

**Central de
Licitações**

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA/ ASJUR – CLFOR

PROCESSO Nº: P019053/2024

REFERÊNCIA: SOLICITAÇÃO COPREG – FORMA DE DESEMPATE

INTERESSADO: COORDENADORIA DE PREGÕES

RELATÓRIO

Trata-se de solicitação da Coordenadoria de Pregões da Central de Licitações da Prefeitura de Fortaleza, direcionada à Assessoria Jurídica - Asjur/CLFOR para fins de manifestação acerca da adoção de mecanismo de desempate a ser adotado junto ao certame PE Nº 90057/2024, cujo objeto é A SELEÇÃO DE EMPRESA PARA O REGISTRO DE PREÇOS VISANDO AQUISIÇÃO FUTURA E EVENTUAL DE AÇÚCAR, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA – PMF, PARA O PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE E DO DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA PRESENTE NOS AUTOS E CONFORME AS CONDIÇÕES, ESPECIFICAÇÕES, QUANTIDADES E EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR E NO TERMO DE REFERÊNCIA.

Segundo a Ilustre Pregoeira: “Durante a fase competitiva, mesmo após aplicação dos critérios de desempate previstos no artigo 60 da Lei nº 14.133/21, o Item 2 - AÇÚCAR TIPO CRISTAL encontra-se empatado, com valor unitário de R\$ 4,22, entre as empresas VITORINO CONCEITO COMERCIO E SERVIÇO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA; S VASCONCELOS ROSAS; LUZIMAR MARIA DAMASCENO DE ARAUJO; ANA BEATRIZ DE ARAUJO DA SILVA; INACIO APRIGIO DE OLIVEIRA e o Item 3 - AÇÚCAR TIPO DEMERARA encontra-se empatado, com valor unitário de R\$ 4,81, entre as empresas INACIO APRIGIO DE OLIVEIRA; ANA BEATRIZ DE ARAUJO DA SILVA; J M V SANTANA COMERCIAL LTDA; ANA BEATRIZ DE ARAUJO DA SILVA; VITORINO CONCEITO COMERCIO E SERVIÇO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA, LUZIMAR MARIA DAMASCENO DE ARAUJO.”

**Central de
Licitações**

Desta feita, indaga a Coordenadoria de Pregões que diante da ausência de parâmetros objetivos para concluir o desempate entre as empresas acima citadas, solicita orientação desta Assessoria Jurídica quanto ao critério que poderá ser adotar de forma juridicamente segura com o fito de realizar o desempate.

É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.

A matéria erguida pela Coordenadoria de Pregões, se mostra atualizada por força da dinâmica dos certames que ora surgem sob a égide de aplicação da "nova" Lei de Licitações.

Certo é que não são poucos os ambientes provocadores de dúvidas acerca dos caminhos procedimentais que a nova lei de licitações vem trazendo, seja por se tratar de universo novo e sem muitos parâmetros a seguir, seja pela falta de regulamentação que possa nortear os operadores diretos e indiretos.

Dentre inúmeros pontos, surge a questão do empate que porventura possa surgir nos certames, ponto motivador da presente manifestação.

ARTIGO 60 DA LEI Nº 14.133/2021

Surgindo possível situação de empate entre as licitantes, a Lei nº 14.133/2021 apresenta solução por meio do artigo 60. Vejamos.

"Artigo 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;

**Central de
Licitações**

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

§2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no [artigo 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#)."

Muito embora o *caput* do artigo acima reproduzido traga a expressão "nesta ordem", entendo que o operador imediato (agente de contratação) da licitação deve, desde o primeiro momento, se mostrar atento ao comando do § 2º, por força do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, face a relevância do referido dispositivo para o critério de desempate.

Forçoso neste ato, trilhar o caminho imposto pelo dispositivo legal exposto no artigo 60 da NLLC, e o faço não tendo a pretensão de esgotar o assunto, mas tão somente para cadenciar a linha de pensamento motivadora da sugestão final.

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.

Central de Licitações

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.

Por óbvio que a utilização do sorteio como mecanismo e critério de desempate é um tema que possui correntes divergentes, ou seja, de um lado os defensores da total impossibilidade da sua utilização em face da não previsão legal; e de outro, na qual me filio, entendem pela possibilidade de ser adotado o sorteio justamente por não haver vedação na atual LNCC, diferentemente daquilo que impunha o artigo 45 da Lei nº 8.666/93.

Art. 45. § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Nesse sentido, A Advocacia-Geral da União, assim se manifestou:

“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.” (no âmbito do Pregão 45/2023 empreendido pela Uasg 123006).

No Parecer 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU, novamente a AGU se posicionou:

“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 14.133/2021, orienta-se ao 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”

Central de Licitações

Por óbvio que a adoção da referida prática deve ser emoldurada de elementos garantidores de lisura, regramento e publicidade, justamente para que as licitantes possam acolher naturalmente o resultado final.

Deste modo, levo por sugestão a necessidade prévia de serem traçados os aspectos antecedentes ao ato do sorteio, tais como, por exemplo, as condutas do agente de contratação (pregoeiro) e das empresas que participarão do ato; meios de divulgação (publicidade); a forma do sorteio e a concordância das licitantes acerca das regras do sorteio etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme outrora exposto, a presente manifestação não esgota o assunto ou a possibilidade de ser garantido o desempate pelos meios regulados pela Lei 14.133/21, mas tão somente, propõe sugestão para solução do ambiente instaurado.

Por oportuno, sugiro ainda seja gravado nos futuros editais a possibilidade do sorteio como critério e desempate, após esgotamento do rol trazido pelo artigo 60 da Lei 14.133/2021.

Ressalte-se, contudo, que a presente manifestação é peça meramente opinativa, não vinculando a autoridade consulente.

É a manifestação.

Fortaleza, 05 de junho de 2024.

Assinado digitalmente
EDSON LOPES
ASJUR/CLFOR
MAT. 104953



Este documento é cópia do original e assinado digitalmente sob o número DAHKPGS2

Para conferir o original, acesse o site <https://assineja.sepog.fortaleza.ce.gov.br/validar/documento>, informe o malote 3383154 e código DAHKPGS2

ASSINADO POR: