

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA/ASJUR – CLFOR

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, considerando o esgotamento dos critérios previstos no artigo 60 da lei 14.133/21.

Desta feita, destaca o pregoeiro que diante da ausência de parâmetros objetivos para promover o desempate entre as empresas, solicita orientação da Assessoria Jurídica qual mecanismo ou critério adotar.

É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.

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

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

Dentre os temas, surge a questão do empate que porventura possa surgir nos certames, cujo norte para solução foi dado pelo artigo 60 da Lei 14.133/2021.

ARTIGO 60 DA LEI Nº 14.133/2021

"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;
- 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 relevância do referido dispositivo para o critério de desempate.

Certo é que o roteiro elencado pelo artigo 60 supra mencionado apresenta critérios sem esmiuçar parâmetros direcionadores de referência, criando para o agente de contratação/pregoeiro, verdadeiro engessamento para solução do desempate.

Pois bem, ao término da etapa de lances e emergindo a ocorrência do empate, o sistema automaticamente garante abertura do prazo de 05(cinco) minutos para lance entre as licitantes empatadas. Permanecendo o empate, caberá ao pregoeiro apoiar-se na sequência direcionadora

**Central de
Licitações**

estabelecida pelo artigo 60 da NLLC, buscando pelo próximo critério e assim fazê-lo sucessivamente quanto aos demais constantes do rol gravado no referido artigo.

Quanto ao inciso II, prefacialmente argumenta-se que para fins de análise do desempenho contratual prévio de um licitante, é preciso, antes de mais nada, implementar um cadastro que abarque, nele, todas as informações inerentes à empresa quanto a sua conduta no que tange a execução de contrato celebrado com a Administração Pública. Neste sentido, os §§3º e 4º do art. 88 da Lei Federal nº 14.133/2021 aduz:

Art. 88. [...]

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será **condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.** (grifo nosso)

Viviane Mafissoni¹, por sua vez, aponta as seguintes problemáticas que podem surgir ao se aplicar o desempenho contratual prévio da empresa como critério de desempate, conforme segue:

Problematizando o critério, destacamos as seguintes dúvidas:

- a) As informações devem estar em registro cadastral no Portal Nacional de Contratações Públicas, nos termos do art. 88, § 3º da Lei nº 14.133/2021?
- b) Se a empresa não possui desempenho contratual prévio? E se for uma empresa iniciante na Administração Pública?
- c) E se o desempenho contratual em um órgão for diferente do desempenho contratual da mesma empresa em outro órgão?
- d) Poderemos avaliar apenas o comportamento pretérito dentro do meu órgão, de órgãos do mesmo ente?

Desse modo, o que se tem de certo é que, independente dos parâmetros a serem usados para a análise contratual pregressa do licitante, tal exame deve ser feito de forma objetiva, não se olvidando dos princípios basilares mencionados no §4º do art. 88.

¹ MAFISSONI, Viviane. **Os critérios de desempate nos procedimentos licitatórios regidos pela Lei nº 14.133/2021: ESG, dificuldades de implantação e alternativas.** 2024. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-criterios-de-desempate-nos-procedimentos-licitatorios-regidos-pela-lei-no-14-133-2021-esg-dificuldades-de-implantacao-e-alternativas/>. Acesso em: 06 mar. 2024.

Loureiro dos Santos², em artigo de opinião para o portal Consultor Jurídico, traz a seguinte sugestão:

Nesse caso, a proposta do autor é que conste no edital a seguinte regra objetiva de desempate:

‘9.1.2 DESEMPATE. Caso haja empate real entre licitantes deverá ser observada, nesta ordem as seguintes regras de desempate:

