



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Thomas Fredel

A Responsabilidade Civil do Estado pela Perda de uma Chance em Licitações:
o dever de indenizar pela exclusão indevida de licitantes

Florianópolis/SC
2025

Thomas Fredel

**A Responsabilidade Civil do Estado pela Perda de uma Chance em Licitações:
o dever de indenizar pela exclusão indevida de licitantes**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Daniel Deggau Bastos

Florianópolis/SC

2025

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Fredel, Thomas

A Responsabilidade Civil do Estado pela Perda de uma Chance em Licitações : o dever de indenizar pela exclusão indevida de licitantes / Thomas Fredel ; orientador, Daniel Deggau Bastos, 2025.

68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2025.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade Civil do Estado. 3. Perda de uma Chance. 4. Licitação. I. Bastos, Daniel Deggau . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Coordenação de TCC**

Thomas Fredel

A Responsabilidade Civil do Estado pela Perda de uma Chance em Licitações: o dever de indenizar pela exclusão indevida de licitantes

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 27 de novembro de 2025.

Insira neste espaço
a assinatura

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Insira neste espaço
a assinatura

Prof. Dr. Daniel Deggau Bastos
Orientador

Insira neste espaço
a assinatura

Prof. Dr. Márlio Aguiar
UFSC

Insira neste espaço
a assinatura

Carlos Mendes da Silveira Cunha
PPGD/UFSC

Florianópolis, 2025.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Márcio e Sandra, pelo incentivo constante e pelo apoio incondicional ao longo de toda a minha trajetória acadêmica e na elaboração deste trabalho. Manifesto minha gratidão ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Deggau Bastos, pelas aulas marcantes no início da graduação e pela orientação firme, célere e sempre atenciosa. Estendo meus agradecimentos ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e ao Ministério Público de Santa Catarina pela valiosa oportunidade de estágio, que contribuiu significativamente para minha formação profissional. Por fim, registro meu reconhecimento à Universidade Federal de Santa Catarina, por oferecer um ambiente acadêmico estimulante e propício ao desenvolvimento do estudo e da pesquisa.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo investigar a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela perda de uma chance decorrente da exclusão indevida de licitantes. A relevância desta temática reside na garantia do princípio da moralidade administrativa e do interesse público, bem como na tutela dos direitos dos concorrentes. Desse modo, a pesquisa utilizou-se do método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais. Inicialmente, examinam-se os fundamentos da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro e da teoria da perda de uma chance, para, posteriormente, identificar as hipóteses de exclusão indevida em licitações e os pressupostos específicos da perda de uma chance em licitações, assim como analisar o posicionamento dos tribunais nacionais sobre esta temática. Conclui-se que, diante de condutas ilegais ou abusivas da Administração Pública, especialmente na fase de habilitação ou na imposição de sanções, é possível reconhecer a perda de uma chance quando o licitante demonstrar possuir uma probabilidade séria e real de êxito no certame. Tal chance é aferida a partir de sua posição competitiva, do atendimento aos requisitos de habilitação e da efetiva viabilidade jurídica da contratação. A jurisprudência evidencia que a oportunidade frustrada não se confunde com um direito à contratação, mas constitui expectativa legítima cuja supressão ilícita gera o dever de indenizar, em medida proporcional à probabilidade de sucesso. Assim, reforça-se a necessidade de uma responsabilização equilibrada da Administração, pautada na razoabilidade e na adequada quantificação dos valores indenizatórios.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado, Perda de uma Chance, Licitação

ABSTRACT

This monograph aims to examine the possibility of holding the State civilly liable for the loss of a chance arising from the improper exclusion of bidders in public procurement procedures. The relevance of this topic lies in safeguarding the principle of administrative morality and the public interest, as well as protecting the rights of competitors. Accordingly, the research employed the deductive method, drawing on a bibliographic review and the analysis of judicial decisions. Initially, the study explores the foundations of the State's civil liability in Brazilian law and the theoretical framework of the loss of a chance doctrine. It then identifies the circumstances in which bidders may be improperly excluded from procurement procedures and the specific requirements for recognizing loss of a chance in this context, in addition to assessing the position adopted by national courts on the matter. The study concludes that, in situations involving unlawful or abusive conduct by the Public Administration—particularly during the qualification stage or in the imposition of sanctions—it is possible to acknowledge loss of a chance when the bidder proves a serious and real probability of success in the procurement process. Such probability is assessed based on the bidder's competitive standing, compliance with qualification requirements, and the actual legal feasibility of the contract award. Case law demonstrates that the frustrated opportunity does not amount to a right to contract with the Administration, but rather constitutes a legitimate expectation whose unlawful suppression gives rise to a duty to indemnify, proportionate to the likelihood of success. Thus, the findings underscore the need for balanced State liability, guided by reasonableness and by the proper quantification of compensatory damages.

Keywords: State Civil Liability; Loss of a Chance; Public Procurement.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Monografie hat zum Ziel, die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Haftung des Staates wegen des Verlusts einer Chance infolge der unrechtmäßigen Ausschließung von Bietern in Vergabeverfahren zu untersuchen. Die Relevanz des Themas liegt in der Sicherung des Grundsatzes der Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung und des öffentlichen Interesses sowie im Schutz der Rechte der Wettbewerber. Die Untersuchung bedient sich hierzu der deduktiven Methodik auf der Grundlage einer Auswertung der Literatur und der Analyse gerichtlicher Entscheidungen. Zunächst werden die Grundlagen der Staatshaftung im brasilianischen Recht sowie die Dogmatik des Verlustes einer Chance dargestellt. Anschließend werden die Fallgruppen unrechtmäßiger Ausschließung von Bietern in öffentlichen Ausschreibungen und die spezifischen Voraussetzungen des Verlustes einer Chance im vergaberechtlichen Kontext herausgearbeitet, ebenso wie die hierzu ergangene Rechtsprechung der nationalen Gerichte ausgewertet. Es wird der Schluss gezogen, dass bei rechtswidrigem oder missbräuchlichem Verhalten der öffentlichen Verwaltung – insbesondere in der Eignungsprüfungsphase oder bei der Verhängung von Sanktionen – ein Verlust einer Chance anerkannt werden kann, wenn der Bieter eine ernsthafte und reale Erfolgsaussicht im Vergabeverfahren nachzuweisen vermag. Diese Chance wird anhand seiner wettbewerblichen Stellung, der Erfüllung der Eignungsanforderungen sowie der tatsächlichen rechtlichen Realisierbarkeit des Vertragsschlusses bemessen. Die Rechtsprechung zeigt, dass die vereitelte Gelegenheit nicht mit einem Anspruch auf Vertragsschluss gleichgesetzt werden kann, sondern eine legitime Erwartung darstellt, deren rechtswidrige Vereitelung eine Ersatzpflicht in einem dem Grad der Erfolgsaussicht entsprechenden Umfang begründet. Damit wird die Notwendigkeit einer ausgewogenen Haftung der öffentlichen Hand betont, die sich an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und einer sachgerechten Bemessung des Schadensersatzes orientiert.

Schlagwörter: Staatshaftung; Verlust einer Chance; Vergaberecht.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEF	Caixa Econômica Federal
CF	Constituição Federal
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
PIB	Produto Interno Bruto
SIASG	Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3 Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	13
2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	13
2.1.1	Evolução da Responsabilidade Civil do Estado.....	14
2.1.2	Teoria do Risco Administrativo no Direito Brasileiro	16
2.1.3	Excludentes de Responsabilidade Civil do Estado	20
2.2	TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	22
2.2.1	Conceito da Perda de uma Chance	22
2.2.2	Natureza da Perda de uma Chance	25
2.2.3	Requisitos da Perda de uma Chance	27
2.2.4	Quantificação da Indenização pela Perda de uma Chance	28
3	LICITAÇÕES E A EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES	30
3.1	REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES	30
3.2	PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	37
3.3	HIPÓTESES DE EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES.....	44
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE EM LICITAÇÕES.....	49
4.1	A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO ESTADO.....	49
4.2	A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES	51
4.3	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	55
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O Estado, enquanto ente político-jurídico incumbido da promoção do bem-estar social, deve realizar a aquisição de bens e serviços indispensáveis à consecução de suas finalidades institucionais. Tais aquisições visam tanto à satisfação do interesse público primário, consubstanciado no atendimento direto das necessidades coletivas, quanto do interesse público secundário, voltado à preservação e à eficiência da própria estrutura administrativa, condição necessária à continuidade da atuação estatal.

Assim, as licitações representam um relevante mecanismo de racionalização do uso dos recursos públicos, possibilitando à Administração a opção da melhor proposta apresentada, em razão do caráter competitivo do certame, bem como de garantia de que diferentes interessados possam contratar com o Poder Público, acarretando a mitigação do risco de conluíus ilícitos entre agentes estatais e particulares.

Não obstante, para que tais finalidades sejam efetivamente alcançadas, a licitação assumiu a natureza de procedimento administrativo de elevada complexidade, composto por múltiplas etapas e permeado por um conjunto expressivo de requisitos formais e materiais a serem observados. Essa intrincada conformação procedimental, ainda que a nova legislação tenha incorporado o princípio do formalismo moderado, permitindo a regularização de vícios sanáveis, amplia a margem para eventuais exclusões irregulares de licitantes.

Em razão da amplitude de possibilidades de indenizações decorrentes da responsabilidade pré-contratual do Estado, a presente monografia limita-se a analisar a privação de oportunidade de licitante que, com elevado grau de probabilidade de sagrar-se vencedor do certame, foi irregularmente desclassificado, sob a ótica da teoria da perda de uma chance, construção jurisprudencial de origem francesa, assimilada recentemente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a presente pesquisa busca responder ao seguinte problema: é possível responsabilizar civilmente o Estado pela perda de uma chance decorrente de ato ilícito que resulte na exclusão indevida de um participante de procedimento licitatório?

Desse modo, adota-se, no presente trabalho, a hipótese de que o Estado, ao praticar ato ilícito que acarrete a exclusão irregular de um licitante ainda

desprovido de direito subjetivo à contratação, deverá responder civilmente, mediante indenização pela perda de uma chance, desde que a oportunidade frustrada se revele séria e real.

O objetivo geral deste trabalho consiste em investigar a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela perda de uma chance, nas hipóteses em que a Administração Pública, ao praticar ato antijurídico, venha a ocasionar a exclusão indevida de licitante em procedimento licitatório.

O método de abordagem adotado é o dedutivo, desenvolvido a partir da análise de premissas gerais acerca da responsabilidade civil do Estado, aplicadas posteriormente ao contexto específico das licitações públicas. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e documental, com base na consulta de obras de renomados doutrinadores, artigos acadêmicos, legislação vigente e jurisprudência dos tribunais pátrios. Assim, a pesquisa está estruturada em três capítulos, descritos de maneira sintética a seguir:

Dessa maneira, o primeiro capítulo tem como objetivo elaborar uma revisão bibliográfica da responsabilidade civil do Estado, através da análise da evolução, adoção da teoria do risco administrativo, elementos configuradores, especificidades e hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal, bem como apresentar a teoria da perda de uma chance, por meio da investigação de seus requisitos, critérios para definir o quantum indenizatório e as controvérsias acerca de sua natureza jurídica.

O segundo capítulo tem por objetivo examinar o regime jurídico das licitações públicas, abordando suas finalidades e modalidades, bem como a estrutura procedimental que o compõe, com destaque para as fases e requisitos legalmente previstos. Ao final, busca-se identificar e analisar as hipóteses de exclusão irregular de licitantes, de modo a evidenciar as situações em que o afastamento de participantes ocorre em desconformidade com os princípios e normas que regem o certame.

Por fim, o terceiro capítulo dedica-se à análise da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito das licitações públicas, examinando os pressupostos necessários à configuração do dever de indenizar e, em seguida, procedendo à análise crítica de julgados que tratam da matéria, com o propósito de verificar de que forma os tribunais pátrios têm aplicado a referida teoria em casos de exclusão indevida de licitantes.

A relevância do tema reside no contexto de que, uma vez que a Constituição de 1988, buscando a efetivação da cidadania, atribuiu ao Estado brasileiro a prestação de um número significativo de serviços públicos e outras funções administrativas, houve o crescimento da necessidade do setor público de adquirir bens e serviços, sendo que segundo dados de 2022, as contratações públicas representaram 12% do PIB, o Produto Interno Bruto (Schiefler, 2022).

Assim, o estudo da responsabilização civil do Estado pela perda de uma chance decorrente de exclusão indevida de licitantes é fundamental para garantir a justiça, a legalidade e a eficiência na administração pública, além de proteger os direitos dos participantes do procedimento licitatório.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

O primeiro capítulo tem por finalidade estabelecer o marco teórico geral sobre o qual se assenta a investigação proposta. Parte-se da análise da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, com ênfase na superação da antiga teoria da irresponsabilidade estatal, na recepção constitucional da teoria do risco administrativo e nas distinções em relação ao risco integral e às excludentes de responsabilidade. A seguir, examina-se a teoria da perda de uma chance, desde sua origem jurisprudencial no direito francês até sua consolidação na doutrina e na jurisprudência nacionais, destacando-se seus pressupostos, natureza jurídica e critérios de quantificação da indenização. Ao final do capítulo, busca-se evidenciar como a perda de uma chance pode funcionar como instrumento de tutela de expectativas legítimas em situações em que o dano final é incerto, mas a probabilidade de obtenção de resultado favorável foi indevidamente frustrada por ato estatal.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O presente subtópico tem por objetivo delinear os contornos da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo o marco teórico necessário para a posterior análise da perda de uma chance em licitações. Para tanto, examina-se, inicialmente, a evolução histórica do instituto, desde a fase da irresponsabilidade estatal até a consolidação da responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo. Em seguida, são analisados os elementos configuradores da responsabilidade civil extracontratual do Estado, bem como as distinções em relação à teoria do risco integral e às situações de responsabilidade por atos comissivos, omissivos e legislativos. Por fim, apresentam-se as principais excludentes denexo de causalidade, como o caso fortuito ou força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato exclusivo de terceiro, de modo a explicitar em que hipóteses o dever de indenizar pode ser afastado.

2.1.1 Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

Em um primeiro momento, na fase inicial do surgimento do Estado contemporâneo, inexistia o dever de indenizar em caso de dano ocasionado pela atividade estatal. Este período, denominado de Teoria da Irresponsabilidade do Estado, também chamada de teoria feudal, regaliana ou regalista, era caracterizado pelo absolutismo monárquico do Antigo Regime, este, por sua vez, justificado pela Teoria do Direito Divino dos Reis. Desse modo, o monarca era considerado um representante de Deus na Terra, e como Deus não poderia errar, o soberano, confundido com o próprio Estado, também não poderia (Heinen, 2024, p. 1573).

