

TC-024.723/2016-9

Apenso: TC 009.083/2012-0

Tipo: tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Traipu/AL e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).

Recorrente: Martha Gabriela Vieira Vasconcelos (CPF 055.714.734-44).

Advogado: Fernando Machado Barros, OAB/AL 12.513; procuração: peça 102.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. PNAE. Desvio de verbas. Irregularidades em pregões presenciais. Citações e audiências. Contas irregulares. Débito e multa. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Argumentos insuficientes para a reforma do acórdão. Provimento parcial.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 103) interposto por Martha Gabriela Vieira Vasconcelos (pregoeira no Pregão Presencial 1/2009 e 1/2010 promovido pela Prefeitura de Traipu/AL), contra o Acórdão 2.007/2020-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz (peça 73), com o seguinte teor (destacando-se os itens impugnados):

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas **b** e **c**, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, inciso III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, em:

9.1. considerar revéis, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, o Sr. Marcos Antônio dos Santos e as empresas Aloísio Nascimento Limeira – ME e Comercial Eucaliptos Ltda.;

9.2. acatar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Martha Gabriela Vieira Vasconcelos;

9.3. rejeitar as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelas empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Comercial de Alimentos Rural Ltda., antiga Comercial Compre Fácil Ltda.;

9.4. acatar as razões de justificativa apresentadas pela empresa M C de Omena Neto & Cia Ltda – ME e excluí-la da relação processual;

9.5. julgar irregulares as contas dos responsáveis indicados abaixo, condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) (art. 23, inciso III, alínea “a”, da citada Lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea

“a”, do Regimento Interno), abatendo-se, na oportunidade, quantia(s) eventualmente ressarcida(s), na forma da legislação em vigor:

Valor Original (R\$)	Datas de Ocorrência	Responsáveis Solidários
167.485,71	27/11/2009	Marcos Antônio dos Santos e Comercial 15 de Novembro Ltda.
85.760,00	30/11/2009	Marcos Antônio, Comercial 15 de Novembro Ltda. e Comercial Eucaliptos Ltda. – EPP
186.843,58	23/8/2010	Marcos Antônio Santos e Comercial de Alimentos Rural Ltda.

9.6. aplicar, individualmente, aos responsáveis a seguir nominados, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do RI/TCU, nos valores referenciados abaixo, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o TCU (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

Responsáveis	Valor
Marcos Antônio dos Santos	R\$ 100.000,00
15 de Novembro Ltda. e Comercial Eucaliptos Ltda. – EPP	R\$ 45.000,00
Comercial de Alimentos Rural Ltda.	R\$ 32.000,00

9.7. aplicar à Sra. Martha Gabriela Vieira Vasconcelos a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.8 autorizar desde logo, se requerido, com fundamento no art. 26, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, do Regimento Interno do TCU, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas, incidindo sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes legais, fixando-se o prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de 30 (trinta) dias, a contar da parcela anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada valor mensal, atualizado monetariamente, os juros de mora devidos, no caso do débito, na forma prevista na legislação em vigor, alertando os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217, §2º, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.9. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, caso não atendidas as notificações;

9.10. considerar grave a infração cometida pelo Sr. Marcos Antônio dos Santos;

9.11. aplicar ao Sr. Marcos Antônio dos Santos a penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, consoante o art. 60 da Lei 8.443/1992, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

9.12. declarar, diante da verificação de ocorrência de fraude comprovada à licitação, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, c/c art. 271 do RI/TCU, a inidoneidade das empresas Comercial 15 de Novembro Ltda., Aloísio Nascimento Limeira – EPP, Comercial Eucaliptos Ltda. – EPP e

Comercial de Alimentos Rural Ltda. (antiga Comercial Compre Fácil Ltda.) para participarem, de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de 3 (três) anos;

9.13. encaminhar cópia do presente Acórdão à Prefeitura de Belo Monte-AL, ao Ministério da Educação e aos responsáveis, para ciência, informando que a presente deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamenta, está disponível para a consulta no endereço <www.tcu.gov.br/acordaos>, além de esclarecer que, caso requerido, o TCU poderá fornecer sem custos as correspondentes cópias, de forma impressa;

9.14. encaminhar cópia do presente Acórdão ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República em Alagoas, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis, informando-lhe que o inteiro teor da deliberação pode ser consultado no endereço <www.tcu.gov.br/acordaos>.

HISTÓRICO

2. A tomada de contas especial (TCE) sob comento teve origem em conversão da representação objeto do TC 009.083/2012-0, em razão de suposto desvio de verbas do Programa de Alimentação Escolar (PNAE), nos exercícios de 2007 a 2010, no Município de Traipu/AL.

2.1. A TCE foi determinada pelo Acórdão 1154/2016-Plenário, retificado, por inexatidão material, pelos Acórdãos 2089/2016 (peça 5) e 1274/2016 (peça 6), todos do Plenário e da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que determinou a realização de audiência e a citação de diversos responsáveis em função de várias irregularidades cometidas no decorrer da realização dos pregões presenciais 1/2009 e 2/2010 e durante a execução dos fornecimentos correspondentes (peça 4, p. 2).

2.2. No que diz respeito a ora recorrente, ex-pregoeira, foi realizada audiência por haver conduzido o Pregão Presencial 1/2009 para aquisição de gêneros alimentícios, no qual se contataram os seguintes indícios de irregularidades (peça 12):

a) subitem 9.7.1 do Acórdão 1154/2016-Plenário-Rel. Raimundo Carreiro:

(...)

9.7.1.1. exigência de amostras de todos os licitantes como condição para participar da licitação, conforme subitem 3.1 do edital do PP 1/2009 (peça 67, p. 186), o que contraria o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 27 a 30, da Lei 8.666/1993 e entendimento firmado pelo TCU (Acórdãos 10/2006-Plenário, 99/2005-Plenário, 473/2004-Plenário, 808/2003-Plenário, 1.237/2002-Plenário, 346/2002-Plenário);

9.7.1.2. exigência, agravando esta situação, de que as amostras fossem apresentadas em até três dias úteis anteriores à data marcada para abertura das propostas, com a identificação da empresa, a marca e descrição completa do produto, acarretando na quebra de sigilo das propostas, bem como, no conhecimento prévio das empresas que participariam da licitação, o que contraria o disposto no art. 3º, §§ 1º e 3º, da Lei 8.666/1993;

9.7.1.3. no processo do Pregão Presencial 1/2009 (peça 63) apresentado à CGU, as folhas de numeração 29, 30, 31 e 280 correspondem, respectivamente, aos seguintes documentos: ata de instauração, portaria de nomeação do pregoeiro e equipe de apoio, pedido de cotação de preços às empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Maria Arlenilde Nascimento Costa & Cia - Ltda., e Parecer Jurídico (peça 63, p. 27-29 e 302); todavia, no processo do Pregão Presencial 1/2009 (peça 67, p. 177-249) apreendido pela Polícia Federal referidas folhas 29, 30, 31 e 280 correspondem, respectivamente, aos seguintes documentos: pedidos de cotações de preços às empresas: Comercial Eucaliptos Ltda., Maria Arlenilde Nascimento Costa & Cia - Ltda. e Comercial 15 de Novembro, e Homologação da licitação (peça 67, p. 180-182 e 230),

demonstrando a existência de montagem de processos o que contraria o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e no art. 8º da Lei 10.520/2002;

9.7.1.4. o Termo de Homologação do Pregão Presencial 1/2009, constante do processo apresentado a CGU (peça 63, p. 303) é distinto do constante no processo apreendido pela Polícia Federal (peça 67, p. 230);

9.7.1.5. depoimentos prestados à Polícia Federal pelos Srs. Péterson Melo e Silva, funcionário da empresa Comercial 15 de Novembro Ltda. (peça 65, p. 30-34 e 52-27; peça 69, p. 212- 213), Aloísio Nascimento Limeira, proprietário da empresa Aloísio Nascimento Limeira - ME (peça 65, p. 45-46 e 80-81), José Aloísio Limeira, pai do Sr. Aloísio Nascimento Limeira e sócioadministrador da empresa Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP (peça 65, p. 47-49 e 78-79), e José Aloísio Maurício Lira, sócio da empresa Comercial 15 de Novembro Ltda. (peça 65, p. 50-51 e 67; peça 69, p. 215-216), dos quais se evidencia que as empresas Aloísio Nascimento Limeira - ME, Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP, Comercial 15 de Novembro Ltda., Supermercados São Luiz Ltda., Maria Arlenilde Nascimento Costa & Cia Ltda. e São Luiz Distribuidor Ltda., agiam em conluio, com a participação de servidores públicos, com vistas a fraudar certames licitatórios, promovidos por diversos municípios do Estado de Alagoas, destinados à aquisição de alimentos para programas custeados com recursos federais;

9.7.1.6. ausência de competição na realização do Pregão Presencial 1/2009, materializada pela existência de relação de parentesco entre sócios de empresas licitantes, isto é, o Sr. José Aloísio Limeira, sócio-administrador da empresa Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP, é pai do Sr. Aloísio Nascimento Limeira, proprietário da empresa Aloísio Nascimento Limeira - EPP, com indícios de simulação licitatória, fraude e violação ao sigilo das propostas, contrariando os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e o disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.7.1.7. simulação de concorrência por parte das empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Aloísio Nascimento Limeira - EPP, visto que:

9.7.1.7.1. os preços de praticamente todos os itens em todos os lotes da proposta apresentada pela Aloísio Nascimento Limeira - EPP são superiores aos propostos pela Comercial 15 de Novembro Ltda., em um percentual fixo de 6%, o que só pode ocorrer mediante violação do sigilo das propostas, o que contraria os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e o disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.7.1.7.2. no lote VII, referente a cestas básicas, na tabela apresentada pela Aloísio Nascimento Limeira - EPP informativa da composição dos preços dos itens que compõem a cesta básica, ou seja, o preço unitário de cada cesta, o valor foi de R\$ 35,68. Entretanto, na tabela de totalização o valor unitário utilizado foi de R\$ 33,66, isto é, o mesmo valor unitário apresentado pela Comercial 15 de Novembro Ltda. o que só pode ter ocorrido mediante violação do sigilo das propostas, o que contraria os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e o disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.7.1.8. fraude à licitação consubstanciada na violação do sigilo das propostas visto que tanto a empresa Comercial 15 de Novembro Ltda. quanto a Aloísio Nascimento Limeira - EPP, concidentemente, deixaram de apresentar propostas de preços para os itens 1 e 4, feijão e espaguete, constantes do lote IV, sendo que ambas as empresas apresentaram preços para esses itens nos demais lotes, configurando-se afronta aos princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e ao disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal;

9.7.1.9. conduta omissiva da pregoeira ao não desclassificar as empresas Comercial 15 de

Novembro Ltda. e a Aloísio Nascimento Limeira - EPP em relação ao lote IV, visto que ao não cotarem preços para os itens 1 e 4, feijão e espaguete, suas propostas não estariam aderentes ao edital, configurando infringência aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo previstos nos arts. 3º, caput, 41, 44 e 45 da Lei 8.666/1993, bem como o disposto no subitem 5.2.11 do edital do Pregão Presencial 1/2009;

9.7.1.10. as empresas Comercial 15 de Novembro Ltda., Aloísio Nascimento Limeira - EPP e Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP combinaram previamente suas participações no certame, ficando a Comercial 15 de Novembro Ltda. com os lotes maiores e a Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP como os menores, segundo a Sra. Irislane Barbosa Almeida, funcionária da empresa Comercial 15 de Novembro Ltda., especificamente em relação ao Pregão Presencial 1/2009 de Traipu/AL, em depoimento à Polícia Federal;

(...)

b) subitem 9.7.4 do Acórdão 1154/2016-Plenário-Rel. Raimundo Carreiro:

(...)

