenclatura utilizada para a descrição do objeto contratual não tem o condão de modificar a natureza tributária

da operação, que à toda evidência trata-se de VENDA. Pouco importa, portanto, a definição pessoal que se queira dar ao objeto contratual, o que prevalece, ao fim e ao cabo, é a sua natureza tributária e o seu enquadramento legal.

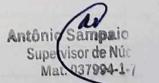
De leitura do art. 155, II, da Constituição Federal de 1988, nota-se a instituição de ICMS como tributo a incidir sobre a circulação de mercadorias e serviços. No mesmo dispositivo constitucional, através do inciso IX determinou-se a incidência do tributo sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios. Portanto, o ICMS foi instituído na Constituição Federal de 1988, e passou a incidir sobre operações de venda de alimentos e bebidas por restaurantes e similares. Tal entendimento é pacífico na jurisprudência do STJ, consoante o disposto na Súmula 163/STJ:

"O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação."

O que consta de fato do Edital, ainda que redigido de forma equívocada, é a contratação de empresa para fornecimento de refeições prontas transportadas. A contratação da Autora não cinge-se apenas à preparação de refeições para os alunos, docentes e servidores da contratante, mas envolve também o fornecimento, às suas expensas, da matéria prima e de todos os insumos da produção, caracterizando, portanto, a atividade de fornecimento de refeições, ainda que com o componente de serviço agregado, qual seja, o de servir as refeições nos locais destinados aos refeitórios nos campi da contratante. Isso é, sem dúvida, atividade comercial, tributada pelo ICMS.

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.

Corroborando todos os argumentos acima, insta aqui consignar que esta empresa no passado, mais precisamente no período de novembro de 2011 a janeiro de 2015, contratou com essa Universidade nos mesmos parâmetros delineados no Edital vergastado. Assim sendo, toda a contratação ocorreu com base em uma suposta prestação de serviços, **com emissão de Notas Fiscais de Serviço**. Resultado disso, é que esta empresa foi autuada em quase dois milhões de Reais pelo Fisco do Estado do Ceará, conforme ilustrado abaixo:

 ESTADO DO CEARÁ SECRETARIA DA FAZENDA COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA CELULA DE GESTÃO FISCAL DOS SETORES ECONÔMICOS NÚCLEO SETORIAL DE ALIMENTOS		AUTO DE INFRAÇÃO N° 201506866-9	
IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE CONTRIBUINTE: MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA INSCRIÇÃO ESTADUAL: 06.586.241-4 LOGRADOURO: RUA SAO JOAO NÚMERO: 00084 COMPLEMENTO: BAIRRO: PAVUNA MUNICIPIO: PACATUBA UF: CEARA TELEFONE: 008534670057 PLACA:			
DADOS DA AÇÃO FISCAL ATO DESIGNATÓRIO: 201501761 AUTORIDADE DESIGNANTE: ORIENTADOR DE CELULA DATA DA EMISSÃO DO ATO: 03/02/2015 PERÍODO DA INFRAÇÃO: 01/2012 A 12/2014 COM RETENÇÃO: N CGM:			
DADOS DA INFRAÇÃO DATA/HORA DA LAVRATURA: 28/05/2015 14:43:39 BASE DE CÁLCULO: 0,00 ALIQUOTA: 0,00 % PRINCIPAL: 0,00 MULTA: 209.433,11 MOEDA: REAL ARTIGO INFRINGIDO: ART. 18 DA LEI 12.670/96. PENALIDADE: ART 126 DA LEI 12.670/96 ALTERADO PELA LEI 13.418/2003			
RELATO DA INFRAÇÃO AS INFRAÇÕES DECORRENTES DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS TRIBUTADOS POR REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CUJO O IMPOSTO JÁ TENHA SIDO RECOLHIDO. AO ANALISARMOS 970 NFE'S DE ENTRADAS EMITIDAS PARA O CONTRIBUINTE, VERIFICAMOS QUE AS MESMAS NÃO FORAM ESCRITURADAS NA EFD E NA DIEF DO AUTUADO. MONTANTE R\$ 2.094.331,14. MAIS DETALHES NA INFOR. COMPLEMENTAR EM ANEXO.			
INTIMAÇÃO Fica o contribuinte em epígrafe intimado a recolher o Crédito Tributário com seus acréscimos legais lançados na forma deste instrumento no montante identificado neste Auto de Infração, ou a comparecer à Célula de Execução no prazo de 30 (trinta) dias de ciência deste, para apresentar sua defesa contra as infrações identificadas. No caso de recusa do autuado apor sua assinatura, a intimação será feita na forma da legislação processual vigente.			
AUTORIDADE FISCAL NOME: <i>João Jorge Gammareta da Silva</i> MATRÍCULA: Auditor Fiscal da Receita Estadual ASSINATURA/CARIMBO: 497718-1-9 SEFAZ-CE  Antônio Sampaio Supervisor de Núc Mat: 037994-1-1 			
CIÊNCIA: CONTRIBUINTE/REPRESENTANTE LEGAL/PREPOSTO Recebi uma via deste Auto de Infração em ____ / ____ / ____ NOME: _____ CPF: _____ CARGO: _____ ASSINATURA/CARIMBO: _____			
2ª VIA - CONTRIBUINTE			

