

O Uso do Robô nos Pregões Públicos e o Princípio da Isonomia

Sebastião Helvecio Ramos de CASTRO¹

Instituto Rui Barbosa

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

RESUMO

Os Tribunais de Contas desempenham importante papel no controle externo da gestão dos recursos públicos. Alvo constante de controle realizado pela sociedade brasileira são as compras públicas, que detêm alto valor estratégico e influenciam diretamente o ciclo socioeconômico do Estado; e, por sua vez, vêm ampliando sua função a patamar mais elevado de propósitos e responsabilidades. Ferramenta de governança, o pregão eletrônico – modalidade licitatória *on-line* que não exige presença física dos envolvidos – é amplamente utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, motivo pelo qual o mercado passou a desenvolver novas soluções tecnológicas destinadas a automação dos processos de trabalho dos licitantes. Neste contexto, este trabalho analisa denúncia recebida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) em razão do uso de *software* robótico no processo licitatório, apresentando as razões da decisão do TCEMG, que, de maneira pioneira, autoriza a utilização de *softwares* robóticos nas licitações de modalidade pregão eletrônico no Estado de Minas Gerais.

Palavras Chaves: Licitação, Pregão Eletrônico, Princípio da Isonomia, *Softwares* Robóticos, Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas brasileiros desempenham importante papel no controle externo da gestão dos recursos públicos da União, Estados e Municípios, em auxílio ao Poder Legislativo, com jurisdição própria e atuação independente, no exercício de suas competências previstas na Constituição da República de 1988, a Constituição Cidadã. As crescentes demandas da sociedade por prestação de serviços mais ágil e eficiente e por mais transparência no uso dos recursos pelos governos provocam busca constante de melhor atuação e aperfeiçoamento destes órgãos, que têm investido não apenas na fiscalização de legalidade dos atos dos governantes como também nos seus resultados.

O crescimento exponencial do acesso à internet, especialmente nas últimas duas décadas, beneficiou milhares de pessoas, porque possibilitou a utilização de novos recursos de Tecnologia da Informação (TI) e de comunicação, além da expansão das oportunidades econômicas e sociais. Estes avanços resultaram no uso intenso de TI e de comunicação também pelos governos, em coerência com as tendências globais. Nesse sentido, os Órgãos de Controle Externo passaram a ser demandados quanto a posicionamento diante de questões relacionadas ao uso da tecnologia até então não deliberadas.

Dentre as diversas formas de atuação dos Tribunais de Contas, cabe-lhes a apuração de desvios de conduta na gestão dos recursos públicos, na forma prevista no texto constitucional, que conferiu aos cidadãos e à sociedade civil organizada, entre outros, o direito à denúncia. Conforme De Plácido e Silva (1998), denúncia é o ato em que se formula uma “acusação perante o juiz competente a fim de que se inicie a ação penal contra a pessoa”.

Alvo constante de controle praticado pela sociedade brasileira são as compras públicas, que detêm alto valor estratégico e influenciam diretamente o ciclo socioeconômico do Estado; e, por sua vez, vêm ampliando sua função a patamar mais elevado de propósitos e responsabilidades. No Brasil, as compras ou serviços contratados pelos governos federal, estadual e/ou municipal sujeitam-se a procedimento licitatório em modalidades definidas na legislação específica e à fiscalização dos Tribunais de Contas.

O pregão eletrônico é uma modalidade *on-line*, que não exige presença física dos envolvidos, sendo que os participantes – pregoeiro e licitantes – se reúnem por meio da *internet* em sessão pública, quando são executadas todas as etapas por meio de computador: apresentação de propostas e lances, classificação, habilitação. É utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns – de fácil reconhecimento no mercado e de baixa complexidade – de qualquer valor; e vem

¹ Doutor em Saúde Coletiva, Especialista em Gestão Pública, Especialista em Análise de Dados, Médico, Bacharel em Direito. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Vice-Presidente de Relações Institucionais do Instituto Rui Barbosa.

apresentando maior celeridade, economia e desburocratização ao sistema licitatório.

Em razão da larga utilização desta modalidade licitatória pelo poder público, o mercado passou a desenvolver novas soluções tecnológicas destinadas a automação dos processos de trabalho dos licitantes, possibilitando mais rapidez, precisão, redução de erros e aumentando o nível de competitividade entre os licitantes do pregão.

2. DESENVOLVIMENTO

É neste contexto que trago aqui denúncia recebida no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG), apresentada por empresa do setor alimentício, fornecedora de refeições coletivas, contra suposta ilegalidade em processo de licitação, modalidade pregão eletrônico, cujo objeto é o fornecimento contínuo de refeições e lanches prontos, na forma transportada, a unidades prisionais do Estado de Minas Gerais.

A empresa denunciante alegou que, na fase de lances e, após o aviso de fechamento iminente das propostas para aquele pregão eletrônico, iniciando-se o período randômico², observou-se o uso de *software* pela empresa vencedora do certame, que “[...] realizou todos os lances no tempo randômico, no total de 124 lances, cobrindo todas as ofertas dos demais licitantes em milésimos de segundo”³.

