

**À ILUSTRÍSSIMA SENHORA KEILA DOS SANTOS XAVIER, PRESIDENTE DA CPL DE PAINEL RESPONSÁVEL PELA CONCORRÊNCIA 001/2023 - PROCESSO LICITATÓRIO Nº 023/2023, DESTINADO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DO RAMO DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E/OU CONSTRUÇÃO CIVIL PARA EXECUÇÃO DE OBRA CONSTRUÇÃO DE CRECHE PROINFÂNCIA TIPO 1.**

**CONCORRÊNCIA Nº 001/2023**

**VOLTTI CONSTRUÇÕES LTDA ME**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 29.728.488/0001-50, com sede à Rua João Nunes Amaral nº 1405, Bairro Pereira Alves, na cidade de Correia Pinto, Estado de Santa Catarina, CEP 88.535-000, por seu representante legal, adiante firmado, com fundamento nas disposições contidas no artigo 109 da Lei 8.666/93, não se conformando, data vênua, com a decisão que a inabilitou do certame por, supostamente, não haver cumprido a exigência da alínea “k” do subitem 5.1 (Atestado de capacidade técnica por execução de obra de características semelhantes à obra objeto desta licitação, não se conformando, data venia, com a referida decisão, interpõe o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, pelas razões de fato e de direito que a seguir aduz.

**DOS FATOS:**

A recorrente, em 4 do mês fluente, foi indevidamente desclassificada da Tomada de Preços nº 007/2023, sob argumento de, supostamente, não haver cumprido a exigência da alínea “k” do subitem 5.1 (Atestado de capacidade técnica por execução de obra de características semelhantes à obra objeto desta

licitação, sendo a referida decisão despida de fundamentação e motivação, consoante se infere da Ata de Julgamento de Habilitação lavrada na oportunidade.

### **DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO:**

São elementos do ato administrativo: **a) Sujeito competente ou Competência; b) Forma; c) Finalidade; d) Motivo; e e) Objeto ou conteúdo.** É o poder que decorre da lei conferida ao agente administrativo para o desempenho regular de suas atribuições.

Neste contexto, tem-se que, para a validade do ato administrativo, como dito, há necessidade de o mesmo estar contemplado dos elementos **fundamentação** e **motivação** o que não ocorreu na espécie e, portanto, o torna inválido.

**Motivação** é a declaração escrita do motivo que levou à prática do ato. É a demonstração de que os pressupostos autorizadores realmente estão presentes, isto é, que determinado fato aconteceu e esse fato se enquadra em uma norma jurídica, enquanto a **fundamentação**: a) Deve ser expressa; b) Deve conter a exposição, ainda que sucinta, dos seus fundamentos de facto e de direito; e c) Deve ser clara, coerente e completa.

Assim, como já asseverado, o motivo do ato administrativo constitui o fato jurídico que autoriza ou exige a emissão daquele ato jurídico.

O fato jurídico resulta da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático demarcado no antecedente normativo desta regra. Sob essa perspectiva e para o exame da validade do ato administrativo, pode-se dizer que o motivo se bifurca em (i) motivo legal ou pressuposto de direito e (ii) motivo fático ou

pressuposto de fato, sendo aquele a norma jurídica que incidiu e este o suporte fático vertido em fato jurídico.

Observe-se que o motivo não se confunde com a intenção do emissor do ato. Esta tradicionalmente é chamada móvel e tem mais relevância na análise da finalidade do ato administrativo.

O ato administrativo se encontra motivado quando nele se encontra exposto o seu motivo. Trata-se de aspecto pertinente à formalização do ato administrativo, uma vez que envolve necessariamente o seu revestimento exterior.

Noutro giro: a motivação do ato administrativo consiste na exteriorização formal do motivo.

Mas além dessa dimensão formal, a motivação do ato administrativo também tem uma dimensão substancial. Sob essa perspectiva, a motivação é o meio que torna possível a recondução do ato administrativo a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as normas jurídicas vigentes. Ela permite traçar um laço de validade entre o ato administrativo e o sistema do Direito Positivo.