- A) A preferência da ME/EPP é empate ficto que não se confunde com o empate real devendo ser aplicado antes do empate regido por este item.
- B) Disputa final como derradeira tentativa de desempate pelo critério menor preço;
- C) Designação de nova sessão para a apresentação do envelope de desempate, que terá julgamento na forma das alíneas seguintes;
- D) Os licitantes empatados na proposta de preço deverão demonstrar a contratação junto ao Poder Público, do mesmo objeto (ou similar), nos últimos cinco anos atualizando o valor pelo INCC (no caso de obras) ou IPCA (nos demais casos) desde o dia da assinatura de cada contrato até o dia anterior à entrega do envelope de desempate, sendo que o valor pecuniário superior será o critério de desempate;
- E) Mantido o empate, será convocada nova sessão, para apresentação de contratação junto ao Poder Público, do mesmo objeto (ou similar), nos últimos 10 (dez) anos, observadas as mesmas regras de quantificação pecuniária do item anterior;
- F) – Caso persista o empate serão aplicados os critérios dos incisos III e IV e §1º, incisos I a IV do artigo 60;
- G- Caso nenhum critério anterior seja suficiente para o desempate será realizado sorteio a critério do agente de contratação de licitação responsável pela licitação utilizando-se apenas do fator sorte’.

Conforme preleciona o autor, em posição meramente doutrinária, sugere medir o desempenho contratual prévio, por meio de demonstração de contratações junto ao Poder Público, do mesmo objeto ou de objeto semelhante ao licitado naquela ocasião, devendo o a execução contratual ter sido realizada nos últimos 05 (cinco) anos. Se ainda assim o empate persistir, que seja exigida a comprovação dessas contratações, nos mesmos moldes, em período superior.

Entendo que a proposta acima apresentada se mostra igualmente fragilizada para dirimir os casos de empate, dado justamente o perfil rechaçador, eis que, de certa forma, privilegia concorrentes com maior capacidade de atuação mercadológica.

² SANTOS, Laércio José Loureiro dos. **Lei 14.133/21: desempate pela "avaliação do desempenho contratual"**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-12/laercio-santos-desempate-avaliacao-desempenho-contratual/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

**Central de
Licitações**

Nesse sentido vivenciou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, datado em 16 de agosto de 2023, referente ao processo nº 014377.989.23-1³ de relatoria de Cristiana de Castro Moares, quando assim expõe:

“De fato, ainda que estabeleça parâmetros que, sob o prisma formal, espelham aqueles estipulados nos incisos I a IV do artigo 60 da Lei Federal n.º 14.133/2021, o instrumento em apreço continua a apresentar, como conteúdo da segunda baliza, componente que não condiz com efetiva aferição do desempenho contratual prévio dos licitantes, recaindo na mesma deficiência reprovada no primeiro exame do tema.

Conforme salientado em citado julgamento, em sendo inviável se valer, para essa finalidade, de registros cadastrais do Portal Nacional de Contratações Públicas, dado que o sistema unificado previsto no artigo 87 da Nova Lei de Licitações e Contratos ainda depende de regulamentação, a aferição de performance, para fins de desigualar proponentes, não deve se distanciar do disposto no §3º do artigo 88 do mesmo diploma⁵, de sorte que deve buscar “*avaliar a atuação do contratado, no desenrolar das avenças, com base em indicadores objetivos e anotações de eventuais penalidades aplicadas.*”

Uma vez mais, ao prestigiar simplesmente o interessado do segmento de vale alimentação que comprovar atendimento anterior ao maior “*número de servidores ou beneficiários*”, o ato convocatório se mostra inadequado, porquanto, a exemplo da versão apreciada por esta Corte, contempla apenas o aspecto quantitativo e desconsidera se na execução das respectivas avenças houve aplicação de sanções em desfavor das contratadas por falhas no cumprimento de suas obrigações.

Trata-se, nessa linha de raciocínio, de fator que acaba por favorecer empresas de maior magnitude, sem efetivamente aquilatar, sob o prisma qualitativo, a performance prévia no cumprimento de contratos, o que se distancia do espírito do dispositivo normativo mencionado.

O julgado acima defende seja feita análise dos contratos anteriores da licitante com a Administração Pública não só pela prestação dos serviços, mas também devendo ser levado em consideração eventuais penalidades sofridas. Para isso, seria possível utilizar, a partir do cadastro de empresas penalizadas no âmbito de Fortaleza, uma “[...] *ponderação, por exemplo, de penalidades de outra natureza, como multas e advertências*”.

