

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE GOVERNANÇA E COMPLIANCE DE ARMAÇÃO DOS BÚZIOS - RJ

Pregão Presencial n.º 58/2023

Processo n.º 4303/2023

LOTE 1

FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA vem, nos autos do Processo em referência, relativo ao Pregão Presencial nº 58/2023, apresentar suas **Razões de Recurso**, contra a decisão que declarou no Lote 1, *permissa venia*, absolutamente de forma ilegal, desclassificada a Recorrente FRACTAL e vencedora a empresa **MBI SERVIÇOS MÉDICOS LTDA**, pelas robustas e irrefutáveis razões que seguem.

ESCLARECIMENTO INICIAL NECESSÁRIO

1-. Antes de adentrar ao mérito do recurso faz-se importante destacar, até para delimitação do tema, que a decisão do Ilustre Pregoeiro violou todos os critérios exigíveis na análise e julgamento das propostas, isto porque, de maneira inédita, intencionalmente decidiu não seguir os critérios objetivos previamente fixados em Lei e no instrumento convocatório, ferindo por via reflexa o art. 41 da Lei 8.666/93 e o princípio do julgamento objetivo e, ao mesmo tempo, até no seu limitado espaço discricionário, optou por decidir e justificar por instrumentos e argumentos absolutamente falsos e inválidos.

2-. A matéria cinge-se a reconhecimento ou não de inexecutabilidade ou inexequibilidade de propostas. Só existem duas formas de apurá-las, objetivamente conforme o inciso II do art. 48 da Lei 8.666/93 e o item 13.6.8-1 do instrumento convocatório e, na hipótese deste ser mitigado (quando e somente quanto nenhuma proposta os atenda), o estrito e limitado espaço discricionário previsto no item 13.6.8-2 do edital que pressupõe justificativas válidas e verdadeiras e, quando possíveis, calcadas no instrumento convocatórios.

3- O Pregoeiro inexplicavelmente não fez uma coisa, nem outra.

4- Dito isso, a fim de economia processual e enfreteamento direito da ilegalidade perpetrada pelo Pregoeiro ao desclassificar a proposta da Recorrente FRACTAL e, do mesmo modo, aceitar a proposta da vencedora, deixa de fazer o costumeiro resumo dos fatos, uma vez que já de amplo conhecimento da Administração.

DA ILEGALIDADE DA DECISÃO EM TODOS OS ASPECTOS

5- Em que pese não ser necessários discorrer sobre os fatos, é relevante apenas anotar e relembrar que o preço estimado pela Administração Pública para o Lote 1 era de R\$ 8.765.917,85.

6- Como dito brevemente, o Pregoeiro em seus próprios critérios criados, **dissociados da Lei e do edital, cometeu a ilicitude aqui apontada e feriu direito líquido e certo da Recorrente FRACTAL.**

7- Sabe-se que o julgamento da proposta e da habilitação obrigatoriamente devem seguir o critério objetivo fixado no instrumento convocatório e na Lei. É isso que se extrai dos princípios fixados no art. 3º e no que determina o art. 41, ambos da Lei 8.666/63.

8- Outrossim, sabe-se que no que tange ao julgamento e verificação de aceitabilidade e exequibilidade das propostas, na hipótese de nenhuma proposta atender aos critérios fixados no inciso II ou no §º do art. 48 da Lei 8.666/93 há um certo grau de discricionariedade, a fim de dar espaço e certo grau de subjetividade as comprovações inerentes a execução, ao preço e a eventuais riscos, mas sempre com olhar nos objetivos e critérios do edital, de forma a controlar essa subjetividade.

9- Por conseguinte, sabe-se também que na eventual decisão com algum esteio discricionário, tal ato deve ser justificado e essa justificativa de ser válida e verdadeira, do contrário também é ato nulo.

10- Esse é, inclusive, ao argumento da **“Teoria dos Motivos Determinantes”**, merecendo destaque a lição de **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**.

“Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato. Acertada, pois, a lição segundo a qual “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”.

(Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 104)

11- No mesmo sentido, exorta **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**: **“...quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros...”** (Direito Administrativo. 21 ed.. Atlas, 2008. p. 207).

