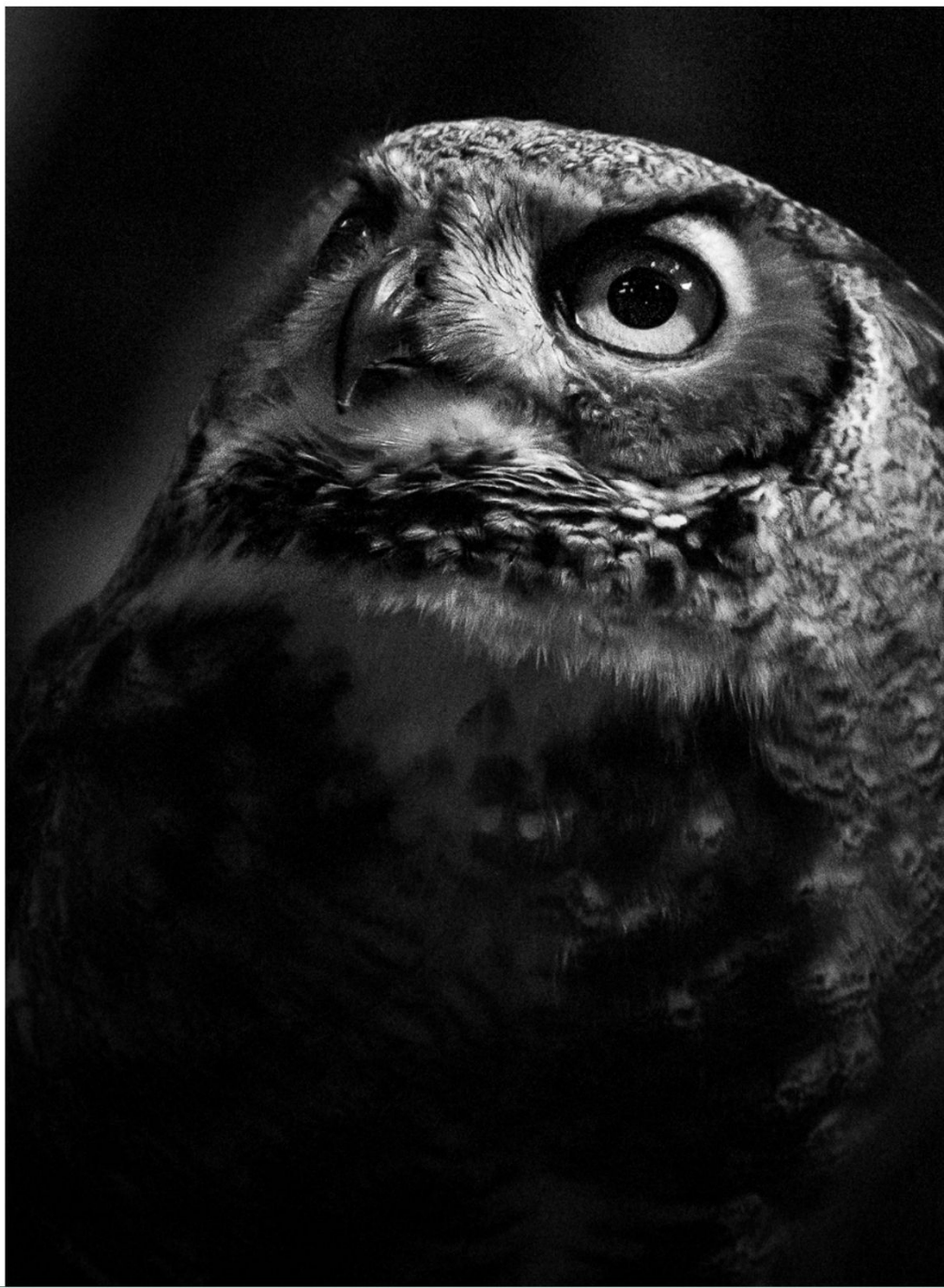






APRESENTAÇÃO

A *Revista GuedesJus*, fundada em 1º de maio de 2023, em Joinville-SC, é uma publicação de periodicidade semestral. Nasceu com o propósito de ser veículo de divulgação científica e acadêmica da ciência jurídica.

