

ILUSTRÍSSIMO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO
BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S.A.

Ref: Licitação nº 0000453/2022
(Processo nº 453/2022)



TAPIA ADVOGADOS S.S., sociedade de advogados inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.483.017/0001-00 e na OAB/RS nº 529, com sede no Município de Porto Alegre (RS), na Rua Uruguai, nº 287, 9º Andar, através de seu sócio administrador Roberto Pacheco Tapia, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/RS nº 24.117, portador do CPF nº 371.252.730-68, residente e domiciliado na Rua Casemiro de Abreu, 1655 – apto. 1602, Bela Vista, Porto Alegre (RS) e endereço eletrônico conforme informado no rodapé de página, vem, com o devido respeito, com base no artigo 59 da Lei 13.303/16 e item 20.1 do Edital¹, apresentar seu **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão constante da **ATA Nº 5** que, **JULGANDO A PROPOSTA TÉCNICA** apresentada pela Recorrente, desconsiderou comprovações feitas pela Recorrente de requisitos exigidos no Edital, deixando de somar a correspondente pontuação ao total convalidado, com pleito de EFEITO SUSPENSIVO, de modo a suspender o presente processo licitatório até que haja a apreciação e ulterior julgamento do presente recurso, pelas razões expostas a seguir.

Requer, ainda, que possa essa i. Comissão de Licitação reconsiderar sua decisão nos pontos aqui atacados ou, caso assim não

¹ Das decisões proferidas pela Comissão de Licitações caberá recurso no prazo de 05 (cinco) dias úteis, na forma do art. 59 da Lei nº13.303/2016, para a autoridade que designar a licitação, interposto por escrito e entregue, mediante protocolo, na recepção da Unidade de Licitações e Compras, conforme endereço indicado no preâmbulo deste edital, ou encaminhadas para o endereço eletrônico banrisul_licitacoes@banrisul.com.br, imprerivelmente no horário compreendido entre 10h e 16h.

ocorra, que seja todo o processo remetido à instância superior para a reforma da decisão, conforme inclusive prevê o item 20.4 do Edital², como medida de justiça.

I – Da Tempestividade do Recurso

O prazo para apresentação do Recurso Administrativo é de 5 (cinco) dias úteis, conforme previsão do artigo 59, § 1º, da Lei 13.303/03³ e do item 20.1 do Edital.

A decisão que julgou a proposta apresentada, constante da ATA nº 05 (Juízo de Habilitação), foi publicada em 03/10/2023 no site do Bannisul, atendendo previsão do item 9.14 do Edital⁴, conforme se verifica abaixo:

Comunicado	Publicado em 03/10/2023
<small>Tomamos público o julgamento das propostas técnicas da licitação 0000453/2022. SOCIEDADE(S) DESCLASSIFICADA(S): 1 Estelito & Castro Advogados; 2 Fadija Buosi e Camargo Sociedade de Advogados; 3 Ferreira e Chagas Advogados; 4 Fraga e Antunes Advogados Associados; 5 Lemos Advocacia; 6 Mandali e Prado Sociedade de Advogados; 7 Nelson Wilans & Advogados Associados; SOCIEDADE(S) CLASSIFICADA(S): 1º CABANELLOS ADVOCACIA; 2º VIGOR ADVOGADOS ASSOCIADOS; 3º BARCELOS E JANSSSEN ADVOGADOS ASSOCIADOS; 4º GOES E NICOLADELLI ADVOGADOS ASSOCIADOS; 5º SHCAIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS; 6º BEVILACQUA E CERESER ADVOGADOS; 7º REIS BRANDAO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA; 8º GOIS ALMEIDA E WEIRICH ADVOGADOS ASSOCIADOS; 9º CONTINI E CERBARO ADVOGADOS ASSOCIADOS; 10º MARCELO TOSTES ADVOGADOS; 11º SOARES E PELLEGRINI ADVOGADOS ASSOCIADOS; 12º TAPIA ADVOGADOS SS; 13º MARTINEZ E MARTINEZ ADVOGADOS ASSOCIADOS; 14º ROCHA FERRACINI SCHAURICH E ADVOGADOS ASSOCIADOS; 15º PEREIRA LIMA ADVOGADOS ASSOCIADOS SS; 16º PIUCCO PIZZOLOTTO CEZIMBRA E SEQUEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS; 17º MINCARONE ADVOGADOS SOCIEDADE SIMPLES; 18º DA BROI E OLIVEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS SC; 19º SILVEIRA E CASADO ADVOGADOS ASSOCIADOS; 20º CURADO BROM E ADVOGADOS ASSOCIADOS; 21º NATIVIDADE SOCIEDADE DE ADVOGADOS; 22º SCHELP ADVOGADOS E ASSOCIADOS; 23º BELLO SOCIEDADE DE ADVOGADOS; 24º NICOLAIEWSKI SANTANNA ADVOGADOS ASSOCIADOS SS; 25º OLTRAMARI ADVOGADOS ASSOCIADOS; 26º RUSCHEL ADVOGADOS ASSOCIADOS; 27º EDISON MACHADO SOCIEDADE DE ADVOGADOS; 28º BERTOTTO E MOROSINI ADVOGADOS ASSOCIADOS; 29º QUINTO SS ASSESSORIA JURIDICA EXTERNA; 30º BAPTISTA MALLMANN ADVOGADOS ASSOCIADOS; 31º FERNANDA DE SOUZA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA; 32º MOREIRA NAPOLI E ADVOGADOS ASSOCIADOS; 33º COSTAMILAN E COSTAMILAN ADVOGADOS ASSOCIADOS; 34º MARTINS E BERWANGER SOCIEDADE DE ADVOGADOS; 35º MARTIGNONI DE MORAES E TODESCHINI ADVOGADOS ASSOCIADOS; 36º CARDOSO E CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS; 37º CARREIRA E SARTORELLO ADVOGADOS ASSOCIADOS; 38º AIRES AIRES ADVOGADOS; 39º KLEBER FURTADO COELHO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA; 40º KOCH E KOCH CARVALHO GUERREIRO ADVOGADOS E CONSULTORES SS. Os motivos que levaram à desclassificação das sete sociedades supracitadas, bem como as justificativas para a pontuação e ordem de classificação das quarenta sociedades julgadas classificadas estão explicitados no parecer técnico anexo à Ata n 05 - Julgamento da Fase de Proposta Técnica, publicado no site www.bannisul.com.br</small>	
Download:	<small>Atn0009453_2022-Julgamento Tecnica com parecer.pdf</small>

² A Comissão de Licitações poderá reconsiderar sua decisão, ou, no caso de mantê-la, deverá encaminhar o recurso à Autoridade Superior para decisão.

