



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Referente a Proc.Adm.p/ aplicação da penalidade art. 7º da Lei 10.520/02 em desfavor de Jhonatan Bagatholi - ME - refer. lotes 6 e 11 do Pe 21/17(e-PAD32751/17)

JHONATAN BAGATOLI-ME pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 22.992.632/0001-11, sediada na AV JUSCELINO K DE OLIVEIRA, nº 117, sala 02, Bairro Seminário, CEP 89.190-000, em TAIO/SC por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar DEFESA, referente a notificação recebida sobre a possibilidade de aplicação das sanções do Art. 7º da Lei do Pregão conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

I) DOS FATOS

A empresa notificada participou da Licitação nº 688417 apresentando proposta para o lote 06 e lote 11 tendo, sendo que a sessão pública ocorreu no dia 05/01/2017.

Veja-se que a empresa foi inabilitada/desclassificada por supostos atos/omissões cometidos durante a sessão pública, sendo ilegal a aplicação das sanções de impedimento de licitar ou multa, além de que o edital só prevê aplicação de sanções para a empresa devidamente contratada, conforme se extrai do subitem 20.1 do edital.

II) DO DIREITO

a) DA ABERTURA DE PROCESSO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.150/2015, trouxe dispositivos de forma a estimular métodos de solução consensual de conflitos, conforme artigo 3º:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...] § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Observe-se que o legislador traz como norma fundamental processual a “solução de conflitos, atribuindo ao Estado (Administração Pública) o encargo de promover esta prática pacificadora, sempre que possível”, com intenção de “combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. I, P.75.76.)

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery comentam o artigo:

Deve de estímulo à conciliação. No CPC/1973, apenas o juiz tinha o estrito dever de promover e estimular a conciliação das partes. Todavia, esse dever, por imperativo ético, também se estende a todo e qualquer operador do direito envolvido em determinado feito. A solução deve ser a mais harmônica possível para todas as partes, e apenas em caso de grave desacordo deve ser depositada sobre os ombros do juiz – isso contribui para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil: novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p.192)

O CPC ainda é mais específico no artigo 174:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Desta forma, resta claro que a Administração, ao invés da aplicação das penalidades, pode se utilizar do instituto do termo de ajustamento de conduta, podendo assim,



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

retomar a ordem interna do interesse público sem aplicação de sanção, evitando custos com andamento processual tanto administrativo, quanto judicial, se for o caso.

A abertura de processo de solução consensual de conflitos é compromisso ético, moral e jurídico, com fundamento no princípio da consensualidade, de composição do litígio com a finalidade de restabelecimento da ordem administrativa, com incidência na melhora da conduta do particular com a Administração e na eficácia do serviço público.

Desta forma, requer-se a suspensão deste processo administrativo sancionador, com abertura de procedimento de solução consensual de conflitos com base nos artigos supracitados do CPC e da Lei de Auto composição da Administração Pública (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.), ressaltando que este pedido não incorre no reconhecimento do fato alegado.

b) **DO DESCABIMENTO DA PENA DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO AO CASO DOS AUTOS - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E VINCULAÇÃO AO EDITAL**

Houve equívoco na interpretação legislativa quando se decidiu pela abertura do presente processo administrativo, que deve ser desconstituído, à luz do princípio da legalidade, em razão de que a conduta a ela atribuída não permite a aplicação de sanções para este caso.

Para dar exata compreensão ao alegado, cabe, inicialmente, lembrar que a atuação dos órgãos públicos se dá à luz do princípio da legalidade, de modo que somente pode agir dentro dos rígidos limites legalmente estabelecidos.

Cabe esclarecer ainda que o pregão eletrônico, na União, é regulado pela Lei nº 10.520/2002, como também pelo Decreto Nº 5.450/05. Analisando estas legislações, verificamos que a conduta imputada à empresa autora, de não enviar documentos de habilitação técnica dentro do prazo estabelecido, não enseja a pena que pode ser aplicada aplicada, de impedimento de licitar e contratar com a União.

Ou seja: para esta conduta, não há aplicação da pena que foi cominada, do que resulta grave violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88). Para que a administração constate claramente o que se está a alegar aqui, importante que se faça uma análise conjunta dos dispositivos legais que regulam a matéria.

O Decreto Nº 5.450/05, ao regular o pregão na modalidade eletrônica, prevê uma série de etapas a serem seguidas pelo pregoeiro e pelos concorrentes, iniciando pela fase preparatória (art. 9); passando pela fase externa, com publicação de editais ou outros meios convocatórios (art. 17); com posterior exame prévio das propostas apresentadas pelos licitantes (art. 22); classificação das propostas que atendem aos requisitos editalícios (art. 23); passando então pela fase competitiva, mediante apresentação de lances (art. 24). Uma vez encerrados os



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

lances, inicia-se a fase de verificação da habilitação do licitante que esteve em primeiro lugar (art. 25), de modo que, caso esse seja inabilitado, o seguinte é chamado, e assim sucessivamente (art. 25, § 7º). Nessa fase de habilitação, são transmitidos os documentos pelo sistema eletrônico, para análise pelo pregoeiro. Uma vez resolvida a questão da habilitação, inclusive com julgamento de recursos, o objeto é adjudicado ao licitante vencedor, com homologação do procedimento licitatório (art. 27). Após a homologação, o adjudicatário é convocado para assinar o contrato (art. 27, §1º); neste mesmo momento, é exigido, do adjudicatário, que comprove as condições de habilitação consignadas no edital (art. 27, §2º).

Essa segunda comprovação de habilitação se dá mediante ENTREGA de documentos, em via original ou autenticada, para conferência. Esse ato resume-se a analisar, novamente, os documentos outrora transmitidos eletronicamente, na fase de habilitação regulada pelo artigo 25.

E é aí que reside o equívoco interpretativo que se combate com a presente argumentação, vez que a ausência de transmissão de documento, pela forma eletrônica, durante a fase de habilitação, na forma do artigo 25, conduz apenas à inabilitação do licitante. Entretanto, caso esse seja declarado VENCEDOR da licitação, sendo-lhe adjudicado o objeto, e caso não entregue as vias FÍSICAS E ORIGINAIS dos documentos outrora enviados eletronicamente, como determina o artigo 27, §2º, aplica-se uma pena mais gravosa, como é o caso da multa e o impedimento de licitar e contratar com o Poder Público por até cinco anos, fato este previsto no próprio §3º do artigo 27 da referida lei:

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Ora, é lógico que se as sanções têm que ser aplicadas sobre o VENCEDOR DA LICITAÇÃO, que não comprovar as condições de habilitação, ou não assinar o contrato/ata de registro de preços, a licitação já foi adjudicada e homologada, não sendo aplicáveis estas penalidades para as empresas que foram inabilitadas ou desclassificadas durante a sessão pública.

Repetimos, pois isso é essencial:

- desatender a regra do artigo 25 do Decreto N° 5.450/05, não transmitindo eletronicamente os documentos da habilitação, gera a pena de inabilitação;
- desatender a regra do artigo 27, §2º, do Decreto N° 5.450/05, não entregando a via ORIGINAL e FÍSICA dos documentos, quando o objeto já foi adjudicado, conduz à pena de impedimento de licitar.

São dois MOMENTOS DIVERSOS da licitação.

É evidente que o desatendimento da obrigação prevista no artigo 27, §2º, enseja pena mais dura, pois naquela fase a licitação já se encerrou, o procedimento já foi



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

homologado, o contrato já foi redigido e o objeto já foi adjudicado. Neste caso, sim, a Administração teria um prejuízo palpável, diferente da desclassificação/inabilitação na sessão pública, que conforme previsão do próprio decreto só causa perda do negócio:

Art. 13. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

IV - acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão;

Na habilitação prevista no artigo 25, por sua vez, o pregão ainda está em curso, de modo que o não atendimento daquela obrigação somente enseja na inabilitação do licitante, sem prejuízo de nenhum outro ato do respectivo procedimento. Tanto é verdade que o § 5º do artigo 25 prevê que:

" § 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital."

No caso dos autos, não paira dúvida alguma que o não-envio de documentos/amostra ocorreu na fase do artigo 25 do Decreto Nº 5.450/05, o que se comprova pela leitura das atas da sessão pública.

A conclusão de que a pena de impedimento de licitar e de contratar com o poder público somente se aplica à hipótese do artigo 27 do Decreto Nº 5.450/05 decorre, inclusive, da análise do artigo 28 do mesmo diploma legal, que assim prevê:

Art. 28 - Aquele que, **convocado** dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de **entregar** documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com o Estado do Rio Grande do Sul, e será descredenciado, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (grifou-se)

Veja que o termo utilizado pelo legislador para configurar conduta punível com impedimento de licitar e contratar, foi "ENTREGAR" documentação. Ademais, o momento do pregão eletrônico previsto para a ocorrência da ilegalidade foi o da "CONVOCAÇÃO" do licitante/adjudicatário.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Ademais, analisando o artigo 27, caput, §1º e §2º do Decreto em comento, se vê que a convocação do licitante para apresentar vias físicas de documentos (originais) ocorre somente após a homologação do procedimento licitatório, quando o objeto já foi-lhe adjudicado e encerradas todas as fases anteriores de concorrência, sendo que o §3º deixa explícito que **SOMENTE NESTE CASO A EMPRESA PODERÁ SER SANCIONADA COM IMPEDIMENTO DE LICITAR:**

Art. 27. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.

§ 1º **Após a homologação** referida no caput, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

§ 2º **Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital**, as quais deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 3º **O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (Grifou-se)**

Portanto, a pena do artigo 28 somente se aplica ao "VENCEDOR" da licitação, após a adjudicação do objeto em seu favor, caso incorra em alguma das condutas previstas neste dispositivo, dentre as quais está a não-entrega de documentos.

No caso corrente, a parte autora não foi ganhadora da licitação, foi inabilitada na fase do artigo 25 do Decreto, jamais tendo lhe sido adjudicado o objeto, ao que se vê pela simples análise das atas da sessão pública do pregão eletrônico.

Impossível, portanto, aplicar a pena do artigo 28, se a autora "não chegou" à fase prevista no artigo 27 do Decreto Nº 5.450/05. Para a infração ao artigo 25 deste regulamento cabe apenas a inabilitação/desclassificação no procedimento, que o prejuízo é a perda do negócio, não o impedimento de licitar e/ou multa.

NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL DE IMPEDIMENTO DE LICITAR PARA AQUELE QUE NÃO "ENVIA" DOCUMENTOS NA FASE DO ARTIGO 25 DO DECRETO Nº 5.450/05! ESSA PENA CABE APENAS ÀQUELE QUE, VENCENDO A LICITAÇÃO, NÃO "ENTREGA/COMPROVA" OS DOCUMENTOS ORIGINAIS/CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO, NO PRAZO QUE LHE É CONCEDIDO, APÓS SER "CONVOCADO" PARA ASSINATURA DO CONTRATO/ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Veja que as penas de impedimento de licitar e contratar, a pena de multa e o descredenciamento do SICAF, prevista no edital, somente são cabíveis nas exatas hipóteses do artigo 28 do Decreto N° 5.450/05. Qualquer entendimento diverso sequer poderia ser considerado, pois não se trata de matéria passível de ser regulada por simples Decreto ou previsão editalícia, exigindo lei ordinária como condição de validade.

Tanto que a Lei Ordinária que institui a modalidade de Pregão da União, Estados e Municípios possui previsão praticamente idêntica ao do Decreto regulamentador, sendo que este último apenas foi adaptado para a realidade da União:

Lei 10.520/02

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Decreto 5.450/05:

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Comparando os dispositivos legais sob exame fica claro que as penalidades sob análise somente cabem nas limitadas hipóteses do artigo 27 §3º e 28 do Decreto regulamentador, jamais em outros casos.

Portanto, em conclusão ao tópico, salientamos que:

i) a conduta na qual supostamente incorreu a autora, nos processos licitatórios na modalidade de pregão eletrônico, não foi de violação aos do artigo 27 §3º e 28 do Decreto regulamentador; o dispositivo infringido pela autora foi apenas o artigo 25 do mesmo Decreto, eis que jamais foi declarada vencedora do certame, jamais foi-lhe adjudicado o objeto e jamais foi convocada para apresentar documentos originais, em via física, após ou como condição à assinatura do contrato.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ii) que a pena legalmente fixada para o desatendimento da obrigação do artigo 25 Decreto N° 5.450/05 é a INABILITAÇÃO e a perda do negócio apenas;

iii) que apenas na hipótese dos artigos 27 §3° e 28 do Decreto regulamentador é que se poderia falar em aplicação das penas de multa, descredenciamento como fornecedor do SICAF impedimento de licitar e contratar com a União. Porém, reiteramos, não houve enquadramento na conduta dos artigos 27 §3° e 28, pois foi inabilitada antes de chegar a essa fase.

iv) se a conduta da autora não prevê as penas aplicadas, estamos diante de um processo administrativo ILEGAL, que deve ser desconstituído de imediato, à luz do princípio da legalidade, positivado no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, norma de observância obrigatória pelo administrador público, artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/1999, entre vários outros dispositivos da legislação federal.

c) **DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os preceitos capitais de um determinado ramo da ciência do direito, surgindo como parâmetro para interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. De forma geral, A Constituição Federal, em seu artigo 37, estabelece os princípios que norteiam os atos da Administração:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

A doutrina é unânime ao salientar que, embora o artigo 37 da Constituição Federal tenha feito alusão a apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, há vários outros princípios que merecem atenção:

Princípios da hierarquia, da auto-executoriedade, da continuidade, da presunção da verdade, da indisponibilidade, da especialidade, do poder-dever, da igualdade dos administrados, da tutela administrativa, da autotutela, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da razoabilidade, da proporcionalidade, da impessoalidade, da publicidade, do devido processo legal e da ampla defesa, do controle judicial dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado por atos administrativos, da eficiência, da segurança jurídica, da continuidade, da igualdade, da proporcionalidade, da motivação e o da finalidade.

Com efeito, o Direito Administrativo rege-se essencialmente pelos seus princípios. Não há um "Código Administrativo". Da lição de Hely temos:



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

"(...)por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 82.)

Uma vez que a Licitação e os Contratos Administrativos constituem atos regidos pelo Direito Administrativo, submetem-se logicamente aos princípios do Direito Administrativo. Porém há também princípios próprios que devem ser observados nesse campo do Direito Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua e denota a importância dos princípios:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948-949).

A própria Lei de Licitações e Contratos – 8.666/93 em seu artigo 3º, identifica estes princípios:

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Sem nos distanciar dos demais princípios do Direito Administrativo e da Lei das Licitações e Contratos, é essencial a compreensão da importância da observância desses princípios em especial: legalidade, moralidade e finalidade.

- Princípio da Legalidade

Princípio da legalidade é preceito constitucional essencial ao Estado de Direito. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador público está completamente submetido à lei. "O Princípio da Legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a Lei determina".

Assim observa Hely Lopes Meirelles:

"A Legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso." (Meirelles, p. 82)

Conclui-se que o princípio da legalidade impõe que a administração atue nos estritos termos da lei, não concebendo outra forma de ação senão aquela que, na sua totalidade, se traduza na concretização da vontade legal.

- Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade significa que "a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade dos princípios éticos".

Na obra de Lúcia Valle Figueiredo, encontramos a lição de Hariou que, referindo-se à moralidade administrativa, nos ensina que:

"(...) sua existência provém de tudo que, possuindo uma conduta, pratica, forçosamente, a distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorable, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é freqüentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso do poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder". (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 89.)

Também encontramos a lição de Hariou na obra de Hely Lopes Meirelles: "A moral comum, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum".

Lúcia Valle Figueiredo, no seu livro nos traz a lição de Welter:

"A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal; mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa". (Meirelles, p. 84)

O Princípio da Moralidade administrativa obriga o administrador público a observar não apenas a lei que condiciona sua atuação, mas também outras regras éticas, extraídas do sistema normativo. Acha-se protegido no artigo 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de "... ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente[...]" (Mello, p. 75)

Tem-se que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

- Princípio da Finalidade

O princípio da finalidade é inseparável do princípio da legalidade, pois corresponde à aplicação da lei com o objetivo em vista do qual foi editada. Por isso pode-se dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei, e sim, desvirtuá-la. Isso chama-se desvio de poder ou desvio de finalidade. Os atos praticados com esta mácula são nulos.

Dentre os doutrinadores, há unanimidade quanto à definição do princípio da finalidade como sendo o princípio que impõe à Administração a prática de atos, visando sempre o interesse público.

Portanto, não pode a Administração preocupar-se com o atendimento de interesses privados, o que o Gasparini chama de "desvio genérico". O "desvio específico" ocorre quando se utiliza um instrumental jurídico com o fim específico, para se atingir outro fim diverso daquele. Exemplifica o doutrinador: utiliza-se da emissão de Carteira de Identidade, que existe para dar segurança, objetivando outro fim, qual seja, o aumento de arrecadação. O ato manchado pelo desvio de poder é nulo.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Já a lição de Hely apresenta o princípio da finalidade como sinônimo do princípio da impessoalidade. Para o doutrinador:

"(...) o princípio da finalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal". (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 85.)

O administrador, ao praticar um ato administrativo, pelo princípio da finalidade, está obrigado a sempre perseguir o interesse público.

Assim, podemos concluir que os princípios do direito administrativo não podem ser considerados de forma estanque. Na verdade, eles se permeiam. Portanto o ato administrativo deverá atender a todos estes princípios. Não basta que o ato seja legal.

Se o administrador, acobertado pelo princípio da legalidade, praticar um ato não observando a moralidade, dentre outros princípios, esse ato estará viciado. No caso em apreço, fica evidente que a conduta moral, legal e conforme com a finalidade da Administração é não aplicar qualquer sanção à empresa.

d) **DOS DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO E DO SERVIDOR PUBLICO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DOS DIREITOS DA EMPRESA**

O parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784, prevê as obrigações da contratante no andamento do processo administrativo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I atuação conforme a lei e o Direito;

II atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na constituição;

VI adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

- VII indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Assim como o artigo 3º prevê os direitos do administrado:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

- I ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- IV fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Qualquer ação ou omissão que negue ou dificulte o acesso aos direitos dispostos ou que infrinja os deveres da administração dispostos artigos poderá causar a anulação do presente procedimento, sem prejuízo da responsabilização do servidor público responsável, caso haja descumprimento de seus deveres:

Art. 116. São deveres do servidor:

- I - Exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; [...]
- II ▸ ser leal às instituições a que servir;
- III ▸ observar as normas legais e regulamentares; [...]
- V ▸ atender com presteza:
 - a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
 - b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...]



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

IX ▯ manter conduta compatível com a moralidade administrativa;[...]

XI ▯ tratar com urbanidade as pessoas;

[...]

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial. § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante Fazenda Pública, em ação regressiva. § 3º A obrigação de reparar o dano estende-se os sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Desta forma, requer-se o respeito às normas acima previstas no andamento do presente processo administrativo.

e) **DA OBRIGATORIEDADE DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES – DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal prescreve o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”, ainda na constituição ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Deste modo, antes da aplicação de qualquer penalidade, a Administração deve instaurar o processo administrativo em que se assegure o contraditório e ampla defesa.

Mostra-se imperioso ressaltar de início que somente será legítima a aplicação de qualquer sanção quando for respeitado o princípio do devido processo legal. Senão, vejamos:

“Assim, para que se atenda ao previsto no art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal, em caso de aplicação de sanção administrativa, por inexecução, parcial ou total, do contrato administrativo, forçosa a realização de um devido processo legal, ou melhor, de um “regular processo administrativo”, de conformidade com o art. 86, da Lei nº 8.666/93, não bastando uma singela “prévia defesa” disposta no art. 87. (...) Em tais condições, cumpre ao Administrador Público, quando da imposição de sanção por inexecução, total ou parcial, do contrato administrativo (art. 87), garantir ao administrado um regular processo administrativo (art. 86), não bastando uma



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

mera prévia defesa. Conseqüentemente, há de se conceder efetivo contraditório e ampla defesa, com a produção probatória e interposição de recurso, tudo na estrita e fiel observância do devido processo legal, inscrito no art. 5º, inc. LIV e LV, da Constituição Federal.” (grifo nosso) (CALCINI, Fábio Pallaretti. A necessidade de processo administrativo autônomo para a aplicação de sanção. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 119, p. 37, jan. 2004.)

Acerca desse princípio, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery traçam considerações de suma relevância:

“O conteúdo desse princípio significa, para o autor, poder alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e o conteúdo do processo e poder fazer-se ouvir. (...) Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo e, se tiver de decidir sob o fundamento de fato ou de direito não alegado pelas partes, ainda que a matéria seja de ordem pública, deve ouvir previamente as partes, sob pena de nulidade.” (Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 183.)

Formalmente, o devido processo legal deve garantir a plena observância do rito processual estabelecido em lei ou norma, especialmente aos princípios e garantias e direitos mais sensíveis ao pleno exercício do direito de defesa.

No livro Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório, leciona que a cláusula em exame traduz uma forma de “processualização” das atividades da Administração, para que haja observância de procedimentos necessários à regular tramitação do processo administrativo, assim como: notificação ou citação do administrado, dando-lhe ciência da imputação em curso; possibilidade de o imputado manifestar-se a respeito do caso; resolução previamente motivada por parte da autoridade competente e a existência de um órgão julgador imparcial.

Substancialmente, a esta garantia se apresenta como base de sustentação da razoabilidade e proporcionalidade, existindo como mecanismo de controle de possíveis arbitrariedades do Poder Público. Assim, pode ser associado, por isso, à ideia de um processo justo, que permita ampla participação das partes e a efetiva proteção dos seus direitos.

f) CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Do contraditório decorre a noção de bilateralidade de audiência de forma a exigir a comunicação aos interessados da existência e dos termos do processo, bem como oportunidade para apresentação de alegações e produção de provas em momento anterior a final decisão do processo. Devendo estar presente três elementos básicos: informação, possibilidade de reação e poder de influência.

O manual de responsabilização de pessoa jurídica, elaborado pela Corregedoria Geral da União, esclarece estes elementos:

O elemento “informação” impõe que seja dada ciência efetiva aos interessados dos principais atos do processo, em especial, aqueles que possam ensejar agravamento da situação jurídica das partes envolvidas. Não é por menos que o art. 3º, da Lei nº 9.784/99, estabeleceu como direito comezinho do administrado ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.

A informação é justificada no sentido de oportunizar a possibilidade de reação pelo interessado, verificando-se aqui o segundo elemento, que, uma vez ciente da situação jurídica delineada, poderá desenvolver argumentos defensivos no sentido de desconstituí-la ou contraditá-la. Aduz-se que o contraditório, nesses casos, estará garantido, ainda que concretamente não se verifique a reação, bastando que a parte tenha tido a oportunidade de reagir.

Além da informação e possibilidade de reação, exige-se que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o convencimento da autoridade julgadora (terceiro elemento da tríade acima descrita), ou seja, haverá a necessidade de que os argumentos sustentados pelo interessado sejam objeto de efetivo exame e ponderação por parte da Administração Processante, ainda que seja para externar motivada discordância. Não é por menos que o supracitado artigo da Lei Federal de Processo Administrativo dispõe ser assegurado ao administrado a formulação de alegações e apresentação de documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Diante do exposto, não restam dúvidas a respeito da importância conferida pelo nosso sistema jurídico acerca do princípio do contraditório e da ampla, nesse sentido, Anadriça Vicente de Almeida é categórica ao afirmar que:

“Com efeito, tamanha é a importância conferida no nosso sistema jurídico-constitucional ao mandamento do contraditório e da ampla defesa que a sua omissão no procedimento acarreta vício que não poderá ser sanado. Dessa forma, se, no procedimento de revogação ou de anulação, de rescisão e sancionatório, a Administração não conceder, previamente, prazo para que o(s) licitante(s) ou o(s) contratado (s) se manifestem, estará maculado de vício tal



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

procedimento, não só por infringência à norma da Lei, mas por afronta a princípios constitucionais.” (Grifo nosso. ALMEIDA, Anadriça Vicente de. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000).

No presente processo administrativo tem que se respeitar as premissas básicas, essenciais e obrigatórias para que possa ser considerado válido. A Administração deve se abster de aplicar penalidade a seu livre critério, sem observar ao procedimento para a aplicação das penalidades administrativas, conforme abaixo:

- 1) Denúncia/Informação da irregularidade/Recebimento
- 2) Abertura de processo administrativo
- 3) Citação/Notificação do interessado/contratado
- 4) Prazo recursal
- 5) Apresentação ou não de manifestação (defesa prévia)
- 6) Instrução probatória
- 7) Parecer jurídico (facultativo)
- 8) Decisão administrativa pela Autoridade competente
- 9) Intimação da decisão
- 10) Prazo recursal
- 11) Análise do recurso (Autoridade Superior)
- 12) Publicidade

Conforme preceitua Vareschini (2011, p. 338), tem-se que:

A aplicação de penalidade deverá ser motivada e precedida de contraditório e de ampla defesa. Dessa forma, impõe-se a instauração de processo administrativo, no qual conste a justificativa sobre os motivos que respaldam a decisão (os fatos que comprovam o descumprimento por parte do contratado), comunicando-se ao interessado para que, querendo, se manifeste acerca das razões apresentadas e quanto à aplicação das penalidades cabíveis.

Veja-se o entendimento da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PENALIDADE. DEFESA PRÉVIA. Para que possam ser aplicadas as sanções estipuladas na lei das licitações, por inexecução total ou parcial do contrato, necessário a instauração de procedimento administrativo, onde seja garantido o contraditório e a ampla defesa prévia. É nulo o ato administrativo que, sem garantir o direito de prévia defesa por meio do processo legal adequado, impôs penalidade e rescisão contratual. (Agravo Nº 70012086104, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 17/08/2005)



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

E mais:

“Com efeito, tamanha é a importância conferida no nosso sistema jurídico-constitucional ao mandamento do contraditório e da ampla defesa que a sua omissão no procedimento acarreta vício que não poderá ser sanado. Dessa forma, se, no procedimento de revogação ou de anulação, de rescisão e sancionatório, a Administração não conceder, previamente, prazo para que o(s) licitante(s) ou o(s) contratado(s) se manifestem, estará maculado de vício tal procedimento, não só por infringência à norma da Lei, mas por afronta a princípios constitucionais.” (Grifo nosso. ALMEIDA, Anadriça Vicente de. O contraditório e a ampla defesa prévios nos procedimentos de revogação e anulação da licitação, rescisão contratual e aplicação de sanções administrativas. Zênite, n. 80, p. 856, out. 2000).

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“a oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso (...)” (STF, MS nº 23.550, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.2001.)

Observa-se, deste modo a imprescindibilidade do processo administrativo para apurar a legalidade da sanção a ser imposta, sob pena de nulidade.

g) DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Todos os atos administrativos devem ser devidamente motivados com fatos e fundamentos jurídicos, conforme previsão do artigo 50 da Lei nº 9.784:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II- imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III- decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV- dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V- decidam recursos administrativos;

VI- decorram de reexame de ofício;

VII- deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII- importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito

XV ▸ proceder de forma desidiosa;

Veja o entendimento de Odete Medauar em seu livro Direito Administrativo moderno:

Motivação- A oportunidade de reagir ante a informação seria vã se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações dos sujeitos. A este fim responde a regra da motivação dos atos administrativos. Pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influenciou na decisão final. Evidente que a motivação não esgota aí seu papel; além disso, propicia reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade e também facilita o controle sobre as decisões tomadas. A falta de norma explícita que imponha motivação não dispensa nas atuações administrativas processualizadas, visto configurar decorrência necessária da garantia do contraditório.

A doutrina esclarece especificamente em quais os casos a motivação é obrigatória:

O art. 50 determina a obrigatoriedade da motivação, com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, em oito hipóteses, quando: (1) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (2) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (3) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; (4) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (5) decidam recursos administrativos; (6) decorram de reexame de ofício; (7) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; e (8) importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (NOHARA, Irene Patrícia. Processo administrativo Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo Atlas 2009.)

Para este processo dois incisos devem ter atenção especial (II e V):

Art. 50, II Impor ou agravar deveres, encargos ou sanções
Também há a necessidade de a Administração motivar todas as decisões que impuserem ou agravarem deveres, encargos



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

ou sanções, desde que essas manifestações sejam todas pautadas em lei, à medida que ninguém poderá sofrer restrições a direitos ou atividades sem lastro legal. Como o agravamento de deveres, encargos ou sanções deve obedecer à proporcionalidade, a motivação oferece possibilidade de controle das atividades administrativas que resultem na restrição ou na ampliação de restrição dos interesses particulares.

Art. 50, V Decidir recursos administrativos

Todas as decisões de recursos administrativos, que serão tratados no comentário ao capítulo XV da LPA, devem ser devidamente motivadas. Os recursos administrativos são expressão do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF, que obriga a Administração a fornecer uma resposta justificada para o deferimento ou indeferimento do recurso. (NOHARA, Irene Patrícia. Processo administrativo Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo Atlas 2009.)

A falta de motivação nos atos administrativos pode enquadrar o servidor público no parágrafo XV do Art. 117 Lei nº 8.112:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

XV- proceder de forma desidiosa;

Ressalte-se que motivação tem que cumprir requisitos mínimos para que sejam válidas, evitando assim que a Administração às apresente de forma desconexa com os fatos e direito, de acordo com o artigo 50, parágrafo primeiro da Lei do processo administrativo:

Art. 50, § 1º Forma da motivação

O § 1º do artigo determina que a motivação obedeça a três requisitos, isto é, que seja: (1) explícita; (2) clara; e (3) congruente. Antes mesmo da edição da lei, defendeu magistralmente Antônio Carlos de Araújo Cintra, na obra Motivo e motivação no ato administrativo, que “a suficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades ou circunstâncias do caso concreto”, **sendo insuficiente a presença de “afirmações genéricas e vagas com meras repetições da linguagem da lei, com simples referências ao interesse público, a necessidade de serviço etc.”.**²² Em suma, a motivação deve ser feita de forma explícita ou indicativa a uma realidade concreta ponderada. Observe-se que, além de falar sobre a necessidade de que a motivação obedeça a este requisito (de não ser implícita ou vaga), não por coincidência, menciona Araújo Cintra que, sob o aspecto formal, a motivação deve ser clara e congruente, a fim de permitir uma efetiva comunicação com seus destinatários. Realmente, se a motivação for obscura, ininteligível, contraditória, redundará na incerteza e insegurança sobre o verdadeiro significado do ato



administrativo assim motivado. Assim, os requisitos da motivação são suficiência, a clareza e a congruência.²³

Note-se que a incongruência da motivação é apontada por José Creste-la Junior como um sintoma de desvio de finalidade. O autor possui artigo²⁴ no qual lista alguns sintomas extraídos da análise da jurisprudência dos Conselhos de Estado francês e italiano, com base na verificação da motivação, que são traços denunciadores da presença do desvio de poder, são eles: contradição com atos posteriores (exemplo: autoridade exonera funcionário de cargo em comissão, alega falta de verbas, e depois contrata outros dois para a mesma atribuição); contradição com atos anteriores (exemplo: funcionário elogiado recebe encargos delicados e importantes e é, na sequência, demitido sob a alegação de incapacidade ou escasso rendimento); **motivação excessiva; motivação contraditória (sem nexos lógicos); motivação insuficiente; alteração dos fatos e imodicidade manifesta.**

22 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 128. 23 Op. cit. p. 129. 24 CRETELLA JR., José. Sintomas denunciadores do desvio de poder. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, no 9, p. 40, dez. 1976. (NOHARA, Irene Patrícia. Processo administrativo Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo Atlas 2009.)

Desta forma, requer-se que todos os argumentos do presente processo sejam julgados

h) **DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES - EDITAL PREVÊ SANÇÕES PARA “CONTRATADA” E NÃO “LICITANTE”.**

A Lei n. 10.520/2002, ao instituir a modalidade de licitação denominada pregão, assim dispôs:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
[...]

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional,



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor; (grifei)

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor; (grifei)

[...]

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI. (grifei)

[...]

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A seu turno, o Decreto nº. 5.450/2005, ao regulamentar o pregão eletrônico, prevê que:



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital. § 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, inclusive quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados inclusive via fax, no prazo definido no edital, pós solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.

§ 3º Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital.

§ 4º Para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova.

§ 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital. (grifei)

§ 6º No caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada de imediato por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

§ 7º No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, respeitada a ordem de classificação, poderão ser convocados tantos licitantes quantos forem necessários para alcançar o total estimado, observado o preço da proposta vencedora.

§ 9º Constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

[...]

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

[...]

Art. 27. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

§ 1º Após a homologação referida no caput, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

§ 2º Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital, as quais deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

§ 4º O prazo de validade das propostas será de sessenta dias, salvo disposição específica do edital.

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

Em face desse regramento legal, o Edital do Pregão Eletrônico Comprasnet nº. 21/2017 igualmente estipulou que:

20.1. No caso de atraso injustificado ou inexecução total ou parcial do compromisso assumido com o TRT, as Sanções Administrativas aplicadas à CONTRATADA serão:

Infere-se que tanto a legislação de regência da matéria quanto o instrumento convocatório em exame preveem sanções administrativas para as licitantes habilitadas e ou registradas que não cumprirem as disposições editalícias. Na espécie, porém, as provas documentais revelam, a um só tempo, que a empresa sequer foi habilitada/registrada/contratada na licitação.

i) **DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA SOBRE O VALOR DA PROPOSTA INICIAL DE PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS –**



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

CONCLUSÃO LÓGICA DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA SOBRE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de preços é procedimento licitatório especial para registrar preços de produtos e serviços comuns e rotineiros, para atender contratação futura da Administração.

Assim, no registro de preços, a licitação não resulta diretamente na celebração de um contrato. Antes disso, é feita uma Ata de Registro de Preços no qual ficam consignados, até o prazo máximo de um ano, o preço do particular, o quantitativo máximo a ser adquirido, dentre outras condições. Desse modo, conforme a necessidade surja, a Administração celebra os contratos decorrentes da Ata ou não.

Percebe-se, portanto, que a Ata de Registro de Preços não se confunde com instrumento de contrato. Este último tem a finalidade de formalizar as relações jurídicas obrigacionais que estipulam obrigações recíprocas para a Administração e o licitante que teve seu preço registrado. Dito de outro modo, o instrumento contratual ou termo de contrato, formaliza os contratos celebrados com base na Ata de Registro de Preços.

Inferre, pois, que o licitante titular da melhor proposta no registro de preços tem somente mera expectativa ao contrato. A ata, segundo entendem a maioria dos juristas, não tem natureza contratual, isto é, ela apenas confere uma expectativa de direito ao licitante, qual seja, a de não ser preterido ou ignorado caso a Administração decida contratar, uma vez que ela somente contratará se quiser, quando quiser e na quantidade que quiser.

Nesse sentido:

"[...] Parece-nos mais consentâneo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao enriquecimento indevido, a aplicação da multa apenas quanto ao inadimplemento dos valores correspondentes a serviços de fato contratados. A Administração tem a faculdade de contratar, ou não, os serviços descritos na ata de registro de bens. A obrigação do detentor da ata só se aperfeiçoa com a celebração do contrato administrativo, conforme item 7.1, cláusula 7, da ata de registro. Assim, não há lastro para a exigência de pagamento de multa referente ao hipotético inadimplemento de serviços que sequer foram contratados. Tal interpretação beira ao absurdo. As penalizações devem incidir sobre os contratos de fato firmados e inadimplidos. Ademais, se não houve formalização de contratos para os demais itens durante a vigência da ata, resta claro não se poder argumentar com a frustração de expectativa de futura contratação. A fixação da multa em 20% sobre os valores não contratados também se afigura desproporcional, na medida em que, na hipótese de contratação, a sua fixação se daria em 5% do valor do contrato, percentual este bastante inferior àquele primeiro, não se justificando referida divergência. Depreende-se, assim, imperioso o reconhecimento da ilegalidade do item 8.4, da cláusula 8 da ata de registro de



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

preços 90.545/13. Não se olvida a supremacia da Administração Pública ao firmar contrato com o particular, entretantes, como cediço, existem limitações a tais poderes. [...]” (Apelação / Reexame Necessário nº 1046495-04.2015.8.26.0053-São Paulo - Voto nº 22764, Rel. Des. Rubens Rihl, 2410/2017)

Ora, incabível, sob a perspectiva de descumprimento futuro de eventuais outros contratos a serem celebrados, aplicar penalidade na convicção de que suas expectativas se concretizarão. Contudo, com relação aos itens que sequer seriam contratados, não cabe punição, a uma, porque poderia contratar por outros meios e com outros fornecedores já que não existe obrigação de contratar com aquele proponente vitorioso e inscrito, a duas, porque perspectiva de inadimplemento não configura causa para sanção.

Entretanto, contratos que sequer foram celebrados ou, como no dizer de Marçal Justen Filho, “as promessas de contratação”, não podem ser apenas em perspectiva, pois, frisa-se: o registro de preços não obriga a Administração a contratar o detentor do preço de nenhuma forma, razão pela qual somente as “promessas de contratação” formalizadas em contratação quando inadimplidas ou tiver descumpridas suas exigências pelo contratado, permitem punição.

Sendo assim, resta claro que nem se a Ata de Registro de Preços (ARP) tivesse sido assinada e posteriormente cancelada, a Administração não poderia aplicar sanções à autora com base no total.

Neste caso, a empresa sofreu sanção sobre licitação que **poderia se tornar ARP** e que, posteriormente, poderiam ser formalizados os contratos. **Ora, se não é razoável sancionar sobre o cancelamento de uma ata já registrada, muito menos por causa de supostos equívocos na licitação que nem resultou em uma ARP.**

j) **DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE DOLO OU MÁ-FÉ DA EMPRESA LICITANTE**

Em análise aos autos do presente processo não se verifica a comprovação, até mesmo porque não houve, de dolo ou má-fé da empresa muito menos de prejuízo à Administração. O STF no RMS 31.972/DF entendeu que “ausentes o prejuízo para a Administração Pública e a demonstração de dolo ou má-fé por parte da licitante, não há subsunção do fato ao art. 7º da Lei nº 10.520/02.”

No julgamento do REsp 914.087/RJ, o STJ manteve a decisão que afastou a pena de suspensão temporária de seis meses por entender que não há formalmente nos autos do processo administrativo “nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração”, pois houve “aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto”.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

Não é dever da Administração aplicar a penalidade sem análise dos fatos, apenas porque existe previsão de sanções. Deve-se apurar os fatos, primando sempre pelo princípio da verdade real. Neste caso, é evidente que nenhuma penalidade deve ser aplicada e que a Administração pública não cumpriu com seu dever de apuração do fato, pois inexistiu prejuízo à administração pública e/ou dolo ou má-fé da empresa.

k) **DA OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Diante da notificação recebida, não se tem conhecimento quanto as penalidades que possam vir a ser aplicadas, especificamente, no caso de se considerar a culpa da empresa no procedimento administrativo, já que a notificante se refere apenas à aplicação de sanções. O que se sabe, por previsão legal, é que as penalidades devem ser aplicadas de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Sobre o desrespeito ao princípio de razoabilidade na aplicação de penalidades, a doutrina prevê a possibilidade de o particular recorrer à esfera judicial, senão, veja-se:

A inobservância de tais fatores, cujo cumprimento deve ser obrigatório, acaba por influenciar o particular a recorrer à esfera judicial na intenção de fazer valer seus direitos legalmente garantidos. Nesse campo, caberá ao Judiciário avaliar e julgar as ações como árbitro independente e sem qualquer proteção ao Poder Público do qual integra, não sendo justo imputar onerosa e desproporcional sanções e responsabilidades ao particular, que poderá amargar elevados prejuízos muito além dos pressupostos legais vigentes. ” (Penalidades Moratórias e Compensatórias – adequação, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação pela administração pública, Rosa Costa, DOUTRINA - 460/159/MAI/2007, Zênite).

E, ainda, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CONTRATO ADMINISTRATIVO – MULTA – MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – REDUÇÃO – INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO – INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI – APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido. (STJ, REsp nº 330677/RS, Ministro José Delgado, T1 - Primeira Turma, Publicado no DJ de 04.02.2002.)

O STJ, julgando o REsp 914087/RJ entendeu que a escolha, pela Administração, da penalidade a ser aplicada com base na razoabilidade, deve adotar, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

Sobre tal assunto, o respaldo doutrinário é unânime. Citamos, apenas a título exemplificativo, o posicionamento Marçal Justen Filho, maior autoridade brasileira sobre o assunto.

"[...]é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade. (...) Não é possível colocar em um mesmo patamar a sanção de advertência e a declaração de inidoneidade para licitar." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Edição, São Paulo: Dialética, 2003. P. 569 e 570).

Pelo exposto, fica evidente o dever de observar a proporcionalidade das penalidades, pesando aos fatos ocorridos. Por isso, requer que não seja aplicada qualquer penalidade, mas, se ainda assim houver entendimento pela aplicação, que haja observância ao princípio da proporcionalidade, bem como a gradação existente entre as penalidades.

III) DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante das sólidas razões supra, requer que se digne Vossa Senhoria em:

- 1) Receber a presente defesa prévia, tendo em vista a garantia constitucional da contratada, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do art. 5º, LIV e LV da CF/88 e art. 78, parágrafo único da Lei 8.666/93.
- 2) Requer que não sejam aplicadas quaisquer penalidades, nos termos e fundamentos acima demonstrados e considerando a existência de toda a documentação necessária.
- 3) Não sendo este o entendimento de Vossa Senhoria, requer a aplicação de penalidade com observância ao princípio da proporcionalidade e de gradação das penas.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

4) Provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Nestes termos, pede deferimento.

Lages, 06 de março de 2018.

Tiago Sandi
Advogado OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
Advogada OAB/SC 42.633