12- De ver-se que o ato aqui impugnado sobre a exequibilidade ignorou por completo o **CRITÉRIO OBJETIVO** e, quando e se, permitido a **EXCEPCIONAL** análise **DISCRICIONÁRIA**, ofertou na justificativa, motivos falsos e não lastreados por elementos aferíveis e identificáveis.

13- Conquanto tenha ofertado uma justificativa ela não guarda respaldo no edital, viola o princípio da isonomia e do julgamento objetivo e é falsa.

14- Expliquemos ponto a ponto.

DO CRITÉRIO OBJETIVO SATISFEITO PELA RECORRENTE FRACTAL

DA DICÇÃO DO ITEM 13.8.6.-1.A

DA DICÇÃO DO §1º DO ART. 48 DA LEI 8.666/93

VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA RECORRENTE

15- Embora pareça que alguns dos argumentos a seguir depõem contra o direito da Recorrente FRACTAL, não o fazem porque demonstram na verdade que a decisão ilegal tomada se deu ignorando todo e qualquer critério, seja objetivo, discricionário ou válido.

16- Logo, sem critério, não há como admitir válida a decisão que afastou a proposta da Recorrente FRACTAL, tampouco referendar a decisão que declarou a Recorrida vencedora.

17- Já de início o Pregoeiro fixou que o valor referência para a declaração “objetiva” de inexequibilidade seria o equivalente a 50% do valor estimado.

18- Eis, então, o primeiro vício e o ilegal abandono dos critérios fixados no edital, o que já denota o descuido e discricionariedade de atos, até aquele momento indiscutivelmente vinculados. Isto porque o edital é claro em estabelecer no **item 13.6.8.1** que são inexequíveis os valores inferiores a 70% e não os 50% escolhidos pelo Pregoeiro a seu *bel-prazer*.

19- No entanto, impõe-se ser observado que esse 70% possuem critérios de aferição e estes estão nos **itens 13.6.8.1-a e 13.6.8.1-b**, que nada mais são do que a transcrição exata do **§1º do art. 48 da Lei 8.666/93**, de onde se extrai que o valor de referência para exequibilidade é 70% do valor estimado (alínea “b”) ou da média das propostas superiores a 50% do estimado (alínea “a”).

20- Em momento algum a Lei ou o edital fixaram o critério adotado pelo Pregoeiro.

21- Desta feita, o valor de referência OBJETIVA para verificação da inexequibilidade na forma dos dispositivos acima indicados seria:

a) 70% da média aritmética das propostas superiores a 50% do valor estimado, logo:

a1) 50% de R\$ 8.765,917,85 = R\$ 4.382.958,50

a2) Propostas 50% superiores:

MBI – R\$ 4.480.775,00

JMF – R\$ 4.480.776,00

LIDER –R\$ 4.480.776,87

Média R\$ 4.480.775,95 (um dos valores de referência)

70% do resultado desta média = **R\$ 3.136.543,16**

b) 70% do Valor estimado, logo:

R\$ 6.136.142,49

22-. Considerando, portanto, os critérios admitidos por Lei e pelo edital para aferição de exequibilidade, a alínea “b” já seria descartada por ser maior e **se aplicaria a alínea “a”, qual seja, o valor de referência objetiva, conforme edital (13.6.8.1) e a Lei (§1º do art. 48 da Lei 8.666/93), para aferição da inexecutabilidade da proposta é o equivalente a 70% da média das propostas superiores a 50% do valor estimado.**

23-. Estabelecido de maneira irrefutável e absolutamente legítimo esse valor em R\$ 3.136.543,16, **vê-se que a proposta da Recorrente FRACTAL no valor de R\$ 4.250.000,00 é objetivamente exequível na exata forma do §1º do art. 48 da Lei 8.666/93 e, acima de tudo, do item 13.6.8.1-a do instrumento convocatório.**

24-. Estando OBJETIVAMENTE dentro dos limites exigidos pelo edital, não se pode falar em desclassificação ou inexecutabilidade. Na verdade, sequer poderia se falar em necessária comprovação como foi feita e que somente ratificou a exequibilidade.

25- Se o resultado lógico e matemático obtido com exclusivo esteio na Lei, no edital e em seu valor estimado possam ter assustado o Pregoeiro, se trata de eventual e possível erro de estimativa, por defeito na fase interna do certame conduzido pela Administração Municipal, no entanto, não pode ser alteado o critério de julgamento no curso do certame para sustentar uma inexistente inexecuibilidade da proposta da Recorrente FRACTAL quando ela integral e de maneira absoluta atendeu o critério objetivo fixado na Lei e no instrumento convocatório.

26- Com efeito, sabe-se que o art. 48, II da Lei n.º 8.666/93 dispõe que somente a proposta “manifestamente inexecuível” deverá ser desclassificada, exigindo, no entanto, ser necessário que seja “manifesta” e essa definição se extrai no §1º do art. 48.

27- Logo, se atendido os critérios fixados no **§1º do art. 48** e no **item 13.6.8-1a** do edital, não há manifesta inexecuibilidade e via de consequência não poderia se desclassificada.

28- Nesse sentido, observe-se a sempre bem lançada doutrina do Eminentíssimo Desembargador **JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR**, tirada do processo administrativo TJRJ n.º 12.870/99, no ponto em que conclui, *verbis*:

“A Lei n.º 8.666/93, ao indicar o preço inexecuível como causa de desclassificação de proposta, qualifica-o de “manifestamente inexecuível” (art. 48, II e §1º, com redação da Lei n.º 9.648/98). Significa que somente o preço que se demonstrar “manifestamente” inexecuível conduz à desclassificação. O advérbio aponta a necessidade da prova inequívoca, que convença a Administração de que o proponente está a cotar preço insuficiente sequer para cobrir os custos da execução... É indispensável comprovar-se que o menor preço cotado é impraticável, caso contrário haverá de prevalecer.” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 507)

29- Mesmo que assim não fosse, uma vez que inexistente inexecutabilidade da proposta, apontando ainda uma doutrina mais radical do Professor **MARÇAL JUSTEN FILHO**, declara que a questão do preço inexecutável é do particular, que, não conseguindo executar o contrato com o preço ofertado deve ser punido exemplarmente. Vejamos:

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexecutabilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexecutável é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através de punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso econômico ...

A licitação destina-se – especialmente no caso do pregão – a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido desclassificar proposta sob o fundamento de ser muito reduzida. Ao ver do autor, a inexecutabilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado.” (Pregão - comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4 ed. Dialética, 2005. p 132)

30- E, por isso, impõe-se novamente defender aqui que o ato, a decisão violou direito líquido e certo da Recorrente FRACTAL em ser observado a Lei e o edital, bem como o art. 4º da Lei 8.666/93, pois o Pregoeiro voluntariamente não deu vigência aos itens 13.6.8.1-a e ao §1º do art. 48 da Lei 8.666/93, chamando-o a responsabilidade.

31- Responsabilidade esta agravada **pela prática de ato ilegal e ao optar por desconsiderar critério objetivo de julgamento para contratar proposta superior, mais elevada, a comprometer o erário e a consecução do interesse público, violando de maneira direta e injustificável o princípio da economicidade.**

32- Nesse passo, no exercício do poder de autotutela, impõe-se a reconsideração da decisão ou sua reforma pela Autoridade Superior para classificar a proposta da Recorrente FRACTAL, admitindo-a exequível porque objetivamente atendeu aos limites impostos de aferição previstos no item 13.6.8.1-a do edital e do §1º do art. 48 da Lei 8.666/93, sob pena de nulidade defensável pela via judicial.

DA JUSTIFICATIVA FALSA E INCOMPROVADA PARA O ATO DISCRICIONÁRIO
DA VIOLAÇÃO DA ECONOMICIDADE
DA AUSENCIA DE VALORES UNITÁRIOS NO EDITAL
DA CONTRAPOSIÇÃO A JUSTIFICATIVA DO ITEM 2.7 DO TR

33- Ainda que, por um absurdo, se admita poder afastar a aplicação cogente do item 13.6.8-1.a e da alínea “a” do §1º do art. 48 da Lei 8.666/93, a justificativa exposta para não admissão da proposta da Recorrente FRACTAL não guarda respaldo no edital, tampouco foi comprovadas de maneira fática os motivos expostos.

34- De início, considerando que o enfretamento desta tese pressupõe que o Pregoeiro, de fato e de direito irá ignorar o critério objetivo fixado no edital para aferição de inexecuibilidade, impõe-se verificar alguns pontos.

35- O **primeiro** é que a proposta tida como vencedora é apenas R\$ 230.775,00 superior a ofertada pela Recorrente FRACTAL, o que corresponde a somente a menos de 5% de diferença.

36- Isso, sozinho, impõe considerar que se uma é exequível, a outra também o é!

37- Não bastasse isso, em um **segundo momento** vê-se que sem válida justificativa alguma está optando por contratar preço superior, **a ofender a economicidade, o interesse público, gerando prejuízo ao erário**, seja pelo abalroamento do critério objetivo, seja por decisão discricionária injustificada.

38- E neste **terceiro momento**, verifica-se o porquê a decisão é injustificada e desprovida de suporte fático. Assim justificou a decisão pela desclassificação:

Quanto a Empresa Fractal, a decisão de não prosseguir com a proposta em questão está alinhada aos princípios da Administração Pública e aos dispositivos legais pertinentes às contratações públicas. Permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais que se façam necessários e abertos à recepção de novas propostas que atendam às exigências e critérios estabelecidos em edital.

Em face da análise recente das condições atuais e das necessidades específicas do nosso projeto, foi identificada uma demanda premente por laudos neurológicos detalhados, demanda esta majoritariamente advinda das mães das crianças atendidas. A exigência por um especialista qualificado, detentor de um título em neuropediatria, tornou-se evidente para atender a esta necessidade de forma adequada.

Entretanto, a proposta de remuneração atualmente em vigor para tal especialista encontra-se substancialmente abaixo dos padrões de mercado para profissionais com as qualificações requeridas na nossa região. Esta discrepância resultou na colaboração com um profissional que, apesar de seu comprometimento e competência, não possui o Registro de Qualificação de Especialidade (RQE), comprometendo a plena realização dos objetivos do nosso projeto.

39- A justificativa, com o perdão da expressão, é tão esdrúxula que sozinha ela comporta e demonstra sua própria ilegalidade.

40- Importante então lembrar que o edital no item 1.1 estabeleceu que o critério de julgamento é pelo valor global por lote, e não unitário!

41- De feita, o preço e a proposta ofertada deve ser ater ao valor global. Diferentemente, como se observa na justificativa, o Pregoeiro adotou um critério não fixado no edital, não estimado no edital, relativo a uma espécie de valor hora mínimo, a ser aceitável para uma especialidade, a neuropediatria.

42- Ora, além deste não ser o critério de julgamento do edital, o termo de referência não exigiu, não indicou ou mesmo advertiu sobre valores mínimo aceitáveis para hora do médico.

43- Isso remete a primeira observação. Admitindo que a proposta da Recorrente é apenas R\$ 230.000,00 inferior da dita vencedora (por dedução lógica – exequível), esta dividida por 12 meses impõe-se o pequeno valor de R\$ 19.166,66, valor impossível, por qualquer justificativa, apto a ser dito como inexecuível, menos ainda a justificar onerar o erário de maneira ilegal e desnecessária.

44- Mas é isso que fez o Pregoeiro, contrário a todas as regras do edital e legítimas expectativas da sociedade, violando não só o direito individual da Licitante FRACTAL, como o direito coletivo.

45- Não é só. A alegação do Pregoeiro de que o valor unitário da hora do neuropediatra não está de acordo, mesmo sem dizer ou informar qual seria esse mínimo aceitável, já que, repita-se, o edital não fixou, advém de uma suposta “experiência” anterior, de outro contrato, em que alega que, por valor lá (seja ele qual for) não ser substancial, não atrai neuropediatras, o que importou na contratação de pessoal sem essa especialidade.