Posteriormente, com a consolidação do conceito de Estado de Direito, no qual a Administração Pública se submete à legalidade, a Teoria da Irresponsabilidade Civil tornou-se contraditória e ultrapassada (Cavaliere, 2023, p. 304). Assim, atraiu-se a incidência da responsabilidade civil do regime privado para os danos causados pelo poder público (Heinen, 2024, p. 1574). Dessa maneira, a responsabilidade civil do Estado era subjetiva, com a configuração do dever de indenizar condicionada à comprovação de que o dano foi praticado por um servidor estatal, e de que este agiu com culpa (Cavaliere, 2023, p. 304).

No entanto, com o decurso do tempo, verificou-se que a teoria civilista era insuficiente para garantir a reparação dos danos em diversas situações. Neste sentido, surge a Teoria da Culpa do Serviço (*Faute du Service*), na qual o dever de indenizar nasce de alguma falha na prestação de um serviço público, seja porque não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal, não sendo necessário aferir a conduta culposa do agente público (Pietro, 2025, p. 742). Entretanto, a responsabilidade continua sendo subjetiva, uma vez que cabia à vítima comprovar a falha na prestação do serviço público (Cavaliere Filho, 2023, p. 305).

A evolução para a responsabilidade objetiva do Estado ocorreu com a percepção tanto de que o Estado possui maiores prerrogativas do que o administrado, quanto que o ônus de comprovar a culpa estatal era flagrantemente injusta com o cidadão (Carvalho Filho, 2025, p. 463). Neste contexto surge a teoria do risco administrativo, com fundamento nos riscos decorrentes das atividades estatais em geral, conforme leciona Sérgio Cavaliere Filho (2023, p. 307):

É o dever de segurança, a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo

quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.

Dessa maneira, na Teoria do Risco Administrativo, o dano sofrido pelo particular deve ser indenizado independentemente da culpa do agente público, sendo necessário verificar apenas a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido, uma vez que é possível afastar a responsabilização estatal mediante a comprovação de excludentes de nexos de causalidade (Marrara, 2025, p. 343).

É relevante distinguir a Teoria do Risco Administrativo da Teoria do Risco Integral. A Teoria do Risco Integral é modalidade extrema de responsabilização do Estado, dispensando a comprovação do nexo de causalidade, e conseqüentemente, impossibilitando a arguição de excludentes de responsabilidade civil (Carvalho Filho, 2025, p. 463).

A doutrina majoritária aponta que as limitadas hipóteses de aplicação da Teoria do Risco Integral na responsabilidade civil extracontratual do Estado incluem: atentado terrorista em aeronave, dano nuclear, acidentes de trabalho nas relações de emprego público, e o dano ambiental, apesar da divergência anterior, ante a consolidação do entendimento no STJ (Heinen, 2024, p. 1578).

A incidência da Teoria do Risco Integral aos danos nucleares é questionada por determinados doutrinadores. Na visão de Irene Nohara (2025, p. 823), trata-se de “responsabilidade objetiva peculiar, cujo regime jurídico se localiza num patamar intermediário entre o risco integral e o risco administrativo, tendo em alguns aspectos características próprias”, uma vez que o art. 8 da Lei 6.453 prevê expressamente a exclusão do dever de indenizar em caso de conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

A responsabilidade integral da União por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, regulamentada pela Lei 10.744/2003, apresenta uma série de peculiaridades e fatores de mitigação. Conforme Thiago Marrara (2025, p. 354):

De acordo com a Lei n. 10.744/2003, a União não assume direta e automaticamente a responsabilidade. Trata-se de uma autorização legal para que o Estado assumira a responsabilidade integral nesses casos e

dentro de um certo limite pecuniário. Caso a assunção ocorra, a União ficará sub-rogada em todos os direitos que a empresa aérea ou o beneficiário detiver contra aqueles que, por ato, fato ou omissão, tiver causado os prejuízos reparados com o dinheiro público (art. 6).

2.1.2 Teoria do Risco Administrativo no Direito Brasileiro

A Teoria do Risco Administrativo foi acolhida expressamente no Direito Brasileiro com a promulgação da Constituição de 1946 (Cavaliere Filho, 2023, p. 309). Atualmente, o artigo 37, § 6, da Constituição Federal, tem a seguinte redação: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Nesse sentido, o artigo 43 do Código Civil dispõe: *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

É importante destacar que os dispositivos citados tratam da responsabilidade civil extracontratual do Estado, decorrente de condutas que resultem na infração de um dever jurídico de origem não contratual, distinguindo-se da responsabilidade contratual, que deriva do inadimplemento ou violação de cláusulas de contratos administrativos (Justen Filho, 2025, p. 878).

A responsabilidade contratual do Estado apresenta peculiaridades próprias, uma vez que, no regime dos contratos administrativos, a Administração dispõe de prerrogativas especiais, conhecidas como cláusulas exorbitantes, que permitem, entre outros poderes, a aplicação de sanções administrativas previstas em lei. Além disso, diferentemente dos contratos civis, os contratos administrativos visam tutelar o interesse de terceiros, especialmente os usuários de serviços públicos (Marrara, 2025, p. 337).

Thiago Marrara (2025, p. 346) aponta três diretrizes do art. 37, § 6, da Constituição acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado: (i) as pessoas estatais respondem objetivamente; (ii) as pessoas jurídicas não estatais,

mas que atuam em nome do Estado, executando suas tarefas, também respondem objetivamente; e (iii) a responsabilidade dos agentes públicos é apenas subjetiva.

Em relação aos elementos configuradores da Responsabilidade Civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro Celso de Mello didaticamente elencou, no Recurso Extraordinário 109.615:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)

Desse modo, infere-se que a Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro, lastreada na Teoria do Risco Administrativo, possui três pressupostos: a ação ou omissão imputável ao Estado, o dano sofrido e o nexo de causalidade (Marrara, 2025, p. 344).

Assim, conforme se extrai do texto constitucional, o ato ilícito deve não apenas ter sido praticado por agente público, mas que estivesse atuando nesta qualidade. A Constituição de 1988 promoveu avanço terminológico ao empregar a expressão “agente” em substituição ao tradicional “funcionário público”, ampliando o espectro subjetivo da responsabilidade estatal, pois passou-se a abranger todas as pessoas físicas que desempenham função administrativa em nome do Estado, sejam permanentes ou temporárias, estatutárias, celetistas, comissionadas, delegadas ou até mesmo particulares em colaboração com o Poder Público, independentemente do regime estatutário, permanente ou temporário (Meirelles, 2025, p. 659).

Dessa maneira, o agente público poderá ser responsabilizado apenas na hipótese de ter atuado com dolo ou culpa, isto é, a responsabilidade subjetiva. Trata-se do Princípio da Dupla Garantia, uma vez que tanto o particular lesado quanto o agente estatal são beneficiados: ao particular, facilita-se a reparação do dano devido à prescindibilidade da comprovação do elemento culpa *lato sensu*; e ao agente

público, que somente responderá perante a entidade estatal que se vincular (Cavaliere Filho, 2023, p. 316).

Assim, conforme a Teoria da Dupla Garantia, desenvolvida jurisprudencialmente pelo STF, o agente público somente será responsabilizado se a pessoa jurídica estatal for condenada, mover a ação judicial subsequente de regresso e conseguir comprovar a culpa lato sensu do agente (Marrara, 2025, p. 393).

Parcela relevante da doutrina administrativa problematiza a Teoria da Dupla Garantia, destacando-se, entre as principais críticas: a exigência de duplicação de processos, o principal e o de regresso; a função de “escudo”, servindo como proteção ao mau gestor ao reduzir os riscos por condutas dolosas ou gravemente culposas, sobretudo diante da baixa efetividade das ações de regresso; e o comprometimento da credibilidade do Estado, ao dificultar a responsabilização de agentes mesmo na hipótese de existência de provas robustas do dano e da conduta culposa (Marrara, 2025, p. 394).

Ademais, admite-se a criação de um dever de indenizar pela prática de um ato lícito da Administração pública, desde que tenha sido imposto um ônus razoável e oneroso, que inviabilize o espectro econômico de um direito do cidadão (Heinen, 2024, p. 1600). Consoante leciona José dos Santos Carvalho Filho (2025, p. 470):

Vale a pena, à guisa de exemplo, lembrar decisão do STF que condenou a União a indenizar os prejuízos decorrentes de sua intervenção no domínio econômico, em função da qual se determinara a fixação de preços, no setor sucro-alcooleiro, em patamar inferior aos valores amputados e propostos por autarquia ligada ao próprio governo federal (o extinto Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool), o que, obviamente, gerou inegáveis prejuízos. Considerou a Corte que, embora legítima a intervenção estatal, há certos limites para executá-la, inclusive dentro do princípio constitucional da liberdade de iniciativa (livre exercício das atividades econômicas), previsto no art. 170, caput, da Constituição. Em que pese a legitimidade da conduta, estavam presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva, de modo que à União caberia indenizar todos os prejudicados em virtude da decisão que adotou.

Assim, a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos tem como premissa o princípio da igualdade ou isonomia, pois, uma vez que a atuação estatal busca beneficiar a coletividade, então todos devem reparar o particular lesado,

impedindo, também, o enriquecimento sem causa da Administração Pública (Heinen, 2024, p. 1600).

O dano, conceituado como uma lesão a um bem juridicamente tutelado, poderá ser de natureza material ou moral, devendo ser certo, seja atual ou futuro, mas não hipotético; anormal, pelo ensejo de prejuízo substancialmente distinto do inexpressivo ou inerente à vida em sociedade; e específico, podendo ser aferido o impacto ocasionado em determinado indivíduo ou grupo (Marrara, 2025, p. 391).

O Estado também pode ser responsabilizado pela sua conduta omissiva, o que suscita relevante divergência doutrinária. Desse modo, parcela da doutrina sustenta a incidência da responsabilidade subjetiva, mediante aplicação da teoria da culpa do serviço (ou culpa anônima), segundo a qual a Administração somente poderia ser responsabilizada quando demonstrada a inexistência ou insuficiência da atuação estatal, decorrente de negligência, imprudência, imperícia ou dolo por parte de seus agentes (Mello, 2025, p. 875).

Desse modo, a adoção de entendimento diverso levaria a conclusões absurdas, pois permitiria que, diante de qualquer dano causado por terceiros, como assaltos, enchentes ou agressões em locais públicos, o lesado alegasse falha do serviço, o que transformaria o Estado, na prática, em um “segurador universal” (Mello, 2025, p. 876).

Outra corrente doutrinária cria uma distinção entre a espécie de omissão, se genérica ou específica, para então determinar qual espécie de responsabilidade será aplicável. Assim, restará configurada a responsabilidade estatal na hipótese de o poder público estar na condição de responsável por pessoa ou coisa e por omissão sua não impedir a ocorrência de evento danoso (Cavaliere Filho, 2023, p.318).

Sérgio Cavaliere Filho (2023, p. 320) resume a corrente:

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir (está na condição de garante ou guardião da pessoa ou coisa), ou ter apenas o dever genérico de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão.

Desse modo, a jurisprudência majoritária adotou a posição de que a responsabilidade do Estado por omissão depende da inobservância de um dever específico de agir (Marrara, 2025, p. 364).

Nesse sentido, o STF se pronunciou no Recurso Extraordinário 136.861, tema de repercussão geral 366:

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular.

Excepcionalmente, o Estado poderá vir a ser responsabilizado em decorrência de sua atividade legiferante. A doutrina majoritária indica duas hipóteses: a lei inconstitucional, desde que tenha sido reconhecida por órgão jurisdicional, independentemente da espécie de controle (concentrado ou incidental), e que tenha efetivamente ocasionado dano ao particular, e a denominada lei de efeitos concretos, considerada materialmente um ato administrativo, uma vez que o dano não é suportado de modo difuso pela coletividade, mas apenas por um ou alguns particulares, encontrando seu fundamento na igualdade de distribuição dos encargos públicos (Nohara, 2025, p. 825).

Em relação às entidades de direito privado prestadoras de serviço público, a responsabilidade civil do Estado é subsidiária, e não solidária, uma vez que são organizações com personalidade e patrimônio próprios, devendo o ente estatal responder apenas na situação de impossibilidade de cumprimento da obrigação pela delegatária (Cavaliere Filho, 2023, p. 325).

2.1.3 Excludentes de Responsabilidade Civil do Estado

No direito brasileiro, a responsabilidade civil extracontratual do Estado, fundada na teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, CF), pode ser afastada quando se verificar alguma das hipóteses excludentes do nexo de causalidade, tais como: caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima e fato exclusivo de terceiro (Cavaliere Filho, 2023, p. 312).

Parcela relevante da doutrina, tanto civilista quanto administrativista, utiliza os termos “culpa exclusiva da vítima” e “culpa exclusiva de terceiro” (Di Pietro, 2025, p. 746) No entanto, a técnica adequada demanda o uso dos termos “fato exclusivo da vítima” e “fato exclusivo de terceiro”, pois a análise restringe-se ao nexo de causalidade, não sendo necessária a aferição da culpa lato sensu (Cavaliere Filho, 2023, p. 87).

Desse modo, o caso fortuito e de força maior são hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado. Sérgio Cavaliere (2023, p. 89) adota os seguintes critérios para distinguir o caso fortuito e a força maior:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for irresistível, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza (tempestades, enchentes, furacões etc.), estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

É fundamental diferenciar o fortuito interno do fortuito externo. Desse modo, o fortuito interno pode ser definido como o fato imprevisível relacionado com os riscos da atividade desempenhada pelo agente, enquanto o fortuito externo também se caracteriza como fato imprevisível e inevitável, mas sem guardar ligação com a atividade desenvolvida pela organização (Cavaliere, 2023, p. 92).

Assim, o fortuito interno, por consistir em evento imprevisível inerente ao risco da atividade e comportar medidas preventivas pelo agente, não exclui a responsabilidade estatal. Por outro lado, no fortuito externo, o evento é totalmente estranho à atividade desempenhada, rompendo o nexo causal e, portanto, afastando o dever de indenizar (Justen, 2025, p. 888).

O fato exclusivo da vítima configura-se quando o suposto agente causador do prejuízo atua apenas como instrumento do evento danoso, pois a conduta da própria vítima é a única responsável pela produção do dano. Nessa hipótese, há ruptura total do nexo de causalidade, o que afasta a responsabilidade civil (Cavaliere Filho, 2023, p. 86).

O fato exclusivo de terceiro exclui a responsabilidade estatal quando a conduta praticada por agente estranho à relação entre a vítima e o suposto perpetrador do prejuízo, sem qualquer vínculo jurídico com este, constitui a causa

única do evento danoso. Nessa hipótese, o nexo de causalidade é rompido, afastando-se o dever de indenizar (Cavaliere Filho, 2023, p. 88).