9.7.4.1. não foram anexados aos autos do processo do Pregão Presencial 2/2010 os comprovantes de entrega das solicitações de cotação de preços às empresas pesquisadas, o que contraria o disposto no art. 8º da lei 10.520/2002 (peça 1, p. 77; peça 64);

9.7.4.2. os preços apresentados, em resposta a solicitação de cotação, pela empresa M C de Omena Neto & Cia Ltda. - ME, para quase todos os itens, são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial Compre Fácil Ltda., que por sua vez são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial 15 de Novembro Ltda., incorrendo na ilegalidade prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993 (peça 1, p. 77-82; e 64, p. 70-111);

9.7.4.3. as três empresas pesquisadas cometeram o mesmo erro com referência ao item 13 do lote V, extrato de tomate, isto é, cotaram uma quantidade 32,56kg (peça 1, p. 82 e 83; peça 64, p. 78, 92 e 106) quando deveria ser 32,5kg, conforme termo de referência (peça 64, p. 38), mais uma vez incorrendo na ilegalidade prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993;

(...)

2.3. Após analisar as razões de justificativa apresentadas (peça 69), a unidade técnica acolheu parcialmente a defesa apresentada, considerando a recorrente não responsável pelas irregularidades relatadas nos itens 9.7.1.3 (adulteração de paginação dos processos apresentados a órgãos diferentes) e 9.7.1.4 (diferença nos termos de homologação entregues à CGU e à Polícia Federal) do Acórdão 1154/2016-Plenário-Rel. Raimundo Carreiro, mas responsável pelas impropriedades relatadas nos itens 9.7.1.1, 9.7.1.2, 9.7.1.7, 9.7.1.8, 9.7.1.9, 9.7.4.1, 9.7.4.2 e 9.7.4.3 do referido acórdão, razão pela qual, propôs a aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992:

2.4. O MP/TCU (peça 72) e o relator (peça 74) anuíram à proposta da unidade técnica em relação à recorrente, o que resultou no acórdão atacado.

2.5. Inconformada, a ex-pregoeira ingressou com “defesa administrativa”, denominação não adequada para recursos em processo de contas, razão pela qual a peça foi examinada com base nos requisitos estabelecidos para o recurso de reconsideração, cabível nestes autos (peça 103). A recorrente requer a reforma do acórdão para que sejam consideradas improcedentes as irregularidades a ela atribuídas e que seja dispensada da multa que lhe foi aplicada. Alternativamente, requer a redução da multa e que seja declarada a ausência de dolo ou culpa em sua conduta. Passa-se à análise do recurso.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade contido na peça 106, ratificado pela Ministro-Relator, Benjamin Zymler, na peça 108, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo os efeitos dos itens 9.2, 9.7 e 9.9 do Acórdão 2.007/2020-Plenário, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do recurso examinar se:

- a) houve prescrição;
- b) cabe a responsabilização da recorrente em relação às irregularidades descritas nos itens a.1, a.2, a.3, a.4, a.5, a.7 e a.10, do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12 (peça 103, p. 1-4);
- c) a multa deve ser reduzida (peça 103, p. 4).

5. Se houve prescrição.

Análise

5.1. O exame da prescrição assume particular relevância ante o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos desse julgamento foram objeto de análise pela Serur em manifestações anteriores e, por economia processual, juntou-se a estes autos excertos dessas manifestações (peça 143), em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que *“é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de

controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999.

5.2. Analisando-se o inteiro teor do acórdão do RE 636.886, cuja decisão foi publicada no DJe de 24/6/2020, inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

5.3. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

5.4. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

5.5. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente, e ressaltando-se que somente a ocorrência da prescrição com base nos critérios da Lei 9.873/1999 pode levar a uma proposta de reconhecimento da prescrição no caso concreto.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.6. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordinar-se-ia ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.7. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério, destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese. De acordo com o esse critério, a prescrição é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termo do art. 189, do Código Civil.

5.8. Aplicando-se essas balizas ao caso em exame, verificou-se que os fatos ensejadores das irregularidades iniciaram-se em 27/2/2009 (peça 63, p. 295, do TC 009.083/2012-0) e 12/3/2010 (peça 64, p. 416, do TC 009.083/2012-0) quando a recorrente, então pregoeira, firmou os Termos de Adjudicação do Pregão Presencial 1/2009 e Pregão Presencial 2/2010, respectivamente, eivados de vícios. Segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, o início da prescrição se dá com o fato ensejador da irregularidade ou a consumação deste, razão pela qual adota-se como termo inicial a

data de 12/3/2010, do Termo de Adjudicação do Pregão 2/2010.

5.9. Dessa forma, tendo em vista a data do ato que ordenou a citação - subitem 9.7.1 do Acórdão 1154/2016-Plenário (peça 4, p. 2), de 11/5/2016 -, o decurso de tempo foi pouco mais de 6 anos.

5.10. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que, tanto a possibilidade de aplicação de multa, como a condenação ao ressarcimento, não estariam prescritos, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201).

5.11. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

5.12. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

5.13. Na hipótese em exame, estão presentes os requisitos típicos de uma infração permanente, com ilícitos cometidos pela recorrente no Pregão Presencial 1/2009. Nesse caso, há de se ter como termo inicial a data de início da ação fiscalizadora por parte da Administração, qual seja o Inquérito Policial 640/2011, que tratou de atuação de empresas e gestores públicos no desvio de recursos do FNDE, em Traipu/AL – 15/9/2011 (peça 65 do TC 009.083/2012-0);

b) Prazo:

5.14. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”. Entretanto, essa hipótese não se aplica ao caso em exame.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

5.15. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II), como por exemplo, sindicâncias, processo administrativo disciplinar, auditorias, ocasião em que são apurados a legalidade dos atos e, constatando irregularidades, desencadeiam as providências ressarcitórias e punitivas cabíveis. Com esse fundamento, de acordo com os documentos constantes dos autos, verificou-se que a prescrição foi interrompida:

1) em 23/3/2012, com o Relatório sobre o Inquérito Policial 640/2011 (peça 66, p. 5, do TC 009.083/2012-0);

2) em 30/3/2012, com a instauração do TC 009.083/2012-0, sobre representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Prefeitura Municipal de Traipu-AL na execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), nos exercícios de 2007 a 2010, a saber: indícios de direcionamento em licitações e desvio de recursos e de alimentos da merenda escolar, que ocasionaram um possível prejuízo ao Erário da ordem de R\$ 440.089,29, em valores históricos (peça 1);

3) em 25/6/2015, com o Relatório Consolidado de ocorrências da CGU 00190.022470/2010-14 (peça 71, p. 2, do TC 009.083/2012-0);

4) em 11/5/2016, com o Acórdão 1.154/2016-Plenário, que determinou a audiência da recorrente (peça 4);

5) em 24/8/2016, com a autuação da presente TCE;

d) Interrupções pela audiência/citação dos responsáveis:

5.16. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação ou audiência propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção (peça 59):

Data da interrupção	Responsável citado	AR ou Resposta
24/8/2016 (peça 12)	Martha Gabriela Vieira Vasconcelos	Peça 39

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

5.17. A prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999), ocorrida na data do acórdão condenatório que é 5/8/2020 (peça 73).

f) Da prescrição intercorrente:

5.18. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

5.19. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

5.20. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

5.21. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

5.22. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

5.23. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

5.24. Especificamente quanto a esta TCE, verifica-se, entre as causas interruptivas, um momento em que se passou mais de três anos sem que houvesse alteração relevante no processo, situação que caracteriza a ocorrência de prescrição intercorrente: entre 30/3/2012 (data da instauração do TC 009.083/2012-0 que originou a presente TCE) e 26/6/2015 (data do Relatório Consolidado de ocorrências da CGU 00190.022470/2010-14, à peça 71, p. 2, do TC 009.083/2012-0).

5.25. Mesmo tendo identificado o Ofício 364/2012-TCU/SECEX-AL, de 8/5/2012, por meio do qual a unidade técnica restitui o Inquérito Policial 640/2011 ao Procurador da República (peça 70, p. 1, do TC 009.083/2012-0), o que demonstra movimentação no período, verifica-se que remanesce intervalo maior que três anos entre a última movimentação, em 30/3/2012, com a autuação do TC 009.083/2012-0 e 25/6/2015, data do Relatório da CGU.

5.26. Dessa forma, as informações constantes dos autos permitem evidenciar que o feito não teve andamento regular, se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.

f) Conclusão:

5.27. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (citações no âmbito administrativo, tentativas de solução conciliatória etc.), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição intercorrente, caso adotado o regime da Lei 9.783/1999, como referência.

5.28. Partindo-se da premissa de que somente a ocorrência da prescrição com base nos critérios da Lei 9.873/1999 pode levar a uma proposta de reconhecimento da prescrição no caso concreto, situação que se aplica no presente caso, a não ser que seja adotada a premissa da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, verifica-se a que os prazos extintivos foram extrapolados, configurando-se a prescrição intercorrente prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999.

5.29. Nesse caso, impõe-se o arquivamento dos autos sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo com fundamento no art. 212 do RI/TCU.

6. Se cabe a responsabilização da recorrente em relação às irregularidades descritas nos itens a.1, a.2, a.3, a.4, a.5, a.7 e a.10, do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12 (peça 103, p. 1-4).

6.1. A recorrente afirma que todas as várias condutas tidas como irregulares identificadas, tanto no edital, quanto nas demais fases do Pregão 1/2009, lhe foram atribuídas indevidamente, com base nos seguintes argumentos:

a) foi imputada à Martha Gabriela a responsabilidade de o edital cobrar a exigência de amostras de todos os licitantes como condição para participar da licitação (item a.1 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

b) também lhe foi imputada a exigência de que as amostras fossem apresentadas em até três dias úteis anteriores à data marcada para abertura das propostas, com a identificação da empresa, a marca e a descrição completa do produto, acarretando na quebra de sigilo das propostas, bem como, no conhecimento prévio das empresas que participariam da licitação (item a.2 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

c) foi exposto no ofício que o Termo de Homologação do Pregão Presencial 1/2009, constante no processo apresentado a CGU é distinto do constante no processo apreendido pela Polícia

Federal (item a.4 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

d) foi dito, que as pessoas jurídicas "concorrentes" na licitação estavam agindo em conluio, com vistas a fraudar certames licitatórios promovidos por diversos municípios do Estado de Alagoas, destinados à aquisição de alimentos para programas custeados com recursos federais (item a.5 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

e) foi alegado ainda que há relação de parentesco entre os sócios de algumas empresas licitantes (item a.6 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12) e que, possivelmente, houve simulação de concorrência por parte das empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Aloísio Nascimento Limeira – EPP, sendo que, as empresas Comercial 15 de Novembro Ltda., Aloísio Nascimento Limeira - EPP e Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP combinaram previamente suas participações no certame (item a.7 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

f) a recorrente afirma que, entre as atribuições do pregoeiro definidas no art. 11, do Decreto 5.450/2005, transcrito à peça 103, p. 2, não existe a função de elaborar editais licitatórios, pelo contrário, o pregoeiro somente executa aquilo que está no edital;

g) não consta na Lei 8.666/1993, nem na Lei 10.520/2002, nem no Decreto 5.450/2005 qualquer menção dessa atribuição ao pregoeiro ou comissão de licitação, logo, se não é de sua atribuição, não pode haver responsabilização pelas seguintes falhas desse instrumento:

g.1) exigência de amostras (item a.1 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

g.2) exigência de tal amostras fossem apresentadas em até três dias úteis anteriores à data marcada para abertura das propostas com a identificação da empresa, a marca e descrição completa do produto, acarretando na quebra de sigilo das propostas, bem como, no conhecimento prévio das empresas que participariam da licitação (item a.2 do Ofício 887/2006-TCU/SECEX-AL, à peça 12);

h) o próprio TCU, no Acórdão 2.389/2006 – Plenário, relatado pelo Ministro Ubiratan Aguiar, disse não ser de responsabilidade do pregoeiro as irregularidades advindas do edital, conforme excerto transcrito à peça 103, p. 3;

i) os tópicos a.3 (indícios de montagem de processo) e a.4 (termo de homologação entregue às CGU e à Polícia Federal diferem) fogem ao controle da recorrente, pois podem ter sido alterados posteriormente a sua atuação;

j) inexistente prova do envolvimento da recorrente em relação aos tópicos a.5 (conluio), a.7 (simulação de concorrência) e a.10 (prévia combinação entre as empresas participantes), os quais relatam fatos alheios à sua vontade e por ela desconhecidos;

k) o município não proporcionou capacitação técnica à recorrente, fazendo com que as ocorrências aparentemente legais passassem despercebidas;

l) a recorrente não tinha experiência, sendo o Pregão 1/2009 um dos primeiros que realizou;

m) a conduta da recorrente, embora eivada de equívocos, não configura, por si só, ato de improbidade administrativa, de acordo com trecho jurídico transcrito à peça 103, p. 4, inexistindo prova de dolo ou culpa ou ainda enriquecimento ilícito de sua parte.

Análise

6.2. Os argumentos da recorrente merecem prosperar, em parte, considerando que não foram imputadas à recorrente a totalidade das irregularidades identificadas no Pregão Presencial 1/2009, porém, algumas das que lhe foram imputadas, não cabe sua responsabilidade, como será demonstrado a seguir.

6.3. Dos 13 indícios de irregularidades para os quais foi realizada audiência da recorrente (itens 9.7.1 e 9.7.4 do Acórdão 1154/2016-Plenário, Rel. Raimundo Carreiro), esta foi apenada por conta de somente 8 deles. Foram acatadas as suas justificativas em relação a dois deles. E acerca dos três restantes, não coube multa à recorrente, considerando o posicionamento do TCU de responsabilizar outros envolvidos. Dessa forma, dos indícios citados na peça recursal (itens a.1, a.2, a.3, a.4, a.5, a.7 e a.10 do Ofício 887/2016-TCU/SECEX-AL à peça 12), a recorrente não foi apenada pelas irregularidades constantes dos itens a.3 e a.4 - acerca dos quais foram acolhidas suas razões de justificativas – bem como dos itens a.5 e a.10, conforme a seguir:

Subitem do Acórdão 1154/2016-Plenário (peça 4)	Ofício 887/2016-TCU/SECEX-AL (peça 12)	Descrição das irregularidades identificadas no Pregão 1/2009 (peça 4)	Razões de justificativas, conforme o Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário (peça 75)	Referência
9.7.1.1	a.1	Item do edital exigindo amostras como condição para participação na licitação, o que contraria o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 27 a 30, da Lei 8.666/1993 e entendimento firmado pelo TCU (Acórdãos 10/2006-Plenário, 99/2005-Plenário, 473/2004-Plenário, 808/2003-Plenário, 1.237/2002-Plenário, 346/2002-Plenário)	Não acatadas (item 14.10 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 9
9.7.1.2	a.2	Item do edital exigindo que as amostras fossem apresentadas em até três dias úteis anteriores à data de abertura das propostas com a identificação da empresa, acarretando quebra do sigilo das propostas e conhecimento prévio dos participantes, o que contraria o disposto no art. 3º, §§ 1º e 3º, da Lei 8.666/1993	Não acatadas (item 14.10 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 9
9.7.1.3	a.3	Não correspondência na numeração de folhas dos processos entregues à CGU e à polícia federal, demonstrando a existência de montagem de processos, o que contraria o disposto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e no art. 8º da Lei 10.520/2002;	Acatadas (item 14.17 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 10
9.7.1.4	a.4	o Termo de Homologação do Pregão Presencial 1/2009, constante do processo apresentado a CGU é distinto do constante no processo apreendido pela Polícia Federal	Acatadas (item 14.21 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 11
9.7.1.5	a.5	Indícios de conluio entre as empresas Aloísio Nascimento Limeira - ME, Comercial Eucaliptos Ltda. - EPP, Comercial 15 de Novembro Ltda., Supermercados São Luiz Ltda., Maria Arlenilde Nascimento Costa &	A recorrente não foi apenada por essa irregularidade, cabendo a	peça 75, p. 11 e 21



		Cia Ltda. e São Luiz Distribuidor Ltda., com a participação de servidores públicos, com vistas a fraudar certames licitatórios	responsabilização somente às empresas arroladas nos autos (item 14.27 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário e peça 74, p. 5 do voto)	
9.7.1.6	a.6	Ausência de competição na realização do Pregão Presencial 1/2009, materializada pela existência de relação de parentesco entre sócios de empresas licitantes	A recorrente não foi apenada por essa irregularidade, cabendo a responsabilização somente às empresas arroladas nos autos (item 14.27 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 11 e 21
9.7.1.7	a.7	Simulação de concorrência por parte das empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Aloísio Nascimento Limeira - EPP, sugerindo violação do sigilo das propostas, o que contraria os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e o disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal, demonstrada por: - diferença de preços no percentual fixo de 6%, o que contraria os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e o disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal; - mesmo preço unitário das cestas básicas apresentados por duas licitantes - R\$ 33,66;	Não acatadas (item 14.33 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 12
9.7.1.8	a.8	Fraude à licitação consubstanciada na violação do sigilo das propostas, visto que duas licitantes deixaram de apresentar propostas de preços para os mesmos itens do Lote IV, sendo que ambas apresentaram preços para esses mesmos itens nos demais lotes, o que afronta aos princípios da moralidade, da igualdade e da probidade e ao disposto nos arts. 3º, caput e § 3º, 90 e 94 da Lei 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal	Não acatadas (item 14.37 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 13
9.7.1.9	a.9	Conduta omissiva da pregoeira ao não desclassificar as empresas Comercial 15 de	Não acatadas (item 14.38 do	peça 75, p. 13



		Novembro Ltda. e a Aloísio Nascimento Limeira - EPP em relação ao lote IV, visto que ao não cotarem preços para os itens 1 e 4, feijão e espaguete, suas propostas não estariam aderentes ao edital, configurando infringência aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo previstos nos arts. 3º, caput, 41, 44 e 45 da Lei 8.666/1993, bem como o disposto no subitem 5.2.11 do edital do Pregão Presencial 1/2009	Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	
9.7.1.10	a.10	Combinação prévia entre participantes evidenciada em depoimento à polícia federal, ficando uma licitante com os lotes maiores e outra com os lotes menores	A recorrente não foi apenada por essa irregularidade (item 14.39 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 13 e 21
9.7.4.1	b.1	Não foram anexados aos autos do processo do Pregão Presencial 2/2010 os comprovantes de entrega das solicitações de cotação de preços às empresas pesquisadas, o que contraria o disposto no art. 8º da lei 10.520/2002	Não acatadas (item 14.62 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 17
9.7.4.2	b.2	Os preços apresentados, em resposta a solicitação de cotação, pela empresa M C de Omena Neto & Cia Ltda. - ME, para a quase todos os itens, são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial Compre Fácil Ltda., que por sua vez são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial 15 de Novembro Ltda., incorrendo na ilegalidade prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993	Não acatadas (item 14.70 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 18
9.7.4.3	b.3	as três empresas que cotaram cometeram o mesmo erro com referência ao item 13 do lote V, extrato de tomate; cotaram uma quantidade 32,56kg quando deveria ser 32,5kg, conforme termo de referência, em afronta ao art. 90 da Lei 8.666/1993	Não acatadas (item 14.70 do Relatório do Acórdão 2.007/20200-Plenário)	peça 75, p. 18
Total de irregularidades		13	Razoes de justificativas não acatadas: 8 Razoes de justificativas acatadas: 2 Responsabilização não atribuída a recorrente: 3	

6.4 Como se pode perceber, com relação aos indícios de montagem de processo (tópico a.3 do ofício de audiência) e aos termos de homologação diferentes, entregue às CGU e à Polícia Federal (tópico a.4 do ofício de audiência), as razões de justificativas da recorrente foram acatadas, inexistindo apenação por este motivo.

6.5. Na mesma linha, inexistiu apenação da recorrente por conta dos indícios de conluio (tópico a.5 do ofício de audiência), ao indicio de que algumas empresas participantes combinaram previamente

a forma de participação no certame (tópico a.10 do ofício de audiência), e por ausência de competição na realização do Pregão Presencial 1/2009, materializada pela existência de relação de parentesco entre sócios de empresas licitantes (tópico a.6 do ofício de audiência).

6.6. Com relação à exigência de entrega de amostras, é certo que o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, estabelece a proibição de cláusulas restritivas, mormente como condição de participação no certame, pois extrapola o contido nos arts. 27 a 30 da mesma lei (condições de habilitação). Além disso, o art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/1993 é claro quanto à preservação do sigilo das propostas até a respectiva abertura.

6.7. Entretanto, esses itens dizem respeito à instrução contida no edital, instrumento que, conforme a legislação, não é de autoria ou responsabilidade do pregoeiro. Nesse sentido, cumpre razão à recorrente quando afirma que não lhe cabia competência para a prática da presumida irregularidade; não por conta do Decreto 5.450/2005 por ela citado, o qual regulamenta o pregão na forma eletrônica, pois não se aplica ao presente caso, mas por conta do art. 9º do Decreto 3.555/2000, descrito a seguir, o qual não prevê, entre as funções do pregoeiro, a elaboração de cláusulas do edital:

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

- I - o credenciamento dos interessados;
- II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;
- III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;
- IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;
- V - a adjudicação da proposta de menor preço;
- VI - a elaboração de ata;
- VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;
- VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e
- IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

6.8. Com efeito, de acordo com o Decreto 3.555/2000, as atribuições do pregoeiro somente se iniciam na fase externa do pregão. Sua responsabilidade por atos praticados ainda na fase interna teria de estar comprovada, entre outros, pela aposição de sua assinatura nos documentos do processo afetos à confecção do edital, o que não foi identificado nos presentes autos.

6.9. No caso, conforme consta do item 14.6 da instrução à peça 75, verificou-se que o edital não foi elaborado pela responsável.

6.10. Nesse sentido, é farta a jurisprudência do TCU no entendimento de que não é razoável aplicar penalidade a membros de comissão de licitação ou pregoeiro se ficar demonstrado que as irregularidades apuradas ocorreram em função do conteúdo do edital e se eles não participaram da fase relativa à sua confecção. Isso porque exigências de habilitação são inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não podem ser imputadas a quem é designado para a fase de condução do certame, como é o caso do pregoeiro (Acórdãos 2412/2010-Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, 3018/2020-Plenário, Rel. Augusto Shermann e 4436/2018-1ª Câmara, Rel. Bruno Dantas).

6.11. Diante disso, como no presente caso, a recorrente foi apenas a condutora do Pregão Presencial 1/2009, e que não contribuiu para a elaboração das cláusulas do edital, procedem as justificativas apresentadas em relação às cláusulas restritivas de exigências de amostras constantes do

edital, não cabendo a aplicação de multa, em relação a essas irregularidades (Tópicos a.1 e a.2 do ofício de audiência).

6.12. Com relação ao tópico a.7 da audiência, sobre possível ocorrência de simulação de concorrência por parte das empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Aloísio Nascimento Limeira – EPP, fato a respeito do qual a recorrente alega inexistir prova do seu envolvimento, e, ainda, alega desconhecer esse fato que seria alheio a sua vontade, não lhe assiste razão, como será demonstrado.

6.13. Esse tópico refere-se a duas situações:

a) foram observados preços de praticamente todos os itens em todos os lotes da proposta apresentada pela empresa Aloísio Nascimento Limeira – EPP como superiores aos preços propostos pela Comercial 15 de Novembro Ltda., no percentual fixo de 6%;

b) houve diferença de informação de valores do preço unitário de cestas básicas no lote VII, por parte da empresa Aloísio Nascimento Limeira – EPP. Havia um preço constante da tabela informativa de composição de preços (R\$ 35,68, conforme peça 63, p. 196 do TC 009.083/2012-0), e outro diferente constante da tabela de totalização (R\$ 33,66, conforme pela peça 63, p. 196 do TC 009.083/2012-0), sendo este último idêntico ao valor informado também pela empresa Comercial 15 de Novembro Ltda.

6.14. Ora, percebe-se, em ambas as situações, que não se trata de simples coincidência, e sim de evidente violação aos sigilo das propostas, contrariando os princípios da moralidade, da igualdade e da probidade, bem como o disposto nos arts. 3º, *caput* e § 3º, 90 e 94 da Lei 8666/1993 c/c art. 37, *caput*, da CF/1988, diante da tentativa de simulação da concorrência cometida pelas empresas envolvidas, fato que restaria facilmente percebido, caso a pregoeira cumprisse sua atribuição com relação ao exame das propostas de preço, conforme o item III, do art. 9º do Decreto 3.555/2000.

6.15. Considera-se exigível de um pregoeiro médio que, diante da proporcionalidade existente entre os preços apresentados pelas duas empresas e da semelhança, inclusive dos centavos dos preços unitários das cestas básicas, percebesse a tentativa de simulação de concorrência, não sendo plausível a alegação de que a ausência de conhecimento técnico impedisse a pregoeira de perceber a prévia combinação de ambas as empresas.

6.16. É esperado de um pregoeiro médio que esteja ciente da possibilidade de as licitantes não atentarem para os requisitos exigidos no edital e/ou atuem de má-fé na tentativa de dar ao certame aparente regularidade. Ainda que restassem dúvidas, cabia à pregoeira a adoção das medidas cabíveis para o regular processamento do pregão, seja por diligência (art. 43, § 3º, Lei 8.666/93) ou questionamento direto às licitantes.

6.17. É por essa razão que os pregoeiros verificam se os documentos apresentados atendem às exigências do edital e não simplesmente confiam em declarações assinadas pelas empresas licitantes.

6.18. No caso, essa irregularidade, assim como as listadas a seguir, que foram objeto de multa aplicada à recorrente, somente se concretizaram devido a sua atuação como pregoeira que, se omitiu, permitindo o prosseguimento do referido certame eivado de vício aparente:

a) conduta omissiva da pregoeira ao não desclassificar as empresas Comercial 15 de Novembro Ltda. e Aloísio Nascimento Limeira - EPP em relação ao lote IV, visto que, ao não cotarem preços para os itens 1 e 4, feijão e espaguete, suas propostas não estariam aderentes ao edital, configurando infringência aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo previstos

nos arts. 3º, caput, 41, 44 e 45 da Lei 8.666/1993, bem como o disposto no subitem 5.2.11 do edital do Pregão Presencial 1/2009 (a.8 e a.9 do ofício de audiência);

b) processo do Pregão Presencial 2/2010 incompleto, considerando a falta nos autos do comprovantes de entrega das solicitações de cotação de preços às empresas pesquisadas, o que contraria o disposto no art. 8º da lei 10.520/2002, conforme peça 1, p. 77 e peça 64, do TC 009.083/2012-0 (b.1 do ofício de audiência);

c) os preços apresentados em resposta a solicitação de cotação, pela empresa M C de Omena Neto & Cia Ltda. - ME, para a quase todos os itens, são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial Compre Fácil Ltda., que por sua vez são uniformemente superiores em 3% aos cotados pela empresa Comercial 15 de Novembro Ltda., incorrendo na ilegalidade prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993 (b.2 do ofício de audiência);

d) as três empresas que apresentaram cotação cometeram o mesmo erro com referência ao item 13 do lote V, extrato de tomate: cotaram uma quantidade 32,56kg quando deveria ser 32,5kg, conforme termo de referência, em afronta ao art. 90 da Lei 8.666/1993 (b.3 do ofício de audiência).

6.19. Também não cabe o argumento de falta de capacitação técnica, considerando, nesse caso, a recorrente não deveria ter aceitado a incumbência para a qual não estava devidamente capacitada. A alegação de falta de conhecimentos técnicos requeridos para exercer a função de pregoeira não afasta as irregularidades atribuídas à recorrente, ao contrário, demonstra sua culpa por imperícia (falta de habilidade, capacidade, aptidão ou conhecimento no exercício de atividade técnica).

6.20. Sobre o argumento de que não agiu com dolo, má-fé nem se locupletou de recursos públicos, esclarece-se que a apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação do TCU não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente. Impõe-se ao gestor público o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exatidão no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa. A jurisprudência do TCU caminha nessa direção, a exemplo dos Acórdãos 1674/2021-2ª Câmara, Rel. Augusto Nardes, 760/2013-TCU-Plenário, Rel. Ana Arraes, 6.943/2015-1ª Câmara, Rel. Bruno Dantas.

6.21. Assim, os argumentos apresentados merecem ser acolhidos em parte, somente com relação aos itens 9.7.1.1 e 9.7.1.2, que dizem respeito ao conteúdo do edital, o qual não teve a participação da pregoeira em sua elaboração.

7. Se a multa deve ser reduzida (peça 103, p. 4).

7.1. A recorrente requer, alternativamente, a redução da multa que lhe foi imposta.

Análise

7.2. Em relação à multa, esclarece-se que a responsabilização no âmbito do TCU, é subjetiva, mas não se aplica aqui os institutos de direito penal. Na esfera penal a demonstração do dolo é a regra e a exceção são os tipos culposos, aplicáveis somente quando previsto em lei. No âmbito administrativo, não há que se demonstrar o dolo, bastando a culpa em sentido amplo. Assim, agindo o agente com culpa e presentes os demais elementos, o gestor pode ser apenado.

7.3. A multa foi aplicada à recorrente com fundamento no art. 58, II da Lei 8.443/1992, motivada por ato praticado com grave infração à norma legal. Como visto, referido juízo formou-se a partir das irregularidades a ela atribuídas e sobre as quais as razões recursais não lograram êxito em elidir.

7.4. Assim, não importa eventual ausência de intenção (dolo) ou má-fé nas condutas que levaram aos atos irregulares. Não é necessário que haja prova de má-fé ou ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante este Tribunal. A imputação da penalidade de multa, ratifica-se, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa *lato sensu*, em qualquer uma de suas modalidades (Acórdãos 1427/2015, Rel. Augusto Nardes, 1.512/2015, Rel. Bruno Dantas e 2.367/2015, Rel. Benjamin Zymler, do Plenário).

7.5. Portanto, persistindo o juízo pelas irregularidades e condutas desautorizadas, subsiste fundamento para a multa prevista nos citado dispositivo legal.

7.6. Com relação à proporcionalidade da multa, vale lembrar que a dosimetria da pena, na sistemática processual do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, bem como a isonomia de tratamento com casos análogos. Não há dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, nem rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecidos (Acórdãos 68/2021-Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, 60/2021-Plenário, Rel. Benjamin Zymler e 4030/2020-Plenário, Rel. Ana Arraes).

7.7. Dessa forma, entende-se que não se aplica à Serur imiscuir-se no *quantum* definido no acórdão recorrido, uma vez se tratar de prerrogativa do relator e do colegiado, bastando ao exame técnico pontuar que a sanção aplicadas à recorrente, no valor de R\$ 5.000,00 teve por fundamento o art. 58 da Lei 8.443/1992.

7.8. O referido diploma legal autoriza esta Corte a aplicar multa ao responsável nos casos em que não tenha resultado débito, nos termos do art. 19 da LOTCU. Multa, esta, que será valorada entre cinco e cem por cento do valor atualizado do montante estipulado no *caput* do art. 58 da Lei 8.443/1992, o que, por sua vez, se encontra normatizado e atualizado pela Portaria 8, de 20/1/2020 (sob o amparo do § 1º do art. 268 do RI/TCU), a qual o fixou em R\$ 64.920,00 para o ano de 2020.

7.9. Contudo, propõe-se a redução da multa, tendo em vista o afastamento de duas das oito irregularidades a atribuída à recorrente.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) considerando a premissa de que somente a ocorrência da prescrição com base nos critérios da Lei 9.873/1999 pode levar a uma proposta de reconhecimento da prescrição no caso concreto, verificou-se, no presente caso, a ocorrência de prescrição intercorrente, adotando-se como referência os critérios da Lei 9.973/1999;

b) considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, deve ser reconhecida a prescrição punitiva e de ressarcimento, impondo-se o arquivamento dos autos sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo;

c) subsiste a responsabilidade de Martha Gabriela Vieira Vasconcelos, pregoeira da Prefeitura de Traipu no período de 2009-2010, em razão das irregularidades constantes nos itens 9.7.1.7, 9.7.1.8, 9.7.1.9, 9.7.4.1, 9.7.4.2 e 9.7.4.3 do Acórdão 1154/2016-Plenário, retificado, por inexatidão material, pelos Acórdãos 2089/2016 (peça 5) e 1274/2016 (peça 6), todos do Plenário e da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro;

d) nos termos propostos, contudo, entende-se elidida as irregularidades constantes dos

itens 9.7.1.1 e 9.7.1.2, do referido decisum, acerca de cláusulas do edital exigindo amostras de todos os licitantes para participar da licitação e exigindo que tais amostras fossem apresentadas anteriormente à abertura das propostas, considerando que restou comprovada a não participação da ex-pregoeira na confecção do edital;

e) a supressão de duas irregularidades antes atribuídas à recorrente pressupõe a redução da multa aplicada;

f) a inexistência de dolo ou má-fé não é suficiente para afastar a multa infligida à recorrente;

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o arquivamento desta TCE, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 212 do RI/TCU, ante a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, ocasionada pela ocorrência de prescrição.

8.2. Considerando-se que a adoção dos critérios de prescrição com base na Lei 9.873/1999 ainda é matéria controversa neste Tribunal, subsidiariamente, caso esta Corte de Contas não esteja de acordo com a proposta do item anterior, propõe-se dar provimento parcial ao recurso ora interposto para elidir as irregularidades de inclusão de cláusulas relativas à exigência de amostras no edital do Pregão 1/2009 (itens 9.7.1.1 e 9.7.1.2 do Acórdão 1154/2016-Plenário), antes atribuídas à recorrente, bem como reduzir o valor da multa a ela aplicada no item 9.7 Acórdão 2.007/2020-Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

- a) o arquivamento dos autos, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 212 do RI/TCU, devido à ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, ocasionada pela ocorrência de prescrição intercorrente estabelecida no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999;
- b) subsidiariamente, caso o Tribunal não concorde com a proposta de reconhecimento da prescrição, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para elidir as irregularidades de inclusão de cláusulas relativas à exigência de amostras no edital do Pregão 1/2009 (itens 9.7.1.1 e 9.7.1.2 do Acórdão 1154/2016-Plenário), antes atribuídas à recorrente, bem como reduzir o valor da multa a ela aplicada no item 9.7 Acórdão 2.007/2020-Plenário;
- c) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte à recorrente, à Prefeitura Municipal de Traipu/AL, ao Ministério da Educação, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Alagoas e demais interessados.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 30 de abril de 2021.

[assinado eletronicamente]
Mônica Maria Torquato Villar
AUFC – mat. 6468-8