EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA \_\_\_ VARA DA COMARCA DE \_\_\_\_\_\_\_\_\_/MA

**Ref. Inquérito Civil nº \_\_\_\_\_\_**

RESUMO: PRINCIPAIS ILEGALIDADES VERIFICADAS-PREGÃO ELETRÔNICO

1. Levantamento de preços com sobrepreços
2. aquisição por lotes e não por itens
3. Relatório contraditório da Ata de Prosseguimento do Pregão
4. Elaboração do Edital contendo vícios:

-Ausência de critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras.

-excesso de formalismo

**O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL,** por seu representante legal ao final assinado, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, III, da Constituição Federal, art. 25, IV, da Lei nº 8.625/93, art. 26, V, da Lei Complementar Estadual nº 13/91, art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP) e arts. 10, VIII, e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), propor

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

contra

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**, Secretário Municipal de Administração e Finanças de \_\_\_\_\_\_\_\_, inscrito(a) no CPF sob o n° \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, residente na Rua \_\_, nº \_\_, Bairro \_\_\_\_\_, São Luís/MA, CEP 65000-000;

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**, brasileiro, natural de \_\_\_\_\_\_\_\_\_/MA, CPF \_\_\_\_\_\_\_\_, Secretário Municipal de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, residente na Rua \_\_\_\_\_\_\_\_, Bairro \_\_\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_/MA;

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**, brasileiro, natural de \_\_\_\_\_/MA, solteiro, engenheiro, CPF \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, residente na \_\_\_\_\_\_\_\_\_, nº \_\_\_, Bairro \_\_\_\_\_, cidade\_\_\_\_\_\_\_/MA;

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**, pregoeiro do Município de \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, nascido em \_\_\_\_\_\_\_\_\_, CPF \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, residente na \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, nº \_\_\_\_, Bairro\_\_\_\_\_\_, Cidade \_\_\_\_\_\_\_/MA,

pelo que passa a expor, provar e requerer:

**I – DOS FATOS**

Foi instaurado no âmbito desta Promotoria de Justiça o Inquérito Civil Público n° \_\_\_\_\_\_\_\_\_ para apurar supostas irregularidades no **pregão eletrônico n° \_\_\_\_/\_\_\_\_\_**, destinado à aquisição de gêneros alimentícios para merenda escolar da rede municipal de ensino do (município)\_\_\_\_\_\_\_/MA, no exercício de 20\_\_\_.

Os recursos utilizados para a realização da licitação na modalidade pregão são oriundos do **Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE.** O referido programa consiste na transferência de **recursos federais** pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, os quais são destinados, exclusivamente, à aquisição de gêneros alimentícios para atender às necessidades alimentares dos alunos da rede pública de ensino durante a sua permanência na sala de aula, contribuindo para a formação de bons hábitos alimentares e para diminuição da evasão escolar.

No ano de 2010 e 2011, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE repassou à Prefeitura Municipal de \_\_\_\_\_\_/MA os seguintes valores, respectivamente: R$ 19.480.962,12 (dezenove milhoes quatrocentos e oitenta mil novecentos e sessenta e dois reais e doze centavos), e R$ 16.414.000,00 (dezesseis milhões, quatrocentos e quatorze mil reais) relativos ao Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE (fl. 256, volume 2).

O referido pregão foi alvo de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, pelo qual, constam nos autos do mencionado ICP, cópia dos Acórdãos n° 2077/2011 (fls. 264/288), n° 1291/201 (fls. 231/260 e 292/309 PR/AM) e n° 985/2012 (fls. 317/345 PR/AM) do TCU, onde são apontadas diversas irregularidades, as quais estão descritas abaixo:

1. **Levantamento de preços com sobrepreços**

Foi aprovado o edital do Pregão nº 71/2010-CML/PM fundamentado em Levantamento de Preços com sobrepreço, o qual não representavam os preços praticados no mercado.

A Secretaria de Controle Externo do TCU - SECEX/\_\_ analisou os valores constantes do Levantamento de Preços realizado pelo Departamento de Patrimônio e Suprimentos da Secretaria Municipal de Administração - SEMAD, comparando-os com os preços praticados no mercado.

O cotejo foi procedido com **pregões eletrônicos** para aquisição de gêneros alimentícios, realizados no início de 2011, por órgãos públicos também sediados em (cidade)/MA, como: \_\_\_\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_\_\_ e Ministerio da Saúde (MS) - Núcleo Estadual no MA, todos para registro de preços.

Constatou-se que os preços cotados pela SEMAD estão acima dos valores de mercado, superiores, inclusive, aos valores encontrados no varejo, em que pese o enorme quantitativo de alimentos a adquirir, capaz de gerar ganho de economia de escala.

O sobrepreço também foi verificado em todos os lotes, na grande maioria dos itens da proposta da empresa ARGANORTE, vencedora do certame.

A partir desses critérios, foi elaborada a planilha abaixo que demonstra o sobrepreço dos produtos para os quais havia, com segurança, os correspondentes preços de mercado:

**TABELA** COM PRODUTOS, VALORES, PREÇOS DE MERCADO PROPOSTA, AQUISIÇÃO SOLICITADA E TOTALIZAÇÃO

**Produtos Valores unitários R$) Quantidade Solicitada (D) Valores Totais (R$)**

 **Preço de Mercado / Proposta Arganorte / Dif. (C=B-A) Aquisição a Preço de Mercado (E=AXD Aquisição Solicitada**

**(F+ BXD) / Diferença (G=F-E)**

Desse modo, apurou-se um dano ao erário no montante de R$ 1.221.203,33 (um milhão, duzentos e vinte e um mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos), referente ao sobrepreço apurado nos produtos constantes da planilha acima.

1. **aquisição por lotes e não por itens**

A regra imposta nos arts. 15, inciso IV[[1]](#footnote-0), e 23, parágrafo 1[[2]](#footnote-1), da Lei 8.666, de 1993 é a adjudicação por item, salvo em caso de perdas de economia de escalas. A aquisição por lotes no presente caso restringiu a competitividade, excluindo a participação de pequenos produtores por não terem como fornecer todos os produtos que compõem os lotes, e favorecendo os atravessadores e empresas de grande porte.

O objeto da licitação foi dividido em seis lotes (fls. 142/145 - PR/AM), cada um com volumosa quantidade de produtos que supera a capacidade de fornecimento de microempresa e empresa de pequeno porte. Em determinados casos, os lotes apresentavam alimentos de natureza diversa, o que dificultou o atendimento por único fornecedor. Observa-se o agrupamento dos enormes quantitativos de alimentos em apenas um lote, os lotes 2 e 6, por exemplo, previam, respectivamente, as quantidades de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) toneladas de produtos e 925.000 (novecentos e vinte e cinco mil) toneladas de gêneros alimentícios, e alcançaram mais de 10 milhões de reais, cada um, a ser adjudicada a um único fornecedor. Os lotes agruparam alimentos de natureza diversa, como por exemplo, o lote 1, que inclui frutas e legumes, além de ovo e rapadura; lote 3, com óleo de soja, salsicha, vinagre e arroz; e o lote 4, margarina e iogurte.

**Desse modo, percebe-se que a licitação não se orientou pela legislação vigente (arts. 3º, §1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§1º e 2º da Lei 8.666/93), pois a adjudicação por lote prejudicou a competitividade do certame e a obtenção da melhor proposta para a Administração.**

1. **excesso de formalismo**

O Relatório da Tomada de Contas – TC-004.835/2011-5 (fls. 234/252 - PR/AM) apurou, dentre outras irregularidades, a regularidade da desclassificação das licitantes durante as fases do procedimento licitatório, de modo que, ao avaliar as cláusulas editalícias, as atas das sessões de condução do certame, os fundamentos das decisões tomadas pelos agentes públicos envolvidos, e os procedimentos de análise de amostras dos bens ofertados, foram identificados os seguintes fatos:

• A Ata de 21/01/2011 (fls. 163/166 – PR/AM) relata desclassificação, na fase de análise das propostas de preços, das empresas \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Ltda. , \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_Industria a Comercio Ltda., em razão de não apresentação de “Declaração de que seus produtos possuem carimbo do SIF, SIE ou SIM‟ (selos de inspeção sanitária federal, estadual ou municipal) e “de Registro no Ministério da Saúde‟ – item 4.2.d do edital. Declarações meramente formais elaboradas de próprio punho pelos licitantes que não comprovam a regularidade sanitária dos futuros produtos fornecidos e cuja verificação deveria ocorrer na etapa posterior do certame.

• Foi desclassificada, também, a empresa XXXX-ME por não destacar nas propostas de preços as marcas dos produtos ofertados apesar de o item 17.1.d do edital - Das Atribuições do Pregoeiro permitir desconsiderar erros meramente formais, desde que não resultem na necessidade de acostamento de novos documentos. A falha poderia ter sido sanada e a empresa seguir na disputa.

• A Ata de 15/02/2011 relata irregularidades na determinação de apresentação de amostras pelos três melhores colocados; falta de critérios técnicos objetivos de avaliação; e falta de capacidade e instrumentos de avaliação da citada comissão. No edital e seus anexos não são disciplinados os critérios de avaliação das características inerentes a tais produtos, estabelecendo parâmetros e níveis de aceitabilidade de variações, e, durante os trabalhos de inspeção, não se vislumbrou que a referida comissão tivesse capacidade e instrumentos de avaliar tecnicamente e de modo objetivo os gêneros alimentícios em tela. **Algumas das amostras deveriam passar por avaliação técnica em órgãos ou empresas competentes para emissão de laudos técnicos, como por exemplo, organismos de certificação de produtos. A avaliação da referida comissão ocorreu de modo subjetivo, visto que o edital, ao não estabelecer previamente parâmetros e critérios técnicos**, não proporcionava aos seus membros meios e instrumentos para realizar o trabalho de outra maneira.

• Outra irregularidade da etapa de avaliação das amostras está na falta de transparência dos procedimentos adotados que não detalham as falhas apontadas pela comissão de avaliação, dificultando o direito de defesa dos licitantes.

• Além de os bens em comento não terem sido avaliados corretamente, identifica-se que nem todos os bens são passíveis de célere e simplificada avaliação, não se coadunando a verificação de suas amostras com os princípios do pregão.

A avaliação de amostras de bens ofertados pelos licitantes sem a utilização de critérios técnicos e objetivos e desaprovações sem a devida fundamentação, por motivos fúteis não avaliaram verdadeiramente e corretamente a adequação das amostras as especificações do edital.

Constata-se que as desclassificações acima relatadas se deram por razões de aspecto meramente formal, sem levar em consideração o princípio da razoabilidade e a competitividade do certame. As falhas cometidas pelas referidas empresas, a princípio, não provocaram qualquer reflexo em suas propostas, e sua aceitação não feriria a isonomia entre os concorrentes e não teria qualquer efeito indesejável na execução do contrato, somente **caracterizando excesso de formalismo em detrimento da competitividade do certame**.

1. **Inexistência de negociação direta por parte do pregoeiro**

Constatou-se a inércia do pregoeiro, a fim de que fosse obtido melhor preço da proponente XXXXXXXX., que venceu o lote 6 pelo valor de R$ 11.095.800,00 (onze milhões, noventa e cinco mil e oitocentos reais), bem superior ao que havia ofertado a licitante desclassificada XXXXXXXXX Ltda., R$ 9.645.000,00 (nove milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil reais).

1. **Relatório contraditório da Ata de Prosseguimento do Pregão**

O Relatório da Ata, datada de 21/1/2011 (fls. 163/166 - PR/AM), que não relaciona como classificadas na fase de lances verbais as empresas xxxxx Industria e Comercio Ltda., xxxxx Aguiar Lima (Distribuidora Lima), xxxxxxx Alimentos Comercio Ltda. e xxxxx – Frigorifico Industria xxxxxxxxxx Ltda. Entretanto, posteriormente, a Ata passa a incluir essas empresas na relação de classificadas que iriam apresentar, no prazo de 3 (três) dias, amostras de produtos a Comissão designada pela Secretaria Municipal de Educação.

1. **Cláusulas restritivas à competitividade**

O mencionado relatório apontou os itens editalícios III.c e III.d –Qualificação Técnica – requisitando dos licitantes apresentação de “Certificado de Regularidade no Conselho Regional de Medicina Veterinária‟ (CRMV) e “Comprovação de possuir no quadro permanente profissional registrado no CRMV‟ (fl. 128 - PR/AM). O art. 27 da Lei 5.517, de 23 de outubro de 1968, (exercício da profissão de médico veterinário) determina somente que as entidades que exercem atividades peculiares à medicina veterinária, previstas pelos artigos 5º e 6º da mesma lei estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem; e os arts. 5º e 6º não citam como atividades peculiares a mercantil dos gêneros licitados. As mencionadas clausulas editalicias caracterizam restrição a competitividade do certame.

As irregularidades acima mencionadas ensejam ao direcionamento da licitação, nas cláusulas editalicias, em favor da empresa ARGANORTE Industria e Comercio Ltda., bem como maculam a regularidade da desclassificação das demais licitantes durante as fases do procedimento licitatório.

1. **Desclassificação irregular de licitantes**

Conforme a Ata de 21/01/2011, sete empresas foram desclassificadas, as demais foram consideradas aptas a participação na etapa seguinte do certame.

Após a fase de lances verbais, as empresas a seguir mencionadas foram consideradas classificadas em primeiro lugar, sendo a sessão suspensa para que as três licitantes classificadas de cada lote apresentassem amostras (peca 1, fls. 158/161):

**TABELA**

**LOTE EMPRESAS CLASSIFICADAS EM 1º LUGAR**

**VALOR (R$) DEMAIS EMPRESAS**

**CLASSIFICADAS**

**PARA APRESENTAÇÃO DE**

**AMOSTRAS**

1 PJA Representacao e Comercio de

Produtos Alimenticios Ltda.

3.044.550,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda.

2 PJA Representacao e Comercio de

Produtos Alimenticios Ltda.

10.634.300,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda. e Piarara Comercio e

Transportes Ltda.

3 Piarara Comercio e Transportes Ltda. 2.264.750,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda. e PJA Rep. e Com. de Prod.

Alimenticios Ltda.

4 PJA Representacao e Comercio de

Produtos Alimenticios Ltda.

1.958.000,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda. e Aroldo de Aguiar Lima

(Distribuidora Lima)

5 PJA Representacao e Comercio de

Produtos Alimenticios Ltda.

3.643.200,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda. e Ouro Preto Alimentos

Comercio Ltda.

6 PJA Representacao e Comercio de

Produtos Alimenticios Ltda.

9.010.650,00 Arganorte Industria e Comercio

Ltda. e Fridel – Frigorifico

Industria Del Rey Ltda.

TOTAL 30.555.450,00

Em 15/2/2011, foi aberto o envelope com a análise das amostras. O pregoeiro procedeu a reclassificação das empresas, tendo em vista que a PJA Representação e Comercio de Produtos Alimentícios Ltda. foi reprovada em todos os lotes (peca 1, fls. 166/168):

TABELA

**LOTE EMPRESAS RECLASSIFICADAS EM 1º LUGAR VALOR (R$)**

1 Arganorte Industria e Comercio Ltda. 3.391.100,00

2 Arganorte Industria e Comercio Ltda. 12.164.800,00

3 Piarara Comercio e Transportes Ltda. 2.264.750,00

4 Arganorte Industria e Comercio Ltda. 2.370.600,00

5 Arganorte Industria e Comercio Ltda. 4.489.200,00

6 Fridel – Frigorifico Industria Del Rey Ltda. 9.645.000,00

TOTAL 34.325.450,00

Na mesma data, o pregoeiro abriu os envelopes de documentação das licitantes, inabilitando as empresas xxxxx Comercio e Transportes Ltda. e xxxxx – Frigorifico Industria Ltda., permanecendo apenas a xxxxxx Industria e Comercio Ltda. vencedora de todos os lotes, com as seguintes propostas:

TABELA

**LOTE VALOR (R$)**

1 3.391.100,00

2 12.164.800,00

3 3.205.100,00

4 2.370.600,00

5 4.489.200,00

6 11.095.800,00

TOTAL 36.716.600,00

Desta feita, temos que as circunstâncias narradas convergem para a inevitável ocorrência de ato de improbidade administrativa que causou enriquecimento ilícito, dano ao Erário e ofendeu os princípios da Administração Pública, nos moldes do art. 9, *caput*, 10, VIII e XI e art. 11, *caput*, ambos da Lei n. 8.429/92.

**II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

A Constituição da República, no capitulo pertinente a Administração Pública, estabelece que *“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”* (art. 37, parágrafo 4º).

Com vistas a materialização do dispositivo constitucional supra, foi editada a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de improbidade no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A mencionada lei contempla, basicamente, três categorias de atos de improbidade administrativa: 1) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; 2) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; 3) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Após esse breve introito, passa-se a individualização das condutas ímprobas praticadas pelos requeridos a luz da Lei de Improbidade Administrativa.

– **DOS ATOS DE IMPROBIDADE PRATICADOS POR \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Os fatos narrados nesta exordial comprovam a patente ocorrência de atos de improbidade administrativa que causaram perda patrimonial aos cofres públicos, haja vista que os requeridos, enquanto servidores da Secretaria Municipal de Administração – SEMAD, foram responsáveis por praticar diversos atos que acarretaram dano ao Erário e atentaram contra a Administração Pública, quais sejam:

1. **Levantamento de Preços com sobrepreço**

Os requeridos RIVANE BARTZ e ATHOS ILKER CORDEIRO VULCAO, foram responsáveis pela assinatura do levantamento de preços do Pregão nº 071/2011, o qual não representava os preços praticados no mercado (fl. 191 PR/AM – Arquivo PP071.10, pg. 306/308, CD).

Da análise da planilha (fl. 314 PR/AM – Arquivo 131-TC\_004835\_2011\_5-20102011, pgs. 05/07, CD), constata-se que os preços cotados pela SEMAD estão acima dos valores de mercado. Pode-se verificar o sobrepreço na grande maioria dos itens da proposta da empresa Arganorte, vencedora de todos os lotes do certame.

Ressalte-se que em todos os lotes e possível verificar a irregularidade. São percentuais de sobrepreço elevados, de itens com grande materialidade para o montante da aquisição.

Ademais, cabe mencionar que os valores da empresa, na maioria das vezes, aproximam-se muito dos valores cotados pela SEMAD, chegando a coincidir até nos centavos. Nesse contexto, conclui-se que a cotação do órgão público apresentou, da mesma forma, preços manifestamente superiores aos de mercado, superando até mesmo os preços praticados no varejo, em que pese o alto vulto de aquisições. O fato macula o processo licitatório, uma vez que o levantamento de preços da Administração não pode servir de parâmetro. Restou constatado que os responsáveis não atuaram de forma zelosa na elaboração do levantamento de preços, em desacordo com a exigência contida no art. 15, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Entendimento reiterado pelo TCU no Acórdão 2318/2014 – Plenário, de 03/09/2014, consigna que, para se comprovar o preço de mercado, a pesquisa deve levar em conta diversas origens, como, por exemplo, cotações com fornecedores, contratos anteriores do próprio órgão e os firmados por outros órgãos públicos, valores registrados no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg e nas atas de registro de preços da Administração Pública Federal, de forma a possibilitar a estimativa mais real possível. Nesse sentido, o Acórdão 2816/2014 – Plenário, de 22/10/2014-TCU[[3]](#footnote-2).

Nesse sentido, há necessidade de se consultar o maior número de fontes possíveis, de forma a possibilitar que a pesquisa de preços reflita o real comportamento do mercado, possibilitando ao órgão impedir a celebração de contratos com preços superiores aos praticados pelo mercado.

Nesse sentido, houve grave infração à norma legal, no caso aos princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993), bem como o disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 10.520/2002, e art. 24, §8º, do Decreto nº 5.450/2005

**b) ausência de proposta das empresas no Levantamento de Preços,** vez que o Termo de Referência anexo ao Edital não contem essas informações, em descumprimento do art. 38, XII e 40, § 2º, da Lei 8.666, de 1993;

**c) Aquisição por lotes e não por item**

Ao prever aquisição “por lotes” e não “por item”, os requeridos não conduziram o certame de acordo com orientações legais e doutrinárias. Segundo nos arts. 15, inciso IV[[4]](#footnote-3), e 23, parágrafo 1[[5]](#footnote-4), da Lei 8.666, de 1993, as compras sempre que possível deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade.

A regra é a adjudicação por item, salvo em caso de perdas de economia de escalas. A adjudicação por lote prejudicou a competitividade do certame e a obtenção da melhor proposta para a Administração. Vale mencionar que os itens, em geral, apresentaram sobrepreço em comparação a aquisições semelhantes em órgãos públicos locais (Deposito Naval de Manaus, Base Aerea de Manaus, Nucleo Estadual de Saude).

Marcal Justen Filho ensina que *“a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória”[[6]](#footnote-5)*.

Nesse ponto, resta claro que o legislador presume que os princípios da isonomia e da competitividade, tão caros a Administração, se coadunam mais com esse tipo de licitação, o qual deve ser a regra, deixando a licitação por lotes como exceção.

Para Jesse Torres Pereira Junior, ao comentar acerca do assunto, explica que o dispositivo quer, *ipsis litteris*:

*ampliar a competitividade no âmbito do mesmo procedimento licitatório, destinado à compra da integralidade do objeto. A ampliação adviria da possibilidade de cada licitante apresentar-se ao certame para cotar quantidades parciais do objeto, na expectativa de que tal participação formasse mosaico mais variado de cotações de preço, barateando a compra, de um lado, e proporcionando maior acesso ao certame a empresas de menor porte, de outro[[7]](#footnote-6)*.

A jurisprudência do TCU, consubstanciada na Súmula 247- TCU, é pacífica no sentido de determinar a órgãos e entidades a adjudicação por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços a serem adjudicados a um único fornecedor:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

A orientação constante da referida súmula se fundamenta no disposto no art. 15, IV, e no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993.

O tipo de objeto (gêneros alimentícios) que se encontra em discussão é claramente divisível. É mesmo difícil encontrar razões pelas quais, em licitação para registro de preços, devam certos itens serem agrupados para fins de adjudicação por preço global. Não resta dúvida de que o objeto do certame em apreço é de natureza divisível, uma vez que se trata de itens de gêneros alimentícios diversos, o que enseja a adjudicação do objeto por item, e não por lotes, irregularidade afigurada no caso concreto.

Conforme o Acórdão 2.977-2012-Plenário TCU, a adjudicação por grupo (ou lotes, como mencionam alguns) restringe a competitividade do certame, pois dificulta ou inviabiliza a participação de micro e pequenas empresas ou de empresas especializadas em um único gênero, em favor de grandes distribuidores atacadistas.

Essa modelagem, por lotes, torna-se potencialmente mais danosa ao erário na medida em que diversos outros órgãos e entidade podem aderir a uma ata cujos preços não refletem os menores preços obtidos na disputa por item.

O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor.

Diante do exposto, resta clarividente que os membros da comissão municipal de licitação tinham o dever de impedir a realização de qualquer procedimento licitatório maculado por graves irregularidades como as que foram constatadas pelo TCU.

– **DOS ATOS DE IMPROBIDADE PRATICADOS POR XXXXX**

O requerido XXXXX, enquanto pregoeiro do certame, foi responsável pela prática dos seguintes atos ímprobos:

1. **Elaboração do Edital contendo vícios**

O requerido acima mencionado foi responsável pela elaboração do edital do Pregao nº 71/2010-CML/PM, cujas irregularidades podem ser descritas a seguir:

• **Ausência de critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras**.

Constatou-se que o edital contém vício relativo a ausência de parâmetros técnicos para julgamento da amostra, resultando na desclassificação indevida dos licitantes, com afronta aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, igualdade, impessoalidade, contrariando o art. 37 da CF/1988 e o art. 3º da Lei 8.666/1993.

O aludido edital não disciplinou critérios técnicos objetivos de avaliação das características inerentes aos produtos licitados, além da falta de capacidade e instrumentos de avaliação da comissão, estabelecendo parâmetros e níveis de aceitabilidade de variações. **Tudo isso resultou na desclassificação irregular de licitantes, restrição da competitividade do certame, imposição de ônus excessivos aos licitantes, direcionamento da licitação em benefício da empresa Arganorte Indústria e Comércio Ltda., resultando em compras mais onerosas para a Administração, além de transgredir a legislação e os princípios da licitação.**

• **Excesso de Formalismo nas cláusulas editalícias**

O formalismo exacerbado violou o princípio básico da licitação e prejudicou a Administração.

Para Marcal Justen Filho, a decisão de desclassificação deve ser tomada em casos que impossibilitem o licitante de contratar com a Administração por irregularidades apuradas ou erros insanáveis nas propostas, pois o objetivo maior dos procedimentos licitatórios e a seleção da proposta mais vantajosa. O autor continua:

*Em suma, se o ato convocatório descrever o objeto em termos muito sumários e genéricos, a desclassificação da proposta por desconformidade apenas poderá ocorrer em hipóteses grosseiras, em que o licitante oferece objeto de gênero distinto daquele previsto[[8]](#footnote-7).3*

O referido edital continha clausulas que restringiram a competitividade do certame, ensejando a desclassificação de licitantes em detrimento da empresa xxxxx Industria e Comercio Ltda.

• **Aprovação do edital do Pregão 71/2010-CML/PM fundamentado em Levantamento de Preços com sobrepreço, o qual não representava os preços praticados no mercado.**

1. **Desclassificação irregular de licitantes**

O requerido foi responsável pela desclassificação de licitantes motivado pela reprovação das suas amostras. Ocorre que, no curso da licitação, em determinadas situações, foi mencionado apenas que o produto não atendia ao especificado no edital ou que havia divergência na qualidade, sem especificar as falhas.

O edital previu que a avaliação seria realizada quanto a adequação das características com as especificações descritas no Anexo I (item 6.2.8.6 do edital) e que as amostras deveriam obedecer com exatidão as especificações consignadas no Termo de Referência do Edital (item 6.2.8.11 do edital). Ocorre que a relação dos produtos não foi exata em determinados casos, contendo termos imprecisos, como “pesando aproximadamente” e “no mínimo”. Assim, embora presente a exigência para obediência as especificações dos produtos, em certos itens, as especificações eram precisas.

Além disso, apenas a menção ao Termo de Referência do Edital não é satisfatória. Não foi identificada qualquer referência aos critérios de apresentação das amostras, aos parâmetros técnicos de aferição dos produtos, como aspectos visuais, formas de acondicionamento e limites de variação aceitáveis, haja vista os termos imprecisos mencionados no item precedente. Não obstante, houve desclassificação de produtos fundamentada apenas na qualidade imprópria para o consumo ou na ausência de acondicionamento e refrigeração correto. Destaca-se que não foram apontadas quais as características do produto encontravam-se divergentes, demonstrando a ausência de transparência.

1. **Inexistência de negociação direta por parte do pregoeiro**

O pregoeiro não negociou diretamente com a proponente no sentido de obter preço melhor, nos termos do art. 11, inciso XVI, do Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.

Foi registrado o fato de o pregoeiro ter aceitado a oferta da empresa Arganorte para o lote 6, pelo valor de R$ 11.095.800,00, bem superior ao que havia ofertado a licitante desclassificada xxxxx – Frigorifico Industria xxxxx Ltda., R$ 9.645.000,00.

Ressalte-se que é conferido ao pregoeiro o poder de negociar diretamente com o proponente subsequente para que seja obtido preço melhor, nos casos em que a proposta classificada em primeiro lugar não for aceitável ou se o licitante desatender as exigências habilitatórias, consoante estabelece o art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002.

Em conclusão, fica nítido que o requerido, além de incorrer em flagrante ilegalidade, inegavelmente, causou dano ao erário. Destarte, é patente a prática de ato de improbidade administrativa pelo requerido xxxxxx DOS SANTOS VIANA que causou prejuízo ao Erário e a conduta dolosa que atentou contra os Princípios da Administração Pública, conforme disposição dos arts. 10 e 11, caput, da Lei nº 8.429/1992, sujeitando-a às cominações elencadas no art. 12, II e III, da referida Lei.

**DOS ATOS DE IMPROBIDADE PRATICADOS POR XXXXX**

O requerido, enquanto presidente da Comissão Municipal de Licitação da Prefeitura de \_\_\_\_\_ – CML/PM, ao homologar o certame em comento, mesmo eivado de irregularidades, e corresponsável pela má utilização dos recursos federais destinados ao PNAE, provocando dano ao erário, em flagrante violação aos Princípios da Administração Pública.

O então presidente da CML/PM foi responsável pela pratica dos seguintes atos ímprobos:

• Aprovou o edital contendo vícios;

• Ratificou o processo licitatório eivado de irregularidades, entre as quais:

◦ Adjudicação por lotes e não por itens, em afronta a legislação (arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, § § 1º e 2º, da Lei 8.666/1993);

◦ Ausência de parâmetros técnicos para julgamento da amostra, resultando na desclassificação indevida dos licitantes, em inobservância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, igualdade, impessoalidade, e aos arts. 37 da CF/1988 e 3º da Lei 8.666/1993;

◦ Levantamento de preços com valores muito superiores aos de mercado;

◦ Ausência de negociação direta por parte do pregoeiro, a fim de que fosse obtido melhor preço da proponente xxxxx Industria e Comercio Ltda.

O requerido, na qualidade de agente público, cabia-lhe zelar pela escorreita aplicação dos recursos públicos destinados a compra de gêneros alimentícios para a merenda escolar.

**No caso em tela, resta flagrante a prática dolosa de atos de improbidade que importam em dano ao Erário, capitulado no art. 12, da Lei nº 8.429/92, e violação aos princípios da Administração Pública, especificamente os da legalidade, moralidade, eficiência e lealdade às instituições públicas, nos termos do artigo 11, I, II e VI, da Lei nº 8.429/92.**

– **DOS ATOS DE IMPROBIDADE PRATICADOS PELA XXXXX.**

A requerida concorreu para a pratica de ato de improbidade administrativa, visto ter sido beneficiaria direta daquele (art. 3º da Lei 8.429/92), praticando condutas que importaram dano ao erário (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) e ofensa aos princípios administrativos (art. 11, Lei 8.429/92):

• Apresentou no Pregão 71/2010-CML/PM para aquisição de gêneros alimentícios destinados a merenda escolar, preços de produtos com sobrepreço, se comparado com a cotação de preços de órgãos públicos federais localizados na cidade de \_\_\_\_\_\_/MA;

**Em suma, a requerida praticou ato de improbidade administrativa que gerou dano ao erário, em virtude de ter contratado com o poder público por preço superior ao valor de mercado.**

Por derradeiro, a conduta qualifica-se como ato de improbidade administrativa que também **afronta os princípios da administração pública** (art. 11 da Lei 8.429/92), pois todos os fatos apontados afrontam os princípios da moralidade, economicidade, legalidade, honestidade, lealdade as instituições, etc.

**- DO DANO AO ERÁRIO**

Preliminarmente, frise-se que, segundo a lição do eminente Emerson Garcia, “*a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação*”[[9]](#footnote-8).

Sobre o art. 10 da Lei n. 8.429/92, que elenca as hipóteses de dano ao erário, ensina Silvio Antônio Marques:

A perda representa a privação de bem ou valor público que integra o patrimônio público, decorrente de conduta comissiva ou omissa do agente público. O desvio e a alteração indevida do destino ou da aplicação de bens e valores. O malbaratamento representa o desperdício, gasto indevido ou dissipação de bens ou valores públicos. A dilapidação consiste em estragar, arruinar ou esbanjar bens do patrimônio público[[10]](#footnote-9).

O dano ao erário é patente no presente caso, haja vista que os Requeridos **não utilizaram os recursos federais destinados ao PNAE de forma adequada, pois não foi observada a legislação que rege o procedimento licitatório, bem como seus princípios norteadores, conforme narrado.**

Dessa forma, resta evidenciado o dano ao erário no montante originário de **R$ 1.221.203,33 (um milhão, duzentos e vinte e um mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos)**, resultante do sobrepreço dos produtos adquiridos.

Em suma, configurada está a prática de improbidade administrativa que importa lesão ao erário **(artigo 10, Lei 8.429/92)**, o qual deve ser ressarcido pelo Demandado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

**- DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

As gravíssimas irregularidades na execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE - acima narradas, sobretudo as detectadas no processo licitatório realizado em decorrência das execuções deste, retratam que a conduta dolosa dos requeridos, violou diversos princípios que regem a Administração Pública, principalmente os princípios da legalidade, moralidade, economicidade e lealdade as instituições, o que configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, caput, da Lei 8.429/92.

Dessa forma, resta caracterizada de forma irrefutável a conduta **dolosa** violadora de diversos princípios que regem a Administração Pública, impondo-se a responsabilização do Requerido pelos atos de improbidade administrativa tipificados no artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/1992.

**III – DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS**

As condutas imputadas aos Requeridos são gravíssimas e demonstram o descaso com o Poder Público e a ausência de condições de moralidade para o exercício da função pública.

Neste ponto, mister a cominação de sanções previstas na Lei 8.429/92, entre elas, **a suspensão dos direitos políticos dos agentes ímprobos.**

Importante observar, entretanto, ser imprescindível que a sentença contenha **motivação específica** para se aplicar a referida suspensão, para que não venha a ser contestada na seara eleitoral. Nessa senda, colaciona-se jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

(...) **2. Direitos políticos. Suspensão. Ato de improbidade administrativa. Necessidade de motivação. Precedentes. Agravos improvidos. A suspensão de direitos políticos por ato de improbidade administrativa depende de decisão expressa e motivada do juízo competente”.** (TSE, RESPE- 27120, Relator Ministro Antonio Cezar Peluso, Dj. 14.08.2007).

**Verifica-se, pois, a imprescindibilidade de motivação acerca da aplicação de suspensão de direitos políticos, evitando-se, assim, o risco de se tornar inócua.**

**IV – DO PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS**

O art. 7º da Lei 8.429/92 fundamentado na diretriz constitucional (art. 37, § 4º, da Constituição Republicana) que prestigia, sobretudo, o ressarcimento das lesões causadas ao patrimônio público, estabelece como medida cautelar a **indisponibilidade dos bens** dos responsáveis pelo dano ao erário.

Vale observar que tal medida cautelar pode ser requerida no bojo da ação principal, com fulcro no artigo 12 da Lei 7.347/85. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS** (…)

(..) 2. O art. 7º da Lei de Improbidade administrativa **determina que a medida assecuratória deve recair sobre os bens necessários a assegurar o ressarcimento dos danos ao patrimônio público.**(STJ, REsp 1126213 / PI, 1ªTURMA, Rel. Min. BENEDITO GONCALVES DJe 09/08/2010).

No caso vertente, além da imposição das outras sanções previstas na Lei 8429/92, a demanda tem por finalidade o ressarcimento de danos causados ao patrimônio público, tendo em vista as condutas dos Requeridos que ocasionaram dano ao erário. Justifica-se, dessa forma, a decretação de indisponibilidade de bens e valores dos Demandados, com vistas a garantia de aplicação da sanção de ressarcimento.

Nesse contexto, estão presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar, conforme a seguir demonstrado.

***- FUMUS BONI IURIS***

O requisito da “fumaça do bom direito” se mostra cristalino pela análise dos Relatórios e Acordãos n° 2077/2011 (fls. 264/288), n° 1291/201 (fls. 231/260 e 292/309 PR/AM) e n° 985/2012 (fls. 317/345 PR/AM) do TCU, no qual se atesta uma série de atos que causaram danos ao erário, visto que não foram utilizados devidamente os recursos federais destinados a execução do PNAE, no exercício de xxxx.

Dessa forma, como demonstrado anteriormente, restou inconteste que os requeridos XXXX, XXXXX causaram dano ao erário no montante originario de **R$ 1.221.203,33 (um milhão, duzentos e vinte e um mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos).**

A situação ora exposta, vale dizer, a aquisição ilícita de gêneros alimentícios adquiridos com verbas públicas, motivado pelo sobrepreço dos produtos adquiridos, sem dúvida possibilita a indisponibilidade dos bens, porque **as provas documentais anexadas a esta inicial comprovam os atos de improbidade acima relatados, sendo muito provável a condenação dos Requeridos,** razão pela qual este pedido liminar visa a prevenir a dilapidação dos patrimônios destes, no intuito de elidir os efeitos patrimoniais das penalidades previstas na Lei 8.429/92.

Vale ressaltar, inclusive, que a futura execução possuirá objeto bem maior que os valores ora apurados, além do que merece atenção a possibilidade dos ora demandados transferirem a outras pessoas partes ou totalidade de seus bens, na busca de se furtarem as cominações legais.

Assim, no intuito de assegurar uma efetiva tutela jurisdicional repressiva dos atos ímprobos, necessária se torna a concessão da indisponibilidade dos bens dos Requeridos para que seja garantido e preservado o objeto da futura execução.

***- PERICULUM IN MORA***

No que tange ao ***periculum in mora***, de início, e importante pontuar que a doutrina e a jurisprudência hodiernas apontam pela desnecessidade da sua demonstração, sob a justificativa de que a legislação de regência instituiu verdadeira **tutela de evidência**, isto e, presumindo *ope legis* o risco de ineficácia do provimento final, em razão da gravidade do ato e da necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público em caso de condenação.

Consolida-se, nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

**“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. FUMUS BONI IURIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO.**

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o fumus boni juris (plausibilidade do direito alegado) e o periculum in mora (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidencia, uma vez que o periculum in mora não e oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumaria fundada em evidencia, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens e cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na pratica de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

7. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta improba lesiva ao erário, esse requisito e implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.

Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acordao Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato improbo, buscou dar efetividade a norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumaria (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido a preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não e uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que e pacifico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados – a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada improba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta e, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidencia, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do fumus boni iuris, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram suspostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o fumus boni juris, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que e presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial nao provido.” (grifou-se.) **(STJ, 1ª Seção, REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2012, v.m, DJe 21.09.2012.)**

**Logo, diante deste entendimento, por se tratar de imputação por ato de improbidade, torna-se despiciendo tecer qualquer comentário a respeito do risco de dano irreparável ou de difícil reparação no caso em tela, devendo a sua presença ser presumida**.

Além disso, presentes e comprovados os requisitos elementares da medida cautelar de indisponibilidade, é oportuno registrar a **plena reversibilidade da medida** pois, acaso ao final da fase de conhecimento ou mesmo durante o seu transcurso, sobrevenham fatos que infirmem o *fumus boni iuris* bastara que seja expedida ordem de desbloqueio dos bens indisponibilizados, restaurando o pleno usufruto do requerido sobre o seu patrimônio.

Por fim, não e demasiado comentar que a medida de indisponibilidade **não carece de individualização dos bens** sobre os quais se pretende fazer recair a cautelar. Isso porque tal medida, diversamente da cautelar de sequestro, visa a promover um arresto sobre quaisquer bens contidos no patrimônio do requerido, a fim de assegurar futura condenação. Eis, mais uma vez, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tema:

**"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992. ALCANCE. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE BENS.**

1. Descabe a intimação da parte adversa para impugnação a embargos de declaração, quando ausentes os efeitos infringentes ou modificativos.

2. A medida constritiva prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Precedentes do STJ.

3. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, nas demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, paragrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo *Parquet* , podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família.

4. Recurso especial não provido.” (grifou-se.) **(STJ, 2ª Turma, REsp 1.287.422/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.08.2013, v.u, DJe 22.08.2013.)**

Nestes termos, requer a concessão de medida cautelar incidental de indisponibilidade de bens e valores descritos na ordem do art. 655 do CPC, dos requeridos XXXX, XXXXY E XXXXYY, no montante originário de **R$ 1.221.203,33 (um milhão, duzentos e vinte e um mil, duzentos e três reais e trinta e três centavos), ressalvados aqueles bens absolutamente impenhoráveis** (art. 649, CPC).

Tal pedido encontra supedâneo no art. 12 da Lei 7.347/87 e art. 7º da Lei 8.429/92, **com a determinação de bloqueio de valores existentes em contas bancárias mediante convênio BANCENJUD**, bem como expedição de ofícios aos Cartórios de Registro de Imóveis (município/MA), para que procedam ao bloqueio de bens eventualmente registrados em nome dos Demandados.

No entanto, o MINISTÉRIO PUBLICO salienta que, na condição de fiscal da lei, manifesta-se contrariamente ao bloqueio de verbas de caráter alimentar, tais como salários, vencimentos e depósitos em caderneta de poupança no montante de até 40 (quarenta) salários mínimos, conforme preconiza o art. 649, IV e X, do Código de Processo Civil, desde que o requerido comprove cabalmente, com documentos hábeis, a natureza dos recursos sobre os quais incidiu a ordem de indisponibilidade.

No que tange a garantia de impenhorabilidade dos saldos de caderneta de poupança até o limite de a 40 salários mínimos, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já definiu que se aplica ao valor correspondente a 40 salários mínimos da única aplicação financeira em nome da pessoa, mesmo que esteja depositado por longo período de tempo, não se restringindo as cadernetas de poupança, valendo para qualquer tipo de aplicação financeira, segundo o Resp nº 1.230.060:

**"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, IV e X, DO CPC. FUNDO DE INVESTIMENTO. POUPANÇA. LIMITAÇÃO.QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. PARCIAL PROVIMENTO**.

1. A remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC e a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Precedente.

2. O valor obtido a título de indenização trabalhista, após longo período depositado em fundo de investimento, perde a característica de verba salarial impenhorável (inciso IV do art. 649). Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de ate quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel-moeda; em conta corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos, e ressalvado eventual abuso, má-fe, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstancias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649).

3. Recurso especial parcialmente provido.” (grifou-se) **(STJ, REsp 1.230.060/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.08.2014, S2 – Segunda Seção, Dje 29.08.2014).**

Ressalte-se que os valores acima serão objeto de atualização, ocasião em que será pedido o reforço da presente medida.

Por fim, acaso deferida a medida, requer sejam autuados em apartado o cumprimento das diligencias e eventuais incidentes delas originários, para se evitar eventual tumulto no feito principal.

**V – DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer:

1. seja deferida **a medida liminar de INDISPONIBILIDADE DE BENS em face dos Demandados** vindicada acima e, acaso deferida, sejam autuados em apartado o cumprimento das diligencias e eventuais incidentes delas originários para se evitar eventual tumulto no feito principal;
2. seja a presente autuada e **NOTIFICADOS** os Requeridos para oferecerem manifestação escrita em 15 (quinze) dias, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92;
3. sejam **INTIMADOS** o **FNDE** e o **MUNICÍPIO DE \_\_\_\_\_\_\_\_/MA,** nos termos do art. 17, §3o, da Lei n.º 8.429/92, c/c o art. 6º, § 3o, da Lei n.º 4.717/92;
4. após o recebimento da Exordial, sejam **CITADOS** os Requeridos para, querendo, oporem-se a pretensão aqui deduzida, nos termos do § 9º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, sob pena de revelia;
5. seja o pedido julgado **PROCEDENTE PARA RECONHECER A PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA,** mediante **CONDUTA DOLOSA,** por parte dos senhores \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_xxxxx CEZAR DA SILVA CAMARA, xxxxxx CORDEIRO VULCAO, xxxx BARTZ, xxxxxx DOS SANTOS VIANA e xxxxxx INDUSTRIA ECOMERCIO LTDA., com fulcro nos arts. 10 e 11, *caput*, da Lei 8.429/92, com a **consequente condenação nas sanções** do art. 12, II, da Lei 8.429/92. Na hipótese de V. Exa. não entender pelo dano ao erário, requer a condenação nas sanções do art. 12, III da Lei 8.429/92;

**f)** por fim, requer a produção de todas as provas em direito admitidas, em especial depoimento pessoal dos Demandados, oitiva de testemunhas, pericias e outras que se fizerem necessárias ao longo da instrucao.

Dá-se a causa o valor de R$ 1.221.203,33 (um milhao, duzentos e vinte e um mil, duzentos e tres reais e trinta e tres centavos). Manaus/AM, de abril de 2016.

**Promotor de Justiça**

Anexo: Inquerito Civil Publico n. xxxxxxx/20xx, com 2 (dois) volumes de xxx (trezentos e cinquenta e quatro) folhas.

É indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores apresentados. Esse foi o entendimento proferido pelo TCU no Acórdão 403/2013 – Primeira Câmara. No mesmo sentido, o seu Plenário, por meio do Acórdão 1108/2007, entendeu não ser admissível que a pesquisa de preços feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados.

O Tribunal de Contas da União, na decisão proferida no Acórdão 769/2013 – Plenário, estabeleceu que a ausência da pesquisa de preço e da estimativa da demanda pode implicar contratação de serviço com valor superior aos praticados pelo mercado, desrespeitando o princípio da economicidade, além de frustrar o caráter competitivo do certame, na medida em que a falta dessas informações prejudica a transparência e dificulta a formulação das propostas pelos licitantes. Noutra oportunidade, a mencionada Corte de Contas esclareceu que a ausência de pesquisa que represente adequadamente os preços de mercado, além de constituir afronta à jurisprudência do Tribunal de 7 Contas, pode render ensejo à contratação de serviços ou aquisição de bens por preços superiores aos praticados pelo mercado, ferindo, assim, o princípio da economicidade, conforme entendimento constante do Acórdão TCU 1785/2013 – Plenário. Percebe-se, assim, que a inexistência de uma pesquisa de preços eficiente impossibilita à Administração Pública atingir os objetivos definidos pela Lei de Licitações e Contratos, principalmente aquele relacionado à seleção da proposta mais vantajosa.

A ausência de prejuízo econômico também é requisito estabelecido na Súmula 247 da Corte de Contas para o parcelamento do objeto:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”

6. Dessa Súmula extrai-se a necessidade da Administração adotar a licitação por itens quando não houver perda de economia de escala e prejuízo ao conjunto ou complexo. Nessa linha, o certame ocorrerá em um único instrumento convocatório, que estabelecerá diferentes objetos, autônomos entre si, em que cada licitante poderá oferecer propostas para cada um deles ou parte deles. Embora materialmente consubstanciado em um único documento, o certame poderá originar vários contratos, a depender do número de itens existentes e dos licitantes vencedores. Pode-se dizer, então, que são várias licitações em um único procedimento.

7. A partir dessa premissa em que se deve adotar a licitação por itens quando ausente o prejuízo econômico ou ao conjunto e presente a viabilidade técnica, a Corte de Contas tem o entendimento de que os itens de processo produtivo distinto devem ser adquiridos de forma separada. Em análise a um pregão promovido pela CEF, visando a aquisição de veículos de naturezas diferentes, o TCU recomendou àquela instituição bancária o parcelamento do objeto, visando ampliar a competição:

A falta de parcelamento de objeto que implique diminuição sensível de licitantes aptos a prestar parte dos serviços demandados configura violação ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993

Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 229/7066-2011 conduzido pela Caixa Econômica Federal – CEF para a contratação de prestação de serviço de transporte de executivos da entidade, com disponibilização de um veículo blindado e 12 carros de passeio. O citado certame foi suspenso cautelarmente por meio de despacho de Presidente do Tribunal em substituição, o qual foi posteriormente endossado pelo Plenário. Os indícios que justificaram a adoção dessa medida consistiram na ausência de parcelamento do objeto. Considerou-se que a “adjudicação global” do serviço implicaria afronta ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. O relator do feito, ao se deparar com informações prestadas pela CEF, anotou que o citado objeto “possui natureza divisível (...), o que, em tese, afastou a participação de empresas que não estavam habilitadas a fornecer a totalidade dos itens especificados, mas que poderiam trazer uma proposta mais vantajosa para a Caixa, no que diz respeito aos demais itens”. Observou, ainda, que a própria CEF adotara providências com o intuito de revogar o certame em tela e, também, de lançar novo edital em que efetuaria a divisão do objeto. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: “9.1. conhecer da Representação (...) para, no mérito,considerá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, quando da elaboração de novo certame para substituição do Pregão Eletrônico 229/7066-2011, promova a separação do objeto em dois itens distintos, a saber, veículo não blindado e veículo blindado ...”. Acórdão n.º 491/2012-Plenário, TC 037.753/2011-8, rel. Min. Valmir Campelo, 7.3.2012.

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível

Ainda na representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, analisou-se a escolha, por parte da Prefeitura de Manaus, de aquisição dos produtos por lotes e não por itens, em aparente desacordo com o art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como com a Súmula TCU 247. A adjudicação dos bens, divididos em grandes lotes, já tinha sido examinada na ocasião da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário - ver informativo 63), tendo sido considerada irregular por diversas razões, tendo o relator destacado, na presente etapa processual, que o problema não teria sido a aquisição, em si, dos produtos divididos por lotes, mas sim a composição destes, os quais previram volumosas quantidades de produtos, envolvendo elevados montantes. Ilustrou destacando dois lotes que previam, respectivamente, as quantidades de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) toneladas de produtos e 925.000 (novecentos e vinte e cinco mil) toneladas de gêneros alimentícios e alcançaram mais de 10 milhões de reais, cada um. No caso concreto, de modo a garantir a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, haveria, no ponto de vista do relator, que se ter uma definição de número maior de lotes, contendo menos produtos e quantidades em cada um. De outra parte, caso a definição dos lotes trouxesse produtos com características mais próximas, poderia, concomitantemente, atender aos anseios da prefeitura e cumprir-se com ordenamento jurídico relacionado ao assunto. Citando decisão anterior do Tribunal, realçou o relator a necessidade de se determinar à Prefeitura de Manaus que, em suas futuras licitações, caso opte pela licitação em lotes, procedesse à análise mais detida quanto à real necessidade e à conveniência de se agrupar itens, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, com vistas a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar nos autos o estudo que demonstre a vantajosidade desse modo de contratação. Entendeu o relator, ainda, embora tenham sido observadas deficiências na composição dos lotes, não ser o caso de aplicar multa aos responsáveis, sendo a determinação à prefeitura o bastante para a correção das falhas na próxima licitação, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão no 3891/2011do Plenário.Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011

1. Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; [↑](#footnote-ref-0)
2. Art. 23 (...) § 1o  As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.  [↑](#footnote-ref-1)
3. (...) O Tribunal de Contas da União assinalou que é recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados e portais oficiais de referenciamento de custos. [↑](#footnote-ref-2)
4. Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; [↑](#footnote-ref-3)
5. Art. 23 (...) § 1o  As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.  [↑](#footnote-ref-4)
6. JUSTEN FILHO, Marcal. Comentarios a Lei de Licitacoes e Contratos Administrativos. 11.ed. Sao Paulo: 2005, Dialetica, p. 208. [↑](#footnote-ref-5)
7. PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Comentarios a Lei das Licitacoes e Contratacoes da Administracao Publica. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 256. [↑](#footnote-ref-6)
8. JUSTEN FILHO, Marcal. Comentarios a Lei de Licitacoes e Contratos Administrativos. 11.ed. Sao Paulo: 2005, Dialetica, p. 215 [↑](#footnote-ref-7)
9. Improbidade Administrativa. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.010, p. 321 – grifo nosso [↑](#footnote-ref-8)
10. Improbidade Administrativa, acao civil e cooperacao juridica internacional. Sao Paulo: Saraiva, 2010, p. 87. [↑](#footnote-ref-9)