



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
ASSIS/SP

PROCESSO LICITATÓRIO 001-1/2011
PREGÃO 001/2011

Recebi em 09/05/2011
Marcelo Dalbem
MARCELO DALBEM
PREGOEIRO OFICIAL - OMA 16h 50 min

MARIA ISABEL ANTUNES DIAS
COMUNICAÇÕES LTDA., já qualificada nos autos do **PROCEDIMENTO**
LICITATÓRIO EM FASE DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES que lhe
move **A CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS**, vem apresentar sua **DEFESA**
PRÉVIA nos seguintes termos:

1. Do resumo dos fatos

Aberto procedimento licitatório para contratação de empresa de radiodifusão, a peticionária apresentou proposta e foi vencedora através de homologação da comissão licitante.

Mediante revogação posterior, a presidência desta Casa deu por anulada a proposta da peticionária, contratando a segunda colocada. E, agora, por ato arbitrário e ilegal, comina-lhe sanção de impedimento para licitar e contratar com a Administração Pública Municipal. E, para tanto, pauta-se na tese de que houve simulação de contrato de interposta pessoa da Rádio Antena Jovem Ltda.

2. Dos fundamentos jurídicos

A sanção é tão arbitrária que soa ridícula!

Digna dos tempos ditatoriais, a despótica decisão é de uma singularidade jurídica própria do afã de perseguição política. Não fosse esse o móvel, dificilmente se esforçariam numa engenharia jurídica grotesca.

No entanto, a peticionária dispensa a discussão rasteira e escarneçada perpetrada por aqueles que mantêm o intento incivil de levar à frente de questões públicas os interesses pessoais menores. Passa-se, deste modo, à temática técnica.



2.1 Constituição jurídica da peticionária

Todo o ardil perpetrado pelo órgão punitivo leva em conta a tese jurídica de que a peticionária pretendia fraudar a licitação, mediante assumida interposição de pessoa.

Ora, mas a abertura de novas pessoas jurídicas e conseqüentemente de novas empresas está assegurada constitucionalmente.

Com efeito, a livre concorrência é imperativo constitucional da ordem econômica. Neste diapasão o art. 170, da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

IV - livre concorrência;

Nota-se deste texto constitucional que a livre iniciativa é a regra da ordem econômica nacional. E a decisão da administração fere de morte essa iniciativa, ao dar à criação de uma nova empresa um *status* de intento fraudatório.



Outrossim, nos dizeres de Roberta Alessandra Pantoni¹, "a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se aperfeiçoam as condições de competitividade das empresas, forçando-as ao constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado."

A livre concorrência é tão importante no cenário nacional que editou-se a Lei 8884/94, que visa, basicamente, "a prevenção e a repressão e às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico." E no seu art. 20, determina:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

¹ Livre iniciativa e livre concorrência na obra "A riqueza das nações" de Adam Smith, http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807



I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

E o Poder Legislativo Municipal tenta impedir a criação de novas empresas ao argumento de que são simuladas. E pior, tentam embaraçar que sobrevivam economicamente ao impedi-las de contratar com o Poder Público Municipal.

E não se perca de vista o disposto na Súmula 646, do STF, que decidiu: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área."

Deste modo, qualquer disposição legislativa ou estatutária que fira a livre concorrência é flagrantemente inconstitucional.

Em razão do exposto, tem-se que considerar uma nova empresa algo ilícito é ir na contramão da regra constitucional.

2.2. Criação regular da petionária

A Maria Isabel Antunes Dias Comunicações – ME é empresa regularmente constituída. Teve sua inscrição no registro público (Junta Comercial) e autorização pública para funcionamento.



Logo, o que há de irregular na sua constituição?

O fato de uma pessoa natural participar como empregada de uma empresa não a impede de ser acionista, cotista ou associada de uma outra pessoa jurídica.

Negar esse fato é cegar-se ante à realidade, talvez com interesses inconfessáveis.

Sim, a Sra. Maria Isabel, única sócia da peticionária, é funcionária e participa da Rádio Antena Jovem. É, inclusive como dito, filha do proprietário da Rádio Antena Jovem. Mas, pergunta-se em alto e bom som: E DAÍ?!?!

Ponderemos: o Presidente da Câmara é advogado. Se tivesse uma sociedade de advogados, não poderia desempenhar outras funções empresariais e utilizar a estrutura de seu próprio escritório, criando novas empresas?

Ora, não sejamos hipócritas, demagogos...

O que há de errado na atividade empresarial da peticionária? Está regularmente constituída; possui sócio ostensivo; não oculta sua atividade empresarial, posto que seu CNAE é público; tem sede fixa; renda própria... O seu ato constitutivo atende perfeitamente o disposto no artigo 46, do Código Civil.



Cabe mencionar adicionalmente que a Maria Isabel Antunes Dias Comunicações Ltda. não foi criada apenas para participação na esdrúxula licitação da Câmara Municipal e Assis. Ela tem propósito comercial específico, e o desempenha. Veja-se, neste sentido, a documentação que ora se anexa. Dela se deduz que a petionária tem várias outras atividades econômicas.

Por outro lado, nada tem de inidôneo a constituição de uma empresa com intento comercial, inclusive a participação em licitação.

2.3. Da pena sem ampla defesa e contraditório

Determina a CF, no seu art. 5º., LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Deste modo, qualquer imposição de punição somente pode ocorrer após o devido procedimento legal, assegurando-se aos “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;” (CF, art. 5º., LV).

Destarte, os atos procedimentais devem seguir uma sucessão sacramental. Primeiro acusa-se; após, ouve-se a defesa; e, finalmente, pune-se.



No entanto, o caso dos autos revela uma odiosa inversão dos atos procedimentais. Com efeito, a punição já foi instituída: "proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 02 (dois) anos". No entanto, inobservaram regra básica de dar oportunidade de prévia e ampla defesa, assegurando-se o contraditório da acusação.

A Súmula Vinculante 03, do STF, é clarividente:

Súmula vinculante nº 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão

Quando houver possibilidade de imposição de pena, primeiro ouve-se; depois pune-se. A propósito, leiam Ricardo Maurício Freire Soares, Doutorando e Mestre em Direito e um dos grandes nomes modernos do Direito Administrativo²:

² A Cláusula Principlológica do Devido Processo Legal, in *CD-Magister*



As partes devem ser postas em condição de expor ao juiz as suas razões antes da prolação da decisão judicial. Os pólos processuais devem poder desenvolver seus argumentos de modo pleno e sem limitações arbitrárias. Dinamizada a parcialidade das partes do processo, uma apresentando a tese e a outra oferecendo a antítese, o magistrado profere a sua decisão, cristalizando a síntese de uma bipolaridade dialética que envolve as interações dos sujeitos processuais.

Caros julgadores administrativos, primeiro o órgão julgador ouve, depois pune. E a inversão dos atos procedimentais leva inegavelmente à nulidade de todo o procedimento. Neste sentido:

A indevida condução do procedimento pelo julgador causando inversão tumultuária dos atos e fórmulas do processo civil, autoriza a anulação dos atos praticados em homenagem aos princípios da economia processual, da celeridade e do devido processo legal. (Precedentes do C. STJ). 4) Recurso provido. (TJ-ES; AC 48040110149;



**Segunda Câmara Cível; Rel. Des. José
Paulo Calmon Nogueira da Gama; DJES
06/12/2010; Pág. 31) CPC, art. 942**

Numa análise a *símile*, o art. 87, da Lei 8666/03, dispõe que a imposição de penalidades dar-se-á após “garantida a prévia defesa”.

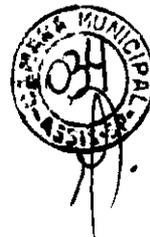
Peremptório é o parágrafo terceiro deste mesmo artigo, para o qual as atribuições da penalidade de inidoneidade é de “competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

E no caso sob debate a sanção já foi aplicada e por autoridade absolutamente incompetente para o ato. E, pior, restringiram o direito de defesa da peticionária, haja vista que se lhe concederam apenas 05 (cinco) dias para resposta.

Portanto, a decisão é nula posto que não observou o devido procedimento administrativo

2.4. Dos limites da pena

Determina o art. 7º., da 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.

No entanto, vejamos os verbos previstos no tipo em questão:

- a) Não celebrar o contrato: a petionária somente não o fez pela decisão única da Presidência da casa em deixar de contratá-la por R\$ 1,00, para pagar muito mais a um segundo colocado;



- b) "deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida": a documentação apresentada pela petionária é legal e devidamente inscrita nos registros públicos pertinentes;
- c) "não manter a proposta, falhar ou fraudar a execução do contrato": a petionária manteve a proposta muito mais vantajosa à administração. E não há que se falar em falha ou fraude na execução do contrato posto que ele não foi assinado;
- d) "comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal": a autora apresentou toda sua documentação; ela está irregular; sua proposta é séria e crível; pretendia apenas ajudar a administração concedendo-lhe proposta amplamente vantajosa; não deixou de recolher nenhum tributo pertinente; está absolutamente quites com as regras tributárias. Por conseguinte, onde está a aludida inidoneidade?

Ora, se não há motivo, não há punição!

Inicialmente, vê-se que não há motivo para pena. No entanto, ainda que houvesse, a pena não pode ultrapassar os limites da competência (ou atribuição administrativa) do órgão julgador.

Ora, a Câmara dos Vereadores não pode determinar que a petionária seja impedida de contratar com todo o município. Sim pois suas atribuições dizem respeito apenas e tão-somente à casa que pertence, qual seja, a Câmara dos Vereadores.

Neste passo, a ato punitivo é nulo em face da absoluta falta de competência de seu órgão punitivo.



Por outro motivo a punição é nula.

2.5. Teoria dos motivos determinantes – ato administrativo vinculado

É sabido e consabido: “A administração vincula-se aos motivos que determinaram o ato impugnado (teoria dos motivos determinantes)³.”

Desta forma, uma vez que haja a motivação do ato administrativo, a Administração vincula-se direta e intrinsecamente a esta motivação.

Ao versar sobre a teoria dos motivos determinantes, Hely Lopes Meirelles explica: Quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado (in direito administrativo brasileiro, 27ª edição, p. 194).

Ocorre, neste sentido, que a punição aplicada à petionária pauta-se no art. 7º., da Lei 10.520/2002, aduzindo que o comportamento da petionária foi inidôneo.

³ STJ; MS 11.741; Proc. 2006/0081455-9; DF; Primeira Seção; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 08/09/2010; DJE 29/09/2010)



No entanto, somente discorreu no desiderato de demonstrar que a sócia da peticionária é funcionária e filha do proprietário da Rádio Antena Jovem. Mas, isso, *de per si*, não é fato inidôneo.

Não se perca de vista o disposto no art. 3º,
da Lei 8666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

A proposta da peticionária era, em muito, a melhor para a Câmara Municipal de Assis.



Como alguém pode ser inidôneo se pretende trabalhar para o setor público mediante contraprestação muito mais acessível ao Poder Público?

Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92), são atos inidôneos a ímprobos: a) Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito; b) Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário; c) Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

No entanto, a proposta da peticionária não visava enriquecimento ilícito, posto que sua proposta era a melhor e a mais acessível economicamente;

Não causavam prejuízo algum ao erário.
Muito pelo contrário!

E não feriu nenhum princípio da administração pública. A proposta e sua participação eram e são legais; a proposta foi séria e bem intencionada. Neste diapasão, não se mostra em nenhum momento ímproba e, portanto, não é inidônea.

2.6. Ferimento ao princípio da legalidade

Segundo a CF, art. 5º., II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"



O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

O princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar. Tal idéia toma como alicerce a célebre lição do jurista Seabra Fagundes, sintetizada na seguinte frase: "administrar é aplicar a Lei de ofício".

Por conseguinte, não se permitem interpretações amplas do texto legal com o intuito de limitar o direito do administrado.

As interpretações administrativas devem ser limitativas, restritivas. E no caso dos autos a autoridade punitiva amplia o conceito de inidoneidade tão-somente com propósitos persecutórios odiosos.

Por isso também é nula a punição.

A doutrina italiana (Renato Alessi) apresenta a divisão do interesse público entre primário e secundário. O



interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, "o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público". Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena da Administração Pública "trair sua missão própria razão de existir".

No caso *sub testilha*, o interesse público primário não está ferido. Sequer tocado. Deste modo, é fantasiosa a tese do órgão punitivo e não encontra amparo legal ou mesmo principiológico.

2.7. Inexistência de razoabilidade e proporcionalidade para a punição.

Demais de todo o exposto, a administração pública está adstrita aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na suas atuações. Neste diapasão determina o art. 2º., da Lei 9784/99:

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.



A razoabilidade e a proporcionalidade compõe o denominado *substantive process of law*. Por conseqüência, não vigora mais a idéia da discricionariedade clássica, na qual a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial. Logo, admite-se perfeitamente a análise de mérito do ato administrativo para verificar-se a ocorrência ou ferimento destes princípios. Conforme Mauro Roberto Gomes de Mattos:

... se a lei quer que o administrador tome a solução melhor para o fim de satisfazer a sua finalidade, vale dizer, a finalidade inscrita na lei, tem-se uma obrigação jurídica, por isso mesmo sujeita ao controle judicial. A doutrina é, na verdade, inovadora, inovadora e benfazeja. Ela altera conceitos, deixa longe o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador, na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial. Ora, diante de uma tal doutrina, o juiz passa a ter uma atuação política - não custa esclarecer, novamente, que quando falo em política, refiro-me à política em seu exato sentido, no seu sentido grego, não, evidentemente, à política partidária, que esse tipo de política nós, juízes, não praticamos e a queremos distante dos Tribunais - atuação política que confere preeminência à função jurisdicional. Essa doutrina de Direito Administrativo toma corpo, é objeto de considerações dos publicistas, constitui a tônica do moderno Direito Público (Sérgio Ferraz, "Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo", em "Perspectivas do Direito



Público", Del-Rey Ed., 1995, págs. 291 e segs.)."

O *substantial due process* é, pois, uma limitação substantiva geral ao poder de polícia do estado - lei, ou decreto, ou ato administrativo, que imponha qualquer limitação no direito à propriedade privada, liberdade contratual e demais direitos.

E no caso em tela não é razoável e tampouco proporcional a aplicação da punição. A propósito, veja-se:

MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – PREJUÍZO À VIDA, À PROPRIEDADE OU À LIBERDADE DO CIDADÃO – CONTROLE JUDICIAL – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO – 2) APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA, EM REGRA, DE DIREITO ADQUIRIDO – CASO CONCRETO – PECULIARIDADE – EDITAL – NÚMERO DE VAGAS – CANDIDATO CLASSIFICADO – DIREITO ADQUIRIDO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO IMPROVIDO – REMESSA PREJUDICADA – 1) Até mesmo o mérito do ato administrativo, mormente quando atinja a vida, a propriedade ou a liberdade do cidadão, pode vir a ser controlado pelo poder judiciário com esteio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme defindido pela teoria norte-americana do devido processo legal substantivo. 2) Conquanto a aprovação em concurso público não gere, a priori, direito



adquirido de nomeação ao candidato, nos casos em que a administração publicar o edital contendo um número determinado de vagas a serem preenchidas, aí sim haverá direito adquirido à nomeação para o candidato que houver sido classificado dentro dos números de vagas disponibilizadas. Recurso improvido. Remessa prejudicada. (TJES – REO 029050004844 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Rômulo Taddei – J. 25.07.2006)

No entanto, o agente que puniu jamais logrou demonstrar qualquer dano que decorreu de atos da peticionária.

É sabido sobre a autotutela da administração pública, que é o poder de criar obrigações, revogar contratos administrativos, tudo ao seu alvedrio.

Mas estas prerrogativas, como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, não devem ser vistas como um poder da administração. Mas num dever-poder, pois as atitudes da administração devem ser pautadas no interesse público; no interesse da coletividade.

2.8. Impedimento para punição

A punição foi arbitrada pelo Presidente da Câmara Municipal de Assis, Sr. Ricardo Pinheiro. Porém, este está impedido de atuar em procedimento administrativo contra a peticionária, posto que ambos litigam judicialmente sobre outras questões. E, nos



termos da Lei 9784/99, art. 18, III, está impedido de participar de processo administrativo “quem esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.”

Por outro lado, houve a declaração de inidoneidade da peticionária. No entanto, a teor do disposto no art. 87, § 3º, da Lei 8666/93, que prevê a punição pela famigerada inidoneidade, determina que é “de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”

Logo, a Câmara e, principalmente, seu presidente, não tem atribuição/competência para esta imposição

Destarte, a punição é nula de pleno direito.

2.9. Danos morais

Caso a Câmara Municipal mantenha-se no repugnável propósito de punir a peticionária por motivos eminentemente políticos, inegavelmente a questão será levada às vias judiciais.

E se houver a publicação da medida punitiva nos órgãos oficiais, dar-se-á publicidade a um fato absolutamente ilegal, abusivo e nulo de pleno direito.



Isso acarretará inegável abalo de crédito e respeitabilidade da peticionária no meio social. Eis, pois o famigerado dano moral, que redundará em inexorável ação de indenização contra todos aqueles que incorreram no ilícito.

Cabe mencionar, ademais, que atos de imparcialidade e perseguição política sujeitam o próprio agente às penalidades civis. E, no caso em tela, há inegável usurpação de função pública, aplicando penalidade que não diz respeito ao órgão julgador, em clara ofensa ao art. 328, do Código Penal.

E, neste caso, haja vista o litígio judicial entre o Presidente da Câmara e responsável pela punição, deveria o Presidente abster-se de atuar, nos termos do art. 19, da Lei 9784/99. Por extensão, o parágrafo único deste artigo impõe:

Art. 19...

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Em razão desta falta grave perpetrada pelo Presidente da Câmara, em sendo mantida a nula e abusiva punição haverá sua responsabilização civil e criminal pessoal.



3. Dos Pedidos

Em face de todo o exposto, é a presente para requerer a nulidade da punição de proibição de contratação com o Poder Público Municipal, por ser medida de JUSTIÇA

Nestes termos.

Pede deferimento

Assis, 10 de maio de 2011

'MARIA ISABEL ANTUNES DIAS COMUNICAÇÕES - ME

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

OAB/SP 140.375