Ao fim, a Corte de Contas de São Paulo assim determina:

³SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo nº 014377.989.23-1. Prefeitura Municipal de Planalto. Relator: Cristiana de Castro Moraes. São Paulo, SP, 16 de agosto de 2023. **Exame Prévio de Edital. Licitação. Pregão Presencial. Fornecimento de Vale Alimentação. Critérios de Desempate. Avaliação do Desempenho Contratual Prévio dos Licitantes. Artigo 60, Caput e § 1º, da Lei Federal Nº 14.133/2021. Parcialmente Procedente. Determinação e Recomendação.**

**Central de
Licitações**

Desta maneira, condensando o até aqui explanado, determina-se à Prefeitura que, ao optar por certame regido pela Lei Federal n.º 14.133/2021, empregue, com vistas a atender ao inciso II do artigo 60, critério de desempate com conteúdo mais consentâneo com a efetiva avaliação de desempenho prévio contratual das empresas, modificando, na oportunidade, as cláusulas editalícias correlatas, em especial aquelas que indicam a documentação a ser apresentada para esse fim.

[...]

Ultrapassadas essas particularidades, convém recomendar à Municipalidade, tendo em vista que o tema não foi analisado no julgamento citado, assim como que a impugnação não aborda de forma explícita tal aspecto, o que impediu adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, que, antes mesmo de aplicar as regras de desempate e de prioridade do artigo 60 e § 1º da Nova Lei de Licitações e Contratos, observe a preferência instituída pelos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006⁷, na interpretação conferida à matéria em licitações com objetos análogos pela jurisprudência deste Tribunal.

[...]

Primeiro, no que concerne à disputa de propostas oferecidas por ME ou EPP e outro licitante comum, não há como estabelecer uma diferenciação entre empate ficto e empate real para efeito de aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/06, uma vez que o respectivo cálculo de equiparação em relação aos outros concorrentes (5% no pregão e 10% nas demais modalidades) teria de partir do oferecimento de uma taxa negativa por parte de uma dessas entidades, o que não é admitido pela legislação, tornando qualquer empate real.

[...]

Por esse motivo, numa situação como a presente, em que parece inafastável a igualdade de preços, a incidência dos princípios constitucionais ao caso concreto, apontam para a aplicação da preferência neles autorizados, não havendo que se falar em quebra de isonomia, uma vez que o tratamento privilegiado é assegurado pela Constituição.

Prosseguindo, havendo empate entre propostas oferecidas por duas ou mais microempresas ou EPP's, o que é uma hipótese provável, deve haver um sorteio entre elas, mesmo porque não há como aplicar os outros critérios estabelecidos na Lei n.º 123/06.

[...]

Somente na hipótese de o empate envolver unicamente participantes não qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte, deve a Prefeitura seguir para os citados parâmetros do artigo 60 e do respectivo § 1º da Lei Federal n.º 14.133/2021.

[...]

Ante o exposto, nos estritos limites dos aspectos tratados, meu voto considera parcialmente procedente **a representação, determinando que**, sem prejuízo de observar a recomendação acima exposta acerca da participação de microempresas e empresas de pequeno porte, **a Prefeitura Municipal de Planalto altere o edital do Pregão Presencial n.º 016/2023, de modo a:**

- a) com vistas a atender adequadamente ao inciso II do artigo 60 da Lei Federal n.º 14.133/2021, empregar critério de desempate com conteúdo mais consentâneo com a efetiva avaliação de desempenho prévio contratual das empresas, reformulando as cláusulas correlatas; **ou**, na impossibilidade de implementação de tal parâmetro de distinção, abster-se de empregá-lo, observando, de todo modo, os demais critérios estabelecidos no artigo 60 da mesma norma; e
- b) respeitar, em caso de permanência de igualdade, as preferências dispostas nos incisos I a IV do § 1º do artigo 60 da Lei Federal n.º 14.133/2021.

