

# Anatomia do empate na nova Lei de Licitações

01/08/2024

O empate em licitação parece exercer certo fascínio, pois há uma resposta legislativa exagerada, desproporcional, se comparada à raridade com que ocorre. Talvez seja assim porque existe esperança de que, introduzindo anseios idealizados na regra de desempate, ocorra alguma extraordinária motivação nos licitantes para melhorar, a despeito da pouca probabilidade que serão exigíveis; talvez porque o empate representa o exaurimento do modelo de julgamento objetivo, um dos eixos constitutivos da licitação pública; ou talvez porque sujeita todos os envolvidos a um campo novo, repleto de incertezas, em meio a etapa que deveria ser caracterizada pela objetividade.

A chamada fase interna das licitações é que se ocupa de dar solução para tais percalços. Nessa etapa inicial — que envolve tudo quanto antecede a publicação do edital — há a oportunidade para toda sorte de elucubrações, contando com análises jurídicas, termos de referência, projetos básicos, estudos técnicos preliminares e planos de contratação. Cada vez mais se exige do planejamento, e este deve, conseqüentemente, cogitar o empate no plano das possibilidades.

Após esse esforço intelectual de conjecturação e de esquadramento de todos os possíveis desdobramentos que sucederão no recrutamento de fornecedores, a esperança geral expressa na lei parece ser de que a administração pública enfim esgotaria toda a discricionariedade de que dispunha.

O ideário subliminar é que o edital enfim divulgado seja suficiente, autocontido e abastecido de regras, entregando ao agente de contratação um puro exercício da aplicação de ofício da norma ao caso concreto, atividade administrativa plenamente vinculada, desprovida de qualquer digressão interpretativa — o conhecido princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sabemos, entretanto, que o mundo dos fatos reluta em se conformar docilmente aos escaninhos jurídicos da criação humana. O agente de contratação moderno deve estar ciente e preparado para assumir o dever de decidir no caso concreto — também segundo princípios —, franqueando o contraditório, analisando documentos, opiniões e evidências e formando sua convicção, que deve ser suficiente, exauriente, motivada, pública e adequada, em verdadeiro exercício adjudicatório do devido processo licitatório.

Spacca



Mas divago, voltemos aos empates.

## Empates

Em certos mercados e objetos, a igualdade de propostas pode ser até mesmo uma tendência, pois pode haver piso abaixo do qual os preços não podem descer. Tome por exemplo as licitações para fornecimento de auxílio-alimentação (vale) no âmbito do PAT. O artigo 3º, I da Lei 14442/2022 proíbe a prática de taxa de administração negativa por parte das operadoras, criando um batente jurídico-mercadológico para o preço.

Agenciadoras de passagens aéreas podem enfrentar problema similar, quando alcançarem a taxa zero. De forma geral, os critérios “menor lance” e “maior desconto” são candidatos a encontrar, nas cotas R\$ 0,00 e 100%, respectivamente, o “game over” licitatório que reclama desempate.

Em outros âmbitos, o piso pode ser mais sutil. Por exemplo, em concorrência para concessão de serviço público que envolva incerteza significativa ou investimento privado relevante: poucas interessadas podem consignar o menor valor de outorga estipulado, sem que qualquer uma anime nova proposta. O mesmo pode ocorrer na modalidade leilão em que conste lance mínimo.

Que dizer das obras e serviços de engenharia? O §4º do artigo 59 instala uma presunção — alguns dizem relativa, outros, absoluta — de inexequibilidade das propostas inferiores a 75% do valor orçado pela administração pública. Insinua-se aí outro piso — para alguns, relativo, para outros, absoluto.

Mas não exageremos a prevalência da situação, que por qualquer medida que se escolha é inusual. A maioria das licitações se resolvem no modo aberto sem limitadores de preços. Nestes casos, os preços coincidiriam apenas nas remotas hipóteses de serem iguais as propostas originais sem lances na sessão pública, ou então, havendo vencedor inabilitado ou desclassificado, se coincidirem os lances intermediários dos segundos colocados.

Definitivamente pouco frequente. Muito menos frequente que o empate “ficto”, mas o deixemos para logo mais, pois estamos mais interessados na realidade e menos na ficção.

## O que havia antes da Lei 14133/2021?

No período histórico e até o regime do decreto-lei 2300/1986, os empates eram um tanto mais frequentes, pois só havia modo fechado de disputa, que convivia com parca regulação dos empates. Por vezes estes eram até mesmo fomentados pelas regras editalícias, tais como em

Spacca





licitações do tipo “preço-base”. Havia alguma liberdade conferida ao edital do certame para solucionar o entrevero, que amiúde recorria ao sorteio, prática então percebida como natural. Ocorria de proceder ao sorteio por acordo, sem qualquer disposição editalícia a respeito, como que em reconhecimento de um automático desdobramento da circunstância.

Com o advento da Lei 8666/1993, o [artigo 3º, §2º](#) estabeleceu uma ordem, preferindo bens nacionais, com tecnologia nacional e com respeito à legislação de reserva de [postos de trabalho para portadores de deficiência](#).

Longe de arbitrária, a norma representava direta expressão da nova ordem econômica brasileira, que de fato prefere empresas nacionais e, em meio a elas, as pequenas, consoante [dispositivo constitucional correspondente](#).

Superada tal sequência, estaria indicado o sorteio nos termos do artigo 45, §2º. Raramente se anotava celeuma, mesmo porque a Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) regulava o cumprimento do processo produtivo básico, funcionando como eixo analítico apto à diligência objetiva para averiguação do conteúdo nacional. A maioria dos empates ainda era decidido por sorteio, entretanto.

## O empate ‘ficto’

O [Marco Legal das Microempresas](#) inovou, estabelecendo zona de empate compreendida até 5%, no caso do modo aberto (pregão), ou até 10%, no caso do modo fechado (concorrência), para além da proposta melhor colocada, disciplina do [artigo 44](#). Perceba, entretanto, que não se trata de um empate autêntico.

Em sendo apurado o suposto empate, procede-se na forma regida pela própria lei complementar, ou seja, a ME/EPP favorecida é convocada a solucionar o estado de empate apresentando novo [lance necessariamente inferior àquele da vencedora](#). Acaso houvesse empate de lances intermediários das ME/EPP na faixa, sortear-se-ia entre elas o direito, mantendo-se, entretanto, a [obrigação de oferecer “melhor oferta”](#), o que significa que o preço final ainda seria necessariamente inferior ao da grande empresa.

Em a ME/EPP não exercendo a faculdade que lhe fora deferida, não desempataria, e o contrato seria entregue à vencedora original. Sob essa lógica, não se percebe verdadeiro empate entre a empresa grande e a ME/EPP, mas apenas uma tal concatenação de manifestações finais da etapa competitiva de sorte a propiciar preferência, desde que associada à prática de efetivo preço menor, não apenas igual.

A pergunta que resta é se o mesmo arcabouço se aplicaria integralmente ao caso de empate real.

Sob uma primeira perspectiva, Sim: convocaríamos a ME/EPP para elaborar nova proposta, necessariamente inferior à empatada, mas em aquela recusando-se ou em não podendo fazê-lo, estaria mantido o estado de empate (real, não ficto) e seria necessário recurso a outros critérios de desempate.

Sob uma segunda perspectiva, Não: nesse excepcional caso teríamos uma preferência absoluta pelas ME/EPP, com exclusão das grandes empresas participantes desde logo, prosseguindo-se nos demais critérios de desempate apenas entre as ME/EPP remanescentes.

A segunda tem sido a interpretação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, para quem “apesar de se tratar de um potencial empate real, e não um empate ficto, não há como desconsiderar a aplicabilidade do disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 [...] havendo duas proponentes nessa mesma condição de ME ou EPP, haverá sorteio entre elas”. (TC 7050.989.23 d.j. 19/4/2023 Rel. Con. Cristiana de Castro Moraes)

## Disciplina da Lei 14133/2021

Com a nova lei de licitações, houve perceptível inflação normativa em torno do acidente processual “empate”. Trata-se do [artigo 60](#), que faz as vezes de novo artigo 3º, §2º da lei revogada, dispondo a seguinte ordem de preferência:

1. [disputa final](#);
2. [avaliação do desempenho contratual prévio](#);
3. [desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres](#)
4. desenvolvimento de [programa de integridade](#);
5. sede na circunscrição do ente [promotor da licitação](#);
6. [nacionalidade da empresa](#);
7. [investimento em pesquisa e desenvolvimento nacional](#);
8. [prática de mitigação ambiental](#).

Uma norma que arvora tantos ensejos para desempate parece fundada no anseio de que se sacudirá o estado de desempate antes do recurso à sorte. Devo confessar, entretanto, que tal profusão de regras de eficácia limitada e de fundamento essencialmente subjetivo preocupam. De fato, ao refletir sobre o novo regramento, uma série de perguntas espocam.

1. É bem-vinda a possibilidade de disputa final, por prestigiar o julgamento objetivo, mas é de se cogitar que: no modo aberto, a sequência de lances recém finalizada provavelmente resultou no impasse observado, o que pode tornar inócua a aplicação da regra; já no modo fechado, sem lances, parece irreconciliável a negativa de lances na sessão pública (motivo para escolha do modo fechado) com a adoção subsequente deste critério de desempate, que é baseado em competição.
2. Quanto à avaliação do desempenho contratual prévio, os contratos anteriores limitar-se-iam àqueles do próprio ente promotor ou devem ser analisados contratos de toda a administração pública? Qual a prova de tal prontuário? Como seria avaliado um proponente sem qualquer contrato executado anteriormente?
3. Quanto ao desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres, o [decreto 11.430/2023](#) basta para que também municípios e estados recorram ao desempate segundo suas regras? Se sim, seria, então, obrigatória tal observância? Podem entes subnacionais regular o mesmo tema? O [artigo 5º do decreto](#) estipularia uma ordem de segunda escala dentro do próprio item para desempate entre aquelas que desenvolvem as ações mencionadas? Seria adequada a mera declaração de satisfação do requisito?

4. A orientação “dos órgãos de controle” para desenvolvimento de programa de integridade significa algum tipo de adesão ou de certificação? Qual seria o órgão de controle competente? Poderia o edital sugerir um programa, tal como o “[Brasil pela Integridade](#)”? Seria adequada a mera declaração de satisfação do requisito?
5. Como se avaliaria ou se provaria o investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País? Bastaria a mera declaração?
6. Como se avaliaria ou se provaria a prática de mitigação climática? Bastaria a mera declaração?
7. Qual a liberdade normativa de que estados e municípios dispõem para regular o empate? Até que ponto? Podem criar novos critérios livremente?
8. No silêncio da norma, poderia o edital regular a etapa?
9. Seria possível, como última possibilidade, o emprego do sorteio?

## Soluções e controvérsias

Não há espaço para abordar todas as perguntas suscitadas, mas algumas respostas já vão sendo alinhavadas pela jurisprudência. O [Tribunal de Contas da União, no Acórdão 5764/2024-1ª cam, d.j. 16/7/2024, relator ministro Jorge Oliveira](#), decidiu que “o critério de desempate previsto no artigo 60, II, da Lei 14.133/2021 ainda está pendente de regulamentação que defina os critérios para a correta avaliação do desempenho prévio dos licitantes”. No mesmo sentido decidiu o TCE-SP.

*“De se notar que o inciso II do artigo 60 do novo Diploma Licitatório [...] menciona que [devem ser empregados] ‘registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei’. [...] Esse cadastro unificado ainda está pendente de regulamentação, o que impede que a Municipalidade dele se valha.”*

Ademais, prossegue a decisão mencionando que nem mesmo a avaliação dos atestados já juntados para habilitação, regra haurida do [artigo 88, §3º](#), faria as vezes de análise objetiva, porque:

*“essa verificação [...] beneficia, indevidamente, o candidato simplesmente detentor de maior quantidade de contratos atestados pelos diferentes órgãos públicos e privados, independente se na execução de tais pactos tenham sido aplicadas sanções” TC 12996.989.23, d.j. 19/07/2023, Con. Rel. Cristiana de Castro Moraes.*

Quanto à utilização do sorteio como critério de desempate, em 2023 o TCE-SP entendeu pela impossibilidade, nos seguintes termos.

*“Dando seguimento, e avançando na lista de desempate alinhavada no edital, caso opte por certame regido pela Nova Lei de Licitações, a administração não pode empregar o sorteio como parâmetro para adjudicar o objeto.*

*Com efeito, o artigo 60 e respectivos §§ da Lei Federal nº 14.133/2021 estabelecem lista fechada e sequencial para solução de igualdades (decorrentes das expressões “serão utilizados” e “nesta ordem”), a qual deve ser rigorosamente obedecida, não estando a sorte entre as possibilidades estipuladas.*

*Nem se argumente que essa escolha como fator de discriminação pode ser legitimada por empréstimo de mecanismo da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que o § 2º do artigo 191 do Novo Diploma Licitatório veda a combinação dessas normas.” TC 6679/989/23, d.j. 17/05/2023, Con. Rel. Cristiana de Castro Moraes.*

A decisão é relevante por assentar dissenso quanto ao tema. Note, por exemplo, que a lei das estatais, que permanecerá vigente para a administração pública indireta, prevê expressamente a possibilidade do sorteio para desempate ao [artigo 55, IV](#). A possibilidade também parece ser estimada pela doutrina.

*“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.*

Na mesma obra, se defendeu a possibilidade do sorteio mesmo no silêncio do edital.

*“A solução do sorteio para os casos em que o empate for mantido após aplicação dos critérios do artigo 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.*

Entre agentes de contratações a impressão parece ser a mesma, bastando mencionar o enunciado 10 editado pelo Instituto Nacional da Contratação Pública — INCP: “Em que pese não haver previsão legal, o sorteio poderá ser utilizado como critério de desempate, quando todos os critérios previstos nos incisos do artigo 60 e §1º da Lei 14.133/21 [quando forem](#)

utilizados sem sucesso.”

No mesmo sentido o Parecer 31/2024/Decor/CGU/AGU, emitido pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Jurídica da União, segundo o qual “embora não esteja contemplado na Nova Lei de Licitações, é importante ressaltar que o critério de desempate por meio de sorteio não é necessariamente ilegal. Na realidade, constitui-se como uma alternativa válida para resolver impasses em processos licitatórios quando todos os critérios legais já foram aplicados e o empate persistir. [...] é imprescindível que esse procedimento esteja claramente definido no edital e de preferência com a regulamentação específica. O princípio da vinculação ao edital impõe à Administração e aos licitantes a estrita observância das normas ali estabelecidas, visando evitar qualquer possibilidade de ações imparciais”.

Percebe-se que ainda há arestas a aparar. De certo, apenas a necessidade de que os agentes de contratação devem estar preparados para a possibilidade e para sua eventual resolução.

### **Credenciamento, critério de julgamento “técnica e preço” e risco de criação do critério de julgamento “empate e técnica”**

À guisa de conclusão, uma reflexão a se colocar é: se o planejamento da licitação indicar que o empate é possível, quem sabe até mesmo que ele é provável, não seria o caso de considerar outras formas de disputa ao invés de sobrecarregar a cláusula de empate com uma sequência de critérios inusitados e seus respectivos meios de prova?

Se o preço for fixado exogenamente, sem que a demanda pública represente qualquer interferência eficaz e sem real liberalidade para que o fornecedor pratique política mercadológica própria, talvez seja o caso de buscar credenciamento, procedimento auxiliar apto a atender contratações não excludentes, cuja seleção seja confiada a terceiros ou em que existam mercados fluídos.

Tal chamamento, entretanto, pode não ser possível, pois ainda é necessário que os demais requisitos para o credenciamento se apresentem, principalmente quanto à previsibilidade do mecanismo de formação do preço e quanto à possibilidade de registro de todos os interessados habilitados.

Se muitos critérios inventivos para desempate estão sendo cogitados na fase interna, e se tais critérios ligam-se, de alguma forma, à qualidade do fornecedor ou do objeto procurado, talvez seja o caso de considerar o tipo “técnica e preço”, que reduz a possibilidade de empate sobremaneira.

Neste caso, no entanto, seria necessário que objeto constasse do rol estipulado pela própria lei, [tal como serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, tecnologia sofisticada, entre outros](#).

Se o empate resulta de competição muito intensa, talvez se possa considerar a sofisticação de especificações e de requisitos habilitatórios, aproveitando a prestação do serviço público com pouca ou nenhuma alteração na equação econômico-financeira. Se o empate resulta de



competição muito baixa, talvez se possa considerar o relaxamento de certas especificações e requisitos habilitatórios, aproveitando a equação econômico-financeira, com pouco prejuízo para a prestação do serviço público.

Enfim, talvez o empate seja mesmo inexorável.

Vale um alerta para a criatividade da cláusula de desempate: considerando a possibilidade de um procedimento licitatório conflagrado, equilibrado e representativo de contrato administrativo lucrativo para os empresários, embalar quesitos excessivamente subjetivos pode ser receita certa para exagerada litigiosidade, a prejuízo do bom andamento da administração pública.

Se disciplinamos de forma muito pormenorizada os tais quesitos a fim de objetificá-los, de outro lado, temos o risco de criação de um novo critério de julgamento “empate e técnica”. Quero dizer, o risco de que em objeto comum, em que não é possível a adoção do critério “técnica e preço”, mas em que o empate é provável, o edital sobrecarregue a cláusula de empate com uma série de arremedos técnicos, impondo diligências que incumbem ao agente de contratação, enfim abrindo um capítulo heterotópico de disputa, particular de cada órgão promotor, com as respectivas idiossincrasias. Haveria espaço para subjetividade e para segredo de motivos ensejadores.

Talvez o bom e velho sorteio possa conferir desfecho apaziguador, pois nivela aqueles que ao fim e ao cabo se provaram iguais, sendo inclusive mais republicano sob um peculiar e curioso aspecto.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-ago-01/anatomia-do-empate-na-nova-lei-de-licitacoes/>