



Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno

Processo: **862465**

Natureza: Consulta

Órgão/Entidade: Associação Mineira de Municípios

Consulente: Ângelo José Roncalli de Freitas, Presidente

Relator: Conselheiro Mauri Torres

Sessão: 30/05/2012

EMENTA: CONSULTA – LICITAÇÃO – MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO – LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – PRAZO ESPECIAL PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL (ARTS. 42 E 43) E DIREITO DE PREFERÊNCIA (ARTS. 44 E 45) – AUTOAPLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INDEPENDENTEMENTE DE REGULAMENTAÇÃO OU DE PREVISÃO EDITALÍCIA – DECISÃO UNÂNIME.

1 – Diante da autoaplicabilidade do disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 não é necessária regulamentação para que o licitante usufrua dos privilégios ali dispostos. Apesar de ser recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, sua concessão deve ocorrer independentemente dessa previsão.

2 – A edição da lei e atos normativos determinada pelo artigo 77, § 1º da Lei Complementar 123/2006 não se aplica especificamente quanto ao tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às MEs e às EPPs elencado nos artigos 42 a 45 da referida lei, objeto da presente consulta. Logo, não há que se falar em imposição de sanção em caso de omissão legislativa regulamentadora dos benefícios previstos nesses artigos.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Sessão do dia: 30/05/12

Procurador presente à Sessão: Marcílio Barenco

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – Relatório

Tratam os presentes autos de Consulta encaminhada a este Tribunal de Contas pelo Sr. Ângelo José Roncalli de Freitas, Presidente da Associação Mineira de Municípios, por meio da qual foram feitos os questionamentos elencados às fls. 01 e 02, vejamos:

1 – Os benefícios previstos nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/2006 são auto-aplicáveis ou dependem de regulamentação por parte do Município?



2 – *Tal regulamentação deve ser feita por lei, ou pode se dar por meio de decreto do Executivo Municipal?*

3 – *Para que o licitante usufrua de tais benesses, é necessária a expressa previsão no edital do certame licitatório?*

4 – *O art. 77, § 1º estabeleceu o prazo de um ano para que os entes públicos editassem as normas necessárias para a implementação do tratamento jurídico diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Os Municípios que ainda não o fizeram, poderiam regulamentar a lei? Os gestores públicos que estejam descumprindo esta obrigação estariam sujeitos a algum tipo de sanção?*

Por determinação do Relator a Consulta foi encaminhada à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula para análise técnica, relatório às fls. 05 a 07.

Esse é o relatório, em síntese.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1 - PRELIMINAR

Verifico, nos termos constantes da peça inaugural, que o Consulente é parte legítima para formular consulta e que o objeto se refere a matéria de competência desta Corte, nos termos do art. 210 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas. Assim, conheço da Consulta para respondê-la em tese.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO HAMILTON COELHO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

NA PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

2 - MÉRITO

No mérito, tenho que a Consulta foi formulada visando esclarecimento de duas questões distintas: a primeira diz respeito à concessão dos benefícios previstos nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/2006 no que tange à sua autoaplicabilidade, necessidade de regulamentação por lei ou por decreto e, ainda, a necessidade de inclusão expressa desses benefícios no edital do certame; a segunda indaga se a ausência da regulamentação determinada especificamente pelo artigo 77, § 1º, da LC 123/06 sujeita os gestores públicos a algum tipo de sanção e se o decurso do prazo estipulado obstará futura regulamentação.

Quanto à primeira questão esclareça-se que a Lei Complementar 123/06 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O tratamento privilegiado em referência está consubstanciado no art. 170, inc. IX, e no art. 179 da Constituição Federal de 1988.

Os artigos 42 e 43 dispõem, notadamente, acerca de prazo especial para comprovação de regularidade fiscal, e os artigos 44 e 45 acerca do exercício de direito de preferência no caso de empate ficto criado pela lei. Para esses dispositivos não existe necessidade de regulamentação, sendo autoaplicáveis, ou seja, já se encontram em vigor observando-se o disposto no artigo 88 da LC 123/06.