Ademais, a responsabilidade civil do Estado poderá ser atenuada na hipótese de concorrência de causas, isto é, quando a conduta da própria vítima tiver contribuído para a produção do evento danoso, hipótese em que a indenização deverá limitar-se ao prejuízo efetivamente imputável à atuação administrativa (Marrara, 2025, p. 391).

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2025, p. 882):

O que se vem de dizer não interfere com o problema das concausas. Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do quantum indenizatório, a ser decidido na proporção em cada qual haja participado para a produção do evento.

2.2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Este subtópico dedica-se ao estudo específico da teoria da perda de uma chance, a fim de compreender em que medida ela pode ser utilizada como fundamento para a configuração da responsabilização civil do Estado. Parte-se da apresentação do conceito de perda de uma chance, entendido como a frustração de uma oportunidade séria e real de obtenção de resultado favorável, para, em seguida, investigar as diferentes posições doutrinárias acerca de sua natureza jurídica, seja como categoria autônoma de dano, de mitigação do nexo causal ou até técnica judicial. Na sequência, são examinados os requisitos necessários à configuração da perda de uma chance, com especial atenção à exigência de seriedade e realidade da chance, bem como os critérios propostos pela doutrina e pela jurisprudência para a quantificação do valor indenizatório correspondente à chance suprimida.

2.2.1 Conceito da Perda de uma Chance

A Teoria da Perda de uma Chance surgiu no direito francês, denominada de “perte d’une chance”, a partir de uma construção jurisprudencial da Corte de

Cassação Francesa ao final do século 19, permitindo a indenização de um demandante que perdeu todas as possibilidades de êxito em um processo judicial devido à atuação culposa de um oficial de justiça (Peteffi da Silva, 2013, p. 11).

Há, contudo, quem considere que a verdadeira gênese da teoria tenha ocorrido em outro acórdão da mesma Corte, que confirmou decisão indenizatória em favor de um cliente prejudicado pela conduta culposa de um notário, a qual frustrou suas chances de adquirir a propriedade rural desejada (Rotenberg, 2020, p. 83).

Maria Helena Diniz (2025, p. 71) define a perda de uma chance nos seguintes termos:

Enfim, a perda da chance é, de modo genérico, a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na esfera jurídica de quem foi lesado, moral ou patrimonialmente, por um ato comissivo ou omissivo do lesante. Trata-se de um tipo de dano indenizável pela perda de uma oportunidade de alcançar uma vantagem futura. A perda da chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo. Se assim é, o dano deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. A chance, ou oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade. A perda de uma oportunidade é um dano cuja avaliação é difícil, por não ser possível a condução da vítima ao status quo ante, pois não mais terá a chance perdida. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar.

Na doutrina da Perda de uma Chance, a chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório que, no entanto, ao ser paralisado por um ato antijurídico, resultará na perda de uma probabilidade de um evento favorável (Peteffi da Silva, 2013, p. 13).

Daniel Amaral Carnáuba caracteriza a perda de uma chance a partir de 3 elementos: a existência de um interesse sobre um resultado aleatório, a redução da probabilidade de obter o resultado pretendido, em razão da intervenção do réu; e, por fim, a não obtenção do resultado aleatório desejado (Carnáuba, 2013, p. 25).

O núcleo duro da teoria da Perda de uma Chance consiste na natureza aleatória da ambição da vítima, diante da incerteza da concretização do resultado

almejado, o que tensiona as normas gerais de reparação civil (Carnaúba, 2013, p. 26).

A doutrina costuma diferenciar as hipóteses em que a álea representa a chance de obter um benefício, a denominada álea positiva, como vencer um concurso, uma licitação ou um processo judicial, das hipóteses em que representa a chance de evitar um prejuízo, como por exemplo um erro no diagnóstico que impede a realização do adequado tratamento médico, a álea negativa (Cavaliere Filho, 2023, p. 99).

Assim, na responsabilidade pela perda de uma chance, uma das possíveis causas do dano final é o ato antijurídico, mas não a única, ante a possibilidade de causas externas diversas interferirem no resultado final do processo aleatório (Peteffi da Silva, 2013, p. 13).

De todo modo, a teoria consolidou-se na jurisprudência francesa, expandindo-se para diversas situações, como demonstra Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 21):

Em várias ocasiões envolvendo a lesão de interesses aleatórios os tribunais franceses se valeram dessa técnica de reparação de chances como solução aos enigmas do acaso: um advogado ou um oficial de justiça (huissier) deixa transcorrer o prazo para a realização de determinado ato processual, privando seu cliente da chance de exigir judicialmente seus direitos. Em razão de um erro cometido pelo jóquei, o apostador, que havia depositado suas esperanças no cavalo mal-conduzido, perde sua chance de obter o prêmio. Vítima de um grave acidente que comprometeu sua capacidade de trabalho, o autor da demanda perdeu a chance de evoluir em sua profissão; ou ainda, se o acidente é fatal, seus familiares perderam a chance de receber, no futuro, a pensão alimentar que seria prestada pela vítima falecida. Em razão da morte acidental de seu amado, a noiva perdeu a chance de se casar. Igualmente, para uma filha ilegítima, a morte trágica de sua mãe natural arruinou todas as suas chances de herdar indiretamente a fortuna de seus avós. Em outro exemplo, anteriormente mencionado, a jurisprudência concede a indenização da chance de ser aprovado em um concurso ou exame em favor do candidato que, por culpa de outrem, foi impedido de realizar as provas.

Desse modo, a reparação pela perda de uma chance não se confunde com um dano hipotético, uma vez que, enquanto a perda de uma chance refere-se à um dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade e não de

possibilidade, o dano hipotético é uma esperança subjetiva, imensurável e, portanto, não indenizável (Peteffi da Silva, 2013, p. 134).

O avanço da Ciência Estatística proporcionou maior rigor científico na aferição das probabilidades, permitindo não apenas a quantificação do valor monetário da chance perdida, mas também a legitimação da própria reparação, ao possibilitar a tradução de uma perda de uma oportunidade em parâmetros objetivos, e, portanto, contribuindo para afastar a crítica de que se trataria de mera expectativa subjetiva (Peteffi da Silva, 2013, p. 76).

Verifica-se a recepção tardia da teoria da Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se Ruy Rosado de Aguiar, magistrado pioneiro na aplicação da teoria, na década de 1990, e com a consolidação da teoria, nos âmbitos doutrinário e jurisdicional, ocorrida a partir de então (Peteffi da Silva, 2013, p. 36).

2.2.2 Natureza da Perda de uma Chance

A definição da natureza jurídica da perda de uma chance ainda é objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Discute-se se ela constitui um dano autônomo e, nesse caso, sob qual título deve ser concedida a indenização: por dano moral ou material, e, tratando-se de dano material, se configuraria como dano emergente, lucro cessante ou uma terceira modalidade (Cavaliere Filho, 2023, p. 98).

Inicialmente, cumpre salientar que a indenização pela perda de uma chance pode assumir diferentes naturezas jurídicas, sendo passível de enquadramento tanto como dano material ou patrimonial quanto como dano moral ou extrapatrimonial. Tal compreensão encontra respaldo no Enunciado n. 444 da 5ª Jornada de Direito Civil, que expressamente admite a reparação dessa modalidade de dano em ambas as esferas, transcrito abaixo:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Existe relevante corrente doutrinária, reiteradamente adotada pela jurisprudência, que categoriza a indenização pela perda de uma chance como

terceiro gênero, algo intermediário entre um dano emergente e lucros cessantes (Cavaliere Filho, 2023, p. 101).

Neste sentido, é o entendimento frequentemente acolhido pelo STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

(STJ - REsp: 1190180 RS 2010/0068537-8, Relator.: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/11/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2010 RDDP vol . 95 p. 125)

A doutrina compreende que a perda de uma chance constitui lesão subordinada à vantagem esperada: (i) quanto à sua existência, pois a indenização somente é cabível diante da perda definitiva dessa vantagem; (ii) quanto à sua extensão, uma vez que o valor da indenização deve ser necessariamente inferior ao da vantagem final; e (iii) quanto à sua reparação, em razão da impossibilidade de cumular a indenização pela chance perdida com a vantagem final não alcançada, sob pena de configurar verdadeiro bis in idem (Carnaúba, 2013, p. 131).

Sérgio Savi sustenta que a perda de chance deve ser categorizada como uma subespécie de dano emergente, pois garante a certeza do dano, ao fixar o dever de indenizar com fundamento na perda do resultado útil esperado do processo aleatório (Cavaliere Filho, 2023, p. 102). No entanto, esta classificação apresenta inconsistências, uma vez que, conforme visto, a jurisprudência e doutrina majoritária entendem pela possibilidade de concessão de indenização pela perda de uma chance na hipótese de danos morais.

Na compreensão de Daniel Amaral Carnaúba, a perda de uma chance representa uma técnica decisória judicial a fim de possibilitar a tutela da lesão a interesses aleatórios, em decorrência das deficiências das normas reparadoras da responsabilidade civil, ao deslocar a reparação da vantagem aleatória pretendida pela vítima, caracterizada pela incerteza do prejuízo e ausência de nexo de causalidade, para a configuração da chance perdida, ocorrendo verdadeira substituição de um dano por outro (Carnaúba, 2013, p. 68-69).

Para definir a sua natureza jurídica, Rafael Peteffi da Silva sistematiza a perda das chances em duas grandes categorias: a primeira está relacionada à que o processo aleatório foi totalmente interrompido pela conduta do réu, extinguindo todas as chances da vítima e constituindo, portanto, espécie de dano. Já no segundo grupo, a atuação do réu resulta em uma diminuição das chances sem, no entanto, interromper o processo aleatório em que a vítima participava, possuindo natureza de causalidade parcial (Peteffi da Silva, 2013, p. 256).

2.2.3 Requisitos da Perda de uma Chance

A doutrina e a jurisprudência majoritárias reconhecem que, além dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, a configuração da perda de uma chance demanda a presença de requisitos específicos, notadamente: a existência de uma chance séria e real e a perda definitiva da vantagem esperada (Tepedino, 2024, p. 143).

Desse modo, o elemento essencial para a caracterização da indenizabilidade pela perda de uma chance é a certeza da probabilidade, e não a certeza do dano, devendo o julgador ser capaz de distinguir se a vantagem final esperada era provável ou não passaria de mera eventualidade remota, sendo necessária a configuração da seriedade e realidade da chance (Cavalieri Filho, 2023, p. 99).

Pode-se concluir que os tribunais franceses, ao exigirem que a chance indenizável seja real e séria, buscam simultaneamente evitar que a técnica seja utilizada para amparar pretensões moralmente inadequadas e impedir que se transforme em instrumento para demandas meramente especulativas, reafirmando, como antídoto à fluidez do conceito de chance, o tradicional princípio romanista

segundo o qual o Direito não se ocupa de questões insignificantes (Carnaúba, 2013, p. 123).

Sérgio Savi propõe a adoção do critério jurisprudencial italiano para determinar a seriedade e realidade da chance, por meio da fixação de um percentual pré-estabelecido, devendo a vítima demonstrar que a probabilidade de obter a vantagem esperada era superior a 50% (Rotenberg, 2020, p. 112).

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 142) critica este posicionamento:

Se a tendência encontrada no direito italiano fosse apoiada, casos que tratam da perda da chance de obter aprovação em determinado concurso ou licitação pública, comuns nos ordenamentos francês e norte-americano, somente poderiam ser admitidos se restassem apenas dois concorrentes, pois somente dessa maneira a vítima poderia obter mais de 50% de chances de lograr êxito no certame público.

Desse modo, o entendimento doutrinário brasileiro, consubstanciado no já referenciado Enunciado 444, veda a atribuição de percentual probabilístico predeterminado para a caracterização da seriedade e realidade da chance (Peteffi da Silva, 2013, p. 142).

2.2.4 Quantificação da Indenização pela Perda de uma Chance

A indenização há de recair exclusivamente sobre a perda da possibilidade concreta de obtenção de uma vantagem e não sobre a própria vantagem em si, impondo-se distinguir rigorosamente o resultado final hipotético da mera oportunidade de alcançá-lo, de modo que o valor econômico da chance, sempre inferior ao do êxito projetado, delimite o quantum reparatório, pois o que se frustra, em verdade, é a probabilidade séria e real de benefício, e não o benefício pleno enquanto evento certo (Cavaliere Filho, 2023, p. 99).

Assim, pode-se afirmar que a regra fundamental na quantificação do dano pela perda de uma chance é a de que o valor da indenização deve ser sempre inferior ao da vantagem final perdida, pois caso fosse igual, não estaria ocorrendo a reparação da chance, e sim do próprio dano final (Cavaliere Filho, 2023, p. 163).

Nesse sentido, leciona Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 143):

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da

vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.⁷⁹ Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma percentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço.

Esta regra não significa que o *quantum* indenizatório pela perda de uma chance configure uma relativização do princípio da reparação integral, uma vez que o que está sendo indenizado não é a vantagem esperada, e sim a chance que foi perdida (Reisdorfer, 2023, p. 292).

Desse modo, na quantificação do valor da indenização pela perda de uma chance, deve-se adotar o critério da razoabilidade, cabendo ao magistrado realizar, em cada caso concreto, uma análise detalhada da concreta probabilidade que o agente tinha de conseguir o resultado favorável, fixando a reparação de modo equitativo (Cavaliere Filho, 2023, p. 163).

Assim, o valor indenizatório da chance perdida será calculado a partir do percentual de probabilidade de obter o evento favorável sobre o valor total da vantagem final esperada, podendo ser expresso por meio da seguinte fórmula:

$$PC = RF \times P$$

onde “PC” representa a Perda de uma Chance, “RF” o Resultado Final e “P” a probabilidade que o agente detinha ao ser excluído do processo aleatório (Rotenberg, 2020, p. 114).

3 LICITAÇÕES E A EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES

Examinado o sistema de responsabilidade civil do Estado e a Teoria da Perda de uma Chance, o presente capítulo volta-se ao exame do regime jurídico das licitações públicas, ambiente específico em que se desenvolve o problema investigado. Inicialmente, apresentam-se as finalidades constitucionais e legais da licitação, bem como os princípios que a informam e as modalidades previstas na Lei nº 14.133/2021, com destaque para o formalismo moderado e para a busca da proposta mais vantajosa em condições de isonomia entre os concorrentes. Em seguida, descreve-se o procedimento licitatório em suas principais fases, desde o planejamento e a elaboração do edital até o julgamento das propostas, a habilitação, a fase recursal e a adjudicação. Por fim, identificam-se e sistematizam-se as principais hipóteses de exclusão indevida de licitantes, como a aplicação irregular de sanções, vícios no julgamento, exigências de habilitação incompatíveis com a lei e desclassificações por meros vícios formais, preparando o terreno para a análise da responsabilidade civil do Estado por perda de uma chance em licitações no capítulo subsequente.