A complexidade da motivação do ato administrativo e a densidade que dela se espera são diretamente proporcionais ao grau de relevância desse provimento para a esfera jurídica do administrado.

Enquanto discurso, a motivação deve apresentar todos ou alguns dos seguintes elementos proposicionais, conforme a natureza do ato administrativo: (i) a demonstração do suporte fático da norma jurídica aplicada (motivo fático); (ii) a exposição da norma jurídica que justifica a emissão do ato (motivo legal); (iii) a comprovação da incidência da norma jurídica mencionada como lastro de validade para o ato; e, (iv) no caso de atos administrativos discricionários, a

relação de proporcionalidade entre a conteúdo do ato e o motivo, em face da finalidade (causa).

Uma questão relevantíssima para a validade do ato administrativo está centralizada na obrigatoriedade ou não de sua motivação. Enfim, se há o dever de motivação do ato administrativo no sistema do Direito Positivo brasileiro, assim como se a norma jurídica que o determina pode ser enquadrada como princípio jurídico.

Nesse caso, o enfoque reside na qualificação da conduta de motivar como obrigatória.

Levando-se em consideração que no arbítrio a legitimação da decisão estatal ocorre pela sua mera imposição material, é de se esperar que, no Estado Democrático de Direito, os atos jurídicos do Estado sejam motivados. Afinal, pressupõe-se que o destinatário do ato administrativo tenha a oportunidade de compreendê-lo e contestá-lo para que essa decisão possa ser considerada legítima.

Em se tratando de ato administrativo, há referência à motivação nos seguintes enunciados da Constituição Federal: (i) art. 93, X; art. 121, § 2º; e (iii) art. 169, § 4º.

Já no âmbito da Administração Pública Federal, a motivação do ato administrativo encontra tratamento mais denso no art. 2º, *caput*, parágrafo único, no art. 38, § 2º, e no art. 50, ambos da Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Entretanto, também há referência expressa ou implícita ao dever de fazê-lo em outros dispositivos legais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vide o art. 172 da Lei Federal 5.172, de 25 de outubro de 1966 (“Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”).

Vide o art. 6º, § 3º, da Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981 (“Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”).

Vide o art. 161, *caput*, o art. 165, *caput*, e o art. 168, parágrafo único, todos da Lei Federal 8.112, de 11 de setembro de 1990 (“Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”).

Por injunção do princípio da legalidade administrativa, caso a lei determine a motivação do ato administrativo, esta deve ser realizada sob pena de invalidade, sem prejuízo das hipóteses previstas na própria Constituição nas quais ela é considerada obrigatória.

Enquanto cidadão, o administrado tem o direito de conhecer os elementos fáticos e jurídicos que amparam os atos administrativos, tanto os que

---

Vide o art. 4º, § 2º, da Lei Federal 8.248, de 23 de outubro de 1991 (“Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências”).

Vide o art. 8º, parágrafo único, o art. 20, caput, o art. 38, IX, o art. 42, § 5º, o art. 49, caput, o art. 51, § 3º, o art. 57, § 1º, o art. 58, IV, o art. 78, parágrafo único, o art. 79, § 1º, o art. 87, IV, o art. 109, § 2º, todos da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”).

Vide o art. 20, parágrafo único, e o art. 40, ambos da Lei Federal 9.472, de 18 de julho de 1997 (“Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995”).

Vide o art. 115, § 7º, e o art. 265, ambos da Lei Federal 9.503, de 23 e setembro de 1997 (“Institui o Código de Trânsito Brasileiro”).

Vide o art. 4º, XI, da Lei Federal 10.520, de 17 de julho de 2002 (“Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”).

Vide art. 5º, § 1º, o art. 10, II, art. 12, § 2º, art. 14, § 3º, o art. 16, § 3º, e o art. 18, §§ 5º, II, 10, 11 e 13, todos da Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”).

Vide o art. 19, § 5º, art. 26, § 1º, e o art. 51, todos da Lei Federal 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (“Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências”).

Vide o art. 10, §§ 7º e 8º, e o art. 11, § 4º, IV e VI, ambos da Lei Federal 12.232, de 29 de abril de 2010 (“Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências”).

Vide o art. 2º, parágrafo único, II, o art. 7º, IV, o art. 8º, § 2º, o art. 10, parágrafo único, o art. 12, parágrafo único, todos da Lei Federal 12.462, de 4 de agosto de 2011 (“Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998”).

atingem diretamente seus direitos individuais como aqueles que envolvem direitos difusos e coletivos.

Mediante o exame da fundamentação do ato administrativo, naturalmente se viabiliza um melhor controle de sua juridicidade, aspecto essencial ao Estado Democrático de Direito. Afinal, uma vez expostas as razões de fato e de direito do ato administrativo, o administrado tem a oportunidade de compreendê-lo e de impugná-lo de modo mais eficiente. Ademais, se o administrado é obrigado a expor os fundamentos de sua irresignação quando no exercício do direito de petição, é justo que se espere igual dever para a Administração Pública ao apreciar o pedido que lhe foi formulado.

Não deixa igualmente de haver relação entre o acesso ao motivo do ato e o direito do administrado de receber informações de seu interesse particular ou de interesse público perante a Administração.

Também se mostra nítida a relevância da motivação do ato administrativo para a efetividade do devido processo legal. O manejo da garantia fundamental da ampla defesa no processo administrativo ganhar maior concretude quando o administrado tem acesso aos pressupostos de fato e de direito do ato administrativo que atingiu a sua esfera jurídica.

Convém acrescentar que a motivação não deixa de ser um instrumento de legitimação política do ato administrativo, por meio do qual a Administração Pública demonstra a sua imperatividade (ou compatibilidade) em face do interesse do povo e da legislação em vigor.

Vide o art. 7º, §§ 3º e 4º, o art. 28, II, o art. 30, § 2º, da Lei Federal 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências”)

Vide o art. 39, § 1º, da Lei Federal 13.019, de 31 de julho de 2014 (“Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”).

A obrigatoriedade da motivação do ato administrativo, além de ampliar a publicidade da atividade administrativa, serve como obstáculo para a violação dos princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que demanda da autoridade administrativa a demonstração de que os interesses públicos e privados envolvidos na expedição desse ato jurídico foram devidamente ponderados.

Neste contexto, se os atos administrativos do Poder Judiciário devem ser fundamentados, é desarrazoado conceber que o Poder Executivo esteja dispensado desse dever.

Como se vê, o dever de fundamentação do ato administrativo está associado à concretização de valores relevantíssimos para o regime jurídico-administrativo. Por conseguinte, identifica-se a obrigatoriedade da motivação desse ato jurídico como princípio constitucional implícito do regime jurídico-administrativo, amparado nos dispositivos constitucionais citados e no art. 5º, § 2º,<sup>59</sup> do texto constitucional.

Por fim, consigna-se que o fato de a lei ser omissa quanto à obrigatoriedade da motivação do ato administrativo não afasta esse dever jurídico, quando os valores constitucionais a impuserem no caso concreto.

### **DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE:**

É consabido que a administração pública rege-se, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade** direcionam a aplicação do ordenamento jurídico para que atenda à situação concreta de forma adequada e proporcional.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade asseguram a coerência entre a aplicação e a finalidade do direito, garantindo a sua utilização justa. Por esse motivo, os princípios também são chamados de **princípio da proibição do excesso**.

Os **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade** são considerados princípios gerais do direito e por isso são aplicados a todas as áreas.

Com relação à administração pública, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão implícitos na Constituição Federal e previstos expressamente no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo em âmbito federal:

*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Por administração pública deve-se entender os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) em todas as esferas federativas, bem como as entidades da administração pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Em resumo, qualquer entidade que desempenhe atividade estatal deve agir conforme os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Grande parte da doutrina e da jurisprudência trata os dois princípios como sinônimos, tendo em vista que os dois termos transmitem a mesma ideia de adequação. Essa visão conjunta dos princípios não prejudica o entendimento ou a aplicação dos institutos.

