



Processo Administrativo nº 10.817/2024

Interessado: Coordenação Geral de Licitações - Pregoeiro, Sr. Pedro Caíque da Silva Nascimento.

Assunto: Critérios de desempate - Sorteio.

PARECER Nº 2.902/2024 - PGM.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CARACTERIZAÇÃO DE EMPATE. ESGOTAMENTO DOS CRITÉRIOS EDITÁLCIOS E DO ART. 60 DA LEI N.º 14.133/2021. SORTEIO. POSSIBILIDADE. ART. 4º DA LINDB. APLICAÇÃO ANALÓGICA DE NORMAS. RECOMENDAÇÕES.

1 - CONSULTA

Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo, pelo agente de contratação/pregoeiro Sr. Pedro Caíque da Silva Nascimento, nomeado por meio da Portaria de nº 798/2024, para análise da possibilidade de realização de sorteio, haja vista a ocorrência de empate entre 13 (treze) empresas, no Pregão Eletrônico n.º 90001/2024, que tem por objeto o Registro de Preços para futura e eventual "contratação de empresa especializada nos serviços de agenciamento de viagens, compreendendo as reservas, alterações (remarcações), cancelamentos, emissões de bilhetes/vouchers e eventuais reembolsos, para oportunizar a aquisição, fracionada e conforme demanda de passagens aéreas nacionais, classe econômica (voos domésticos) e hospedagens, destinados as Autoridades e demais servidores integrantes do Poder Executivo Municipal de Arapiraca - AL."

O Pregoeiro do Município, esclareceu em seu Relatório Parcial:

"4- Em relação ao critério de desempate previsto no subitem 6.21.1.2 do Edital, c/c o art. 60, inciso II da Lei 14.133/2021, o mesmo não foi utilizado, uma vez que não há regulamentação específica que afaste o caráter subjetivo da tomada de decisão.

5- Seguindo para o próximo critério de desempate previsto no subitem 6.21.1.3 do Edital, c/c o art. 60, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, o mesmo não foi utilizado, uma vez que existe a regulamentação, que é o Decreto nº 11.430/2023, porém, este decreto traz, em seu §2º, art. 5º.

que esta regulamentação depende de ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, para aferição sobre a forma de comprovação, entretanto, ainda não há o referido ato.

6- Ademais, em relação ao próximo critério de desempate, disposto no subitem 6.21.1.4 do Edital, c/c o art. 60, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021, informamos que esse critério não foi utilizado, considerando que ainda não há regulamentação específica que afaste o caráter subjetivo da tomada de decisão.

7- Destaca-se que os critérios de desempate dos subitens do edital e do caput do art. 60, da Lei nº 14.133/2021, mencionados acima, foram esgotados, seguindo então para os próximos critérios. 8- Seguindo para os próximos critérios de desempate, elencados nos subitens 6.21.2.1 e



6.21.2.2 do Edital, c/c o art. 60, §1º, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021, ocorreu a análise do CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA (CNPJ) das 30 (trinta) empresas empatadas, sendo identificado que todas as empresas são brasileiras, bem como nenhuma delas está estabelecida no território do Estado de Alagoas, permanecendo assim, o empate entre os mesmos licitantes.

9- Considerando a permanência do empate entre as empresas, adotamos os critérios de desempate elencados nos subitens 6.21.2.3 e 6.21.2.4 do Edital, c/c o art. 60, §1º, incisos III e IV, da Lei nº 14.133/2021. Assim, foi encaminhada diligência via sistema (compras.gov.br) no dia 19 de julho de 2024, às 13h08min, solicitando as 30 (trinta) empresas sobreditas que apresentassem documentos que comprovassem o atendimento dos incisos III e IV do § 1º do art. 60 da Lei nº 14.133/2021, como forma de critério de desempate, com prazo para envio dos documentos até o dia 23 de julho de 2024, às 23h59min. Ante a solicitação da documentação, a sessão pública foi suspensa, com retorno agendado para o dia 29 de julho de 2024, às 09h00min.

(...)

11- Como pode ser observado na Tabela 02, 13 (treze) empresas comprovaram o atendimento aos incisos III e IV do § 1º do art. 60 da Lei nº 14.133/2021; Conforme Tabela 03, 06 (seis) empresas comprovaram parcialmente o atendimento aos incisos III e IV do § 1º do art. 60 da Lei nº 14.133/2021 ou enviaram documentação equivocada; e como demonstrado na Tabela 04, 11 (onze) empresas não enviaram documentação.

(...)

13- Considerando que foram esgotados todos os critérios de desempate elencados no edital, c/c o art. 60, da Lei nº 14.133/2021, a sessão pública do pregão em referência foi suspensa até o dia 01 de agosto de 2024 (quinta-feira), para análise da possibilidade de realização de sorteio público para fins de desempate, tendo em vista que tal critério não está expressamente previsto no edital ou na Lei Federal nº 14.133/2021.”.

Foram encaminhados os autos do processo administrativo n.º 10.817/2024, 02 (dois) volumes, os quais deram origem ao Pregão Eletrônico n.º 90001/2024.

Por razões de economia processual, documentos eventualmente não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

É o relatório. Passamos à fundamentação.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente

Deve-se destacar que o objeto ora em análise diz respeito a questão levantada pela Coordenação Geral de Licitações - CGL, através do Pregoeiro Pedro Caique da Silva Nascimento, sobre se após a aplicação dos critérios previstos no edital e no art. 60 da Lei n. 14.133/2021, em persistindo a situação de empate no julgamento dos procedimentos



licitatórios, revela-se possível a aplicação do sorteio como critério último de desempate.

Registra-se que esta apreciação se dá em tese, com o objetivo de orientar e uniformizar entendimentos jurídicos sobre a situação de direito versada, nos moldes e limites trazidos pelo oficiante.

Portanto, deve-se deixar claro que não se analisa, neste opinativo, determinado ajuste propriamente dito de onde eventualmente pode ter se originado a demanda. Na mesma medida, providências administrativas, judiciais, e eventuais (ir)regularidades documentais, que recaiam sobre a celebração de determinado pacto, bem como análises que importem em considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, e a conveniência e oportunidade da prática do ato, também não integram a apreciação da Procuradoria Geral do Município de Arapiraca.

Dá análise

Considerando o mencionado no Relatório Parcial, (fls. 852/855), e a solicitação contida no Ofício CGL-DP/PGM n.º 104/2024, (fls. 856), os quais nos informam sobre a persistência de empate entre 13 (treze) empresas, mesmo após a aplicação dos critérios previstos no Edital do Pregão Eletrônico n.º 90001/2024 e os do Art. 60 da Lei n.º 14.133/2021. A *prima facie*, o entendimento é no sentido de que há a possibilidade da aplicação do sorteio como critério último de desempate, após a aplicação dos critérios previstos no art. 60 da Lei n. 14.133/2021, em persistindo a situação de empate no julgamento dos procedimentos licitatórios. Vejamos o que segue.

O art. 60 da Lei n. 14.133/2021 prevê que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate:

"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.”.

Como se vê, o sorteio não foi previsto pela Lei n.º 14.133/2021 como critério de desempate, como era estabelecido no §2º, do art. 45, da Lei n. 8.666/93.

A despeito disso, a doutrina entende que, após a aplicação dos critérios estabelecidos pelo art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, em persistindo a situação de empate no julgamento dos procedimentos licitatórios, revela-se possível a aplicação do sorteio como critério último de desempate. Neste sentido:

“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.”

No mesmo sentido, a adoção do sorteio eletrônico público, como última opção ao desempate, 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.”

Destaco que 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. Assim, 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.



O art. 4^o¹ da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro autoriza, diante da omissão da norma, a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim, a analogia, fonte formal e mediata do direito, concede-nos a possibilidade de estruturação e suporte jurídico à solução do tema.

Portanto, devemos aplicar a analogia aos seguintes dispositivos: inciso IV do art. 55 da Lei n^o 13.303/2016², o § 2^o do art. 45 da revogada Lei n^o 8.666/1993³, o inciso III do art. 45 da LC n^o 123/2006⁴ e o §2^o do art. 10 da Lei n. 12.232/2010⁵, que contemplam o sorteio nos certames.

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.

Portanto, não há ilegalidade apurada sobre a possibilidade de que, após a aplicação dos critérios estabelecidos pelo Edital, pelo Art. 60 da Lei n. 14.133/2021 e pelos critérios da Lei Complementar n.º 123/2006, em persistindo a situação de empate no julgamento dos procedimentos licitatórios, se revela possível a aplicação do sorteio como critério último de desempate.

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.

Dessa forma, o sorteio, como alternativa em casos de empate persistente, embora não previsto expressamente na Lei n^o 14.133/2021,

¹ Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

² Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:
(...)
IV - sorteio.

³Art. 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.
(...)

⁴ 2^o 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.

⁴ Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:
(...)

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

⁵ Art. 10. As licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.
(...)

§ 2^o A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.



personifica-se numa solução legalmente possível para desempatar as propostas dos licitantes.

3 - CONCLUSÃO

Ante o exposto, no caso em questão, entendo não haver óbice para realização de sorteio, aplicável às licitantes que permanecerem empatadas, considerando os princípios basilares da Administração Pública. O sorteio garantirá isonomia e impessoalidade na seleção da empresa vencedora e contribuirá com a eficácia da licitação.

Recomenda-se, contudo, que sejam adicionadas as seguintes regras:

- 1) Será informado no *chat* data, hora e local do sorteio, a ser realizado no site *sorteio.com* em uma transmissão ao vivo no *Youtube* ou outra plataforma de streaming.
- 2) Haverá lavratura de ata de sorteio, que será incluída no processo administrativo;
- 3) As minutas de editais da Prefeitura do Município de Arapiraca, contemplem o sorteio como possibilidade última de desempate.

Vale destacar que o presente Parecer Jurídico foi elaborado sob o ângulo estritamente jurídico, não analisando elementos de caráter financeiro, tais como dotação orçamentária, saldo, fracionamento de despesa, bem como critério de conveniência e oportunidade administrativa, tendo em vista que as análises de tais elementos não são de competência desta Procuradoria.

É o parecer. Salvo melhor juízo.
Arapiraca (AL), 01 de agosto de 2024.

ANDERSON MÁRCIO SILVA COSTA
Procurador Adjunto
Portaria n.º 008/2022

DESPACHO

No uso de minhas atribuições legais, conferidas pela Lei Orgânica Municipal e pelas demais normas específicas, **APROVO** o Parecer n.º 2.902/2024, de lavra do Procurador Adjunto **Anderson Márcio Silva Costa**, consolidando o entendimento ali contido por seus próprios fundamentos.

Registre-se.

Devolva-se o expediente para a Secretaria solicitante mediante protocolo. Arque-se a cópia do parecer com o inequívoco protocolo nos registros desta Procuradoria.

Em, 01 de agosto de 2024.

VICTOR FERNANDES DOS ANJOS CARVALHO
Procurador Geral de Arapiraca
Portaria n.º 002/2021