

DECISÃO

PROCESSO N. P019053/2024
COORDENADORIA JURÍDICA - COJUR/SEPOG
Célula de Licitações e Contratos Administrativos Corporativos – CELIC

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. EMPATE REAL ENTRE DUAS OU MAIS PROPOSTAS. ESCOAMENTO DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE PREVISTO NO ART. 60 DA LEI Nº 14.133/2021. AUSÊNCIA DE NOVOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE SORTEIO QUANDO CONSTATADO A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE DESEMPATE. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE, DA EFICIÊNCIA. DO INTERESSE PÚBLICO. DA MOVITAÇÃO. DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. BUSCA PELO ATINGIMENTO DO OBJETO DO CERTAME. FUNDAMENTO LEGAL: ART. 5º E 60 DA LEI Nº 14.133/2021.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de processo licitatório, encaminhado pela Central de Licitações da Prefeitura de Fortaleza – CLFOR, por meio do Ofício nº 0960/2024 – CLFOR, do qual decorre o Pregão Eletrônico (PE) nº 90057/2024, para conhecimento da Manifestação Jurídica da ASJUR – CLFOR e posterior decisão hierárquica acerca do sorteio a ser realizado e suas regras, para fins de desempate das empresas licitantes nos itens 2 e 3 do referido Pregão.

Segundo a manifestação jurídica da ASJUR – CLFOR, em seu relatório, a agente de contratação informou que, durante a fase competitiva, os itens 2 (açúcar tipo cristal) e 3 (açúcar tipo demerara) do PE nº 90057/2024 estão empatados na seguinte forma:

ITEM	VALOR	PARTICIPANTE
2	R\$ 4,22	VITORINO CONCEITO COMERCIO E SERVIÇO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA
2	R\$ 4,22	LUZIMAR MARIA DAMASCENO DE ARAUJO
2	R\$ 4,22	ANA BEATRIZ DE ARAUJO DA SILVA

**Planejamento,
Orçamento
e Gestão**

2	R\$ 4,22	INACIO APRIGIO DE OLIVEIRA
2	R\$ 4,22	S VASCONCELOS ROSAS
3	R\$ 4,81	J M V SANTANA COMERCIAL LTDA
3	R\$ 4,81	VITORINO CONCEITO COMERCIO E SERVIÇO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA
3	R\$ 4,81	LUZIMAR MARIA DAMASCENO DE ARAUJO
3	R\$ 4,81	ANA BEATRIZ DE ARAUJO DA SILVA
3	R\$ 4,81	INACIO APRIGIO DE OLIVEIRA

Relata ainda que, apesar ter aplicado os critérios de desempate estabelecidos no artigo 60¹ da Lei nº 14.133/21, os itens mantiveram-se empatados, razão pela qual requisitou orientação da assessoria jurídica quanto ao critério a ser utilizado diante da ausência de parâmetros objetivos para concluir o desempate entre as empresas acima citadas, tendo em vista a necessidade de obter um vencedor para o certame.

Em resposta, a ASJUR – CLFOR se manifestou nos seguintes termos:

Pois bem, ao término da etapa de lances, emergindo a ocorrência do empate, o sistema garante abertura para fins de desempate dando início ao prazo de 05 (cinco) minutos da disputa final entre as licitantes empatadas. Permanecendo o empate, caberá ao pregoeiro apoiar-se na sequência direcionadora estabelecida pelo artigo 60 da NLLC, buscando pelo próximo critério e assim deverá fazê-lo adotando sucessivamente os demais critérios. Assim, exauridos todos os critérios impostos pelo artigo 60 e mesmo assim persistindo o empate poderia ser ventilada a possibilidade de revogação do certame, gerando paralisação e a não entrega do objeto cujo interesse público se busca. Afora isso, a imposição de um novo certame implica na renovação de todos os custos para sua realização, acarretando inúmeros prejuízos ao Erário. Diante de tal quadro, e sem qualquer amparo nos termos editalícios, estaria o pregoeiro, ante ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impedido de criar qualquer outra forma de promoção do desempate, sob pena de responsabilização. No entanto, diante das lacunas na lei específica e do risco iminente do fracasso do certame, aflora o princípio maior do interesse público para adoção e aplicação, como instrumento de desempate, O SORTEIO, mecanismo que se apresenta espelhando um critério isonômico, impessoal e definitivo para evitar o fracasso da licitação e consequentemente prejuízo ao interesse público.	Cópia do original e assinado digitalmente sob o número WPN73WVE. Para conferir o original, acesse o site https://assineja.sepog.fortaleza.ce.gov.br/validar/documento, informe o malote 3412665 e código WPN73WVE
---	--

¹ Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

- I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
 - II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;
 - III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência
 - IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.
- § 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:
- I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;
 - II - empresas brasileiras;
 - III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;
 - IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.
- § 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Veja-se que a assessoria jurídica da CLFOR aduz que, quando exaurido os critérios impostos no art. 60 da Lei nº 14.133/21, o certame poderia ser revogado pela inexistência de outros critérios de desempate, contudo, traz em outra perspectiva que tal decisão traria uma onerosidade para a Administração, posto que teria que ser feito um novo processo licitatório para buscar atender as necessidades do Município de Fortaleza quanto ao objeto do presente Edital, indicando a realização de sorteio como instrumento de desempate das propostas dos licitantes, em atendimento ao princípio maior do interesse público.

É o relatório. Passamos à análise.

FUNDAMENTAÇÃO

No caso sob análise, é preciso verificar o que dispõe a legislação sobre a resolução do caso de empates de propostas, previsto no art. 60 da Lei nº 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; ([Vide Decreto nº 11.430, de 2023](#)) [Vigência](#)

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da [Lei nº 12.187](#),

**Planejamento,
Orçamento
e Gestão**

de 29 de dezembro de 2009.

§ 2º As regras previstas no **caput** deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Considerando que todos os pontos foram solicitados pelo Agente de Contratação aos licitantes, conforme se pode observar do sistema COMPRASNET, sem olvidar ainda as regras de preferência da Lei Complementar nº 123/2006, sem êxito na obtenção do desempate e, portanto, do encerramento do certame com a obtenção de proposta para o fornecimento de produto necessário para o funcionamento da Administração, surgiu-se o presente requerimento de decisão das providências a serem adotadas, considerando a inexistência de previsão legal, nem no Edital, dos próximos passos a serem adotados para esse tipo de situação, diferentemente do que ocorria no art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/1993, em que se adotava o sorteio público, como última medida de desempate, considerando a impessoalidade e isonomia do procedimento.

No caso de omissão da legislação e do Edital sobre o tema, faz-se necessário recorrer à equidade, razoabilidade, proporcionalidade e aos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, acaso existentes, sobre o tema.

Nesse sentir, ao verificar o que dizem os melhores doutrinadores sobre o tema, há orientação pela adoção do sorteio público, já na nova Lei de Licitações, como última opção ao desempate, senão vejamos:

A solução do sorteio para os casos em que o empate for mantido após aplicação dos critérios do art. 60 é salutar, mesmo que o sorteio não esteja previsto no edital. SARAI, Leandro. Comentários ao artigo 60. In: Leandro Sarai. (Org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos. 4 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodium, 2024, p. 814.

Segue nessa mesma linha de raciocínio a Advocacia-Geral da União, conforme transparece o Parecer n. 00811/2023/CGSEM/SCGP/CGU/AGU, senão vejamos:

24. Dessa forma, nas licitações processadas com amparo na Lei n. 14.133/2021, sendo inaplicável ou restando infrutífera a sistemática de superação do empate entre as empresas interessadas, com a aplicação dos critérios estabelecidos em seu art. 60, a única solução compatível com os Princípios da Isonomia e Impessoalidade, ao menos até o presente momento, consiste na realização de sorteio entre todos os disputantes empatados, à semelhança do previsto no §2º, do art. 45, da Lei n. 8.666/93, conforme premissas estabelecidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Nada obstante, traz-se à baila o entendimento exposto no Parecer n. 00002/2023 da Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços sem Dedicção Exclusiva de Mão

**Planejamento,
Orçamento
e Gestão**

de Obra (Distribuição Estratégica), que fundamentam a possibilidade de utilização do sorteio público como critério de desempate entre licitantes, após a regular aplicação dos critérios possíveis de serem utilizados, estabelecidos no art. 60, da Lei n. 14.133/2021:

*PARECER n. 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

(...)

12. O fato é que a autoridade, que não pode de modo próprio criar critérios de desempate, e considerando que os atuais ainda pendem de regulamentação, mesmo assim tem o dever de decidir um empate licitatório que persistiu. A situação faz evocar dois dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942), sendo o primeiro por analogia (por se tratar de julgador administrativo) e o outro por expressa prescrição direcionada ao administrador:

...

Art. 4° Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e as princípios gerais de direito.

...

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

...

13. Não sobra alternativa que não a do sorteio público, opção explicitamente considerada na doutrina de Victor Aguiar Jardim de Amorim (obra citada no item 07. p. 155), nos seguintes termos:

Caso o empate persista após a observância dos critérios de desempate de que trata o caput do art. 60 e diante da insuficiência ou inaplicabilidade factual da ordem de preferência instituída no § 1º, considera-se cabível um sorteio público, embora a Lei nº 14.133/2021 seja silente a respeito disso.

14. Não se pode dizer que a utilização do sorteio público se subsume na proibição do Art. 191 da Lei nº 14.133/2021, que veda "a aplicação combinada" dentre outras, com a Lei nº 8.666/1993, pois neste caso, trata-se de um instrumento de suporte a um princípio geral do direito em âmbito de democracia, em que todos são iguais perante a lei. Tal princípio, largamente utilizado na antiguidade, persiste válido, desde então, pura situações que não possam ser solucionadas pela vantagem e/ou pelo mérito, conforme se pode perceber deste exceto da obra de André Rubião, O sorteio na política: como os minipúblicos vêm transformando a democracia (disponível em: <https://www.scielo.br/jop/a/M9PTL.HCJkefQx7yQPsrkRsk/?lang-pt#>):

Assim, como dizia Aristóteles (1997, p. /39), a seleção aleatória constituía um contraponto à eleição: enquanto a primeira encarnava os princípios da igualdade e da rotatividade (todos aqueles que fossem considerados cidadãos tinham legitimidade para um dia serem sorteados e participarem da atividade pública), a segunda encarnava os princípios da meritocracia e do poder de influência (os cidadãos mais respeitados, não raro os mais ricos, podiam se candidatar aos cargos públicos).

**Planejamento,
Orçamento
e Gestão**

15. Sendo o sorteio é um instrumento de suporte a um princípio geral do direito (a igualdade de todos perante a lei), ele perpassa todo o ordenamento jurídico, e quando aplicável, como e o caso, toma-se cogente, mesmo não estando escrito na normatividade especificamente analisada, a Lei nº 14.133/2021.

III. DA CONCLUSÃO

16. Considerando os fatos e o direito acima tratados, responde-se à questão posta do seguinte modo: quanto ao procedimento para desempate de licitantes previsto no artigo 60 da Lei 14133/2021, orienta-se no órgão consulente que aplique, sucessivamente, os critérios de desempate e de preferência atualmente regulamentados: se do resultado desta operação persistir o empate, que proceda ao sorteio público para definir a ordem sequencial de colocações do certame." (grifos nossos)

Nesse cenário, sopesando-se os princípios da economicidade, da eficiência, da celeridade e da continuidade do serviço público, entende-se que, mesmo sem previsão legal ou editalícia, é preciso se obter o resultado final, com a declaração de um licitante vencedor, de uma licitação que restou frutífera para a Administração, com a obtenção de preço favorável, não sendo imaginável ter que se refazer todo um procedimento somente pela omissão em situação rara de que os licitantes restaram empatados, mesmo após envidadas todas as hipóteses legais previstas.

Assim, o sorteio sugerido pela AGU e doutrina jurídica para última situação de resolução do desempate, quando os critérios objetivos e subjetivos não são suficientes para desempatar as propostas, trata-se de alternativa isonômica, impessoal, razoável e proporcional para evitar o fracasso da licitação, revelando-se como uma solução eficaz a ser adotada.

Portanto, conclui-se pela possibilidade da aplicação do sorteio público como alternativa a ser adotada para o desempate das propostas apresentadas pelas licitantes nos itens 2 (açúcar tipo cristal) e 3 (açúcar tipo demerara) do PE nº 90057/2024.

Por fim, orienta-se que as regras do sorteio devem observar os princípios da isonomia, transparência e objetividade, em cumprimento aos princípios previstos no art. 5º da lei nº 14.133/2021, bem como que para os próximos certames sejam estabelecidas previsões para essa hipótese do sorteio no Edital, como ponto de resguardo da Administração em situações excepcionais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando as razões de fato e de direito aqui expostas, **DECIDO pela adoção do sorteio como último recurso ao desempate das propostas apresentadas**

**Planejamento,
Orçamento
e Gestão**

pelas licitantes nos itens 2 (açúcar tipo cristal) e 3 (açúcar tipo demerara) do PE nº 90057/2024, por razões de interesse público devidamente demonstradas, a fim de se ter um desfecho positivo para o certame.

Fortaleza – CE, data da assinatura digital.

João Marcos Maia
SECRETÁRIO MUNICIPAL DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
assinado digitalmente

Assessorado por:

Alípio Rodrigues de Oliveira Filho
Coordenador Jurídico em exercício – OAB/CE nº 41.294
Secretaria Municipal do Planejamento, Orçamento e Gestão - SEPOG
assinado digitalmente



Este documento é cópia do original e assinado digitalmente sob o número WPN73WVE

Para conferir o original, acesse o site <https://assineja.sepog.fortaleza.ce.gov.br/validar/documento>, informe o malote 3412665 e código WPN73WVE

ASSINADO POR: