

VOTO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela Sra. Martha Gabriela Vieira Vasconcelos contra o Acórdão 2.007/2020-Plenário, de relatoria do ministro Aroldo Cedraz, mediante o qual esta Corte de Contas aplicou a multa no valor de R\$ 5.000,00 à referida responsável, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

2. Inicialmente, cabe esclarecer que estes autos versam sobre tomada de contas especial convertida 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.

3. Assim, em cumprimento ao Acórdão 1.154/2016, retificado, por inexatidão material, pelos Acórdãos 2.089/2016 e 1.274/2016, todos do Plenário, foram promovidas as audiências e as citações dos responsáveis em função de diversas irregularidades constatadas na realização dos Pregões Presenciais 1/2009 e 2/2010 e na execução do seu objeto, as quais estão detalhadas no relatório que precede este voto. Tais certames foram conduzidos pela prefeitura municipal de Traipu/AL para aquisição de gêneros alimentícios.

4. Por meio do Acórdão 2.007/2020-Plenário, houve: a) o julgamento pela irregularidade das contas do Sr. Marcos Antônio dos Santos, ex-prefeito municipal, e das sociedades empresárias Comercial 15 de Novembro Ltda., Comercial Eucaliptos Ltda. – EPP e Comercial de Alimentos Rural Ltda., condenando-os, solidariamente, em débito e aplicando-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei Orgânica do TCU; b) a aplicação, ao Sr. Marcos Antônio dos Santos, da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo prazo de cinco anos; e c) a declaração de inidoneidade das referidas sociedades empresárias, juntamente com a Aloísio Nascimento Limeira – EPP, para participarem de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de três anos.

5. Especificamente em relação à recorrente, chamada em audiência por ter sido a pregoeira nos pregões **supra**, a referida deliberação acolheu parcialmente suas razões de justificativas, tendo a ela aplicado multa em decorrência das seguintes irregularidades não elididas:

a) Pregão 1/2009:

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, 99/2005, 473/2004, 808/2003, 1.237/2002, 346/2002, todos do Plenário);

a.2) item do edital exigindo que tais amostras fossem apresentadas em até três dias úteis anteriores à data de abertura das propostas, com a identificação da empresa e com a descrição completa do produto (inclusive menção à marca), acarretando potencial 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;

a.3) simulação de concorrência, com indícios que demonstram que houve violação do sigilo das propostas, uma vez que:

a.3.1) os preços de praticamente todos os itens da proposta apresentada pela Aloísio Nascimento Limeira - EPP foram superiores aos propostos pela Comercial 15 de Novembro Ltda. em um percentual fixo de 6%, situação que ocorreu em todos os lotes do certame;

a.3.2) no lote VII, a tabela de composição dos preços apresentada pela Aloísio Nascimento Limeira - EPP indicou o valor unitário de cada cesta básica em R\$ 35,68, contudo, na tabela de

totalização, o valor unitário fornecido pela empresa foi de R\$ 33,66, que corresponde ao mesmo que foi apresentado na proposta da Comercial 15 de Novembro Ltda.;

a.4) fraude à licitação consubstanciada na violação do sigilo das propostas, visto que tanto a Comercial 15 de Novembro Ltda. quanto a Aloísio Nascimento Limeira - EPP, concidentemente, deixaram de apresentar propostas de preços para os itens 1 e 4 do lote IV (feijão e espaguete), sendo que ambas as licitantes apresentaram preços para esses itens nos demais lotes;

a.5) 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, suas propostas não estavam aderentes ao edital, configurando infringência ao disposto no subitem 5.2.11 do edital e aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo;

b) Pregão 2/2010:

b.1) ausência de comprovantes de entrega das solicitações de cotação de preços às empresas pesquisadas, em desacordo com o art. 8º da Lei 10.520/2002;

b.2) os preços apresentados pela M C de Omena Neto & Cia Ltda. – ME em resposta à solicitação de cotação são, para a quase todos os itens, uniformemente superiores em 3% aos cotados com a Comercial Compre Fácil Ltda., que, por sua vez, são uniformemente superiores em 3% aos cotados com a Comercial 15 de Novembro Ltda., o que configura a ilegalidade prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993; e

b.3) as três sociedades empresárias pesquisadas cometeram o mesmo erro com relação ao item 13 do lote V (extrato de tomate), qual seja, cotaram uma quantidade de 32,56 kg, quando deveriam ter cotado a quantidade de 32,5 kg, conforme termo de referência, em afronta ao art. 90 da Lei 8.666/1993.

6. Em suas razões recursais, a recorrente sustentou que:

a) entre as atribuições do pregoeiro definidas no art. 11 do Decreto 5.450/2005, não existe a função de elaborar editais licitatórios, de modo que não poderia ser responsabilizada pelas inconformidades apontadas nas alíneas “a.1” e “a.2” do parágrafo anterior;

b) inexistência de prova do seu envolvimento em relação ao conluio, à simulação de concorrência e à prévia combinação entre as empresas participantes, sendo que tais fatos foram alheios à sua vontade e por ela desconhecidos;

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

d) o município não lhe proporcionou capacitação técnica, fazendo com que as ocorrências aparentemente legais passassem despercebidas; e

e) a sua conduta, embora eivada de equívocos, não configura, por si só, ato de improbidade administrativa, inexistindo prova de dolo, de culpa ou de enriquecimento ilícito por sua parte.

7. Na análise do recurso, a auditora da Serur concluiu que ocorreu a prescrição intercorrente, com base no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999. Quanto ao mérito, posicionou-se no sentido de considerar afastada a responsabilidade da recorrente apenas em relação às irregularidades mencionadas nas alíneas “a.1” e “a.2” do parágrafo 5 deste voto. Assim sendo, a referida auditora, com a anuência do diretor da unidade técnica, formulou proposta para que esta Corte decida por:

a) arquivar os autos, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 212 do Regimento Interno do TCU, devido à ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, ocasionada pela ocorrência da prescrição intercorrente; ou

b) alternativamente, caso não seja reconhecida a prescrição, conhecer do recurso ora sob exame e, no mérito, dar a ele provimento parcial para reduzir o valor da multa a ela aplicada por meio do item 9.7 do Acórdão 2.007/2020-Plenário.

8. O titular da Serur, em seu pronunciamento, endossou a proposta de arquivamento alvitrada pela auditora.

9. Por sua vez, o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), representado pelo procurador Rodrigo Medeiros de Lima, concluiu que não ocorreu a prescrição com base no prazo geral previsto no art. 205 do Código Civil. Desse modo, o **Parquet** de Contas divergiu parcialmente da unidade instrutiva, tendo, contudo, manifestado a sua concordância com a proposta alternativa de conhecer do recurso e dar a ele provimento parcial.

10. Feito o breve resumo dos fatos, passo a decidir.

II

11. Embora o tema da prescrição não tenha sido arguido pela recorrente, a Serur analisou a questão com base na Lei 9.873/1999, tendo concluído pela incidência da prescrição intercorrente nesta tomada de contas especial, alegando que o processo de representação que a originou (TC 009.083/2012-0) teria permanecido mais de três anos sem alteração relevante. Reproduzo, a seguir, trecho da instrução da unidade técnica que embasou tal conclusão (peça 144):

“5.24. Especificamente quanto a esta TCE [tomada de contas especial], 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 restituiu 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.”

12. Considerando a jurisprudência atual desta Corte de Contas, acompanho o posicionamento do **Parquet** de Contas no sentido de que a prescrição não ocorreu no caso concreto. Conforme diversos precedentes desta Casa, os prazos e os critérios previstos na Lei 9.873/1999 não têm sido aplicados aos processos de controle externo.

13. Inclusive, cabe lembrar que este Tribunal, mediante o Acórdão 1.441/2016-Plenário, firmou o entendimento de que a sua pretensão punitiva subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (dez anos), cuja contagem inicia-se na data da ocorrência da irregularidade e interrompe-se no momento do ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte. Até o momento, não houve mudança nessa jurisprudência.

14. No caso em exame, as práticas dos atos irregulares ocorreram em 2009 e 2010, sendo que o ato que ordenou a audiência da recorrente foi emitido em 11/5/2016 (data de prolação do Acórdão 1.154/2016-Plenário), interrompendo, assim, a contagem do prazo prescricional antes de se completar dez anos. Como o acórdão que aplicou a sanção à recorrente foi proferido em 2020, tampouco houve a prescrição da pretensão punitiva após o reinício da contagem do prazo decenal.

15. Superada a questão da prescrição suscitada pela Serur, passo a examinar o recurso de reconsideração.
16. Preliminarmente, ratifico minha manifestação à peça 108 pelo conhecimento do recurso de reconsideração, por considerar preenchidos os seus requisitos de admissibilidade, nos termos dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992.
17. No mérito, acolho, em essência, a proposta de dar provimento parcial ao recurso, a qual foi alvitrada, de modo subsidiário, pela unidade técnica e contou com a concordância do **Parquet** especializado, incorporando os fundamentos constantes dos respectivos pareceres como minhas razões de decidir, no que não estiver em conflito com as considerações expostas neste voto.
18. No que tange à exigência de entrega de amostras como condição para a participação na licitação (alíneas “a.1” e “a.2” do parágrafo 5 deste voto), considero que as razões recursais oferecidas não foram capazes de elidir as irregularidades em questão, tendo em vista que o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, estabelece a proibição de cláusulas excessivamente restritivas, mormente como condição para a participação no certame, pois extrapola o contido nos arts. 27 a 30 da mesma lei (condições de habilitação).
19. Contudo, no caso ora sob exame, reputo que deva ser afastada a responsabilidade da recorrente frente a tais inconformidades pelos motivos descritos a seguir:
- a) de modo geral, as funções do pregoeiro iniciam-se na fase externa do pregão, com vistas à sua condução, de modo que a elaboração de cláusulas do edital não está inserida entre as suas atribuições, nos termos do art. 9º do Decreto 3.555/2000;
 - b) a agente não participou da confecção do instrumento convocatório, conforme reconhecido no item 14.6 do relatório juntado à peça 75;
 - c) a prefeitura municipal, por meio da Portaria 16, de 7/1/2009, havia designado o Sr. Manoel Leite Neto para ser o pregoeiro da municipalidade, tendo ele sido responsável pelos atos iniciais do pregão em comento, tais como: c.1) encaminhamento da minuta do edital para análise e parecer jurídico; c.2) aviso de licitação, expedido em 30/1/2009, convocando os interessados para a abertura do certame em 27/2/2009; e c.3) assinatura nos comprovantes de entrega do edital aos interessados (peça 63, p. 28, 103, 156-158, TC 009.083/2012-0); e
 - d) somente em 13/2/2009, a prefeitura, mediante a Portaria 204, afastou o Sr. Manoel Leite Neto dessa função e nomeou, para o seu lugar, a ora recorrente, sendo que os laudos técnicos com as análises das amostras foram assinados pela nutricionista e responsável técnica Markcione da Silva Correa em 22/2/2009, não havendo evidências sobre a data em que as amostras foram apresentadas pelas três participantes do certame (peça 63, p. 156-158, TC 009.083/2012-0). Ou seja, ante os elementos constantes dos autos, considero que não seria razoável atribuir a responsabilidade de tais irregularidades a uma conduta comissiva ou omissiva por parte da recorrente na condução do certame, haja vista que a sua designação para a função de pregoeira ocorreu em data muito próxima à abertura da sessão, não tendo ela sido responsável pelo aviso de licitação, pela entrega do edital aos interessados nem pela análise das amostras.
20. Tal conclusão está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, via de regra, não é razoável aplicar penalidade a membros de comissão de licitação ou a 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. Nessa esteira, cito os Acórdãos 2.412/2010-Plenário, 3.018/2020-Plenário e 3.213/2019-1ª Câmara.
21. No que concerne às demais irregularidades (alíneas “a.3”, “a.4”, “a.5”, “b.1”, “b.2” e “b.3” do parágrafo 5 deste voto), considero que os argumentos fornecidos pela recorrente não são suficientes para justificá-las nem mesmo para afastar a sua responsabilidade.

22. Especificamente quanto ao Pregão Presencial 1/2009, diante da proporcionalidade existente entre os diversos preços oferecidos pelas licitantes e, em alguns casos, da sua semelhança (inclusive dos centavos de preços unitários das cestas básicas), é razoável exigir que um pregoeiro médio e diligente percebesse que não se tratava de mera coincidência, e sim de tentativa de simulação e de fraude na concorrência do certame. Também era de se esperar que a recorrente houvesse detectado que as propostas da Comercial 15 de Novembro Ltda. e da Aloísio Nascimento Limeira – EPP, em relação ao lote IV, não estavam aderentes ao edital, por não terem cotado preços para itens 1 e 4 (feijão e espaguete). Tais situações poderiam ter sido facilmente identificadas, caso a pregoeira cumprisse adequadamente a sua atribuição com relação ao exame das propostas de preço, conforme o art. 9º, inciso III, do Decreto 3.555/2000.

23. Da mesma forma, no Pregão Presencial 2/2010, verifico que a falta de comprovante de entrega das solicitações de cotação de preços e as evidências de combinação de preços entre as sociedades empresárias pesquisadas teriam sido facilmente constatadas caso a pregoeira tivesse atuado de modo zeloso e diligente. Cabe destacar que, no caso em análise, a própria pregoeira foi a responsável pela solicitação e pelo recebimento das cotações, bem como, em seguida, por dar início aos procedimentos da fase externa mediante a expedição de aviso de licitação com a definição de data para a sua abertura. Reputo que a deficiência no exame das cotações para a verificação do preço de mercado mostrou-se ainda mais gravosa pelo fato de o certame ter contado com uma única participante: a Comercial Compre Fácil Ltda. (peça 64, p. 62-68, 214 e 326-332, TC 009.083/2012-0).

24. A alegação de falta de conhecimentos técnicos requeridos para exercer a função de pregoeira não afasta as irregularidades atribuídas à recorrente nem serve como excludente de sua culpabilidade, já que, no caso em tela, contribuem para evidenciar a sua culpa não só por negligência e imprudência, mas, também, por imperícia (falta de habilidade, capacidade, aptidão ou conhecimento no exercício de atividade técnica). Nessa situação, ao ter aceitado a incumbência para a qual não estava devidamente capacitada, a recorrente assumiu o risco de vir a ser responsabilizada pelas inconformidades por ela não detectadas no exercício da função.

25. Por fim, a aplicação de sanções, por este Tribunal, está disciplinada na Lei 8.443/1992, não sendo necessária, para isso, a demonstração de dolo na conduta irregular do gestor, do enquadramento da irregularidade como ato de improbidade administrativa ou do enriquecimento ilícito por parte do agente. Basta, para tanto, a caracterização de erro grosseiro, conforme preconiza o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). No caso em apreço, as condutas da recorrente revelaram desempenho aquém do esperado de um pregoeiro médio, configurando culpa grave, passível de multa.

26. Portanto, considero que as razões recursais apresentadas pela recorrente foram capazes de afastar a sua responsabilidade para apenas duas das oito irregularidades que serviram de fundamento para a sanção que lhe fora aplicada pela deliberação recorrida. Assim sendo, entendo pertinente dar provimento parcial ao recurso ora sob exame para diminuir o valor da multa de R\$ 5.000,00 para R\$ 3.750,00, cabendo ressaltar que essa redução respeita o valor mínimo da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU, que é de 5% do limite máximo indicado no **caput** do referido artigo (R\$ 64.920,00 para o ano de 2020, conforme a Portaria-TCU 8/2020).

27. Ante o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 8 de dezembro de 2021.

BENJAMIN ZYMLER
Relator