

**ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE SAÚDE
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**

À empresa **FGD Medical Ltda**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob o nº **44.499.043/0001-39**, com sede na Av **Xavier da Silveira, 1037, Nova Descoberta, Natal/RN, CEP nº 59056-530**, neste ato por seu representante legal, vem à presença de Vossa Excelência apresentar solicitação de **DISTRATO AMIGÁVEL DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº72/2024** face às razões de fato e de fundamentos a seguir aduzidas.

I. DOS FATOS

A empresa detentora da **ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 72/2024**, participou do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 009/2024**. Entretanto, vêm ocorrendo situações que estão impossibilitando o cumprimento do compromisso firmado.

II. DO DIREITO

a) DA ABERTURA DE PROCESSO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

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 adireito. § 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 é ainda 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, 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 Autocomposição 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 – NÃO ENTREGA DOS PRODUTOS

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, relembra 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, é regulado pela Lei nº 10.520/2002, como também pelo Decreto Nº 5.450/05.

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 Nº 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 05 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (grifei e negritei)

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.

DIANTE DO EXPOSTO, VIMOS QUE NÃO FOI O CASO DESSA SITUAÇÃO

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:

"(...) 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."

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 "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, prática, 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 desonrável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente 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 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 bemcomum".

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.

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 obrigada 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.

DOS DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO E DO SERVIDOR PÚBLICO 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;

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 impulso, 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;

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 a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos 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.

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 licitantes, 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 mera prévia defesa. Consequentemente, 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.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

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 à decisão final 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, Anadricea 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 procedimento, não só por infringência à norma da Lei, mas por afronta a princípios constitucionais.” (Grifo nosso. ALMEIDA, Anadricea 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 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, impõe penalidade e rescisão contratual.** (Agravado Nº 70012086104, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 17/08/2005) (grifei e negritei)

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.**” (grifei e negritei). 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.) (grifei e negritei)

Observa-se, deste modo, a **imprescindibilidade do processo administrativo para apurar a legalidade da sanção a ser imposta, sob pena de nulidade.** (grifei e negritei)

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 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 influiu 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 a 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;
- (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 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 derestrição 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. 50, 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.)

Portanto, alertamos, 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, à 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 artigo 24 no

(4) 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 nexo lógico); motivação insuficiente; alteração dos fatos e imodicidade manifesta.

- (5) 22 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 128. 23 Op. cit. p.
- (6) 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.)
- (7) Desta forma, requer-se que todos os argumentos da presente solicitação do processo em epígrafe sejam julgados, culminando no sentido de UMA RESCISÃO AMIGÁVEL.**
- (8) A empresa **FDG MEDICAL LTDA**, solicita desta forma a rescisão amigável da **ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 72/2024**, sem ônus para nenhuma das partes diante esta notificação, alegando que se encontra, em até o presente momento, com a solicitação do Alvará Sanitário junto a Prefeitura Municipal de Natal em andamento, sob o protocolo nº SMS-20240150637, o que consequentemente interferiu de maneira significativa.
- (9) Diante desse cenário, a CONTRATADA encontra dificuldades na aquisição dos itens, visto que o documento mencionado é indispensável para a efetivação de compras junto aos fabricantes e as indústrias.
- (10) Além disso, convém mencionar que em razão do aumento na procura por alguns medicamentos e materiais médicos hospitalares, os fabricantes e as indústrias passaram a realizar uma espécie de filtro para venda de seus produtos, não aceitando o protocolo da solicitação do Alvará Sanitário como documento válido para realização de cadastro e compras.

Tais fatos impactam diretamente no cumprimento contratual, dificultando assim que a CONTRATADA consiga verdadeiramente cumprir as obrigações anteriormente firmadas.

d) DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE DOLOU 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 os prejuízos 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.”

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 em notificar para ainda receber toda a mercadoria descrita no empenho, no prazo de cinco(05) dias úteis, oferecendo nova oportunidade para regularização do pedido formalizado.

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.

DA OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE;

Diante da notificação recebida, não se tem conhecimento quanto às 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 serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe emlocupletamento ilícito dos órgãos públicos.

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aoscontratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

5. Princípio da Razoabilidade.

6. Recurso improvido. (STJ, REsp nº 330677/RN, Ministro José De lgado, 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 ea 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.**

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, aodevido 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) Solicita a rescisão amigável da ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 72/2024 sem ônus para nenhuma das partes, uma vez que a empresa em tempo hábil reconhece que não tem mais como proceder com a **eventual aquisição de produtos para saúde**, em razão dos motivos apresentados.

4) Provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos. Nestes termos, pede deferimento.

NATAL/RN, 23 DE julho DE 2024



DOUGLAS DO NASCIMENTO FLORENCIO
CPF: 096.043.064-48