Existem autores que traçam diferenças técnicas entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Essa vertente também é adotada por parte da jurisprudência. Segundo ela, enquanto a proporcionalidade consiste na **gradação** da medida (proibição do excesso), a razoabilidade leva em conta análises de:

**Adequação:** compatibilidade entre a medida adotada e o caso concreto.

**Necessidade:** exigibilidade da medida em face da situação.

A **razoabilidade** impõe que, ao atuar dentro da discricção administrativa, o agente público deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas.

Dessa forma, ao fugir desse limite de aceitabilidade, os atos serão ilegítimos **e, por conseguinte, serão passíveis de invalidação jurisdicional.**

São ilegítimas, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivessem atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”.*

A **proporcionalidade**, por outro lado, exige o equilíbrio entre os meios que a Administração utiliza e os fins que ela deseja alcançar, segundo os padrões comuns da sociedade, analisando cada caso concreto. Considera, portanto, que as competências administrativas só podem ser exercidas validamente na extensão e intensidade do que seja realmente necessário para alcançar a finalidade do interesse público ao qual se destina. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade tem por objeto o controle do excesso de poder, pois nenhum

cidadão pode sofrer restrições de sua liberdade além do que seja indispensável para o alcance do interesse público.

Os atos desarrazoados, realizados de maneira ilógica ou incoerente, não estão dentro da margem de liberdade. As decisões que violarem a razoabilidade não são inconvenientes; mas são, na verdade, ilegais e ilegítimas, por isso, passíveis de anulação mediante provocação do Poder Judiciário por meio de ação cabível.

Dessa forma, quando o Judiciário analisa um ato administrativo com fundamento da razoabilidade e proporcionalidade, ele não tornará como base a conveniência e oportunidade, mas a legalidade e legitimidade. Posto isso, não se trata de revogação – que só pode ser realizada pela própria Administração -, mas de anulação do ato desarrazoado ou desproporcional.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não invadem o mérito administrativo, pois analisam a legalidade e legitimidade.

A proporcionalidade possui três elementos que devem ser analisados no caso concreto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

- Adequação (pertinência, aptidão): significa que o meio empregado deve ser compatível com o fim desejado. Os meios devem ser efetivos para os resultados que se deseja alcançar.

- Necessidade (exigibilidade): não deve existir outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, isto é, o meio escolhido deve ser o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos;

- proporcionalidade em sentido estrito: **as vantagens a serem conquistadas devem superar as desvantagens.**

Com efeito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não servem apenas para o controle dos atos administrativos, mas de qualquer outra função do Estado.

No presente caso, simples análise perfunctória revela que a Comissão de Licitação designada pela(o) Portaria/Decreto nº 604/2023 obrou em completo desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

### **DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO OU EDITAL**

O instrumento convocatório ou edital da licitação é o documento que concentra todas as regras destinadas a regular o processo licitatório e o processo da contratação pública.

O art. 41 da Lei nº 8.666/93 preceitua que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Tanto a Lei nº 8666/93 como a Lei nº 14.133/21 preveem expressamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou vinculação ao edital (respectivamente art. 3º e art. 5º).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou edital preceitua que (i) a Administração Pública deve consolidar as regras de regência do processo da contratação pública em um único documento denominado edital da licitação ou instrumento convocatório; e (ii) ao editar esta regra, estará imediatamente submetida a ela, devendo assegurar o seu integral cumprimento pelos licitantes e contratados, que a ela também devem respeito.

Conclusão direta e imediata, decorrente do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e das regras expressas previstas na legislação de regência das licitações, é que **o edital do certame tem natureza jurídica de ato administrativo normativo**, destinado a regular as relações jurídicas vocacionadas à contratação pública.

O conteúdo normativo do instrumento convocatório é evidente, e consubstanciado nas regras da disputa licitatória, nas regras relativas à formação e execução do contrato, na previsão dos tipos infracionais específicos e nas sanções correspondentes para o cometimento de infração, nas regras de conduta dos agentes públicos, na exigência de cumprimento de outras normas que guardem relação com a licitação ou com o futuro contrato, e nas regras de conduta exigíveis de licitantes e contratados.

A norma contida no art. 25 da Lei nº 14.133/21 reforça a tese de que o instrumento convocatório tem natureza jurídica de ato administrativo normativo, composto por regras: **“o edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento”**.

Trata-se de instrumento destinado à regulação de uma certa, determinada e específica relação jurídica licitatória e contratual, o que, contudo, não lhe retira a natureza jurídica de ato administrativo normativo.

Por fim, sabe-se que uma norma jurídica se evidencia por conter preceito e sanção. O instrumento convocatório contém preceitos e sanções para o descumprimento de seus preceitos – características, portanto, de uma norma jurídica.

#### **DO CASO VERTENTE:**

No caso vertente, observa-se que a recorrente foi alijada do certame por, supostamente, ter descumprido disposição editalícia consistente em não haver cumprido a exigência da alínea “k” do subitem 5.1 (Atestado de capacidade técnica por execução de obra de características semelhantes à obra objeto desta licitação)

Assim, necessário, primeiramente, dizer que a Comissão Permanente de Licitação, além de ter obrado em completo desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, também descumpriu o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório ou Edital e o princípio da legalidade, pois agiu de forma subjetiva, julgando sem dizer qual regra editalícia específica que a levou a tal conclusão, ou seja, a Comissão deveria ter indicado, expressamente, a disposição editalícia, ônus que lhe competia, nos termos do disposto no item 8.2.3 do Edital.

*8.2.3. Desta fase será lavrada ata circunstanciada a respeito, devendo toda e qualquer declaração constar obrigatoriamente na mesma, ficando sem direito de fazê-lo posteriormente tanto às proponentes que não tiverem comparecido como os que, mesmo tendo comparecido não consignarem em ata os seus protestos.*

Da dicção do tem acima transcrito verifica-se que a obrigação da Comissão era de lavrar ata circunstanciada a respeito do julgamento, com a inclusão, na mesma, de toda e qualquer declaração apresentada **e isto ELA NÃO FEZ**, de forma que, por este dispositivo, **inválido o julgamento por falta de transparência – ofensa ao princípio constitucional da publicidade.**

Mas não apenas esta regra a Comissão deveria ter seguido.

Deveria ter se mantido fiel e submissa as demais disposições editalícias pertinentes ao tema.

Assim, caso a Comissão de Licitação entendesse que licitante ora recorrente, tivesse descumprido disposição editalícia consistente em, não haver cumprido a exigência da alínea “k” do subitem 5.1 (Atestado de capacidade técnica por execução de obra de características semelhantes à obra objeto desta licitação), deveria ter fixado prazo para que a ora recorrente pudesse apresentar suas justificativas, procedimento previsto no Edital, com aplicação das regras insertas em seus itens e alíneas, posto que a proposta apresentada atendia, em sua essência aos requisitos do Edital, especialmente quanto ao critério de julgamento, em lugar de agir ao arrepio da lei e da norma editalícia, frustrando o caráter competitivo do certame, com nítido favorecimento de algumas licitantes, situação caracterizadora de ato ímprobo que, se não reparado, será levado ao conhecimento do Poder Judiciário.

Disto resulta claro que o julgamento se deu de forma errônea, com inobservância das regras editalícias, não podendo, pois, subsistir.

De outro turno, *argumentandum tantum*, pode a administração dizer que tal invocação se trata de um preciosismo do administrado, preciosismo este que, no seu ver pode soar desarrazoado, porém tal alegação não pode perseverar, ante a atitude reflexa que, indevidamente, tomou.

Extreme de dúvidas, a administração, no caso vertente, obrou em desconformidade com os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade e, por essa razão, deve rever seu posicionamento.

Da proposta apresentada extrai-se que a recorrente não agiu sob o pálio da má-fé, ao contrário, agiu e age dentro de princípios éticos e de boa-fé, o que, inclusive, pode ser averiguado em contratações já mantidas com diversas municipalidades.

No que tange a boa-fé, temos:

A boa-fé objetiva, ou simplesmente, boa-fé lealdade, relaciona-se com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento. Trata-se, por derradeiro, de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé nem tampouco guarda qualquer relação no fato da ciência que o sujeito possui da realidade.

Entretanto, apesar de se relacionar com o campo ético-social, a este não se restringe, inserindo-se no jurídico, devendo o juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as pessoas, sejam elas partes de um contrato, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica.

Caracteriza-se como um dever de agir, um modo de ser pautado pela honradez, ligada a elementos externos, normas de conduta, padrões de honestidade socialmente estabelecidos e reconhecidos.

Na verdade, trata-se de uma técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade num determinado momento. Parte-se de um padrão de conduta comum, do homem mediano, num determinado caso concreto, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos. Traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto. É a sinceridade que deve nortear todas as condutas humanas, negociais ou não negociais.

Em outras palavras, o sujeito deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo da conduta social reclamada pela idéia imperante.

Consoante a definição de Martins (2000, p. 73)<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro. 2. ed. Lumen Júris, 2000.

*“A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido”.*

E completa Negrão (2005, p. 85)<sup>3</sup>, que,

*“num primeiro passo, se refere à interpretação objetiva de qual comportamento seria o correto sem se avaliar a vontade das partes”.*

É uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias de determinado caso. Neste diapasão, cada ser humano deverá guardar fidelidade à palavra dada e não abusar da confiança alheia, sob pena de contrariar todo o ordenamento jurídico. Conforme nos ensina Rosenvald (2005)<sup>4</sup>, *“esta modalidade de boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo das pessoas pautarem seu agir na cooperação, garantindo a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento da justiça social e com repressão a todos a condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura”.*

De acordo com a lição de Couto e Silva (1997; p. 42)<sup>5</sup>:

*“O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra*

---

<sup>3</sup> NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil e legislação civil em vigor. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>4</sup> ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. 1. ed. Saraiva, 2005.

<sup>5</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de Org. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

*parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o “direito do caso”.*

Ainda importa trazer à baila a questão dos erros sanáveis em licitações.

Neste compasso verifica-se que a **finalidade** das cláusulas que impõe a **inabilitação** ou a **desclassificação** dos participantes deve ser avaliado com base no bem jurídico que a regra violada está destinada a tutelar. De modo que, na hipótese de **inocorrência de efetiva lesão** a um interesse público relevante, deve-se oportunizar ao licitante que a irregularidade seja **corrigida**.

Trata-se, pois, da aplicação do princípio processual da **instrumentalidade das formas** aos certames licitatórios, **relativizando-se o rigorismo formal**.

Assim, a nova Lei objetiva **restringir** o espaço de discricionariedade das entidades contratantes, a fim de evitar **formalismos excessivos**. Inclusive, que possam resultar em uma verdadeira “caça aos erros” durante a verificação da regularidade da documentação apresentada pelos licitantes.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para quem as regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que:

*“sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado, se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa” (STJ. REsp nº 512.179/PR. Rel. Min. Franciulli Neto. Segunda Turma. DJ, 28 out. 2003).*

No mesmo sentido manifesta-se o Tribunal de Contas da União:

***Constatando-se erro aritmético ou de anotação no preenchimento da proposta, serão efetuadas as devidas correções, desde que, não haja alteração no PREÇO GLOBAL proposto (Acórdão 830/2018 Plenário do TCU);***

Colhe-se dos Tribunais de Justiça sos Estados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO - ADJUDICAÇÃO DO OBJETO E ASSINATURA DO CONTRATO - LIMINAR DEFERIDA - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - AUSÊNCIA - PLANILHA DE CUSTOS - DILIGÊNCIA PARA CORRIGIR ERRO NOS PREÇOS UNITÁRIOS - APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. A superveniente homologação e/ou adjudicação do objeto licitado não implica na perda do interesse processual em ação promovida por um dos concorrentes que alega justamente ilegalidades no procedimento licitatório, porquanto esses vícios também contaminam a celebração posterior do contrato administrativo. **A lei de licitações prevê a possibilidade de a Comissão realizar diligências, mas veda expressamente a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta, sobretudo porque é imperiosa a existência de um orçamento detalhado por meio de planilhas em que haja a discriminação dos custos unitários do objeto licitado, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital.** (sem grifos no original)

(TJ-MG - AC: 10568160016990002 Sabinópolis, Relator: Edilson Olímpio Fernandes, Data de Julgamento: 15/12/2020, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/01/2021)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM AÇÃO MANDAMENTAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE EM PREGÃO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELA LICITANTE. EXCESSO DE FORMALISMO CONFIGURADO. **VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. EDITAL PREVÊ AO PREGOEIRO A FACULDADE DE REALIZAR DILIGÊNCIA PARA DIRIMIR DÚVIDAS. INOBSERVÂNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJCE.** APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E DESPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. **A controvérsia consiste em verificar a legalidade da desclassificação da impetrante no Pregão Eletrônico nº 20180040 (grupos 5, 6, 7 e 8) e no Pregão Eletrônico nº 20180045 (grupo 5).** 2. **Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a finalidade primordial da licitação, ou seja, a escolha de proposta mais vantajosa para o**

**Poder Público. Ademais, em que pese o poder de autotutela da Administração (Súmula 473 do STF), o Supremo Tribunal Federal entende que, em se tratando de atos os quais repercutam diretamente na esfera individual do administrado, deverá se observar o devido processo legal e garantir o contraditório e a ampla defesa (Tema 138). 3. Observa-se-se, in casu, que a desclassificação da requerente no Pregão Eletrônico nº 20180040 (grupos 5, 6, 7 e 8) e no Pregão Eletrônico nº 20180045 (grupo 5) é ilegal, porquanto está em desacordo com os princípios e as normas que norteiam os procedimentos licitatórios, pois maculada pelo excesso de formalismo, pela desproporcionalidade e irrazoabilidade e pela violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, prejudicando o alcance do fim ao qual a licitação se propõe.** 4. Apelação e Remessa conhecidas e desprovidas. Sentença mantida. ACÓRDÃO Acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Apelação Cível e da Remessa Necessária, para desprovê-las, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Fortaleza, 25 de novembro de 2020 FRANCISCO GLADYSON PONTES Presidente do Órgão Julgador TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES Relatora (sem grifos no original)

(TJ-CE - APL: 01464491820198060001 CE 0146449-18.2019.8.06.0001, Relator: TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES, Data de Julgamento: 25/11/2020, 2ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 25/11/2020)

Deste modo, pode e deve esta perlustrada Comissão de Licitação rever sua decisão por se fazerem presentes, no caso em tela:

- a) falta de fundamentação e motivação no ato administrativo decisório;
- b) desrespeito aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade;
- c) desrespeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou vinculação ao edital, previsto tanto a Lei nº 8666/93 como na Lei nº 14.133/21 (respectivamente art. 3º e art. 5º) – a Comissão deixou de observar os procedimentos previstos no item 9.8 e alíneas do Edital;

d) a boa-fé objetiva da recorrente;

e) o interesse público, ante a iminência de judicialização do procedimento.

Isto posto, requer a reforma do *decisum* pelas razões acima expostas, declarando a ora recorrente HABILITADA.

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Correia Pinto, 11 de outubro de 2023.

**VOLTTI CONSTRUÇÕES LTDA ME**  
**Recorrente**