Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Comarca de Niterói

8ª Vara Cível da Comarca de Niterói

Rua Visconde de Sepetiba, 519, 9º Andar, Centro, NITERÓI - RJ - CEP: 24020-206

SENTENÇA

Processo: 0807069-39.2023.8.19.0002

Classe: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

IMPETRANTE: VIVA RIO

IMPETRADO: DR. BRUNO FERRAZ VALLE

ORGANIZAÇÃO SOCIAL VIVA RIO impetrou mandado de segurança, apontando como autoridade coatora o Sr. Presidente da Comissão Especial de Chamamento Público referente ao Edital nº 01/2022 da FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE NITERÓI, Dr. Bruno Ferraz Valle, e como terceiro interessado a 2ª colocada no certame, FAS – CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS CIENTÍFICAS FRANCISCO ANTONIO DE SALLES.

Decisão deferindo a liminar (index 49026354).

Manifestação do MP (index 49039312).

Petição do terceiro interessado (index 49301976).

Decisão mantendo a liminar (index 49523328).

Manifestação do terceiro interessado (index 50065140).

Prestadas informações pela autoridade coatora (index 50337792).

Manifestação de membros da Comissão de Licitação (index 51077656).

Impugnação apresentada pela pessoa jurídica – FUNASA - (index 52497833).

Manifestação da impetrante (index 52685422).

Parecer do MP (index 56832107).

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

Preliminarmente, muito embora a impetrante tenha apontado como autoridade coatora o Sr. Presidente da Comissão Especial de Chamamento Público referente ao Edital nº 01/2022 da FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE NITERÓI, Dr. Bruno Ferraz Valle, o fato é que o ato impugnado não é de autoria da referida autoridade, mas sim da própria Comissão de Licitação.

Perceba-se que o ato impugnado se caracteriza como uma decisão de um órgão colegiado – a Comissão Especial de Chamamento Público referente ao Edital nº 01/2022 da FMS de Niterói, e não como um ato individual do seu Presidente.

Muito embora a este possa incumbir a representação da Comissão de Licitação – inclusive em Juízo -, certo é que tal fato não o torna o autor do ato administrativo atacado neste *mandamus*.

No caso dos autos, tal fato, aparentemente caracterizado como uma questão meramente formal ou burocrática, tem especial relevância, pois o Presidente da Comissão de Licitação foi voto vencido na decisão que culminou com a desclassificação da ora impetrante do certame.

Sendo assim, as razões expostas no index 52497837 não correspondem ao

entendimento da Comissão de Licitação, verdadeira autoridade coatora, mas sim apenas e tão somente às razões de um dos seus membros, isoladamente, que restou vencido na votação.

Portanto, impõe-se, para fins de correta compreensão da decisão administrativa, a consideração das informações de index 52497836, estas sim caracterizadas como a legítima expressão da vontade da Administração Pública.

Superado isso, tenho que, à luz da teoria da asserção, não há questões preliminares a serem apreciadas, pelo que passo diretamente ao mérito.

Resta incontroverso nos autos que a ora impetrante não apresentou à Comissão de Licitação a denominada "planilha de rateio das despesas administrativas", tendo sido essa a causa determinante da sua desclassificação do certame.

Nos termos do art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. Entretanto, a mesma norma veda "a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta".

Como já ressaltado na decisão de index 49026354, a procedência da pretensão da impetrante demanda, basicamente, a análise de duas questões principais: (i) a definição sobre a consequência da não apresentação da referida planilha – desclassificação da concorrente ou mera perda de pontuação; e (ii) a definição sobre se tal omissão poderia ser sanada.

Tudo isso permeado pela compreensão da efetiva natureza da referida "planilha de rateio das despesas administrativas" – documento essencial à habilitação da concorrente ou mera exigência formal que não poderia dar causa à sua eliminação, a teor do art. 12, III, da Lei 14.133/2021.

Inicialmente, como também já ressaltado por este Juízo, o art. 59, I, da Lei

14.133/2021 veicula diretriz a orientar o processo de licitação, no sentido de que apenas as propostas que contenham vícios insanáveis devem ser desclassificadas.

