



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

CONCORRÊNCIA Nº 02/2019 – JULGAMENTO DE RECURSO

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela empresa CRISTINA DE OLIVEIRA JARDIM OTERO ME, contra a decisão da Comissão Municipal de Licitações proferida em 17/04/2019, que a inabilitou por ter apresentado a prova de regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) com prazo de validade vencido em 15/04/2019.

Em síntese, alega a recorrente em suas razões recursais:

- a) "na abertura do envelope constatando que a certidão de recolhimento do FGTS estava com 2 (dois) dias de vencimento";
- b) "salienta que a validade da mesma é somente de 30 (trinta) dias" e;
- c) "instrui a presente nova certidão que expressa que a empresa não possui débitos relativos ao FGTS".

Da análise do referido recurso, verifica-se que os argumentos apresentados pela recorrente não trazem qualquer elemento capaz de provocar uma mudança de decisão por parte desta Comissão, entretanto, tendo em vista que a recorrente trata-se de uma microempresa, deverão ser aplicadas as disposições contidas nos artigos 42 e 43, da Lei nº 123/2006.

Assim prelecionam os referidos dispositivos legais:

Artigo 42 - Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Artigo 43 - As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

Embora os referidos dispositivos não estejam previstos no Edital de Concorrência nº 02/2019, são auto-aplicáveis, ou seja, independem de previsão editalícia.

Neste sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno, nos trazendo, inclusive, importantes informações doutrinárias e Acórdãos do TCU, a respeito do assunto, as quais foram obtidas no endereço eletrônico <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=155440>:

"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 Niebuhr¹ :

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)

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> >



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

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:

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 autoaplicável. 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.

(...)

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>>



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

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."

Diante do exposto, havemos por bem reconsiderar a decisão proferida em 17/04/2019, para habilitar a empresa CRISTINA DE OLIVEIRA JARDIM OTERO ME.

Pederneiras, 02 de maio de 2019.


LUIS CARLOS RINALDI
Pres. da C.M.L.


GENDY BIAZUZO RAMOS
Membro da C.M.L.


PAULO FERNANDO SAMPAIO GALVÃO FILHO
Membro da C.M.L.