3.1 REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES

A licitação, termo derivado do latim *licitatione*, originalmente associado à ideia de venda mediante lances, consolidou-se como o procedimento administrativo paradigmático para a seleção de contratantes pela Administração Pública, orientando-se pela busca da proposta mais vantajosa e pela garantia de participação isonômica a todos os potenciais interessados (Bittencourt, 2020, p. 31).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2025, p. 408) conceitua a licitação nos seguintes termos:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação pode ser definida como um processo administrativo formal, por meio da sucessão de atos, pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, a fim de celebrar contrato de seu interesse (Nohara, 2025, p. 265).

As licitações constituem uma das expressões mais evidentes da burocracia delineada por Max Weber, marcada pela racionalidade formal, pela existência de regras previamente estabelecidas, pela sistematização dos procedimentos e pelo predomínio da impessoalidade. Tais características, inerentes ao modelo burocrático weberiano, permitem a racionalização e o controle das despesas públicas, assegurando previsibilidade, tecnicidade e limitação de arbitrariedades no exercício da função administrativa (Weber, 1999, p. 233).

O fundamento constitucional da licitação foi expresso pelo denominado princípio da obrigatoriedade de licitação, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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

Desse modo, é possível inferir que a Constituição Federal adotou a presunção de que a realização do procedimento licitatório, em regra, possibilita a melhor contratação para o poder público (Bittencourt, 2020, p. 32). A licitação pode ser considerada um desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público, ao restringir a liberdade de contratar da Administração Pública, uma vez que apenas poderá selecionar a proposta que melhor atenda ao interesse público (Di Pietro, 2025, p. 372).

Em relação à relevância da licitação, a sua realização possibilita a concretização de três imperativos centrais da atuação administrativa: em primeiro lugar, assegura-se a tutela do interesse público e a gestão responsável dos recursos estatais, viabilizando a seleção da proposta mais vantajosa; em segundo lugar, garante-se a efetividade dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade (arts. 5º e 37, caput), materializados na abertura do certame a todos os potenciais concorrentes; e, por fim, promove-se a observância dos deveres de probidade e moralidade administrativa, igualmente exigidos pelos arts. 37, caput, e

85, V, da Constituição Federal, reforçando a legitimidade e a transparência do processo de contratação pública (Mello, 2025, p. 409).

Assim, obedecendo ao mandamento constitucional, a Lei 8.666/1993 regulamentou as licitações e contratos administrativos. Todavia, logo percebeu-se a existência de problemas, sintetizados desse modo por Rocha, Vanin e Figueiredo (2021, p. 33):

Dentre as falhas da antiga lei, podem ser mencionadas, exemplificativamente, a: i) incapacidade de evitar corrupção; ii) promoção de compras públicas de produtos e serviços de baixa qualidade; iii) imprevisibilidade dos custos das obras, que se submetem a frequentes aditivos; iv) composição de um ambiente normativo que teve como consequência um elevado número de atrasos e paralisações de obras; v) junção de regras que acarretou elevado índice de litígio entre contratantes e contratados; e vi) adoção de formalismo exagerado que tornou o procedimento de licitação lento e custoso.

As finalidades da licitação encontram-se positivadas no artigo 11 da Lei nº 14.133/2021, sendo elas: assegurar a vantajosidade, por meio da seleção da proposta com o melhor custo-benefício; garantir o tratamento isonômico, possibilitando a ampla participação de interessados; prevenir distorções de preços, evitando contratações com sobrepreço ou preços manifestamente inexequíveis, bem como o superfaturamento nos contratos administrativos; e estimular a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (Justen Filho, 2025, p. 266).

A vantajosidade pode ser subdividida em vantajosidade objetiva, determinada pelo cotejo entre o conteúdo da proposta formulada pelo licitante e o critério de julgamento adotado no certame, e em vantajosidade subjetiva, consubstanciada na aferição da qualificação do sujeito para executar o objeto contratual (Justen Filho, 2025, p. 286).

O âmbito de aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos abrange as entidades das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais, incluindo os três poderes e fundos especiais e demais entes controlados direta ou indiretamente pelo poder público (Mello, 2025, p. 413).

As empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, submetem-se a regime próprio de licitações e contratos previsto na Lei 13.303/2016. A principal característica desse regime é a dispensa de licitação para contratações vinculadas

ao exercício de seu objeto social, justamente para evitar desvantagens competitivas em relação às demais empresas atuantes no mercado (Marrara, 2025, p. 270).

Assim, o artigo 5 da Lei 14.133 enumera os princípios do regime jurídico das licitações, incluindo tanto os princípios gerais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) quanto princípios específicos das licitações, entre eles, o da vinculação ao edital, julgamento objetivo, competitividade e segregação de funções (Oliveira, 2025, p. 389).

José dos Santos Carvalho Filho (2025, p. 199-200) critica o dispositivo:

Por conseguinte, endossamos inteiramente a corretíssima opinião de que se trata de verdadeiro “festival principiológico”, que vai na contramão da atual tendência do Direito Público “de se evitar instituir comandos legais de baixa densidade normativa, que se utilizam de fórmulas abertas e flexíveis, por contribuírem para a ampliação da imprevisibilidade e da insegurança jurídica na gestão pública.

O princípio da segregação de funções, positivado a partir da jurisprudência desenvolvida pelo TCU, impede que a Administração designe um mesmo agente para mais de uma atividade suscetível a riscos (Marrara, 2025, p. 194). Já o princípio da vinculação ao edital determina que a Administração cumpra estritamente as previsões estabelecidas no edital, impedindo que o licitante seja prejudicado pela imposição de regras supervenientes, enquanto o princípio do julgamento objetivo pretende evitar o uso de subjetivismo ou impressões pessoais na avaliação das propostas (Mello, 2025, p. 421).

Dessa maneira, a Lei nº 14.133/2021 estabelece cinco modalidades de licitação: concorrência, pregão, concurso, leilão e diálogo competitivo, extinguindo-se as modalidades convite e tomada de preços previstas na legislação anterior (Marrara, 2025, p. 224). A nova lei, ademais, veda expressamente tanto a criação de modalidades distintas daquelas nela previstas quanto a combinação entre modalidades existentes (Oliveira, 2025, p. 453).

A concorrência é considerada a modalidade padrão de licitação, direcionada para a aquisição de bens e serviços especiais, com a possibilidade de uso dos critérios de julgamento de menor preço, melhor técnica, técnica e preço, enquanto o pregão é uma modalidade de certame licitatório célere e simplificada, de uso obrigatório para a aquisição de bens e serviços comuns e facultativo para serviços comuns de engenharia e registros de preços, restrita aos critérios de menor preço e maior desconto (Marrara, 2025, p. 225).

O leilão, por sua vez, é modalidade que visa a alienação de bens imóveis ou bens móveis inservíveis ou objeto de apreensão legal em posse da administração, admitindo somente o critério de maior lance, ao passo que o concurso pretende selecionar trabalho técnico, científico ou artístico, com o critério de melhor técnica ou conteúdo artístico, com o oferecimento de um prêmio ao vencedor (Carvalho Filho, 2025, p. 209).

A novidade da Lei 14.133 foi a criação da modalidade do diálogo competitivo, na qual os interessados são convocados para que, cooperando, elaborem soluções para atender às necessidades da Administração Pública, habilitando-se, desse modo, para competir pela celebração do contrato. Assim, a adoção do diálogo competitivo é restrita às hipóteses em que o objeto licitatório tenha inovação tecnológica, seja necessário a adaptação de soluções disponíveis no mercado ou haja impossibilidade de definição das especificações técnicas (Marrara, 2025, p. 227-228).

Na fase de diálogo, as reuniões entre a Administração e os licitantes são individualizadas, uma vez que é vedado ao Poder Público divulgar aos demais participantes o conteúdo das propostas de soluções, sem o seu consentimento. Assim, quando a Administração entender que alguma das soluções apresentadas satisfaz as suas necessidades, encerra a fase de diálogo e avança para a fase de competição, entre os licitantes que participaram previamente, e com exclusão dos participantes que não efetivamente colaboraram na formulação de propostas (Rocha, Vanin, Figueiredo, 2021, p. 197-198).

A doutrina aponta a existência de 3 pressupostos para a consecução do certame licitatório: o pressuposto lógico, com a necessidade de uma pluralidade de ofertantes e uma pluralidade de objetos; o pressuposto jurídico, possibilitando ao Poder Público a execução de políticas públicas; e o pressuposto fático, em que existam efetivamente interessados em participar do certame licitatório (Heinen, 2024, p. 1167).

No entanto, a doutrina majoritária entende inexistir impedimento à realização de licitação na circunstância de somente um interessado comparecer, devendo a administração avaliar sua proposta e habilitação, e adjudicar o objeto do certame, não constituindo violação ao princípio da competitividade (Mello, 2025, p. 473).

O dever de licitar poderá ser excepcionado, conforme o próprio dispositivo constitucional que instituiu o princípio da obrigatoriedade de licitar, nas hipóteses previstas pela legislação que disciplina as licitações. Desse modo, a contratação direta, ou seja, a celebração de contrato pelo Poder Público sem a realização de prévia licitação, é admitida nas situações de inexigibilidade ou dispensa da licitação (Justen Filho, 2025, p. 301).

A licitação será inexigível nas hipóteses em que a competição entre interessados, fundamento básico do certame licitatório, for inviável. Nesses casos, o artigo 74 da Lei 14.133 enumera situações de inexigibilidade da licitação, como na contratação de fornecedor exclusivo, de contratação de profissional artístico consagrado pela crítica especializada ou opinião pública, de contratação de serviços técnicos com notória especialização, e na aquisição ou locação de imóvel cujas características tornem necessária sua escolha; contudo, a doutrina considera o rol do art. 74 meramente exemplificativo. (Carvalho Filho, 2025, p. 219).

Por outro lado, a licitação será dispensada quando, a despeito da possibilidade de competição, a legislação atribuir a faculdade ao administrador da realização ou não do certame licitatório, entre as hipóteses expressamente previstas no art. 75 da Lei 14.133, em rol taxativo. Entre os principais casos tipificados, destacam-se o critério do valor, quando for inferior ao legalmente exigido; situações excepcionais, como guerra ou calamidade pública; em razão do objeto, como gêneros perecíveis; ou ainda em razão da pessoa contratada, como compras entre entidades estatais (Marrara, 2025, p. 231-232).

Ademais, a Lei de Licitações sistematizou os denominados procedimentos auxiliares, o credenciamento, pré-qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e o registro cadastral (Meirelles, 2025, p. 328).

O credenciamento configura instrumento auxiliar de natureza procedimental, voltado à viabilização de contratações diretas fundadas na inexigibilidade de licitação, nas hipóteses expressamente previstas em lei (Marrara, 2025, p. 239). Assim, a doutrina identifica três hipóteses de cabimento do credenciamento, cada uma correspondendo a situações em que a competição licitatória se revela impraticável. A primeira ocorre nas contratações paralelas e não excludentes, em que se busca habilitar diversos particulares para a execução simultânea do mesmo objeto, em condições uniformes e previamente padronizadas.

A segunda hipótese manifesta-se quando a escolha do contratado é atribuída a terceiro, hipótese em que a Administração se limita a credenciar previamente os agentes aptos, deixando a seleção ao beneficiário final. Por fim, a terceira hipótese verifica-se nos mercados de natureza fluida, marcados por flutuações frequentes de preços, que inviabilizam a definição estável de condições licitatórias (Carvalho Filho, 2025, p. 230).

Outro instrumento auxiliar de inegável relevância é a pré-qualificação, mecanismo destinado à avaliação prévia da aptidão técnica e jurídica de potenciais interessados em participar de certames futuros. Tal procedimento, de natureza cadastral e permanente, objetiva conferir maior racionalidade e celeridade às fases subsequentes da licitação, uma vez que antecipadamente habilita licitantes, total ou parcialmente, devendo permanecer continuamente aberto à inscrição de novos interessados (Carvalho Filho, 2025, p. 231).

Ademais, existe o procedimento de manifestação de interesse, no qual a Administração abre um chamamento público para que profissionais especialistas elaborem estudos, projetos, investigações e demais documentos técnicos necessários para a fase preparatória da licitação (Marrara, 2025, p. 237). O registro de preços busca o registro formal dos preços, por meio de licitação, nas modalidades pregão ou concorrência, ou por contratação direta, cujo resultado é a aprovação de ata com o compromisso do participante de, eventualmente, celebrar um ou mais contratos futuros (Marrara, 2025, p. 241).

Desse modo, Thiago Marrara (2025, p. 241) enumera as razões para o uso do registro de preços:

A Administração obtém benefícios enormes ao usá-lo quando: (i) pretende realizar vários contratos, mas não vê como convenientes licitações separadas e repetidas; (ii) busca cooperar com outras entidades públicas para aumentar as demandas contratadas, ganhar economias de escala e reduzir custos de licitações isoladas; (iii) deseja experimentar novas tecnologias, para, em um segundo momento, decidir se atendem às suas necessidades e devem ser adquiridas em maior escala; (iv) enfrenta problemas para estocar produtos, como alimentos ou equipamentos caros, preferindo contratar as quantidades conforme seu uso ao longo do tempo; e (v) deseja se prevenir contra demandas repentinas, como as resultantes de possíveis emergências.

Por fim, o registro cadastral possibilita que os interessados se inscrevam e juntem os documentos de uma única vez, dispensando a necessidade de reprodução de inúmeros documentos em cada procedimento (Marrara, 2025, p. 246).

Com a finalidade de aprimorar o controle das contratações públicas, a Lei de Licitações adotou o modelo COSO, mediante o estabelecimento de três linhas de defesa: a primeira linha refere-se aos agentes que atuam na licitação e demais autoridades integrantes dos órgãos de governança dos entes estatais; a segunda recai sobre os órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão, e por fim, a terceira compete ao órgão central de controle interno e ao Tribunal de Contas (Marrara, 2025, p. 253).

3.2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Conforme exposto alhures, a licitação possui natureza procedimental. Dessa maneira, o denominado procedimento comum, é composto pelas fases preparatória, de divulgação do edital, apresentação de propostas e lances, julgamento, habilitação, recursal e homologação (Mello, 2025, p. 445).

A primeira etapa do certame licitatório, a fase preparatória, ocorre integralmente no âmbito interno da Administração Pública, e tem como principal finalidade o planejamento adequado da licitação. Desse modo, a Administração deve, inicialmente, identificar a necessidade que pretende atender, e o objeto a ser licitado. Posteriormente, deve definir o modelo licitatório, por meio da seleção da modalidade de licitação, do critério de julgamento e o modo de disputa adequados ao objeto, bem como elaborar o edital (Carvalho Filho, 2025, p. 206-207).

O edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura do certame licitatório para possíveis interessados, define o objeto contratual, estabelece regras relativas ao julgamento e habilitação, bem como as sanções aplicáveis em caso de descumprimento das normas editalícias (Oliveira, 2025, p. 464).

Desse modo, é possível identificar os seguintes vícios potenciais do edital: (i) definição inadequada do objeto, seja por insuficiência, impropriedade ou excessiva especificação, ocasionando possível direcionamento; (ii) adoção de critérios de julgamento dotados de subjetividade desarrazoada, que comprometam a

isonomia e a objetividade do certame; (iii) exigência de requisitos de habilitação incompatíveis com o objeto ou sem amparo normativo, tornando o procedimento restritivo de forma indevida; e (iv) fixação de etapas procedimentais que inviabilizem o acompanhamento e a fiscalização do procedimento pelos licitantes (Mello, 2025, p. 455).

Ademais, a lei atribui a faculdade ao gestor público de elaborar uma matriz de alocação de riscos no edital da licitação, salvo nas hipóteses de licitações de obras ou serviços de grande vulto ou do regime de contratação integrada ou semi-integrada, quando será de observância obrigatória, possibilitando à Administração a precificação dos riscos oriundos do objeto a ser licitado e adicionar no valor final, bem como repartir as responsabilidades de cada parte (Justen Filho, 2025, p. 280).

Posteriormente, ao final da fase preparatória, o órgão de assessoria jurídica da Administração deverá, mediante a elaboração de parecer jurídico, realizar controle prévio de legalidade do processo licitatório, analisando elementos essenciais a partir de critérios objetivos, salvo em hipóteses de dispensa previstas na lei, como em casos de baixo valor ou baixa complexidade (Marrara, 2025, p. 210).

A partir da divulgação do edital, inicia-se a fase de apresentação de propostas e lances. Dessa maneira, a Lei fixou prazos mínimos para a apresentação de propostas, que variam conforme o objeto licitado, critério de julgamento ou regime de execução adotado, a fim de possibilitar que os possíveis licitantes tomem ciência das condições previstas no edital e formulem suas propostas (Justen Filho, 2025, p. 291).

Além disso, o modelo de apresentação de propostas poderá ser aberto ou fechado. Assim, no modelo fechado, as propostas são mantidas em sigilo até a classificação, ao passo que no modelo aberto, ocorre a apresentação de lances públicos e sucessivos. No entanto, a lei veda o uso do modelo fechado quando utilizados os critérios de julgamento de menor preço ou maior desconto, e o uso do modelo aberto quando adotado o critério de técnica e preço (Oliveira, 2025, p. 469).

A próxima fase é o julgamento, na qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa. Desse modo, devem ser desclassificadas as propostas que contenham vícios insanáveis, estejam em desconformidade com especificações

técnicas ou quaisquer outras exigências editalícias, e quando apresentarem preços inexequíveis ou acima do orçamento estimado (Carvalho Filho, 2025, p. 213).

Em relação à exequibilidade das propostas, a legislação estabelece uma presunção de inexequibilidade, para contratações de obras e serviços de engenharia, quando os valores forem inferiores à 75% do valor orçado, e uma presunção relativa, quando inferior a 85%, no caso em que será exigido garantia adicional do vencedor (Oliveira, 2025, p. 471-472).

Em caso de empate entre as propostas, a lei estabeleceu uma série de critérios de desempate, devendo ser selecionado o licitante que, nesta ordem: apresentar nova proposta; apresentar melhor avaliação de desempenho contratual prévio; desenvolver ações de equidade de gênero entre a força de trabalho, e desenvolver programa de integridade e compliance (Mello, 2025, p. 461).

Fator que possibilita significativa alteração da classificação são as denominadas margens de preferência, na qual a Administração goza de discricionariedade para atribuir o benefício nas hipóteses de licitantes que ofereçam bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, ou bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, em até 10% sobre o preço dos bens e serviços (Marrara, 2025, p. 216).

A possibilidade de negociação das condições após o encerramento da etapa de julgamento atrai inúmeras críticas doutrinárias, conforme demonstra Rocha, Vanin e Figueiredo (2021, p. 225):

De um lado, diz-se que não há incentivo para que o licitante, já classificado em primeiro lugar, reduza ainda mais sua proposta de preço, sendo a negociação dificilmente eficaz. De outro, diz-se que poderá deixar o licitante vulnerável a pressões indevidas por parte da Administração, dado o receio de não ser contratado caso recuse reduzir sua proposta de preço, sendo a negociação instrumento de chantagem. As preocupações parecem válidas, sendo desejável que a regulamentação da etapa de negociação (art. 61, §2o) enderece esses pontos.

A Habilitação é a fase na qual a Administração verifica a capacidade do sujeito vencedor da licitação de efetivamente cumprir o objeto contratual, também denominada de vantajosidade subjetiva, tratando-se de etapa procedimental vinculada, restrita à análise da documentação exigida (Justen Filho, 2025, p. 288-289).

Desse modo, em regra, a habilitação é etapa posterior ao julgamento, promovendo economia e celeridade ao procedimento, uma vez que somente a documentação do melhor colocado será analisada; no entanto, poderá ser anterior à classificação das propostas, desde que realizada por ato motivado e previsto no edital (Nohara, 2025, p. 323).

No entanto, a habilitação será dispensada nas hipóteses de contratações para entrega imediata, em contratações em valores inferior a um quarto do valor de dispensa de licitação para compras em geral, em contratações de produto de pesquisa e desenvolvimento até R\$ 300 mil e quando a licitação for realizada na modalidade leilão (Marrara, 2025, p. 219).

A Lei de Licitações divide a habilitação em 4 parâmetros a serem analisados: a jurídica, a técnica, a econômico-financeira e a regularidade fiscal, social e trabalhista (Carvalho Filho, 2025, p. 214).

A habilitação jurídica é a mais singela, limitada à verificação da capacidade do licitante de exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação exigida é restrita a comprovação da existência jurídica da pessoa, como o contrato social, e, no caso de exigência legal, de autorização para a execução do objeto licitado (Carvalho Filho, 2025, p. 214).

A habilitação técnica, por sua vez, pretende verificar se o licitante tem condições técnicas de cumprir o contrato em conformidade com as exigências de qualidade da Administração. Desse modo, a análise desdobra-se em duas frentes: a qualificação técnico-profissional, examinando certidões e atestados, incluindo, se for o caso, profissional com registro no conselho profissional competente; e a qualificação técnico-operacional, por meio da verificação das instalações, equipamentos e equipe técnica (Marrara, 2025, p. 220).

A habilitação econômico-financeira almeja a demonstração de que o licitante possui recursos financeiros suficientes para garantir a execução do objeto contratual (Justen Filho, 2025, p. 291). Dessa maneira, a apuração deve ser objetiva, com a documentação exigida limitando-se às principais demonstrações contábeis e a certidão negativa de ações de falência (Mello, 2025, p. 471).

Ademais, o edital deve prever expressamente os coeficientes e índices econômicos a serem utilizados como parâmetro, com o dever de justificar devidamente a sua adoção. Com o intuito de atenuar a discricionariedade do agente público, a lei veda a exigência de valores mínimos de faturamento anterior ou de

índices de lucratividade, bem como o emprego de índices e valores não usualmente utilizados na avaliação econômico-financeira relacionada ao objeto licitatório (Carvalho Filho, 2025, p. 216).

Questão relevante e delicada é a participação de empresas em recuperação judicial em licitações, diante da ausência de disciplina legal sobre o tema. Desse modo, o entendimento consolidado é de impossibilidade de exigir certidão negativa de recuperação judicial, não obstante a possibilidade de o agente responsável pela licitação promover análise mais fundamentada acerca da habilitação econômico-financeira do licitante (Cruz, 2024, p. 965).

Nesse sentido, consoante a síntese realizada por André Santa Cruz (2024, p. 967):

Em resumo: a jurisprudência do TCU e do STJ parecem caminhar no sentido de não permitir a exigência de certidão negativa de recuperação judicial para que uma empresa participe de licitação, isto é, a empresa não pode ser desclassificada do certame pelo simples fato de ter pedido recuperação judicial ou já estar em gozo do benefício legal. Nada impede, porém, segundo os próprios precedentes do TCU e do STJ, que a comissão de licitação ou o pregoeiro façam uma análise técnica mais aprofundada, com o fim de averiguar se a empresa em recuperação judicial tem ou não viabilidade econômico-financeira para participar daquele certame.

A habilitação social, trabalhista e fiscal pretende evitar que interessados com irregularidades perante o Poder Público sejam agraciados com a celebração de contrato com a Administração, servindo como meio de punição indireta e de incentivo para que os potenciais licitantes regularizem a sua situação perante os órgãos competentes (Carvalho Filho, 2025, p. 215), assim como o uso indevido da inadimplência como vantagem concorrencial (Marrara, 2025, p. 222).

A regularidade fiscal é aferida por meio da documentação expedida pela Fazenda federal, estadual e municipal, seja com a certidão negativa de débitos, ou com certidão positiva com efeito de negativa, quando há suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional (Marrara, 2025, p. 222)

A regularidade trabalhista é verificada através da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, enquanto a social demanda a regularidade para com a Seguridade Social e o FGTS (Carvalho Filho, 2025, p. 215).

Por fim, o licitante deve comprovar que observa a legislação sobre trabalho infantil, mais especificamente, que não emprega menores de 18 anos em trabalhos insalubres ou perigosos, ou no período noturno, nem menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, nos termos do art. 7, inciso XXXIII, da Constituição Federal (Justen Filho, 2025, p. 291).

Assim, em face de ato de habilitação ou inabilitação de licitante, assim como do julgamento de propostas ou de anulação ou revogação da licitação, é cabível recurso, no prazo de 3 dias úteis, contados da data de intimação ou lavratura da ata, dirigido à autoridade que proferiu o ato impugnado (Oliveira, 2025, p. 480).

Desse modo, nos termos da lei, o recurso administrativo é dotado de efeito suspensivo e de efeito regressivo, uma vez que o agente terá o prazo de 3 dias úteis para reconsiderar a decisão, findo o qual, será remetido para a autoridade superior, que deverá prolatar a decisão em 10 dias úteis (Mello, 2025, p. 473-474).

Com o exaurimento da fase recursal, a legislação prevê quatro hipóteses para a autoridade superior: o saneamento de irregularidades, a revogação da licitação, a anulação da licitação, ou a adjudicação e homologação da licitação (Oliveira, 2025, p. 477).

A anulação decorre da constatação de ilegalidade no decorrer do processo licitatório, sendo pronunciável de ofício ou mediante provocação de terceiros, operando efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos (Meirelles, 2025, p. 315). Ademais, é relevante destacar as limitações impostas pela Lei 14.133, uma vez que a anulação somente deve ser declarada quando a irregularidade for insanável e seja a medida que melhor atenda ao interesse público, conforme a análise de variados aspectos, em rol exemplificativo do art. 147 da lei, evidenciando a influência do consequentialismo jurídico na nova legislação (Reisdorfer, 2023, p. 60).

Além disso, o estatuto das licitações prevê expressamente a responsabilidade da Administração em indenizar o contratado pelo que houver executado, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, em caso de anulação, desde que a causa da nulidade não decorra de ato imputável ao próprio particular (Nohara, 2025, p. 324).

A revogação, por sua vez, configura modalidade de extinção do procedimento licitatório fundada em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, devendo apoiar-se em fato superveniente, devidamente comprovado

e pertinente, e ser acompanhada de motivação explícita e adequada (Meirelles, 2025, p. 316).

A indenização pela revogação regularmente efetuada é questão doutrinária controversa. Sustenta-se que, independentemente de previsão expressa, o licitante vencedor cuja proposta tenha atendido às exigências do edital faz jus à indenização das despesas realizadas para participar do procedimento, mesmo quando a revogação ocorre de forma legítima, pois, ao demandar comprometimento e seriedade dos participantes, a Administração também deve agir com igual responsabilidade, não podendo simplesmente desconsiderar os custos suportados pelo concorrente que apresentou a proposta vencedora (Mello, 2025, p. 479).

Por fim, inexistindo razões para a adoção destas hipóteses, ocorrerá a adjudicação da licitação, caracterizado como um ato vinculado que atribui o objeto ao vencedor do certame, conferindo-lhe o direito e o dever de celebrar o contrato e apresentar a documentação necessária (Marrara, 2025, p. 223-224).

Hely Lopes Meirelles (2025, p. 314) define a adjudicação nos seguintes termos:

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato. São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo de obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal.

Segundo leciona Guilherme Reisdorfer (2023, p. 52), é preciso visualizar na adjudicação não propriamente o surgimento, mas a declaração acerca das seguintes posições jurídicas: a) direito de não ser preterido; b) direito de exigir que se fundamentem as razões se o contrato não se aperfeiçoar; c) dever de sustentar a proposta para assinatura do contrato; d) dever de firmar o contrato nos termos em que se obrigou.

Conforme o entendimento predominante dos tribunais superiores, embora alvo de críticas de parte significativa da doutrina, a adjudicação do objeto da licitação

ao vencedor não confere direito subjetivo à contratação, mas apenas mera expectativa de direito, tendo em vista a possibilidade de a Administração anular ou revogar o certame (Nohara, 2025, p. 322).

Marçal Justen Filho (2025, p. 299) critica o entendimento de que a adjudicação não confere direito subjetivo à contratação, destacando as consequências negativas:

Se a Administração Pública não for obrigada a contratar o adjudicatário, então a atividade licitatória será transformada num ensaio destituído de compromisso para ela. Os particulares, cientes de que nem mesmo a adjudicação lhe assegurará a contratação, serão desincentivados de participar do certame. Essa questão adquirirá ainda maior gravidade quando a licitação envolver objetos de grande complexidade, produzindo custos elevados para os licitantes. Todos os licitantes derrotados terão de absorver os prejuízos correspondentes às despesas para participar no certame. Mas esse risco existirá mesmo em relação ao vencedor. Isso conduzirá o licitante a agregar valores à sua proposta.

A homologação pode ser definida como um ato administrativo unilateral, com eficácia declaratória e constitutiva, no qual a autoridade competente, por meio de um juízo quanto à legalidade e conveniência, encerra formalmente o procedimento licitatório (Justen Filho, 2025, p. 299).

3.3 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES

Apesar dos esforços da Lei 14.133/2021 em prestigiar o formalismo moderado, a natureza intrinsecamente complexa do procedimento licitatório, que busca conciliar a seleção da proposta mais vantajosa com a garantia do tratamento isonômico entre os licitantes, impõe a observância de diversos requisitos formais, cuja interpretação ou aplicação inadequada pode ensejar a exclusão irregular de participantes.

Desse modo, adotar-se-ão, neste trabalho, as seguintes hipóteses de exclusão irregular de licitantes pela Administração: (i) aplicação irregular de sanções impeditivas de participação em licitações; (ii) anulação ou revogação irregular do certame que resulte em exclusão indevida de licitantes; (iii) desclassificação por

vícios da classificação; (iv) inabilitação fundada em exigência irregular; e (v) desclassificação por vício sanável ou irrelevante.

Assim, é inicialmente relevante esclarecer o regime sancionador das licitações. O art. 155 da Lei 14.133/2021 estabelece o rol de infrações que podem ensejar a responsabilização do licitante ou do contratado. Por sua vez, o art. 156 prevê quatro espécies de sanções administrativas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (Oliveira, 2025, p. 532). A multa pode ser aplicada de forma cumulativa com as demais penalidades, e seu valor pode variar entre 0,5% e 30% do valor do contrato, conforme a gravidade da infração (Carvalho Filho, 2025, p. 178).

A sanção de impedimento de licitar e contratar (art. 156, III) é aplicável às seguintes infrações previstas no art. 155 da Lei 14.133/2021: (i) dar causa à inexecução parcial do contrato; (ii) dar causa à inexecução total do contrato; (iii) deixar de entregar a documentação exigida para o certame; (iv) não manter a proposta, não celebrar o contrato ou não apresentar a documentação necessária à contratação; e (v) retardar, sem justificativa, a execução ou a entrega do objeto da licitação. Contudo, se a autoridade administrativa constatar que a conduta se reveste de maior gravidade, poderá ser aplicada a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (Oliveira, 2025, p. 537).

Já a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, IV, da Lei 14.133/2021) é aplicável às infrações de maior gravidade previstas no art. 155, §3º, tais como: (i) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame; (ii) fraudar a licitação; (iii) comportar-se de modo inidôneo; e (iv) praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação. Essa penalidade acarreta a vedação de participar de licitações e contratações com a Administração Pública Direta e Indireta de todos os entes federativos, pelo prazo de 3 a 6 anos, devendo sua aplicação ser motivada e observada a competência da autoridade máxima do órgão ou entidade sancionadora (Carvalho Filho, 2025, p. 220).

Todavia, relativamente a essas duas sanções mais gravosas do regime sancionador, a própria lei possibilita a reabilitação do licitante ou contratado, mediante o cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) transcurso de prazo mínimo de 1 (um) ano, no caso da penalidade de impedimento de licitar e contratar, e de 3 (três) anos, quando se tratar de declaração de inidoneidade; (ii) reparação integral do dano causado à Administração Pública; (iii) pagamento da multa

aplicada; (iv) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; e (v) análise jurídica acerca do efetivo atendimento desses requisitos (Oliveira, 2025, p. 538).

Logo, a aplicação irregular de sanções impeditivas de participação em licitações, seja pela inexistência da conduta sancionada, pela imposição de penalidade mais gravosa do que a prevista em lei, pela fixação de prazo superior ao legalmente estabelecido ou, ainda, pela constatação de desproporcionalidade na punição, configura hipótese de exclusão indevida de licitantes.

A segunda hipótese elencada é a de anulação ou revogação irregular, isto é, quando promovidas em desacordo com a prescrição legal, uma vez que podem ser realizadas licitamente. A anulação será considerada irregular, entre outros motivos, quando não for oportunizada a prévia manifestação dos interessados, assim como na hipótese de inexistência de ilegalidade (Mello, 2025, p. 474).

Desse modo, conforme Hely Lopes Meirelles (2025, p. 315):

Entretanto, se o despacho anulatório é nulo por falta de justa causa, caracteriza-se o desvio ou abuso de poder, o que autoriza a parte prejudicada a obter, administrativa ou judicialmente, a declaração de sua nulidade, restabelecendo-se o ato ou o procedimento. Nessa hipótese, o prejudicado terá o direito de receber o objeto da licitação ou ser indenizado dos prejuízos sofridos em consequência da ilegal anulação da licitação ou de seu julgamento.

A revogação será considerada irregular quando o motivo da decisão revocatória não for devidamente justificado, assim como na hipótese de ser lastreada em fatos já anteriormente conhecidos, ou que poderiam ser conhecidos previamente pelo agente estatal como impeditivos da realização do certame licitatório (Mello, 2025, p. 475).

Assim, um exemplo frequentemente mencionado refere-se à insuficiência de recursos orçamentários. Quando essa limitação decorrer de circunstâncias supervenientes, admite-se a revogação do procedimento como medida legítima. Entretanto, caso a falta de recursos seja original ou previsível pela Administração antes da abertura da licitação, configura-se irregularidade no próprio certame (Reisdorfer, 2023, p. 273).

A doutrina esclarece que, embora o licitante vencedor não tenha o poder de impedir a revogação do certame, a Administração deve apresentar a motivação que fundamenta essa decisão, pois na ausência dessa justificativa, admite-se a

possibilidade de o particular buscar a anulação judicial do ato revocatório, com a recomposição de sua posição na licitação, seja pelo restabelecimento da adjudicação, seja pela indenização correspondente (Meirelles, 2025, p. 326).

Em relação à terceira hipótese, é possível a ocorrência de inúmeros vícios na fase de julgamento que ensejem a desclassificação do licitante, entre eles: classificar proposta manifestamente improcedente, na hipótese de apresentar vícios insanáveis, valores inexequíveis, descumprir exigências previstas no edital, entre outras; classificar proposta considerando benefícios adicionais não previstos no edital; classificar proposta em face de critérios relativos à qualificação subjetiva do participante ou que sejam demasiadamente vagos, imprecisos ou subjetivos, em violação ao princípio do julgamento objetivo (Mello, 2025, p. 462).

Em relação à quarta hipótese, a exclusão pode decorrer da inabilitação irregular, em decorrência da violação dos dispositivos legais que regulamentam os requisitos de habilitação, assim como da inobservância das condições de habilitação definidas no edital (Mello, 2025, p. 472-473).

Desse modo, a título exemplificativo, Administração terá cometido ato ilícito se exigir valores mínimos de faturamento do licitante, diante da vedação do art. 69, § 2º, da Lei 14.133, assim como se exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, sem que haja previsão no edital da licitação.

Por fim, será considerada irregular a exclusão de licitante por vício sanável ou irrelevante, diante da violação do princípio do formalismo moderado e de expressa previsão legal, uma vez que o art. 12, inciso III, da Lei 14.133/2021, prevê: *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.*

Dessa maneira, consideram-se irrelevantes os defeitos que não comprometem a compreensão do conteúdo da proposta nem afetam valores jurídicos essenciais, enquanto os vícios sanáveis correspondem àquelas irregularidades que, embora possuam alguma relevância formal, não distorcem a competitividade nem violam a isonomia entre os licitantes, tampouco comprometem os elementos fundamentais da proposta apresentada (Justen Filho, 2025, p. 294).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, no acórdão n. 1.211/2021 já se manifestou:

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). 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.

Assim, é possível concluir que o TCU possui o entendimento de que o licitante deve ostentar as condições de habilitação no momento da abertura da sessão pública, independentemente da apresentação de documentos comprobatórios, relativizando a disposição legal que determina o envio da documentação juntamente com a proposta (Mello, 2025, p. 468).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE EM LICITAÇÕES

Assim, uma vez caracterizada a ilicitude do ato que excluiu indevidamente o licitante do certame, passa-se à análise das possíveis formas de reparação do dano. O presente capítulo visa, portanto, responder ao problema de pesquisa delineado. Inicialmente, delimita-se o âmbito da responsabilidade pré-contratual do Estado, com a identificação das categorias indenizatórias pertinentes. Em seguida, examina-se a aplicação da teoria da perda de uma chance às hipóteses de exclusão irregular de participantes, destacando-se os pressupostos específicos da chance séria e real no contexto das licitações. Por fim, realiza-se a análise de julgados dos tribunais pátrios que tratam da matéria, a fim de verificar em que medida a jurisprudência tem reconhecido, ou não, a perda de uma chance como fundamento para a responsabilização estatal pela condução irregular dos certames.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO ESTADO

Inicialmente, é relevante destacar que a exclusão irregular de licitantes, decorrente de ato ilícito da Administração, configura hipótese de responsabilidade pré-contratual do Estado, submetida ao regime da responsabilidade extracontratual, fundamentada na teoria do risco administrativo. Nesse sentido, conforme leciona Guilherme Reisdorfer (2023, p. 300):

A alusão à responsabilidade civil do Estado como pré-contratual não tem por finalidade distinguir um regime substancialmente diverso de responsabilidade civil extracontratual, mas lançar luz aos três pressupostos específicos que podem ensejar responsabilização - descumprimento das regras de desenvolvimento do processo de contratação, de deveres de boa-fé ou a configuração de eventos lesivos associados a riscos próprios à esfera estatal, dos quais resultem encargos anômalos ou injustos sobre os terceiros que se relacionam com o ente público, ainda que a atuação estatal tenha sido hígida.

Desse modo, conforme visto no primeiro capítulo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é regida pela Teoria do Risco Administrativo, caracterizada pela prescindibilidade da comprovação da existência de “culpa lato

sensu” do poder público, ainda que admita excludentes de responsabilização, quando verificada a ausência denexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano sofrido (Cavaliere Filho, 2023, p. 310).

A formulação da responsabilidade pré-contratual remonta à contribuição de Rudolf von Jhering, que, ao desenvolver a Teoria da *Culpa in contrahendo*, delineou os contornos da responsabilidade decorrente da fase de formação dos contratos. Nessa perspectiva, a doutrina civilista contemporânea reconhece que, com a incidência do princípio da boa-fé objetiva nas tratativas preliminares, das quais emergem deveres anexos ou laterais de conduta, a ruptura injustificada das negociações, quando frustra a legítima expectativa de celebração do contrato, constitui ilícito civil, ensejando a responsabilização daquele que lhe deu causa (Tepedino, 2024, p. 19).

A responsabilidade pré-contratual pode abranger a reparação do interesse negativo ou positivo. Assim, o interesse negativo corresponde ao dano ocasionado pela confiança na intenção exteriorizada pelo ofensor em concluir a negociação, com a reparação buscando conduzir as partes ao *status quo ante*, isto é, na situação em que estariam caso o contrato não tivesse sido celebrado, por meio da indenização das despesas realizadas na negociação, assim como o lucro que poderia ter obtido com outras negociações, ao passo que o interesse positivo representa os valores relativos ao contrato não celebrado (Tepedino, 2024, p. 20).

Não obstante, o regime jurídico das contratações públicas difere substancialmente daquele aplicável às relações entre particulares, porquanto se encontra imbuído de prerrogativas e restrições próprias do poder público. Com efeito, a celebração contratual pelo Estado, em regra, é precedida de procedimento licitatório formal, marcado por acentuado desequilíbrio jurídico entre as partes, uma vez que os particulares devem se submeter às condições unilateralmente fixadas pela Administração, seja em razão de previsões legais minuciosas, seja em virtude do exercício legítimo da discricionariedade administrativa.

Desse modo, a exclusão irregular de licitantes pode ensejar três modalidades indenizatórias distintas: a indenização pelas despesas efetuadas no procedimento licitatório (interesse negativo), quando não for possível reconhecer algum licitante em clara posição de vantagem; a indenização pela perda de uma chance, na hipótese de se verificar um ou mais licitantes com chances sérias e reais de vencer o certame, mas ainda sem direito a contratar; e a indenização por lucros

cessantes, na situação de estar caracterizado vencedor do certame com direito a celebrar o contrato (Reisdorfer, 2023, p. 303).

4.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA EXCLUSÃO INDEVIDA DE LICITANTES

A exclusão indevida de licitante, decorrente de ato ilícito praticado pela Administração, com significativa probabilidade de vencer a licitação, mas desprovido de direito subjetivo à contratação, possibilita a responsabilização do Estado a título da perda de uma chance, mediante a indenização do valor pecuniário da chance privada, calculada a partir do percentual de probabilidade do particular sagrar-se vencedor do certame.

Como demonstra a experiência do direito comparado, os procedimentos de contratação pública constituem ambiente adequado para analisar a perda de uma chance decorrente de obstáculos ilegítimos à obtenção do contrato em momento anterior à consolidação de um direito pleno de contratar. Considerando que a formação desse direito depende da atuação da Administração, com significativa possibilidade de lesão à legítima expectativa do licitante, em decorrência dos inúmeros requisitos e condições exigidos no certame, a teoria da perda de uma chance permite reagir juridicamente a condutas ilícitas do ente contratante que aumentem de forma indevida a incerteza ou o risco de não adjudicação, a ponto de transformar a mera probabilidade de obtenção da vantagem em certeza de sua frustração (Reisdorfer, 2023, p. 232).

Nesse sentido, disserta Couto e Silva (1999, p. 169)

Tratando-se, entretanto, de vício formal no procedimento licitatório, que poderia ser perfeitamente evitado, de modo a permitir que o contrato se realizasse sem qualquer defeito, ainda que não se dê a indenização pelo interesse positivo, pois a contratação ainda dependeria, de o licitante vencer o certame, parece que seria, pelo menos, de indenizar a perda da oportunidade ou da chance, como admitida sobretudo pelo direito francês, mas também pela nossa doutrina, apesar da dificuldade na fixação do quantum, a ser ressarcido, que nessas hipóteses se apresenta. É de sinalar-se, porém, que, segundo nosso entendimento, a perda de oportunidade ou de chance não se vincula, tão-somente, a outras licitações de que o

interessado poderia ter participado, mas, com maior razão, àquela mesma que foi invalidada.

Assim, a doutrina identifica os seguintes pressupostos específicos para a caracterização de uma chance séria e real no certame licitatório: (i) a comprovação de que o interessado atendia tanto aos requisitos subjetivos de habilitação quanto às condições objetivas, consistentes em apresentar proposta válida e competitiva; (ii) a demonstração de alguma particularidade favorável em relação aos demais concorrentes, capaz de evidenciar a probabilidade concreta de contratação; (iii) a efetiva possibilidade objetiva de celebração do contrato; e (iv) a ocorrência de conduta ilícita por parte da Administração que tenha obstado o desenvolvimento regular do direito de contratar (Reisdorfer, 2023, p. 233).

Desse modo, uma vez caracterizada a ilicitude do ato estatal que ocasionou a exclusão do licitante, impõe-se a aferição da probabilidade concreta de que o particular lograria êxito no certame (Cavaliere Filho, 2023, p. 99). Para tanto, o magistrado deve ponderar elementos objetivos, tais como o conteúdo das propostas apresentadas, o número de concorrentes e a fase procedimental em que se deu a desclassificação.

Posteriormente, incumbe ao magistrado avaliar se existiriam outras causas, distintas do ato ilícito imputado à Administração, que obstariam o êxito do licitante no procedimento. Nessa perspectiva, impõe-se a verificação do atendimento aos requisitos de habilitação, bem como da própria viabilidade jurídica do certame, a fim de excluir fatores autônomos capazes de romper o nexo causal.

Enquanto a aferição da habilitação pode ser mais desafiadora, diante da existência de um número significativo de condições a serem atendidas, previstas em lei ou em disposições editalícias, a viabilidade jurídica do procedimento pode ser presumida, em decorrência da presunção de legitimidade e veracidade da atuação estatal, um dos atributos dos atos administrativos, devendo ser afastada em caso de anulação ou revogação regular (Reisdorfer, 2023, p. 233).

Outrossim, a anulação ou revogação irregular do procedimento licitatório podem ensejar a responsabilidade civil estatal pela perda de uma chance, quando a decisão revocatória sobrevier em fase do certame na qual seja possível identificar licitante detentor de probabilidade elevada e concreta de sagrar-se vencedor.

Nesse sentido, consoante Guilherme Reisdorfer (2023, p. 273):

No entanto e novamente, não haverá solução indenizatória única. A definição do quantum indenizável está intrinsecamente relacionada com a posição jurídica havida dentro do processo de contratação, que pode relacionar-se ou não, de forma certa ou altamente provável, com a pretensão de executar o contrato. Essa variável será determinante para a fixação da reparação baseada no interesse positivo ou no negativo, podendo restar limitada à perda de uma chance, conforme seja possível ou não identificar a configuração de direito ou de chances sérias e reais a contratar.

Questão de inegável complexidade é a possibilidade de indenização pela perda de uma chance na hipótese de contratação direta irregular, isto é, a dispensa ou inexigibilidade de licitação em desconformidade com as condições legais. Nessa situação, torna-se extremamente árdua a demonstração de uma probabilidade concreta e relevante de que o particular teria logrado êxito em certame que sequer chegou a ser instaurado.

Entretanto, em face de determinadas peculiaridades, poderia restar comprovada a privação da chance de participar e vencer a licitação. Desse modo, infere-se que a identificação da probabilidade seja mais evidente em mercados altamente concentrados, uma vez que, na hipótese do interessado em obter a indenização comprove que possuía os mesmos requisitos subjetivos exigidos pela Administração para a contratação direta, poderá servir como indicativo de que detinha, ao menos, chances reais de obter o contrato (Reisdorfer, 2023, p. 278).

Nesse sentido, um dos primeiros acórdãos a abordar explicitamente a teoria da perda de uma chance no STJ envolveu a privação de oportunidade no contexto da realização de licitações. Desse modo, a autora, empresa do setor de distribuição de combustíveis, sustentou que a empresa estatal, de maneira irregular, não realizou a licitação e contratou diretamente, sem observar os requisitos legais, e requereu a indenização pela perda de uma chance de vencer o certame e instalar postos de combustíveis (Peteffi da Silva, 2013, p. 198).

No entanto, o STJ negou o direito à indenização, pois, mesmo que se admitisse a aptidão da interessada para disputar o certame, isso lhe conferiria apenas uma expectativa de fato quanto ao eventual lucro, consistindo em mera esperança de aquisição futura de um direito, o que não autoriza qualquer indenização, inexistindo, no despacho analisado, qualquer comprovação de que a

simples possibilidade de participar da licitação possuiria valor econômico (Peteffi da Silva, 2013, p. 199).

Ao afastar a reparação da chance perdida, com o fundamento de que a probabilidade de vencer uma licitação seria uma mera expectativa insuscetível de gerar indenização, a conclusão do julgamento foi devidamente criticada por Rafael Peteffi (2013, p. 199):

Entretanto, parece carecedora de fundamentação a diferenciação entre a chance de vencer uma demanda judicial e a chance de vencer uma licitação, sendo o valor econômico da segunda tão evidente como o da primeira. Aliás, a licitação pública guarda características semelhantes aos concursos públicos, sendo ambos exemplos de processos aleatórios.

Questão interessante se relaciona com a aplicação de excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil do Estado na perda de uma chance em licitações. Desse modo, a inércia do licitante prejudicado pela exclusão irregular do procedimento, seja em interpor recurso administrativo ou provocar a atuação de órgão jurisdicional, a fim de anular o ato ilícito praticado pela Administração, impossibilitando a reparação *in natura*, poderá configurar concausa (Reisdorfer, 2023, p. 255).

Assim, da análise do caso concreto, poderá ser aplicado a regra do artigo 945 do Código Civil, com a redução do valor da indenização daquilo que seja possível atribuir como consequência direta, imediata e individualizável da mora do licitante na contestação do ato ilícito, que resulte na ampliação do dano ocasionado pela Administração (Cavaliere Filho, 2023, p. 255).

Parcela da doutrina adota posição crítica quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de exclusão ilícita de licitantes quando, no momento da eliminação, o competidor havia apresentado a melhor proposta. Nessa hipótese, sustenta-se que estaria configurado o direito subjetivo à contratação, razão pela qual o dano indenizável deveria corresponder aos lucros cessantes, e não a uma chance. Assim, a utilização da perda de uma chance teria por finalidade principal reduzir artificialmente o montante indenizatório, configurando-se como mecanismo de contenção do impacto financeiro sobre o erário público (Reisdorfer, 2023, p. 291).

No entanto, tal posicionamento revela inconsistências. Conforme demonstrado, nem mesmo a adjudicação do objeto gera, segundo a jurisprudência

majoritária, direito subjetivo à contratação, pois a Administração mantém a prerrogativa de anular o certame por ilegalidade ou revogá-lo por razões de interesse público. Se nem a adjudicação consolida o direito à celebração do contrato, com muito maior razão não se pode reconhecer esse direito em fase anterior, na qual o grau de probabilidade de contratação é ainda mais reduzido, com diferentes situações aptas a alterar o resultado. Desse modo, não procede a afirmação de que a exclusão ilícita, em tais situações, configuraria automaticamente direito subjetivo ao contrato, e, conseqüentemente, à indenização por lucros cessantes.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O propósito desta seção é realizar a análise de provimentos jurisdicionais que versaram sobre a responsabilização civil do Estado, a título da perda de uma chance, pela exclusão indevida de licitantes, buscando identificar: a caracterização da antijuridicidade do ato estatal que excluiu o licitante; a incidência da teoria da perda de uma chance; a caracterização dos requisitos da perda de uma chance, incluindo a seriedade e realidade da chance; e os parâmetros de quantificação da indenização.

Desse modo, constatou-se, preliminarmente, a existência de um conjunto relativamente restrito de julgados que enfrentam diretamente a temática, concentrados sobretudo nos tribunais regionais federais e em determinados tribunais de justiça, procedendo-se à seleção daqueles que apresentavam maior relevância argumentativa e aderência ao problema de pesquisa.

A Apelação nº 5001778-34.2016.4.04.7105/RS, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4 Região, versa sobre hipótese de exclusão irregular de licitante decorrente da aplicação indevida de sanção impeditiva de participação em licitações. No caso, o autor, ao participar de procedimento licitatório promovido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), foi penalizado com impedimento de licitar e contratar pelo prazo de dois meses. Entretanto, o período da sanção foi equivocadamente registrado como dois anos no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG) e no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

Com efeito, o documento OUT6, acostado no evento 1 do feito originário, indica que, quanto aos lotes 1 e 2 do pregão eletrônico, os valores propostos pela parte autora haviam sido aceitos; no entanto, em decorrência do registro, no SICAF, de que o impedimento de licitar se estenderia até 22/10/2017, a licitante foi inabilitada.

Tenho que o fato de a licitante ter tido sua proposta aceita, com a consequente abertura do prazo para envio da documentação, representa uma chance real e séria de lograr a celebração do contrato administrativo. Não se trata de mera expectativa despida de qualquer sustentação, mas de perda efetiva da provável chance de contratar com a Administração Pública, ceifada pelo ato ilícito cometido pelo DNIT.

(...)

O caso ora em análise constitui exemplo ainda mais forte da possibilidade de se reparar o dano oriundo da perda de uma chance, porquanto a parte não apenas efetivamente participou do pregão eletrônico, como também teve suas propostas selecionadas. Afigura-se irrelevante perquirir se o restante da documentação estava regular ou mesmo a situação dos demais licitantes: o quadro posto já revela uma probabilidade concreta de celebração do contrato almejado.

Desse modo, da análise do julgado, infere-se que o TRF4 acertou ao analisar o caso sob a ótica da teoria da perda de uma chance, e não de lucros cessantes, diante da inexistência da formação de direito de contratar. Em relação ao cabimento da indenização pela perda de uma chance, o ato ilícito praticado pelo DNIT efetivamente fulminou qualquer probabilidade do licitante sagrar-se vencedor, no entanto, a dispensa da análise da documentação, a fim de comprovar os requisitos da habilitação, assim como da situação dos demais participantes, compromete a plena caracterização da seriedade e realidade da chance.

Por fim, o julgado assim fundamentou a quantificação da indenização:

Quanto ao valor da indenização, entendo que o percentual de lucro indicado pela parte autora - 20% sobre o valor total da proposta - afigura-se razoável, guardando compatibilidade com o que ordinariamente se observa; além disso, o DNIT limitou-se a impugnar genericamente o percentual. Considerando que a parte autora chegou a ter suas propostas aceitas, entendo adequado fixar em 80% da expectativa de lucro a indenização a tal título (80% sobre 20% de 110.799,80, correspondente ao valor total da proposta - quanto ao lote 1: 20 itens x R\$ 3.500,00; quanto ao lote 2: 20 itens x 2.039,99).

Assim, verifica-se que o colegiado realizou ponderação fundamentada acerca da vantagem final, ainda que não tenha restado fundamentado o percentual de probabilidade de vencer o certame.

A Apelação n. 70082695206, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também analisa uma situação de aplicação irregular de sanção impeditiva de licitar. Assim, o autor alegou que, devido à ocorrência de atrasos na execução da obra, foi sancionado indevidamente com a penalidade de impedimento de licitar pelo prazo de 2 anos, pelo município de São Leopoldo, pois a culpa teria sido do próprio poder público municipal.

Desse modo, o Tribunal reconheceu a ilicitude da sanção aplicada, diante da ausência de impugnação pelo Município. No entanto, afastou a incidência da teoria da perda de uma chance, por considerar inexistentes chances sérias e reais do licitante sagrar-se vencedor do certame.

Neste ponto, ainda que a demandante afirme que seria a vencedora da licitação do Município de Sapucaia do Sul com a proposta de R\$ 3.802.399,07, valor inferior àquela efetivamente ganhadora (R\$ 3.831.629,73), inexistente qualquer demonstração nesse sentido, ou seja, acerca da apresentação por parte da autora da mencionada proposta, consoante bem ressaltado pela parte contrária em contestação. Aliás, nos termos da Ata do procedimento licitatório do Município em questão (fls. 25/26), o envelope contendo a proposta da autora foi devolvido devidamente lacrado por conta da inabilitação. Logo, não há efetiva comprovação do valor da proposta naquela oportunidade.

Igualmente, os documentos que dizem respeito à licitação no Município de Novo Hamburgo em nenhum momento são capazes de atestar que a empresa-autora seria considerada a vencedora daquele procedimento (fls. 28/39), mas apenas mencionam que esta foi reconhecida como inabilitada em virtude da penalidade ora discutida.

Nestas circunstâncias, conforme entendimento do egrégio STJ, a teoria da perda de uma chance objetiva a concessão de indenização quando for possível identificar que, sem a conduta da parte contrária, a vítima conseguiria alcançar o resultado almejado, o que, vênha devida, não restou suficientemente comprovado no caso concreto.

A Apelação n. 1002338-46.2017.8.26.0288, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, versa sobre vício na fase de habilitação decorrente da imposição de exigência em desconformidade com a legislação, o que culminou na exclusão indevida do licitante. O autor sustentou ter apresentado a proposta mais

vantajosa no procedimento licitatório, na modalidade pregão; contudo, durante a etapa de habilitação, especificamente no tocante à qualificação econômico-financeira, foi desclassificado por não ter apresentado balanço patrimonial, documento exigido pelo edital do certame.

O Tribunal reconheceu a ilicitude da exigência e conseqüentemente a ilegalidade da exclusão do licitante, nestes termos:

Assim, se a legislação que dispõe sobre o regramento tributário e comercial das microempresas e das empresas de pequeno porte autoriza a realização de declaração simplificada, dispensando-as de escrituração comercial, realmente não tem razão de ser a exigência editalícia, ou do agente da Administração, no sentido da apresentação de balanço patrimonial ou demonstração contábil como condição para habilitar-se no procedimento licitatório.

Ato contínuo, o Tribunal afastou a ocorrência de indenização por lucros cessantes, ante a inoccorrência da formação do direito de contratar, e decidiu pela aplicação da teoria da perda de uma chance, nestes termos:

Ocorre que, descumprindo previsão editalícia, o autor deixou de interpor recurso administrativo tempestivo, dando ensejo à conseqüente adjudicação do objeto do certame a terceiro, na forma da lei de regência. Nessa circunstância, preferível acolher, como forma de reparação do ilícito, o pedido cumulativo deduzido, voltado à indenização pela chamada perda de uma chance.

(...)

O apelante, antes de ser desclassificado, havia apresentado o lance de menor valor dentre os participantes (fls. 159/162). A indevida inabilitação, fundada em motivo equivocado, privou-o da oportunidade de contratar com a Administração.

A Apelação n. 5003272-60.2013.4.04.7000, julgada pelo TRF-4, também trata de vício na habilitação. No caso, a autora, empresa de construção civil, alegou que foi excluída irregularmente de licitação por não comprovar sua habilitação técnica. Desse modo, em sede jurisdicional, demonstrou possuir capacidade técnica, no entanto, a União havia prosseguido com o certame, resultando na adjudicação do participante que posteriormente revelou-se ter a segunda melhor proposta.

Diante desse cenário, (i) relativizando-se o princípio da restituição integral, (ii) tendo-se em conta que o lucro líquido calculado na proposta de preço não pode balizar o valor da indenização porque a apelada não empregou seu capital e trabalho no objeto licitado e (iii) o ordenamento jurídico veda o

enriquecimento sem causa, arbitra-se, a título de chance perdida de firmar o contrato com a administração pública, uma indenização no montante de R\$ 50.000,00, o qual, no entender deste juízo, afigura-se razoável e adequado para reparar a chance perdida ocasionada pela conduta do órgão da administração federal que conduziu a Concorrência Pública SRRF 9ª RF/Nº 01/2008.

Desse modo, a decisão mostra-se completamente em desacordo com a teoria da perda de uma chance, uma vez que: a aplicação da teoria da perda de uma chance não representa uma relativização do princípio da reparação integral, na medida em que o objeto da indenização é a chance, e não a vantagem final esperada; o lucro líquido, isto é, a vantagem final, deve servir como parâmetro da quantificação da indenização; e a fixação do quantum indenizatório em R\$ 50 mil, considerando que o valor total seria de R\$ 1.484.777,76, demonstra que ou a chance não era séria ou real, uma vez que corresponderia a apenas 3,33% de probabilidade, ou que não houve correta quantificação do dano.

A Apelação n. 50023545920214036109, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 3 Região, também trata de vício na habilitação, no entanto, não praticado diretamente pelo agente administrativo responsável pela licitação, mas por ente estatal encarregado de certificar a regularidade social. Desse modo, o autor sustentou ter sido excluído irregularmente do certame por ato ilícito da Caixa Econômica Federal, entidade com atribuição de atestar a regularidade do FGTS, e postulou pela concessão de lucros cessantes ante a perda da licitação.

Assim, o TRF-3 reconheceu a ilicitude do ato da CEF, no entanto, conforme jurisprudência formada, negou a ocorrência de lucros cessantes, pela ausência de direito subjetivo à contratação, e concedeu a indenização pela perda de uma chance.

Conclui-se, pois, que pela inércia da CEF em fornecer a Certidão de Regularidade do FGTS (CRF), a autora perdeu a possibilidade de participar de licitação com o TJSP. O caso se amolda, portanto, à teoria da perda de uma chance e não ao instituto dos lucros cessantes, pois a possibilidade de a autora vencer a licitação do TJSP era hipotética.

(...)

Evidencia-se, assim, que pela não entrega da Certidão de Regularidade do FGTS (CRF), a autora perdeu a possibilidade de contratação com órgão público, de modo que é notória a responsabilidade civil e o dever de indenizar da ré.

O acórdão categoriza a seriedade e realidade da chance devido à participação costumeira em licitações e o recebimento de convites de órgãos públicos, sem maior exame de qualquer outro fator ou de probabilidade de êxito, em flagrante contradição com a teoria da perda de uma chance. Outrossim, a quantificação do dano também careceu de motivação.

A Apelação n. 5003853-94.2021.4.04.7000, julgada pelo TRF-4, refere-se à hipótese de exclusão irregular de licitante pela desclassificação por vício sanável. No caso, o autor alegou que, ao participar de credenciamento perante a Caixa Econômica Federal, foi inabilitado devido à não apresentação de documentos, entretanto, comprovou que foi oportunizado aos demais licitantes prazo adicional para regularizar o envio da documentação.

Clara a ilegalidade da exclusão da parte autora do certame, ainda mais considerando-se que todos os documentos faltantes foram apresentados à CEF no prazo para questionamentos.

(...)

Com essas observações, tenho que, no caso dos autos, a parte autora logrou demonstrar a perda de uma chance. Veja-se que a parte autora cumpriu todos os demais requisitos do credenciamento (somente impediu sua habilitação ter sido impossibilitada pela CEF de complementar a documentação, na forma como foi garantida às demais licitantes). A conduta ilegal da CEF com relação à inabilitação da empresa impediu que esta firmasse o contrato garantido a todas as empresas devidamente credenciadas - segundo o item 9 do Edital do certame.

Assim, o colegiado reconheceu a ilicitude da exclusão, uma vez que não apenas o vício era sanável como foi permitido aos demais licitantes a possibilidade de complementar a documentação, em evidente violação do princípio da isonomia.

Parece-me evidente, na verdade, a culpa concorrente da parte autora, que tendo indicado haver optado pelo cadastramento via SICAF, o que atrairia a incidência da previsão do item 2.2 do Edital, posteriormente verificou que parte da documentação indispensável para sua habilitação não estava disponível no sistema, tendo perdido o prazo para apresentá-la regularmente.

Assim, estaria vigente por quatro anos. Pode-se considerar, ainda, que a parte autora estaria credenciada com pelo menos outras quatro empresas, para a prestação dos serviços a que se propôs, fazendo jus, assim, a, no máximo, 1/5 dos serviços que surgissem no período, para as atividades A-401 e B-401. No mês, em uma média que considere os períodos de altas, baixas, a pandemia e demais intercorrências, considero como margem a

quantidade de 5 serviços de cada atividade, na localidade eleita, a serem distribuídos entre as credenciadas. Assim, tenho por plausível considerar que a parte autora teria prestado um serviço de avaliação (A-401) e um serviço de análise de projeto (B-401) por mês à CEF, por quatro anos, a serem remunerados em R\$ 430,00 e R\$ 737,00. Tomo como base para o arbitramento da indenização, assim, o valor total de R\$ 56.016,00, como aquele a que a parte autora teria recebido durante toda a execução do contrato. Pela chance perdida, tenho que a parte autora deve ser indenizada no montante de 50% do valor a que hipoteticamente - em cálculo probabilístico e na ausência de informações mais precisas (que não foram trazidas pela parte autora aos autos) - faria jus. Arbitro o valor da indenização pela perda de uma chance, assim, em R\$ 23.008,00,

Por conseguinte, na quantificação da indenização, o magistrado soube fundamentar o valor da vantagem final, a partir de uma análise detalhada do objeto da licitação, entretanto, a decisão carece de uma maior fundamentação acerca do cálculo da probabilidade de obter a contratação, assim como uma omissão acerca do impacto do reconhecimento de concausalidade no *quantum* indenizatório.

Desse modo, a partir da análise jurisprudencial realizada, é possível extrair algumas conclusões. Inicialmente, observa-se que os órgãos jurisdicionais estabelecem distinção clara quanto à espécie de dano suportado pelo licitante indevidamente excluído do certame. Assim, os lucros cessantes somente são admitidos quando caracterizado o direito subjetivo à contratação, isto é, quando demonstrado que o licitante seria necessariamente vencedor. Em contrapartida, a indenização pela perda de uma chance revela-se de obtenção mais acessível, pois exige apenas a comprovação de que havia uma probabilidade séria e real de adjudicação, sem necessidade de demonstração do resultado certo.

Ademais, constatou-se que a jurisprudência majoritária admite a indenização pela perda de uma chance decorrente da exclusão indevida de licitante, desde que a probabilidade frustrada seja qualificada como séria e real. Todavia, a própria configuração dessa seriedade e realidade permanece problemática, em razão da dificuldade inerente de aferir, com razoável segurança, a probabilidade de o licitante sagrar-se vencedor. Essa incerteza repercute tanto na caracterização do dano, que depende da demonstração de uma chance juridicamente relevante, quanto na quantificação da indenização, cuja definição exige a mensuração do grau de probabilidade da adjudicação.

Assim, considera-se relevante que a jurisprudência adotasse padrões uniformes de aferição da seriedade e realidade da chance perdida no contexto de licitações, a exemplo do proposto neste trabalho, a fim de evitar a multiplicação de decisões marcadas pela ausência de fundamentação razoável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve como objetivo investigar a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela perda de uma chance decorrente da exclusão irregular de licitantes. Desse modo, partiu-se da hipótese de que o Estado, ao praticar ato ilícito que acarrete a exclusão irregular de um licitante ainda desprovido de direito subjetivo à contratação, deverá responder civilmente, mediante indenização pela perda de uma chance, desde que a oportunidade frustrada se revele séria e real.

Com o primeiro capítulo, delineou-se o sistema de responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, fundamentado essencialmente na teoria do risco administrativo, que é caracterizada pela responsabilidade objetiva, isto é, a desnecessidade de comprovação do elemento “culpa lato sensu”, admitindo-se, todavia, o seu afastamento, mediante as excludentes de responsabilidade.

Em seguida, procedeu-se à análise da teoria da perda de uma chance, compreendida como a frustração de uma probabilidade objetiva de obtenção de resultado favorável, em razão de ato ilícito que interrompe um processo aleatório em curso. São seus requisitos a existência de chance séria e real e a perda definitiva da vantagem esperada, devendo o quantum indenizatório ser fixado com base no percentual de probabilidade de obtenção do benefício final, e não no valor integral deste.

No segundo capítulo, voltou-se ao estudo do regime jurídico das licitações, um procedimento administrativo complexo, composto por uma sequência de fases, com variados requisitos e condições, que objetivam a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse da administração simultaneamente com a garantia de ampla participação de interessados.

Posteriormente, identificou-se 5 hipóteses de exclusão irregular de licitantes: a aplicação irregular de sanções impeditivas de licitar; anulação ou revogação irregular do certame que resulte em exclusão indevida de licitantes; desclassificação por vícios da classificação; inabilitação fundada em exigência irregular; e a desclassificação por vício sanável.

Por fim, no terceiro e último capítulo, examina-se a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela perda de uma chance decorrente da exclusão irregular de licitantes. Nesse contexto, buscou-se delinear o regime da

responsabilidade pré-contratual estatal, que pode culminar na reparação do interesse negativo, correspondente às despesas suportadas pelo particular para participar do certame, na indenização pela perda de uma chance, quando demonstrada a existência de probabilidade séria e real de o licitante sagrar-se vencedor, ou, ainda, em lucros cessantes, nas hipóteses em que reste configurado o direito subjetivo à contratação.

Assim, confirmou-se a hipótese inicialmente formulada, no sentido de que é cabível a indenização pela perda de uma chance decorrente da exclusão irregular de licitantes, desde que a oportunidade frustrada seja séria e real. No âmbito licitatório, a seriedade e a realidade da chance exigem, como pressupostos específicos, não apenas a demonstração de probabilidade significativa de o participante sagrar-se vencedor do certame, mas também a comprovação de que atendia integralmente aos requisitos de habilitação e de que o procedimento licitatório encontrava-se juridicamente hígido.

No entanto, a análise jurisprudencial revelou a existência de equívocos na aplicação da teoria da perda de uma chance em matéria licitatória, notadamente quanto à adequada caracterização da chance como séria e real e quanto à metodologia de quantificação do respectivo valor indenizatório.

A relevância da indenização pela perda de uma chance em casos de exclusão irregular de licitantes não reside apenas na recomposição do prejuízo decorrente da oportunidade frustrada por ato ilícito estatal, mas também no incentivo à condução dos certames com seriedade, imparcialidade e probidade. Tal mecanismo contribui para mitigar as frequentes irregularidades e fraudes observadas na seara licitatória, favorecendo que o procedimento cumpra adequadamente sua função de racionalização das escolhas públicas, função essa compatível com a lógica de previsibilidade, coerência e racionalidade formal própria da burocracia moderna descrita por Max Weber.

Nesse diapasão, afigura-se como principal virtude da responsabilização pela perda de uma chance em licitações o potencial efeito pedagógico sobre os agentes encarregados pela realização dos procedimentos licitatórios, mormente quando conjugado ao exercício, pela Administração, do direito de regresso contra estes atores, nas hipóteses em que reste demonstrada culpa ou dolo, de modo a preservar a hígidez e integridade dos certames licitatórios.

Desse modo, o presente trabalho buscou contribuir para o debate acadêmico relativo à indenização decorrente da exclusão irregular de licitantes, à luz da teoria da perda de uma chance, mediante a identificação das principais hipóteses de atos ilícitos praticados pela Administração capazes de ensejar a retirada indevida de concorrentes, bem como pela delimitação dos pressupostos específicos de configuração da perda de uma chance no âmbito licitatório. Destacou-se, ainda, a necessidade de aprimoramento da aplicação dessa teoria pelos operadores do direito, com a unificação do entendimento jurisprudencial acerca da caracterização da seriedade e realidade da chance perdida, e recomendou-se o aprofundamento das investigações sobre a matéria, dada sua crescente relevância no contencioso administrativo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270616>. Acesso em: 18 set. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 21 ago. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 ago. 2025.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 39. ed. Barueri: Atlas, 2025.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 16. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CRUZ, André Santa. Manual de Direito Empresarial – Volume Único. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 38. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621392>. Acesso em: 20 out. 2025.

HEINEN, Juliano. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

MARRARA, Thiago. Manual de Direito Administrativo: atos, processos, licitações e contratos. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2025.

MARRARA, Thiago. Manual de Direito Administrativo: controles, responsabilidades, sanções e acordos. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2025.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 45. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 38. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Direito Administrativo. 14. ed. Barueri: Atlas, 2025. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530996383>. Acesso em: 25 ago. 2025.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995850>. Acesso em: 20 set. 2025.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995935>. Acesso em: 20 ago. 2025.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Relação jurídica pré-contratual e responsabilidade civil do Estado: a reparação de danos pela decisão de não contratar. 2023. 320 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22082023-161532/pt-br.php>. Acesso em: 27 ago. 2025.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. A Nova Lei de Licitações. São Paulo: Almedina, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556273785/pageid/4>. Acesso em: 20 set. 2025.

ROTENBERG, Julia Schulz. A responsabilidade civil da administração pública pela perda de uma chance. 2020. 540 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01052021-205145>. Acesso em: 20 ago. 2025.

SCHIEFLER, Eduardo. Estatísticas do mercado público: as compras públicas representam 12% do PIB. São Paulo: Schiefler Advocacia, 2022. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/pib-nacional/> Acesso em: 2 nov. 2025

SILVA, A. do C. e. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 217, p. 163–171, 1999. DOI: 10.12660/rda.v217.1999.47422. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47422>. Acesso em: 2 nov. 2025.

SILVA, Rafael Pettefi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70082695206. Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Data de Julgamento: 25/11/2020, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 09/12/2020)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1002338-46.2017.8.26.0288. Relator: Aroldo Viotti, Data de Julgamento: 08/05/2023, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/05/2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3 REGIÃO. Apelação Cível n. 50023545920214036109. Relator: Herbert Cornélio Pieter de Bruyn Júnior, Data de Julgamento: 08/09/2025, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/09/2025

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4 REGIÃO. Apelação Cível n. 50017783420164047105. Relatora: Marga Inge Barth Tessler, Data de Julgamento: 07/11/2018, 3ª Turma.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4 REGIÃO. Apelação Cível n. 5003272-60.2013.4.04.7000. Relatora: Vânia Hack de Almeida, Data de Julgamento: 12/06/2019, 3ª Turma.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4 REGIÃO. Apelação Cível n. 50038539420214047000. Relatora: Gisele Lemke, Data de Julgamento: 19/02/2025, 12ª Turma, Data de Publicação: 20/02/2025.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos de Direito Civil: responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Disponível em: <https://diegoazziufabc.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/09/weber-max-economia-e-sociedade-vol-2.pdf>. Acesso em: 20 out. 2025.