ESTADO DO CEARÁ SECRETARIA DA FAZENDA COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA CELULA DE GESTÃO FISCAL DOS SETORES ECONÔMICOS NÚCLEO SETORIAL DE ALIMENTOS		AUTO DE INFRAÇÃO N° 201506879-8	
IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE			
CONTRIBUINTE: MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA			
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 06.586.241-4		CNPJ: 68.593.979/0002-73	
LOGRADOURO: RUA SAO JOAO			
NÚMERO: 00084			
COMPLEMENTO:			
BAIRRO: PAVUNA			
MUNICÍPIO: PACATUBA			
UF: CEARA			
TELEFONE: 008534670057			
PLACA:			
DADOS DA AÇÃO FISCAL			
ATO DESIGNATÓRIO: 201501761			
AUTORIDADE DESIGNANTE: ORIENTADOR DE CELULA			
DATA DA EMISSÃO DO ATO: 03/02/2015			
PERÍODO DA INFRAÇÃO: 01/2012 A 12/2014			
COM RETENÇÃO: N		CGM:	
DADOS DA INFRAÇÃO			
DATA/HORA DA LAVRATURA: 28/05/2015 16:03:28			
BASE DE CÁLCULO: 4.623.848,21			
ALIQUOTA: 3,50 %			
PRINCIPAL: 161.834,68			
MULTA: 1.387.154,43			
MOEDA: REAL			
ARTIGO INFRINGIDO: ART. 92 PARAGRAFO 8 DA LEI 12.670/96			
PENALIDADE: ART. 123, III, B DA LEI 12.670/96, ALTERADO P/ LEI 13.418/03			
RELATO DA INFRAÇÃO			
OMISSAO DE RECEITA IDENTIFICADA ATRAVES DE LEVANTAMENTO FINANCEIRO/FISCAL/CONTABIL.			
APOS ANALISE DA DOCUMENTACAO APRESENTADA PARA O MAF 2015.01761, VERIFICOU -SE QUE A AUTUADA DEIXOU DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA DE MERCADORIAS E CONSEQUENTEMENTE DEIXANDO DE RECOLHER O RESPECTIVO ICMS. MONTANTE DA OPERACAO R\$ 4.632.848,21. MAIS DETALHES VIDE INFORM.COMPLEMENTAR EM ANEXO.			
INTIMAÇÃO			
Fica o contribuinte em epígrafe intimado a recolher o Crédito Tributário com seus acréscimos legais lançados na forma deste instrumento no montante identificado neste Auto de Infração, ou a comparecer à Célula de Execução no prazo de 30 (trinta) dias de ciência deste, para apresentar sua defesa contra as infrações identificadas. No caso de recusa do autuado apor sua assinatura, a intimação será feita na forma da legislação processual vigente.			
AUTORIDADE FISCAL			
NOME:	<i>João Geraldo Guimaraes da Silva</i>		
MATRÍCULA:	Auditor Fiscal da Receita Estadual		
ASSINATURA/CARIMBO:	 João Geraldo Guimaraes da Silva Auditor Fiscal da Receita Estadual MAT 037718-1-9 SEFAZ-CE MAT 037994-1-7		
CIÊNCIA: CONTRIBUINTE/REPRESENTANTE LEGAL/PREPOSTO			
Recebi uma via deste Auto de Infração em ____/____/_____			
NOME:	CPF:		
CARGO:	ASSINATURA/CARIMBO:		

V - OUTRAS INFORMAÇÕES

Em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal nº 2015.01761 para executar Auditoria Fiscal Plena, junto ao contribuinte MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA, CGF nº 06.586.241-4 relativa ao período de 05/01/2012 a 31/12/2014, informamos o que segue:

A empresa autuada está cadastrada no Regime Normal de recolhimento, está enquadrada no CNAE: 5620101- FORNECIMENTO DE ALIMENTOS PREPARADOS PREPONDERANTEMENTE PARA EMPRESAS, não possui emissor de cupom fiscal, adota o processamento eletrônico de dados e está obrigada a Escrituração Fiscal Digital e a nota fiscal eletrônica desde 05.01.2012 e 01.09.2014, respectivamente.

O projeto de Auditoria Fiscal Plena junto ao contribuinte em epígrafe se iniciou com o Termo de Início número 2015.04012 com ciência pessoal no dia 11/03/2015, oportunidade em que foi solicitada toda documentação de entrada e saída da empresa fiscalizada.

Paralelamente ao Termo de Início citado acima, solicitamos ao Laboratório Fiscal da Sefaz/CE os cruzamentos de dados relacionados à empresa em questão. A partir da análise preliminar de tal informação podemos identificar um montante significativo de notas fiscais endereçadas ao contribuinte fiscalizado e não escrituradas na sua Escrita Fiscal Digital, assim como a não emissão de documentos fiscais para acobertar a respectiva saída de mercadorias por parte da autuada.

De posse da documentação exigida no Termo de Início nos debruçamos de forma irrestrita aos fatos, sendo eles expostos a seguir:

- **EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO:**

Conforme dito acima, a empresa em questão pertence ao código de atividade econômica de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas. Essa atividade foi recepcionada pelo regulamento do ICMS/CE em seu art. 2º,I como hipótese de incidência do imposto estadual. Acrescente-se que o próprio regulamento crava o momento do fato gerador em seu Art.3º,II, esclarecendo que o mesmo acontece no momento do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, incluídos os serviços prestados, por qualquer estabelecimento. Diante do exposto, constatamos a prática incorreta por parte do contribuinte na emissão de notas fiscais de prestação de serviço para acobertar uma operação que está amparada pelo imposto de circulação de mercadorias e serviços – ICMS;

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;

II - o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios;

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;

Art. 174. A nota fiscal será emitida:

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.

• **AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS:**

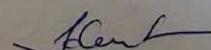
Os documentos fiscais acima mencionados foram emitidos pelo estabelecimento Matriz localizado no estado do Rio de Janeiro. Mais uma vez identificamos a prática incorreta, uma vez que o art. 19º do RICMS/CE nos esclarece sobre a autonomia dos estabelecimentos. Abaixo transcrevemos o artigo, a saber:

Art. 19. Considera-se estabelecimento autônomo, para efeito de manutenção e escrituração de livros e documentos fiscais e, quando for o caso, para recolhimento do imposto relativo às operações e prestações nele realizadas, cada estabelecimento, ainda que do mesmo contribuinte.