³ Art. 59. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única.

^{§ 1º} Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplação, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.

⁴ Edital – Item 9.1.4 – “Os resultados dos julgamentos e demais procedimentos relativos ao certame (agendamentos de aberturas, recursos, contrarrazões e outros), serão divulgados de acordo com a legislação pertinente, bem como no site www.bannisul.com.br.”

O prazo final para apresentação de recurso seria o dia 10/10/2023.

Logo, considerando a data do protocolo desta peça processual, se verifica a tempestividade do recurso ora interposto, devendo o mesmo ser recebido e processado na forma da lei.

II - Das Razões

Ultrapassa da fase de habilitação, passou essa i. Comissão de Licitação a julgar a PROPOSTA TÉCNICA apresentada pela Recorrente, exarando a decisão constante da ATA Nº 05 que, embasada em Parecer Técnico a ela anexado, acabou por não atribuir a pontuação declarada e cabível a todos os quesitos comprovados pela Recorrente, totalizando em favor da Recorrente apenas 100 pontos, na seguinte distribuição:

TAPIA ADVOGADOS SS

A licitante TAPIA ADVOGADOS SS foi pontuada conforme o quadro a seguir, que apresenta a pontuação declarada pela licitante e a pontuação atribuída após avaliação por esta área gestora da documentação comprobatória apresentada em cada quesito.

Quesito	Pontuação Máxima do Quesito	Pontos Declarados pela Licitante	Pontos Atribuídos após validação
Q1	06	03	03
Q2	50	50	30
Q3	50	50	50
Q4	10	10	0
Q5	20	05	0
Q6	18	03	03
Q7	12	12	12
Q8	06	06	02
Q9	03	0	0
Totais:	175	139	100

Inconformado com a glosa de pontos declarados em alguns quesitos vem a Recorrente apresentar suas razões para a reforma da decisão na forma que segue, observando a ordem dada pelo Edital e referenciada na Ata de julgamento.

II.1) QUESITO Nº 2

O Edital assim prevê:

Quesito 2	Critério de Pontuação	Pontuação Máxima
Atuação judicial contenciosa em processos da área cível na defesa de instituições financeiras bancárias	10 pontos até 1.000 ações; 20 pontos de 1.001 até 5.000 ações; 30 pontos de 5.001 até 10.000 ações; 40 pontos de 10.001 até 15.000 ações; 50 pontos acima de 15.001 ações.	50 pontos

- a) Documento comprobatório: atestado fornecido por instituição financeira pública ou privada, que expresse a quantidade de processos judiciais cíveis conduzidos pela sociedade de advogados. O atestado deve ser emitido em papel timbrado que identifique o emitente e assinado por signatário identificado com nome completo e cargo.
- b) São instituições financeiras bancárias para fins deste quesito àquelas classificadas como banco comercial, banco múltiplo, banco múltiplo cooperativo e/ou caixa econômica, podendo ser o Banrisul.
- c) Em caso de múltiplos atestados, o número total de ações a ser considerado no critério de pontuação será o somatório do número de ações informado em todos os atestados.
- c) Será considerada a comprovação emitida em nome de advogado sócio, devendo, neste caso, ser apresentado também o contrato/ato constitutivo da sociedade, em vigor e registrado na seccional da OAB onde localizada sua sede.
- d) Somente será considerada uma vez a atuação comprovada que esteja ou tenha sido patrocinada por mais de um advogado sócio da sociedade de advogados.

Ao avaliar os documentos apresentados pela Recorrente, o Parecer Técnico acatado pela Comissão julgadora assim consignou:

“Q2: A licitante declarou 50 pontos neste quesito por atuação em mais de 15.000 ações e indicou em sua proposta apresentação de treze atestados para comprovação do critério de pontuação. A avaliação dos atestados apresentados concluiu que: a) um atestado (folha 41.257) não atende as exigências do Edital, pois não expressa a quantidade de ações em que houve atuação da licitante; b) três atestados (folhas 39.599, 39.817 e 40.622) expressam quantidades de ações menores do que as quantidades

indicadas pela licitante em sua proposta, e foram consideradas para somatório as quantidades de ações expressas nos atestados; c) assim, a licitante comprovou atuação em 8.440 ações cíveis na defesa de instituições financeiras bancárias pelo somatório de doze atestados (folhas 39.562, 39.563, 39.564, 39.565, 39.566, 39.568, 39.568, 39.569, 39.570, 39.599, 39.817 e 40.622), em atendimento às exigências do Edital (critério de pontuação entre 5.001 até 10.000 ações). Ainda, a licitante apresentou para comprovação do critério de pontuação telas de consulta processual realizadas em sites de tribunais emitidas para número de OAB dos advogados sócios (folhas 39.604-39.816, 39.822-40.621, 40.627-41.242, 41.259-41.427, 41.429-41.492 e 41.494-41.605), porém, estes documentos estão em desconformidade com as alíneas 'a', 'c' e 'e' do Quesito 2. Assim, foram atribuídos 30 pontos neste quesito."

Pois bem, denota-se que a Comissão Licitante concluiu por desconsiderar o atestado de fls. 41.257, bem como considerou parcialmente os atestados de fls. 39.599, 38.817 e 40.622.

Tal conclusão, *data vênia*, merece pronta revisão.

A começar por esses 03 últimos (fls. **39.599, 38.817 e 40.622**), é possível vislumbrar que os documentos destacados foram eles expedidos por igualmente renomada instituição financeira – Banco do Brasil S.A. -, registrando que os advogados lá nominados, atuaram no serviço jurídico da instituição ao longo de muitos anos, isto é, 20, 22 e 15 anos, respectivamente. Além de destacar a qualidade técnica, registrou que teriam conduzido, ao menos, a somatória de 962 processos.

Ocorre que os advogados ali elencados, tiveram seus contratos de trabalho rescindidos em face de suas aposentadorias, ou seja, março/2020, fevereiro/2014 e novembro/2010, respectivamente.