Sob a coordenação de Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Mestre em Estudos Jurídicos pela Must University (Florida, EUA), a revista é guiada por um compromisso com a qualidade e a seriedade acadêmica. Eliézer atua como Procurador do Estado de Santa Catarina. Cofundador da Editora GuedesJus, possui uma ampla experiência no setor público, tendo servido no Tribunal de Contas da União (TCU), onde atuou na assessoria de Ministro da Corte por seis anos. Além disso, acumula a expressiva marca de aprovação em treze concursos públicos e é autor de livros na área jurídica.

A *Revista GuedesJus* se destina a profissionais, acadêmicos e pesquisadores interessados em aprofundar o estudo no direito.

Desejamos a todos uma leitura enriquecedora!

Thais Tayane Carvalho Guedes
Editora Chefe

Revista GuedesJus

Responsável: Editora GuedesJus
Alameda Rolf Colin, nº 109, Sala 06 e 07
América, JZoinville-SC. CEP: 89204-070
CNPJ: 51.200.522/0001-78

Ficha Técnica
Gestão editorial: Thais Guedes

Conselho Editorial
Abimael Francisco de Carvalho Silva, Carlos Renê Magalhães
Mascarenhas, Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Kaiann
Barentin, Mariana Mostagi Aranda e Thais Tayane Carvalho Guedes.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Santa Catarina. Revista GuedesJus.
Revista GuedesJus, Vol. 1 n. 2 - Joinville-SC, 2024.

Bibliografia.
Vários colaboradores.

1. Publicações em série. Periódicos. I. Título.
CDU-05.

ÍNDICE

ARTIGO 1 4

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET

[Rafael Neves Guardiani](#)

ARTIGO 2 24

GESTÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS –
INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.133/2021

[Sarah Dornelas Alencar](#)

ARTIGO 3 59

CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL E A DIVERGÊNCIA
JURISPRUDENCIAL ENTRE OS MARCOS TEMPORAIS DA
OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO

[Daniel Pires de Mello](#)

ARTIGO 4 79

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES, O MINISTÉRIO
PÚBLICO E O SISTEMA MULTINÍVEL DE CONTROLE DAS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

[Lucas Peixoto Valente](#)

ARTIGO 5 126

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: DISPOSIÇÕES LEGAIS,
CONCURSO VOLUNTÁRIO E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

[Rafael Adachi](#)

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 2. Ano: 2024.

Submissão em: 10/09/2024

Aprovação em: 17/09/2024

Publicado em: 17/09/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/133/>

A responsabilidade civil dos provedores de internet

Rafael Neves Guardiani

Bacharel em direito pela UFRN.

Resumo

Este artigo analisa a responsabilidade civil dos provedores de internet diante das interações nas redes sociais, em um contexto onde a linha entre liberdade de expressão e direito à personalidade é frequentemente contestada. Com a promulgação da Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, surgem questões sobre a responsabilização dos provedores, especialmente no que tange à sua omissão em relação a práticas ilícitas. O texto examina as distinções entre os diferentes tipos de provedores de internet — como provedores de acesso, de aplicação e de conteúdo — e enfatiza a importância de compreender suas obrigações legais e a responsabilidade que lhes cabe na gestão de conteúdos disponíveis online. O objetivo é esclarecer os deveres impostos aos provedores e seu papel na manutenção de um ambiente digital seguro e responsável.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Marco Civil da Internet.

Liberdade de Expressão

Abstract

This article analyzes the civil liability of internet service providers in the context of interactions on social media, where the boundary between freedom of expression and the right to personality is frequently contested. With the enactment of Law No. 12.965/2014, known as the Civil Internet Framework, questions arise regarding the

liability of providers, particularly concerning their omission in relation to illegal practices. The text examines the distinctions between different types of internet service providers—such as access providers, application providers, and content providers—and emphasizes the importance of understanding their legal obligations and responsibilities in managing available online content. The aim is to clarify the duties imposed on providers and their role in maintaining a safe and responsible digital environment.

Keywords: *Civil Liability. Civil Internet Framework. Freedom of Expression*

1. INTRODUÇÃO

Os novos modelos de interações nas redes sociais, em especial, trazem uma série de questionamentos, sendo um deles a responsabilidade civil dos agentes envolvidos em eventuais práticas ilícitas.

Além disso, o próprio conceito de ilícito exige maiores discussões, uma vez que invariavelmente esbarra no confronto entre o direito à liberdade de expressão e o direito à personalidade.

Nesse sentido, o legislador pátrio adotou uma sistemática própria para a remoções de ilícitos e responsabilização civil dos agentes, fazendo ele próprio o sopesamento dos mencionados direitos fundamentais.

Assim sendo, o objeto desse trabalho é a responsabilidade de cada um dos provedores de internet, não se aprofundando acerca da responsabilidade do particular, mas tão somente nos deveres impostos aos provedores e suas responsabilidades na hipótese de omissão.

(...)

2. DOS PROVEDORES DE INTERNET

2.1. A distinção entre os provedores

A lei nº12.965/2014 (Marco Civil da Internet) adota em seu corpo alguns termos técnicos que precisam ser bem esclarecidos, como por exemplo, a distinção entre os provedores de aplicação e os de serviço. Já em seu art. 5º, a referida lei traz uma breve elucidação sobre como esses termos devem ser interpretados.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

V - **conexão à internet:** a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; [...]

VII - **aplicações de internet:** o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; (grifo nosso)

Contudo, ainda se faz necessários desenvolver melhor estes conceitos com o objetivo de evitar possíveis interpretações equivocadas. Assim, expomos o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), particularmente, o da Ministra Nancy Andrighi:

Os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são

espécies as demais categorias, como: **(i) provedores de backbone** (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; **(ii) provedores de acesso**, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; **(iii) provedores de hospedagem**, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; **(iv) provedores de informação**, que produzem as informações divulgadas na internet; e **(v) provedores de conteúdo**, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.[\[1\]](#) (Grifo nosso)

Seguindo tal orientação, compreende-se que o termo provedor de serviço de internet ramifica-se em provedores de acesso e de aplicação. Por sua vez, este ainda engloba as funções características de provedores de correios eletrônicos, de busca, de hospedagem e de conteúdo.[\[2\]](#)

2.2. A guarda de registros

O Marco Civil adota alguns princípios norteadores para garantir a segurança dos usuários nas redes, tais como a proteção à privacidade; o respeito a liberdade de expressão; e o caráter sigiloso dos dados pessoais. Todavia, em algumas situações, estes mesmos princípios podem vir a ser ponderados para alcançar aquele objetivo motivador, logo, atribui-se maior relevância a um outro princípio acolhido: o da

responsabilização dos agentes.

Acompanhando a tendência internacional, o legislador determina que os provedores serão responsáveis por armazenar os seus dados de acesso, para que então o usuário responsável por atos ilícitos na rede seja identificado. Isto pois, há a ciência de que seria praticamente impossível um internauta conseguir desvendar o seu agressor de maneira autônoma.

Nesse sentido, os **provedores de conexão** estão impelidos de manter os registros de conexão em local seguro e de forma sigilosa por um ano. Os **provedores de aplicação**, por sua vez, apresentam duas modalidades, a facultativa e a obrigatória. A primeira é obrigatória e destinada aos provedores que são pessoas jurídicas e exercem a atividade de forma organizada, profissional, além de possuir fins lucrativos, os quais devem armazenar os registros em segurança e preservar o seu sigilo. A segunda é facultativa e incide nos provedores de aplicação que não são pessoas jurídicas, não executam atividade de forma organizada nem tão pouco possuem fins lucrativos,^[3] conforme dispõe a referida legislação:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. [...]

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada,

profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Dito isto, segue-se para a análise material dos dados recolhidos, já que há distinção entre os registros de conexão à internet e registro de acesso a aplicações de internet. O **provedor de conexão à internet** armazena as datas, os horários *login* e *logout* (por óbvio, a duração) e o endereço IP^[4] (*internet protocol*) utilizado pelo terminal para a troca de dados, ignorando o que é acessado. Já o **provedor de aplicação de internet** guarda os dados referente à data e hora em que uma referida aplicação é usada, além do endereço IP responsável.

Dessa forma, o provedor de aplicação informa o endereço IP autor do ato ilícito, juntamente com o seu momento exato (data e hora) para o provedor responsável por aquela conexão. Em seguida, este já será capaz de indicar qual cliente recebera tal IP no momento anunciado.

Art. 5o Para os efeitos desta Lei, considera-se

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; [...]

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada

aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. (grifo nosso)

Entretanto, a legislação veda de maneira expressa que os provedores de conexão guardem registros de aplicação. a, proíbe que provedores de aplicação armazenem dados referentes ao acesso de outras aplicações de internet sem consentimento prévio do usuário, bem como a coleta de dados desnecessários ao objetivo assentido pelo usuário, conferindo verdadeiro abuso.

Art. 14. Na **provisão de conexão**, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet. [...]

Art. 16. Na **provisão de aplicações de internet**, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular. (grifo nosso)

2.3. O acesso aos registros dos provedores

Os registros aludidos poderão ser solicitados aos provedores de serviços de internet para que as eventuais vítimas de ilicitudes *online* possam compor o seu conjunto probatório. Porém, em respeito à privacidade e ao sigilo dos dados, tais informações apenas poderão ser

fornecidas pelos provedores por meio de ordem judicial, deste que respeitados os requisitos arrolados pelo art. 22 da lei 12.965/2014: (I) fundados indícios da ocorrência do ilícito; (II) justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e (III) período ao qual se referem os registros.

Além disso, o Ministério Público, autoridade policial ou administrativa pode solicitar cautelarmente que os provedores mantenham os registros armazenados por um prazo de sessenta (60) dias a partir da solicitação. Mas, tornar-se-á ineficaz o requerimento do autor que não ingressar com o pedido de autorização judicial dentro deste prazo ou se este pedido for indeferido.

3. A RETIRADA DO CONTEÚDO INFRINGENTE

O art. 2º do Marco Civil da Internet apresenta logo de início os princípios escolhidos para nortear a sua interpretação. Contudo, assim como os direitos fundamentais, eles também não são absolutos e podem ser ponderados quando em conflito com outros princípios. Já fora mencionado aqui a tensão entre a proteção à privacidade e aos dados com o princípio da responsabilização dos agentes (item 3.2), agora, convém-se discutir os limites conferidos a liberdade de expressão, a qual é defendida com ênfase no art. 3º.

Em algumas situações infelizes, os agentes descumprem o comando de boas práticas na rede e vão além da proteção oferecida pela Liberdade de Expressão, todavia, este preciso momento é muito complicado de ser identificado com precisão. Por isso, entendeu-se ser

mais apropriado delegar esta responsabilidade ao Estado-juiz, compreendendo que ele seria o mais apto para lidar com um princípio tão fundamental à uma sociedade democrática.

Marcel Leonardi^[5] expõe que os sistemas de retirada condicionados a meras notificações podem levar a remoção arbitrária de conteúdo, os quais permitem que instituições privadas tenham o mesmo poder de uma medida liminar, mas carentes de devido processo legal. E ressalta que mesmo regulando as notificações e retiradas, não seria suficiente para evitar a cesura temporária, a qual pode comprometer a divulgação de manifestações políticas e protestos. Pois ainda que o conteúdo seja posteriormente disponibilizado, não terá mais serventia após o evento já ocorrido. ^[6]

Logo, amenos que um conteúdo divulgado desrespeite algum os termos de uso do provedor, este estará impossibilitado de retirar a postagem do usuário sem ordem judicial que o comande. Mas, devido a velocidade com que as informações se propagam na rede e a grande proteção dada a intimidade, o provedor de aplicação de internet está legalmente obrigado a tornar indisponível de forma diligente os conteúdos que exponham sem a autorização de seus participantes, imagens, vídeos ou outros materiais que contenham cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado após a notificação de ao menos um dos participantes ou seu representante legal.

