

I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

**TECNOLOGIAS, CONSTITUIÇÃO,
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PREVIDÊNCIA**

T255

Tecnologias, constituição, administração pública e previdência [Recurso eletrônico on-line]
organização I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito – Belo Horizonte;

Coordenadores: Christiane Costa Assis, Raphael Moreira Maia e Leandro José Ferreira –
Belo Horizonte, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-670-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI

1. Direito. 2. Tecnologia. 3. Constituição. 4. Administração pública. 5. Previdência. I. I
Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34



I CONGRESSO DE TECNOLOGIAS APLICADAS AO DIREITO

TECNOLOGIAS, CONSTITUIÇÃO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PREVIDÊNCIA

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos os trabalhos científicos incluídos nesta publicação, que foram apresentados durante o I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito nos dias 14 e 15 de junho de 2018. As atividades ocorreram nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, e tiveram inspiração no tema geral “O problema do acesso à justiça e a tecnologia no século XXI”.

O evento foi uma realização do Programa RECAJ-UFMG – Solução de Conflitos e Acesso à Justiça da Faculdade de Direito da UFMG em parceria com o Direito Integral da Escola Superior Dom Helder Câmara. Foram apoiadores: o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, EMGE – Escola de Engenharia, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI e o Projeto Startup Dom.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito, oriundos de dez Estados diferentes da Federação, puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Foram debatidos os desafios que as linhas de pesquisa enfrentam no tocante ao estudo do Direito e sua relação com a tecnologia nas mais diversas searas jurídicas.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, e, principalmente, pesquisas oriundas dos programas de iniciação científica, isto é, trabalhos realizados por graduandos em Direito e seus orientadores. Os trabalhos foram rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares no sistema eletrônico desenvolvido pelo CONPEDI. Desta forma, estão inseridos no universo das 350 (trezentas e cinquenta) pesquisas do evento ora publicadas, que guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

A UTILIZAÇÃO DE APARATOS TECNOLÓGICOS NO PREGÃO ELETRÔNICO E OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO

THE USE OF TECHNOLOGY IN ELECTRONIC BIDDINGS AND THE PRINCIPLES OF ISONOMY AND COMPETITIVENESS

Renata Vaz Marques Costa Rainho ¹

Resumo

O presente resumo expandido aborda a problemática da utilização de aparatos tecnológicos para a oferta de lances no pregão eletrônico, e o atual entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito.

Palavras-chave: Pregão eletrônico, Lances, Robô

Abstract/Resumen/Résumé

The present abstract aims to analyze the problem of technology used at electronic biddings, and the current judgment of the Brazilian Tribunal de Contas.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Electronic bidding, Bids, Robot

¹ Mestranda da linha de pesquisa "Administração Pública e Desenvolvimento Estratégico", da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

A UTILIZAÇÃO DE APARATOS TECNOLÓGICOS NO PREGÃO ELETRÔNICO E OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA COMPETITIVIDADE NA LICITAÇÃO

1. PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão é modalidade licitatória instituída pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, aplicável em âmbito federal, estadual, distrital e municipal, em razão da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública, nos termos do art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

Trata-se de modalidade destinada à aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles bens ou serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 10.520/2002). O julgamento e a classificação das propostas no pregão obrigatoriamente devem utilizar o tipo menor preço, obrigatoriedade consentânea à sua finalidade.

A fase externa do pregão pode se desenvolver de forma presencial ou eletrônica, esta em razão do permissivo legal constante do art. 2º, §1º, da Lei nº 10.520/2002, que faculta a realização do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. Essa regulamentação foi feita em âmbito federal pelo Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

Nos termos do Decreto nº 5.450/2005, a fase externa do pregão se inicia com a convocação dos interessados por meio da publicação de aviso, com critérios de publicidade maiores à medida em que se elevar o valor da contratação. Este aviso deve conter informações suficientes, como a definição precisa do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, bem como o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização, e a indicação de que o pregão eletrônico será realizado por meio da internet.

Após a divulgação do edital, e passadas as oportunidades de impugnação ao instrumento convocatório, os licitantes já previamente credenciados no sistema eletrônico devem encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e hora marcadas para a abertura da sessão. A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta por comando do pregoeiro, ocasião em que o pregoeiro verificará as propostas apresentadas e desclassificará aquelas que não estejam em conformidade com os

requisitos estabelecidos no edital.

