



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE
ALAGOAS
PROCURADOR-CHEFE

NOTA n. 00024/2024/PROC/PFIFALAGOAS/PGF/AGU

NUP: 23041.031884/2023-68

INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE ALAGOAS - IFAL

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. A Coordenação de Licitações/PROAD nos encaminha consulta, por meio do DESPACHO Nº 31374/2024 - PROAD-CLIC (11.01.05.03.01.01) - Id. 41, no qual nos relata o seguinte:

Trata-se de processo de CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE CADEIRAS E DEMAIS ITENS PARA REESTRUTURAÇÃO DAS SALAS DE AULA DO INSTITUTO FEDERAL DE ALAGOAS - IFAL (com 9 itens em disputa), onde o mesmo encontra-se na sessão pública.

Solicito encaminhar o presente processo à Procuradoria Federal/Ifal para, se for o caso, analisar e emitir parecer jurídico acerca de alternativas vislumbradas por este Pregoeiro diante do silêncio normativo definitivo sobre a solução no caso da persistência de empate entre licitantes nas sessões de pregão, tal como se apresenta na publicação virtual: <https://ronnycharles.com.br/os-criterios-de-desempate-nos-procedimentos-licitatorios-regidos-pela-lei-no-14-133-2021-esg-dificuldades-de-implantacao-e-alternativas/#:~:.,Lei%20n%C2%BA%2014.133%2C%20de%202021.> (do Ronny: text=do%20referido%20decreto%3A-,ArtCharles, que inclusive é procurador federal e palestrante do Congresso Brasileiro de Pregoeiros).

Ocorre que no pregão em tela, onde 9 itens estão em disputa, o item 2 após o sistema abrir lance para desempate dos licitantes, permaneceu empatado e o próprio sistema solicitou que observasse o artigo 60 da lei 14.133, para proceder com o desempate.

(...)

Depois de observado o I inciso, 3 licitantes permaneceram empatados, no qual foi consultado o SICAF para cumprir o que determina o inciso II, após a consulta 2 licitantes continuaram empatados. Ao passarmos para o inciso III, o mesmo nos solicita que seja observado o Decreto nº 11.430, de 2023

(...)

Cabe salientar, que o Decreto não menciona a forma que iremos verificar as ações mencionadas e que este Pregoeiro verificou a possibilidade de existência de Instrução Normativa sobre o tema, porém não encontrou.

2. E ao final apresenta os quesitos da consulta nos termos abaixo:

Pelo exposto, solicita-se parecer jurídico sobre como proceder para resolver tal impasse, sendo que este pregoeiro pondera sobre o seguinte:

1 - Poderia ser solicitado aos licitantes declarações que atestem as ações de equidade, bem como comprovação através de carteira de trabalho, que existem mulheres em cargos de direção na empresa licitante, dentre outras demonstrações de cumprimento do art. 5º do referido Decreto?

2 - Deveria repetir o certame (somente o item em questão), pelo fato de não haver no modelo AGU utilizado para confecção do edital do Ifal, o sorteio como alternativa?

3. É o que tem a relatar.

4. Aqui se trata de dúvida jurídica acerca da aplicabilidade dos critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei nº 14.133/2021, o que levou à suspensão do Pregão 90001/2024, que se encontra em fase de julgamento com 03 (três) propostas empatadas com o melhor lance, submetida a esta Procuradoria por meio do DESPACHO Nº 31374/2024 - PROAD-CLIC (11.01.05.03.01.01).

5. A Lei n. 14.133/2021, em seu artigo 60, assim prescreve os critérios para 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.

6. Verificamos que no caso em tela a disputa restou paralisada em virtude da existência de empate, após aplicação do que prescreve o inciso I, do artigo 60, contudo entendemos pela impossibilidade de seguir com o demais critérios, tendo em vista a falta de regulamentação.

7. Vejamos trecho da manifestação jurídica da Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos do Núcleo de Licitações e Contratos/PGF/AGU, em seu PARECER n. 00350/2024/NLC/ETRLIC/PGF/AGU, datado de 10 de abril de 2024, NUP: 23105.055469/2023-16:

23. Revela-se necessário destacar que os incisos do *caput* do art. 60 da Lei n. 14.133/2021 estabelecem uma ordem de aplicação dos critérios de desempate, de modo que o inciso II somente pode ser aplicado quando não possível a aplicação do inciso I ou quando este já tenha sido aplicado, sucedendo a mesma sistemática em relação aos incisos seguintes.

24. Dessa forma, na hipótese de os licitantes encontrarem-se empatados, conforme *caput* do art. 60, o procedimento licitatório deverá prosseguir em nova etapa, utilizando-se os critérios previstos nos incisos do mencionado artigo, assim como, em persistindo o empate, o direito de preferência previsto no § 1º do citado art. 60 da Lei n. 14.133/2021.

25. Pois bem. Superada a aplicação do inciso I, a Coordenação de Licitações ressalta a impossibilidade de utilização dos critérios definidos nos incisos II, III e IV, do *caput* do art. 60 da Lei n. 14.133/2021, diante da inexistência de norma/ato regulamentador a cargo da Administração. Prosseguindo na tentativa de desempate, foram utilizados os critérios definidos nos incisos do § 1º, desse artigo, após o que as empresas ainda permaneceram empatadas.

26. Nesse contexto, cabe apresentar alguns esclarecimentos acerca dos critérios estabelecidos nos incisos II, III e IV, do art. 60, da Lei n. 14.133/2021.

27. Quanto ao critério estabelecido no inciso II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, com a utilização preferencial de registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos na Lei n. 14.133/2021, cumpre registrar a ausência da funcionalidade no sistema PNCP, conforme disposto no § 4º do art. 88 da mencionada Lei, segundo o qual *a anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.*

28. Acrescenta-se que esta Equipe já teve a oportunidade de apreciar a matéria em relevo e, por meio do **Parecer n. 0178/2024/NLC/ETRLIC/PGF/AGU (Seq. 5, NUP 23282.001666/2023-66)** assim se manifestou:

Por sua vez, quanto ao critério estabelecido no inciso II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, com a utilização preferencial de registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos na Lei n. 14.133/2021, está ainda ausente a funcionalidade no sistema PNCP, fato imediatamente constatado na consulta realizada nesta data ao sítio [Perguntas e Respostas — Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP \(www.gov.br\)](#), item 3.

Ocorre que, enquanto não for regulamentado o Sistema de Registro Cadastral Unificado, o inciso II do art. 60 da lei em comento não poderá ser utilizado com critério de desempate.

Segundo consta do mesmo sítio acima mencionado, "o PNCP é gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas (CGRNCP), um colegiado deliberativo de cunho nacional, cujo funcionamento e atuação são regulamentados pelo [Decreto Federal nº 10.764/2021](#), sendo seu Regimento Interno aprovado por meio da Resolução SEGES/ME nº 1/2022".

Assim sendo, por uma questão de competência legal e administrativa, deve-se aguardar a implementação desse módulo. A adoção de mecanismos análogos aos critérios de desempenho contratual dos licitantes contidos não possui previsão legal e eventuais analogias trariam insegurança jurídica ante a subjetividade de escolha de cada órgão da administração direta ou indireta.

29. Sobre o tema, cumpre realçar trecho extraído da **Nota Técnica SEI n. 32094/2023/MGI, acostada ao doc. SEI 1979015**, de autoria da Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, que, questionada sobre a matéria pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do Distrito Federal (ABAV/DF), concluiu no seguintes sentido:

[...]

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. (grifamos)

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."

30. Referida Nota foi recepcionada pela Nota n. 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU, juntada ao doc. SEI nº 1982912.

31. Incumbe destacar que a Secretaria de Gestão e Inovação (Seges), na qualidade de órgão central do Sistema de Serviços Gerais, detém competência regimental para a normatização e orientação das temáticas típicas do referido Sistema, especificamente, na regulamentação de licitações e contratações da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, nos termos do inciso VI, do art. 15, e dos incisos II e III, do art. 18, do Anexo I, do Decreto n. 11.437/2023. O referido Órgão, quando provocado, evidenciou a necessidade de regulamentação prévia do inciso II, do art. 60, da Lei n. 14.133/2021, após análise conjunta do dispositivo com o art. 87, da mesma norma, **sendo certo concluir 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.**

32. Por sua vez, o inciso III *docaput* do art. 60 traz o critério do desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, *conforme regulamento, o que demonstra a necessidade de regulamentação específica*, a fim de serem estabelecidas as certificações e os parâmetros necessários à aferição da adoção efetiva das ações de equidade de gênero. Neste aspecto, sobreveio o Decreto n. 11.430, de 8.03.2023, que, após enumerar as ações de equidade no art. 5º, § 1º, destacou, em seu § 2º, *in verbis*:

Decreto n. 11.430, de 8.03.2023

Art. 5º

[...]

§ 2º Ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos disporá sobre a forma de aferição, pela administração, e sobre a forma de comprovação, pelo licitante, do desenvolvimento das ações de que trata o § 1º

33. Com relação ao inciso IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle, o mesmo depende de regulamentação específica, com base nas orientações provenientes dos órgãos de controle interno e externo. Nos termos da "Lista de atos normativos e estágios de regulamentação da Lei nº 14.133/2021" atualizada em 7/2/2024, divulgada pelo Portal de Compras do Governo Federal, o **Programa de integridade (item 4, da lista "Competência de outros órgãos regulamentadores") encontra-se pendente de regulamentação via ato dos órgãos de controle** (*disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf>> Acesso em 09.03.2024*).

34. Com efeito, após a aplicação dos critérios sucessivamente previstos nos incisos *docaput* do art. 60 da Lei n. 14.133/2021, seu § 1º, incisos II e III, estabelece uma segunda etapa de ordem de preferência, priorizando produtos nacionais ou produzidos e serviços prestados por empresas brasileiras, bem assim por empresas que invistam em pesquisa e tecnologia no país (com disciplina similar àquela prevista pelo § 2º do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993). Neste aspecto, cumpre destacar a inovação implementada pela nova Lei no inciso IV, referente às medidas ambientalmente sustentáveis, conforme práticas de mitigação estabelecidas na Lei n. 12.187/2009, que "institui a Política Nacional sobre Mudança de Clima – PNMC e dá outras providências".

35. Quanto ao inciso I do §1º do art. 60, (bens ou serviços produzidos ou prestados por 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) vê-se ser aplicável a licitações empreendidas por órgãos ou entidades estaduais, distritais ou municipais, o que não é o caso do certame em tela conduzido por entidade da Administração Pública Federal.

8. Ademais, em virtude da inexistência de previsão no edital de critério de desempate por sorteio, o TCU já entendeu por sua impossibilidade, conforme trecho do ACÓRDÃO Nº 723/2024 - TCU - Plenário, Relator: Ministro Vital do Rêgo, *verbis*:

c.1) utilização do sorteio como critério de desempate sem que haja previsão no edital, uma vez que, por não estar previsto expressamente no ordenamento jurídico, em especial na Lei 14.133/2021, não pode ser utilizado sem sua previsão no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital, da impessoalidade e da segurança jurídica;

9. Com efeito, recomendo a repetição do certame licitatório e apenas para o item que permaneceu empatado, tendo em vista a falta de previsão pelo edital de sorteio, e que nos próximos editais seja incluído cláusula prevendo sorteio como critério de desempate.

10. De todo modo, passemos a enfrentar de maneira objetiva as dúvidas suscitadas.

1 - Poderia ser solicitado aos licitantes declarações que atestem as ações de equidade, bem como comprovação através de carteira de trabalho, que existem mulheres em cargos de direção na empresa licitante, dentre outras demonstrações de cumprimento do art. 5º do referido Decreto?

Resposta: NÃO.

2 - Deveria repetir o certame(somente o item em questão), pelo fato de não haver no modelo AGU utilizado para confecção do edital do Ifal, o sorteio como alternativa?

Resposta: SIM.

11. Considerando todo o acima exposto e, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de

oportunidade e conveniência afeto a Administração, esta é a nota em resposta ao encaminhamento a esta Procuradoria

É o entendimento.

À Coordenação de Licitações/PROAD.

Maceió, 17 de maio de 2024.

GUSTAVO ANDRÉ COSTA DE FRANÇA
PROCURADOR FEDERAL
CHEFE DA PF - IFAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23041031884202368 e da chave de acesso bd414547



Documento assinado eletronicamente por GUSTAVO ANDRE COSTA DE FRANCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1503044545 e chave de acesso bd414547 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUSTAVO ANDRE COSTA DE FRANCA. Data e Hora: 17-05-2024 17:14. Número de Série: 38017709673376374588463365103. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
