

**CRITÉRIOS DE DESEMPATE PREVISTO NO ART. 60 DA LEI
N.º 14.133/2021 E APLICÁVEIS À EBSE RH POR FORÇA DO
ART. 6º, 2º; DO RLCE 2.0**

Parecer n.º 141/2023/DJLC/SCAD/CONJUR/PRES-EBSE RH¹

Bárbara Dantas Neri²
Glerger Alcântara Sabiá³
Larissa Lobo Ramos⁴
Pollyana da Silva Alcântara⁵

Sumário Executivo

O objeto da consulta diz respeito à regulamentação dos critérios de desempate entre licitantes em Pregão Eletrônico, previstos no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021 e aplicáveis à Ebserh por força do art. 6º, § 2º, do RLCE 2.0.

Concluiu-se que o critério de "disputa final" é autoaplicável e, de outro lado, dependem de regulamentação os critérios de "desempenho contratual prévio", "ações de equidade de gênero", "programa de

¹Parecer emitido no processo administrativo nº 23763.001171/2024-13, em versão adaptada para publicação.

²Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Pós-graduação, em nível de especialização, em Direito Administrativo, Direito Empresarial e Gestão Pública e de Pessoas. É advogada da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - Ebserh, onde atua como Chefe da Divisão Jurídica de Licitações e Contratações. Email: barbara.neri@ebserh.gov.br

³Bacharel em Direito (UFPE), Especialista em Direito Administrativo (UFT) e Mestre em Educação Profissional e Tecnológica (IFPE). Professor de Ciências Jurídicas do IFPE. Advogado da Ebserh, ocupando a função de Chefe da Unidade Jurídica de Consultas. Email: glerger.sabia@ebserh.gov.br

⁴Advogada e Consultora Jurídica da Ebserh. Especialista em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC e em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Possui experiência e competências nas áreas de Direito Público, Direito Societário, Licitações e Contratos Administrativos, Governança Corporativa, Controladoria e Gestão de Riscos Institucionais e Modelagem jurídica de Projetos de interesse público. Email: larissa.lobo@ebserh.gov.br

⁵Advogada e Chefe de Serviço Jurídico de Consultivo da Consultoria Jurídica da Ebserh. Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento pelo IPEA. Pósgraduada em Licitações e Contratações Públicas pela Faculdades CERS. MBA em Gestão Pública pela Enap. Especialista em LGPD pela UCAM/RJ, em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen, em Direito Público pela PUC Minas e em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela PUC Minas. Email: pollyana.alcantara@ebserh.gov.br

integridade", "prática de mitigação" e "sorteio" (art. 60 da Lei n.º 14.133/2021; e art. 55 da Lei n.º 13.303/2016), admitindo-se a regulamentação no âmbito da Ebserh (art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942), entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico, e cuidando para que os parâmetros estabelecidos sejam razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação (Acórdão TCU n.º 459/2023 - Plenário).

Consideradas as características da gestão em rede no âmbito da Ebserh, é recomendável que a regulamentação dos referidos critérios de desempate seja centralizada, com fundamento nas competências regimentais da Diretoria de Administração e Infraestrutura (art. 16, inciso IV, art. 17, inciso VI, e art. 89, inciso I, do Regimento Interno da Administração Central da Ebserh). Portanto, sugeriu-se o encaminhamento deste processo à Diretoria de Administração e Infraestrutura, para que possa deliberar pela opção que considere mais adequada para o atendimento dos interesses da Ebserh.

1 FUNDAMENTAÇÃO

Com fundamento na Lei das Estatais (art. 40 da Lei n.º 13.303/2016), utiliza-se nas contratações da Ebserh o Regulamento de Licitações e Contratos da Ebserh, versão 2.0, aprovado pela Resolução n.º 155/2022 do Conselho de Administração da Ebserh (RLCE 2.0).

No caso de utilização da modalidade Pregão, especificamente para a fase sua fase externa, a partir da abertura do Pregão até a etapa de homologação, o RLCE 2.0 estabelece a aplicação das disposições da Lei n.º 14.133/2021:

Art. 6º [...] § 2º No caso de utilização da modalidade Pregão, as disposições da Lei n.º 14.133/2021 acerca dos procedimentos para operação da sessão pública apenas serão aplicadas a partir de sua abertura até a etapa de homologação.

Assim, por força da referida disposição (art. 6º, § 2º, do RLCE 2.0), quando se tratar da fase externa da modalidade Pregão, os procedimentos para desempate de propostas devem considerar os critérios previstos no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, afastando-se, nesse

caso, os critérios de desempate previstos na Lei das Estatais (art. 55 da Lei n.º 13.303/2016).

Esses são os critérios previstos na Lei n.º 14.133/2021:

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. [...]

A doutrina registra a "extrema dificuldade para os agentes encarregados da licitação em aplicar as sucessivas regras de desempate e preferência nos termos definidos no artigo 60 da Lei n. 14.133/2021" (NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 105), compreendendo tal dispositivo como norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação ou complementação posterior para sua eficácia plena:

O art. 60 da Lei nº 14.133/2021 é norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação ou complementação posterior para sua eficácia plena. No caso em tela, portanto, vislumbra-se que há um obstáculo material para que a norma relacionada ao desempate possua eficácia, já que carece de regulamentação a respeito. Uma norma jurídica é tecnicamente eficaz quando presentes, no ordenamento, todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade. Dito de outro modo, caracteriza-se a ineficácia da norma, a qual não poderá produzir seus efeitos, quando ausentes regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia. (FURTADO, Madeline Rocha; DOTTI, Marinês Restelatto. A fase preparatória da licitação e seu rito procedimental – Lei nº 14.133/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 22 out. 2021) Para melhor compreensão da questão, serão analisados individualmente os critérios.

1.1 Do critério de "disputa final" (art. 60, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021)

Em primeiro lugar, o desempate será resolvido pela fórmula da disputa final (art. 60, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021), onde os licitantes apresentarão nova proposta em ato contínuo à classificação.

Conforme os Manuais Operacionais do Pregão Eletrônico pela Nova Lei de Licitações, o Sistema de Compras do Governo federal

(Compras.gov.br) já responde ao critério de desempate previsto no inciso I e os demais ainda serão regulamentados pelos órgãos competentes:

O sistema encontra-se parametrizado com as seguintes regras de desempate, em ordem sucessiva de aplicação:

- (i) preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme os arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006; e
- (ii) disputa final prevista no inciso I do art. 60 da Lei n.º 14.133, de 2021 – apresentação de um novo lance fechado, em até 5 minutos, pelos fornecedores empatados, no modo aberto e fechado.

Os critérios de desempate previstos nos incisos II em diante do art. 60 da Lei n.º 14.133, de 2021, ainda serão regulamentados pelos órgãos competentes.

(BRASIL. Ministério da Economia. Manual Operacional do Pregão Eletrônico pela Nova Lei de Licitações - Visão Fornecedor - Versão 1.1 - Dezembro / 2022. p. 41)

Os critérios de desempate estão relacionados, em ordem sucessiva de aplicação, nos incisos do art. 60 da Lei n.º 14.133, de 2021. **O sistema já responde ao critério de desempate previsto no inciso I; os demais ainda serão regulamentados pelos órgãos competentes.**

(BRASIL. Ministério da Economia. Manual Operacional do Pregão Eletrônico pela Nova Lei de Licitações - Visão Governo - Versão 1.0 - Dezembro / 2022. p. 41)

O critério da disputa final "é o mais objetivo possível, porquanto concretiza, por meio de uma disputa final, a oportunidade para que os licitantes apresentem nova proposta em ato contínuo à classificação. Embora não seja aplicável a todos os tipos de licitações, como, por exemplo, as licitações cujo critério de julgamento é a melhor técnica ou o melhor conteúdo artístico, este é, sem dúvidas, o

discernimento mais objetivo, sobre o qual não pairam dúvidas, tampouco intangibilidades, designadamente para as licitações onde o julgamento das propostas seja realizado levando-se em consideração o menor preço, o maior desconto ou o maior retorno econômico" (CARVALHO, Guilherme. Os indeterminados critérios de desempate na Lei nº 14.133/2021. in: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2021).

A aplicação do critério da disputa final não depende de regulamentação. Pode se dar de forma automática, pela ferramenta disponibilizada pelo sistema de Compras do Governo Federal ("apresentação de um novo lance fechado, em até 5 minutos, pelos fornecedores empatados"). E, caso persista o empate, pode se dar por condução do agente de licitação.

Como propõe o HUF, o agente de licitação pode fazer uso do chat do sistema e de e-mail institucional:

[...] o Agente de Licitação deve informar no Chat os procedimentos que serão adotados para possibilitar o desempate, quais seja:

Os dois licitantes empatados serão convocados pelo Agente de Licitação para apresentação de uma **proposta de preços final, a ser apresentada por e-mail**, tratando-se de uma nova aplicação do inciso I do art. 60 da Lei nº 14.133/2021, excluída a limitação do intervalo mínimo entre lances definido no Edital.

Diversos editais de licitações permitem que alguns atos do procedimento licitatório sejam realizados por meio do envio de mensagens eletrônicas (e-mail), desde a interposição de recursos ou até mesmo o encaminhamento de documentos complementares à habilitação dos licitantes, como ilustram as minutas de edital homologadas pela Consultoria Jurídica e disponibilizadas no SEI como tipo de documento.

Do mesmo modo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União não só admite a comunicação eletrônica (e-mail) como, em homenagem ao princípio do formalismo moderado, recomenda a adoção de outras formas de comunicação, ainda que não previstas no instrumento convocatório, desde que suficientes para propiciar

adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados:

11.7 De fato, o uso dos meios eletrônicos de comunicação conferem maior eficiência, segurança e celeridade ao procedimento licitatório. Contudo, a ausência de disponibilização de meios alternativos para o envio de documentação pode comprometer a seleção da proposta mais vantajosa. [...]

11.13 Diante do acima exposto, entende-se que, em homenagem ao princípio do formalismo moderado, o recorrente, com a devida cautela para não ofender os demais princípios previstos no art. 31 da Lei 13.303/2016, poderia ter adotado medidas, ainda que não previstas no instrumento convocatório, no sentido de oferecer outro meio para que os esclarecimentos complementares fossem enviados, o que possibilitaria a análise da carta-proposta da Alô Serviços Empresariais Ltda., e, eventualmente, seleção de proposta mais vantajosa.

11.14 Dessa forma, há que se interpretar harmonicamente a incidência dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do formalismo moderado na busca pela proposta mais vantajosa.

11.15 Oportunamente, cabe destacar que a jurisprudência do TCU é sólida quanto à aplicação do princípio do formalismo moderado nas licitações, podendo-se citar, como exemplo, o Acórdão 357/2015-TCU-Plenário, relatoria do Ministro Bruno Dantas: Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim,

a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

11.16 Nesse diapasão, tem-se que a melhor proposta somente pode ser desclassificada após adoção das medidas necessárias para sua regularização. É sabido que o procedimento licitatório realizado corretamente, em conformidade com os princípios basilares da licitação, tende a assegurar contratação com melhor preço, em decorrência da disputa entre os interessados privados pelo contrato com o ente público. (TCU, Acórdão n.º 2660/2021 - Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Nesse sentido, compreende-se que o disposto no art. 60, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021, é suficiente para aplicação do critério da disputa final, inicialmente de forma automatizada, por meio do sistema (Compras.gov.br), e sucessivamente por convocação do agente de licitação, pelos canais de comunicação institucionais já utilizados na licitação (chat, e-mail institucional da Unidade de Licitações, etc.). III.2 Do critério de "desempenho contratual prévio dos licitantes" (art. 60, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021)

Em segundo lugar, será levado em consideração o desempenho pretérito dos licitantes em contratos firmados com a Administração Pública (art. 60, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021), devendo o agente responsável consultar preferencialmente os registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstas na Lei n.º 14.133/2021. A valorização do desempenho contratual prévio é também fator de pontuação extra em licitações de tipo melhor técnica e melhor técnica e preço (art. 36, § 3º, da Lei n.º 14.133/2021).

Como adverte a doutrina, há amplo grau de discricionariedade para a Administração, de modo que este critério de desempate somente pode ser efetivado se houver, por parte da Administração, a formulação de parâmetros objetivos concretos e seguros:

[...] o legislador estabelece, como segundo critério de desempate, o desempenho contratual prévio dos licitantes. Quanto a este critério,

palpitam severas problematizações. Primeiro, porque o legislador não estabelece o locus onde se afere o comportamento contratual do licitante, nem mesmo pontuações materiais. Assim sendo, poderá um licitante, concorrendo, pela primeira vez, a uma licitação em um determinado Estado da federação, não possuir, nesta unidade federativa, qualquer comportamento contratual prévio, de modo que deverá a Administração envidar esforços, junto a outros órgãos ou entidades contratantes, sobre a experiência pretérita do licitante. Ademais disso, o comportamento contratual poderá variar em relação a cada órgão ou entidade contratante, sendo que, quanto a este ponto, a lei não estabeleceu qualquer mecanismo prático de diferenciação.

Muito embora a Lei também estabeleça o comportamento contratual do licitante como critério para julgamento de propostas com base na técnica e preço (§ 3º do artigo 36 c/c §§ 3º e 4º do artigo 88), **persiste, ainda, amplo grau de discricionariedade para a Administração, de modo que este critério de desempate somente pode ser efetivado se houver, por parte da Administração, a formulação de parâmetros objetivos concretos e seguros.**

(CARVALHO, Guilherme. Os indeterminados critérios de desempate na Lei nº 14.133/2021. in: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2021)

Nesse contexto, Laércio Loureiro dos Santos aponta a necessidade de regulamentação por decreto ou a previsão no edital de critérios estritamente objetivos para tal avaliação, sugerindo uma regra objetiva de desempate para inclusão nos editais de licitação, qual seja, o maior valor da soma dos preços dos contratos anteriores (últimos 5 anos) com o mesmo objeto:

A primeira forma de desempate (após o uso da prerrogativa de lance suplementar da ME/EPP)

é a nova proposta que foi denominada de "disputa final".

Vencida essa etapa, o critério será de "avaliação de desempenho contratual prévio" que merece mais atenção no presente texto.

Mesmo não havendo previsão expressa na lei, **necessário se faz a regulamentação por decreto ou a previsão no edital de critérios estritamente objetivos para tal avaliação.**

Um critério que sugerimos para inclusão nos editais da nova lei de licitações é a quantificação pecuniária para avaliação de desempenho contratual. Explicamos.

Se todos os licitantes empatarem deverá prosseguir a fase de julgamento (em nova sessão) com a apresentação de documentação para desempate por avaliação de desempenho.

Nesse caso, a proposta do autor é que conste no edital a seguinte regra objetiva de desempate:

"9.1.2 DESEMPATE. Caso haja empate real entre licitantes deverá ser observada, nesta ordem as seguintes regras de desempate:

A) A preferência da ME/EPP é empate ficto que não se confunde com o empate real devendo ser aplicado antes do empate regido por este item.

B) Disputa final como derradeira tentativa de desempate pelo critério menor preço;

C) Designação de nova sessão para a apresentação do envelope de desempate, que terá julgamento na forma das alíneas seguintes;

D) Os licitantes empatados na proposta de preço deverão demonstrar a contratação junto ao Poder Público, do mesmo objeto (ou similar), nos últimos cinco anos atualizando o valor pelo INCC (no caso de obras) ou IPCA (nos demais casos) desde o dia da assinatura de cada contrato até o dia anterior à entrega do envelope de desempate, sendo que o valor pecuniário superior será o critério de desempate;

E) Mantido o empate, será convocada nova sessão, para apresentação de contratação junto ao Poder Público, do mesmo objeto (ou similar), nos últimos 10 (dez) anos, observadas

as mesmas regras de quantificação pecuniária do item anterior;

F) – Caso persista o empate serão aplicados os critérios dos incisos III e IV e §1º, incisos I a IV do artigo 60;

G- Caso nenhum critério anterior seja suficiente para o desempate será realizado sorteio a critério do agente de contratação de licitação responsável pela licitação utilizando-se apenas do fator sorte."

Desta forma tentamos esgotar o tema do empate no âmbito da nova lei de licitações, utilizando-se a fase de julgamento (eventualmente elastecida) par o desempate de propostas. Essa é a figura do "julgamento documental" cujo nome pretendemos batizar com as benções da prestigiada ConJur.

As hipóteses seguintes ao inciso II do artigo 60 tem relevância social e econômica mas tem relevância indireta e mediata na gestão do contrato. Por tal motivo é que recomendamos a pormenorização do inciso II do referido artigo. A prévia avaliação de desempenho tem relação umbilical com a busca da proposta mais vantajosa e com o caráter competitivo da licitação, além de ser aplicação substancial do princípio da isonomia como critério de desempate. O detalhamento do conceito "avaliação de desempenho contratual prévio" merece a homenagem de sua efetivação nos editais e/ou nos decretos de regulamentação. (SANTOS, Laércio José Loureiro dos. Lei 14.133/21: desempate pela "avaliação do desempenho contratual". In: Revista Conjur, 12 de maio de 2023)

A proposta doutrinária ilustra a necessidade de uma regulamentação em bases objetivas. Entretanto, é necessário ponderar que a regra sugerida não se mostra adequada aos termos da lei, uma vez que o valor do preço das contratações anteriores não é necessariamente um indicador efetivo da qualidade do desempenho contratual. Outras

variáveis podem ser mais significativas para aferição do desempenho contratual que o valor da contratação.

Assim, em face do amplo grau de discricionariedade admitido pelo disposto no art. 60, caput, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021, o critério de "desempenho contratual prévio" somente pode ser efetivado se houver a regulamentação de parâmetros objetivos concretos e seguros.

1.2 Do critério das "ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho" (art. 60, inciso III, da Lei n.º 14.133/2021)

O terceiro critério de desempate é novo e alinhado à necessidade de promoção da igualdade de gênero no mercado de trabalho. Merece destaque e elogios a preferência estabelecida à empresa que promover "**ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho**" (art. 60, inciso III, da Lei n.º 14.133/2021).

Ao dispor sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, o Decreto n.º 11.430/2023 estabeleceu que 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, das referidas ações de equidade:

Art. 5º O desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios, nos termos do disposto no inciso III do caput do art. 60 da Lei n.º 14.133, de 2021.

§ 1º Para fins do disposto no caput, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

- I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;
- II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;

III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;

IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;

V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e

VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

§ 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.

Portanto, apesar do referido decreto federal, permanece a indefinição quanto ao procedimento a ser observado, com a possibilidade da eventual regulamentação contemplar diferentes políticas e parâmetros de equidade:

Em um terceiro momento, permanecendo a irresolução de propostas, o legislador, no inciso III, estabelece outra ponderação amplamente etérea, não pelo conteúdo, mas pela **ausência de forma quanto ao procedimento em que deva ocorrer**. Decerto, inegável que o objetivo almejado pelo legislador é verdadeira política pública, que visa à igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, atitude normativa que merece as mais contundentes aclamações. **No entanto, persiste o legislador na mesma falha quanto à subjetividade, ao mencionar que tais políticas de equidade são estabelecidas em regulamento**. Ainda quanto à disposição contida no inciso III, a norma não prediz de onde emana o regulamento. Primeiramente, deve-se indagar se tal dispositivo legal é norma geral de licitação; se sim, a questão é mais facilmente solucionável, porque os critérios devem ser estabelecidos em norma regulamentar expedida pelo Poder Público Federal. Por outro lado, ao não se interpretar tal dispositivo legal como norma

geral de licitação, não há negar a possibilidade da existência de regulamentos municipais e estaduais, que podem contemplar políticas diversas de equidade, estabelecendo outros parâmetros que os preconizados no regulamento federal, perdurando a mesmíssima problemática envolta à ininteligibilidade de conceitos. Mais uma vez, a aplicação do inciso III fica condicionada à edição de norma regulamentadora notadamente objetiva. (CARVALHO, Guilherme. Os indeterminados critérios de desempate na Lei nº 14.133/2021. in: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2021)

Assim, em face do amplo grau de discricionariedade admitido pelo disposto no art. 60, caput, inciso III, da Lei n.º 14.133/2021, o critério de "ações de equidade de gênero" somente pode ser efetivado se houver a regulamentação de parâmetros objetivos concretos e seguros.

1.3 Do critério de "programa de integridade" (art. 60, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021)

O quarto critério, igualmente elogiável, diz respeito ao fato de a empresa contar com **programa de integridade**, conforme orientações dos órgãos de controle (art. 60, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021), em alinhamento com as novas tendências de implementação de compliance no setor privado do Brasil pós-Lava Jato (NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 105).

O Decreto n.º 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), traz a definição de programa de integridade:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de

códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciadores de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o caput, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico;

IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais;

V - o setor do mercado em que atua;

VI - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e

VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput.

Quanto às orientações dos órgãos de controle, a Controladoria-Geral da União dispõe sobre a avaliação de programas

de integridade de pessoas jurídicas por meio da Portaria CGU n.º 909/2015:

Art. 2º Para que seu programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar:

I - relatório de perfil; e

II - relatório de conformidade do programa.

Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá:

I - indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior;

II - apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e

as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores;

III - informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores;

IV - especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando:

a) a importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades;

b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica;

c) a frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público;

V - descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e

VI - informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá:

I - informar a estrutura do programa de integridade, com:

a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados;

b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea "a" deste inciso foram implementados;

c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea a deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

II - demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e

III - demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

§1º A pessoa jurídica deverá comprovar suas alegações, devendo zelar pela completude, clareza e organização das informações prestadas.

§2º A comprovação pode abranger documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital.

A Procuradoria Federal da Universidade Federal de Uberlândia entende que "o programa de integridade está exaustivamente regulamentado" e que este critério "pode ser prontamente aplicado", nos termos da Nota nº00090/2023/PF/UFU/PFFUFUB/PGF/AGU:

Em seguida, ao que parece, o único dispositivo que pode ser prontamente aplicado é o inciso

IV, na medida em que o simples "desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle" é suficiente para determinar eventual desempate. Desse modo, caso algum dos licitantes possua programa de integridade, elaborado com base na publicação "Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas", da Controladoria-Geral da União (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>), o certame deverá ser desempatado em seu favor. [...] Destarte, considerando que o programa de integridade está exaustivamente regulamentado nos arts. 56 e seguintes do Decreto n. 11.129/2022, entende-se que o inciso IV é norma de eficácia plena, com perfeita aplicabilidade, sendo o critério de desempate determinado pela apresentação do referido programa, que deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica.

Entretanto, com todas as vênias, esse não parece ser o entendimento mais acertado.

Como se observa, a referida regulamentação está relacionada aos processos de apuração de responsabilidade no âmbito da Controladoria-Geral da União, especificamente para fins de eventual redução das sanções aplicadas e para fins de construção de acordos de leniência (art. 7º, inciso VIII, da Lei n.º 12.846/2013; art. 23, inciso V, art. 45, inciso IV, art. 51, e art. 54, parágrafo único, do Decreto n.º 11.129/2022; e art. 1º da Portaria CGU n.º 909/2015). Ou seja, trata-se de uma finalidade distinta dos objetivos que caracterizam o Pregão como modalidade licitatória.

Como ilustra o próprio manual Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas da Controladoria-Geral da União, mencionado pela Procuradoria Federal, a complexidade das questões tratadas nesses normativos torna muito difícil a utilização da referida regulamentação no âmbito do pregão eletrônico, que requer uma

regulamentação específica e mais adequada aos procedimentos licitatórios. Nesse sentido a ressalva expressa no referido manual:

O conteúdo desta publicação tem por objetivo esclarecer o conceito de Programa de Integridade em consonância com a Lei nº 12.846/2013 e suas regulamentações e apresentar diretrizes que possam auxiliar as empresas a construir ou aperfeiçoar Programa dessa natureza. O documento é eminentemente orientativo e não possui, portanto, caráter normativo ou vinculante. As diretrizes descritas não criam direitos ou garantias, sejam eles relacionados a eventual análise de Programa de Integridade em processo de responsabilização com base na Lei nº 12.846/2013 ou a qualquer outro processo ou procedimento nas esferas administrativa ou judicial. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: CGU, 2015. p. 3)

Por não haver um ente público certificador ou um registro oficial, não fica clara a forma de comprovação da existência de um programa de integridade.

A simples declaração privada seria insuficiente para fins de comprovação da efetiva existência e implantação de um programa de integridade. Por outro lado, a apresentação do programa de integridade para avaliação pelo agente de licitação acrescentaria uma nova etapa ao procedimento licitatório, exigindo conhecimentos e análises complexas, além de ensejar possíveis recursos igualmente complexos ou subjetivos quanto ao conteúdo e à qualidade dos programas de integridades apresentados.

Assim, em face do amplo grau de discricionariedade admitido pelo disposto no art. 60, caput, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021, o critério de "programa de integridade" somente pode ser efetivado se houver a regulamentação de parâmetros objetivos concretos e seguros.

1.4 Do critério da empresa local, da empresa brasileira e da empresa que invista em pesquisa e no desenvolvimento de

tecnologia no País (§ 1º, incisos I, II e III, do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021)

Por fim, não havendo o desempate segundo os critérios sucessivamente previstos no caput, o § 1º do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021 constitui uma segunda etapa de ordem de preferência, cujo conteúdo é bastante similar à lógica adotada pelo § 2º do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, na medida em que prioriza produtos nacionais ou produzidos e prestados por empresas brasileiras, bem assim por empresas que invistam em pesquisa e tecnologia no país (CARVALHO, Guilherme. Os indeterminados critérios de desempate na Lei n.º 14.133/2021. in: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2021).

Quanto ao critério da **empresa local**, o inciso I do § 1º do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021 menciona apenas "órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital" e "órgão ou entidade de Município", ou seja, somente pode ser aplicado aos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital ou municipal licitantes, tendo deixado fora de seu alcance a Administração Pública federal.

Quanto ao critério da empresa brasileira e da empresa que invista em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (§ 1º, incisos II e III, do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021), verifica-se que não houve inovação legislativa, devendo ser observada a mesma sistemática e procedimentos já adotados na aplicação da antiga Lei de Licitações (incisos III e IV do § 2º do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993).

1.5 Do critério da "prática de mitigação" (§ 1º, inciso IV, do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021)

Ainda no rol dos critérios previstos no § 1º do art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, há "um aperfeiçoamento em relação à Lei n.º 8.666/1993, que condiz com medidas ambientalmente sustentáveis, conforme práticas de mitigação estabelecidas na Lei n.º 12.187.2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança de Clima – PNMC e dá outras providências" (CARVALHO, Guilherme. Os indeterminados critérios de desempate na Lei n.º 14.133/2021. in: Revista Consultor Jurídico, 23 de julho de 2021).

Para os fins da Política Nacional sobre Mudança de Clima, entende-se por mitigação as "mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem

como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros" (art. 2º da Lei n.º 12.187/2009; art. 4º, inciso II, do Decreto n.º 9.578/2018).

A Procuradoria Federal da Universidade Federal de Uberlândia entende que "a simples comprovação de alguma das práticas de mitigação, por meio dos instrumentos previstos na Lei n. 12.187/2009 e no Decreto n. 9.578/2018, pode ser utilizada para a determinação de preferência em favor do licitante", nos termos da Nota:

Quanto ao art. 60, § 1º, IV, entende-se que o dispositivo já pode ser aplicado, posto que a prática de ações de mitigação está prevista na Lei n. 12.187/2009, regulamentada pelo Decreto n. 9.578/2018, que prevê a mitigação como sendo "mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros".

Embora o último critério de preferência, disciplinado pelo inciso IV, § 1º, do art. 60, da Lei 14.133/2021, também pareça ser de difícil aplicação, entende-se que a simples comprovação de alguma das práticas de mitigação, por meio dos instrumentos previstos na Lei n. 12.187/2009 e no Decreto n. 9.578/2018, pode ser utilizada para a determinação de preferência em favor do licitante.

Entretanto, com todas as vênias, esse não parece ser o entendimento mais acertado. Não está definida qual a documentação comprobatória a ser apresentada na licitação, se um laudo elaborado por profissional habilitado em engenharia ambiental, uma declaração privada, ou a cópia do licenciamento ambiental, por exemplo.

Do mesmo modo, resta por definir, de modo técnico e objetivo, qual o grau e a qualidade das "mudanças e substituições tecnológicas" necessários para considerá-las como "práticas de mitigação". A realização de treinamento dos profissionais envolvidos, a auditoria da cadeia de fornecimento, o uso de um determinado insumo

certificado, a instalação de um mecanismo de segurança em uma determinada máquina, por exemplo, podem ou não ser considerados práticas de mitigação? Não estão definidos os meios de aferição, as formas de comprovação e os limites ou níveis de caracterização.

Um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança de Clima é justamente "o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos" (art. 6º, inciso XII, do Decreto n.º 9.578/2018).

Ocorre que esses "critérios de preferência" ainda não foram estabelecidos. Noutras palavras, ainda não foi devidamente explorado esse instrumento da Política Nacional sobre Mudança de Clima (art. 6º, inciso XII, do Decreto n.º 9.578/2018).

Como orienta a própria Advocacia-Geral da União (AGU), "os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos" (Parecer Jurídico).

Mesmo o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis (6ª ed. Brasília: AGU, 2023), elaborado pela Advocacia-Geral da União (AGU), não trata de ações de mitigação quanto às mudanças de clima, nem de critérios de desempate entre licitantes.

Assim, em face do amplo grau de discricionariedade admitido pelo disposto no art. 60, §1º, inciso IV, da Lei n.º14.133/2021, o critério de "prática de mitigação" somente pode ser efetivado se houver a regulamentação de parâmetros objetivos concretos e seguros.

1.6 Dos critérios previstos na Lei das Estatais (art. 55 da Lei n.º 13.303/2016).

Na ausência de regulamentação que viabilize a utilização dos critérios previstos no art. 60 da Lei n.º14.133/2021, deve ser utilizado o critério subsequente, respeitando a ordem legal de prioridade.

Persistindo o empate, admite-se a utilização supletiva dos critérios previstos na Lei das Estatais (Lei n.º13.303/2016):

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

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

IV - sorteio.

Como se observa, ao lado dos critérios comuns, a previsão do sorteio é o que diferencia o rol da Lei das Estatais (art. 55, inciso IV, da Lei n.º 13.303/2016) do rol da Nova Lei de Licitações (art. 60 da Lei n.º 14.133/2021).

Entretanto, a previsão legal de sorteio não é suficiente para a aplicação deste critério. Será necessário que o sistema de Compras do Governo Federal disponibilize ferramenta para realização de sorteio entre licitantes ou que o procedimento do sorteio seja regulamentado para propiciar adequado grau de transparência e segurança ao resultado, em respeito aos direitos dos administrados.

1.7 Da possibilidade de regulamentação no âmbito da Ebserrh

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) estabelece que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, normas complementares, orientações normativas, súmulas administrativas e respostas a consultas:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que

sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [...]

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.

[...] Art. 30. **As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.** Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Assim, diante de normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração (art. 3º, §1º, do Decreto n.º9.830/2019), devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, demonstrando-se a necessidade e a adequação da medida (art. 20, parágrafo único, e art. 22 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União reconhece a discricionariedade administrativa na operacionalização dos critérios de desempate, considerando as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico, desde que os parâmetros sejam razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação:

[...] 35. Ademais, compreendo que **não cabe ao controle externo preferir o sorteio ao escrutínio ou este àquele, porquanto essa questão está sob a égide da discricionariedade administrativa do gestor, que lhe assegura âmbito de ação, de decisão e de escolha entre as diversas hipóteses**

possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. O que deve ser observado sempre, em cada caso, é se os parâmetros da disputa foram razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação, o que ocorreu nestes autos.

[...] Havendo escolhas legalmente admitidas e razoáveis, não se pode interditar ou criar obstáculos às decisões discricionárias da gestão. (Acórdão TCU n.º 459/2023 - Plenário, relator Marcos Bemquerer)

No presente caso, a Nota Técnica pela inexistência de regulamentação e a necessidade de viabilizar a aplicação dos critérios legais de desempate aos procedimentos licitatórios.

Como demonstrado nas seções anteriores deste parecer, o critério de "disputa final" (art. 60, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021) é autoaplicável, inicialmente de forma automatizada, por meio do sistema de Compras do Governo Federal (Compras.gov.br), e sucessivamente por convocação do agente de licitação, pelos canais de comunicação institucionais já utilizados na licitação (chat, e-mail institucional da Unidade de Licitações, etc.).

De outro lado, os critérios de "desempenho contratual prévio", "ações de equidade de gênero", "programa de integridade", "prática de mitigação" e "sorteio" (art. 60, caput, incisos II, III e IV, e §1º, inciso IV, da Lei n.º 14.133/2021; e art. 55, inciso IV, da Lei n.º 13.303/2016) dependem de regulamentação.

Na ausência de regulamentação que viabilize a utilização dos critérios previstos no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021, deve ser utilizado o critério subsequente, respeitando a ordem legal de prioridade. Por ocasião de cada situação de empate, deve ser verificada a eventual existência de regulamentação atualizada dos referidos critérios. Persistindo o empate, admite-se a utilização supletiva dos critérios previstos na Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/2016).

Em face da inexistência de regulamentação e da necessidade de viabilizar a aplicação dos critérios legais de desempate aos procedimentos licitatórios (art. 60 da Lei n.º 14.133/2021; art. 55 da Lei n.º 13.303/2016; e art. 6º, § 2º, do RLCE 2.0), é possível a regulamentação no âmbito da Ebserh, "para aumentar a segurança

jurídica na aplicação das normas" (art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942), entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico, cuidando para que os parâmetros estabelecidos sejam razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação (Acórdão TCU n.º 459/2023 - Plenário).

Conforme prevê o Regimento Interno da Administração Central da Ebserh, compete à Diretoria de Administração e Infraestrutura (DAI) editar normas e procedimentos administrativos e técnicos e fluxos de trabalho relativos à área de licitações:

Art. 16. São competências comuns à Presidência, Vice-Presidência, Diretorias, Coordenadorias, Supervisões e Serviços: [...]

IV. estabelecer diretrizes, bem como procedimentos internos e fluxos de trabalho dentro da sua esfera de competência e em conformidade com os normativos da Rede Ebserh;

Art. 17. São competências comuns às Diretorias: [...]

VI. editar normas e procedimentos administrativos e técnicos relativos à sua área de atuação, em articulação com as demais Diretorias e a Consultoria Jurídica;

Art. 89. São competências da Diretoria de Administração e Infraestrutura – DAI: [...]

I. propor, implementar e monitorar as políticas de licitações, contratos e convênios, compras centralizadas, patrimonial, suprimentos, infraestrutura física, engenharia clínica, hotelaria no âmbito da Administração Central, e dos HUFs da Rede Ebserh, bem como a logística administrativa da Administração Central;

Conforme a Portaria n.º 8/2019 do Presidente da Ebserh, os Hospitais Universitários Federais "deverão observar e dar cumprimento aos normativos legais [...], bem como aos normativos e orientações emanados da Administração Central da Ebserh", sem prejuízo de "revisar os normativos internos e avaliar a oportunidade e a

conveniência de instituir novos, com o intuito de regulamentar procedimentos complementares no âmbito de cada unidade":

Art. 1º Delegar competências aos Hospitais Universitários Federais (HUFs) e unidades descentralizadas administradas pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh) [...].

Art. 2º As competências de que trata esta Portaria-SEI constituem responsabilidades compartilhadas, delegadas à Superintendência e ao Colegiado Executivo dos HUFs enquanto instâncias decisórias, às equipes de gestão enquanto instâncias gerenciais e ao corpo funcional enquanto instância executora das atividades e da implementação de políticas públicas postas aos hospitais e unidades descentralizadas administradas pela Ebserh.

Art. 3º As Superintendências, as equipes de gestão e o corpo funcional **deverão observar e dar cumprimento aos normativos legais e infralegais emanados dos órgãos centrais dos sistemas federais de orçamento, finanças, contabilidade, saúde, recursos humanos e serviços gerais, bem como aos normativos e orientações emanados da Administração Central da Ebserh.**

Parágrafo único. Cabe às Superintendências revisar os normativos internos e **avaliar a oportunidade e a conveniência de instituir novos, com o intuito de regulamentar procedimentos complementares no âmbito de cada unidade**, observando esta Portaria e demais normativos da empresa.

Consideradas as características da gestão em rede no âmbito da Ebserh, é recomendável que a regulamentação dos critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei n.º 14.133/2021 seja centralizada, com fundamento nas competências regimentais da Diretoria de Administração e Infraestrutura.

Portanto, sugere-se o encaminhamento deste processo à Diretoria de Administração e Infraestrutura, para que possa deliberar

pela opção que considere mais adequada para o atendimento dos interesses da Ebserh.

Por fim, quanto à Nota, é necessário destacar que, como regra, as manifestações jurídicas não possuem caráter vinculante, pois são opiniões jurídicas quanto à conduta a ser adotada. Apenas o parecer do Advogado-Geral da União submetido à aprovação do Presidente da República, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento (art. 40 da Lei Complementar n.º 73/1993). Não sendo este o caso, a autoridade pública assessorada mantém o seu poder de decisão, apesar da manifestação do órgão consultivo da Advocacia-Geral da União.

2 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o critério de "disputa final" é autoaplicável e, de outro lado, dependem de regulamentação os critérios de "desempenho contratual prévio", "ações de equidade de gênero", "programa de integridade", "prática de mitigação" e "sorteio" (art. 60 da Lei n.º 14.133/2021; e art. 55 da Lei n.º 13.303/2016), admitindo-se a regulamentação no âmbito da Ebserh (art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942), entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico, e cuidando para que os parâmetros estabelecidos sejam razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação (Acórdão TCU n.º 459/2023 - Plenário).

Consideradas as características da gestão em rede no âmbito da Ebserh, é recomendável que a regulamentação dos referidos critérios de desempate seja centralizada, com fundamento nas competências regimentais da Diretoria de Administração e Infraestrutura (art. 16, inciso IV, art. 17, inciso VI, e art. 89, inciso I, do Regimento Interno da Administração Central da Ebserh).

Portanto, sugere-se o encaminhamento deste processo à Diretoria de Administração e Infraestrutura, para que possa deliberar pela opção que considere mais adequada para o atendimento dos interesses da Ebserh.