• **CONTRATO DE ALUGUEL FIRMADO ENTRE A MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA E A UNILAB:**

Após análise da licitação firmada pelas duas Pessoas Jurídicas acima, constatamos que as mesmas, também, firmaram um contrato de locação do espaço físico da Unilab em pró do estabelecimento comercial com o objetivo do processamento das refeições. Esse fato está registrado no parágrafo primeiro do 1º Termo Aditivo ao Contrato que entre si firmaram a Universidade Federal do Ceará e a empresa MMW Irmãos Alimentos LTDA, documento esse em anexo e transcrito trecho abaixo:

...resolvem firmar o presente aditivo ao contrato de Prestação dos serviços de fornecimento e distribuição de refeições



(almoço e jantar) **preparadas e servidas nas instalações do restaurante** da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB, CNPJ.:12.397.630/0001-00, Campus da Liberdade, Redenção/CE... .

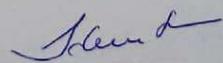
Esse fato é importante para descartarmos alguma esperança de que as 604.105 refeições relacionadas nas notas fiscais de serviços emitidas pela Matriz ao longo do período de 2012 a 2014 pudessem ser enviadas do Estado do Rio de Janeiro a cidade de Redenção no Estado do Ceará. Alie-se que em pesquisa ao Sistema de Cadastro da Sefaz/ce consta como domicílio fiscal da MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA, CGF nº 06.586.241-4, o mesmo espaço físico citado acima.

- **AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE CONTRIBUINTES SITUADOS NO ESTADO DO CEARÁ:**

Baseando-nos na informação repassada pelo Laboratório Fiscal confrontada com a documentação apresentada pelo contribuinte, verificamos 970 (novecentas e setenta) notas fiscais eletrônicas endereçadas à empresa autuada que somam um montante de R\$ 2.094.331,14 (dois milhões, noventa e quatro mil, trezentos e trinta e um reais e quatorze centavos). Aqui, chamamos atenção, uma vez que o contribuinte em questão sofreu penalidade através do auto de infração 2015.06866-9 por não ter registrado tais documentos em sua escrita fiscal digital.

- **CIRCULARIZAÇÃO COM A FONTE PAGADORA E CONSULTA NO SITIO DO GOVERNO FEDERAL:**

As próximas linhas dessa informação fiscal sustentam os montantes que serviram de base para o cálculo do imposto e da multa, uma vez que evidenciamos os valores repassados pela Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB solicitada através do Ofício número 215/2015 e os montantes decorrentes da consulta realizada no Portal da Transparência – Gastos Diretos por Favorecido no site da Controladoria Geral da União do Governo Federal (<http://www.portaltransparencia.gov.br:80/PortalComprasDiretasPrincipal2.asp>).



Consolidamos o raciocínio do fluxo apresentado até aqui, resumindo da seguinte forma:

1. As notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela empresa situada no Estado do Rio de Janeiro não correspondem às exigências da operação, haja vista que a transação é amparada pelo imposto de circulação de mercadorias e serviços;
2. Quem efetivamente forneceu as refeições foi o contribuinte com domicílio fiscal no Estado do Ceará;
3. A MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA, CGF nº 06.586.241-4, fez aquisição de mercadorias no mercado interno que suporta a quantidade de refeições descritas nos documentos fiscais apresentados e anexos a essa informação complementar;
4. A circularização junto a instituição de ensino e a consulta no sitio do Governo Federal quantifica os valores repassados a título de receita para a empresa autuada.

Diante do exposto, concluímos existir omissão de receitas (vendas sem emissão de documentos fiscais), conforme preconiza o artigo 92, § 8º, inciso IV da Lei nº 12.670/96:

Art. 92. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, os estoques inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.

§ 8º. Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

III – diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas ou através do confronto entre os registros contábil e fiscal;

IV – montante da receita líquida inferior ao custo dos produtos vendidos, ao custo das mercadorias vendidas e ao custo dos serviços prestados no período analisado;

Desta forma, fica o contribuinte sujeito à penalidade prevista no art. 123 da Lei nº 12.670/96, em seu inciso III, alínea “b”:

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

[...]

III - relativamente à documentação e à escrituração:

[...]

b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;

Abrimos esse tópico para comentar sobre a carga tributária incidente na operação de fornecimento de alimentação. O art. 25 do RICMS/CE nos esclarece que a base cálculo engloba tanto a valor da operação assim com o da prestação de serviço. Já o art. 763 determina a sistemática da tributação com a apresentação da alíquota a ser utilizada para cálculo do imposto.

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. 763. Em substituição à sistemática normal de tributação, fica facultado aos estabelecimentos que exerçam atividade de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em sistema coletivo ou em restaurante, churrascaria, pizzaria, lanchonete, bar, pastelaria, confeitearia, doçaria, bombonaria, sorveteria, casa de chá, loja de "delicatessen", serviço de "buffet", hotel, motel, pousada e assemelhados, a opção por regime de tributação simplificado, que consistirá na identificação do imposto devido mediante a aplicação do percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo à saída de alimentação e outras mercadorias fornecidas individualmente ou em pacote contratado pelo adquirente.

CÁLCULO DO IMPOSTO

ANO	BASE DE CÁLCULO (R\$)		ALÍQUOTA (%)	ICMS (R\$)
2012	467.819,69	x	3,5	16.373,69
2013	1.690.324,24	X	3,5	59.161,35
2014	2.465.704,28	X	3,5	86.299,65

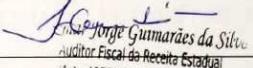
CÁLCULO DA MULTA

ANO	MONTANTE (R\$)		PERCENTUAL (%)	MULTA (R\$)
2012	467.819,69	x	30	= 140.345,91
2013	1.690.324,24	X	30	= 507.097,27
2014	2.465.704,28	X	30	= 739.711,28

Já eer

É a informação.

Fortaleza, CE, 28 de Maio de 2015.

MATRÍCULA	AUTUANTE/AUDITOR FISCAL
497718-1-9	IDEMAR JORGE GUIMARÃES DA SILVA  Auditor Fiscal da Receita Estadual Int.: 497718-1-9 SEFAZ-CE



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

Ofício nº 215 / 2015

Fortaleza, 13 de maio de 2015.

À Vossa Magnificência,

A Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará com sede na Avenida Pessoa Anta, 274, Praia de Iracema - Fortaleza/Ceará vem respeitosamente solicitar o demonstrativo de pagamento realizado dessa instituição a empresa MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA, CGF 06.586.241-4 para o período de 05.01.2012 a 31.12.2014. Esses dados têm como finalidade subsidiar a auditoria fiscal do Mandado de Ação Fiscal número 201501761. Abaixo relacionamos alguns dados relevantes para desenvolvimento do referido processo:

NUMERO DA NFE, DATA DO DOCUMENTO, TOTAL DE MATERIA PRIMA, TOTAL DE MÃO DE OBRA, PERÍODO DO FORNECIMENTO, MÊS, TOTAL PAGO, QTDE ALMOÇO, QTDE JANTAR, VALOR DA REFEIÇÃO

Certo de que a solicitação será atendida, fique com meus votos de estima e consideração.

Fortaleza, 13 de Maio de 2015.

Atenciosamente,

João Marcos Maia
Secretário Adjunto da Secretaria da Fazenda

A Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Avenida da Abolição, 3 - Centro
Campus da Liberdade
CEP.: 62.790-000
Redenção - CE - Brasil

Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará • Av. Alberto Nepomuceno, 02 – Centro
CEP: 60055-000 • Fortaleza, Ceará • Fone: (85) 3101-9100 / 3101-9101 Fax (85) 3101-9110



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira - UNILAB
Pró-Reitoria de Administração
Av. da Abolição, 03 - Centro
62.790-000 - Redenção/CE

Of. nº 012/2015/PROAD - UNILAB

Redenção, 14 de maio de 2015.

Ao Senhor
João Marcos Maia
Secretário Adjunto da Secretaria da Fazenda
Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará
Avenida Pessoa Anta, 274, Praia de Iracema
CEP 60.060-430
Fortaleza – CE

A 21/05/2015
Ass. Dr. KLEBER
Em 22/05/2015

Marcos Augusto Misoncellos Coelho
Secretário Executivo da Fazenda

Assunto: Resposta à solicitação do demonstrativo de pagamento realizado desta entidade à empresa MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA.

Senhor Secretário,

1. Conforme solicitação presente no Ofício 215/2015, encaminhamos no anexo o demonstrativo de pagamento realizado por esta instituição à empresa MMW IRMAOS ALIMENTOS LTDA para o período de 26/11/2011 a 31.12.2014.

2. Devo mencionar, por fim, que os dados relevantes para subsidiar a auditoria fiscal do Mandado de Ação Fiscal número 201501761, encontram-se no anexo.

Atenciosamente,

Thiago de Albuquerque Gomes
Pró-reitor de Administração

João Marcos Maia
20/05/2015

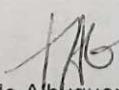


Ministério da Educação
Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira – UNILAB
Pró-Reitoria de Administração

DECLARAÇÃO

A Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira - UNILAB, inscrita no CNPJ sob nº 12.397.930/0001-00, situada na cidade de Redenção-CE, na Av. da Abolição, nº 3, CEP: 62.790-000, Bairro Centro, declara, para os devidos fins, que a empresa MMW Irmão Alimentos LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 68.593.979/0001-92, com sede na R. Carolina Machado, 2050, lojas A B C D, Marechal Hermes, Rio de Janeiro-RJ, CEP: 21.557-150, presta o serviço de fornecimento de refeições prontas transportadas para os refeitórios desta Universidade. Informamos, ainda, que todas as etapas relacionadas ao preparo e acondicionamento e espera para o transporte ocorrem nas dependências da filial da empresa, localizada na Rua São João, nº 84, bairro Pavuna, Pacatuba – CE. Apenas as etapas de distribuição das refeições e higienização dos utensílios são executadas nas instalações dos refeitórios da UNILAB.

Redenção, 14 de Maio de 2015.


Thiago de Albuquerque Gomes

Pró-Reitor de Administração

O interessante é que a UNILAB não desconhece esse fato, conforme até mesmo pelas informações que prestou à época à autoridade fiscal estadual, e mesmo assim insiste em um modelo de contratação que condiciona as empresas licitantes a incorrerem em descumprimento de obrigações tributárias perante o Fisco do Estado do Ceará, vulnerando-as nesse sentido. Sobressai, portanto, um comportamento doloso dessa Universidade, haja vista o pleno conhecimento que se tem das consequências tributárias nesse modelo de contratação.

Isto posto, há que se expungir os vícios acima apontados, para que se adeque o Edital ao objeto que se quer licitar, bem como ao regime e forma de execução próprios. *In casu*, se o instrumento convocatório pretende, como é o que dele se extrai, o fornecimento de refeição transportada, de forma continuada, isso deve ser explicitado de forma clara, indene de dúvidas, que a contratação possui natureza de venda, tributada pelo ICMS, com emissão da respectiva Nota Fiscal de Venda.

***Em tempo esclareça-se que todo o passivo tributário com a Fazenda do Estado do Ceará, por conta dessa malfadada contratação com a UNILAB, foi rigorosa e completamente quitado.**

II – DA INAPLICABILIDADE DA I.N. Nº 5, DE 25/05/2017, AO OBJETO LICITADO

De outra forma, descaracterizada a natureza da contratação como serviço, não haveria a aplicação da IN SEGES/MPDC nº 5, ementada de modo a esclarecer que a mesma:

“Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.” (sem grifo no original)

Da leitura de todo o texto da IN 5/2017, extrai-se que a mesma aplica-se às contratações de serviço, o que não é o caso do objeto da contratação. *In casu*, o diploma legal em referência tem sua atenção voltada para o que genericamente se entende por “terceirização de mão de obra”, ainda que no âmbito da Administração Pública se vede a utilização do termo “locação de mão de obra”.

Ocorre que a essência da contratação, na forma do que propugna, e onde se ampara o instrumento convocatório, é a de terceirização de mão de obra, conforme dispunha o Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 997, revogado pelo Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Nesse sentido, a ementa desse último decreto é também cristalina:

“Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”

Repare que a preposição “da” que antecede “administração pública” confere a tônica quanto à natureza dos serviços públicos que podem ser executados de forma indireta, sendo eles, portanto, os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, que não envolvam poder de polícia.

Ocorre que o objeto da contratação é o de preparação, fornecimento e distribuição de refeições, com utilização de insumos, equipamentos e mão de obra fornecidos pela própria contratada. Ou seja, **a atividade em si é a de exploração do ramo de restaurante (cozinha industrial) – podendo ou não ser exercida em estabelecimento de terceiros –, pelo que, portanto, não tem a natureza de serviço.**

Tratando-se de venda de refeições, conforme o tratamento tributário ao qual a eventual contratação se reveste, não há que se falar também em sujeição da contratada aos termos da IN SEGES/MPDG nº 5/2017.

III – DA CONFUSA FORMAÇÃO DO PREÇO DA REFEIÇÃO – BASE PARA ELABORAÇÃO DOS CUSTOS

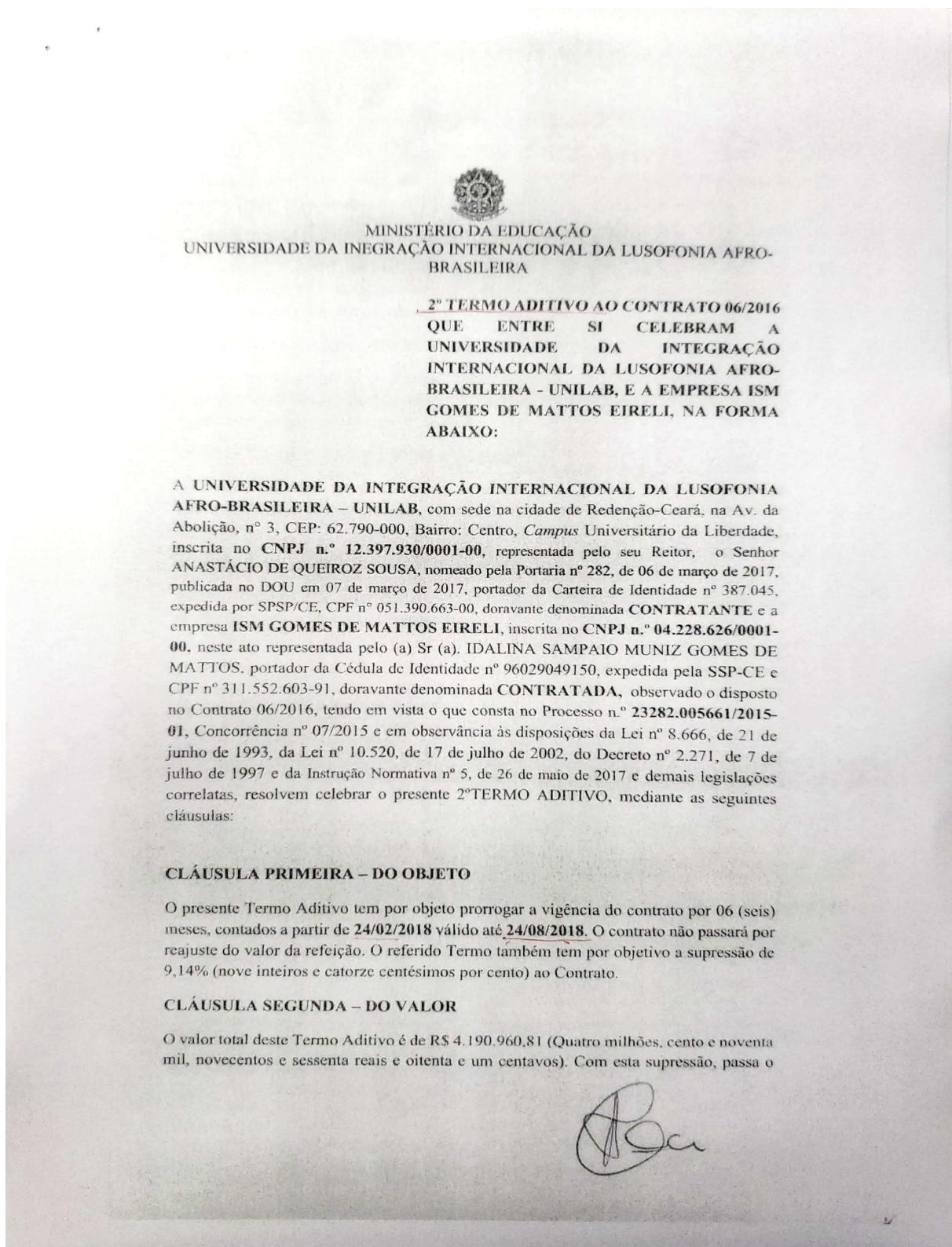
Do instrumento convocatório extrai-se que o preço unitário estimado da refeição é de R\$ 7,44 (sendo o jantar para o Campus Liberdade R\$ 7,38), conforme consta do item 1.1 do Termo de Referência.

Ocorre que nos subitens 7.1.9 a 7.1.9.3 o Termo de Referência faz menção à obrigação da contratada de responsabilizar-se pela **administração do dinheiro arrecadado, controle de acesso e recarga de cartões**, inclusive com a recomendação para que seja providenciado um cofre para a guarda de valores, caso não haja a sua retirada diária da unidade. Recomendação essa que, inclusive, se reproduz no subitem 12.64 do Termo de Referência.

Cotejando, portanto, os itens e subitens acima mencionados, chega-se inexoravelmente à conclusão de que, além do valor de R\$ 7,44 pagos pela Universidade existiria um valor – não divulgado no Edital – que supostamente seria pago pelo comensal.

De fato, compulsando as informações disponibilizadas no sítio eletrônico da própria Universidade, pode-se constatar que o preço praticado até o mês de agosto de 2018

(última informação disponibilizada), conforme cópia do contrato abaixo reproduzido, foi de R\$ 10,25, corroborando a suspeita de que haveria uma diferença de valor a ser paga por fora diretamente por cada comensal:



Contrato nº 06/2016 a ter um valor mensal, atualizado, de R\$ 698.493,47 (Seiscentos e noventa e oito mil, quatrocentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos).

CLÁUSULA TERCEIRA – DA APRESENTAÇÃO DA CNDT

É necessária a apresentação da CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – tanto nas hipóteses de pagamento de faturas, quanto nas situações em que a Administração desejar formalizar aditivo de prorrogação.

CLÁUSULA QUARTA – DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIAS

As despesas decorrentes deste **Termo Aditivo** ocorrerão por conta da seguinte Dotação Orçamentária: Unidade Orçamentária: 158565; Programa de Trabalho – PTRES: 108989; Fonte: 8100; Natureza da Despesa: 339039.

CLÁUSULA QUINTA – DA PUBLICAÇÃO

Incumbirá à CONTRATANTE providenciar a publicação deste Termo Aditivo, por extrato, no Diário Oficial da União, nos termos do parágrafo único do art. 61, da Lei nº. 8.666/1993.

CLÁUSULA SEXTA – DA RATIFICAÇÃO

Ficam ratificadas as demais cláusulas do CONTRATO original e de seus aditivos, não conflitantes com o presente instrumento.

E, por estarem de pleno acordo, lavrou-se o presente Termo Aditivo em 2 (duas) vias de igual teor e forma, para um só efeito, as quais, depois de lidas e achadas conforme, serão assinadas pelos representantes das partes.

Redenção/CE, 23 de dezembro de 2018.

Prof. ANASTÁCIO DE QUEIROZ SOUSA
Reitor da Unifab

IDALINA SAMPAIO MUNIZ GOMES DE
MATTOS
Representante da CONTRATADA

TESTEMUNHAS:

José Carlos Boaventura de Souza

NOME:
RG: 000010530242
CPF: 000 933.943-36

NOME:
RG:
CPF:



 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
 UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-
 BRASILEIRA

MEMORIAL DE CÁLCULO DA SEGUNDA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO Nº 06/2016

1. MÉDIA DE REFEIÇÕES DIÁRIAS DO ÚLTIMO TRIMESTRE LETIVO 2017 – RESTAURANTES UNILAB CEARÁ

Quantitativo Diário de Refeições	Setembro	Outubro	Novembro	Média do Trimestre
Segunda a sexta-feira	2.730	2.550,15	2.548	2.609,38
Sábado	326,5	449	454	409,83

2. PREVISÃO DE DIAS LETIVOS PARA O PÉRIODO DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Dias Letivos	2018						Total
	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	
Segunda a sexta-feira	21	21	22	21	22	23	130
Sábado	5	3	4	5	4	4	25

3. PREVISÃO DE QUANTITATIVO DE DISCENTES ATIVOS NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO PARA O ANO CIVIL 2018 (MODO PRESENCIAL)

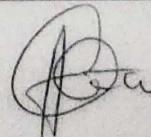
Quantitativo atual - CE	3.214
Previsão de discentes 2018 - CE	3.788
Percentual de aumento	17%

4. PREVISÃO DE QUANTITATIVO DE REFEIÇÕES PARA O PÉRIODO DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Quantitativo Diário	2018						Total
	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	
Segunda a sexta-feira	64.112,47	64.112,47	67.165,44	64.112,47	67.165,44	70.218,42	396.886,7
Sábado	2.397,51	1.438,50	1.918	2.397,51	1.918	1.918	11.987,53
Quantitativo total de refeições						408.874,23	

5. PREVISÃO DO VALOR DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Valor da refeição	R\$ 10,25
Previsão de quantitativo de refeições	408.874,23
Valor Total da Prorrogação	R\$ 4.190.960,81
Valor Mensal	R\$ 698.493,47



À vista das informações acima, e do que consta do instrumento convocatório, verifica-se claramente existir uma deficiência na disponibilização de elementos que permitam aos licitantes elaborar uma proposta comercial. Assim sendo, a fim de sanar o vício apontado, necessário se faz esclarecer as questões postas, quais sejam: (i) o real valor unitário e global estimado; (ii) a existência ou não de parcela do preço unitário a ser paga pelo comensal; (iii) valor da parcela do preço unitário pago pela UNILAB; (iv) valor da parcela do preço unitário pago pelo comensal; (v) carregamento dos cartões – o que é e como é feito; (vi) controle de acesso – como é feito, e; (vii) outras informações pertinentes.

Sem as informações acima, as empresas licitantes não têm como avaliar com exatidão os custos envolvidos no fornecimento em face da real receita esperada. Portanto, cabe aqui a retificação e complementação das informações necessárias e indispensáveis à formulação da proposta de preço.

IV – DA EXIGÊNCIA PRÉVIA DE INSTALAÇÕES

Consta do Termo de Referência do instrumento convocatório, item 7.1.3.2, que a contratada deverá comprovar possuir *"infraestrutura adequada para a prestação do serviço"*, bem como, item 7.1.5.4, dispor de (i) *"área compatível com o volume de refeições a serem produzidas"*, e; (ii) *"instalações com, no mínimo, três formas de entrada/saída sem qualquer interligação entre elas, a fim de evitar contaminação cruzada. Uma delas será destinada à saída de resíduos, uma à entrada de matéria prima e uma à saída de alimentos preparados"*. Mais adiante, no item 21.3.3, determina o Termo de Referência que o licitante deverá firmar declaração *"de que instalará escritório em 1 (um) destes municípios: Redenção, Acarape, município da Região Metropolitana de Fortaleza, ou em município localizado no raio máximo de até 60 km dos locais de execução do serviço, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato, em cumprimento ao disposto no item 10.6, 'a', do anexo VII da IN SLTI/MP nº 05/2017, conforme modelo do Anexo VI deste Edital. Caso a licitante já disponha de matriz, filial ou escritório no local definido, deverá declarar a instalação/manutenção do escritório"*.

Como pode-se perceber, o instrumento convocatório padece de uma evidente crise de personalidade, confundindo conceitos que ora referem-se a fornecimento com outros que ora referem-se a serviços. Nas primeiras linhas deste instrumento impugnatório, restou evidente que se o objeto da contratação é o fornecimento de refeições preparadas transportadas, a natureza e o tratamento tributário da operação será venda, com incidência do ICMS. Quanto a isso não resta dúvida. No entanto, o Edital invoca a incidência da IN SLTI/MP nº 05/2017, notadamente o item 10.6, "a", do anexo VII, para exigir que o licitante declare que instalará escritório, no prazo de 60 (sessenta) dias, nas condições em que descreve.

A IN SLTI/MP nº 05/2017, como se sabe, “Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional”. O item 10.6, “a”, do anexo VII, dessa instrução normativa, tem a ver, portanto, com a instalação de **escritório**, sendo esse assim considerado como uma representação da contratada na região. Diferente, portanto, da infraestrutura implicitamente exigida no instrumento convocatório, a qual, sem sombra de dúvida, tem a ver nesse caso com uma estrutura de cozinha industrial para a fabricação de refeições transportadas. Portanto, não há pertinência, considerando o escopo da contratação, para incidir as regras da instrução normativa invocada.

De outra forma, o item 7.1.3.1. do Termo de Referência determina que as “*refeições deverão ser produzidas pela CONTRATADA em local apropriado para essa finalidade, que seja de sua exploração, e o mesmo deve estar de acordo com todas as normas da vigilância sanitária*”. Essa determinação do instrumento convocatório também se reproduz nos subitens 7.1.5 a 7.1.5.4 do Termo de Referência, inclusive com a descrição das áreas físicas mínimas exigidas, que a contratada deve dispor.

Ora, se é lógico que as refeições serão preparadas em local apropriado, então jamais poderão ser preparadas em um “**escritório**”. Isso é evidente! Entretanto, o Edital é silente quanto ao prazo que os licitantes terão para providenciar a estrutura de cozinha industrial compatível com o volume de refeições pretendido.

À ausência de indicação temporal para os licitantes providenciarem a instalação de uma cozinha industrial para atender o objeto do contrato, é de supor que o Projeto Básico encerre veladamente a exigência prévia de que os licitantes comprovem a existência de instalações próprias, restringindo assim o caráter competitivo da licitação.

A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) é taxativa ao dispor que apenas será exigido dos licitantes o rol de documentos previstos em seu art. 27 na fase de habilitação, sendo tal fase ato administrativo vinculado aos ditames dos arts. 27 *usque* 31 da citada lei, não podendo a Administração expandir os documentos exigidos em sede de habilitação.

Sobre essa situação, é vasta a jurisprudência no sentido de que nos instrumentos convocatórios se abstêm de exigir, para habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93, o que caracterizaria restrição ao caráter competitivo do certame.

A exigência de existência prévia de instalações próprias (cozinha industrial) restringe o caráter competitivo do certame, em claro descumprimento ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

Releva destacar, ainda, que os subitens 21.3 a 21.3.2.5 do Termo de Referência contrariam o art. 30, § 5º, da Lei 8.666/93, que veda expressamente a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na lei, que inibam a participação na licitação.

Corroborando esse entendimento, destaca-se, por oportuno, jurisprudência do TCU sobre o tema, *in verbis*:

[Voto]

Já no que diz respeito ao item 'd' (índice), há farto lastro jurisprudencial desta Corte (eg. Acórdão 124/2002-P e 481/2004-P) no sentido de que à Administração interessa obter o resultado da prestação do serviço licitado/contratado com o preço, a qualidade, a quantidade e o prazo avençados. Desde que a empresa o faça segundo os parâmetros acordados, é irrelevante se ele irá utilizar instalações próprias ou de outrem, visto que essa decisão insere-se no âmbito de organização do negócio da empresa.

Não estando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços, tal requisito restringe o caráter competitivo da licitação e fere o princípio da isonomia, pois estabelece uma distinção despropositada entre os concorrentes.

[Acórdão]

9.2.2 – a exigência que a empresa licitante utilize instalação própria ou localizada em uma cidade específica, salvo quando devidamente justificada a influência que possa ter esse fato na qualidade dos serviços a serem prestados fere o princípio da isonomia e restringe o caráter competitivo da licitação, em ofensa ao art. 3º caput e § 1º da Lei 8.666/93 (TCU. AC n. 6463-29/11-1. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão do dia 16/08/2011).

São, portanto, restritivas as exigências de anterior propriedade, a qualquer título, e localização prévia dos licitantes, conforme voto da Conselheira Adriene Andrade, exarado na Denúncia nº 753.376, sessão do dia 01/07/2008, do Tribunal de Contas de Minas Gerais, *in verbis*:

Denúncia. Vedação a exigência de anterior propriedade de bens. Resta claro que a limitação legal da exigência de localização prévia de instrumentos essenciais ao cumprimento do objeto procura evitar o direcionamento da licitação, pela via da individualização de bens de propriedade de algum licitante, que, por possuí-los, estaria exclusivamente, apto a participar do certame. Corroborando com esse entendimento, Jessé Torres Pereira Junior, na sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, observa in litteris: [...] remete comando restritivo para a Administração: o de que não poderá formular a exigência de modo a individualizar bens que já devam ser de propriedade do habilitante, nem situados em determinado local. A vedação é importante para impedir a exigência que direcione a habilitação ao indicar bens certo e determinados, de que somente disporão uma ou algumas das empresas aptas à disputa (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e das Contratações da Administração Pública. 6. ed. 2003, p. 366).

Vale lembrar, ainda, que, em se tratando de exigências de qualificação dos licitantes, impera a regra de que a Administração fique jungida aos limites impostos pela Lei nº 8.666/93, destacando-se, também, que a Constituição da República trata do tema no art. 37, XXI, *verbis*:

Art. 37 [...]

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, portanto, os vícios apontados caracterizam-se como restrições ao caráter competitivo da licitação, contrariando a Lei de Licitações.

V – DA NATUREZA TRIBUTÁRIA – COROLÁRIO DO ITEM I – CNPJ DE ENTREGA

Conforme explicitado no item I desta impugnação, a natureza do objeto a ser licitado é venda, cuja tributação incide o ICMS. Corolário desse entendimento é que a entrega do objeto, pela sua própria natureza, há que ser feita pelo CNPJ estabelecido no Estado do Ceará. Isso porque, tratando-se de circulação de mercadorias, o ente

fiscalizador do tributo impõe como responsável tributário o estabelecimento do local onde é produzida e de onde é transportada a refeição. Trata-se, portanto, do princípio da autonomia dos estabelecimentos, adotada de forma clara pelo Regulamento do ICMS do Estado do Ceará – RICMS/CE, que em seu art. 19 dispõe:

Art. 19. Considera-se estabelecimento autônomo, para efeito de manutenção e escrituração de livros e documentos fiscais e, quando for o caso, para recolhimento do imposto relativo às operações e prestações nele realizadas, cada estabelecimento, ainda que do mesmo contribuinte.

Portanto, para as empresas licitantes sediadas em outros estados da federação, que ainda não possuem filial no Estado do Ceará, o Edital deixa um completo hiato. De fato, o instrumento convocatório é silente acerca da possibilidade de participação de empresas de fora do Estado do Ceará, principalmente, e esse é o caso, daquelas que não possuem filial instalada no Estado do Ceará.

Esse aspecto há que ser considerado pelo instrumento convocatório, sob pena de malferimento ao caráter competitivo da licitação, uma vez que as empresas sediadas em outros estados da federação, sem filial no Estado do Ceará, terão o seu direito de participar cerceado, ou, participando com o CNPJ da matriz, por exemplo, terão que efetuar a entrega das refeições pela filial instalada no Ceará.

Por fim, insta considerar que o transporte de refeições, ou seja, a circulação das refeições preparadas transportadas da unidade de produção até o local de consumo somente pode acontecer mediante acobertamento por um documento fiscal (Nota Fiscal), qualquer que seja o formato da contratação, uma vez que refeição é mercadoria, não é serviço.

VI – DA IMPROPRIEDADE DO USO DAS EXPRESSÕES CONCEDENTE/CONCESSIONÁRIA NO TERMO DE REFERÊNCIA.

Do contexto de tudo o que foi dito acima se conclui que o objetivo da Administração Pública é a contratação de empresa para o fornecimento de refeições transportadas, incluída a parcela de serviços relativos ao porcionamento e distribuição nas Unidades, com cessão de uso de espaço público por meio de autorização ou permissão (a título precário) onerosas. É o que se infere também do espírito do Edital.

Decerto que não se pretende aqui adentrar na discussão dos conceitos dos institutos jurídicos da concessão, da permissão e da autorização administrativas, não sendo esse o objetivo da presente peça impugnatória. Contudo, há que se trazer presente a

questão tendo em vista os desdobramentos no campo das responsabilidades, dos direitos e das obrigações que derivam de cada instituto.

Como se sabe, a Concessão de uso é gênero que se subdivide em duas espécies: (*i*) Concessão de Uso Administrativo e; (*ii*) Concessão de Direito Real de Uso. Para a Concessão de Direito Real de Uso, a legislação impõe a licitação na modalidade de concorrência (art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/93), enquanto que para a Concessão de Uso Administrativo, a legislação deixou ao alvedrio do Administrador a escolha da modalidade licitatória a ser utilizada. Entretanto, quer seja Concessão de Direito Real de Uso quer seja Concessão Administrativa, ambas, normalmente, se inserem nos procedimentos licitatórios como objeto principal do certame, e invariavelmente envolvem a cobrança de tarifas ou de preços públicos.

De outra forma, por serem precárias, a permissão e a autorização de uso de bem público não se sujeitam à licitação, e, dessa forma, se inserem no poder discricionário da Administração Pública. Normalmente, a permissão e a autorização de uso se inserem como acessórios em procedimentos licitatórios que visam a contratação de objeto diverso, concorrendo apenas como instrumento facilitador da execução desse objeto, e podem ser gratuitas ou onerosas.

Sobre o tema, José Afonso da Silva¹ esclarece: “A autorização é ato administrativo unilateral, discricionário e precário; não se destina apenas à execução do serviço público, pois há autorização administrativa ao particular também para a prática de utilização de bens públicos. Também se admite permissão administrativa para o uso de bens públicos, nesse caso ela ainda pode ser conceituada como ato negocial, discricionário e precário...”.

Em igual sentido, Hely Lopes Meirelles², corrobora o entendimento: “Permissão de uso é ato negocial unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dadas sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público.”

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto³: “O regime permissional, menos rígido, tem sido caracterizado na doutrina tradicional como vínculo produzido por simples manifestação de vontade unilateral da Administração, através de um ato administrativo, discricionário e precário, que seria, por isso revogável a qualquer tempo.”

¹ SILVA, José Afonso. Comentário contextual à constituição. 8ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 57.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003 p. 496.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 264.

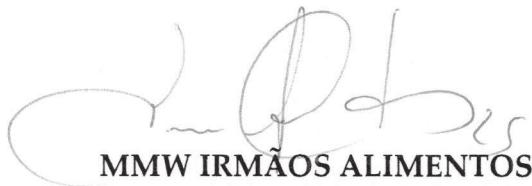
Por todo exposto, evidencia-se a impropriedade das expressões utilizadas no Termo de Referência, pelo que se requer a sua revisão para melhor harmonia entre os institutos jurídicos e o espírito do Edital, prevenindo-se, assim, desdobramentos inesperados, tanto para os licitantes quanto para a Administração Pública, por conta de responsabilidades, direitos e obrigações distintas em cada instituto.

Isto posto, a Impugnante requer sejam expungidos do Edital os vícios acima apontados com a consequente republicação do Edital e reabertura do prazo legal para a realização do certame, em homenagem ao caráter competitivo da licitação, *verdadeiro termômetro da probidade administrativa*.

Termos em que

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2019.



MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA
José Aroldo Nogueira dos Santos