

Título : O SORTEIO PODE SER APLICADO COMO ÚLTIMO RECURSO AO DESEMPATE NA LEI Nº 14.133/21?

Autor : Raphael Gabriel Leandro

O SORTEIO PODE SER APLICADO COMO ÚLTIMO RECURSO AO DESEMPATE NA LEI Nº 14.133/21?

RAPHAEL GABRIEL LEANDRO

Pós-graduado em direito administrativo pela Universidade Estácio de Sá, MBA em gestão de contratos e licitações pela PUC/MG e cursando o MBA em Gestão Pública na Escola Nacional de Administração Pública. Servidor militar federal desde 2008. Exerce a função de Agente da Contratação/Pregoeiro e atua em contratações públicas desde 2013.

O assunto “critérios de desempate” já se posiciona como uma das principais polêmicas instaladas nas seções de licitações dos órgãos e entidades públicas, pela certa novidade que imprime os parâmetros de desempate. Se bem que, o art. 60 traz parcial inovação, pois, ao que parece, parte dele foi importada do art. 25 do então Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, revogado pela nova Lei de Licitações. Outro ponto, que permeia a polêmica, advém do conseqüente desconhecimento da atual (in)aplicabilidade prática de alguns desses critérios, gerando debates acalorados sobre o desenrolar de um eventual empate ao término da etapa de disputa.

Até porque, na ocorrência do empate, opera-se um certo travamento do certame, uma vez que enquanto não solucionada a contenda, com a promoção do desempate, não haverá o que se fazer (negociação, julgamento etc.) para avançar às fases seguintes da sessão pública.

Assim, ao término da fase competitiva pode ocorrer de duas ou mais propostas/ofertas estarem empatadas, seja por empate real ou ficto. Nesses casos, o sistema emitirá alerta quanto a necessidade de se proceder aos critérios de desempate ¹.

Mas o que seria empate real ou ficto? De forma sucinta, o empate ficto, também chamado de direito de preferência ², ocorre no pregão eletrônico quando há duas ou mais microempresas ou empresas de pequeno porte que apresentam oferta até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço ofertado por uma empresa de médio ou grande porte. A exemplo, se ao término da fase lances, a empresa de grande porte X for a melhor classificada com o lance/proposta de R\$ 5.000,00, e uma ou mais empresas de pequeno porte Y estiverem posicionadas de forma subsequente, com lance/proposta entre R\$ 5.000,01 e R\$ 5.250,00, restará caracterizado o empate ficto. Já o empate real, mais simplista, ocorre no pregão eletrônico quando duas ou mais empresas figuram como melhor classificadas com o mesmo lance/proposta, seja num certame exclusivo para MEs/EPPs, ou privativo para empresas de médio ou grande porte.

Dessa forma, na ocorrência do empate ao término da etapa competitiva, o sistema direcionará o pregoeiro para a tela da disputa final, primeiro critério de desempate e o mais objetivo daqueles previstos na norma legal ³. Por meio do acionamento da funcionalidade “Retornar para desempate”, dar-se-á início ao prazo de 05 (cinco) minutos da disputa final entre as licitantes empatadas, com o concomitante informe automático do sistema no chat do certame. Diferentemente do RDC, onde a disputa final se dava por meio de apresentação de nova proposta fechada, a nova Lei de Licitações não manteve essa forma, deixando que a contenda se decidisse com lances abertos.

Da mesma forma que se informou o início, o sistema emitirá no chat do certame o resultado da disputa final e, caso tenham havido lances, o desempate será concluído, dando o Pregoeiro seqüência à negociação e ao julgamento da proposta.

Contudo, na permanência do empate, o condutor do certame deveria prosseguir na busca ao desempate pelo próximo critério, a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes ⁴. Trata-se,

também, de um parâmetro trazido do RDC, com uma pequena alteração, no que se refere a utilização de registros cadastrais. No entanto, os procedimentos de aferição, claramente, dependem de regulamentação, dada a atual inexistência de sistema de registros cadastrais, e pela subjetividade expressa pela norma que, se aplicada hoje, sem regulamento que defina objetivamente o método de aferição, pode levar o pregoeiro de cada órgão ou entidade a criar parâmetros diversos e desarrazoados, ferindo os princípios norteadores das contratações públicas estampados no art. 5º da Lei 14.133/2021.

A diante, ciente da impossibilidade de se aferir o desempenho contratual prévio dos proponentes empatados, o pregoeiro deveria prosseguir ao parâmetro seguinte, com a verificação da política pública de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho da empresa⁵, regulamentada no Decreto nº 11.430/2023. Este novel fator de desempate segue na esteira da atual realidade social, de fomentar uma cultura de igualdade de gênero na sociedade. Porém, a forma de aferição ainda restou dependente de edição de ato do MGI⁶, inviabilizando, também, a utilização deste parâmetro.

Insistente o empate, se chegaria ao critério de desempate derradeiro do caput do art. 60, no qual o pregoeiro deveria diligenciar para verificar se a licitante desenvolve programa de integridade e medidas de combate à corrupção⁷. Tal parâmetro, também revolucionário na norma licitatória, objetiva desestimular a corrupção, incentivando as empresas a criarem mecanismos de probidade e boa-fé no mercado fornecedor. Contudo, a expressão “conforme orientações dos órgãos de controle” evidencia a necessidade de regulamento pela CGU, que exerce o controle interno no âmbito Federal.

A propósito, a doutrina especializada reverbera o entendimento ora exposto:

“A aplicação dos casos dos incisos II, III e IV do art. 60 ainda dependerá das respectivas regulamentações, a fim de se saber com maior clareza o que serão o documento do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, as ações de equidade entre homens e mulheres, e os parâmetros para avaliação dos programas de integridade das empresas.” (FORTINI, Cristiana, LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio & CAMARÃO, Tatiana. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 585”

Assim, exauridos os incisos do caput do art. 60, e mantendo-se o empate, o pregoeiro deve então passar aos critérios de preferência⁸, um por vez, para verificar se as licitantes empatadas são empresas brasileiras, se investem em pesquisa e tecnologia no país, ou se possuem práticas de mitigação da mudança do clima. Se dentre as licitantes empatadas, uma delas lograr êxito em comprovar a aderência em algum desses parâmetros que a outra não se encaixe terá, então, a preferência conquistada, solucionando o empate.

Salienta-se que, o critério de preferência estabelecido no inciso I, do § 1º, do art. 60, cabe apenas às licitações de órgãos ou entidades de Estados e Municípios, e não aos órgãos ou entidades Federais.

Importa destacar que, independentemente da aplicação dos critérios de desempate, não se pode deixar de aplicar a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte⁹, em detrimento das empresas de porte ordinário, observado o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, nos casos de empate ficto. Contudo, apesar desse tratamento diferenciado dado pela norma legal às ME/EPP, se não houver o exercício desse direito de preferência, por meio de oferta de lance inferior, o desempate será solucionado em prol da empresa de porte ordinário originalmente vencedora, não havendo que se falar em preferência apenas por ser ME/EPP. Entretanto, seja num certame exclusivo para MEs/EPPs, ou apenas para empresa de médio ou grande porte, persistindo o empate, estaremos diante de um empate real, não ficto, que nos levará ao exaurimento das possibilidades de desempate.

Nessa conjuntura, em que o empate persiste após o percurso de todas as possibilidades de desempate previstas na Lei, o pregoeiro deve cancelar o item e promover gestões para relançar o certame, ou desclassificar as empresas que se mantiveram inertes? Sem dúvida, não.

Primeiro, porque a repetição da licitação tem suas desvantagens e ônus, como maiores custos e prazos para o atendimento da demanda. Segundo, porque o rol taxativo de hipóteses de desclassificação, esculpido no art. 59 da Lei nº 14.133/2021, não comporta adequação para este caso,

pois, o insucesso de um desempate não guarda relação com vícios insanáveis, desobediência às especificações técnicas, preços inexequíveis ou acima do orçamento estimado, exequibilidade não demonstrada, ou desconformidades insanáveis com exigências do edital. E, terceiro, dar causa a empate persistente, *a priori*, não incide nas infrações administrativas cominadas pelo art. 155 da norma primária.

Dessa forma, o pregoeiro deve buscar o atingimento do objeto do certame, por meio do mecanismo constante da norma legal, e não desclassificar as licitantes ou dar impulso a processos de responsabilização nos casos de empate perene. Claro que, se dentro dos critérios de desempate atualmente funcionais houver a prática de ato irregular, a exemplo do licitante que deixar de entregar a documentação exigida, ao pregoeiro não restará opção senão extirpar a empresa do certame e oficiar pela instauração do devido processo administrativo. Fora isso, o condutor do certame deve buscar o assessoramento jurídico para solucionar o empate.

Nessa linha, as Consultorias Jurídicas da União, sediadas nos Estados, quando instadas sobre tal questão, têm orientado pela adoção de um sorteio eletrônico público. Contudo, muitos pregoeiros, receosos quanto a uma possível responsabilização, em virtude de alegada ausência de expressa previsão legal/editalícia, tem titubeado a seguir essa recomendação, e pior, adotando métodos e procedimentos criados por conta própria para a utilização dos incisos II, III e IV do art. 60, o que, certamente, tem o potencial de os colocar em rota de responsabilização com os órgãos de controle externo.

Bem, entende-se que a adoção do sorteio eletrônico público, como última opção ao desempate, que vem sendo orientado pelas Consultorias Jurídicas da União, é a decisão mais acertada a ser tomada pelo pregoeiro, independentemente de previsão editalícia, 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.”

Entretanto, como tudo no direito, há na mesma doutrina um contraponto sobre a previsão do sorteio no edital:

“De fato, não raro, têm acontecido situações que todas as hipóteses de desempate são exauridas e o empate permanece sem solução efetiva. Quando isso ocorre, nosso entendimento é que, a despeito da inexistência de previsão legal, se realize o sorteio público, o que pode se realizar de forma virtual [...] além disso, temos recomendado que os editais de licitação disciplinem a utilização do sorteio quando, esgotadas as hipóteses de desempate, o empate se mantiver, o que evitaria discussões e surpresas. DINIZ, Anderson Moraes. 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. 813.”

De fato, o contraponto da supramencionada doutrina nos parece ser a mais adequada. Contudo, independente da questão de previsão ou não no instrumento convocatório, o esclarecimento da possibilidade do sorteio, alvo deste estudo, nos leva a um aprofundamento no estudo principiológico que permeia a *novatio legis* licitatória. A Lei nº 14.133/2021 não trouxe o sorteio como critério último de desempate, como se previa em outras *lex* licitatórias. Essa ausência de regramento jurídico, a ser aplicado em determinado caso, denomina-se omissão, lacuna ou silêncio da Lei.

Entretanto, o ordenamento jurídico foi idealizado para ser completo, de modo a evitar a existência de situação juridicamente relevante sem solução. Nessa linha, diante dessas lacunas, os instrumentos de integração do direito (analogia, os costumes e os princípios gerais de direito) materializam-se na solução jurídica adequada ao preenchimento de eventuais vazios normativos.

No presente caso, a utilização do sorteio, como último recurso, não personifica uma violação ao princípio da legalidade, maior receio dos pregoeiros em geral, como a *prima facie* pode parecer. Vejamos. A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 5º, positivou os princípios norteadores da licitação,

diretrizes gerais e básicas que orientam a compreensão do ordenamento jurídico em todas as contratações públicas. Sobre a gênese dos princípios, temos os preceitos do ilustre doutrinador Robert Alexy:

“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.”

O caso que ora se analisa detém as variáveis propostas por Alexy, tanto de cunho jurídico, quanto de caráter fático. Além disso, das lições de Bandeira de Mello (2001. p. 95) pode-se inferir que os princípios possuem força normativa, pois se personificam no alicerce de um sistema, que se irradia às normas e serve de critério para sua exata compreensão e inteligência.

Dentre os princípios esculpido na norma licitatória, têm-se as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que, com isso, passa a ser integrante das diretrizes regentes das contratações públicas.

Dito isso, o art. 4º da LINDB versa que a omissão da Lei deve ser decidida com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito. E é justamente um desses instrumentos de integração do direito, a analogia, fonte formal e mediata do direito, que concede a possibilidade de estruturação do suporte jurídico à solução do tema.

Trazemos os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre os dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 297.”

Apesar da Lei nº 14.133/2021 não versar sobre o sorteio como última opção, seu art. 5º, dispositivo da norma primária e expressão do princípio da legalidade, traz ao arcabouço legal licitatório as disposições da LINDB que, por sua vez, contém o instituto da analogia, que permite a aplicação de disposições de outros diplomas legais que versam sobre fato semelhante, na ocorrência de anomia, omissão, lacuna ou silêncio da Lei. Nesse contexto, tem-se o § 2º, do artigo 45, da Lei 8.666/93, e o inciso IV, do artigo 25, do RDC, ambas as leis recentemente revogadas, cuja aplicação analógica pode gerar maiores desconfiças dos pregoeiros, como fundamento para executar o sorteio como *ultima ratio*, tendo em vista o exaurimento da vigência daquelas. Pois bem, de maneira semelhante, versa a Lei 13.303/16, em seu artigo 55, inciso IV, bem como a Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 45, inciso III, perfeitamente aplicáveis ao caso em tela. Mais próximo ainda da Lei nº 14.133/2021, talvez, do que essas leis citadas, tem-se o Decreto 10.024/19 que, apesar de não se relacionar diretamente a Lei nº 14.133/2021, não foi revogado e segue vigente, tendo em seu art. 37, parágrafo único, a previsão do sorteio em caso de persistência do empate.

Assim, por intermédio dos princípios licitatórios, e do instituto de integração do direito da analogia, torna-se possível aplicar a disciplina de caso semelhante de outro diploma legal, fazendo com que o desempate detenha suporte jurídico-legal suficiente para ser realizado por meio de sorteio, esgotados os critérios ordinários.

Veja que, é a Lei (art. 5º, da Lei nº 14.133/2021), expressão maior do princípio da legalidade, que traz a LINDB como uma das diretrizes gerais e básicas das contratações públicas, possibilitando a aplicação da analogia, superando-se o pensar de alguns pregoeiros de que o estabelecimento do sorteio como última opção violaria o princípio da legalidade.

Saindo um pouco da esfera Federal, já há regramentos estaduais no sentido de que o sorteio

figure como *ultima ratio* para o desempate, a exemplo do que se observa no art. 91, § 3º, do Decreto nº 10.086/2022 do Governo do Estado do Paraná.

Quanto ao mecanismo ou ferramenta a ser utilizado para a promoção do sorteio, deve-se ter em mente aquela que traga ao caso concreto o máximo de isonomia, transparência e objetividade, a exemplo de sorteios eletrônicos, cujo acompanhamento resta possível a todos os licitantes.

Em resumo, os critérios de desempates da Lei 14.133/2021, atualmente aplicáveis, são: art. 60, inciso I; art. 60, § 1º, incisos II, III e IV; (inciso I apenas para licitações de órgãos ou entidades de Estados e Municípios); e art. 60, § 2º. Claro que, todo esse labor para o desempate deve cessar quando da regulamentação dos critérios pendentes, momento em que, raramente (ao menos é o que se vislumbra), um caso de empate passará sem sucesso, por exemplo, pelo inciso II do art. 60 que, por via reflexa, pode promover maior profissionalização dos licitantes, uma vez que seu histórico contratual passará a ser decisivo.

Ao que tudo indica, pela forma com as Consultorias Jurídicas da União nos estados têm se manifestado, em curto ou médio prazo, os modelos de editais disponibilizados pela AGU devem contemplar o sorteio como possibilidade última de desempate, o que depende de uma uniformização de entendimento do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR/AGU.

Os critérios de desempate estabelecidos no art. 60 da Lei nº 14.133/2021 inserem parâmetros inovadores, congruentes com a atual realidade social e ambiental. Afinal, o ordenamento jurídico deve acompanhar a evolução da sociedade, em razão de novas demandas, e a criação de novas leis, como a Lei nº 14.133/2021, vem nessa esteira de necessário acompanhamento das mudanças pela legislação.

Dessa forma, o sorteio, como alternativa em casos de empate persistente, embora não previsto expressamente na Lei nº 14.133/2021, personifica-se numa solução legalmente possível para desempatar as propostas dos licitantes, e permitir a continuidade do certame sem os questionamentos decorrentes da utilização indevida dos parâmetros de desempate ainda pendentes de regulamentação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei Complementar nº 123/2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm

BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

_____. Lei nº 13.303, 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm

_____. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em:

_____. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia/>

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.

FORTINI, Cristiana, LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio & CAMARÃO, Tatiana. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹ Art. 60, incisos I, II, III, IV, da Lei nº 14.133/21; art. 28, IN SEGES/ME nº 73/2022

² Arts. 44 e 45, da Lei Complementar nº 123/2006

³ Art. 60, incisos I, Lei nº 14.133/21

⁴ Art. 60, inciso II, da Lei nº 14.133/21

⁵ Art. 60, inciso III, da Lei nº 14.133/21

⁶ Art. 5º, § 2º, Decreto nº 11.430/23

⁷ Art. 60, inciso IV, da Lei nº 14.133/21

⁸ Art. 60, § 1º, Lei nº 14.133/21

⁹ Art. 60, § 2º, Lei nº 14.133/21; Arts. 44 e 45 da LC nº 123/06

Como citar este texto:

LEANDRO, Raphael Gabriel. O sorteio pode ser aplicado como último recurso ao desempate na Lei nº 14.133/21? Zênite Fácil, categoria Doutrina, 16 abr. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.