



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

Xaxim, 30 de abril de 2014.

Parecer Jurídico

I – OBJETO:

Em 30 de abril de 2014, fora encaminhado a esta Procuradoria-Geral, pela empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda., recurso proveniente da ata de julgamento de Processo Licitatório de nº 088/2014 – Pregão Presencial de nº 046/2014, o qual tem como objetivo a contratação de empresa especializada para execução de serviços de limpeza urbana em geral, serviços de jardinagem, manutenção de áreas externas das diversas Secretarias Municipais e demais serviços no Município de Xaxim - SC, onde passamos a analisar:

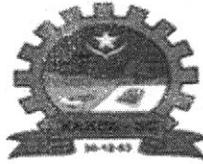
II – DA INEXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS

Primeiramente, a empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda., ora Recorrente, arguiu, em seu recurso, sobre a inexecuibilidade das propostas apresentadas pelas empresas Grethi Aparecida da Silva, Castilho & Moreira Comércio e Serviços Ltda. e Essencial Produtos para Higiene e Limpeza Ltda.

Segundo a Recorrente, os preços ofertados pelas Recorridas em questão destoam das propostas apresentadas pelos demais licitantes, denotando-se possível inabilidade para atender o escopo dos serviços a serem executados.

A esse respeito, traz à baila o seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei nº 8.666/93 - para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório - gera presunção absoluta ou relativa de inexecuibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexecuibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecuibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

48, § 1º, b, da Lei nº 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ED., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610). 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no V. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO Ltda) e por parte do MUNICÍPIO DE Ribeirão Preto de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula nº 7/STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexequível". 6. Recurso Especial desprovido. (STJ; REsp 965.839; Proc. 2007/0152265-0; SP; Primeira Turma; Relª Minª Denise Martins Arruda; Julg. 15/12/2009; DJE 02/02/2010) (grifamos)

Tomando por base os parâmetros adotados pela Jurisprudência supra, o qual se refere à proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública, e, mesmo assim, aduz a possibilidade da proposta ser exequível, no caso em tela, é possível extrair, de acordo com os valores apresentados nas propostas do certame licitatório, que a empresa Grethi Aparecida da Silva, sequer chega a tal patamar, mas a um valor aproximado de 35% inferior do valor orçado.

Ou seja, deve ser averiguada a proposta apresentada em cada caso, pois, embora se enquadre em uma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, de forma igual e concreta, executada pelo proponente.

No mesmo sentido, é possível verificar:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MODALIDADE MENOR PREÇO - IMPUGNAÇÃO À PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTO DA EMPRESA CONSIDERADA VENCEDORA - TESE DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - RECURSO DESPROVIDO. "Tendo a licitação por objeto a 'contratação de serviços de vigilância patrimonial' na modalidade 'menor preço', somente a existência de provas ou de fortes indícios de ser inexequível a proposta formulada pela empresa vencedora autorizaria a suspensão do contrato celebrado. Assim deve ser porque: a) em favor dos atos administrativos milita presunção de legitimidade (Celso Antônio



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

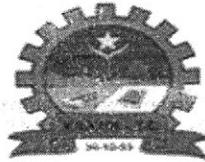
Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles) e supõe-se que 'as decisões da administração são editadas com o pressuposto de que estão conformes às normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro (Odete Medauar)" (ACMS n. 2007.000132-6, Des. Newton Trisotto). Salvo se evidente a afronta aos princípios da licitação - legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo - e ao da moralidade administrativa, deve ser prestigiada a decisão da Comissão de Licitação, que se presume convergente com o interesse público. **Processo: 2009.043225-9 (Acórdão). Relator: Newton Trisotto. Origem: Blumenau. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Julgado em: 31/08/2010. Juiz Prolator: Taynara Goessel. Classe: Apelação Cível**

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS À CELESC - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - ALEGAÇÃO DE LICITANTE DERROTADA DE QUE A OFERTA DO VENCEDOR DO CERTAME É INEXEQUÍVEL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA - DESPROVIMENTO DO RECURSO. Para obter a proteção jurisdicional através de mandado de segurança o impetrante deverá demonstrar de plano, com prova pré-constituída, o seu direito líquido e certo. Sem essa comprovação, impõe-se a denegação da segurança, restando ao interessado, se lhe convier, postular através das instâncias ordinárias, nas quais se permite a dilação probatória. A inexecuibilidade da proposta vencedora, para fins do disposto no art. 48 da Lei 8.666/93 deve ser aferida no âmbito da impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou, pondo em risco o interesse público, e não de uma oferta com preços próximos ao de custo, sem infração à ordem econômica, já que não cabe à administração, no processo de licitação, fiscalizar a lucratividade ou não da empresa privada. **Processo: 2004.035034-7 (Acórdão). Relator: Jaime Ramos. Origem: Joinville. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público. Julgado em: 08/03/2005. Juiz Prolator: Carlos Adilson Silva. Classe: Apelação Cível em Mandado de Segurança. (grifamos)**

Desse modo, como não cabe à Administração Pública fiscalizar a empresa no mérito de sua lucratividade, sendo de interesse, entretanto, que os seus serviços sejam devidamente realizados, é possível entender que a presunção de inexecuibilidade da referida empresa - sem documentos ou relatórios financeiros comprobatórios - não implica em sua desclassificação do processo licitatório.