Segundo o Professor [Niebuhr](#)¹:

Pois bem, os arts. 42 e 43, que tratam da regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte, são auto-aplicáveis, haja vista que o legislador não os condicionou à qualquer regulamentação. O mesmo ocorre com os arts. 44 e 45, que versam sobre o direito de preferência.
(grifo nosso)

O Professor Jacoby², afirma serem autoaplicáveis as disposições fixadas nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06, ficando pendente de regulamentação o artigo 47 da mesma norma:

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Disponível em < <http://jus.com.br/revista> >

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. O Estatuto Nacional Da Microempresa E Da Empresa De Pequeno Porte, A Lei De Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>>

A Lei é auto-aplicável ou necessita de regulamentação, considerando a ausência de critérios objetivos para o exercício do direito de preferência? Estaria a Administração obrigada a adequar seus editais ao exigido na Lei e já aplicar as regras que entender possível adotar? Ou poderia (deveria) a Administração que optar pelo aguardo de regulamentação, justificar nos autos tal condição?

Sim, a Lei é auto-aplicável. O art. 47, a meu juízo, depende de regulamentação. O professor Carlos Pinto Coelho Motta defende, com o habitual brilhantismo, que também esse dispositivo é auto-aplicável. Os editais devem sim ser regulamentados. O Banco do Brasil já promoveu a adaptação em seus editais e o Comprasnet federal já adaptou o pregão eletrônico.(grifo nosso)

Isso posto, diante da autoaplicabilidade do disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 concluo que não é necessária a regulamentação dos benefícios ali elencados. Quanto à necessidade de previsão expressa no edital desses benefícios, importante citar decisões do TCU que entendem que a concessão de referidos privilégios deve ocorrer independentemente de sua inclusão no edital, conforme se observa:

REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE EM DESACORDO COM A NORMA LEGAL. POSSIBILIDADE DE AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COMPROVAREM REGULARIDADE FISCAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DE RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006 independem da existência de previsão editalícia, sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque. (TCU: Acórdão 2505/2009 – Plenário. Min. Rel. Augusto Nardes, Sessão 28/10/2009) (grifou-se)

16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n.º 123/2006).

17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no instrumento convocatório.

(...)

19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante. (TCU: Acórdão 702/2007 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler, Sessão 25/04/2007) (grifou-se)

A Advocacia Geral da União também frisa este posicionamento em sua Orientação Normativa nº 07 de 01/04/09:

O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia.

Dessa forma, apesar de ser aconselhável a inclusão de dispositivo no edital prevendo a aplicação dos benefícios instituídos pelos artigos 42 a 45 da LC nº 123/06, a concessão desses benefícios deve ocorrer independentemente de sua inclusão no edital, posto que decorrem de mandamento legal.

Com base nisso, em resposta à primeira questão formulada pelo Consulente entende-se pela desnecessidade de regulamentação por lei ou decreto, bem como de previsão no ato convocatório da licitação, dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 45 da LC 123/06, em razão de sua autoaplicabilidade.

Na segunda questão é indagado se a ausência da regulamentação determinada especificamente pelo artigo 77, § 1º, da LC 123/06 sujeita os gestores públicos a algum tipo de sanção e se o decurso do prazo de um ano estipulado obsta futura regulamentação. Cumpre-se, primeiramente, transcrever o artigo em referência:

Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.

§ 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte. (grifo nosso)

Conforme se depreende da doutrina e jurisprudência citada na análise da primeira questão formulada, considerando que o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às MEs e às EPPs previsto nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 é autoaplicável, para a sua concessão não há necessidade de se observar a obrigatoriedade estabelecida no artigo 77 transcrito.

Isso posto, adentrando ao cerne da segunda questão formulada pelo Consulente, o comando do artigo 77, § 1º, da LC 123/06 acerca da obrigatoriedade de regulamentação do tratamento diferenciado elencado em alguns dos dispositivos da lei complementar em comento, não se aplica especificamente no que tange aos privilégios previstos nos artigos 42 a 45 de referida lei, objeto da presente consulta. Logo, não há que se falar em imposição de sanção em caso de omissão legislativa regulamentadora desses benefícios.

III – CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, respondo à Consulta, em suma, nos seguintes termos:



1 – Diante da autoaplicabilidade do disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 não é necessária regulamentação para que o licitante usufrua dos privilégios ali dispostos. Apesar de ser recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, sua concessão deve ocorrer independentemente dessa previsão.

2 – A edição da lei e atos normativos determinada pelo artigo 77, § 1º da Lei Complementar 123/2006 não se aplica especificamente quanto ao tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às MEs e às EPPs elencado nos artigos 42 a 45 da referida lei, objeto da presente consulta. Logo, não há que se falar em imposição de sanção em caso de omissão legislativa regulamentadora dos benefícios previstos nesses artigos.

É o meu parecer.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE.