

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, 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 nos artigos 5º, XXXIV, "a" e 37, XXI, ambos da Constituição Federal, no art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, consoante o que reza também o item 28.5 do instrumento convocatório, e demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, rogando que a mesma seja levada ao conhecimento e decisão da **Autoridade Superior**, aduzindo para tanto o que segue abaixo:

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

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

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

1

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 transmutar 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:

"[...]"

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

2

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;

(...)

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

3

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 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

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

4

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:

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:

"[...]"

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

5

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 obre 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..

[...]"

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

6

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.

II – DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO PRÉVIA NO SICAF – INABILITAÇÃO – ILEGALIDADE – ITENS 8.1 “b” e “c”, 12.1 e 15.5 DO EDITAL.

Os itens 8.1 “b” e “c”, 12.1 e 15.5 do instrumento convocatório, tomados em conjunto, estabelecem que não poderão participar do certame os licitantes que não estejam cadastrados e habilitados no SICAF, sendo esta exigência condição de habilitação na licitação em referência.

Como é cediço, a inscrição e habilitação prévia dos licitantes no SICAF é uma facilidade com que a Administração Pública pode contar para imprimir celeridade nos procedimentos licitatórios, e não uma imposição legal impeditiva da participação nos certames daqueles que não estejam inscritos naquele cadastro.

O Tribunal de Contas da União há muito vem orientando os diversos órgãos da Administração Pública no sentido de que nos instrumentos convocatórios não se confundam as facilidades advindas com a inscrição no SICAF, em termos de economia na apresentação de documentos, com quaisquer outras consequências decorrentes da ausência de inscrição naquele cadastro, o que de fato não encontra respaldo em lei.

Nesse sentido é reiterada a jurisprudência daquela Corte de Contas, que assim já pacificou o entendimento sobre o tema, conforme ilustram os seguintes arestos abaixo reproduzidos:

“Abstenha-se, ao proceder à modalidade de licitação Convite, de restringir a participação apenas a empresas cadastradas no SICAF, por ferir os preceitos dos art. 22, parágrafo 3º, da Lei n. 8.666/1993. (Acórdão TCU nº 3.564/2006 – Primeira Câmara).”

**“REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE.
IRREGULARIDADES PRATICADAS NA CONDUÇÃO DE**

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

7

TOMADA DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO NO SICAF. Exigência de prévio cadastramento no SICAF como condição para participação na Tomada de Preços. É entendimento pacífico no Tribunal que tal exigência contraria o disposto no art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. [...] deixe de incluir, em editais de licitação, dispositivo que somente possibilite a habilitação de licitantes previamente cadastrados no Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, por falta de mparo legal para tal exigência. (Acórdão TCU nº 330/2010 – Segunda Câmara)."

"A exigência de que somente poderão participar da Concorrência as empresas devidamente cadastradas e habilitadas parcialmente no SICAF contraria as disposições do art. 22, § 1º, da Lei 8.666/1993, que define concorrência como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. (Acórdão TCU nº 1.735/2009 – Plenário)."

"Abstenha-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, exigência de prévio cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF como condição de participação no certame, por contrariar o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, 22, §§ 1º, 2º e 3º, e 27, da Lei nº 8.666/93. (Acórdão TCU nº 617/2003 – Primeira Câmara)."

"A exigência de cadastramento prévio no SICAF contraria a Lei 8666/93. O cadastramento é uma facilidade que livra a Administração Pública de exigir todo os documentos que habilitam a empresa a participar do certame; caso a empresa não esteja cadastrada, basta apresentar os documentos demandados pela legislação para tomar parte do processo licitatório. (Acórdão TCU nº 3.146/2004 – Primeira Câmara)."

Assim sendo, é forçoso escoimar o Edital dos vícios ora apontados, o qual deverá ser corrigido e republicado, com a abertura de novos prazos.

III – 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

MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA.

8

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."*

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.

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, dados 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.”

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 conseqüente 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, 06 de fevereiro de 2015.



MMW IRMÃOS ALIMENTOS LTDA
José Aroldo Nogueira dos Santos



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