



EDITAL Nº01/2017
PROCESSO nº 10001-501/2017
MODALIDADE: CONCORRÊNCIA

Respostas pedido de esclarecimento 8

WDX Construtora Eirelli

- 1- Temos a informar que o fato do edital de licitação não fazer previsão expressa sobre a Lei Complementar nº 123/2006 não exclui sua aplicação.

Os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações pela LC 123/06, decorrem de preceitos esculpidos na Constituição Federal, que prescreve o tratamento favorecido a essas empresas como um dos princípios da ordem econômica.

Esse também parece ser o entendimento do Tribunal de Contas da União. No relatório do Acórdão nº 702/2007 – Plenário, o ministro Benjamin Zymler já sinalizara o posicionamento do TCU sobre o tema ao afirmar que *“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. 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.*

Na mesma linha seguiu o Acórdão nº 2144/2007 – Plenário. Trata-se da primeira decisão de mérito do TCU sobre a LC nº 123, em que o ministro Aroldo Cedraz determinou a auto aplicabilidade do disposto nos arts. 44 e 45, ao contrário do que ocorre com os arts. 47 e 48. Logo, os comando previstos nos artigos 44 e 45 são impositivos e, por consequência, auto-aplicáveis.

Por fim, a Advocacia-Geral da União, a propósito, editou a Orientação Normativa Nº 07, de 1º de abril de 2009, sedimentando o entendimento de que *“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.”*

- 2- Como o edital em questão não disciplinou de forma pormenorizada o rito para concessão do benefício do empate ficto, há que se aplicar o Princípio do Formalismo Moderado de modo a coroar os princípios da isonomia, segurança jurídica e da supremacia do interesse público. Noutras palavras, significa dizer que as empresas que se enquadrarem na condição de microempresa ou empresas de pequeno porte poderão solicitar de forma prévia ou durante o julgamento do certame o benefício do “empate



EDITAL Nº01/2017
PROCESSO nº 10001-501/2017
MODALIDADE: CONCORRÊNCIA

ficto”, independentemente da juntada prévia de algum documento. Caso haja a solicitação do benefício e a empresa não tenha apresentado certidão simplificada ou declaração nesse sentido, será colhida declaração de microempresa ou de empresa de pequeno porte pela comissão de licitação, havendo conferência posterior, por parte do órgão, sobre a comprovação da “condição privilegiada”, com possibilidade, ainda, de remessa dos autos à autoridade policial, em caso de falsidade ideológica.

Marçal Justen Filho elucida, ainda, que o benefício previsto nos artigos 44 e 45 da LC nº 123, é de observância obrigatória pela Administração Pública. Isso significa que deve ser reconhecido **independentemente** de requerimento da pequena empresa ou de previsão editalícia, pois se trata de uma determinação legal imperativa decorrente do art. 22, inciso XXVII da CF/88. Logo, ainda que não haja requerimento prévio por parte das empresas, a Comissão de Licitação, antes mesmo da abertura das propostas, indagará às empresas a possibilidade de invocação do empate ficto, oportunidade em que será lavrado termo de declaração, de modo a comprovar a situação privilegiada.

Jacarezinho, 12 de dezembro de 2017.

Divisão de Licitações/ Divisão de Engenharia
UENP