**Central de
Licitações**

Feitas todas as considerações acima, o que até o momento se tem acerca do inciso II do art. 60 é que, por critério de desempate baseado no desempenho contratual prévio dos licitantes, antes de tudo, esse rendimento em contratos anteriores deve ser medido por meio de critérios objetivos e previamente determinados, pois, de modo algum, deve-se beneficiar um licitante em detrimento de outro sem um fundamento justo e equânime.

Não deixa de ser interessante, portanto, que esse procedimento seja firmado por meio de regulamento para que, desse modo, o agente de contratação se baseie em diretrizes legais ao julgar uma proposta de preços, mormente na ocasião do empate. Viviane Mafissoni⁴ aponta, inclusive, a importância de elaboração, por meio da Administração Pública, de um *ranking* de empresas contratantes com base em critérios objetivos.

Quanto ao inciso III do art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021, as ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho são detalhadas em regulamento. O regulamento em questão é, portanto, o Decreto Federal nº 11.430/2023.

Dispõe o art. 5º do referido Decreto que, por ações de equidade entre homens e mulheres entende-se:

Art. 5º O desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios, nos termos do disposto no [inciso III do caput do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021](#).

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

- I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;
- II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;
- III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;
- IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;
- V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e
- VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

Ocorre que o §2º do mesmo artigo traz o seguinte:

§ 2º Ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos disporá sobre a forma de aferição, pela administração, e sobre

⁴ MAFISSONI, Viviane. **Os critérios de desempate nos procedimentos licitatórios regidos pela Lei nº 14.133/2021: ESG, dificuldades de implantação e alternativas**. 2024. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-criterios-de-desempate-nos-procedimentos-licitatorios-regidos-pela-lei-no-14-133-2021-esg-dificuldades-de-implantacao-e-alternativas/>. Acesso em: 06 mar. 2024.

**Central de
Licitações**

a forma de comprovação, pelo licitante, do desenvolvimento das ações de que trata o § 1º.

Ora, embora saibamos que ações de equidade entre homens e mulheres são medidas de inserção, a forma de exame destas ações está dependendo de ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, ato esse que, por enquanto, ainda não foi proferido. Logo, mesmo em âmbito Federal esses pormenores ainda não foram sanados, de modo que a aplicação do inciso II do art. 60 da Nova Lei de Licitações, em tese, está inviável.

Contudo, é possível aqui salientar o teor da Lei Federal nº 14.611/2023 que dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre homens e mulheres. No teor desta lei, há o seguinte:

Art. 4º A igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens será garantida por meio das seguintes medidas:

I – estabelecimento de mecanismos de transparência salarial e de critérios remuneratórios;

II – incremento da fiscalização contra a discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens;

III – disponibilização de canais específicos para denúncias de discriminação salarial;

IV – promoção e implementação de programas de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho que abranjam a capacitação de gestores, de lideranças e de empregados a respeito do tema da equidade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, com aferição de resultados; e

V – fomento à capacitação e à formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens.

Ademais, para aferir a igualdade salarial em questão, o referido instrumento legal dispõe que, empresas com mais de 100 (cem) empregados, devem fornecer ao eSocial⁵ um relatório semestral de transparência salarial da seguinte forma:

Art. 5º Fica determinada a publicação semestral de relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios pelas pessoas jurídicas de direito privado com 100 (cem) ou mais empregados, observada a proteção de dados pessoais de que trata a [Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018](#) (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

§ 1º Os relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios conterão dados anonimizados e informações que permitam a comparação objetiva entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos de direção, gerência e chefia preenchidos por mulheres e homens, acompanhados de informações que possam fornecer dados estatísticos sobre outras possíveis desigualdades decorrentes de raça, etnia, nacionalidade e idade, observada a legislação de proteção de dados pessoais e regulamento específico.

§ 2º Nas hipóteses em que for identificada desigualdade salarial ou de critérios remuneratórios, independentemente do descumprimento do disposto no [art. 461](#)

⁵ <https://login.esocial.gov.br/login.aspx>

**Central de
Licitações**

[da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](#), a pessoa jurídica de direito privado apresentará e implementará plano de ação para mitigar a desigualdade, com metas e prazos, garantida a participação de representantes das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho.