Como se sabe, e isso notória e intuitivamente também se aplica ao próprio serviço jurídico interno do Banrisul, na medida que advogados deixam de atuar no feito pelo desfazimento do vínculo, no sistema eletrônico de controle e acompanhamento de processo mantido outro profissional é cadastrado, suplantando no controle interno o advogado que foi sucedido no acompanhamento dos feitos. Noutras palavras, de regra, tais aplicativos de controle não mantem em registro o histórico de advogados atuantes no processo. Não é uma falha, sob a ótica da instituição mantenedora do aplicativo, porém tal limitação tecnológica inviabiliza a extração, por exemplo, da informação completa aqui debatida. Essa a realidade posta pelo Banco do Brasil S.A.

Por tais razões, ao consultar a sua base de dados, essa Instituição declarante apenas conseguiu capturar aqueles feitos baixados durante a vigência do vínculo empregatício, ou seja, encerrados sob a condução desses três advogados. Por tal razão, de forma correta e ética, o Banco do Brasil fez constar na declaração a significativa expressão “ao menos”, isso porque era sabedor que o número era bem superior ao disponibilizado pelo seu sistema de controles, mercê do largo período de atuação dos profissionais destacados nas respectivas declarações.

De outra parte, por se tratar de advocacia de partido, os controles e documentos pertinentes aos casos são de propriedade do tomador de serviço, diferentemente da advocacia privada que mantém seu próprio controle de acompanhamento processual vinculados aos seus clientes (inclusive é exigência do presente certame), ou seja, inacessíveis à ora Recorrente.

Com efeito, diante da certeza da condução de número bem superior ao encontrado nos registros declarados e do fundamento adotado no comunicado do Banrisul de 21/12/2022, referente ao Quesito 7, autorizando a substituição do documento indicado como hábil por outro que cumprisse a mesma finalidade, ainda que acompanhado por outros complementares, a

Recorrente reafirma a necessidade de igualmente computar os pontos daí decorrentes ao total atribuído ao quesito.

A propósito, então, veja-se que consta do referido Comunicado do dia 21/12/2022 poder o licitante demonstrar sua experiência mediante certidão: "**(...)fornecida por Tribunal de Justiça, ou documento oficial hábil a substituí-la, poderá vir acompanhado de outros documentos complementares, aptos a comprovar, de forma inequívoca, o tempo de atuação total ou de cada processo(...)**".

Por certo que a decisão da Comissão licitante, ao se dirigir aos participantes nessa oportunidade, visava retrain o formalismo exacerbado para viabilizar o objetivo buscado, isto é, oportunizar a efetiva comprovação de experiência de cada sócio dos licitantes interessados.

Diante de tal orientação, e tendo presentes os princípios da isonomia e vinculação ao edital, buscou a Recorrente junto ao Tribunal de Justiça do RS a expedição de documento oficial, onde restaram relacionados todos os processos em que os advogados em questão atuaram para a Instituição Financeira vinculada. Observe-se que tal documento não está disponível para consulta pública, sendo obtido mediante solicitação formal e prévio pagamento de emolumentos.

Portanto, a Licitante/Recorrente não mediu esforços para buscar demonstrar a experiência na atuação na área específica, valendo-se de todos os recursos tecnológicos disponíveis, confiáveis e plenamente auditáveis.

E assim foi procedido.

Inegável que tal documento apresentou todas as intervenções profissionais dos advogados em questão realizadas junto ao Tribunal. Para que não houvesse artificialismo no número ao final apresentado, foram

desprezados incidentes recursais que pudessem dizer respeito aos mesmos processos, de forma repetitiva (ex. agravos, e embargos declaratórios).

Assim, restou demonstrado de forma inequívoca a atuação contenciosa exigida no Quesito 2, razão pela qual requer a reforma da decisão para atribuir os pontos pertinentes à adição de todos os processos declarados na proposta técnica.

Por fim, resta a análise do documento de folha 41.257. Conforme se vê dos termos do Atestado, foi afirmado que a atuação dos profissionais ali listados se deu no período de 2005 até 2012, ou seja, há onze anos atrás. Ora, passado esse tempo, nenhum registro de atuação em feitos individualmente considerados resta cadastrado junto ao sistema interno de acompanhamento de processos.

Sendo assim, pelas mesmas razões antes alinhadas, a consulta ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) possibilitou encontrar, ainda que parcialmente, alguns dos feitos em que houve atuação dos advogados da sociedade Recorrente, razão pela qual requer que do mesmo modo sejam considerados para fins de totalização dos pontos atribuídos ao Quesito 2, **restabelecendo o total pela Recorrente declarado.**

II.2) QUESITO Nº 4

O Edital assim prevê:

Quesito 4	Critério de Pontuação	Pontuação Máxima
Prestação de serviços advocatícios na área contenciosa cível a outra instituição financeira	01 ponto para serviços contínuos prestados durante os últimos 06 meses; 02 pontos para serviços contínuos prestados durante os últimos 12 meses; 04 pontos para serviços contínuos prestados durante os últimos 02 anos; 06 pontos para serviços contínuos prestados durante os últimos 03 anos; 08 pontos para serviços contínuos prestados durante os últimos 04 anos; 10 pontos para serviços contínuos prestados durante os últimos 05 anos.	10 pontos

a) Documento comprobatório: atestado fornecido por instituição financeira pública ou privada, que comprove a prestação ininterrupta e

satisfatória de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica na área contenciosa cível. O atestado deve ser emitido em papel timbrado que identifique o emitente e assinado por signatário identificado com nome completo e cargo.

b) São instituições financeiras para fins deste quesito àquelas classificadas como administradora de consórcio, banco de desenvolvimento, banco de investimento, agência de fomento e/ou sociedade de crédito, financiamento e investimento.

c) Será pontuado apenas um atestado emitido por uma instituição financeira.

d) Será considerada a comprovação emitida em nome de advogado sócio, devendo, neste caso, ser apresentado também o contrato/ato constitutivo da sociedade, em vigor e registrado na seccional da OAB onde localizada sua sede.

Ao avaliar os documentos apresentados pela Recorrente, o Parecer Técnico acatado pela Comissão julgadora assim consignou:

Q4: A licitante declarou 10 pontos neste quesito e apresentou para comprovação do critério de pontuação seis atestados emitidos pelo Banrisul (folhas 41.644-41.649), declarando atuação cível para a empresa controlada Banrisul Administradora de Consórcios. A licitante apresentou, ainda, documentação complementar (folhas 41.650-41.653) referente um substabelecimento emitido no ano de 2012 pela Banrisul Consórcios. A avaliação dos documentos apresentados observou a previsão da alínea 'c' do Quesito 4, que define a pontuação de apenas um atestado, porém, concluiu que nenhum dos documentos apresentados atende às exigências do Edital, pois não comprovam que a licitante prestou serviços contínuos durante os últimos anos para a empresa Banrisul Consórcios - instituição financeira entre as previsões da alínea 'b' do Quesito 4. Assim, não foram atribuídos pontos neste quesito.



O Parecer Técnico não considerou qualquer pontuação. Mais uma vez pede vênias a Recorrente para requerer a reconsideração do quanto avaliado.

Como declinado pelo próprio Parecer, foram apresentados diversos atestados do Grupo Econômico Banrisul, no qual inequivocamente está inserida a BANRISUL S.A. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS - CNPJ/MF nº 92.692.979/0001-24. Tais atestados juntados dão conta que a Recorrente trabalha ininterruptamente para as empresas do **Grupo Econômico Banrisul**, desde 14/01/1997 (primeiro contrato licitado), até o Contrato de 2016, cuja renovação vem se sucedendo até a 29/09/2023.

No entanto, o Parecer afirma que "nenhum dos documentos apresentados atende às exigências do Edital, pois não comprovam que a licitante prestou serviços contínuos durante os últimos anos para a empresa Banrisul Consórcios".

Importante registrar a estranheza do resultado, uma vez que os Atestados apresentados são emitidos pelo próprio Banco Licitante e sua redação expressamente afirma que "a contratada vem desempenhando execução plenamente satisfatória dos compromissos assumidos, dentro dos prazos e nas condições contratuais". Os documentos são datados em 11/01/2023.

Para não deixar dúvidas sobre a atuação, a Recorrente aduziu os documentos de fl. 41.650 a 41.653, correspondentes a caso conduzido pela Recorrente, tal como expressamente esclareceu ser possível essa Comissão ao responder, em 11/01/2023, questionamento da Licitante BSP ADVOCACIA EMPRESARIAL, nos seguintes termos:

<p>PERGUNTA: Em relação ao quesito 4 do Edital, questionamos se o atestado fornecido pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul como "às suas empresas controladas (Grupo Econômico BANRISUL)", sendo que uma delas é Banrisul S.A Administradora de Consórcios, necessário solicitarmos um atestado específico ao Banrisul S.A Administradora de Consórcios?</p> <p>RESPOSTA: O atestado de capacidade técnica poderá vir acompanhado de outros documentos complementares, aptos a comprovar, de forma inequívoca, que a atuação contenciosa cível ocorreu em defesa de instituição financeira das espécies contidas no quesito 4. A documentação apresentada deve ser passível de análise de consistência e comprovação de autenticidade, e o Banrisul se reserva, nos moldes da Lei e do Edital, a efetuar diligências que se façam necessárias para confirmação da documentação recebida.</p> <p>Atenciosamente,</p> <p> banrisul</p> <p>Gerencia de Licitações e Compras Unidade de Licitações e Compras (51) 3215-4510 E-mail: banrisul_licitacoes@banrisul.com.br</p> <p><small>ANTES DE IMPRIMIR este documento pense em sua responsabilidade e compromisso com o MEIO AMBIENTE.</small></p>	
---	---

Rua Uruguai, 287/9º andar
Porto Alegre/RS Cep 90010-140
Fone: (51) 3227.2525 Fax: (51) 3227.3793
tapiaadvogados@tapiaadvogados.com.br
www.tapiaadvogados.com.br

Sendo assim, a questão envolvendo uma das empresas controladas (Barrisul Consórcio), apenas ilustra, por apego ao detalhe, que especificamente para tal empresa do Grupo, houve atuação específica.

Além disso, a longevidade ininterrupta da prestação de serviços demonstradas nos atestados juntados dão conta que a Licitante/Recorrente está apta a prestar os serviços jurídicos, quando assim demandada pela contratante.

De outra parte, na medida que os atestados em referências foram emitidos coincidentemente pelo próprio Banco licitante, é de se esperar que o documento fornecido atenda a exigência por ele próprio definido no Edital. Não havendo tal compreensão, estaríamos diante de uma exigência odiosa, uma vez que se estaria exigindo algo que, fornecido pelo próprio ente licitante, não atenderia ao seu pedido.

Nesse sentido, necessária a revisão e reforma da decisão para o fim de adicionar os 10 pontos declarados nesse quesito pela Recorrente em sua pontuação final.

II.3) QUESITO Nº 5

O Edital assim prevê:

Quesito 5	Critério de Pontuação	Pontuação Máxima
Quantidade de advogados associados e empregados	05 pontos até 19 advogados; 10 pontos de 20 até 49 advogados; 15 pontos de 50 até 99 advogados; 20 pontos acima de 100 advogados.	20 pontos

a) Documento comprobatório: comprovação da regular inscrição na OAB do advogado; e contrato de associação ou contrato de trabalho (registro em CTPS) com vínculo registrado no contrato/ato constitutivo da sociedade, observadas as normas do Provimento nº 112/2006 do Conselho Federal da OAB.

b) O número total de advogados a ser considerado no critério de pontuação será o somatório de profissionais vinculados à sociedade (sede e eventuais filiais).

Ao avaliar os documentos apresentados pela Recorrente, o Parecer Técnico acatado pela Comissão julgadora assim consignou:

Q5: A licitante declarou 05 pontos neste quesito, porém, pretendeu pontuação pela quantidade de advogados sócios, em desconformidade com a previsão do Edital para o Quesito 5, que definiu como critério de pontuação a quantidade de advogados associados e advogados empregados. Assim, não foram atribuídos pontos neste quesito.

Também nesse quesito não foi considerada nenhuma pontuação. A Comissão Licitante simplesmente optou em se ater à literalidade do termo constante no Contrato Social, sem a necessária análise detalhada do que ali foi apresentado.

