

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VIANA/ES

Referente ao Pregão Eletrônico nº 077/2021

Processo Administrativo nº 9445/2021

TECNOCRYO GASES- TRANSPORTES, COMERCIO, SERVIÇOS E MANUTENÇÕES E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 05.198.469/0001-09, com endereço situado na BR 101/262, s/n, Bairro Universal, Viana/ES, CEP: 29135-000, vem à presença de Vossa Senhoria apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

face a declaração de vencedora da empresa BERNABÉ COMÉRCIO DE GASES LTDA-EPP, vez que a mesma não atende às especificações constantes no edital publicado, pelas razões e fato e de direito a seguir expostas.

1- DA SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de Recurso Administrativo em face da classificação/habilitação da empresa BERNABÉ COMÉRCIO DE GASES LTDA-EPP, vez que os documentos apresentados pela mesma corroboram com as informações e fundamentações que serão apresentadas, principalmente no que se refere a ausência de exigências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para apresentação de Certificado de Registro de Produto e/ou Isenção do Registro de Produto para o item licitado.

Mesmo tendo logrado êxito no procedimento licitatório, necessária análise da documentação apresentada pela empresa BERNABÉ COMÉRCIO DE GASES LTDA-EPP para que, posteriormente a mesma possa logra-se arrematante.

Ocorre que analisando detidamente os documentos apresentados, nota-se que a Recorrida não apresenta documentação própria conforme exigência do Edital e exigência legal, as quais serão abordadas a seguir.

2- DO MÉRITO

2.1 – DA SOLIDEZ E DA BOA-FÉ DA RECORRENTE

A Recorrente é sociedade empresária regular, registrada na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo por mais de uma década, empregando atualmente direta e indiretamente cerca de 100 (cem).

A Empresa foi concebida através da visão de futuro de seus proprietários, que enxergavam grandes oportunidades de trabalho e investimentos no Estado do Espírito Santo,

Tecnocryo Gases – Transporte, Comércio, Serviços e Manutenções e Import. & Export. Ltda.

CNPJ: 05.198.469/0001-09 - Insc. Est: 082.463.03-4

Tel.: 27-3225-6533

tecnocryo@tecnocryo.com.com.br

quicá, rompendo divisas, pois se mostrava promissora na geração de empregos diretos e indiretos, bem como renda, o que de fato ocorreu.

Nestes anos de existência, graças ao empreendedorismo de seus fundadores, a Empresa pode contar com um portfólio expressivo de parceiros comerciais em diversas áreas, realizando negócios que oportunizaram o seu ganho de credibilidade, angariando respeito ético e social de todos os seus clientes e fornecedores, com o histórico de sucesso e probidade empresarial de suas atividades.

Válido mencionar que a Recorrente participa com frequência dos certames licitatórios dentro e fora do Estado, primando sempre pela probidade em seus atos.

Não se trata de empresa que não prima pela legalidade e probidade de seus atos, mas sim uma empresa cumpridora de suas obrigações e que zela pela legalidade dos atos que pratica.

Os investimentos realizados pela Recorrente para obtenção de liberações, certidões e Alvarás se justifica inicialmente para cumprimento da legislação vigente e, conseqüentemente, para melhor entrega e prestação dos serviços a que se propõe, dando a segurança que o cliente espera.

No caso em apreço, a manutenção da Recorrida como vencedora do certame sem que apresente a documentação legal pertinente, enseja risco à Administração Pública quanto à segurança da prestação, bem como afronta aos princípios, legislação e Edital.

Pelo exposto, comprovada ausência de cumprimento dos pressupostos legais quanto à documentação apresentada, necessária reforma da r. Decisão e inabilitação da Recorrida.

2.2 – DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA 6.4

Impende salientar inicialmente que a Recorrida (BERNABÉ COMÉRCIO DE GASES LTDA-EPP) possui em seu Contrato Social o exercício das atividades que seguem:”
FABRICAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS (FABRICAÇÃO DE OXIGÊNIO INDUSTRIAL E MEDICINAL, ÓXIDO NITROSO, AR COMPRIMIDO MEDICINAL, ACETILENO, NITROGÊNIO, DIÓXIDO DE CARBONO, MISTURA DE GASES, ARGÔNIO, ETILENO, HÉLIO E OUTROS GASES INDUSTRIAIS, MEDICINAIS E ESPECIAIS).

Conforme previso na Cláusula 6.4, faz-se necessária apresentação do Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle por linha de produção/produtos, emitido pela Anvisa, NO CASO DE EMPRESAS FABRICANTES, conforme Resolução nº 460/1999 e Resolução RDC nº 25/1999.

A RDC nº 69/2008 dispõe acerca das Boas Práticas de Fabricação de Gases medicinais:

“Este Regulamento se aplica não somente à empresa que produz o gás medicinal, mas todas aquelas que, sem realizar o processo completo, participam do controle, da elaboração de alguma etapa do processo, do fracionamento, do acondicionamento, da distribuição, do transporte e da importação do gás medicinal”

Art. 2º - Fica concedido o prazo de quinze meses a contar da data de publicação desta Resolução para que as empresas fabricantes de gases medicinais sejam regularizadas quanto à Autorização de Funcionamento e o prazo de 24 (vinte e quatro) meses a partir da data da Autorização de funcionamento para a obtenção do Certificado de Boas Práticas.

Ato contínuo, RDC nº 9/2010 altera dispositivos da RDC 69/2008, assim se manifestando:

“Art. 2º - Os subitens 2.2, 5.1, 12.2, 13.6 e 13.9 do anexo da RDC nº 69/2008 passam a vigorar com a seguinte redação:

“2.2 Este regulamento se aplica não somente à empresa que produz o gás medicinal, mas a todas aquelas que, sem realizar o processo completo, participam do controle, da elaboração de alguma etapa do processo, como o ENVASE (enchimento) de cilindros, tanques criogênicos e caminhões-tanque.”

Nota-se que o comando estabelecido na lei é expresse e determina que empresas atuantes nas atividades de fabricação e/ou envase de gases medicinais devem obter Autorização de Funcionamento e Certificado de Boas Práticas de Fabricação perante a ANVISA.

Ademais, o artigo 3º da RDC nº 16/2014 assim disciplina:

“A AFE é exigida de cada empresa que realiza as atividades de armazenamento, distribuição, embalagem, expedição, exportação, extração, fabricação, fracionamento, importação, produção, purificação, reembalagem, síntese, transformação e transporte de medicamentos e

insumos farmacêuticos destinados a uso humano, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, saneantes e envase ou enchimento de gases medicinais.”

Por fim, consoante determinação expressa constante na RDC nº 32, nenhuma empresa pode realizar qualquer das atividades acima citadas sem possuir a AFE, cujos critérios técnicos são por ela regulados.

Ocorre que a Requerida não possui tal qualificação, tendo realizado a juntada do documento em nome da empresa **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA**, **contrariando a determinação constante no Edital**.

No segmento de gases medicinais são inúmeras as empresas que funcionam de forma irregular e comercializam produto não apropriados para a aplicação do segmento da saúde, provocando danos à saúde de pacientes, danos estes que podem ser irreversíveis.

Na condição de representante legal pela saúde de pacientes, a Administração deve agir com a devida cautela na seleção de empresa para fornecimento do objeto licitado, exigindo que tais empresas comprovem sua regularidade perante a legislação sanitária, o que inclui a regularidade perante a legislação sanitária, regularidade essa que não foi comprovada pela Recorrida (BERNABÉ COMÉRCIO DE GASES LTDA-EPP).

2.3 – DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA 6.6 – NÃO APRESENTAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO (AFE)

No mesmo sentido, primando pelo Princípio da Vinculação a Instrumento Convocatório, a Cláusula 6.6 do Edital em questão estabelece a necessidade de apresentação da Autorização de Funcionamento, consoante RDC 32/2011 e RDC 16/2014.

Porém, conforme se verifica e comprova pela documentação anexada pela Recorrida, nota-se que a mesma realizou apenas a juntada da página do Diário Oficial da União, não tendo realizado, de fato, a juntada do documento em questão.

Dessa forma, resta devidamente comprovado o descumprimento do Edital, o que inviabiliza a habilitação da Recorrida, uma vez que restam dúvidas quanto à validade e existência da Autorização de Funcionamento (AFE).

2.4 – DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA 6.3

Conforme se verifica, foi rasurado um quadro em branco em que se deveria constar a especificação dos preços.

A rasura existente torna inaceitável o documento, razão pela qual não deve o mesmo ser aceito.

Ademais, o prazo de duração do contrato é de 3 (três) anos, prorrogáveis por mais 3 (três) anos. Porém, o mesmo venceu em Setembro de 2019, não tendo sido realizado a prorrogação (comprovante).

Por fim, não consta o reconhecimento de firma do contrato, o que, também, enseja sua nulidade.

2.5 – DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA 6.1

Por força da redação constante na Cláusula 6.1, faz-se necessária apresentação de atestado de aptidão da empresa licitante e/ou contratos firmados com que comprove (m) a realização do objeto desta licitação em características.

Em afronta a redação constante, a Recorrida apresenta documento em nome da empresa SEPARAR SOLUÇÕES INOVADORAS e não em nome da Unidade de Pronto Atendimento (UPA) de Castelândia, o que indica haver terceirização do serviço.

Diante de tais fatos, requer sejam realizados os apontamentos e apurações realizadas quanto à suposta terceirização das atividades, o que não é cabível, em regra, nos procedimentos licitatórios.

2.6 - DO DEVER DE LICITAR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DA EXPRESSA VINCULAÇÃO DAS PARTES AO EDITAL CONVOCATÓRIO

Destarte, entende-se por *LICITAÇÃO*, o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, desenvolvendo-se através de sucessão ordenada de atos vinculantes para o Estado e licitantes, propiciando oportunidade igual aos interessados, bem como moralizando a eficiência nos negócios administrativos.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, *“Têm o dever de promover licitação todos os entes estatais, independentemente do caráter público ou privado de sua personalidade. Destarte, são por ele colhidas tanto as pessoas governamentais de direito público (União, Estados e Municípios, suas autarquias e fundações governamentais de direito público) como as pessoas governamentais privadas*

Tecnocryo Gases – Transporte, Comércio, Serviços e Manutenções e Import. & Export. Ltda.

CNPJ: 05.198.469/0001-09 - Insc. Est: 082.463.03-4

Tel.: 27-3225-6533

tecnocryo@tecnocryo.com.com.br

(empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais provadas)”.
(SUNDFELD, *Licitação e Contrato Administrativo*, 1994. p. 36.)

O enunciado constitucional impõe aos órgãos da União, Estados, Municípios, e DF, o dever de licitar, previsto no art. 37, da CF/88, que diz:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A outorga de concessão ou permissão de serviço público deve ser concedida também mediante processo licitatório, de acordo com o previsto no art. 175, *caput*, da Constituição.

Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Tais exigências são reafirmadas na Lei nº 8.666/93:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Com a *lex* surgem princípios que norteiam o procedimento licitatório, senão vejamos:

O princípio da **legalidade**, como princípio geral previsto no art. 5º, II, da Constituição de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, obriga a Administração Pública, quando da compra, obra, contratação de serviços ou alienação, a proceder de acordo com o que a Constituição Federal e Leis prevêm. A não observação desse princípio impregnará o processo licitatório de vício, trazendo nulidade como conseqüência.

Pelo princípio da **isonomia**, é assegurado a igualdade no tratamento a todos quantos venham participar do certame licitatório.

O princípio da **competitividade** garante a livre participação a todos, porém, essa liberdade de participação é relativa, não significando que qualquer empresa será admitida no processo licitatório. Por exemplo, não faz sentido uma empresa fabricante de automóveis tencionar participar de um processo de licitação, quando o objeto do certame seja compra de alimentos.

A Administração Pública se balizará no princípio da **impessoalidade** para evitar a preferência por alguma empresa especificamente, cuja não observação implicaria

prejuízo para a lisura do processo licitatório, e como consequência a decretação da nulidade do processo.

Como a licitação busca atender ao interesse público, à coletividade, a escolha e julgamento da melhor proposta obedecerão ao princípio da **publicidade**, que visa tornar a futura licitação conhecida dos interessados e dar conhecimento aos licitantes bem como à sociedade em geral, sobre seus atos. Outra função desse princípio é garantir aos cidadãos o acesso à documentação referente à licitação, bem como sua participação em audiências públicas, nas hipóteses previstas no art. 39, da Lei nº 8.666/93.

A proposta mais vantajosa nem sempre é a mais barata. Como dizem alguns, *às vezes o barato sai caro*. A Administração Pública deve saber definir quando, quanto, o que e por que vai comprar, a exemplo da situação onde há opção de compra ou locação. É nessa análise que o princípio da **economicidade** se revela, auxiliando a aplicação dos recursos públicos com zelo e eficiência.

Consoante previsão expressa da Lei 9.841/99, bem como Lei Complementar 123, para empresas de pequeno porte ou microempresas, o Balanço Patrimonial é dispensável.

Ora, o que se espera com o presente Recurso não é a entrega à Administração Pública de um fornecimento sem apresentação da segurança que se espera dos licitantes, mas apenas e tão somente, a correção de um erro material na impressão de um documento, devidamente apresentado no presente ato e que segundo a legislação vigente é dispensável sua apresentação, com fulcro a entregar à Administração Pública a satisfação de seu intento pela obtenção de uma proposta mais vantajosa.

2.7 – DOS DEVERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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 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.**

Necessária manutenção do princípio ora invocado, evitando que qualquer nulidade possa vir a ser suscitada.

2.8 – 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 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 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; 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 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

Tecnocryo Gases – Transporte, Comércio, Serviços e Manutenções e Import. & Export. Ltda.

CNPJ: 05.198.469/0001-09 - Insc. Est: 082.463.03-4

Tel.: 27-3225-6533

tecnocryo@tecnocryo.com.com.br

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. 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.)

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

Tecnocryo Gases – Transporte, Comércio, Serviços e Manutenções e Import. & Export. Ltda.

CNPJ: 05.198.469/0001-09 - Insc. Est: 082.463.03-4

Tel.: 27-3225-6533

tecnocryo@tecnocryo.com.br

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 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 CRETILLA 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, desde já o Recorrente invoca aplicação da legislação vigente com fulcro a resguardar a validade e legalidade dos procedimentos administrativos.

2.9 - DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal, na forma da Lei nº. 9784/99, é tema primordial a ser desenvolvido nos auspícios de nossa contemporaneidade, já que de inequívoca importância à manutenção do Estado Democrático Social de Direito, amparado pelos princípios consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988.

É inegável o valor da ocorrência do devido processo administrativo como meio de tutela de interesses e direitos dos administrados, sobretudo em relação aos atos editados ou adotados pela Administração Pública.

Há tempo reivindica-se uma lei de normas gerais de processo administrativo no Brasil. Assim, diante dessa lacuna legislativa, os agentes públicos, em inúmeras situações, podem proceder conforme interesse próprio, com subjetivismos e/ou arbitrariedades, sendo inegável que no Brasil há favoritismos, desatendendo-se, então, aos princípios inerentes ao cidadão e à própria administração em face do interesse público.

Assim, de plano, deve-se frisar que a importância do processo administrativo é a de ser um meio apto a controlar o *modus operandi* formador da decisão (ato administrativo) da Administração, tornando mais segura a prevenção às arbitrariedades.

Portanto, para haver equilíbrio entre a Administração e os administrados, é necessária a participação do elemento formador das decisões administrativas que irão atingi-los – o processo administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando trata dos processos estatais, ensina que o vocábulo *processo* tem concepção ampla, pois abrange os instrumentos pelos quais se utilizam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a consecução de suas finalidades.

Cada um desses três poderes estatais desempenha funções diferentes, utilizando-se de processo próprio, sempre calcado pela Carta Magna, que estabelece regras de competência e forma, bem como institui órgãos e define suas atribuições, conferindo-lhes prerrogativas e impõe-lhes obrigações.

Isso ocorre com o objetivo de assegurar-se independência e equilíbrio no exercício de suas funções institucionais, além de garantir que tal exercício tenha sempre em mira o respeito aos direitos individuais, assegurados constitucionalmente.

Quanto ao processo administrativo, este poderá ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração, estabelecendo uma relação bilateral, isto é, são partes integrantes da lide o administrado (que deduz uma pretensão) e a Administração.

Explicitando acerca do sentido da expressão *processo administrativo*, este seria o instrumento hábil para efetivar-se a concretização fática das garantias e direitos ou interesses individuais, difusos e coletivos calcados principalmente na Constituição Federal e, em segundo plano hierárquico, nas leis infraconstitucionais.

O processo administrativo vai traduzir uma série de atos, lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o intuito de ensejar a manifestação de vontade da Administração.

O importante é haver, em regra, a incidência do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, principalmente para comportamentos administrativos restritivos de direito ou, quando ampliativos, se houver conflito de interesses entre mais de um administrado.

Com o processo, quer-se atingir determinado objetivo, uma decisão. Esta advinda do resultado de determinado processo administrativo, é ato administrativo final através do qual a possibilidade ou a exigência presentes na lei em abstrato ou nos contratos entabulados passe para o plano da concreção, com exceção dos casos de medida de polícia de caráter cautelar, o que definitivamente afasta-se às inteiras do caso em comento.

Quando a Administração Pública produz uma decisão final, provocada por alguém ou atuando *ex officio*, deverá ter ocorrido certo evento justificador de seu atuar. Daí então, este evento deve ser verificado, analisado e sopesado para vermos as medidas cabíveis diante dele.

Assim, depois de todo um processo administrativo regular, verificar-se-á se referido evento serve ou não como logradouro da edição do ato, para que se saiba o porquê da decisão tomada pelo agente que editou o ato administrativo. E esta decisão será motivada, conforme as razões de fato e de direito apuradas no processo.

Valendo-se das lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se asseverar que o processo administrativo possui dois objetivos: a) resguardar os administrados e; b) concorrer para uma atuação administrativa mais clarividente.

O primeiro significa a possibilidade de o administrado pronunciar-se antes da decisão que irá afetá-lo, garantindo-se sua defesa no processo administrativo desde o primeiro ato propulsivo até o ato final, impedindo-se que os interesses do administrado sejam considerados apenas depois de atingidos, pois possibilita à parte exhibir suas razões antes de ser afetado em seu direito ou interesse, resguardando ao administrado o respaldo.

Ademais, o processo administrativo é útil para complementar a garantia da defesa jurisdicional, porque durante seu trâmite, aspectos discricionários (de conveniência e oportunidade) passíveis de serem levantados pela parte, podem conduzir a Administração Pública a comportamentos diversos do que normalmente tomaria em proveito do bom andamento da coisa pública e de quem os exibiu em seu interesse.

Tais aspectos não poderiam ser objetos de apreciação perante o Poder Judiciário. Este irá tomar com o ato sem poder considerar, senão, a dimensão da legalidade, a fim de anular ou não o ato administrativo.

É negada ao Estado-juiz a apreciação do mérito do ato administrativo editado, excetuando-se os casos de abuso ou desvio de poder, ou ainda quando a Administração utiliza-se de motivos inverídicos para praticar o ato.

O segundo objetivo do processo administrativo seria sua contribuição para uma decisão bem informada, conseqüentemente, mais responsável.

Assim, auxilia na busca da melhor solução para os interesses públicos em causa, porquanto a Administração observa aspectos relevantes colocados pela parte que de outro modo talvez não fossem apreciados.

Logo, pode-se dizer que a finalidade preponderante do processo administrativo é assegurar a produção e eficiência dos comportamentos administrativos, além de elevar ao máximo as garantias do administrado em face de outros administrados e, especialmente, da própria Administração.

Merece incontestável relevo que a Constituição Federal assegura a garantia de liberdade aos particulares, a possibilidade genérica de fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a conveniência subjetiva da pessoa, além de direitos específicos, derivados da liberdade pessoal, em sentido estrito.

Tais garantias são protegidas substantiva e processualmente pelo devido processo legal. Portanto, somente será permitida qualquer restrição da Administração sobre a liberdade do administrado através do devido processo, observando-se todas as demais garantias constitucionais e suas concretizações legais.

Definir liberdade não é competência do agente público administrativo. Este não poderá exercitar determinado ato e/ou não conhecer de recurso dos particulares com fundamento em entendimento pessoal de que a questão não envolve o direito à liberdade. Esta expressão exige vasto conhecimento da causa controversa por parte da Administração e, se for o caso, sua rejeição deverá ser motivada.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma estar consagrado nos incisos LIV e LV, da Carta Magna, a exigência de um processo formal regular, a fim de que sejam acobertadas a liberdade e a propriedade da Administração Pública e do cidadão, havendo necessidade do Poder Público, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, fazer vigorar os princípios do contraditório e da ampla defesa, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas.

Assim, em momento algum, pode a Administração deixar de reconhecer a relevância de princípios que geram ao devido processo legal maior efetividade, como o contraditório, a ampla defesa e a motivação, inerentes a todo tipo de processo administrativo, como meio de defesa dos cidadãos contra arbitrariedades e ingerências da Administração Pública e, de certo modo, beneficiando a própria Administração. Pelo exposto, requer seja resguardado o princípio acima mencionado.

2.10 - DA INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Na Ciência Jurídica, tem-se usado o termo princípios ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ainda para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há se falar que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, de lei, de preceito jurídico, ainda que com

características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito. Assim, por sua própria essência, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição.

Nesta linha de pensamento, se posiciona a constitucionalista Cárme Rocha, ao discorrer sobre a natureza dos princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos, que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade que são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

Aos cinco dias de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Cidadão, a qual traz expressivos avanços às áreas dos direitos sociais e, em especial, das liberdades e garantias individuais.

Observa-se no texto da Carta Maior de 1988, em seu Capítulo I, Título II, intitulado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a clara intenção do legislador constituinte de se evitar os abusos cometidos contra a ordem jurídica à vigência de constituições anteriores.

O artigo 5º consagra, de forma definitiva, os princípios da ampla defesa e do contraditório, em seu inciso LV que, assegura aos litigantes em processos administrativos e judiciais tais garantias e assim se manifesta *in verbis*:

Art. 5º [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Desta forma, na instrução processual, seja administrativa ou judicial, só se admitem meios idôneos, assim, alguém só pode ser considerado culpado, depois de definitivamente julgado.

O dispositivo chave em matéria de processo administrativo é o inciso LV do artigo 5º, o qual reza: "*Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*". Visualizado quanto à Administração, o preceito assegura aos litigantes em processo administrativo e aos acusados no âmbito administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O preceito supra está inserido no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, elevados a dogmas imutáveis da constituição, pela dicção conferida ao artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais.

Tecnocryo Gases – Transporte, Comércio, Serviços e Manutenções e Import. & Export. Ltda.

CNPJ: 05.198.469/0001-09 - Insc. Est: 082.463.03-4

Tel.: 27-3225-6533

tecnocryo@tecnocryo.com.com.br

Conforme se depreende do texto supracitado, o artigo 5º, da Carta da Primavera de 1988, estampa em seu texto primordial as garantias dos litigantes se contradizerem e promoverem a ampla defesa de seus direitos, desde que dentro da legalidade. Contudo, a leitura do citado inciso LV suscita a questão do significado do termo litigantes, na perspectiva do processo administrativo.

Diferentemente do passado, as correntes doutrinárias contemporâneas já trabalham com a idéia de multiplicidade de interesses, de diversidade de pontos de vista, de controvérsias a respeito de direitos no âmbito da atuação administrativa. Daí merece ser acolhida a diretriz aventada por Ada Pellegrini Grinover ao examinar o sentido do termo litigantes na esfera administrativa surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses, isto é, haverá litigantes sempre que houver um conflito de interesses, sempre que houver uma controvérsia

Na esfera administrativa o termo "acusado" designa as pessoas físicas ou jurídicas às quais a Administração atribui determinadas atuações, das quais decorrerão conseqüências punitivas; por exemplo, imposição de sanções decorrentes do poder de polícia.

O princípio do contraditório, em essência, significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem. Fundamentalmente, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, contraditório quer dizer "informação necessária e reação possível". Elemento ínsito à caracterização da processualidade, o contraditório propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos. À garantia do contraditório para si próprio

corresponde o ônus do contraditório, pois o sujeito deve aceitar a atuação no processo de outros sujeitos interessados, com idênticos direitos.

Do princípio do contraditório, centrado na informação necessária para possibilitar a reação, emanam faculdades, direitos, enfim conseqüências que formar o corpo do seu próprio conteúdo. No estudo de Odete Medauar, o contraditório possui uma profunda inter-relação com o princípio da ampla defesa, alguns desdobramentos vêm inseridos pela doutrina e jurisprudência também no rol dos elementos configuradores deste último, assim, serão arrolados a seguir os desdobramentos mais diretos do princípio do contraditório.

a) Informação geral – significa o direito, atribuído aos sujeitos e à própria Administração, de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo e de todos os demais documentos, provas e dados que vierem à luz no curso do processo. Daí resultam exigências impostas à administração no tocante à comunicação, aos sujeitos, de elementos do processo em todos os seus momentos. Vincula-se, também, informação ampla, o direito de acesso a documentos que a Administração detém ou a documentos juntados por sujeitos contrapostos. No ordenamento pátrio, o princípio da publicidade, consagrado constitucionalmente, irradia-se de forma acentuada nas atuações administrativas processualizadas.

b) Ouvida dos sujeitos ou audiência das partes – esse aspecto mescla-se com facilidade aos desdobramentos da ampla defesa. Consiste, em essência, na possibilidade de manifestar o próprio ponto de vista sobre fatos, documentos, interpretações e argumentos apresentados pela Administração. Aí se incluem o direito paritário de propor provas, o direito de vê-las realizadas e apreciadas e o direito a um prazo suficiente para o preparo de observações a serem contrapostas.

c) 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 influi 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.

Em suma, depreende-se que o direito de defesa significa, em essência, "o direito à adequada resistência às pretensões adversárias". Tem o sentido de busca de preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem.

A Constituição Federal de 1988 alude a ampla defesa, refletindo a evolução que reforça o princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância.

Entendimento coadunado pela uníssona doutrina condensa-se no seguinte julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal, entendido em contrario senso, in verbis:

RMS 24536 / DF – DISTRITO
FEDERAL
RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA
Relator(a): Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 02/12/2003
Órgão Julgador: 2ª Turma

Publicação: DJ DATA-05-03-2004 PP-00033

EMENT VOL-02142-04 PP-00688

EMENTA: Recurso em Mandado de Segurança. 2. Anulação de processo administrativo disciplinar e reintegração ao serviço público. Alteração da capitulação legal. Cerceamento de defesa. 3. Dimensão do direito de defesa. Ampliação com a Constituição de 1988. 4. Assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Direito constitucional comparado. 5. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STF NO SENTIDO DE QUE O INDICIADO DEFENDE-SE DOS FATOS DESCRITOS NA PEÇA ACUSATÓRIA E NÃO DE SUA CAPITULAÇÃO LEGAL. Jurisprudência. 6. Princípios do contraditório e da ampla defesa observados na espécie. Ausência de mácula no processo administrativo disciplinar. 7. Recurso a que se nega provimento. (g.n.)

Portanto, necessária manutenção do princípio invocado, visando qualquer tipo de dano ao Recorrente ou à Administração Pública.

3- DOS REQUERIMENTOS E DOS PEDIDOS

Assim, diante o exposto, requer o recebimento do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, sendo acolhidas as manifestações constantes, fundamentos apresentados, julgando pela inabilitação/desclassificação da empresa Recorrida.

Requer obediência aos princípios constitucionais apresentados, bem como consulta à ANVISA quanto às manifestações trazidas aos autos, na remota hipótese de dúvida quanto aos documentos apresentados.

Por fim, em resumo, requer a concessão do efeito suspensivo, enquanto é realizada apuração e análise dos fundamentos apresentados.

Termos em que, pede deferimento.

Viana/ES, 27 de setembro de 2021

**TECNOCRYO GASES- TRANSPORTES, COMERCIO, SERVIÇOS E
MANUTENÇÕES E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**