§ 3º Na hipótese de descumprimento do disposto no **caput** deste artigo, será aplicada multa administrativa cujo valor corresponderá a até 3% (três por cento) da folha de salários do empregador, limitado a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das sanções aplicáveis aos casos de discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens.

§ 4º O Poder Executivo federal disponibilizará de forma unificada, em plataforma digital de acesso público, observada a proteção de dados pessoais de que trata a [Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018](#) (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), além das informações previstas no § 1º deste artigo, indicadores atualizados periodicamente sobre mercado de trabalho e renda desagregados por sexo, inclusive indicadores de violência contra a mulher, de vagas em creches públicas, de acesso à formação técnica e superior e de serviços de saúde, bem como demais dados públicos que impactem o acesso ao emprego e à renda pelas mulheres e que possam orientar a elaboração de políticas públicas.

Portanto, ainda que a equiparação não seja a única forma de ações de equidade entre homens e mulheres nos termos do Decreto Federal nº 11.430/2023, é possível usá-la como um parâmetro objetivo para medir o tratamento isonômico entre homens e mulheres fornecido pela licitante quando da ocasião de eventual empate de propostas.

Novamente, assim como dito nas explanações acerca da análise do desempenho contratual prévio, reforça-se aqui também a importância de regulamentar, no âmbito do município de Fortaleza, o Decreto Federal nº 11.430/2023, sobretudo acerca dos meios em que serão possíveis os licitantes comprovarem que, de fato, exercem ações de equidade entre homens e mulheres.

Já quanto ao inciso IV, desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, é preciso dizer que, quando se trata de programas de integridade, é preciso falar da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que, por sua vez, trata sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Já o Decreto Federal nº 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção, define que programas de integridade são mecanismos internos que visam a prevenção de fraudes e o fomento da ética no ambiente organizacional. Segue:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

**Central de
Licitações**

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Para avaliar tais programas de integridade, o Decreto mencionado acima diz que serão eles avaliados a partir de alguns critérios como comprometimento da alta direção, padrões de conduta, treinamentos e ações de comunicação, dentre outras. Na íntegra, segue a descrição do art. 57:

Art. 57. Para fins do disposto no [inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013](#), o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

**Central de
Licitações**

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

Ademais, ainda quanto à avaliação dos programas de integridade, o art. 57 dispõe que, ao ser feito esse exame, é preciso considerar alguns aspectos como a quantidade de funcionários e o faturamento da empresa, além da efetividade do programa de integridade. Observa-se:

Art. 57, §1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o **caput**, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico;

IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais;

V - o setor do mercado em que atua;

VI - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e

VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico.

§2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

Em resumo, um programa de integridade deve abranger os seguintes pontos: 1. código de ética 2. mecanismos de auditoria; 3. canais de denúncia 4. mecanismos de prevenção, detecção e combate 5. mecanismos de avaliação de terceiros. 6. transparência, registro e controle da parte financeira da empresa 7. medidas disciplinares. Contudo, para analisar essas ações, deve-se ter em pauta diversas peculiaridades inerentes a cada empresa.

A título de exemplo, é possível citar outras regulamentações acerca da execução de programa de integridade por pessoa jurídica que contrate com a Administração Pública fora do nível federal. A Lei Estadual nº 7.753/2017 (Rio de Janeiro), a Lei Estadual nº 8.866/2021 (Sergipe), a Lei Distrital nº 6.112/2018 e a Lei Municipal nº 6.050/2018 (Vila Velha – ES) levaram, para o âmbito de seu ente, o que o Decreto Federal nº 11.129/2022 já preconiza.