III - DO SIMPLES NACIONAL

A empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda. entendeu que as empresas Higieniza Serviços, Limpeza e Conservação Ltda., Essencial Produtos para Higiene e Limpeza Ltda. e Castilho & Moreira Comércio e Serviços Ltda., optantes pelo regime tributário Simples Nacional, não poderiam, *a priori*, realizar atividade que implique em cessão ou locação de mão-de-obra, à luz do art. 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, devendo, as mesmas serem, portanto, desclassificadas por tal razão.



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

É clara a lei no que se refere sobre a impossibilidade de empresa prestar serviços contínuos através de cessão ou locação de mão-de-obra, sendo, simultaneamente, optante do regime Simples Nacional.

No entanto, o fato de uma empresa ser optante do regime tributário Simples Nacional não é motivo razoável para sua desclassificação na participação de Processo Licitatório. É o entendimento firmado pela Jurisprudência, senão vejamos:

PROCESSIONAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO-SESC. LICITAÇÃO. NÃO SUJEIÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DA LEI Nº 8.666/93. OBSERVÂNCIA DO REGULAMENTO APROVADO DA ENTIDADE, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PROCESSO LICITATÓRIO. ESCLARECIMENTOS DA COMISSÃO LICITANTE. CARTA ENDEREÇADA APENAS AO CONSULENTE. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE. PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE ADERENTE DO SIMPLES NACIONAL. POSSIBILIDADE. LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EXCLUSÃO DO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. RECOLHIMENTO PELO REGRAMENTO GERAL. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS BENEFÍCIOS NÃO TRIBUTÁRIOS. SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO. PARCELA QUE NÃO AFETA O VALOR GLOBAL DA CONTRATAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. VALOR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO. 1. O serviço social do comércio-sesc (entidade componente do denominado sistema "s") não está sujeito à observância dos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, mas ao seu regulamento próprio, bem como aos princípios gerais do processo licitatório e da administração pública (TCU - Acórdão nº 907/1997). 2. Os esclarecimentos prestados pela comissão licitante somente operam efeito vinculante caso a resposta seja comunicada a todos os licitantes. Sendo feita a apenas um deles, não há que se reconhecer o ato como apto a modificar o instrumento convocatório. 3. Inexiste óbice à participação, em certame licitatório, de microempresas ou empresas de pequeno porte aderentes do simples nacional - Regime tributário que pressupõe o pagamento por parcela única, com percentual progressivo incidente sobre a receita bruta. 4. Havendo causa de vedação parcial ao recolhimento na modalidade simplificada - Na espécie, locação ou cessão de mão de obra, consoante art. 17 da Lei Complementar nº 123/06 -, deverá a empresa comunicar sua exclusão, passando a recolher os impostos e contribuições pelo regime geral de tributação - Mantendo, contudo, os demais benefícios não tributários. 5. O seguro de acidentes de trabalho-sat é devido pelo empregador à previdência social, como custeio pelos riscos ambientais do trabalho. Assim, eventual divergência em sua alíquota não terá o condão de viciar a proposta, pois que resta inalterado o valor global desta. 6. Tendo sido fixada em patamar razoável, apta a remunerar dignamente o trabalho exercido, não há que se falar em redução da verba honorária sucumbencial. 7. Recurso desprovido. (TJDF; Rec 2011.01.1.165290-3; Ac. 768.604; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Sebastião Coelho; DJDFTE 20/03/2014; Pág. 175) (grifamos)

Ou seja, não há impedimento à participação em certame licitatório por empresas optantes pelo Simples Nacional.



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

Contudo, na hipótese de uma empresa aderente a esse regime tributário ser vencedora de licitação, que implica em locação ou cessão de mão-de-obra, a mesma deverá providenciar sua exclusão do regime Simples Nacional, passando a recolher impostos e contribuições pelo regime geral de tributação.

Tal fato, portanto, não se presume suficiente para excluir a empresa durante a fase do Processo Licitatório.

No mesmo sentido, a própria empresa Recorrente apontou em seu recurso, entendimento do Tribunal de Contas da União, que vai ao encontro desta opinião, em fl. 5, o qual dispõe que “...o licitante Microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação...”

IV – REGISTRO NO CONSELHO NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO:

Em outro fator inerente ao mérito, a Recorrente aduz que as Recorridas Grethi Aparecida da Silva, Castilho & Moreira Comércio e Serviços Ltda., Essencial Produtos para Higiene e Limpeza Ltda., System Seg Serviços Ltda., Edson Francisco da Silva Obras e Serviços e Julio Cezar Alves de Almeida estariam inabilitadas a prestarem o serviço solicitado, uma vez que não possuem registro no Conselho Regional de Administração de Santa Catarina – CRA/SC.

Em que pese ter amparo em lei que as empresas tenham registro junto às entidades profissionais competentes, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, fixou o entendimento que:

ADMINISTRATIVO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. INSCRIÇÃO NO CRA. DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência tem utilizado como critério, para definir a obrigatoriedade de registro junto aos conselhos profissionais, a atividade básica da empresa ou a natureza dos serviços por ela prestados. (agrg no AG 1199127/sc, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 17/11/2009, dje 25/11/2009). 2. A empresa que tem como atividade básica a prestação de serviços de limpeza, conservação, higienização, desinfecção, dedetização, adaptações, reparos e reformas em prédios comerciais e residenciais, ajardinamentos, administração de condomínios e locação de mão-de-obra em geral não está obrigada a registrar-se no conselho regional de administração, afigurando-se ilegal, na espécie, a exigência de inscrição, pagamento de taxas ou anuidades ao conselho recorrente, por não existir dispositivo de Lei que a obrigue 3. O fato de uma empresa selecionar pessoas para compor seu quadro de funcionários não a obriga a se inscrever no conselho regional de administração. 4. Apelação e remessa improvidas. (TRF 1ª R.; APL 0009030-61.2000.4.01.3600; Primeira Turma Suplementar; Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Luiz Coêlho de Freitas; Julg. 26/02/2013; DJF1 19/04/2013; Pág. 791) (grifamos)



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

Deste modo, uma vez que o objeto da presente licitação é a contratação de empresas para a prestação de serviços de limpeza, conservação, jardinagem, dentre outros afins, estas não se encontram obrigadas a possuírem seus respectivos registros.

Além disso, importa, para a Administração Pública, os serviços prestados, não cabendo, portanto, tal exigência.

É possível verificar, ainda:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. DESNECESSIDADE DE REGISTRO. Nos termos do artigo 1º, da Lei nº 6.839, o critério que define a obrigatoriedade de registro de empresas perante os conselhos de fiscalização profissional é a atividade básica desenvolvida ou a natureza fundamental dos serviços prestados a terceiros. No caso, a atividade preponderante da embargante é o recrutamento e seleção de mão-de-obra, razão pela qual o seu registro perante o cra/es não é exigível, e nem há qualquer interesse público que justifique impor esse custo ao setor privado. Não há vínculo entre as partes capaz de autorizar a lavratura do indigitado auto de infração, tampouco a obrigatoriedade do registro junto ao cra/es. Apelação desprovida. (TRF 2ª R.; AC 0007567-39.2011.4.02.5001; ES; Sexta Turma Especializada; Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Couto; Julg. 16/09/2013; DEJF 23/09/2013; Pág. 54) (grifamos)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. PESSOAS NÃO SUJEITAS A INSCRIÇÃO EM SEUS QUADROS. PODER DE FISCALIZAR. INEXISTÊNCIA. 1) O critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional específico, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa. 2) resta incontroverso nos autos que a embargante tem como atividade básica e principal, conforme seus atos constitutivos: "a exploração de comércio, promoção e representação de produtos alimentícios e de limpeza em geral e a locação de mão-de-obra temporária" (pág. 13). 3) evidente, portanto, que não tem como atividade fim a prestação de serviços privativos da profissão de administrador, razão pela qual, não estando obrigada a registrar-se perante os quadros do cra/rj, não está sujeita à fiscalização afeta ao poder de polícia titularizado por essa entidade. 4) precedentes dessa 8ª turma especializada, v. G.: ac 472202, rel. Des. Fed. Poul erik dyrlund, e-djf2r 14/05/2010; ac 416066, rel. Des. Fed. Poul erik dyrlund, dj 19/1/09. 5) nego provimento ao recurso. (TRF 2ª R.; AC 0500396-67.2008.4.02.5101; Oitava Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund; Julg. 07/07/2012; DEJF 13/07/2012; Pág. 219) (grifamos)

Resta claro, portanto, ser facultativo e não obrigatório o registro das referidas empresas em seus órgãos profissionais competentes, considerando o objeto do certame licitatório e o dever da Administração em zelar pelos trâmites dos processos licitatórios, sem ferir o princípio da competitividade.

Por fim, ressalta-se que, em caso de inconformidade com as propostas apresentadas dos demais licitantes, pode-se realizar impugnação ao edital; no caso, havendo tal



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

faculdade, não houve impugnação do edital da Recorrente à Administração Pública de Xaxim, conforme prevê a Lei 8.666/93:

Art. 41 [...]

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (grifamos)

V – CONCLUSÃO:

Assim, o parecer da Procuradoria-geral do Município, consoante o art. 37, *caput* da Constituição Federal, e de acordo com o disposto na Lei 8.666/93, visando o não prejuízo do procedimento licitatório em questão, é no sentido de INDEFERIR o recurso à ata de julgamento de Processo Licitatório de nº 088/2014 – Pregão Presencial de nº 046/2014, interposto pela empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda.

Salvo melhor juízo, é o entendimento.

Xaxim, 30 de abril de 2014.

Fabio José Dal Magro
Procurador-Geral do Município
OAB/SC 20.041

Pedro Rui Rodrigues
Assessor Jurídico Municipal
OAB/SC 8.754