

REEXAME

PROCESSO: 1066880

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: A. C. Batista Alimentação Ltda.

DENUNCIADO: Secretaria de Estado de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais - SEAP

ANO REF.: 2019

1 - INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Denúncia, com pedido de concessão de medida cautelar, oferecida por A. C. Batista Alimentação Ltda., em face de suposta irregularidade ocorrida na condução do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019, deflagrado pela Secretaria de Estado de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais – SEAP, que tem como objeto 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, em lote único, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas” (fls. 1/12 e 34 das Peças 11 e 253 do SGAP).

Após o exame do pleito cautelar, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro determinou, em juízo de cognição sumária, a suspensão do Pregão Eletrônico n. 46/2019 (Peças 3 e 270 do SGAP), ao argumento de que *“a utilização de software de remessa automática de propostas configurou, no caso concreto, afronta ao princípio da isonomia, insculpido no art. 3º da Lei n. 8.666/1993”*.

Entretanto, na 21ª Sessão Ordinária, realizada em 18/06/2019, o colegiado da Primeira Câmara desta Corte, com fundamento no voto divergente apresentado pelo Conselheiro Sebastião Helvécio, decidiu não referendar a decisão monocrática que determinou a suspensão do Pregão Eletrônico n. 46/2019, sob o fundamento de que houve competitividade no certame e que os

princípios da economicidade, celeridade e eficiência devem ser sopesados em conjunto com o da isonomia (Peças 6, 7, 8, 272 e 273 do SGAP).

Posteriormente, os autos foram encaminhados para análise inicial desta Coordenadoria, que propôs a suspensão do andamento do feito até que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais prolatasse decisão de mérito no Mandado de Segurança n. 1.0000.19.094365-4/000 impetrado pela empresa A. C. Batista Alimentação Ltda., cujo objeto é idêntico ao tratado nesta Denúncia (Peças 8 e 9 do SGAP).

A seu turno, o Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas pugnou, com base no princípio da independência das instâncias, o prosseguimento do processo no âmbito desta Corte, além da citação dos responsáveis (Peça 10 do SGAP). Nessa etapa processual, observa-se que o processo foi digitalizado (Peças 11 e 12 do SGAP), em cumprimento ao disposto no § 4º do art. 2-A da Portaria nº 20/PRES./2020 (Peça 13 do SGAP).

Em seguida, nos termos da decisão constante à Peça 14 do SGAP, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro determinou a citação dos Srs. Mário Lúcio Alves de Araújo, Secretário de Estado de Segurança Pública; Gustavo Henrique Wykrota Tostes, Secretário de Estado Adjunto; Pablo Henrique de Oliveira Silva Ferreira, Pregoeiro, subscritor do edital; Marcio Fernandes Guimarães Junior, Superintendente de Infraestrutura e Logística, subscritor do edital; Angelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro Suplente; Otto Alexandre Levy Reis, Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, titular do órgão gestor do Sistema Portal de Compras; os membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosario Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, bem como da empresa vencedora do certame, Aparecida Regina Cassarotti – EIR.

Consoante consta na certidão juntada à Peça 290 do SGAP, verifica-se que a Secretaria da Segunda Câmara informou que houve a manifestação dos interessados, sendo, na sequência, os autos encaminhados para reexame desta Coordenadoria, nos termos do despacho constante à Peça 14 do SGAP.

2 – DAS MANIFESTAÇÕES APRESENTADAS

Em observância à extensa¹ documentação acostada aos autos, nota-se que a empresa Aparecida Regina Cassarotti – Eireli apresentou defesa à Peça 27 do SGAP, conforme certidão da Segunda Câmara constante à Peça 28 do SGAP. Além do mais, manifestaram-se conjuntamente à Peça 284 do SGAP: Pablo Henrique de Oliveira Silva Ferreira, Pregoeiro e subscritor do edital à época, Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época, Ângelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro Suplente à época, além de Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, membros da equipe de apoio à época.

Também houve manifestação de Mario Lucio Alves de Araujo, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, à Peça 30 do SGAP. Já Gustavo Henrique Wykrota Tostes, Secretário de Estado Adjunto, acostou sua manifestação à Peça 247 do SGAP. Destaca-se que Otto Alexandre Levy Reis, Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, titular do órgão gestor do Sistema Portal de Compras manifestou-se à Peça 282 do SGAP. Infere-se que existem pontos em comum nas manifestações apresentadas, motivo pelo qual, primeiramente, o teor das alegações será descrito e posteriormente, as alegações serão agrupadas para análise única, realizada a partir do item 3 deste relatório.

2.1 – DA MANIFESTAÇÃO APRESENTADA POR APARECIDA REGINA CASSAROTTI – EIRELI

A empresa vencedora do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019, Aparecida Regina Cassarotti – Eireli, apresentou defesa à Peça 27 do SGAP, conforme certidão da Segunda Câmara constante à Peça 28 do SGAP.

¹ Nos termos da certidão emitida pela Secretaria da Segunda Câmara (Peça 288), foram juntados autos a documentação constante nas Peças 29 a 245 do SGAP, encaminhadas pela SEJUSP; a documentação constantes nas Peças 246 a 278 do SGAP, encaminhada por Gustavo Henrique Wykrota Tostes; a documentação constante nas Peças 279 e 280 do SGAP, encaminhada por Otto Alexandre Levy Reis; a documentação constante nas Peças 281 e 282 do SGAP, encaminhada pela SEPLAG, e a documentação constantes nas Peças 283 a 287 do SGAP, encaminhada por Angelo Fernando Van Doornik, Daniela Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do

Em suas alegações, a empresa sustenta que a denunciante é a atual prestadora de serviços e que teve o contrato renovado em virtude da suspensão do andamento do Pregão Eletrônico n. 046/2019.

Em seguida a defendente declara que ofertou o menor preço no certame, consistente em “13,59% abaixo do valor orçado” (pág. 3 do arquivo constante à Peça 27 do SGAP), gerando, no seu entender, economia para o Estado de Minas Gerais.

Além disso, a defendente esclarece que o laudo apresentado pela denunciante não pode ser utilizado como meio de prova, não existindo, no seu entender, impedimento legal para o uso da robótica.

A despeito disso, a defendente assevera que não fez uso da robótica, possuindo “6 funcionários a cada pregão e cada um tem a perícia de rapidamente cumprir o seu papel” e que “no certame em questão, 2 computadores estavam logados ao mesmo tempo, sendo que 2 colaboradores da equipe realizavam os cálculos dos lances e dois colaboradores ofertavam os lances simultaneamente” (pág. 5 do arquivo constante à Peça 27 do SGAP).

Ainda, afirma a defendente que a situação já teria sido avaliada pela SEPLAG, na qualidade de órgão gestor do sistema portal de compras, a qual conclui não existir indícios de qualquer irregularidade no certame.

2.2 - DA MANIFESTAÇÃO APRESENTADA POR PABLO HENRIQUE DE OLIVEIRA SILVA FERREIRA, MARCIO FERNANDES GUIMARÃES JUNIOR, ANGELO FERNANDO VAN DOORNIK, DANIEL AGUIAR RANGEL, LEANDRO DAVID METZKER, LUDMILA DO ROSARIO MORAES E VANESSA ESTER PROFETA DA LUZ.

Por meio do Ofício SEJUSP/DCO n. 103/2020 (Peça 284 do SGAP), manifestaram-se de forma conjunta os seguintes responsáveis: 1) Pablo Henrique de Oliveira Silva Ferreira, Pregoeiro e subscritor do edital à época; 2) Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época; 3) Ângelo Fernando Van Doornik, Pregoeiro Suplente à época; além de 4) Daniel Aguiar Rangel; 5) Leandro David Metzker; 6) Ludmila do Rosário Moraes e 7) Vanessa Ester Profeta da Luz, membros da equipe de apoio à época.

2.2.1 – DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA APRESENTADA PELOS MEMBROS DA EQUIPE DE APOIO

Inicialmente, os membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, pleiteiam o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva.

Argumentam que, apesar de terem sido designados para compor a equipe de apoio do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019, isso, por si só, “não configura que tenham atuado nos procedimentos do certame em voga” (pág. 5 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP). Os defendentes sustentam que:

[...] o designativo de equipe de apoio restringe-se às atividades de suporte operacional ao pregoeiro, durante a condução do certame. Ressalta-se que a equipe de apoio atua no procedimento licitatório apenas com atividades de suporte e auxílio, não assumindo, consequentemente, a responsabilidade pelos atos do pregoeiro. Desse modo, não há que se imputar qualquer responsabilidade à equipe de apoio, uma vez que no Pregão Eletrônico, objeto dos presentes autos, os membros apenas compuseram a equipe para auxílio do pregoeiro, mas não atuaram no certame.

Acrescentam que “as alegações suscitadas pela denunciante perpassam por atos ocorridos durante a sessão de lances, cuja condução por força legal não compete aos membros da equipe de apoio”, pugnando, assim, pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva (pág. 6 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

2.2.2 – DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA APRESENTADA PELO SUPERINTENDENTE DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA

De modo semelhante, Márcio Fernandes Guimarães Júnior, Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época, pleiteia o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que a denúncia foi protocolada nesta Corte em 30/5/19 e que nessa mesma data foi publicado no Diário Oficial de Minas Gerais o ato pelo qual deixava de responder pela Superintendência de Infraestrutura e Logística, a contar de 20/5/19.

Acrescenta que a empresa denunciante somente manifestou a intenção de interpor recurso em 12/6/19, momento em que não mais exercia o cargo de Superintendente de Infraestrutura e Logística. Nesse contexto, o defendente alega que, quando deixou o cargo, todo o procedimento “estava a contento”.

2.2.3 – DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO

Os defendentes pleiteiam, com fundamento no art. 171 da Resolução n. 102/2008 (Regimento Interno), o sobrestamento do andamento da Denúncia 1066880 até o julgamento de ações judiciais que tratam do mesmo assunto.

Nessa linha, os defendentes declaram que, em vistas das especificidades abordadas nesta denúncia, “cujo objeto está sendo discutido nos processos judiciais 1.0000.19.094365-4/000 redistribuído à 1ª instância e no Processo nº 5159084-76.2019.8.13.0024, Tutela Cautelar Antecedente para produção de prova pericial [...]”, deve-se optar pela suspensão do andamento do processo nesta Corte (pág. 7 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP). Além disso, os defendentes citam julgado deste Tribunal e parecer da lavra do Ministério Público de Contas para amparar o pedido formulado, aduzindo que em situações excepcionais é conveniente sobrestar o andamento do processo para evitar a prolação de decisões conflitantes.

2.2.4 – DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS SOBRE A SITUAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 1451044000046/2019 E AÇÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DO ASSUNTO

Os defendentes relatam que o processo licitatório deflagrado tinha por objeto o fornecimento de refeições e lanches, na forma transportadas, ao Presídio de São João Del Rei e ao Presídio de Resende Costa.

Esclarecem que o Núcleo de Acompanhamento de Contratos verificou a necessidade de abertura de novo certame “após os devidos procedimentos para avaliação da vantajosidade econômica da renovação dos contratos que acobertavam o fornecimento de refeição e ou lanches para as Unidades Prisionais objeto do certame” (pág. 10 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Ademais, os defendentes trazem informações sobre os instrumentos que acobertavam o fornecimento de alimentação no Presídio de São João Del Rei e no Presídio de Resende Costa, cuja contratada, em ambos os casos, era a empresa denunciante, A. C. Batista Alimentação Ltda.

Os defendentes relatam que a Assessoria Jurídica opinou pela viabilidade da realização do certame, tendo o edital sido publicado no Diário Oficial de 24/4/19 e no Jornal “O Tempo”, com data prevista para realização da Sessão do Pregão em 9/5/19 às 11 horas. Segundo os defendentes, não consta no SEI – Processo n. 1450.01.0019173/2019-89, o registro de impugnação ao edital.

Prosseguem os defendentes esclarecendo que a Sessão do Pregão ocorreu na data prevista, em 9/5/19, às 11 horas, tendo o licitante Aparecida Regina Cassaroti apresentado a proposta mais vantajosa, sendo notificada para comprovar o atendimento dos critérios de habilitação previstos no instrumento convocatório, o que foi, segundo os defendentes, regularmente realizado. Em 12/6/19, os defendentes relatam que a sessão pública do pregão foi retomada, tendo sido habilitada a empresa Aparecida Regina Cassaroti, “cuja proposta final fora aceita no valor total de R\$ 8.844.959,99 [...]” (pág. 11 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP). Nessa mesma sessão, a denunciante manifestou a intenção de interpor recurso, tendo sido concedido o prazo recursal.

Ainda em 12/6/19, os defendentes relatam que a Comissão de Permanente de Licitação teve conhecimento da existência do processo nesta Corte de Contas, assim como da decisão monocrática prolatada pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, que determinou a

suspensão cautelar do certame. Os defendentes informam que o andamento do pregão foi suspenso, tendo sido realizada publicação no quadro de avisos do portal de compras no dia 13/6/19 e no Diário Oficial de Minas Gerais do dia 14/6/19 (pág. 12 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Em face da decisão monocrática não ter sido referendada pela Primeira Câmara desta Corte, os defendentes explicam que o certame foi retomado para reabertura do prazo para apresentação das razões e contrarrazões de recurso, cuja publicação teria sido realizada no quadro de avisos do sistema portal de compras em 15/7/19.

Após ter sido interposto recurso administrativo pela empresa A. C. Batista Alimentação Ltda., com contrarrazões oferecidas pela empresa Aparecida Regina Cassarotti, a Comissão Permanente de Licitação teria negado provimento ao mérito da irresignação, conforme relatam os defendentes. Acrescentam os defendentes que o recurso foi submetido à autoridade administrativa superior, que também negou provimento ao mérito, ratificando a decisão recorrida.

Paralelamente ao processo instaurado perante esta Corte, os defendentes relatam que a denunciante interpôs o Mandado de Segurança n. 1.0000.19.094365-4/000, que tramitou perante a 4ª Câmara Cível do TJMG.

Em 8/8/19, os defendentes relatam que a 4ª Câmara Cível do TJMG deferiu o pedido liminar para suspender o certame. Essa suspensão, segundo os defendentes, “permanece até o presente momento” (pág. 14 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Em face da decisão liminar, os defendentes esclarecem que o Estado de Minas Gerais interpôs o Agravo Interno n. 1.0000.19..094365-4/0001 (Peça 261 do SGAP), que não foi conhecido pelo Tribunal por perda de objeto, uma vez que na sessão de 7/11/19 houve o julgamento do mandado de segurança, no qual foi reconhecida a ilegitimidade passiva do Secretário de Administração Prisional, dando ensejo a declinação da competência para o juízo de primeiro grau (Peça 260 do SGAP).

Teria sido oposto embargos de declaração (n. 1.0000.19.094365-4/000 – Peça 262 do SGAP) para que o Tribunal se manifestasse expressamente sobre a manutenção ou a revogação da liminar anteriormente concedida, mas os embargos de declaração foram rejeitados (pág. 17 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP). Assim, os defendentes salientam que não houve decisão de mérito e que a “controvérsia que cinge a utilização ou não de *software* ‘robô’ durante a sessão pública do certame em comento ainda não foi aclarada” (pág. 17 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Além disso, os defendentes fazem menção ao Ofício SEPLAG/CENTRAL n. 133/2019 (págs. 7/8 do arquivo constante à Peça 42 do SGAP), no qual a Subsecretaria de Gestão e Logística da SEPLAG informa não ter identificado indícios de irregularidades na etapa de lances “nem situação que caracterizaria provável uso de ‘robô’ que teria sido utilizado ilegalmente para cobrir lances” (pág. 15 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Registram os defendentes que a empresa A. C Batista Alimentação Ltda. ajuizou a Tutela Cautelar Antecedente n. 5159084.76.2019.8.13.0024 (Peça 276 do SGAP), atualmente em trâmite perante a 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte – MG, “objetivando constituir produção de prova de modo a comprovar se houve ou não o uso ilegal de *software* de robô durante o certame” (pág. 18 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP).

Nessa perspectiva, os defendentes relatam que em 21/11/19 foi determinada a realização da perícia de informática requerida pela empresa A. C Batista Alimentação Ltda e que a Advocacia Geral do Estado solicitou que a SEJUSP e a SEPLAG apresentassem quesitos, assim como indicassem assistente técnico para acompanhar a perícia do sistema do Portal de Compras e a participação de robôs em procedimentos licitatórios.

Ao final, os defendentes sustentam a ausência de responsabilidade das autoridades em eventual ilegalidade na participação dos licitantes no certame. Segundo os defendentes “não se pode exigir que os mesmos identifiquem de ofício a utilização do robô, haja vista que não existe um sistema próprio para identificação desse tipo de programa” (pág. 22 do arquivo constante à Peça 284 do SGAP). Além disso, os defendentes relatam que não poderiam averiguar a possibilidade de

utilização de software no sistema do portal de compras que é gerido pela SEPLAG e que o próprio órgão gestor do sistema manifestou-se no sentido de não terem sido encontrados indícios de irregularidades na etapa de lances do certame.

2.3 – DAS MANIFESTAÇÕES APRESENTADAS POR MARIO LÚCIO ALVES DE ARAÚJO, GUSTAVO HENRIQUE WYKROTA TOSTES E OTTO ALEXANDRE LEVY REIS

Destaca-se que Otto Alexandre Levy Reis, Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, titular do órgão gestor do Sistema Portal de Compras manifestou-se à Peça 282 do SGAP, apenas remetendo a cópia do Memorando.SEPLAG/CSC. n. 185/2020, da lavra do Centro de Serviços Compartilhados da SEPLAG, com informações referentes à denúncia formulada por A.C. Batista Alimentação Ltda. Vale salientar que o documento encaminhado faz menção ao Memorando. SEPLAG/SUDILOG. n. 32/2020, procedente da Superintendência de Diretrizes e Inovação na Gestão Logística e Patrimonial desta Subsecretaria, que contém informações e esclarecimentos do tema tratado nesta denúncia.

Também houve manifestação de Mario Lucio Alves de Araújo, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, à Peça 30 do SGAP. Já Gustavo Henrique Wykrota Tostes, Secretário de Estado Adjunto, acostou sua manifestação à Peça 247 do SGAP. Da leitura das manifestações apresentadas, infere-se que todas possuem o mesmo teor e se assemelham ao que foi disposto na defesa dos membros da equipe de apoio, notadamente quanto ao descrito no item 2.2.4 deste relatório.

3 – ANÁLISE

3.1 – DAS PRELIMINARES

Conforme relatado nos itens 2.2.1 e 2.2.2 deste relatório, os membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, assim como o Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época,

Márcio Fernandes Guimarães Júnior, pleiteiam o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva.

De início, ressalta-se que não merece ser acolhido o argumento apresentado pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística de que somente teria tomado conhecimento da suposta irregularidade narrada na denúncia após deixar de exercer o cargo em 20/5/19, o que, no seu entender, afastaria sua responsabilização por eventuais irregularidades. Isso se deve ao fato de que a sessão de pregão ocorreu em 9/5/19, oportunidade em que o defendente desempenhava as atribuições inerentes ao cargo de Superintendente de Infraestrutura e Logística, o que pode ensejar a sua responsabilização por possíveis irregularidades.

Entretanto, com base em outra fundamentação, entende-se que pode ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva apresentada pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística, tendo em vista que a possível irregularidade discutida nos autos teria ocorrido na etapa de lances do pregão, da qual não se vislumbra a participação do defendente, conforme se infere do teor da ata do pregão (págs. 70/96 do arquivo constante à Peça 12 do SGAP). É importante ressaltar que não se discute nos autos eventuais irregularidades relativas a cláusulas constantes no instrumento convocatório, o que poderia atrair a legitimidade da parte, já que ele foi o subscritor do edital do certame. Não ficou, portanto, evidenciada a conduta do responsável, assim como o correspondente nexos causal com as irregularidades apontadas na denúncia, elementos que devem ser preenchidos para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas.

De modo semelhante, merece ser acolhida a preliminar apresentada pelos membros da equipe de apoio.

O principal argumento apresentado pelos defendentes é de que a equipe de apoio atuou sob a condução do pregoeiro, prestando-lhe suporte operacional. Diferentemente dos membros da comissão de licitação, cuja responsabilidade solidária encontra-se prevista no art. 51, § 3º da Lei n. 8.666/93, a Lei n. 10.520/02 não tratou especificamente do assunto.

A despeito disso, infere-se que os membros da equipe de apoio prestam apenas auxílio aos atos praticados pelo pregoeiro. Isso porque, da leitura do art. 9º, inciso III e XII, do Decreto Estadual

n. 44786, de 18/04/2008, vigente à época dos fatos, nota-se que cabe ao pregoeiro a definição das atribuições dos membros da equipe de apoio (inciso III) e a coordenação dos trabalhos da equipe de apoio (inciso XII). Vale mencionar que a norma em referência foi revogada pelo Decreto Estadual n. 48.012, de 22/07/2020, que dispõe, em seu art. 18 que “caberá à equipe de apoio auxiliar o pregoeiro nas etapas do processo licitatório”.

Ainda nessa linha, percebe-se que o poder decisório foi concedido ao pregoeiro, conforme se pode extrair da redação de alguns incisos do art. 9º do Decreto Estadual n. 44786, de 18/04/2008, abaixo transcritos:

Art. 9º – As atribuições do pregoeiro incluem:

I – a **decisão** sobre a impugnação do edital, sendo ouvido, por intermédio da autoridade competente, o setor responsável pela elaboração do edital e Termo de Referência, ou o órgão jurídico, conforme o caso;

[...]

VII – a **condução** dos procedimentos relativos aos lances;

VIII – a **decisão** sobre a aceitabilidade da proposta-lance de menor preço, quando a proposta/lance satisfizer os requisitos de qualidade estabelecidos no edital;

IX – **análise e decisão** sobre a habilitação do licitante ofertante do menor preço;

X – a **adjudicação** do objeto ao ofertante da proposta-lance de menor preço, quando não houver recurso, ou, quando interposto, for acolhido pelo próprio pregoeiro;

[...]

(grifo nosso)

Merece destaque que o entendimento exarado por esta Corte no julgamento da Denúncia n. 924135, cujo o item 1 do acórdão foi assim ementado:

O designativo de equipe de apoio sugere que as atribuições de seus membros restringem-se às atividades de suporte operacional ao pregoeiro, durante a condução do certame. A equipe de apoio atua no procedimento licitatório apenas com atividades de suporte e auxílio, não assumindo, consequentemente, a responsabilidade pelos atos do pregoeiro. (Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, 7ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 17/03/2016).

Em situação análoga, o TCU asseverou, no bojo do Acórdão 3178/2016-Plenário, que:

A responsabilidade dos integrantes da equipe de apoio ao pregoeiro somente emerge se agirem com dolo, cumprirem ordem manifestamente ilegal ou deixarem de representar à autoridade superior na hipótese de terem conhecimento de ilegalidade praticada pelo pregoeiro, uma vez que os membros da equipe dão suporte a este, mas não praticam atos decisórios e não avaliam questões de mérito do certame, cuja competência é do pregoeiro.

Assim, o poder decisório foi concedido ao pregoeiro, restando a equipe de apoio as atividades de suporte e auxílio. Portanto, não se vislumbra nos autos indicativo de que a equipe de apoio tenham praticado atos decisórios na sessão do pregão, cuja ata foi assinada pelo pregoeiro Pablo Henrique de Oliveira Silva Ferreira (págs. 70/96 do arquivo constante à Peça 12 do SGAP).

Diante do exposto, esta Unidade Técnica propõe o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, assim como pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época, Márcio Fernandes Guimarães Júnior.

3.2 – DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO

Conforme relatado no item 2.2.3 deste relatório, os membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, assim como o Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época, Márcio Fernandes Guimarães Júnior, pleiteiam, com fundamento no art. 171 da Resolução n. 102/2008 (Regimento Interno), o sobrestamento do andamento da Denúncia 1066880 até o julgamento de ações judiciais que tratam do mesmo assunto. Também houve pedido de sobrestamento nas manifestações de Mario Lucio Alves de Araújo, Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública (Peça 30 do SGAP) e de Gustavo Henrique Wykrota Tostes, Secretário de Estado Adjunto (Peça 247 do SGAP).

De início, vale mencionar que no exame preliminar, esta Unidade Técnica propôs o sobrestamento do andamento deste feito até que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais prolatasse

decisão de mérito no Mandado de Segurança n. 1.0000.19.094365-4/000 impetrado pela empresa A. C. Batista Alimentação Ltda., cujo objeto é idêntico ao tratado nesta Denúncia (Peças 8 e 9 do SGAP).

Em sentido diverso, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com base no princípio da independência das instâncias, requereu o prosseguimento do processo no âmbito desta Corte, além da citação dos responsáveis (Peça 251 do SGAP). Em seguida foi determinada a citação dos responsáveis pelo Conselheiro Relator (Peça 14 do SGAP).

Passando a análise das manifestações apresentadas e, em consulta ao andamento processual das ações judiciais mencionadas pelos defendentes, vislumbra-se que ainda não foi prolatada decisão de mérito acerca da possível irregularidade relacionada ao uso de *software* de remessa automática de propostas na etapa de lances do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019.

A propósito, segundo se infere da decisão proferida pela 4ª Câmara Cível do TJMG nos autos do Mandado de Segurança n. 1.0000.19.094365-4/000, houve o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo do Secretário de Administração Prisional, sucedido pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, com o consequente declínio da competência para o juízo de primeiro grau (Peças 260/262 do SGAP):

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; consequentemente, 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.

Já na Tutela Cautelar Antecedente n. 5159084-76.2019.8.13.0024 (5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte), ajuizada por A. C Batista Alimentação Ltda em face de Aparecida Regina Cassarotti e o Estado de Minas Gerais, observa-se que houve determinação para realização de perícia de informática em 21/11/2019 (Peça 276 do SGAP). Da leitura do despacho prolatado no dia 3/6/20 nota-se que houve a substituição do perito anteriormente

designado (Peça 278 do SGAP). Porém, em recente despacho, prolatado no dia 17/11/20, o juízo se manifestou no seguinte sentido:

Vistos etc.

Antes de dar prosseguimento à produção da prova requerida, intime-se a parte autora para impugnar a contestação apresentada, manifestando-se especialmente sobre a preliminar de ausência de interesse processual, bem como, para que junte aos autos, cópia da inicial do Mandado de Segurança apontado pelo Réu, bem como seu andamento atual, no prazo de 15 (quinze) dias.

Observa-se que ainda não ocorreu a realização da perícia de informática deferida pela 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Portanto, o estado das apurações perante o Poder Judiciário é incipiente, não havendo decisão meritória acerca do tema central tratado nos autos. Se existisse decisão de mérito transitada em julgado, poderia se questionar a atuação desta Corte, tendo em vista o disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No mesmo contexto, cita-se² o art. 467 c/c os arts. 471 e 473 do Código de Processo Civil.

Não se trata, contudo, da situação dos autos, não subsistindo, em princípio, razões para obstar o exercício do controle.

Esse tem sido o entendimento desta Corte, que se manifesta no sentido de que a mera existência de processo judicial não constitui impedimento à atuação do Tribunal, tendo em vista a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, bem como da competência constitucionalmente reservada a cada órgão.

² Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

[...]

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

[...]

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

A esse respeito, foi assegurado aos Tribunais de Contas o exercício do controle externo da Administração Pública, nos termos do art. 71 da Constituição da República. Cita-se arestos nessa linha:

A existência de processo judicial não constitui óbice à atuação do Tribunal tendo em vista a competência constitucional própria assegurada aos Tribunais de Contas para o exercício do controle externo da Administração Pública, em especial para a apreciação de prestações e tomadas de contas, conforme julgados do Supremo Tribunal Federal [...]. (Tomada de Contas Especial n. 875750. Relator Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Sessão da Primeira Câmara do dia 13/02/2019).

Além do mais:

É entendimento consolidado neste Tribunal que a existência de ação judicial, por si só, não constitui óbice ao exercício da competência constitucional atribuída às Cortes de Contas, em vista da independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. [...] (Tomada de Contas Especial n. 838712. Relator Conselheiro Durval Ângelo. Sessão da Primeira Câmara do dia 23/10/2018).

Diante do exposto, revendo o seu posicionamento preliminar e, na esteira do estudo apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas à Peça 10 do SGAP, esta Unidade Técnica propõe a rejeição do pedido de suspensão do andamento do feito.

3.3 - DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO USO DE SOFTWARE DE REMESSA AUTOMÁTICA DE PROPOSTAS NA ETAPA DE LANCES DO PREGÃO ELETRÔNICO N. 046/2019 – PROCESSO DE COMPRA N. 1451044000046/2019

O tema em debate nos autos diz respeito ao possível uso de *software* de remessa automática de propostas na etapa de lances do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019.

Mais especificamente, percebe-se que a discussão central gira em torno de duas questões: 1) se a utilização de *softwares* de envio automático de lances no pregão prejudica a competitividade e a isonomia; 2) se houve a utilização de *softwares* de envio automático de lances pela empresa vendedora do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019.

Como já exposto, na análise da medida cautelar, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro constatou, em juízo de cognição sumária, que (Peças 3 e 270 do SGAP):

Compulsando os autos, às fls. 290/297, constatei que a empresa declarada vencedora do certame (F000177) apresentou inúmeros lances, conforme registrado na ata da sessão do pregão, em um lapso temporal de um segundo após a oferta da segunda colocada (F000185), cobrindo regularmente o preço da proposta anterior em uma faixa aproximada de valores entre R\$ 30,00 (trinta reais) a R\$ 50,00 (cinquenta reais), ou seja, valores irrisórios se comparados ao montante total previsto para a contratação (sem ICMS) de R\$ 10.181.643,06 (dez milhões, cento e oitenta e um mil, seiscentos e quarenta e três reais e seis centavos), à fl. 95.

Assim, em juízo de cognição sumária, entendo que a apresentação de diversos lances com redução irrisória dos preços, em tempo igual ou inferior a um segundo, indica, de fato, que a primeira colocada (F000177) utilizou-se de *software* de remessa automática de propostas ao longo da sessão eletrônica.

Ocorre que a Primeira Câmara desta Corte não referendou a decisão monocrática que determinou a suspensão do Pregão Eletrônico n. 46/2019, com fundamento no voto divergente apresentado pelo Conselheiro Sebastião Helvécio (Peças 6, 7, 8, 272 e 273 do SGAP), cujo excerto é abaixo transcrito:

[...]

Tenho três pontos a serem devidamente observados.

O primeiro deles é que não há nenhum impedimento legal para utilização de robótica em procedimentos da Administração Pública, especialmente na realização de lances em Pregão Eletrônico.

O que nós temos restrição – e às vezes nós as fazemos –, é a aplicação do Pregão Eletrônico quando você quer fazer uma medida de uma compra pública como uma política pública, para você estimular o desenvolvimento regional, e, muitas vezes, o Pregão Eletrônico aparece como empecilho de valorizar a compra local. Não é o caso, em tela, da situação que estamos analisando.

O segundo ponto, extremamente importante, é que nós, hoje, no controle, já utilizamos o robô para inclusive fazer a leitura do edital. Então, conforme muito bem coloca o Conselheiro Adonias Monteiro, essas medidas que foram adotadas em 2013, em 2019, dentro da velocidade da robótica, da Lei de Moore, já estão completamente superadas.

A utilização de software nada mais é do que mecanismo de eficiência para baixar os lances rapidamente. Penso que, cada vez mais, é necessário não temer a inovação no serviço público, utilizando-se a tecnologia em benefício da sociedade. Tratando a questão de processos licitatórios, a otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e eficiência, princípios caros à Administração Pública.

No caso concreto, observa-se que o último lance ofertado no limite do tempo randômico seria possível tanto para um robô quanto para um ser humano; e ressalto, ainda, que o tempo

"randômico" em si oferece risco tanto para robô quanto para o ser humano, posto que o período de sua duração varia de 01 segundo até 30 minutos.

Quero enfatizar que, se essa empresa – que está alegando que a outra estava utilizando robô e ela não – quisesse se livrar dessa eventual utilização do robô, poderia dar um desconto significativo no certame que ela estava participando. Percebemos, claramente, que essas empresas que licitam não têm, evidentemente, o interesse de atender à Administração Pública. Elas vão baixando o preço pouco a pouco para ver qual delas, ao final do certame, faz a sua proposta mais vantajosa.

Neste caso concreto, verifica-se que as empresas licitantes estavam competindo entre si com propostas praticamente idênticas, ou seja, o uso da robótica não restou preponderante para a vitória da empresa denunciada, pois a empresa denunciante poderia ter ofertado preço substancialmente inferior ao vencedor.

A meu ver, repito, o uso de robô por si só não determina a vitória do licitante. Destaco aqui, por exemplo, a licitação em que participa uma ME ou EPP e que, ainda que o licitante não enquadrado nessa modalidade utilize de robô e ofereça a proposta mais vantajosa, a sua vitória não é certa, uma vez que caberá aplicar nesse caso os benefícios da LC 123/06, dentre eles o empate ficto, o que permite à ME e EPP a possibilidade de ganho no certame.

Portanto, peço vênua ao eminente Relator, Conselheiro Adonias Monteiro, para darmos, neste momento, um passo histórico no Tribunal de Contas de Minas Gerais. De modo pioneiro, reconhecer a importância dessa tecnologia da informação no processo licitatório e estimular a utilização dessas ferramentas, que, na verdade, dão celeridade à decisão. Em respeito inclusive à própria citação que o eminente Conselheiro traz do Tribunal de Contas da União, hoje, o TCU usa um programa, o *software* Alice, que é um mecanismo de robô para fazer a própria leitura de editais, ou seja, é irreversível o caminho da sociedade para a utilização dessas tecnologias.

Assim, entendo que houve competitividade no certame e que os princípios da economicidade, celeridade e eficiência devem ser sopesados em conjunto com o da isonomia. Dessa forma, peço vênua ao Relator para dele abrir divergência e apresentar esse voto no sentido de desacolher a sua sugestão.

O principal elemento probatório carreado à denúncia corresponde ao laudo elaborado por consultoria de TI contratada pela empresa denunciante (págs. 167/193 do arquivo constante à Peça 11 do SGAP), que apontou, entre outras coisas, que *“o comportamento linear apresentado pela análise dos intervalos temporais de lances realizados pelo fornecedor F000177 é característico da utilização de programas ‘Robôs’ desenvolvidos para atuarem em ambientes de pregões eletrônicos”*.

Como já destacado no item 2.1 deste relatório, a empresa Aparecida Regina Cassarotti ressalta em sua defesa que não fez uso da robótica, possuindo *“6 funcionários a cada pregão e cada um tem a perícia de rapidamente cumprir o seu papel”* e que *“no certame em questão, 2 computadores estavam logados ao mesmo tempo, sendo que 2 colaboradores da equipe*

realizavam os cálculos dos lances e dois colaboradores ofertavam os lances simultaneamente”
(pág. 5 do arquivo constante à Peça 27 do SGAP).

Vale mencionar que a Subsecretaria de Gestão e Logística da SEPLAG, através do Ofício SEPLAG/CENTRAL n. 133/2019 (págs. 7/8 do arquivo constante à Peça 42 do SGAP), informou não ter identificado indícios de irregularidades na etapa de lances do pregão, conforme excerto abaixo transcrito:

[...]

Temos, em nosso sistema, mecanismos implementados com a finalidade de coibir a utilização de tais ferramentas em nossos procedimentos.

A partir de determinações técnicas, o Portal já possui os mecanismos possíveis e necessários para coibir a atuação dos ‘robôs’. Caso existam problemas na utilização da ferramenta, ou evidências de seu mal funcionamento em impedir a atuação automatizada, aqui discutida, em alguma sessão realizada, a documentação que demonstre o desvio apurado poderá ser remetida à SEPLAG, especificamente a Subsecretaria de Gestão Logística, para que seja considerada pelos analistas quem mantêm o sistema.

Informamos ainda que a documentação apresentada foi remetida à equipe técnica responsável pela manutenção do sistema, na Diretoria Central de Sistemas de Logística e Patrimônio desta SEPLAG, e após análise recebemos a explicação que os lances do processo de Pregão Eletrônico 1451044 000046/2019 – disponível para acesso público no Portal de Compras – não apresentam, para os critérios tidos como regulares e parametrizados no sistema, qualquer irregularidade aparente. Verificou-se que os últimos 11 lances apresentados pela empresa vencedora do certame (código F000177) foram realizados com um mínimo de 6 segundos de intervalo entre si, conforme imagem abaixo. Todo o intervalo considerado nos parece factível, não indicam a utilização de ferramenta que tenha comprometido a disputa no envio de novas propostas de valor.

[...]

Cabe ressaltar que a regra principal para detecção de comportamento de envio de lances suspeito é de proximidade de lances pelo próprio licitante, caso diversos lances sejam enviados em um espaço de tempo não razoável para um humano. Não é controlado o tempo entre lances de licitante A e B, que pode ter sido o que causou suspeita na parte que realizou a reclamação. Mas mesmo considerando tal parâmetro, o comportamento observado na sessão discutida é plenamente razoável, apresenta variabilidade de tempo e valor, e ainda tempos factíveis de serem realizados por qualquer pessoa atenta participando da sessão.

Neste sentido, não foram constatadas em nossas análises indícios de irregulares na seção de lances do processo, nem situação que caracterizaria provável uso de “robô” que teria sido utilizado ilegalmente para cobrir lances. Não identificamos, assim, razões suficientes que consubstanciem qualquer ação da equipe que processou a licitação em revisão ao processo realizado e finalizado.

Ainda existe, consoante relatado no item 2.2.3 deste relatório, ações judiciais que tratam do mesmo assunto, embora ainda não tenha sido prolatada decisão de mérito acerca da possível irregularidade relacionada ao uso de *software* de remessa automática de propostas na etapa de lances do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019 (Peças 260/262 e 276 do SGAP).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a tratar da primeira indicação exposta anteriormente: a utilização de *softwares* de envio automático de lances no pregão prejudica a competitividade e a isonomia?

Há corrente³ de pensamento que entende que o uso de *softwares* em pregões eletrônicos pode ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, já que garante vantagem desproporcional na disputa a quem faz uso de tais instrumentos:

Como advento da lei 10.520/02 (lei que criou nova modalidade: Pregão), regulamentada pelo decreto 5440/05, emergiu-se uma nova ferramenta de licitação: o *Pregão Eletrônico*, que desde sua criação já movimentou bilhões de reais.

Aliado às constantes inovações trazidas pela tecnologia da informação, algumas empresas de software começaram a comercializar produtos que buscam otimizar a participação dos interessados em pregões eletrônicos, de forma automatizada a previamente parametrizada para dar lances.

Ocorre que com o uso de tais softwares (os "robôs"), torna-se possível ao participante realizar lances automáticos e simultâneos, sempre à frente de seus concorrentes, dentro dos lapsos temporais previamente previstos em edital ou definidos pelo pregoeiro, muitas vezes bloqueado a inserção dos demais participantes.

Apesar de se tratar de um tema tortuoso, pouco (ou "nada") explorado na jurisprudência pátria e difícil de ser identificado, fato é que se constitui em dever do ente responsável pelo processo licitatório garantir de todas as formas a segurança, a transparência e a lisura do certame, mantendo invioláveis os princípios basilares a que se sujeitam a administração pública, bem como os particulares a ela vinculados.

Na esmagadora maioria das vezes, seja por desconhecimento, desinteresse ou inviabilidade de levar a discussão assunto adiante, os participantes de pregões eletrônicos, exceto os vencedores, deixam de analisar os registros e históricos de lances, a fim de identificar violações ao edital ou regras previstas pelo pregoeiro, as quais possuam indícios de utilização de robôs.

³ LOPES, Leopoldo Fernandes da Silva. Pregões eletrônicos e o uso de robôs: utilidade ou ilegalidade? Migalhas. 2018. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/272564/pregoes-eletronicos-e-o-uso-de-robos--utilidade-ou-ilegalidade>>

Como identificar o uso de robôs?

Primeiramente, **vale destacar que a constatação da utilização de artifícios (seja qual for) por participantes de processo licitatório em qualquer fase da disputa, além de viciar a isonomia entre os participantes, fere também outros princípios basilares da administração pública como a *impressoalidade*, *razoabilidade/proporcionalidade*, dando à licitação um destinatário certo e uma vantagem desproporcional a quem se beneficia de tais ferramentas em detrimento dos demais, aniquilando a competitividade.**

Como é de se imaginar, o uso de software "robô" nos pregões é um recurso que tem dado muita vantagem a quem se utiliza dele, deixando os demais concorrentes sem chance alguma na disputa de lances. (grifo nosso)

Noutra perspectiva, há aqueles que defendem⁴ o uso da tecnologia:

O uso de robôs em diferentes áreas, não aqueles do imaginário popular. Que imitam seres humanos, mas a tecnologia por trás disso — como a inteligência artificial —, apresenta diversos benefícios. Aumenta a precisão e diminui a possibilidade de erros, além de os robôs possuírem uma capacidade de processamento de dados superando as capacidades dos seres humanos. Nos Tribunais de Contas da União e de diversos Estados, por exemplo, o robô Alice, um sistema de análises automatizadas inteligentes, faz a varredura em milhares de editais de licitação para buscar irregularidades. Tarefa que seria inviável para uma pessoa.

Nesse contexto, é preciso entender que o robô de lances, utilizado por empresas para disputa em um pregão eletrônico, é somente mais uma ferramenta tecnológica. Com o apoio da tecnologia, o usuário decide qual é o valor mínimo pelo qual está disposto a vender o seu produto na licitação e configura as estratégias para vencer o certame. Entre as estratégias, estão diminuir o valor de tempo em tempo, reduzir o valor quando um concorrente apresenta uma proposta menor, baixar por valor ou um percentual, disputar a segunda, terceira, quarta posições se não tiver mais margem... E, assim, o robô vai agindo, reduzindo as chances de erro humano de digitação com a ansiedade natural causada pela sala de disputa.

No âmbito das Cortes de Contas, vislumbra-se a prolação de decisões entendendo como irregular o uso de *software* que realizam lances de forma automática no âmbito do pregão eletrônico, podendo-se citar, como exemplo, o Acórdão 2276/2018, oriundo do Tribunal de Contas do Paraná, que foi assim ementado:

Representação da Lei nº 8.666/93. Pregão Eletrônico. Uso de software robô. Apresentação de lances em menos de um segundo. Procedência. Determinação de anulação da sessão de lances e repetição do ato e de adoção de critérios para coibir o uso de software robô de lances automáticos

⁴ PORATH, Everton. Robôs de lances em licitações: proibir a tecnologia é um retrocesso. Conjur. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/everton-porath-robos-lances-licitacoes>>.

em seus certames licitatórios. (Acórdão 2276/2018 – Tribunal Pleno, Processo: 498248/18, Relator: Ivens Zschoerper Linhares, Data de Publicação: 29/08/2018, Data da Sessão: 23/08/2018).

Ainda sobre a referida decisão, o Relator Ivens Zschoerper Linhares, consignou em seu voto:

[...] não há dúvida 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. O software robô supera a agilidade humana e potencializa, em muito, a chance de vitória. A despeito disso, conforme apurado pela própria Inspetoria (peça 19, fl.2), há diversas empresas que desenvolvem softwares dessa natureza e as comercializam abertamente em seus websites, justamente com a promessa de que, com o sistema de automação de lances, o fornecedor “dobro as chances de vencer uma licitação” e “aumenta o faturamento em até 77%”, ao garantir o arremate apenas de itens com “margem de lucro segura”. Portanto, **a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo permite ao licitante com software robô ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório, além de gerar um claro desincentivo à competição por parte dos demais concorrentes. Nesse contexto, as empresas que não possuem estes programas, por opção própria ou porque não possuem condições financeiras de adquirirem estes custosos softwares, ficam em condições de flagrante desigualdade com aqueles que o possuem.** Ademais, a possibilidade de o licitante com software robô cobrir, de maneira automática e imediata, os lances dos concorrentes simplesmente por alguns reais ou poucos centavos, inibe a obtenção de qualquer vantagem de cunho econômico para a Administração, o que também afronta o objetivo do processo licitatório de identificar a proposta mais vantajosa para a Administração.(grifo nosso)

Em busca ao sistema de jurisprudência selecionada do Tribunal de Contas da União, pôde-se encontrar ao menos três enunciados abordando o tema:

1) A utilização de *software* de remessa automática de propostas comerciais pelos licitantes conduz à vantagem competitiva dos fornecedores que detêm a tecnologia sobre os demais licitantes. Embora não haja vedação expressa, nas normas que regulamentam o pregão, do uso desse tipo de ferramenta, o órgão ou entidade responsável pela condução do certame deve, em observância ao princípio da isonomia, implementar mecanismos inibidores dos efeitos nocivos que o envio automático de lances pode criar no ambiente concorrencial dos pregões eletrônicos. (Acórdão 1216/2014-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

2) Quando da adoção de medidas com vistas a anular ou minimizar a utilização de *software* de lances automáticos (*robotic process automation* - RPA) em licitações, é recomendável que a empresa estatal observe os princípios dispostos no art. 31 da Lei 13.303/2016, bem como avalie a pertinência de se valer das medidas previstas no art. 32 do Decreto 10.024/2019, em atenção à busca da melhor proposta, à competitividade e à isonomia entre participantes no certame. (Acórdão 2173/2020-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO).

3) O uso de programas 'robô' por parte de licitante viola o princípio da isonomia. (Acórdão 2601/2011-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO).

Apesar da existência de posições antagônicas sobre o assunto e da ausência de proibição legal, esta Unidade Técnica alinha-se a corrente que defende que o uso de *software* para o oferecimento automático de lances no pregão eletrônico pode prejudicar a competitividade da disputa, em desrespeito ao princípio da isonomia, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, c/c o art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Explica-se. O pregão é destinado a aquisição de bens e serviços de natureza comum, tendo sido regulamentado pela Lei 10.520/2002. Diante de suas especificidades, foi editado o Decreto 5.450/05 para tratar do pregão eletrônico., cuja fase de lances foi assim regulamentada:

Art. 24. Classificadas as propostas, **o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.**

§ 1º No que se refere aos lances, o licitante será imediatamente informado do seu recebimento e do valor consignado no registro.

§ 2º Os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, observados o horário fixado para abertura da sessão e as regras estabelecidas no edital.

§ 3º O licitante somente poderá oferecer lance inferior ao último por ele ofertado e registrado pelo sistema.

§ 4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

§ 6º A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.

§ 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

§ 8º Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

§ 9º A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

§ 10. No caso de desconexão do pregoeiro, no decorrer da etapa de lances, se o sistema eletrônico permanecer acessível aos licitantes, os lances continuarão sendo recebidos, sem prejuízo dos atos realizados.

§ 11. Quando a desconexão do pregoeiro persistir por tempo superior a dez minutos, a sessão do pregão na forma eletrônica será suspensa e reiniciada somente após comunicação aos participantes, no endereço eletrônico utilizado para divulgação.

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

Na primeira fase, o tempo de duração é estipulado pelo pregoeiro, período em que os licitantes podem apresentar seus lances. Com o encerramento dessa etapa, inicia-se a segunda fase, comumente denominada de “tempo randômico”, já que o próprio sistema define, de maneira automática e aleatória, o prazo de duração dessa nova etapa de lances. Sobre o assunto, leciona a Consultora jurídica e Pregoeira do Tribunal de Justiça do Paraná, Sandra Aparecida Pael Ribas⁵:

[...] há, antes do tempo randômico, um tempo de lances que pode ser estipulado pelo pregoeiro, sem limitação de ordem temporal, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Após esse tempo, o pregoeiro aciona o randômico, que é comandado pelo sistema eletrônico que, aleatoriamente, fixa o tempo de duração da etapa de lances em até trinta minutos. Mesmo antes de o pregoeiro fixar o seu tempo de lances, os licitantes, ao entrarem na sala de disputa, já podem efetuar lances, reduzindo seus preços.

Portanto, na atual sistemática, a disputa pelo melhor preço no pregão eletrônico pode ocorrer em três tempos: inicial, com a entrada dos licitantes na sala de lances, fixado pelo pregoeiro, e o aleatório, que é comandado pelo sistema eletrônico, após ser acionado pelo pregoeiro.

A respeito do tempo randômico, o art. 24, § 7º, do Decreto 5.450/05, estabelece que a sua duração será de até trinta minutos. No âmbito do Estado de Minas Gerais, nota-se previsão semelhante no art. 13, inciso XXV, do Decreto 44.786/2008, vigente à época dos fatos:

XXV – o encerramento da fase de lances será por decisão do pregoeiro, mediante encaminhamento de aviso de fechamento iminente dos lances, **após o que transcorrerá período de tempo de cinco**

⁵ RIBAS, Sandra Aparecida Pael. Fase de lances: uma breve discussão sobre tempo aleatório e tempo de prorrogação automática no pregão eletrônico. Revista da Assejurpr. Disponível em <<https://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2019/12/7-ARTIGO-SANDRA.pdf>>.

até trinta minutos, aleatoriamente determinado pelo sistema eletrônico, findo o qual será automaticamente encerrado o recebimento de lances; (grifo nosso)

Diz-se vigente à época dos fatos em razão da nova legislação que trata do assunto. Na esteira do Decreto Federal 10.024/2019, o Estado de Minas Gerais editou o Decreto 48.012, de 22/07/2020, regulamentando a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo. Em face das consequências negativas do uso de *software* em pregões eletrônicos, um dos objetivos perseguidos pelo Poder Executivo com a edição do Decreto Federal 10.024/2019, que reformulou, parcialmente, o regramento da matéria, é o de justamente anular ou minimizar os efeitos da utilização desse tipo de ferramenta em pregões realizados no ambiente virtual⁶. Como bem esclareceu o Relator Vital do Rêgo no bojo do Acórdão 2173/2020-Plenário - TCU:

A título de informação, e talvez de inspiração para a Petrobras, que se prontificou a adotar medidas combativas do uso de robôs nas suas licitações, **anoto que o Decreto 10.024/2019 reformulou o método de disputa do pregão eletrônico nos chamados modos “aberto” e “aberto e fechado”. No modo aberto, acabou a fase aleatória, fazendo desaparecer o interesse por ofertas mecanizadas, pois sempre haverá dois minutos a mais para se dar outro lance. Já no modo aberto e fechado, terminada a fase aleatória, os licitantes que tiveram ofertas até 10% acima da menor, assim como o vencedor provisório, poderão dar um último lance reservadamente, tornando também inútil o uso de robô.** (grifo nosso)

Prosseguindo na análise, observa-se que no tempo randômico ou aleatório, cuja duração é aleatoriamente determinada, o uso de *software* pode assegurar maior chance de vitória ao licitante. Isso se deve ao fato de que o participante pode efetuar lances em frações de segundos, cobrindo as demais propostas para garantir a sua permanência na frente do certame na maior parte do tempo para que, no momento de encerramento do pregão, possa se sagrar vencedor. Em crítica ao tempo randômico, a Consultora jurídica e Pregoeira do Tribunal de Justiça do Paraná, Sandra Aparecida Pael Ribas⁷, entende que:

⁶ Valor Econômico. Decreto protege pregão eletrônico de ‘robôs’ que manipulam o resultado da disputa. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/09/23/decreto-protege-prego-eletrnico-de-robots-que-manipulam-resultado-da-disputa.ghtml>>

⁷ RIBAS, Sandra Aparecida Pael. op. cit.

Apesar de o tempo randômico, que pode durar de 1 segundo a 30 minutos, ser o mais utilizado e ter trazido muitas vantagens para a licitação pública em termos de economia, apresenta um sério problema que pode prejudicar a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que é a possibilidade de o sistema determinar a duração da fase de lances de um processo licitatório em apenas alguns poucos segundos, afastando os lances dos licitantes que ainda não tenham conseguido ofertar o seu melhor preço, bem como beneficiando o uso de robôs por empresas mais estruturadas

[...]

Outro problema verificado no tempo aleatório é a utilização de robôs que realizam os lances em substituição ao licitante. O robô é um componente de software desenvolvido para automatizar o envio de lances pelo fornecedor em um pregão, sem que o licitante precise navegar e acompanhar o processo.

[...]

Assim, o uso de *software* pode prejudicar a competitividade do certame, uma vez que os lances são feitos de forma automática em velocidade superior ao que seria feito por um ser humano. Em simples consulta ao “Google”, observa-se inúmeras empresas oferecendo *softwares* que permitem a realização de lances automáticos no pregão eletrônico. A grande vantagem defendida por esses fornecedores é justamente a maior chance de vitória na etapa de lances no pregão eletrônico.

Sabe-se que uma das finalidades da licitação é a observância do princípio constitucional da isonomia, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93. Se algum dos licitantes faz o uso de *software* para oferecer lances de modo automático, cobrindo a oferta dos demais em milésimos de segundos, pode-se questionar, de fato, se houve respeito a competitividade no curso do certame, já que nem todos podem ter condições de fazer uso de tais ferramentas.

Passa-se, agora, a tratar da segunda indagação: houve a utilização de *softwares* de envio automático de lances pela empresa vendedora do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019?

O regramento da etapa de lances do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019 foi estabelecido no item 7.2 do edital (Peça 253 do SGAP, pág. 40), com destaque para o seguinte:

7.2.9. A etapa de lances da sessão pública será encerrada mediante aviso de fechamento iminente dos lances, emitido pelo sistema eletrônico, após o quê transcorrerá período de tempo randômico de 5 (cinco) até 30 (trinta) minutos, aleatoriamente determinado pelo sistema eletrônico, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

Nota-se, ainda, que não foi prescrito intervalo temporal mínimo entre os lances, como orienta, no âmbito federal, a Instrução Normativa n. 3/2013, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento:

Art. 2º. 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.

A propósito, a criação da citada norma decorreu⁸ de recomendação do TCU no Acórdão 1.647/2010-Plenário⁹, a fim de que o Ministério do Planejamento adotasse “*meios de prover isonomia entre os licitantes do pregão eletrônico, em relação a possível vantagem competitiva que alguns licitantes podem obter ao utilizar dispositivos de envio automático de lances (robôs)*” (item 9.1.13 do Acórdão 1.647/2010-Plenário).

Já no item 1.6 do Acórdão 5.432/2010-1ª Câmara¹⁰, o TCU recomendou ao Ministério do Planejamento que avaliasse, para cumprimento da determinação contida no item 9.1.13 do Acórdão 1.647/2010-Plenário, a:

[...] possibilidade de incluir funcionalidade no sistema Comprasnet, a fim de que, após o aviso de fechamento iminente dos lances emitido pelo sistema, seja estabelecido:

1.6.1. tempo mínimo entre lances subsequentes, de forma que a possível utilização de robôs por um licitante não se constitua em vantagem competitiva que elimine a isonomia no certame;

⁸ Por meio do monitoramento, o TCU considerou cumpridas as determinações dos acórdãos a seguir mencionados (Acórdão 2.734/2015-TCU-Plenário)

⁹ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1647%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=323b9660-32fe-11eb-9fb8-dde36e470f16>

¹⁰ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5432%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=323b9660-32fe-11eb-9fb8-dde36e470f16>

1.6.2. percentual de redução mínimo entre lances subsequentes, no intuito de que a possível utilização de robôs por um licitante provoque uma redução significativa de preço em relação ao lance anterior.

Nesse ponto, vale destacar o trecho do voto prolatado pelo Relator Vital do Rêgo no bojo do Acórdão 2173/2020-Plenário - TCU, que indica a diminuição do número de demandas na Corte de Contas Federal tratando do uso de *softwares* em licitações após o estabelecimento de contornos normativos sobre o tema no âmbito federal:

Na instrução da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia de Informação (Sefti) que integra parte dos fundamentos do Acórdão 2.734/2015-TCU-Plenário, **houve o testemunho de que, “após o estabelecimento desta sistemática, percebe-se que o TCU tem sido menos demandado em relação ao eventual uso de robôs que comprometam a isonomia de pregões eletrônicos realizados pelo portal do Comprasnet”.**

De fato, **constata-se na base de deliberações do TCU que pouquíssimas reclamações sobre o eventual uso de robôs sobrevieram às mudanças no Comprasnet.** Quando surgiram, ou não estavam em desconformidade com as novas regras, vale dizer, não permitiam concluir pela atuação de robôs, ou ocorreram em estatais (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal), que não se subordinavam à Instrução Normativa SLTI/MP 3/2011

Cabe ressaltar que, mais tarde, requerido pelo TCU, em virtude de comando exarado pelo Acórdão 1.216/2014-Plenário, o Banco do Brasil passou a também adotar mecanismos antirrobôs, segundo consignado pelo Acórdão 3.040/2014-Plenário. Providência semelhante foi recomendada à Caixa, nos termos do item 9.4 do Acórdão 2.498/2018-Plenário.

Voltando ao exame do caso dos autos, infere-se que existia a possibilidade do licitante cobrir o seu próprio lance, nos termos do item 7.2.3 do edital do Pregão Eletrônico n. 046/2019 – Processo de Compra n. 1451044000046/2019:

7.2.3. Durante toda a sessão de lances, o sistema permitirá que o licitante cubra o seu próprio lances e não obrigatoriamente o de menor valor da sessão. Neste caso, será considerado como lance vendedor do lote apenas o de menor valor.

Em consulta ao portal de compras do Estado de Minas Gerais, pode-se verificar o teor da ata do pregão¹¹ (Peça 60 do SGAP), que também foi acostada à Peça 12 do SGAP (págs. 70/96 do arquivo). Da leitura da ata do pregão, nota-se que a etapa de lances iniciou às 11:04:43 do dia

9/5/2019. Já o tempo randômico foi iniciado às 11:26:15, se encerrando às 11:50:21, ambos do dia 9/5/2019, conforme se colaciona abaixo:

09/05/2019 11:50:21	Portal de compras	1	TEMPO RANDÔMICO concluído para esse lote. A sessão de lances está encerrada.
09/05/2019 11:46:02	Pregoeiro	Todos	Senhores licitantes, o tempo randômico está prestes a se encerrar. Deem lances mais expressivos.
09/05/2019 11:27:33	Pregoeiro	Todos	Senhores, deem lances mais significativos.
09/05/2019 11:26:15	Portal de compras	1	TEMPO DE IMINÊNCIA concluído para esse lote. O TEMPO RANDÔMICO foi iniciado e a sessão de lances pode encerrar a qualquer momento.
09/05/2019 11:22:08	Pregoeiro	Todos	Vamos lá senhores, deem seus lances!
09/05/2019 11:21:15	Portal de compras	1	TEMPO DE IMINÊNCIA iniciado para esse lote. O TEMPO RANDÔMICO terá início em 05 minuto(s) e 00 segundo(s).
09/05/2019 11:21:06	Pregoeiro	Todos	Senhores licitantes, entraremos no tempo de iminência.
09/05/2019 11:04:59	Pregoeiro	Todos	O sistema encontra-se aberto para lances. Deem seus lances!
09/05/2019 11:04:43	Portal de compras	1	A sessão de lances para esse lote foi iniciada.

Cabe ressaltar que, da análise dos lances ofertados no tempo randômico, verifica-se que há pequena diferença de valores financeiros entre as propostas, que vão diminuindo, pouco a pouco, até o certame efetivamente se encerrar. A respeito disso, após o início do tempo randômico, o pregoeiro responsável informou às 11:27:33: “*Senhores, deem lances mais significativos*”. Além disso, alertou às 11:46:02 “*Senhores licitantes, o tempo randômico está prestes a se encerrar. Deem lances mais expressivos*”. Após esse último aviso, passaram-se, aproximadamente, quatro minutos até que o tempo randômico fosse encerrado, o que ocorreu às 11:50:21.

Em simples análise da ata do pregão, verifica-se que a maior parte dos lances foram realizados pelos licitantes F000177 (Aparecida Regina Cassarotti) e F000185 (A. C. Batista Alimentação Ltda.), notadamente após o início do tempo randômico. Embora não se repete como prática ilegal, destaca-se que o licitante F000177 somente iniciou seus lances após a deflagração do tempo randômico, em 11:26:15.

A propósito, embora a etapa de lances tenha iniciado às 11:04:43, o primeiro lance do pregão somente foi oferecido às 11:18:06 e, pouco tempo depois, foi dado início ao tempo randômico. A respeito dessa prática, que vem sendo adotada por muitos licitantes, a Consultora jurídica e Pregoeira do Tribunal de Justiça do Paraná, Sandra Aparecida Pael Ribas, traz relevantes considerações:¹²

Note-se que as oportunidades de lances são grandes, e os licitantes teriam como esgotar suas possibilidades de redução de preços, propiciando que a Administração obtivesse o resultado desejado, que é a proposta mais vantajosa. No entanto, se o licitante deixar suas melhores ofertas para o tempo randômico, poderá perder a chance de oferecer o seu melhor preço devido ao repentino encerramento do tempo. Isso também frustra o objetivo da Administração, que é obter o melhor valor. Numa breve busca pela internet, encontram-se blogs que orientam os licitantes a não dar lances na primeira fase com tempo fixo determinado pelo pregoeiro, deixando a melhor oferta para o tempo aleatório:

Erro: Dar lance na primeira fase. Não dê lances o tempo todo! Os lances são efetuados em duas etapas, a primeira com tempo fixo determinado pelo pregoeiro, geralmente 5 ou 10 minutos (depende muito do portal da licitação na qual está acontecendo o pregão).¹

Espere o encerramento aleatório, não tenha pressa. Não adianta dar lances em uma licitação desde o momento em que o pregoeiro deseja bom dia. Tal atitude apenas encorajará os concorrentes a encaminharem seus lances cada vez mais cedo, diminuindo o valor final do contrato drasticamente.²

Se os licitantes seguirem essas práticas, o tempo randômico deixará de ser vantajoso na busca da melhor proposta, fragilizando o sistema da fase de lances – e, conseqüentemente, o certame como um todo –, dada a grande importância dessa etapa, pois é na fase de lances que efetivamente se desenrola a concorrência entre os participantes. Corroborando que a postergação dos lances para o tempo randômico pode comprometer e fragilizar o certame, representante da Bolsa Eletrônica de Compras (BEC), de São Paulo, destacou, em palestra proferida no 13º Congresso de Pregoeiros, realizado em Foz do Iguaçu (Paraná) em 2018, que a escolha do tempo de prorrogação automática, em substituição ao randômico, se deu porque foi verificado que **os fornecedores guardavam seus menores lances para o “fim”, e que em muitos casos deixavam de registrar esse lance, fazendo com que a Administração contratasse itens por valores que não eram, necessariamente, os menores.** Em alguns casos, a Administração optava por cancelar o procedimento e realizar outro, a fim de obter melhores resultados, acarretando mais custos de processo para o Estado. Percebe-se que **esse tipo de comportamento, em que os participantes aguardam o tempo randômico para iniciar a disputa com a oferta de lances, propicia que o objeto seja arrematado pelo licitante que tiver a sorte de ter postado o último lance antes do encerramento do tempo aleatório, e não por aquele que, de fato, pretendia reduzir o seu preço. A situação pode ainda ser mais grave, notadamente para a Administração, quando o tempo randômico, determinado pelo sistema, ficar limitado a poucos segundos de duração. Isso prejudicará a obtenção da melhor proposta pelo órgão público, bem como prejudicará o licitante que ainda teria condições e desejo de reduzir seus preços para conseguir a contratação.** Contudo, a interrupção abrupta da disputa acirrada entre os licitantes, causada pelo tempo randômico extremamente curto, pode ser amenizada com negociação a ser realizada pelo pregoeiro, logo após o encerramento da fase de lances, com o vencedor do certame, visando à

¹² RIBAS, Sandra Aparecida Pael. op. cit.

obtenção da melhor proposta, conforme previsto no § 8º do artigo 63 da lei paranaense [...]. Embora possa acontecer redução de preço nessa etapa de negociação, ela fica limitada à boa vontade do vencedor, restringindo as possibilidades da Administração de conseguir o melhor preço.

Vislumbra-se, na ata do pregão, a existência de lances com tempo equivalente ou inferior a um segundo, característicos de *software* destinado a dar lances automáticos. Ocorre que essa prática foi observada em lances ofertados tanto pela denunciante (F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda.) quanto pela vencedora do certame (F000177 – Aparecida Regina Cassarotti).

Apenas a título de amostra do apurado, nota-se que às 11:43:40 o licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti ofereceu seu lance e, por sua vez, às 11:43:41, o licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda. apresentou sua proposta, com um segundo de diferença em relação ao lance do concorrente:

09/05/2019 11:43:41	F000185	R\$ 8.962.000,00	Não
09/05/2019 11:43:40	F000177	R\$ 8.962.952,00	Não

Situações análogas podem ser observadas na tabela abaixo, devidamente extraída da ata do pregão eletrônico:

09/05/2019 11:37:41	F000185	R\$ 9.045.000,00	Não
09/05/2019 11:37:40	F000177	R\$ 9.040.000,00	Não
09/05/2019 11:37:36	F000177	R\$ 9.045.562,00	Não
09/05/2019 11:37:34	F000185	R\$ 9.046.000,00	Não
09/05/2019 11:37:29	F000177	R\$ 9.047.724,00	Não
09/05/2019 11:37:23	F000185	R\$ 9.048.000,00	Não
09/05/2019 11:37:22	F000177	R\$ 9.048.000,00	Não

Do que foi descrito, afasta-se o argumento apresentado pela denunciante de que “*sempre leva tempo superior a 5 segundos para realizar o lances*” (pág. 4 da inicial da denúncia – Peça 11 do SGAP), uma vez que, conforme destacado acima, a empresa F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda. também ofereceu lances com tempo equivalente a um segundo.

No próprio laudo acostado à denúncia (Tabela 5) consta a informação de que o licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti apresentou 57 lances com intervalo de tempo igual ou inferior a um segundo, enquanto que o licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda. apresentou 23 lances com intervalo de tempo igual ou inferior a um segundo.

Por outro lado, também há diversas propostas em que se pôde constatar certo distanciamento temporal entre os licitantes F000177 – Aparecida Regina Cassarotti e F000185 - A. C. Batista Alimentação Ltda, como se verifica nos exemplos abaixo:

09/05/2019 11:47:23	F000185	R\$ 8.906.000,00	Não
09/05/2019 11:47:16	F000177	R\$ 8.907.970,00	Não
09/05/2019 11:47:12	F000185	R\$ 8.908.000,00	Não
09/05/2019 11:47:09	F000177	R\$ 8.909.950,00	Não

É importante ressaltar que os licitantes poderiam, segundo o item 7.2.3 do edital do Pregão Eletrônico n. 046/2019, cobrir seus próprios lances e não obrigatoriamente o de menor valor da sessão. Com efeito, a tabela abaixo indica um exemplo dessa situação, uma vez que a denunciante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda. apresentou quatro lances de forma sucessiva:

09/05/2019 11:43:33	F000177	R\$ 8.963.976,00	Não
09/05/2019 11:43:17	F000177	R\$ 8.965.000,00	Não
09/05/2019 11:43:14	F000185	R\$ 8.964.000,00	Não
09/05/2019 11:43:10	F000177	R\$ 8.967.000,00	Não
09/05/2019 11:43:07	F000185	R\$ 8.966.000,00	Não
09/05/2019 11:42:56	F000185	R\$ 8.968.000,00	Não
09/05/2019 11:42:47	F000185	R\$ 8.970.000,00	Não
09/05/2019 11:42:44	F000185	R\$ 8.974.000,00	Não

Com base nessa perspectiva, entende-se que os licitantes poderiam atuar de forma simultânea, oferecendo constantemente lances. Como exemplo dessa situação, pode-se mencionar o trecho

abaixo, nos quais os licitantes, em duas oportunidades, apresentam lances ao mesmo tempo, indicando que o sistema não impedia a atuação simultânea dos participantes:

09/05/2019 11:45:40	F000177	R\$ 8.939.968,00	Não
09/05/2019 11:45:39	F000185	R\$ 8.940.000,00	Não
09/05/2019 11:45:31	F000177	R\$ 8.941.956,00	Não
09/05/2019 11:45:31	F000185	R\$ 8.942.000,00	Não
09/05/2019 11:45:24	F000177	R\$ 8.944.950,00	Não
09/05/2019 11:45:17	F000185	R\$ 8.945.000,00	Não
09/05/2019 11:45:17	F000177	R\$ 8.947.000,00	Não
09/05/2019 11:45:06	F000177	R\$ 8.947.956,00	Não
09/05/2019 11:45:05	F000185	R\$ 8.948.000,00	Não

A propósito, no mencionado trecho, observa-se que, em primeiro lugar, o licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti ofereceu seu lance às 11:45:17, no valor de R\$ 8.947.000,00, proposta que foi “automaticamente” coberta pelo lance feito pela empresa F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda. às 11:45:17, no importe de R\$ 8.945.000,00. Também a título de amostra, essa atuação simultânea foi observada às 11:45:31.

Em uma análise superficial, poderia se chegar a conclusão de que houve o uso de *software* nesse ponto, já que a diferença entre as propostas é de menos de um segundo. Entretanto, sob a perspectiva da atuação simultânea, pode-se supor que os lances foram realizadas ao mesmo tempo por duas razões: a) o licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti tinha como objetivo cobrir sua proposta anterior, até então considerada o menor preço, realizada às 11:45:06; b) o licitante F000185 - A. C. Batista Alimentação Ltda. teria atuado para cobrir a proposta apresentada por sua concorrente em momento anterior, às 11:45:06.

A atuação simultânea, que não exige que o licitante espere o outro dar o seu lance, pode, de fato, ter gerado a apresentação de propostas com tempo inferior a um segundo. Isso porque ao oferecer sua proposta, o licitante pode ter como objetivo a cobertura de sua proposta anterior ou mesmo a

proposta apresentada por outro licitante em momento anterior. Diante da relevância das considerações a respeito do tema, vale transcrever excerto do voto prolatado pelo Relator Vital do Rêgo no Acórdão 2173/2020-Plenário - TCU:

O edital do certame não fixou qualquer tempo, mínimo ou máximo, acerca dessas etapas. Infere-se que cada um dos licitantes poderia atuar simultaneamente cada um em seu ambiente virtual ou *live auction cockpit* (LAC). Tampouco havia regra editalícia para o licitante atuar somente depois do registro de lance de seu concorrente. Em outras palavras, a atuação de um licitante não se traduzia em impedimento para a atuação de outro licitante. Também não era possível saber o momento em que um licitante estava digitando o valor de seu lance. Conforme disposto no subitem 3.2.15.5 do edital, os licitantes eram informados, em tempo real, do valor do melhor lance registrado, sem, contudo, haver a identificação do autor dos lances aos demais licitantes.

Ainda, não havia impedimento para que os licitantes fizessem uso de equipe de apoio para auxiliar no andamento da licitação, fazer as análises convenientes a sua estratégia e adotar a decisão acerca dos lances a serem registrados no sistema Petronect pelo usuário logado no sistema.

Tal estratégia, contudo, não é necessariamente exequível somente com o uso de robôs, mas também com o aprimoramento da eficiência humana. É instintivo que uma empresa vai treinar seus operadores à exaustão, para que reduzam até o máximo da capacidade humana o tempo de resposta no oferecimento de lances. Foi o que afirmou a Positivo em resposta a sua oitiva.

Segundo a Petrobras (peça 44), a Comissão de Licitação, ao analisar o recurso administrativo interposto pela licitante Lenovo, concluiu não restar comprovada a utilização de robô pela licitante vencedora e manteve o resultado da licitação.

Entendo que a situação de simultaneidade de atuação de cada licitante permitiu a ocorrência de eventos com diferença temporal diminuta ou igual a zero, pois, repito, o licitante não estava obrigado a aguardar o registro de lance de seu concorrente para iniciar o procedimento de registro de seu lance. Essa situação pode ser observada entre os seguintes lances e respectiva diferença temporal: (a) 37 (Lenovo) e 38 (Dell), de 1 segundo; (b) 40 (Lenovo) e 41 (Positivo), igual a zero; (c) 42 (Lenovo) e 43 (Positivo), de 1 segundo; e (d) 45 (Positivo) e 46 (Lenovo), de 1 segundo. Essas diferenças temporais não indicam, *per si*, o uso de *software* de lances automático (*robotic process automation* - RPA) pelas licitantes Dell, Positivo ou Lenovo.

Chama atenção a sequência de lances entre o 51 e o 56, haja vista a iminência de encerramento do tempo aleatório e, por conseguinte, o término do recebimento de lances. Sequencialmente, a Lenovo registrou os lances 51, 53 e 55, respectivamente, em 4, 28 e 22 segundos. A Positivo registrou seus lances 52, 54 e 56, respectivamente, em 14, 9 e 10 segundos. Ou seja, o tempo de reação da Lenovo para registrar seus lances foi bastante distinto ao final do período aleatório, quando comparado com o da Positivo. Friso que essas diferenças temporais entre os lances 51 a 56 não permitem caracterizar inequivocamente o uso de *software* de lances automático (*robotic process automation* - RPA) pela empresa Positivo.(grifo nosso)

Ainda a respeito dessas peculiaridades, no Acórdão 2173/2020-Plenário - TCU, o Relator Vital do Rêgo consignou em seu voto que:

A Lenovo também encaminhou lance com intervalos de um segundo (lance 46, às 15:34:56) e quatro segundos (lance 51, às 15:35:45) após um lance da Positivo. Para esses casos, a Lenovo argumentou que estava cobrindo os lances de concorrentes 43, de 26 segundos antes, e 47, de 34 segundos antes.

Ocorre que **restou evidente a tática da Positivo, ao longo da fase de encerramento aleatório do certame, no sentido de efetuar vários lances, antecipando-se aos lances das concorrentes.** Isso pode ser visto nas sequências de lances 23 e 24, 43 a 45 e 47 a 50, todos da Positivo. Nesses casos, **a Positivo estava cobrindo seus próprios lances, de modo que, se alguma concorrente efetuasse lance, já estaria sendo automaticamente ultrapassado.** Essa tática proativa da Positivo não é compatível com a utilização de RPA, uma vez que pressupõe que o robô estaria competindo com ele mesmo, o que não faz sentido. Quando há utilização de RPA, a tática de lances é reativa, isto é, o robô somente age cobrindo o lance do concorrente. Também não parece ser razoável uma licitante montar uma estrutura com RPA e só a utilizar em determinados instantes, desativando-a na maior parte do tempo.

Desse modo, assim como a Lenovo estava cobrindo lances anteriores da Positivo, e não aquele registrado imediatamente antes, a Positivo estava cobrindo os seus próprios lances. Assim, ao efetuar o lance 41 (15:34:14), estava baixando seu próprio preço do lance 39 (15:33:58), e não o lance 40, da Lenovo, registrado às 15:34:14. No caso do lance 43 (15:34:30), estava cobrindo o seu lance 41, e não o lance 42, da Lenovo, efetuado às 15:34:29.

Por outro lado, como destacado anteriormente, às 11:46:02 ocorreu o aviso de que o tempo randômico estaria prestes a se encerrar, o que efetivamente ocorreu às 11:50:21. A partir desse momento, observa-se que, em diversas ocasiões, a diferença intervalar entre os lances ofertados pelo licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti foi de um segundo em relação as ofertas do licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda.:

Data / hora	Fornecedor	Valor Total (R\$)	Foi excluído pelo pregoeiro?
09/05/2019 11:50:19	F000177	R\$ 8.844.960,00	Não
09/05/2019 11:50:18	F000185	R\$ 8.845.000,00	Não
09/05/2019 11:50:13	F000177	R\$ 8.849.952,00	Não
09/05/2019 11:50:11	F000185	R\$ 8.850.000,00	Não
09/05/2019 11:50:05	F000177	R\$ 8.854.966,00	Não
09/05/2019 11:50:04	F000185	R\$ 8.855.000,00	Não
09/05/2019 11:49:55	F000177	R\$ 8.859.970,00	Não
09/05/2019 11:49:54	F000185	R\$ 8.860.000,00	Não
09/05/2019 11:49:46	F000177	R\$ 8.862.969,00	Não
09/05/2019 11:49:45	F000185	R\$ 8.863.000,00	Não
09/05/2019 11:49:39	F000177	R\$ 8.864.964,00	Não
09/05/2019 11:49:37	F000185	R\$ 8.865.000,00	Não
09/05/2019 11:49:28	F000177	R\$ 8.869.952,00	Não
09/05/2019 11:49:27	F000185	R\$ 8.870.000,00	Não
09/05/2019 11:49:19	F000185	R\$ 8.873.000,00	Não
09/05/2019 11:49:15	F000177	R\$ 8.872.000,00	Não
09/05/2019 11:49:04	F000177	R\$ 8.873.957,00	Não
09/05/2019 11:49:03	F000185	R\$ 8.874.000,00	Não
09/05/2019 11:48:48	F000177	R\$ 8.875.000,00	Não

Em continuidade, colaciona-se os lances ofertados entre 11:47:02 e 11:48:35:

09/05/2019 11:48:35	F000177	R\$ 8.883.000,00	Não
09/05/2019 11:48:29	F000177	R\$ 8.884.961,00	Não
09/05/2019 11:48:28	F000185	R\$ 8.885.000,00	Não
09/05/2019 11:48:13	F000177	R\$ 8.888.000,00	Não
09/05/2019 11:47:59	F000177	R\$ 8.889.974,00	Não
09/05/2019 11:47:58	F000185	R\$ 8.890.000,00	Não
09/05/2019 11:47:51	F000177	R\$ 8.894.954,00	Não
09/05/2019 11:47:50	F000185	R\$ 8.895.000,00	Não
09/05/2019 11:47:43	F000177	R\$ 8.898.977,00	Não
09/05/2019 11:47:42	F000185	R\$ 8.899.000,00	Não
09/05/2019 11:47:34	F000185	R\$ 8.904.000,00	Não
09/05/2019 11:47:30	F000177	R\$ 8.900.000,00	Não
09/05/2019 11:47:24	F000177	R\$ 8.905.972,00	Não
09/05/2019 11:47:23	F000185	R\$ 8.906.000,00	Não
09/05/2019 11:47:16	F000177	R\$ 8.907.970,00	Não
09/05/2019 11:47:12	F000185	R\$ 8.908.000,00	Não
09/05/2019 11:47:09	F000177	R\$ 8.909.950,00	Não
09/05/2019 11:47:03	F000177	R\$ 8.912.000,00	Não
09/05/2019 11:47:02	F000185	R\$ 8.910.000,00	Não

Também nessa perspectiva, colaciona-se os lances feitos entre 11:46:00 e 11:46:54:

09/05/2019 11:46:54	F000177	R\$ 8.912.964,00	Não
09/05/2019 11:46:53	F000185	R\$ 8.913.000,00	Não
09/05/2019 11:46:48	F000177	R\$ 8.914.962,00	Não
09/05/2019 11:46:47	F000185	R\$ 8.915.000,00	Não
09/05/2019 11:46:38	F000177	R\$ 8.919.972,00	Não
09/05/2019 11:46:37	F000185	R\$ 8.920.000,00	Não
09/05/2019 11:46:32	F000177	R\$ 8.923.968,00	Não
09/05/2019 11:46:31	F000185	R\$ 8.924.000,00	Não
09/05/2019 11:46:24	F000177	R\$ 8.924.977,00	Não
09/05/2019 11:46:24	F000185	R\$ 8.925.000,00	Não
09/05/2019 11:46:17	F000177	R\$ 8.929.973,00	Não
09/05/2019 11:46:16	F000185	R\$ 8.930.000,00	Não
09/05/2019 11:46:10	F000177	R\$ 8.933.973,00	Não
09/05/2019 11:46:08	F000185	R\$ 8.934.000,00	Não
09/05/2019 11:46:04	F000177	R\$ 8.935.000,00	Não
09/05/2019 11:46:00	F000185	R\$ 8.935.000,00	Não

Da análise das tabelas anteriores, pode-se vislumbrar possíveis indícios do uso de *software* destinado a dar lances automáticos no pregão, com a suposta atuação mais reativa da licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti após o aviso de encerramento iminente do tempo

randômico, já que que em várias oportunidades cobriu, com intervalo temporal de um segundo, os lances da licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda., sagrando-se, portanto, vencedora do certame.

Com efeito, é inegável que o licitante queira permanecer a maior parte do tempo com o menor lance no tempo randômico do pregão, uma vez que essa etapa pode ser encerrada a qualquer momento, garantindo a sua vitória no certame, de modo que eventual utilização de *software* pode ser potencialmente intensificada após o aviso de encerramento iminente do tempo randômico. No entanto, sobre os últimos onze lances apresentados, a Subsecretaria de Gestão e Logística da SEPLAG, através do Ofício SEPLAG/CENTRAL n. 133/2019 (págs. 7/8 do arquivo constante à Peça 42 do SGAP), informou não ter identificado indícios de irregularidades na etapa de lances do pregão, conforme excerto abaixo transcrito:

[...]

Verificou-se que os últimos 11 lances apresentados pela empresa vencedora do certame (código F000177) foram realizados com um mínimo de 6 segundos de intervalo entre si, conforme imagem abaixo.

[...]

Todo o intervalo considerado nos parece factível, não indicam a utilização de ferramenta que tenha comprometido a disputa no envio de novas propostas de valor.

[...]

Cabe ressaltar que a regra principal para detecção de comportamento de envio de lances suspeito é de proximidade de lances pelo próprio licitante, caso diversos lances sejam enviados em um espaço de tempo não razoável para um humano. Não é controlado o tempo entre lances de licitante A e B, que pode ter sido o que causou suspeita na parte que realizou a reclamação. Mas mesmo considerando tal parâmetro, o comportamento observado na sessão discutida é plenamente razoável, apresenta variabilidade de tempo e valor, e ainda tempos factíveis de serem realizados por qualquer pessoa atenta participando da sessão.

Neste sentido, não foram constatadas em nossas análises indícios de irregulares na seção de lances do processo, nem situação que caracterizaria provável uso de “robô” que teria sido utilizado ilegalmente para cobrir lances. Não identificamos, assim, razões suficientes que consubstanciem qualquer ação da equipe que processou a licitação em revisão ao processo realizado e finalizado.

Assim, como exposto anteriormente, apesar da existência de posições antagônicas sobre o assunto e da ausência de proibição legal, entende-se que o uso de *software* para o oferecimento automático de lances no pregão eletrônico pode prejudicar a competitividade da disputa, já que o licitante que faz uso desse tipo de instrumento tem mais chance de ficar a frente do certame durante o tempo randômico do pregão, mediante a cobertura dos lances dos concorrentes em intervalos temporais pequenos (em milésimos de segundos), garantindo, assim, maior possibilidade de vitória, o que pode ser caracterizada como vantagem manifestamente desproporcional.

É forçoso reconhecer que, em alguns momentos, notadamente após o aviso do possível encerramento do tempo randômico, pôde-se vislumbrar possíveis indícios do uso de *software* destinado a dar lances automáticos no pregão, com a suposta atuação mais reativa da licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti, que em várias oportunidades cobriu, com intervalo temporal de um segundo, os lances da licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda., sagrando-se vencedora do certame.

Ocorre que esta Unidade Técnica não tem condições de afirmar, de modo inequívoco e seguro, que houve o uso de *software* destinado a dar lances automáticos no pregão em análise, especialmente em razão da possibilidade dos licitantes apresentarem lances de forma simultânea, além de poderem cobrir seus próprios lances, o que pode ter permitido a ocorrência de propostas com diferença temporal entre zero e um segundo, situação que foi verificada, inclusive, em alguns lances feitos pela própria denunciante (F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda.) e não apenas pela empresa vencedora do certame (F000177 – Aparecida Regina Cassarotti).

Em face das circunstâncias do caso concreto, propõe-se que seja expedida recomendação para que a SEPLAG – MG adote mecanismos para anular ou minimizar a utilização de *software* de lances automáticos em pregões eletrônicos realizados no Estado de Minas Gerais, na esteira do que foi adotado pelo TCU no bojo dos Acórdãos 1.647/2010-Plenário e 5.432/2010-1ª Câmara.

4 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) O acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos membros da equipe de apoio, Daniel Aguiar Rangel, Leandro David Metzker, Ludmila do Rosário Moraes e Vanessa Ester Profeta da Luz, assim como pelo Superintendente de Infraestrutura e Logística e subscritor do edital à época, Márcio Fernandes Guimarães Júnior;
- b) Revendo o seu posicionamento preliminar e, na esteira do estudo apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (Peça 10 do SGAP), a rejeição do pedido de suspensão do andamento do feito.

Quanto ao mérito:

- a) Apesar da existência de posições antagônicas sobre o assunto e da ausência de proibição legal, esta Unidade Técnica entende que o uso de *software* para o oferecimento automático de lances no pregão eletrônico pode prejudicar a competitividade da disputa, já que o licitante que faz uso desse tipo de instrumento tem mais chance de ficar a frente do certame durante o tempo randômico do pregão, mediante a cobertura dos lances dos concorrentes em intervalos temporais pequenos (em milésimos de segundos), garantindo, assim, maior possibilidade de vitória, o que pode ser caracterizada como vantagem manifestamente desproporcional.
- b) Ocorre que esta Unidade Técnica não tem condições de afirmar, de modo inequívoco e seguro, que houve o uso de *software* destinado a dar lances automáticos no pregão em análise, especialmente em razão da possibilidade dos licitantes apresentarem lances de forma simultânea, além de poderem cobrir seus próprios lances, o que pode ter permitido a ocorrência de propostas com diferença temporal entre zero e um segundo, situação que foi verificada, inclusive, em alguns lances feitos pela própria denunciante (F000185 - A. C. Batista Alimentação Ltda.) e não apenas pela empresa vencedora do certame (F000177 – Aparecida Regina Cassarotti).

c) A despeito disso, em alguns momentos, notadamente após o aviso do possível encerramento do tempo randômico, esta Unidade Técnica vislumbra possíveis indícios do uso de *software* destinado a dar lances automáticos no pregão, com a suposta atuação mais reativa da licitante F000177 – Aparecida Regina Cassarotti, que em várias oportunidades cobriu, com intervalo temporal de um segundo, os lances da licitante F000185 – A. C. Batista Alimentação Ltda., sagrando-se vencedora do certame. É importante ressaltar, como exposto no estudo apresentado, que a Subsecretaria de Gestão e Logística da SEPLAG, através do Ofício SEPLAG/CENTRAL n. 133/2019 (págs. 7/8 do arquivo constante à Peça 42 do SGAP), informou não ter identificado indícios de irregularidades na etapa de lances do pregão, notadamente em relação aos últimos 11 lances ofertados pela empresa vencedora do certame.

d) Em face das circunstâncias do caso concreto, esta Unidade Técnica propõe que seja expedida recomendação para que a SEPLAG/MG adote mecanismos para anular ou minimizar a utilização de *software* destinados a dar lances automáticos em pregões eletrônicos realizados pelo Estado de Minas Gerais, na esteira do que foi adotado pelo TCU no bojo dos Acórdãos 1.647/2010-Plenário e 5.432/2010-1ª Câmara.

4ª CFE / DCEE, 10 de dezembro de 2020.

Guttenberg Quinoca da Silva
Analista de Controle Externo