Posteriormente, o sistema eletrônico ordenará as propostas classificadas, e apenas os proponentes destas participarão da fase competitiva. A fase competitiva consiste no oferecimento de lances pelos licitantes, ofertados por meio do sistema eletrônico, com o objetivo de se alcançar o menor preço possível para a contratação.

Na fase competitiva os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, e em valores inferiores ao último valor por eles ofertados e registrados pelo sistema, não sendo aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo, nesse caso, aquele lance registrado primeiro no sistema. Os licitantes permanecem informados acerca do menor lance registrado ao longo da disputa, sendo omitida apenas a identificação do proponente do menor lance.

A fase competitiva, de oferta de lances, é finalizada por um aviso do pregoeiro de fechamento iminente dos lances, conhecido na doutrina administrativista como “período randômico” (art. 23, §7º, Lei nº 10.520/2002). Trata-se de período de tempo de até 30 (trinta) minutos, aleatoriamente determinado pelo sistema eletrônico, findo o qual encerra-se automaticamente a recepção de lances pelo sistema.

Perceba-se, o pregoeiro ativa no sistema do pregão eletrônico o período randômico e, eletronicamente e aleatoriamente, o sistema fixa um prazo, que pode variar de segundos até 30 (trinta) minutos, sendo esse o último momento para que os licitantes ofereçam propostas, e sendo a fase crucial para que o licitante interessado ofereça a proposta com menor preço e se consagre vencedor daquele procedimento licitatório.

É justamente nessa fase competitiva do pregão eletrônico que o uso de aparatos tecnológicos (“robôs”) para a oferta de propostas ganhou destaque na jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU em razão de afetar, no entendimento da Corte de Contas, os princípios da isonomia e da competitividade na referida modalidade licitatória.

2. UTILIZAÇÃO DE APARATOS TECNOLÓGICOS E A DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU, no acórdão 2601/2011, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, processo de relatório de monitoramento nº 014.474/2011-5, analisou a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos do sistema federal “Comprasnet”, e as providências tomadas em relação a recomendações previamente realizadas, veja-se parte do voto proferido:

“1. Trago à deliberação deste Colegiado o relatório do monitoramento do subitem 9.1.13 do Acórdão nº 1.647/2010-TCU-Plenário, que versa sobre a problemática da utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio das ferramentas do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP).”

2. O referido acórdão foi adotado em processo de levantamento de auditoria (TC-012.538/2009-1), realizado em 2009 com o objetivo de capacitar a Sefti e outras unidades do Tribunal para a realização de trabalhos futuros acerca dos sistemas integrantes do portal Comprasnet, bem como em relação a outros sistemas correlatos, especialmente o Siasg, no tocante a aspectos de adequação às normas de segurança da informação, de eficiência, de usabilidade e do próprio processo licitatório.

3. O acima relatado mostrou que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet:

“a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão;

b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode 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;

c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a Administração.”

4. Os fatos configuram a inobservância do princípio constitucional da isonomia, previsto expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005, visto que a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes. (grifo nosso)

Em síntese, no referido caso em monitoramento, entendeu a Corte de Contas que a utilização de tais softwares, os quais denominou em seu acórdão de “robôs”, feririam o princípio da isonomia na licitação, conferindo vantagem competitiva aos licitantes que fizessem uso de tal ferramenta. Diante disso, recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, a implementação de mecanismos inibidores do uso desses dispositivos no sistema federal Comprasnet, mantendo a Corte o monitoramento das recomendações implantadas e dos avanços obtidos.

Relata a decisão que a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do TCU realizou em 2009 um levantamento de dados (processo nº TC 012.538/2009-1) visando a capacitação de servidores do TCU acerca do sistema de compras federal (Comprasnet), analisando a segurança da informação, eficiência e usabilidade do processo licitatório. Quando

de tal levantamento, o TCU já registrava demandas em sua ouvidoria ou por meio da representação de licitantes acerca da legalidade da utilização de dispositivos de envios automáticos de lances (robôs) nos pregões eletrônicos realizados no portal Comprasnet.

Durante tal levantamento a Secretaria averiguou que a problemática da utilização de robôs no portal de compras já existia há anos, e já havia sido implementada em 2006 uma primeira ferramenta para tentar inibir o uso da nova tecnologia, ferramenta que fora intitulada de “antirrobô”. O mecanismo “antirrobô” implementado em 2006 consistia em solicitar ao licitante a digitação de código de confirmação (tecnologia captcha) em caso de inserção de lances em intervalo inferior a 6 (seis) segundos.

Em 2009, no levantamento feito pela referida Secretaria do TCU, verificou-se que a ferramenta “captcha” não estava sendo efetiva para barrar o uso dos robôs, porque esses passaram a ser desenvolvidos para reconhecer o código impresso na imagem, permanecendo a sua utilização nos procedimentos licitatórios.

Diante da inefetividade do “captcha”, recomendou o TCU, ao Ministério do Planejamento, novas providências para promover a isonomia no pregão eletrônico, sugerindo, dentre outros:

“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;

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.” (grifo nosso)

Efetivamente, na Instrução Normativa nº 3, de 16 de dezembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 4 de outubro de 2013, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dispôs:

“Art. 1º-A - O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta

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.”

Diante de tal Instrução Normativa, corroborada na competência conferida pelo art. 31 do Decreto nº 5.450/2005, verifica-se que o Ministério do Planejamento por meio de seu órgão competente tomou providências regulamentares visando restaurar a isonomia ao dificultar a

utilização dos robôs, possibilitando que os concorrentes que não utilizassem o aparato tecnológico tivessem melhores condições de concorrer em igualdade. Questiona-se, no entanto, a efetividade de tais medidas.

Para exemplificar a disparidade entre licitantes que utilizam os robôs, em relação aos que não utilizam, o referido acórdão cita dois casos concretos. Em um deles, registra-se, que em pregões eletrônicos com a utilização do robô, os licitantes que não se utilizavam de tal tecnologia conseguiam ofertar lances com o período mínimo de 6 segundos e 373 milésimos de segundo, enquanto os proponentes que utilizam a tecnologia conseguiam ofertar lances em 187 milésimos de segundo. Nesse caso, constatou-se que proponente com robô conseguia superar o lance dos demais licitantes em menos de 1,5 segundos, a revelar a notável situação de vantagem que se colocava frente aos demais.

Em outro caso concreto, no mesmo acórdão, relata-se que acionado o período randômico, que teve a duração de 16 minutos, todos os lances de um dos proponentes foram imediatamente cobertos por outro lance da concorrente que se utilizava do robô, com diferenças mínimas de valor, e em tempos inferiores a centésimos de segundos.

Afere-se no referido julgado:

Nesse caso, a probabilidade de o encerramento da fase de lances se dar em favor da empresa que dispõe desses robôs foi de 95,60%. Assim, corrobora-se entendimento da representante de que as chances de se sagrar vencedora eram remotas, por não ser viável competir manualmente com recurso de tecnologia da informação, que pode colocar em vantagem competitiva a licitante que dele dispõe.

Nota-se que, conforme observado no caso do pregão do Cespe, a instrução mencionada no item anterior evidencia que a utilização de robôs em pregões eletrônicos suportados pelo portal Comprasnet pode gerar vantagem competitiva ao detentor de tal ferramenta, visto que permite a inserção de lance automático e em fração de segundos após os lances de seus concorrentes. Este fato faz com que o usuário do dispositivo esteja à frente dos demais na maior parte do tempo, aumentando significativamente a probabilidade de vencer o certame, já que o encerramento deste é aleatório. Isto é observado mesmo com o uso do mecanismo de captcha implementado pela SLTI/MP, pois é possível o reconhecimento do código impresso na imagem pelos robôs, o que permite a inserção de lances subsequentes em tempo menor que seis segundos (item 2.5 deste relatório)

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, evidente é a vantagem competitiva dos licitantes que se utilizam de aparatos tecnológicos – robôs –, em pregões eletrônicos, afetando a isonomia e a competitividade do procedimento licitatório.

É igualmente evidente, o conhecimento das instituições públicas interessadas a respeito da utilização de tais instrumentos, e a tentativa de barra-los.

No entanto, é de se questionar a efetividade em se bloquear a utilização de tais tecnologias, afinal, a cada tecnologia vetada ou regulamentada pelo Poder Público, novo aparato tecnológico será criado, seja em substituição ao primeiro, seja em razão de um novo e impensado avanço tecnológico.

A evolução da tecnologia da informação, a propagação da inteligência artificial, as cada vez mais modernas e há pouco inimagináveis tecnologias, não devem ser combatidas pelo Estado, ao contrário, devem ser entendidas e acompanhadas.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Lei 10.520 de 17 de julho 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, D.O.U. DE 18/07/2002, P. 1.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, D.O.U. DE 01/06/2005, P. 5

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Monitoramento: 014.474/2011-5. Relator: Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2601%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.