**Central de
Licitações**

O Município de Fortaleza, por sua vez, ainda não possui regulamentação nesse sentido. Embora já exista grande avanço quanto às questões que envolvem a ética e a integridade como, por exemplo, o programa Fortaleza Íntegra⁶ – que visa à consolidação do Código de Ética Municipal, aprimoramento a governança e os processos internos, sendo, portanto, um programa que busca prevenir, detectar e punir corrupções, fraudes e irregularidades no âmbito da Prefeitura de Fortaleza – ainda não há legislação específica voltada aos programas de integridade de empresas privadas que contratem com a Administração Pública.

É oportuno lembrar, inclusive, que a Lei Federal nº 14.133/2023 trata de programa de integridade não só como um critério de desempate, mas também como requisito obrigatório a ser obedecido por empresas contratadas para executar obras, serviços e fornecimentos de grande vulto.

Por tais razões, novamente se volta ao eminente entendimento desta manifestação: a necessidade de regulamentação para que o agente de contratação possa, a partir dela, julgar os programas de integridade apresentados pelos licitantes.

Seguindo a ordem estabelecida pelo art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021, não sendo possível dirimir o empate por meio dos incisos I, II, III e IV do *caput*, passa-se às possibilidades do §1º.

Conforme estabelecido, os incisos I e II do §1º do art. 60 dispõem que, dentre as empresas empatadas, é preferível aquelas fixadas no território do Estado do órgão licitante ou, sendo um órgão municipal, no território do Estado em que este se localiza. Se, ainda assim, não for dirimido o empate, será dada preferência à empresa brasileira.

Assim sendo, diferente dos demais critérios de desempate, estes trazem a objetividade necessária que viabiliza a aplicação imediata, sendo, portanto, prescindível normas complementares.

No que tange o §1º, inciso III do art. 60 da Lei Federal nº 14.133/2021, há a possibilidade de margem de preferência de até 20% aos bens manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país, sendo tais bens e serviços a serem definidos por regulamento do Poder Executivo. É possível visualizar que a Nova Lei de Licitações, dentre seus fins, visa o estímulo à indústria nacional, seja ao estabelecer margens de preferência, seja ao definir o investimento à pesquisa e ao desenvolvimento em tecnologia no país como um diferencial a ser usado quando no momento de um eventual empate de propostas.

Por fim e, como último critério expressamente previsto, a Lei Federal nº 14.133/2021 traz a comprovação de práticas de mitigação conforme a Lei Federal nº 12.187/09 (Política Nacional de Mudança Climática – PNMC).

⁶ <https://transparencia.fortaleza.ce.gov.br/index.php/programaIntegridade>

**Central de
Licitações**

A princípio, é possível entender mitigação como “*mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;*”, como bem define o inciso VII do art. 2º da Lei nº 12.187/09.

Ademais, o art. 3º da mesma lei estabelece as medidas a serem adotadas e executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observando os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns. Ademais, ações de mitigação estão presentes dentre as diretrizes do PNMC.

Esse critério, sobretudo, reflete a intenção da Nova Lei de Licitações em trazer, para a realidade das contratações públicas, incentivos e benefícios competitivos às empresas com atuação sustentável, alinhando-se, dessa forma, à abordagem de governança ambiental, social e corporativa (*environmental, social, and corporate governance – ESG*). Quanto ao tema, Strobel Guimarães⁷ detalha:

Dentre os dispositivos da Nova Lei que refletem práticas ESG, vale destacar: a) a possibilidade de a Administração exigir de seus contratados a adoção de programas de integridade (§4º do artigo 25); b) a possibilidade de o edital de licitação exigir que a empresa contrate uma porcentagem mínima de mulheres vítimas de violência doméstica ou de oriundos do sistema prisional (incisos I e II do §9º do artigo 25); c) a atribuição de vantagem competitiva às empresas que promovem ações de equidade de gênero no ambiente de trabalho ou que possuem programas de integridade efetivos (incisos III e IV do artigo 60); **d) a garantia de preferência, em caso de empate, às empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no País ou comprovem práticas de mitigação ambiental (incisos. III e IV do §1º do artigo 60).** (grifo nosso)

