

Processo: 1.0000.19.094365-4/000
Relator: Des.(a) Moreira Diniz
Relator do Acórdão: Des.(a) Moreira Diniz
Data do Julgamento: 07/11/0019
Data da Publicação: 08/11/2019

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO REALIZADA PELA SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL - FORNECIMENTO CONTÍNUO DE REFEIÇÕES E LANCHES PRONTOS PARA UNIDADES PRISIONAIS - QUESTIONAMENTO SOBRE O INDEFERIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO E SOBRE A HABILITAÇÃO DA EMPRESA QUE APRESENTOU A MELHOR PROPOSTA - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME - EDITAL ASSINADO PELO PREGOEIRO E PELO SUPERINTENDENTE DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA - RECURSO JULGADO PELO SUBSECRETÁRIO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA, LOGÍSTICA E TECNOLOGIA - PREVISÃO EDITALÍCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA JULGAR O RECURSO - ARTIGO 46, INCISO II, DO DECRETO ESTADUAL 47.087/16 - COMPETÊNCIA DA SUBSECRETARIA DE GESTÃO ADMINISTRATIVA, LOGÍSTICA E TECNOLOGIA PARA COORDENAR AS ATIVIDADES RELACIONADAS À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS - SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL - AUTORIDADE A QUEM NÃO CABE A PRÁTICA DO ATO IMPUGNADO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - ARTIGO 106, INCISO I, ALÍNEA "C", DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO - DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA COMUM DE PRIMEIRO GRAU.

- O Secretário de Administração Prisional não tem legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questiona o indeferimento de recurso administrativo apresentado na licitação realizada pela Secretaria de Estado de Administração Prisional, relativa a fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos para unidades prisionais, e a consequente habilitação da empresa que apresentou a melhor proposta, pois, de acordo com o ato reproduzido nos autos, o referido recurso foi decidido pelo Subsecretário de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia, a quem, segundo se extrai do edital e do artigo 45, inciso II, do decreto estadual 47.087/16, cabe coordenar as atividades relacionadas à contratação pretendida e homologar o processo licitatório.

- Considerando que as autoridades impetradas restantes não se inserem no rol do artigo 106, inciso I, alínea "c", da Constituição do Estado de Minas Gerais, este egrégio Tribunal não tem competência originária para processar e julgar o presente mandado de segurança, devendo o feito ser remetido à Justiça Comum de primeiro grau.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.19.094365-4/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): A C BATISTA ALIMENTAÇÃO LTDA - IMPETRADO(A)(S): ALAN JOHNY FRANCISCO DA SILVA ATRIBUIÇÃO DA PARTE EM BRANCO COMPONENTE DA COMISSÃO PROCESSANTE PERMANENTE, MARCELO GONÇALVES DA COSTA SECRETÁRIO DE ESTADO SECRETÁRIO ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL, PABLO HENRIQUE DE OLIVEIRA SILVA FERREIRA ATRIBUIÇÃO DA PARTE EM BRANCO PREGOEIRO OFICIAL DA SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL, SERGIO BARBOSA MENEZES SECRETÁRIO DE ESTADO ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL - LITISCONSORTE(S): APARECIDA REGINA CASSAROTTI EIRELI ATRIBUIÇÃO DA PARTE EM BRANCO LITISCONSORTE PASSIVO - INTERESSADO(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PRIMEIRA AUTORIDADE E DECLINAR DA COMPETÊNCIA.

DES. MOREIRA DINIZ
RELATOR.

DES. MOREIRA DINIZ (RELATOR)

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por AC Batista Alimentação Ltda. contra ato imputado ao Secretário de Estado de Administração Prisional, ao Pregoeiro Oficial da Secretaria de Estado de Administração Prisional, ao Secretário Adjunto de Administração Prisional e ao Componente da

Comissão Processante Permanente, figurando como litisconsorte passivo Aparecida Regina Cassarotti EIRELI.

A impetrante sustenta que "a Secretária de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais publicou edital do Pregão Eletrônico 046/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para o fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, às Unidades Prisionais: Presídio de São João del Rei e Presídio de Resende Costa"; que "a fase da Sessão Pública ocorreu em 09/05/2019 e iniciou-se às 11:04:43, com início do tempo randômico/aleatório às 11:26:15 e findado às 11:50:21, obtendo o menor lance a empresa Aparecida Regina Cassarotti (participante 177)", "após simultâneos lances automáticos dados por sua empresa, imediatamente após os lances da segunda colocada Impetrante do Presente (participante 185), todos com diferença de tempo de 01 (um) e 2 (dois) segundos, e lances de valores inferiores a R\$ 50,00 (cinquenta reais) com relação aos lances da segunda colocada (participante 185), conforme se observa na relação de lances anexo com informações públicas extraídas do lote do pregão, disponíveis no site <https://www1.compras.mg.gov.br/processocompra/pregao/consulta/dados/abaLotesPregao.html?aba=abaLotesCadastrados&idPregao=135387>"; que a empresa Aparecida Regina Cassarotti foi habilitada para o lote licitado, mas ficou clara a fraude ao certamente praticada pelo uso de robôs para oferta de lances, já que os lances eram imediatamente posteriores ao seu, com diferença de 01 e 02 segundos; que "para dar um lance o concorrente necessita praticar os seguintes passos: (1) Ver o lance ofertado pelo concorrente (2) Calcular a diferença do lance a ser ofertado para cobrir a proposta (3) Digitar o Valor no sistema, (4) Preencher o CAPTCHA, (5) envio da proposta", cabendo destacar que, no certame em questão, os lances foram realizados na casa de 9 dígitos, ou seja, algo humanamente impossível de ser feito em apenas 01 e 02 segundos; que, além disso, no caso em tela, o participante vencedor do certame realizou redução irrisória dos valores de lances (menos de R\$ 50,00) para cobrir as suas propostas da impetrante, o que presume levar ainda mais tempo para elaboração de cálculo e lance; que solicitou a realização de laudo técnico, no qual ficou constatada a real utilização de robôs; que "na ocasião inclusive fora elaborada petição de denúncia junto ao Tribunal de Contas do Estado, onde em liminar fora suspenso o certame", todavia tal liminar não foi referendada pelos demais, optando os conselheiros por aceitar a utilização dos robôs no certame, em total afronta aos princípios que norteiam a administração pública e em especial o regime licitatório; que, após a decisão do Tribunal de Contas, o certame foi homologado, sendo que interpôs recurso administrativo, mas este foi indeferido com base em fundamentos que não procedem; que "é inconteste que foi utilizado softwares de robô no referido certame conforme ficara comprovado na presente exordial, ademais a decisão de negativa é totalmente arbitrária, visto que não houve nenhuma decisão conclusiva do TCE tendo em vista que o processo ainda encontra-se em tramite junto ao Tribunal de Contas do Estado em fase de diligências para análises do fatos", ressaltando "que o próprio TCE concluiu no sentido de que houve sim a utilização de robôs no certame"; que "o sistema de CAPTCHA não promove nenhuma segurança ao sistema de pregão eletrônico, ao contrario do que é alegado na negativa administrativa", sendo que "o laudo técnico juntado representa de forma clara e inconteste que o sistema de CAPTCHA utilizado pela administração pública encontra-se ultrapassado, podendo ser facilmente burlado por softwares de robôs, cada dia mais sofisticados, e que são oferecidos livremente mercado online"; e que também não prospera a alegação de que os lances da empresa impetrada foram efetuados com intervalos mínimos de 6 (seis segundos) entre si, pois o que deve ser observado é a diferença de tempo entre os lances das concorrentes, os quais, no seu caso, foram de 01 a 02 segundos.

Alega, também, que há inúmeros sites de comercialização de software/robôs para pregões eletrônicos, o que reforça a prova da utilização de tal mecanismo pela empresa vencedora; que o laudo elaborado pelo técnico que contratou para examinar os lances aponta várias razões para se concluir pela utilização de robô no presente caso, como o comportamento linear apresentado nos intervalos temporais de lances da empresa vencedora, a incompatibilidade da velocidade e da frequência dos lances com o comportamento e habilidade do homem, o fato da licitante vencedora realizar lances sempre posteriores (em frações de segundos) ao seu, com a mesma diferença percentual de valores, e o fato de existir fortes indícios (intervalo de lances apresentados e tipo de validação de CAPTCHA) de que o Portal de Compras do Estado não possui um sistema eficiente anti-robôs; que seu representante "se deslocou até um Cartório de Registro Civil e Tabelionato de Notas, para que a sessão de lances fosse analisada por um Tabelião dotado de fé pública, que por sua vez emitiu suas conclusões do intervalo de tempo entre os lances ocorridos durante o pregão eletrônico, através de instrumento público, sem fazer juízo de valor, porém, reconhecendo 32 (trinta e dois) lances do fornecedor 177 (vencedor do certame) com intervalo de 1 (um) segundo cobrindo o fornecedor 185 (ora, recorrente)", "reconhecendo ainda, 7 (sete) lances do fornecedor 177 (vencedor do certame) em menos de 1 (um) segundo cobrindo o fornecedor 185 (ora, recorrente)", conforme ata notarial anexa; e que, se for admitida a utilização de robôs, haverá violação do princípio da isonomia, pois as empresas maiores e com mais recurso buscarão os melhores softwares, o que não poderá ser feito pelas empresas menores.

Defende, ainda, que há abuso de poder das autoridades coatoras que autorizaram a

utilização softwares robôs em processo licitatórios sem qualquer previsão em edital, afrontando os princípios da isonomia e da legalidade; que "a utilização deste artifício tecnológico traz franca desigualdade de disputa com os licitantes que realizam o preenchimento manual por operadores humanos, uma vez que mesmo um profissional treinado não é capaz de receber, compreender e enviar uma nova proposta em milésimos de segundo"; que "no certame em questão, com objeto licitatório na casa de Dez milhões de reais o robô cobriu o lance final da impetrante em menos de quarenta reais, portanto não trata-se de um lance com intuito não de apresentar uma melhor proposta mas tão somente para impedir a vitória da impetrante"; que "o Tribunal de Contas da União, no item 9.1 do Acórdão 2.601/2011-TCU-Plenário, determinou que fossem adotadas providências para afastar o uso de 'robôs' e garantir a observância da isonomia nos pregões eletrônicos" e, "como resultado, foi publicada a Instrução Normativa nº 03 de 2013 publicada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLITI/MPOG)", a qual estabeleceu que "na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a vinte (20) segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três (3) segundos"; que, no caso, o intervalo de tempo contraria as determinações da referida instrução normativa; que a referida instrução normativa regulamenta a matéria no âmbito da Administração Pública Federal, mas pode servir, também, por analogia, como parâmetro de utilização em âmbito Estadual e Municipal, na ausência de norma regulamentadora, uma vez que está em consonância com a garantia do princípio constitucional da isonomia, conforme previsto no caput do artigo 3º da lei 8.666/93; que "os fatos configuram a inobservância do princípio constitucional da isonomia, previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, visto que a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes"; que "nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei Estadual n. 14.167/2002, as normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não se comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação"; que "uma vez que não há na legislação que autorize, de forma prévia e expressa a utilização de robôs em licitações, não cabe a autoridade coatora autorizar tal prática tendo em vista que tal autorização afronta de forma clara o princípio da legalidade"; que "o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a administração", ou seja, contrariando uma das finalidades da licitação; e que, em razão de tudo isso "conclui-se, por inconteste a fraude ao certame praticada pela impetrada ao utilizar-se de softwares robôs devendo a mesma ser excluída do certame licitatório bem como proibida de participar de licitações por período não inferior a 2(dois) anos".

Pede a concessão de liminar para suspensão do certame e, ao final, a concessão da segurança para que seja determinado que a 1ª. autoridade coatora exclua do Pregão Eletrônico nº. 046/2019, Processo de Compra nº. 1451044, a empresa Aparecida Regina Cassarotti EIRELI, declarando-se, assim, nulos de pleno direito, todos os atos praticados pelas autoridades coadoras no referido certame, e impondo a realização de novo pregão eletrônico onde se oportunize igualdade entre as partes interessadas no objeto licitatório. Pede, também, que a referida empresa seja proibida de licitar frente ao Estado de Minas Gerais em punição a fraude praticada por no mínimo dois anos.

A liminar foi deferida, sendo ordenada a suspensão do certame (documento 26)

O Pregoeiro Oficial da Diretoria de Compras da Secretaria de Estado de Administração Prisional prestou informações (documento 36), alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita e a ausência de direito líquido e certo, por necessidade de dilação probatória.

O Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública prestou informações (documento 45) afirmando que, embora o mandado de segurança tenha sido impetrado contra ato do Secretário de Administração Prisional, passou a responder pelos atos imputados a este, pois a "Lei Estadual nº 23.304, de 30 de maio de 2019, que estabelece a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado, criou a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, a qual conta com as competências da Secretaria de Estado de Segurança Pública e da Secretaria de Estado de Administração Prisional, extintas a contar do dia 30 de junho de 2019". Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva do Secretário de Administração Prisional, "haja vista que este não foi o responsável pelo processo licitatório instaurado pelo Subsecretário de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia da extinta Secretaria de Estado de Administração Prisional (SEAP) e pelo Pregoeiro Oficial da Secretaria de Estado de Administração Prisional a partir da publicação do Edital de Licitação Modalidade Pregão Eletrônico nº 046/2019". Também alega preliminar de inadequação da via eleita e de ausência de direito líquido e certo, por ser necessária a dilação probatória.

A litisconsorte Aparecida Regina Cassarotti EIRELI apresentou defesa alegando preliminar de inadequação da via eleita (documento 52).

Não foram prestadas informações pelo Secretário Adjunto de Administração Prisional.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, no

mérito, pela denegação da segurança (documento 57).

Primeiramente cumpre apreciar a alegação de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Administração Prisional, que é a autoridade responsável por atrair a competência originária deste Tribunal para a apreciação do mandado de segurança.

O primeiro ponto a ser esclarecido é que a lei estadual 23.304/19, que entrou em vigor em 30/06/19, criou a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, a qual assumiu as competências da Secretaria de Estado de Segurança Pública e da Secretaria de Estado de Administração Prisional (art. 65).

Assim, a autoridade máxima, no que diz respeito à extinta Secretaria de Estado de Administração Prisional, passou a ser o Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, razão pela qual se mostra admissível as informações por este prestada em nome do Secretário de Estado de Administração Prisional.

De qualquer forma, independentemente de tal alteração, o fato é que não há, no presente caso, legitimidade passiva de qualquer Secretário de Estado, seja ele o Secretário de Administração Prisional ou seu sucessor.

O presente mandado de segurança foi impetrado por uma participante do Pregão Eletrônico nº. 46/2019, Processo de Compra nº. 1451044 00006/2019, questionando o indeferimento de seu recurso administrativo e pedindo a anulação do certame, no qual foi habilitada a empresa Aparecida Regina Cassarotti EIRELI, sob o fundamento de que esta teria utilizado de software para inserir propostas de forma robotizada.

Ocorre que o Secretário de Estado de Administração Prisional não é o responsável pelo edital da licitação, pela habilitação da empresa, pela adjudicação do objeto, pela homologação do resultado e nem pelo julgamento do recurso administrativo.

O edital está assinado pelo Pregoeiro Oficial e pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística.

Ademais, o item 10.4 do edital estabelece:

"Decididos os recursos porventura interpostos e constada a regularidade dos atos procedimentais pela autoridade competente, esta adjudicará o objeto ao licitante vencedor e homologará o procedimento licitatório".

Conforme se verifica no documento eletrônico de ordem 05, a autoridade responsável por julgar o recurso administrativo da impetrante foi o Subsecretário de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia. Aliás, a publicação do julgamento no Diário Oficial está em nome da referida autoridade e não do Secretário de Estado de Administração Prisional.

Segundo a cláusula do edital retromencionada, a autoridade que julga o recurso é a mesma que irá homologar o procedimento licitatório.

O argumento apresentado pela impetrante na inicial da ação para incluir o Secretário de Administração Prisional no polo passivo é de que este seria o responsável pela apreciação e julgamento do recurso hierárquico, na forma do parágrafo 4º, do artigo 109, da lei 8.666/93.

Todavia, conforme já destacado, o documento eletrônico de ordem 05 demonstra que foi o Subsecretário de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia quem, "nos termos do artigo 109, parágrafo 4º, da Lei Federal nº. 8.666/1993", julgou o recurso administrativo.

Destaque-se que, de acordo com o item 9.6.2 do edital, se o Pregoeiro mantiver sua decisão, deve encaminhar o recurso para a autoridade competente, conforme artigo 8º. do decreto estadual 44.786/08, segundo o qual a autoridade competente é aquela designada na forma prevista no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade.

Segundo o artigo 46, inciso II, do decreto estadual 47.087/16, que regulamentava a então Secretaria de Administração Prisional, a Subsecretaria de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia tem como competência, entre outras atribuições, coordenar, orientar, acompanhar e avaliar as atividades relacionadas à contratação de serviços continuados, no que se inclui o objeto licitado, que é o fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, a determinadas unidades prisionais.

Ou seja, o Subsecretário de Gestão Administrativa, Logística e Tecnologia é quem tem como competência a coordenação das atividades relacionadas às contratações de serviços continuados na Secretaria de Administração Prisional.

Ademais, a impetrante não apresentou norma que indique que a competência para decidir o recurso administrativo e homologar o concurso é do Secretário de Administração Prisional.

Por tudo isso, forço é o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Secretário de Administração Prisional, que foi sucedido pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

E nem se alegue que ao caso se aplicaria a teoria encampação, pois, para tanto, seria necessário, além da existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que praticou o ato, a não ocorrência de modificação da competência.

A competência para julgar mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado é, originariamente, do Tribunal de Justiça (art. 106, I, "c", CEMG), o que não ocorre em relação às demais

autoridades incluídas no polo passivo (Pregoeiro Oficial da Secretaria de Estado de Administração Prisional, Secretário Adjunto de Administração Prisional e Componente da Comissão Processante Permanente).

No mais, registro que, com a exclusão do Secretário de Estado do polo passivo, não há competência originária deste Tribunal para analisar e decidir qualquer questão do mandado de segurança, cabendo ao juiz para o qual o feito for distribuído analisar a correta composição do polo passivo e determinar as medidas cabíveis.

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade do Secretário de Administração Prisional, sucedido pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, excluindo-o do polo passivo do mandado de segurança; conseqüentemente, determino a remessa dos autos à primeira instância, para redistribuição a uma das varas de Fazenda Pública Estadual da comarca de Belo Horizonte, tendo em vista que as autoridades remanescentes são autoridades estaduais (sede funcional na capital) e não se inserem no rol do artigo 106, inciso I, alínea "c", da Constituição do Estado de Minas Gerais e considerando a sede funcional dos mesmos.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo com o Relator.

DES. ANA PAULA CAIXETA - De acordo com o Relator.

DES. RENATO DRESCH - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

SÚMULA: ACOLHERAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PRIMEIRA AUTORIDADE, E DECLINARAM DA COMPETÊNCIA