Primeiramente, necessário destacar que o Edital restringe a competição desejável. Diz-se assim porque ao admitir cômputo de pontos exclusivamente com demonstração de vinculação de "advogados associados", o Edital acaba por não conhecer outras formas associativas, em especial a vinculação societária propriamente dita.

Ou seja, a regra do Edital privilegia uma forma no pressuposto, talvez, de que advogados reunidos de forma socialmente diversa não teriam mesma aptidão para o serviço licitado, ou, o que é mais provável, esqueceu-se da figura do advogado sócio.

Sabe-se que a definição de advogado associado é aquele profissional que trabalha em um escritório, assim como todos os demais, entretanto, que não é empregado e nem sócio do mesmo, conforme previsto "caput" do artigo 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, publicado pelo Conselho Federal da OAB⁵:

⁵ Publicado no Diário de Justiça, Seção I do dia 16.11.94, p. 31.210-31.220.

“Art. 39 - A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.”

Tais parâmetros autorizativos advém da regra insculpida no artigo 15, § 10, da Lei 8.906/94, *verbis*:

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

(...)

§ 10. Cabem ao Conselho Federal da OAB a fiscalização, o acompanhamento e a definição de parâmetros e de diretrizes da relação jurídica mantida entre advogados e sociedades de advogados ou entre escritório de advogados sócios e advogado associado, inclusive no que se refere ao cumprimento dos requisitos norteadores da associação sem vínculo empregatício autorizada expressamente neste artigo.

Quando o advogado é contratado de forma associada, o mesmo não apresenta um vínculo empregatício real, e por isso acaba ficando livre de todas as regras e normas que fazem parte da rotina de um empregado celetista, como por exemplo: controle de jornada, subordinação, não-eventualidade, entre outros. Os mesmos podem atuar em diversos escritórios simultaneamente, ter os seus próprios clientes e até mesmo atuar como advogado correspondente.

De outro lado, quando nos referimos a um **advogado sócio** de um determinado escritório, estamos falando de um profissional que possui maiores responsabilidades e deveres, pois o mesmo responde diretamente pelo negócio, e assim, acaba assumindo riscos inerentes. Também não podemos esquecer de citar que tal profissional acaba tendo uma participação única e exclusiva na sociedade, e conseqüentemente, possui funções de administração e controle em relação ao empreendimento.

As diferenças são, portanto, de cunho trabalhista (sem vínculo empregatício), por assim dizer, e *acabam por aí*.

No entanto, ambas as figuras – advogado associado ou sócio – tem idêntica habilitação por órgão de classe para atuação profissional.

E o **mais importante**, o mesmo Regulamento, evidencia que tanto advogados sócios quanto associados respondem pelos danos causados a seus clientes, como se vê no seu art. 40:

Art. 40. Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

Quando o próprio Regulamento estabelece igualdade de responsabilidades para advogados associados e sócios, assim está fazendo porque ambos possuem idêntica atuação técnica. Enfim, **para efeitos de atuação técnica-profissional não há distinção legal entre ambos**.

Logo, se o próprio Regulamento do Estatuto da OAB não faz distinção entre advogado associado e sócio para fins de atuação profissional, não pode o Edital ora debatido pretender fazê-la, sob pena de ferir o princípio da isonomia trazido no artigo 31 da Lei 13.303/16⁶.

Por certo que o Banco, ao formular o quesito em destaque, tinha por finalidade verificar a existência de vínculo entre a Licitante e os

⁶ Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

advogados que provavelmente lhe prestam serviços. O vínculo associativo e/ou trabalhista é, sem dúvidas, uma forma possível de demonstrar a regularidade da relação, mas tais hipóteses não são exclusivas, como se demonstrou.

Com efeito, os advogados podem reunir-se de várias formas associativas, sendo a escolha direito exclusivo seu, conforme autorizam os artigos 15 da Lei 8.906/06 (acima reproduzido) e 37 do Regulamento antes citado, *verbis*:

Art. 37 Os advogados podem constituir sociedade simples, unipessoal ou pluripessoal, de prestação de serviços de advocacia, a qual deve ser regularmente registrada no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

Ainda, convém ressaltar o contido no **Provimento nº 169/2015** do Conselho Federal da OAB (cópia em anexo I), o qual admite expressamente a reunião de sócios denominados "**patrimoniais**", "**de serviço**" e "**associados**".

No caso da Recorrente, a configuração societária escolhida se deu para estabelecer um vínculo que apresentasse segurança para os envolvidos, isto é, conta com 03 SÓCIOS PATRIMONIAIS e 04 SÓCIOS DE SERVIÇO. Os Sócios Patrimoniais, com compromissos inerentes da associação, com responsabilidade de gestão, representação, com voto preponderante nas deliberações sociais, como também para os demais integrantes da organização, nominados "Sócios de Serviço", que ao invés de se apresentarem como associados, ocupam posição de sócios como autorizado na legislação de regência (Provimento nº 169/2015 da OAB), o que assegura a todos uma comunhão de esforços para o atingimento objetivo social de bem atender seus clientes.

Como resta claro na Contrato Social, a divisão de Sócio Patrimonial e de Serviço é instrumento que garante o total comprometimento

de todos, trabalhando para o mesmo fim, ainda que com responsabilidades diversas.

Nesse sentido, **tanto sócios patrimoniais quanto de serviços** trabalham igualmente para o atingimento de resultados e atendimento de seus clientes, ou seja, assim o fazem por terem a **mesma capacidade técnica conferida pela entidade de classe**.

Apenas para fins de argumentação: imaginemos que para uma sociedade com hipotéticos 40 advogados, todos sócios, com experiência em advocacia bancária, caso mantida a limitação antisonômica do quesito, não seria atribuído nenhum ponto na licitação por não possuir no seu corpo profissional "advogados associados". Mas, sem dúvida, se estaria diante de uma Banca de Advogados com força de trabalho suficiente para bem atender aos seus clientes.

Por certo esse não é o objetivo do Banco. Absolutamente razoável imaginar que a premissa verdadeira pretendida, na verdade, é averiguar se o licitante possui estrutura de pessoal técnico capaz e suficiente de suportar a demanda e expectativas do Banco. Tanto é assim, que nos **quesitos 6 e 7 subsequentes há expresso acolhimento dessa premissa**, posto que neles vem exigida a comprovação de capacidade técnica em relação aos advogados "sócios e associados".

Porém, ao fazer a glosa preso à dicção desse quesito, essa Comissão acaba por alijar, injustamente, sociedades que optaram por outras formas associativas que, ao fim e ao cabo, igualmente tem como demonstrar capacidade técnica e estrutural para bem atender aos objetivos do certame, como é o caso da Recorrente.

Em razão de não haver na legislação e regulamentos de regência distinção quanto à responsabilidade e capacidade técnica entre advogados sócios e associados, estar, de outro lado, autorizada a livre associação de advogados e escolha pelas formas societárias previstas na lei, além de haver expressa previsão em quesitos subsequentes da aglutinação

entre advogados sócios e associados, o julgamento da Comissão de Licitação, acatando o Parecer Técnico, mostra-se contrário aos princípios da igualdade, competitividade e eficiência impostos pela Lei 13.303/16 e à legislação reportada, merecendo ser reformada para o fim de atribuir à Recorrente a totalidade dos 5 pontos declarados para o quesito em referência.

II.4) QUESITO Nº 8

O Edital assim prevê:

Quesito 8	Critério de Pontuação	Pontuação Máxima
Atuação judicial contenciosa em ações populares, ações civis públicas ou mandados de segurança coletivos, na defesa de instituições financeiras bancárias, nos últimos 3 anos	02 pontos por ação, limitado a 03 ações.	06 pontos

- a) Documento comprobatório: Certidão de militância do advogado fornecida por tribunal de justiça, que expresse a classe da ação; e instrumento de mandato emitido pela instituição financeira.
- b) São instituições financeiras bancárias para fins deste quesito àquelas classificadas como banco comercial, banco múltiplo, banco múltiplo cooperativo e/ou caixa econômica, podendo ser o Banrisul.
- c) Será considerada a comprovação emitida em nome de advogado sócio, devendo, neste caso, ser apresentado também o contrato/ato constitutivo da sociedade, em vigor e registrado na seccional da OAB onde localizada sua sede.

Ao avaliar os documentos apresentados pela Recorrente, o Parecer Técnico acatado pela Comissão julgadora assim consignou:



Q8: A licitante declarou 06 pontos neste quesito e pela avaliação dos documentos apresentados para comprovação do critério de pontuação concluiu-se que: a) a documentação (folhas 42.157-42.165) referente à ação civil pública nº 5000349-83.2021.8.21.0045 indicada pela licitante comprova atuação conforme às exigências do Edital; b) as outras duas ações declaradas não atendem às exigências do Edital, pois ação civil de improbidade administrativa (folhas 42.148-42.156) não se enquadra dentre as previsões do Quesito 8, e não houve atuação junto à ação civil pública (folhas 42.166-42.172) conforme se depreende da certidão emitida pelo TJ/RS. Assim, foram atribuídos 02 pontos neste quesito.

Também aqui, com a devida vênia, não se houve bem a Comissão Licitante. Apesar de terem sido juntadas as certidões requeridas, apenas uma foi considerada. O indeferimento das outras duas se deu, no caso da de folhas 42.148-42.156, por não se tratar de ação civil pública e sim de improbidade administrativa e a de folhas 42.166-42.172 por entender que não houve atuação.

Começando pela última (fl. 42.166-42.172), a decisão recorrida é contrária ao princípio da vinculação ao edital e ao julgamento objetivo, tendo em vista o *quesito exige apenas comprovação de atuação em ação da classe civil pública, conforme expressa a alínea "a", e não faz qualquer menção ou exigência quanto à demonstração do conteúdo dessa atuação.*

O julgamento, nesse particular, acabou por criar um critério secundário não prevista no Edital, o que não é autorizado pela lei, merecendo, só por isso, pronta reforma.

A lei 13.303/2016 expressa claramente em seu art.58,II:

“Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

...

II - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros ESTABELECIDOS DE FORMA EXPRESSA no instrumento convocatório;” (grifo nosso)

Atente-se para as lições de CARLOS PINTO COELHO MOTTA, em análise da antiga lei 8.666/93, mas que se enquadra perfeitamente à norma acima transcrita, porque reprisa o princípio da estrita vinculação ao instrumento convocatório:

“Citem-se no texto da Lei 8.666/93, dispositivos que se destinam precipuamente a concretizar o princípio da legalidade: são eles: o art. 4º - que estabelece o direito à fiel observância do procedimento e o art. 41, que exige o cumprimento das normas e condições do edital. O instrumento convocatório é a baliza no relacionamento entre a Administração e os licitantes, fixando os direitos e explicitando prerrogativas. EIS POR QUE É VEDADA QUALQUER SURPRESA NESSE RELACIONAMENTO: ESTA REPRESENTARIA A ARBITRARIEDADE”. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho, Eficácia nas Licitações e Contratos, 8ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p.70).” (grifo nosso)

Não bastasse, esclarecemos que a Recorrente foi contratada para se manifestar na referida ação nº 5037800-80.2021.8.21.0001, apenas para dizer do seu desinteresse em atuar no polo ativo como, aliás, demonstra a **expressa orientação nesse sentido recebida do Banco** presente na mensagem recebida em 29/07/2022, às 16:20h (cópia em anexo II). Essa era a atuação desejada pelo cliente. A interpretação da Comissão de que atuação seria a prática de outros atos processuais não encontra respaldo no edital. Atuação, lato senso, é o ato de produzir manifestação processual de acordo e

no interesse do cliente. Assim, mesmo que limitado ao quanto desejado, o fato de Banrisul ter confiado procuração para a Recorrente, indica que a mesma tem competência suficiente para tal condução, que sempre será, por expressa determinação contratual, de acordo com as diretrizes traçadas pelo Contratante. Além disso, recentemente comparecemos em audiência na referida ação, na condição de terceiro interessado, audiência essa realizada no dia 27/03/2023, cuja a ata segue anexa (anexo III), ao presente recurso, uma vez que o ato processual é posterior ao início do certame licitatório.

Já no que concerne à ação cuja certidão se encontra nas folhas 42.148-42156, não resta dúvida que a Comissão Licitante foi induzida em erro pela serventia judicial, uma vez que a classificação da mesma tomou por base o ato administrativo faltoso e não instrumento processual próprio. A mera análise da primeira folha da petição inicial (cópia em anexo IV, cuja diligência sempre esteve à disposição da Comissão Licitante), permite constatar que se trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual e pela Procuradoria do Município de Alvorada, deixando claro que se está diante da categoria processual especificada no Edital, ou seja, AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA [processo nº 5001131-32.2015.8.21.0003].

Mera consulta do teor da demanda proposta evidencia que a postulação tem por base a Lei 7.347/85, que atribui legitimidade para os entes públicos que subscrevem a inicial.

O despacho que recebe a inicial não deixa dúvida quanto a natureza da ação destacada (anexo V).

Portanto, diante do escusável equívoco de avaliação, requer seja reformada a conclusão recorrida e atribuída a totalidade dos pontos declarados pelo licitante no quesito 8.



II.5) FUNDAMENTOS

II.5.1) Juntada de Documentos na fase recursal - Possibilidade

Além do quanto já discorrido acima, cabe elucidar que a juntada agora, em grau recursal, de documentos complementares é permitida, **pois atesta condição pré-existente** e que em nada interfere na condição relacionada à habilitação e/ou ao cumprimento das propostas. Ou seja, **os documentos e esclarecimentos adicionais tem cunho declaratório de fato pré-existente** e não constitutivo. De outro lado, sua não-aceitação poderá resultar em objetivo dissociado do interesse público.

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do **Tribunal de Contas da União (TCU) esposado no Acórdão nº 1.211/2021**, cuja ementa está assim redigida:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE.

OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET.

1. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do



interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). (Grifo nosso)

2. O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Corroborando esse entendimento, incluiremos, a seguir, trechos do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues:

"Embora a regra atual seja a apresentação da documentação de habilitação até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública, podendo o licitante retirá-la ou substituí-la até então, nos termos do art. 26, caput, do recente Decreto 10.024/2019, o art. 47 do mesmo normativo abre a possibilidade, tanto na fase de julgamento das propostas quanto na de habilitação, de o pregoeiro sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes. O art. 17, inciso VI, por sua vez, estabelece como dever do pregoeiro sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica." (Grifo nosso)



O Ministro do TCU reafirma a possibilidade para juntar documentos que atestem condição preexistente, sob pena de, em não sendo oportunizado, resultar objetivo dissociado do interesse público, *verbis*:

Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).
(Grifo nosso)

Cito ainda o disposto no art. 64 da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 1º de abril de 2021), que revogará a Lei 8.666/1993 após decorridos 2 anos da sua publicação oficial:

"Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação".

Nesse sentido, muito mais razão há no caso, onde não há equívocos das partes, apenas o estrito cumprimento pela Recorrente dos termos do edital.

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto insculpido no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021):

LEI 8.666/93 – “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º 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, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

LEI 14.133/21 - “Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação”.

A inclusão posterior de documentos por parte da própria autoridade condutora do certame licitatório ou mesmo por licitantes deverá ser admitida desde que seja necessária para comprovar ou esclarecer a existência de fatos existentes à época da licitação, concernentes à proposta de preços ou habilitação dos participantes, porém não documentados nos autos.

Em outras palavras, referidos dispositivos legais não vedam toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali

se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Aí sim haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia.

Assim, a juntada de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação dos envelopes não configura ilegalidade ou irregularidade.

Em suma, havendo alguma falha formal ou material, omissão ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta há um *poder-dever* por parte da Comissão de Licitação/Pregoeiro em realizar a diligência, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca pela eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Note-se, inclusive, que a realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independe de previsão em edital, sendo decorrente dos princípios da Administração Pública e da própria disposição legal contida desde a primordial Lei Licitações nº 8.666/93. E não deve haver receio para a realização dessa diligência, uma vez que o agente público (Pregoeiro, de regra) não estará infringindo o Edital e estará, como se viu, amparado pela legislação de regência.

II.5.2) Aplicabilidade do Formalismo Moderado em relação aos Quesitos 2, 4 e 5

Não se pode negar que o formalismo constitui importante medida de segurança e previsibilidade dos atos e contribui para garantir o devido processo legal e o cumprimento dos direitos do particular e dos interesses da administração.

No entanto, deve-se ter em mente que o processo administrativo, em especial o licitatório, não representa um fim em si mesmo, mas um meio para o atendimento das necessidades públicas. Neste sentido, o professor Adilson Dallari⁷ esclarece que “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”

Diante deste raciocínio que se entende que o princípio da formalidade não pode ser utilizado como barreira à concretização da finalidade dos atos e tampouco pode ser exigido quando dispensável, em especial, nos processos administrativos. É neste sentido que se orienta o TCU:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015) - grifamos

Na evolução legislativa da matéria, a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021) consagrou expressamente o formalismo moderado ao prever, no inciso II, do art. 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

“Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:
(...)”

⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 209

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo; “

Neste caso, em um possível conflito de princípios, a opção do legislador foi o de privilegiar o formalismo moderado - e o princípio da vantajosidade - em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Tecendo comentários acerca da nova disposição legal que veio a positivar o formalismo moderado, Irene Patrícia Diom Nohara⁸ pontua:

“Está superada, do ponto de vista da hermenêutica, a ideia jusnaturalista do *bouche de la loi* (Montesquieu), que via no intérprete uma espécie de autômato de um sentido único extraído do texto normativo. A textura aberta da linguagem rechaça a certeza ou a precisão absoluta na interpretação, sendo os princípios parâmetros relevantes, mas também variáveis, de aplicação da lei.

No caso da licitação, a exigência de formalismo deve ser sopesada diante das características do caso concreto, em virtude dos princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de seleção da proposta mais vantajosa.” - grifamos

O rigorismo formal é rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência, que privilegiam a atuação voltada à concretização do interesse público. Sob esse aspecto, passando para a análise de uma situação hipotética, vivenciada na praxe administrativa, a inabilitação da empresa licitante por mera irregularidade formal não deve prevalecer quando não afetar a objetividade e efetividade de sua proposta.

⁸ NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada. - 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021 RL-1.6.

O Tribunal de Contas da União tem asseverado, nas decisões que versam sobre desclassificação e inabilitação de empresas em processos administrativos, que devem prevalecer os princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa em detrimento do formalismo, quando se verificar falha formal, que poderia ser sanada mediante diligência, considerando irregular a desclassificação de licitante. Vejamos:

“12. Como bem salientado pela Selog, a decisão dos Correios de desclassificar a proposta da ora representante privilegiou o formalismo em detrimento dos princípios da ampliação da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa.

(...)

14. Embora, os precedentes colacionados pela unidade técnica se refiram a certames regidos pela Lei 8.666/1993, e não pela Lei 13.303/2016, como se verifica neste feito, deles se extrai, nos termos assinalados pela própria Selog, o posicionamento deste Tribunal no sentido de ser indevida a inabilitação de licitante em decorrência de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, consoante ilustram os seguintes fragmentos:

Acórdão 3.340/2015 – Plenário (Rel. Ministro Bruno Dantas):

“Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).”

Acórdão 918/2014 – Plenário (Rel. Ministro Aroldo Cedraz):

“A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento

novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.”

Acórdão 2.873/2014 – Plenário (Rel. Ministro Augusto Sherman):

“Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.”

[...]

5. A análise preliminar da documentação acostada revelou indícios de que a representante teve sua proposta desclassificada indevidamente, por não ter apresentado a declaração prevista no subitem 7.6, alínea a.6, do edital regulador da disputa, de que os documentos encaminhados por meio do Sistema Licitações-e seriam autênticos aos originais, falha formal que poderia ser sanada mediante diligência. (TCU. Acórdão n. 1920/2020-Plenário. Data da sessão: 22.07.2020)”

Inclusive, o TCU vem conferindo uma interpretação ampla ao art. 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/1993, entendendo pela mitigação do formalismo ainda que diante da própria ausência do documento. Desta forma, convém destacar um excerto dos fundamentos lançados pelo Ministro Relator Augusto Sherman no Relatório de Auditoria TC-002.147/2011-4:

“Entende-se o respeito à vinculação ao edital não deve superar os objetivos maiores da licitação, consistentes na ampla concorrência e na seleção da proposta mais vantajosa, sobretudo porque as falhas cometidas pelas referidas empresas, a princípio, não provocaram qualquer reflexo em suas propostas, e sua aceitação não feriria a isonomia entre os concorrentes e não teria qualquer efeito indesejável na

execução do contrato, somente caracterizando excesso de formalismo em detrimento da competitividade do certame. (TCU. 002.147/2011-4. Relato: Augusto Sherman, j. 06.12.2011)”

No julgado abaixo colacionado, o Superior Tribunal de Justiça sustenta a possibilidade de, valendo-se do princípio do formalismo moderado, ver-se regra editalícia flexibilizada para atingimento do objetivo do edital:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA OUTORGA DAS DELEGAÇÕES NOTARIAIS E REGISTRAIS DO ESTADO DO PARANÁ, REGIDO PELO EDITAL 01/2018. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. NÃO APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE SEGUNDO GRAU DAS JUSTIÇAS ESTADUAL E FEDERAL. QUESTÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ENTREGA DE CERTIDÃO DE CASAMENTO "ATUALIZADA". INAPLICABILIDADE DE CRITÉRIO DE NATUREZA TEMPORAL, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

5. A interpretação adotada pela autoridade impetrada e, também, pelo Tribunal de origem em relação ao item 5.1.1. do Edital do concurso ampara-se em um exagero formal, que de modo algum privilegia a segurança dos indivíduos e a previsibilidade dos atos administrativos. A interpretação que aqui se propõe, além de ser compatível com as possibilidades semânticas do texto editalício em exame, tem o condão de se harmonizar com o princípio do formalismo moderado, propiciando-se ser alcançado o fim almejado pelo Edital (que, como cediço, representa a "lei" do certame) e pelo ato atacado neste mandado de segurança. Inteligência do art. 3º da Lei Estadual 20.656/2021 (que "Estabelece normas gerais e procedimentos especiais sobre atos e processos

administrativos que não tenham disciplina legal específica, no âmbito do Estado do Paraná"). Nesse sentido, mutatis mutandis: RMS n. 28.171/SP, relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/6/2009.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança pleiteada, a fim de anular o ato apontado como coator e, via de consequência, declarar válida e regular a inscrição definitiva e a habilitação do impetrante, ora recorrente, no certame em tela. (RMS n. 70.368/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 5/5/2023.) - grifamos

Esta linha de raciocínio que orienta os Tribunais de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça expressa uma verdadeira ponderação de princípio, uma vez que estabelece no caso em concreto um maior peso ao princípio do formalismo moderado, bem como ao princípio da razoabilidade em detrimento ao princípio da legalidade, ao da vinculação ao instrumento convocatório e ao do julgamento objetivo. Além disso, acaba por privilegiar, via de regra, o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nesse sentido, o procedimento licitatório deve ser visualizado como meio para atingimento de uma finalidade pública primária e não como fonte de privilégio de determinados agentes que se revelam mais preparados para cumprir o edital, mas não necessariamente o objeto do certame.

Logo, os argumentos que levaram essa Comissão à não atribuir a totalidade dos pontos declarados pela Recorrente nos Quesitos 2, 4 e 5, especialmente, merecem ser revistos sob o prisma do princípio do formalismo moderado, através do qual se vislumbrará haver nos fundamentos recursais ora trazidos elementos suficientes para a reforma da decisão recorrida e, conseqüentemente, levar a uma nova decisão que atribua todos os pontos declarados. **É o que se requer.**



III – Do Pedido

O Recorrente requer o conhecimento do presente recurso administrativo, pois tempestivo, para dar-lhe o integral provimento, **RECEBENDO os fundamentos que evidenciam a incorreção da solução dada pela decisão recorrida quanto à atribuição parcial de pontos aos quesitos aqui destacados e RETIFICANDO a decisão administrativa, para ATRIBUIR à sociedade recorrente a totalidade dos pontos declarados em sua Proposta para os Quesitos 2, 4, 5 e 8, por ser a única manifestação possível de respeito aos princípios da isonomia, da legalidade, da eficiência e, sobretudo, à JUSTIÇA.**

Termos em que pede e aguarda deferimento.

Porto Alegre/RS, 9 de outubro de 2023.

Roberto Pacheco Tapia
OAB/RS 24.117
Sócio Administrador