46- Ora, o eventual descumprimento de um outro contrato não pode permear o julgamento objetivo ou até o discricionário da proposta nesta licitação. Não. O que se tem à vista é que o contratado, naquele outro, aparentemente não o está cumprindo na integralidade, não ofertando médico com a especialidade e formação desejada e imposta naquela avenca.

47- Esquece-se o Pregoeiro que o prejuízo deve ser imposto não ao erário (valor) ou a sociedade (deficiência de atendimento), mas sim aquele contratado que deveria atender as exigências do seu contrato.

48- Aqui, a alegação e “justificativa” do Pregoeiro pressupõe, numa hipotética situação que a Recorrente Fractal não disporia do médico especialista em neuropediatria, porque o valor está “baixo” (sabe se lá qual seria o ideal) e não atrairia interessados.

49- Mais uma vez, a Recorrente FRACTAL ao assumir o contrato passa a ser responsável pelos seus custos e irá cumprir, sob a fiscalização Municipal, os termos e condições ali expostos, inclusive, no que tange oferta de 2 neuropediatras, logo, se isso não ocorrer o problema não será o preço cotado, mas o descumprimento contratual da avença assumida, simples assim.

50- Outrossim, a agravar a insubsistente justificativa do Pregoeiro, vê-se dos pontos, **UM**, de que o Termo de Referência nem mesmo exigiu ou indicou qual a exata forma de comprovação de especialidade em neuropediatria, logo, não pode desclassificar

uma proposta por supostamente acreditar que não poderia contratar algum, **DOIS**, o raciocínio do Pregoeiro vai também diametralmente de encontro com a justificativa exposta pela Administração no **item 2.7 do Termo de Referência**, vejamos:

2.7 Importante registrar que o Brasil possui déficit de médicos, em especial em determinadas especialidades, fazendo com que a força de trabalho disponível seja bastante disputada pelo mercado. Esse contexto imprime maior discricionariedade à categoria e permite que os profissionais possam optar por melhores condições de remuneração e trabalho. Assim, um dos modelos de maior adesão de profissionais médicos é a contratação de empresas que fazem a gestão do trabalho médico, nas quais os profissionais se associam para a prestação do serviço.

51- De ver- que a Administração atenta a isso, já na justificativa defendeu que a forma de contratação escolhida, qual seja, empresas de **gestão médica** visa exatamente suprir esse risco de desinteresse de eventuais especialidades.

52- Isto porque a empresa já tem corpo técnico médicos e *expertise* para as atividades contratadas, logo, os valores individuais que o Pregoeiro supostamente tem como referência (seja lá quais forem), sem provar e sem respaldo no edital não se sustentam também não guardam correlação com a justificativa exposta pela Administração no item 2.7 do Termo de Referência.

53- Enfim, por qualquer ângulo que se observe a decisão, vê-se que objetivamente descumpriu o edital e ali, e ainda que sobrasse algum grau de discricionariedade, apresentou justificativa para o ato absolutamente desprovida de respaldo fático e jurídico, inclusive contrariando o próprio termo de referência, tudo a impor a revisão imediata da decisão para admitir e aceitar a proposta da Recorrente FRACTAL.

DO PEDIDO

Isto posto, a Recorrente FRACTAL requer a Vossa Senhoria se digne conhecer e **prover o recurso interposto** para reformar a decisão que a desclassificou no Lote 1, admitindo sua proposta e, via de consequência, anulando os atos posteriores, inclusive o que declarou vencedora a proposta da Recorrida, caso assim não entenda, requer seja remetido a Autoridade Superior, bem como seja remetido esse recurso ao TCE-

RJ como Representação de que trata o art. 113 da Lei 8.666/93, sem prejuízo das medidas judiciais de controle do ato administrativo diante da violação de seu direito líquido e certo a fiel observância as regras objetivas do edital.

Termos em que,

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2024.



MÁRIO CANTIELLO NUNES
CPF N° 141.522.497-81
FRACTAL GESTÃO EM SAÚDE LTDA
CNPJ: 19.614.835/0001-60