Também ponderou que tal fato seria humanamente impossível e que, após análise dos intervalos temporais de lances realizados pelo fornecedor vencedor, percebeu-se a utilização de robôs desenvolvidos para atuarem em ambientes de pregões eletrônicos.

A partir disto, a denunciante requereu ao TCEMG a suspensão imediata do pregão eletrônico, como medida cautelar; a intimação dos pregoeiros titular e suplente, bem como dos membros da equipe de apoio ao pregão eletrônico, para prestarem esclarecimentos; a intimação da empresa vencedora do certame, para apresentar sua defesa; ao final, a determinação de desclassificação da referida empresa e de todos os lances dados pelo fornecedor, “[...] tendo em vista a utilização de robô, ferindo o princípio da igualdade e da isonomia entre os licitantes.”⁴ e o encaminhamento do processo ao Ministério Público, para análise da configuração de crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93⁵.

²Decorrido o tempo de iminência, inicia-se o chamado tempo randômico, que pode durar, aleatoriamente, de 1 segundo até 30 minutos, após o qual o sistema eletrônico encerrará a disputa. Tal procedimento está previsto em lei.

³Processo n. 1066880. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

⁴Processo n. 1066880. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

⁵Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da

A decisão monocrática – neste sentido de haver violação ao princípio constitucional da isonomia, previsto no *caput* do art. 3º da Lei n. 8.666/93⁶ – não foi referendada pelo Órgão colegiado do TCEMG, o qual entendeu, por unanimidade, que de fato houve competitividade, tendo em vista: (1) nenhum impedimento legal para a utilização de robótica em procedimentos da Administração Pública, especialmente na apresentação de lances em Pregão Eletrônico; (2) a otimização trazida pelo uso da robótica nos processos licitatórios, favorecendo a celeridade e a eficiência; (3) o uso de robô por si só não determina a vitória do licitante.

Sabe-se sobre o princípio da isonomia ou da igualdade, que remonta às mais antigas civilizações, que são várias as concepções filosóficas que buscam definir e legitimar a igualdade: para os idealistas, a igualdade é ínsita aos homens, ou seja, o ser, no seu sentido lato, detém a igualdade; já a teoria da igualdade pelo nascimento afirma a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, isto é, os indivíduos nascem iguais e desiguais; os realistas afixam que a igualdade é um bem atribuído a todo homem e a toda mulher, mas reconhecem que há desigualdades sociais, políticas, econômicas que anulam a possibilidade real da isonomia de fato.

Modernamente, tem sido considerado o pilar que sustenta o Estado Democrático de Direito e, no Brasil, está inserido na Constituição Cidadã como princípio que fundamenta toda a ordem constitucional. Deste modo, o princípio da isonomia ou da igualdade deve ser observado pelos aplicadores dos direitos em qualquer segmento. Nos Tribunais de Contas brasileiros não é diferente, pois, em contrário, estaremos diante de uma inconstitucionalidade.

Ocorre que o princípio da isonomia, como todos, deve ser interpretado em conformidade com outros princípios e valores que se entrelaçam e juntos atuam, com o intuito de resolver determinada questão e de se obter solução para problemas concretos. Para a situação referenciada, interessante e também importante, podemos nos ater a um dos alicerces constituintes de todo o direito público: os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) já disse que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em

adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁶Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Neste caso concreto, o uso do robô nada mais é do que um mecanismo de eficiência para baixar os lances de preços rapidamente. Observa-se que o tempo randômico em si oferece risco tanto para o robô quanto para o humano, posto que o período de sua duração varia de 01 segundo até 30 minutos. Quero enfatizar que, se a empresa – denunciante de que a outra estava utilizando robô e ela não – quisesse se livrar dessa eventual situação, poderia dar um desconto significativo no certame de que participava.

A meu ver, repito, o uso de robô por si só não determina a vitória do licitante. Na ocasião da deliberação, destaquei, como exemplo, a licitação em que participam microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP) e que, ainda que o licitante não enquadrado nessa qualidade utilize de robô e oferte a proposta mais vantajosa, a sua vitória não é certa, uma vez que caberá aplicar nesse caso os benefícios da Lei Complementar n. 123/06 dentre eles o empate ficto, o que permite às ME e EPP a possibilidade de ganho no certame, de acordo com as regras brasileiras.

Além do mais, não há previsão legal que impeça o uso deste tipo de *software* nas licitações públicas, desenhado de forma a permitir a customização dos lances automatizados pelo licitante. Em tempos de inteligência artificial, *machine learning*, contratos inteligentes e *softwares* de monitoramento simultâneo de transações eletrônicas, sem dúvida nenhuma não há mais espaço para a Administração Pública proibir o uso do robô nos processos de compras; sendo desejável que elabore com clareza seus regulamentos e se prepare tecnologicamente para oferecer plataforma digital de compras que oportunize a todos de forma igualitária.

Ficou ressaltado o momento histórico no Tribunal de Contas mineiro, que decidiu no exame do caso concreto por não referendar a medida cautelar, trazida no caso específico, autorizando pela primeira vez a utilização de *softwares* robóticos nas licitações de modalidade pregão eletrônico no Estado de Minas Gerais.

Tal deliberação do TCEMG mereceu referência do professor Jair Santana em artigo⁷ sobre os 20 anos passados da edição da chamada Lei do Pregão⁸ e principais discussões surgidas. O advogado e professor deu ênfase ao fundamento da decisão de que “certo é que não se poderão fechar as portas para a realidade que existe fora da Administração Pública”.

⁷https://www.jmleventos.com.br/arquivos/blog/ANEXO_1_307_EBOOK_PREGAO_20_ANOS_JAIR_EDUARDO_SANTANA.pdf. Acesso em 20 de maio de 2020.

⁸ Medida Provisória n. 2.026/2000, convertida posteriormente na Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002.

3. CONCLUSÃO

A participação de robôs em licitação eletrônica é apenas parte de complexo e desafiador cenário em que robôs e computadores já são capazes de realizar diagnósticos médicos, apresentar soluções jurídicas para casos concretos, indicar a melhor trajetória de um caminho, decidir quando ou se podemos realizar determinada compra em cartão de crédito, e até mesmo identificar expressões faciais de medo, raiva, surpresa, alegria ou tristeza em seres humanos.

Questões trazidas por Isaac Asimov, mestre da ficção científica, em suas diversas obras de ficção científica sobre conflitos jurídicos entre os seres humanos e robôs estão se tornando cada vez mais reais e frequentes, abarcados pelo novo direito robótico – ciência dedicada ao estudo das relações que envolvem problemas de robótica e de inteligência artificial.

Para além das questões práticas da rotina das administrações públicas, o uso de robôs inteligentes carrega consigo questões filosóficas e até autopoieticas, não comportadas na natureza deste trabalho que se limita a demonstrar a posição de Órgão de Controle Externo em caso concreto de uso de TI e seus reflexos nas aquisições públicas. Sem dúvida alguma, “a visão antropocêntrica há de ser afastada para se perceber o mundo novo que se descortina”, nas palavras de Manuel Martín Pino Estrada (2014).

“A otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e eficiência, princípios caros à Administração Pública. [...] Reconhecer a importância dessa tecnologia da informação no processo licitatório e estimular a utilização dessas ferramentas, que, na verdade, dão celeridade à decisão, é irreversível [...]”⁹.

O certo é que se, de um lado, os Órgãos de Controle Externo estão cada vez mais convocados ao enfrentamento de questões advindas do uso de robótica por seus jurisdicionados, de outro, a automação de suas tarefas e processos de trabalho é tendência indissociável ao cumprimento de sua missão constitucional. Importante ferramenta de robótica desenvolvida totalmente pelo TCEMG, no âmbito das ações da Política de Fiscalização Integrada – Suricato, foi reconhecida internacionalmente como “melhor detetive do mundo” por recente publicação espanhola¹⁰. Recomendada inclusive pela Agência Valenciana Antifraude (AVAF) para utilização pelos órgãos que combatem o enriquecimento ilícito na Espanha. Trata-se de robô desenvolvido para acompanhar as aquisições

⁹ Partes do voto trazido pelo Conselheiro Sebastião Helvecio Ramos de Castro, proferido na Sessão da Primeira Câmara do TCEMG em 18 de junho de 2019 – Processo n. 1066880.

¹⁰ <https://fiscalizacion.es/2020/05/22/dia-sherlock/> Acesso em 29 de maio de 2020. Ver também <https://irbcontas.org.br/suricato-tcemg/> e <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111624468>

públicas durante a pandemia de Covid-19, a partir da utilização de *Big Date* formado por dados e informações internas e externas ao Tribunal, especialmente da base das notas fiscais eletrônicas, disponibilizadas ao TCEMG em tempo real. Seguramente não estamos a falar do futuro, mas sim de um presente promissor que apresenta oportunidades de melhoria dos serviços públicos.

4. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei Ordinária n. 8.666 de 21jun. 1993. Visa proporcionar a melhor contratação possível para o Poder Público, de forma sistemática e transparente. Acesso em 7fev. 2020:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>.

BRASIL. Lei Complementar n. 123 de 14 dez. 2006. Estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Acesso em 7 fev. 2020:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.html>.

BRASIL. Constituição (1988). Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. ed. 21ª. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 59.

CAJUEIRO, Marcelo Viveiros. Acadêmico de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Hermenêutica Constitucional e Princípio da Isonomia. Acesso em 31 de jan. de 2020:

http://www.uff.br/direito/artigos/Artigo_de_Direito_Constitucional.htm

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Teletrabalho & Direito. Paraná: Editora Juruá. 2014, p.123.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Resolução n. 12 de 19 dez. 2008. Regimento Interno. Art. 301. Acesso em 7fev. 2020: <https://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/RegimentoInterno/Reg-Int-12-08.pdf>.

Vocabulário Jurídico. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 251.