Mesmo ciente que o desenvolvimento ambiental sustentável é um dos objetivos da Lei Federal nº 14.133/2021, o desafio quanto analisar, para fins de desempate, as práticas de mitigação desenvolvidas pelas empresas a contratarem com a Administração Pública, ainda carece de parâmetros objetivos. Contudo, certo é que, para desempatar um licitante em detrimento do outro com base no critério do inciso IV, §1º do art. 60, é necessário considerar diversos aspectos como o objeto a ser licitado, o porte da empresa, se for o caso, a quantidade de funcionários, dentre outros. Isso porque, em exemplo, empresas maiores causam maior impacto ambiental em suas atividades, razão pela qual suas ações de mitigação devem refletir as proporções desse impacto.

Nesse norte, 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,

⁷GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* **Práticas ESG e a nova Lei de Licitações**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-26/opinioao-praticas-esg-lei-licitacoes/>. Acesso em: 06 mar. 2024.

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 da 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, quais sejam; de um lado os defensores da total impossibilidade da sua utilização face a não previsão na Lei 14.133/2021; e de outro, na qual me filio, entende 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”

A referência da utilização do sorteio como forma de desempate, ainda que sem previsão legal ou editalícia, vem sendo base de orientação ofertada pelas Consultorias Jurídicas da União, conforme se extrai da doutrina especializada:

“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 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. 4 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodium, 2024, p. 814.”

Por bem emergir, a título exemplificativo, o Decreto nº 10.086/2022 do Governo do Estado do Paraná no qual agregou a possibilidade do **sorteio** como critério de desempate.

Art. 91. Nas licitações em que após o exercício de preferência de que trata o art. 90 deste Regulamento esteja configurado empate em primeiro lugar, será realizada disputa final entre os licitantes empatados, que poderão apresentar nova proposta fechada, conforme estabelecido no instrumento convocatório.

§1º Mantido o empate, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I – avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual preferencialmente deverão ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos na Lei Federal nº 14.133, de 2021, desde que haja sistema de avaliação instituído;

II – desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme art. 333 deste Regulamento;

III – desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§2º Caso a regra prevista no § 1º não solucione o empate, será dada preferência:

I – empresas estabelecidas no território do Estado do Paraná ou, se persistir o empate, no Município onde será executada a maior parcela do objeto;

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 Federal nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

§3º Caso a regra prevista no § 2º deste artigo não solucione o empate, será realizado sorteio. (g.m)

Por óbvio que a adoção da referida prática deve ser emoldurada de elementos garantidores de lisura, regramento e publicidade, tais como: condutas do agente de contratação (pregoeiro), das empresas que participarão do ato; meios de divulgação (publicidade); forma do sorteio e a concordância das licitantes acerca das regras do sorteio por meio de declaração, justamente para que as licitantes possam acolher naturalmente o resultado final.

Não se pode olvidar, contudo, que a adoção do sorteio deve ser a última opção ao desempate, sendo necessário o esgotamento integral do artigo 60 da NLLC.

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 bem ser destacado que por força do artigo 14 do Decreto nº 15.524 de 09 de janeiro de 2023, o agente de contratação/pregoeiro poderá servir-se do auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão, assim como possibilita a discricionariedade do acolhimento ou não da peça, devendo, contudo, fazê-lo mediante motivação e fundamentação, sob possibilidade de incorrer em eventual erro grosseiro, conforme Acórdão nº 2503/2024 da Segunda Câmara do TCU.

Por oportuno, sugiro ainda seja gravado nos futuros editais a possibilidade do sorteio como critério de desempate após, repita-se, esgotamento do rol trazido pelo artigo 60 da Lei 14.133/2021 na sua integralidade.

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

É a manifestação.

Fortaleza, data da assinatura digital.

Assinado digitalmente
EDSON LOPES
ASJUR/CLFOR
MAT. 104953



Este documento é cópia do original e assinado digitalmente sob o número 5XMWEATA

Para conferir o original, acesse o site <https://assineja.sepog.fortaleza.ce.gov.br/validar/documento>, informe o malote 3515459 e código 5XMWEATA

ASSINADO POR: