



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE SERVIÇOS SEM MÃO DE OBRA EXCLUSIVA

PARECER n. 00363/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 19955.201059/2023-67

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: Direito Administrativo. Pregão eletrônico. Agenciamento de viagens. Consulta Jurídica. Critérios de desempate previstos na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Ausência de regulamentação. Impossibilidade de definição do resultado do certame licitatório. Questionamento acerca da possibilidade jurídica de inclusão, edital, do sorteio como critério de desempate final. Precedentes da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União. Matéria pendente de análise jurídica pelo DECOR. Conclusão pela possibilidade jurídica de inclusão, no edital do pregão eletrônico objeto dos autos, da previsão do sorteio como último critério de desempate para a situação em que a aplicação dos critérios do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, não for suficiente para determinar o resultado do pregão.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo oriundo do Ministério do Trabalho e Emprego, com consulta jurídica formulada no âmbito do processo licitatório que visa a contratação de serviços de agenciamento de viagens para deslocamento dos servidores, autoridades e colaboradores eventuais para o desenvolvimento das atividades institucionais da Pasta.

2. Consoante narrado na Nota Técnica nº 1915/2024/MTE (SEI 2115096), após a publicação do edital do pregão eletrônico, foram formulados alguns pedidos de esclarecimento acerca dos critérios de desempate da competição, disciplinados no art. 60 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, uma vez que a ausência de regulamentação dos referidos critérios estaria impedindo o efetivo desempate no caso concreto. Com isso, questiona-se acerca da possibilidade de incluir no Edital a previsão do sorteio como critério de desempate para o caso em que a aplicação dos critérios dispostos no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, não se mostrar suficiente.

3. Nessa esteira, a consulta objeto do presente processo pode ser consolidada da seguinte forma: é possível incluir a previsão do sorteio como critério de desempate no edital do pregão eletrônico objeto dos autos, em que pese a ausência de previsão legal dessa possibilidade na Lei nº 14.133, de 2021?

4. Registra-se, por oportuno, que a presente análise está sendo realizada em regime de urgência, a pedido da área técnica.

5. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

III.1 - Finalidade e abrangência do parecer jurídico

6. A análise de competência deste órgão jurídico – *assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade* - dar-se-á estritamente sob o enfoque jurídico, isto é, sem adentrar nas considerações de ordens técnicas, mercadológica ou de conveniência e oportunidade, conforme o Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU, que dispõe:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”.

7. Desta forma, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo tenham sido regularmente examinadas e determinadas pelo setor competente, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

8. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

9. Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

II.II - Análise do caso concreto

10. Conforme se verifica na Nota Técnica SEI nº 1915/2024/MTE (2115096), o tema acerca da utilização do sorteio como critério de desempate nos certames regidos pela Lei nº 14.133, de 2021, não é inédito.
11. Com efeito, a Lei nº 14.133, de 2021, regulamentou os critérios de desempate para fins de julgamento dos certames licitatórios no art. 60, nos seguintes termos:

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.

12. Embora o rol seja amplo, a ausência de regulamentação administrativa tem impedido a efetividade da utilização dos aludidos critérios, de forma que em algumas licitações o agente de contratação tem se encontrado tecnicamente impedido de chegar a uma solução para o empate no caso concreto, o que pode gerar prejuízos à Administração. Nesse sentido, vale a transcrição dos seguintes excertos da Nota Técnica SEI nº 1915/2024/MTE (2115096):

4. Após a publicação do Pregão Eletrônico 90002/2024 para a contratação de uma empresa prestadora de serviços de agenciamento de viagens, recebemos alguns pedidos de esclarecimento destacando a dificuldade na aplicação das diretrizes estabelecidas no Art. 60 da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), devido à ausência de normativo específico para orientar sua implementação.

(...)

7. Ocorre que a primeira opção de desempate, na qual licitantes empatados podem apresentar uma nova proposta em ato contínuo à classificação, não pode ser aplicada por dois motivos: primeiro, porque o sistema Comprasnet não contempla essa possibilidade; segundo, porque o valor final dos lances será o mínimo permitido para o certame, que é de R\$ 0,01, o que impossibilita uma nova rodada de propostas.

8. Além disso, para os demais critérios de desempate, não há uma instrução normativa que oriente sua aplicação, o que inviabiliza a utilização de todos os critérios previstos na nova Lei de Licitações.

(...)

10. Portanto, conclui-se que os critérios de desempate estabelecidos pela nova Lei de Licitações não podem ser aplicados no certame em questão.

(...)

12. Existe uma situação de risco para a Administração ao aplicar os critérios de desempate previstos na Lei 14.133/2021, conforme recentemente analisado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão 723/2024-TCU-Plenário, que aborda as lacunas interpretativas na aplicação do artigo 60 da referida lei.

13. O mencionado Acórdão refere-se a uma representação envolvendo possíveis irregularidades em pregões para contratação de serviços de agenciamento de viagens para a Administração Pública. Diante das incertezas na interpretação dos critérios de desempate e da ausência de orientações claras, os pregoeiros foram obrigados a adotar medidas para evitar o fracasso ou a revogação dos certames, visando ao interesse público.

13. Assim, diante da atual ineficiência dos critérios de desempate estabelecidos no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, em alguns certames licitatórios a Administração passou a adotar o sorteio como critério de desempate, de forma semelhante ao que ocorria sob a vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que previa expressamente o sorteio como critério de desempate no art. 45, § 2º, e do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que trazia disposição semelhante no parágrafo único do art. 37. A saber:

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 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.

Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019

Art. 37. Os critérios de desempate serão aplicados nos termos do art. 36, caso não haja envio de lances após o início da fase competitiva.

Parágrafo único. Na hipótese de persistir o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

14. No âmbito da Advocacia-Geral da União já há diversos precedentes em que os órgãos de assessoramento jurídico se manifestaram de forma favorável à utilização do sorteio como critério de desempate para as situações em que a regra do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, não for suficiente para a solução da questão. A título exemplificativo, podem-se citar os seguintes opinativos que constam do Parecer nº 00026/2024/CJU-BA/CGU/AGU (NUP 60677.001550/2023-10):

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

[...]

12. O fato é que a autoridade, que não pode de moto 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 nº 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. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os 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, para 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/j/op/a/M9PFLHCJkcfQx7yQPsrkRsk/?lang=pt#>):

Assim, como dizia Aristóteles (1997, p. 139), 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).

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 é o caso, torna-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 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.**"

"PARECER n. 00724/2024/ADV-SUMÁRIO/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

...

APRECIACÃO JURÍDICA

O art. 60, inciso II, da Lei nº 14.133/2023 estabelece para situações de empate entre as propostas da licitação:

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;

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.

O edital do Pregão ora em análise previu os seus critérios de desempate de forma bem semelhante no seu item 5.19: 5.19. Só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.

5.19.1. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, nesta ordem:

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

5.19.1.2. 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;

5.19.1.3. desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

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

Na linha do que já foi consignado pela Secretaria de Gestão e Inovação – SEGES do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos – MGI, na qualidade de órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG, não há como fugir do entendimento de que **enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate, devendo ser observados os demais critérios do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021**. Eis o trecho da Nota Técnica SEI n.º 32094/2023/MGI:

6. Em que pese o inciso II do art. 60 não trazer expressamente a necessidade de regulamentação, entende-se, em uma leitura conjunta com o art. 87, que tal preferência será regulamentada junto com o registro cadastral unificado, a fim, justamente, de evitar que cada órgão coloque balizas de avaliação de desempenho que não tenham previsão na legislação.

7. Nesse sentido, enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate, devendo ser observados os demais critérios do art. 60. Tendo em vista não haver o regulamento, resta prejudicada a elucidação das dúvidas 2 e 3.

8. Quanto ao regulamento, informa-se que o órgão responsável é esta Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

9. Ressalta-se ainda que, conforme processo estabelecido nesta Diretoria, a interlocução e o diálogo com as partes interessadas, acerca dos normativos decorrentes da nova lei de licitações, em especial ao Registro Cadastral Unificado, seja de extrema importância para obtermos um regulamento mais adequado aos princípios que norteiam o processo licitatório.

Essa conclusão parte da premissa de que a SEGES é o **órgão central do Sistema de Serviços Gerais – SISG**, definido pelo Decreto n.º 11.437/2023, art. 15, inciso VI, que dispõe sobre a estrutura ministerial daquela Pasta.

Além disso, já houve a aprovação da Nota n.º 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU por meio do Despacho n.º 01044/2023/GABIN/CONJUR-MGI/CGU/AGU, corroborando aquele entendimento no âmbito também da AGU, por sua Consultoria Jurídica Ministerial respectiva.

Assim, o órgão consulente deveria retirar do edital o item 5.19.1.2, que reproduz a regra do art. 60, inciso II, da Lei n.º 14.133/2023, acerca de critério de desempate cuja aplicação resta inviabilizada pela ausência de regulamentação do Sistema de Registro Cadastral Unificado.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, opina-se por reiterar o entendimento exposto na Nota 33/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU bem como na Nota Técnica SEI n.º 32094/2023/MGI, acima mencionadas, no sentido de que, **enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate**, devendo ser observados os demais critérios do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021. **Igualmente, já há o início de construções doutrinárias administrativas no sentido de fazer constar regra no edital prevendo a possibilidade de sorteio público entre os concorrentes como último critério de desempate, persistindo a igualdade nos critérios anteriores. Mas a preferência continua sendo a sequência dos incisos do dispositivo legal supra.**

Assim, o órgão consulente deveria retirar do edital do Pregão o item 5.19.1.2, que reproduz a regra do art. 60, inciso II, da Lei n.º 14.133/2023, acerca de critério de desempate cuja aplicação resta inviabilizada pela ausência de regulamentação do Sistema de Registro Cadastral Unificado.

Eis o parecer."

" **PARECER n. 00353/2024/CONJUR-MGI/CGU/AGU**

...

ANÁLISE

No âmbito das licitações públicas, a Lei nº 14.133/2021 estabelece, em seu artigo 60, uma sequência de critérios para desempate entre propostas que apresentem igualdade de condições. Esses critérios começam com a realização de uma disputa final, seguida pela avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, o desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho e a implementação de um programa de integridade. Além disso, constam outros critérios nos §§ 1º e 2º do art. 60 da mesma lei.

Entretanto, apesar da abrangência desses critérios, podem ocorrer situações em que permaneça o empate – o que pode implicar uma dificuldade operacional na licitação.

Cumprido destacar que, diversamente da atual legislação, o §2º do art. 45 da Lei n. 8.666, de 21 de Junho de 1993 (já revogada), disciplinada o tema. Vejamos:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. ...

§ 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.

E agora permanece a questão: é possível aplicar o mesmo disciplinamento da revogada Lei nº 8.666/93 para os certames realizados sob a égide da Lei nº 14.133/21?

O 4º da LINDB parece oferecer uma solução para referida lacuna legislativa, tendo em vista que estabelece que, na ausência de uma norma específica, a decisão deve ser pautada pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito.

Ademais, a, para solucionar lacunas em relação ao desempate em licitações, no âmbito da Lei nº 14.133/2021, observa-se que tanto o inciso IV do art. 55 da Lei nº 13.303/2016 quanto o § 2º do art. 45 da revogada Lei nº 8.666/1993 incorporam o sorteio como mecanismo de desempate. Da mesma forma, o inciso III do art. 45 da LC nº 123/2006 contempla o sorteio para definir a ordem de apresentação de propostas equivalentes. Essas referências legais demonstram uma prática consolidada de utilizar o sorteio como recurso final para resolver empates em licitações.

Ressalta-se que o empate das propostas dos partícipes do certame, após o esgotamento dos critérios de desempate legalmente previstos, estabelece a possibilidade do atendimento da necessidade de contratação pela Administração por qualquer destas, eis que todas se comprovaram, em conformidade com os termos do edital e regulamentos legais, hábeis a satisfazer o objeto da licitação.

Assim sendo, parece-nos que é possível a aplicação do sorteio para resolução do empate, entre as propostas que atendem aos anseios da Administração.

Por meio da Nota Técnica SEI nº 12763/2024/MGI (41106183), Secretaria de Gestão e Inovação do MGI se manifestou nos seguintes termos:

5. Conforme relatado no Despacho acima colacionado, foi realizada reunião de alinhamento entre esta Secretaria e áreas da AGU, justamente tendo em vista relatos de diversos órgãos e fornecedores que estavam tendo problemas por não haver previsão de desempate na Nova Lei de Licitações e Contratos.

6. Nesse sentido, fiamos-nos nos argumentos apresentados pela AGU, no sentido de que a previsão de desempate por analogia é a "saída" mais republicana para os órgãos, enquanto as demais hipóteses de desempate previstas na Lei nº 14.133, de 2021 não forem regulamentadas, e até após tais regulamentos, ainda vislumbra-se que tal previsão possa ser mantida, dada a diversidade das contratações públicas.

7. Assim, envidaremos esforços no sentido de verificar a possibilidade de acréscimo ao texto legal, bem como promoveremos alteração dos regulamentos infralegais no mesmo sentido, a fim de garantir a segurança jurídica aos órgãos jurisdicionados.

Dito isso, concluímos que não só o sorteio é a saída mais adequada, como há, na atualidade, um esforço por parte da SEGES para positivá-lo formalmente. Isto é, a alteração normativa é uma medida que vem sendo buscada pelo órgão competente para sanar qualquer dúvida que haja em relação à possibilidade de sorteio, como critério de desempate, no âmbito de aplicação da Lei nº 14.133/21.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta CONJUR conclui pela possibilidade de aplicação de sorteio nos procedimentos licitatórios regidos pela Lei nº 14.133, de 2021, quando o empate persistir após o exaurimento dos critérios de desempate previstos no art. 60 da referida Lei.

À consideração superior."

"4) Parecer n. 350/2024/ETRLIC (23105.055469/2023-16) - JULIANA FERNANDES CHACPEASSUNTO: PREGÃO ELETRÔNICO

EMENTA: Licitação. Consulta Jurídica. Lei nº 14.133/2021. (In) aplicabilidade dos critérios de desempate definidos no art. 60 da Lei n. 14.133/2021. Ausência de norma regulamentadora. Resposta a questionamentos formulados pela Consultente.

I. Aplicação preferencial do critério de desempate previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006 que assegura preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposição igualmente contida no § 2º do transcrito art. 60 da Lei nº 14.133/2021, bem como prevê o sorteio no caso de equivalência dos valores apresentados por empresas desse porte. Previsão já contida em Edital, desnecessidade de revogação da licitação.

II. Possibilidade jurídica da utilização do sorteio público como critério de desempate, após atestada a frustração da aplicação dos critérios previstos no art. 60, da Lei n. 14.133/2021, com fundamento em premissas estabelecidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Necessidade de revogação do pregão e a republicação do Edital, de forma a contemplar o sorteio público também como critério de desempate, no caso de não aplicação preferencial do critério de desempate previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006. Primazia do princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório (Art. 5º, da Lei nº 14.133/2021).

III. Observações complementares"

15. Esta Coordenação-Geral Jurídica de Serviços Sem Mão de Obra Exclusiva, inclusive, também já teve a oportunidade de apreciar o tema e, no PARECER n. 00156/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU (NUP 01245.003155/2023-92), concluiu:

35. 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).

16. No aludido opinativo foi sugerida a remessa da questão para análise pelo Departamento de Orientação e

Coordenação de Órgãos Jurídicos (DECOR), haja vista a transversalidade da questão. Nessa esteira, verifica-se no NUP 71000.048053/2023-54, que o DECOR instou a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos a se manifestar sobre o tema, e essa proferiu o Parecer nº 00353/2024/CONJUR-MGI/CGU/AGU (seq. 75), do qual se extrai o seguinte trecho, bastante elucidativo:

8. E agora permanece a questão: é possível aplicar o mesmo disciplinamento da revogada Lei nº 8.666/93 para os certames realizados sob a égide da Lei nº 14.133/21?

9. O 4º da LINDB parece oferecer uma solução para referida lacuna legislativa, tendo em vista que estabelece que, na ausência de uma norma específica, a decisão deve ser pautada pela analogia, pelos costumes e pelos princípios gerais de direito.

10. Ademais, a, para solucionar lacunas em relação ao desempate em licitações, no âmbito da Lei nº 14.133/2021, observa-se que tanto o inciso IV do art. 55 da Lei nº 13.303/2016 quanto o § 2º do art. 45 da revogada Lei nº 8.666/1993 incorporam o sorteio como mecanismo de desempate. Da mesma forma, o inciso III do art. 45 da LC nº 123/2006 contempla o sorteio para definir a ordem de apresentação de propostas equivalentes. Essas referências legais demonstram uma prática consolidada de utilizar o sorteio como recurso final para resolver empates em licitações.

11. Ressalta-se que o empate das propostas dos participantes do certame, após o esgotamento dos critérios de desempate legalmente previstos, estabelece a possibilidade do atendimento da necessidade de contratação pela Administração por qualquer destas, eis que todas se comprovaram, em conformidade com os termos do edital e regramentos legais, hábeis a satisfazer o objeto da licitação.

12. Assim sendo, parece-nos que é possível a aplicação do sorteio para resolução do empate, entre as propostas que atendem aos anseios da Administração.

13. Por meio da Nota Técnica SEI nº 12763/2024/MGI (41106183), Secretaria de Gestão e Inovação do MGI se manifestou nos seguintes termos:

5. Conforme relatado no Despacho acima colacionado, foi realizada reunião de alinhamento entre esta Secretaria e áreas da AGU, justamente tendo em vista relatos de diversos órgãos e fornecedores que estavam tendo problemas por não haver previsão de desempate na Nova Lei de Licitações e Contratos.

6. Nesse sentido, fiamos-nos nos argumentos apresentados pela AGU, no sentido de que a previsão de desempate por analogia é a "saída" mais republicana para os órgãos, enquanto as demais hipóteses de desempate previstas na Lei nº 14.133, de 2021 não forem regulamentadas, e até após tais regulamentos, ainda vislumbra-se que tal previsão possa ser mantida, dada a diversidade das contratações públicas.

7. Assim, envidaremos esforços no sentido de verificar a possibilidade de acréscimo ao texto legal, bem como promoveremos alteração dos regulamentos infralegais no mesmo sentido, a fim de garantir a segurança jurídica aos órgãos jurisdicionados.

14. Dito isso, concluímos que não só o sorteio é a saída mais adequada, como há, na atualidade, um esforço por parte da SEGES para positivá-lo formalmente. Isto é, a alteração normativa é uma medida que vem sendo buscada pelo órgão competente para sanar qualquer dúvida que haja em relação à possibilidade de sorteio, como critério de desempate, no âmbito de aplicação da Lei nº 14.133/21.

(grifou-se)

17. Ainda no NUP 71000.048053/2023-54 se encontram manifestações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (seq. 71) e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (seq. 69), ambas favoráveis à utilização do sorteio como critério de desempate nos certames regidos pela Lei nº 14.133, de 2021.

18. Como se observa, embora ainda não haja uma manifestação conclusiva por parte do DECOR, o tema parece pacificado e consolidado no âmbito da Advocacia-Geral da União no sentido de que é possível a utilização do sorteio como critério de desempate nas hipóteses em que as regras do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, não se mostrarem suficientes para definir o resultado do certame licitatório. Além disso, a Secretaria de Gestão e Inovação do MGI, órgão competente para o tema, demonstrou não só a concordância com o entendimento como manifestou a intenção de positivar o sorteio como um dos critérios de desempate no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021.

19. Vale destacar, outrossim, que também no âmbito do Tribunal de Contas da União já há precedente sobre o tema.

20. No Acórdão 723/2024-TCU-Plenário, citado na Nota Técnica SEI nº 1915/2024/MTE, a Corte de Contas apreciou representação interposta por empresa licitante que apontou irregularidades em certames licitatórios de agenciamento de viagens nos quais os pregoeiros adotaram o sorteio como critério de desempate. Nessa oportunidade, o Tribunal se manifestou no sentido de que a utilização do sorteio como critério de desempate, sem previsão no edital, causa insegurança jurídica e deve ser evitada.

21. Embora no referido Acórdão não haja conclusão acerca da possibilidade de utilização do sorteio mediante previsão no edital da licitação, essa hipótese foi chancelada pela Unidade de Auditoria Especializada em Contratações da Corte de Contas que, na análise técnica da instrução processual, manifestou-se:

31. Importa agora analisar a regularidade ou não da utilização do critério do sorteio, utilizado pelos três pregoeiros dos certames aqui tratados.

32. De plano, constata-se que o sorteio não está previsto entre os critérios de desempate do art. 60, o que poderia levar à conclusão de que não seria possível sua utilização. Porém, não parece ser essa a melhor interpretação.

33. Para a análise, volta-se à Lei 8.666/1993, que assim previu a forma de desempatar os certames:

(...)

34. O sorteio, portanto, era previsto como critério de desempate na Lei 8.666/1993, não o sendo na Lei 14.133/2021. Porém, a antiga lei de licitações vedava expressamente a utilização de qualquer outro processo para proceder ao desempate das propostas, vedação essa não reproduzida na Lei 14.133/2021, de forma que, com base em uma interpretação teleológica, histórica e sistemática, é possível concluir pela possibilidade da utilização de outro critério de desempate além dos previstos expressamente na nova lei de licitações.

35. Em situações como as que ocorreram nos certames aqui relatados, em que as propostas permanecem empatadas mesmo após a utilização de todos os critérios previstos na lei, se não houver outro critério hábil para proceder ao desempate, a única saída seria revogar o certame, com todos os custos e prejuízos que tal medida pode acarretar à Administração e até mesmo à sociedade, que pode ser privada, pelo menos temporariamente, de um serviço essencial à população. E o sorteio, por ser um critério isonômico, impessoal e definitivo, poderia ser previsto nos editais como última opção de desempate, para evitar o fracasso da licitação e o consequente prejuízo ao interesse público.

36. A Advocacia-Geral da União, no âmbito do Pregão 45/2023 empreendido pela Uasg123006, após consulta acerca da possibilidade de utilização do sorteio no referido certame, assim se manifestou (peça 16, p. 7):

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.

37. Em outra ocasião, em resposta à consulta de determinado órgão, a AGU também opinou no mesmo sentido, no Parecer 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (peça6, p. 6):

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 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.

38. Também é possível encontrar na doutrina especializadas manifestações concordantes com a previsão e utilização do sorteio, como a do já mencionado Víctor Aguiar Jardim de Amorim (Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência – 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 155), conforme segue:

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.

39. Marçal Justen Filho, também já aqui citado, é outro renomado autor que defende a utilização do critério aleatório em sua obra (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 759):

Empate e inaplicabilidade do art. 60

Podem existir casos em que o empate não será superado mediante os critérios do art. 60 da Lei 14.133/2021.

(...)

Caberia a solução do sorteio, nas hipóteses em que exista a necessidade de identificar um vencedor.

40. A impossibilidade de utilização do sorteio como critério de desempate poderia levar a situações absurdas como as que foram aqui relatadas, em que até dezoito empresas permaneceram empatadas após a utilização de todos os critérios previstos na lei, só restando ao órgão a revogação do certame e seu refazimento, provavelmente obtendo o mesmo resultado no próximo certame, tendo em vista que, em licitações para determinados serviços, como agenciamento de viagens, objeto desses certames, é comum o empate entre licitantes, que zeram suas taxas de administração e o sistema Compras.gov.br não permite taxas negativas.

41. Conclui-se, portanto, em respeito aos princípios da eficiência, da eficácia e da impessoalidade, pela possibilidade de utilização do sorteio como último critério de desempate, coma ressalva que, ao contrário do procedido nos certames aqui tratados, o edital preveja tal critério, para que não seja surpresa aos licitantes, tendo em vista ainda os princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e da segurança jurídica

22. Diante desse cenário, haja vista os vários precedentes citados, parece haver segurança jurídica para afirmar, no presente caso, que é juridicamente viável a inclusão, no edital do certame licitatório, do sorteio como último critério de desempate nas situações em que a aplicação dos critérios dispostos no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, restar infrutífera.

23. Registra-se, todavia, que o tema se encontra pendente de análise pelo DECOR, órgão que goza da competência para consolidar entendimentos jurídicos no âmbito da CGU/AGU. Recomenda-se, assim, que seja dada ciência ao referido órgão acerca do presente opinativo.

III - CONCLUSÃO

24. Ante o exposto, em resposta à consulta formulada na Nota Técnica SEI nº 1915/2024/MTE, esta Coordenação-Geral, sem adentrar no mérito administrativo da questão (conveniência e oportunidade), conclui pela viabilidade jurídica de inclusão, no edital do pregão eletrônico objeto dos autos, da previsão do sorteio como último critério de desempate para a situação em que a aplicação dos critérios do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, não for suficiente para determinar o resultado do pregão.

25. Ressalta-se que o tema objeto do presente opinativo está sendo objeto de análise pelo DECOR no NUP 71000.048053/2023-54, razão pela qual se recomendada que seja dada ciência ao aludido órgão acerca do presente opinativo.

26. Cumpre esclarecer que o presente Parecer tem caráter opinativo, cabendo ao administrador decidir no caso concreto, de forma fundamentada. Nos termos do art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; todavia, ao assim proceder, o gestor público deve estar ciente de que age por sua conta e risco, sob sua exclusiva e integral responsabilidade, consoante reconhece a jurisprudência do TCU (Acórdãos nº 826/2011 e nº 521/2013 - Plenário; nº 1.449/2007 e nº 1.333/2011 - 1ª Câmara; nº 4.984/2011 - 2ª Câmara).

27. Sugere-se, assim, a remessa dos autos à área técnica demandante para ciência e adoção das providências cabíveis.

À consideração superior.

Brasília, 08 de maio de 2024.

(assinado eletronicamente)
BRENO DA SILVA RAMOS
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 19955201059202367 e da chave de acesso 4de23cb7



Documento assinado eletronicamente por BRENO DA SILVA RAMOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1492853394 e chave de acesso 4de23cb7 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRENO DA SILVA RAMOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-05-2024 13:56. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
SUBCONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO DE GESTÃO PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE SERVIÇOS SEM MÃO DE OBRA EXCLUSIVA
DESPACHO n. 00336/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 19955.201059/2023-67

INTERESSADOS: COORDENAÇÃO GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

1. Aprovo o **PARECER n.00363/2024/CGSEM/SCGP/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União **BRENO DA SILVA RAMOS**, e o acolho em seus fundamentos fáticos e jurídicos, conforme disposto no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.
2. Ao PROTOCOLO SCGP/CGU/AGU, para adoção dos registros eletrônicos pertinentes e encaminhamento dos autos ao Ilmo. Chefe da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, para fins de apreciação conclusiva, nos termos do §2º, do art. 5º, da Portaria Normativa AGU nº 83, de 27 de janeiro de 2023.

Brasília, 08 de maio de 2024.

MARIANA MONTEZ MOREIRA DE ALMEIDA¹¹
ADVOGADA DA UNIÃO
Coordenadora Geral Jurídica de Serviços sem Mão de Obra Exclusiva

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 19955201059202367 e da chave de acesso 4de23cb7

Notas

1. [^] *Aprovação conforme art. 5º § 1º da Portaria Normativa AGU 83/2023*



Documento assinado eletronicamente por MARIANA MONTEZ MOREIRA DE ALMEIDA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1493458717 e chave de acesso 4de23cb7 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARIANA MONTEZ MOREIRA DE ALMEIDA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-05-2024 15:42. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