Entretanto, tenho que, no caso dos autos, a desclassificação da impetrante foi legítima, tendo se dado nos estritos termos do edital, sendo a decisão da Comissão de Licitação devidamente fundamentada e coerente com o objeto do certame.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade, impondo à Administração Pública e ao licitante a observância das normas estabelecidas no edital de forma objetiva, embora velando pelo princípio da competitividade.

Perceba-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório (STJ, REsp n. 595.079/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 15/12/2009.).

A Fundação Municipal de Saúde de Niterói – FMS publicou edital de seleção de Organização Social para planejamento, gerenciamento e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Municipal Oceânico Dr. Gilson Cantarino – HMOGC (Edital nº 1/2022).

Ao se inscrever no processo licitatório, a ora impetrante anuiu aos termos do edital, a ele se vinculando.

Posta tal premissa, tem-se que a Comissão de Licitação, de forma legítima e devidamente amparada nos termos do edital, entendeu que a ausência da "planilha de rateio das despesas administrativas", não configura mero vício formal e sanável, ou mera hipótese de não pontuação. E tal entendimento é devidamente fundamentado.

A relevância da planilha de rateio das despesas administrativas se encontra

devidamente indicada no Cláusula 5.1 ENVELOPE 1, item “f”, do Edital, *in verbis*:

> *“No caso de a OS já possuir ou vir a celebrar ou desenvolver no curso do Contrato de Gestão com a FMS outras parcerias ou atividades que gerem custos operacionais adicionais, além daqueles originados do Contrato de Gestão mantido com a FMS, deverá apresentar planilha discriminada, na qual conste o rateio proporcional das despesas, não podendo em hipótese alguma haver duplicidade ou sobreposição de fontes de receita para o custeio das despesas operacionais”.*

Com efeito, conforme bem exposto pela Comissão de Licitação e pela própria FMS, a planilha de rateio das despesas administrativas tem função essencial para a composição do contrato de gestão, pois serve para apresentar e detalhar o volume de recursos financeiros alocados para cada tipo de despesa indireta para execução do referido contrato.

Tal rateio representa, em última análise, qual será o efetivo custo a ser arcado pela Administração Pública a título de despesas administrativas, com significativo impacto financeiro. Portanto, a sua ausência seria uma verdadeira carta em branco quanto aos valores a serem futuramente custeados pelo Poder Público.

Sendo assim, a ausência da planilha de rateio das despesas administrativas compromete de forma determinante a aferição e compreensão do conteúdo da proposta do concorrente, pois a fórmula nela contida haverá de ter impacto relevantíssimo sobre a formação do custo do contrato para a Administração Pública.

Percebe-se que, ao contrário do alegado pelo ilustre membro do MP, a conduta perpetrada pela Comissão de Licitação, ora impetrada, não representou um mero “apego excessivo e irrestrito as formalidades editalícias”, incompatível com a finalidade da licitação em realizar, através da promoção da ampla concorrência, as contratações mais vantajosas para o

promoção da ampla concorrência, as contratações mais vantajosas para o erário público.

Muito pelo contrário, trata-se de uma prudente e coerente ação da Comissão de Licitação, pois as repercussões decorrentes do conteúdo da planilha de rateio das despesas administrativas são sérias, significativas e, inclusive, determinantes para a própria avaliação da melhor proposta para a Administração Pública.

Vale dizer, não se trata de mera formalidade, mas sim de documento essencial para a compreensão, fiscalização e mesmo para a formação do montante de recursos a que terá de arcar o ente público.

Como ressaltado pela FMS de Niterói, na visão da Comissão de Licitação, por se tratar de documento técnico essencial, a sua falta prejudicaria a proposta em si, inviabilizando a participação da ora impetrante no certame, advindo daí a legitimidade da sua desclassificação.

Todo esse contexto evidencia que a decisão que concluiu pela essencialidade da planilha detalhada de rateio se enquadra no legítimo mérito administrativo.

E, note-se, há legítima razão para a não admissão da sua apresentação posterior ao prazo fixado no edital, pois tal admissão representaria desigualdade entre os licitantes, haja vista que uma concorrente tomaria prévio conhecimento desta parte da proposta das demais.

Por fim, não há que se falar em ofensa aos princípios da impessoalidade e isonomia.

Como exposto pela Comissão de Licitação no index 52497836, o descumprimento do item “C.1.8” do edital pela concorrente FAS – CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS CIENTÍFICAS FRANCISCO ANTONIO DE SALLES foi fundamentado pelo temor da concorrente em descumprir a 13.709/2018 – LGPD.

Tal argumento foi acolhido pela Comissão de Licitação, que entendeu que sequer deveriam ter sido descontados pontos da concorrente FAS, devendo-lhe ter sido atribuída pontuação máxima. Tal atribuição da pontuação máxima somente não se efetivou pelo fato de não ter sido "avaliado o restante dos recursos de ambas as Organizações Sociais, haja vista a decisão da Comissão pela desclassificação da Viva Rio" (index 52497836).

Neste ponto, tenho que assiste razão ao ilustre membro do MP quando ressalta que a alegada impossibilidade de apresentação dos documentos faltantes pela FAS, ora terceiro interessado, porque alinhados à proteção de dados de terceiros, não convence.

Isso porque o subitem "C.1.8" se refere à apresentação de plano de aferição de cumprimento de carga horária de trabalho contratual dos profissionais da unidade e de contrato com a empresa de prestação de serviços de controle de ponto biométrico, facial ou similar. Note-se que não há qualquer exigência quanto à apresentação de dados pessoais, mas sim de planejamento quanto à aferição de carga horária e contrato relativo a ponto biométrico ou similar.

E, mesmo que o fosse, evidentemente, restaria à concorrente FAS a possibilidade de anonimizar os dados, o que estaria em harmonia com a Lei 13.709/2018 – LGPD.

Desse modo, como concluiu o *Parquet*, não se vislumbraria nenhuma infringência aos dados sensíveis de terceiros, bastando que a FAS apresentasse, caso fosse requisitado, os dados sem a discriminação de cada usuário em particular.

Porém, tenho como evidente que não se tratou de uma não apresentação de documento essencial do edital, mas sim de mera desconformidade de um dos seus itens pontuáveis, a acarretar a perda da pontuação, e não a desclassificação da concorrente.

Tanto o é que o próprio subitem "C.1.8" do edital é claro ao prever que a

Tanto o é que o próprio subitem "C.1.8" do edital é claro ao prever que a indicação de "*link* de acesso a aferição do cumprimento de carga horária de trabalho" é fato passível, meramente, de pontuação. Em nenhum momento o edital trata tal *link* como item essencial à proposta.

O mesmo se diga do subitem C.1.12, ao tratar da "política de ética e integridade", sendo, inequivocamente, matéria tão somente pontuável e não essencial à participação no certame.

Dado todo o contexto delineado nestes autos, verifico que nada há a indicar a prática de ato ilegal por parte da autoridade coatora – Comissão de Licitação -, de modo que a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública não restou afastada.

Deve prevalecer, portanto, o legítimo juízo de valor externado pela Comissão de Licitação, a bem do interesse público.

ISTO POSTO, julgo improcedentes os pedidos e DENEGO A SEGURANÇA.

Revogo a decisão que deferiu a liminar.

Condeno a impetrante ao pagamento das custas do processo, respeitada a gratuidade de justiça.

Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/09 e das súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

P.I.

Ciência ao MP.

NITERÓI, 11 de maio de 2023.

RAFAEL REZENDE DAS CHAGAS
Juiz Titular

Assinado eletronicamente por: **RAFAEL REZENDE DAS CHAGAS**
11/05/2023 18:15:58
https://tjrj.pje.jus.br:443/1g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam
ID do documento: **58000394**

23051118155821700000055

IMPRIMIR GERAR PDF