De mesmo modo, o Marco Civil não exige a emissão de ordem judicial para a retirada de conteúdos que desrespeitem a Lei dos Direitos Autorais, pois respeita-se a legislação especial que estipula a

retirada do material de forma imediata após a notificação. Por tanto, faz-se necessário apenas uma notificação extrajudicial ao provedor, a qual deverá obrigatoriamente informar o endereço digital específico^[7], para que assim o material seja ocultado em tempo hábil e nos limites técnicos de seu serviço, como ratifica a Ministra Nancy Andrighi:

7.

Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em site de relacionamento social por ele mantido possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo a direito autoral, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.^[8]

3.1. O direito ao contraditório

Após a retirada do conteúdo infringente, cabe ao provedor dar ciência dos “motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo” do usuário diretamente responsável, salvo se este não houver fornecido informações de contato, de acordo com o art. 20 do

Marco Civil. Ressalta-se ainda, que o provedor está impedido de assim prosseguir em casos de expressa previsão normativa ou decisão judicial que o proíba. Francisco Ilídio Ferreira Rocha^[9] menciona a possibilidade de o juiz decretar o sigilo de justiça oferecido em casos de requisição de registros fornecido pelo art. 23 da mesma lei.

Ademais, a legislação determina que os conteúdos tornados indisponíveis poderão ser substituídos, desde que o usuário responsável solicite ao provedor e que este exerça atividades de forma organizada e com escopo lucrativo.

4. A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

4.1. A responsabilidade dos provedores de conexão

Os provedores de conexão (também conhecidos como de acesso) são isentos de responsabilidade civil por atos ilícitos causados por terceiros, segundo o art. 18 da lei 12.965/2014: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Dado que estes provedores não possuem condições técnicas suficientes para monitorar e valorar a ilicitude de todo o material produzido por seus usuários, mas ainda que fosse possível, isto seria inconstitucional, pois violaria o inciso XII do art. 5º. Não somente, tal prática também entraria em desacordo com o § 3º do art. 9 da legislação que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. [...]

- 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é **vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados**, respeitado o disposto neste artigo. (grifo nosso)

Um outro motivo relevante é que o provedor apenas fornece o canal necessário para que seus usuários se conectem à rede, logo, não sentindo em punir um provedor pelo mal-uso que os outros fazem de seu serviço. Comumente, utiliza-se a analogia com as operadoras de telefone, as quais também estão impedidas de monitorar os conteúdos que elas transmitem por motivos técnicos e legais, assim, também não há razões para imputa-las pelo uso improprio dos seus serviços.

4.2. A responsabilidade dos provedores de aplicação

De modo distinto, os provedores de aplicação de internet poderão ser responsabilizados por atos cometidos por terceiros, contudo, em situações bastante específicas. Então, não há mais que se falar em responsabilidade objetiva dos provedores quando estes apenas veiculam conteúdos produzidos por terceiros e sem controle editorial

prévia, seja aplicando a teoria do risco ou no defeito de serviço prestado.^[10] Também, este é o entendimento do STJ:

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.^[11]

Dessa forma, o Marco Civil expõe três situações em que os provedores de aplicação poderão ser acionados: (I) ao desrespeitar ordem judicial de tornar indisponível algum conteúdo potencialmente infringente; (II) ao omitir-se de indispor conteúdo que exponha seu participante em cenas de nudez ou práticas sexuais de caráter privado por meio de imagens, vídeos e outros formatos, mesmo após notificado da não anuência de ao menos um dos expostos ou seu representante; **(III)** ao continuar à exibir material infringente aos direitos do autor e conexos, ainda que já alertado.

Visto isso, pode-se afirmar que os provedores de aplicação somente serão responsabilizados por ato de terceiros quando descumprirem algum dos seus deveres. Ainda, é mister ressaltar que a notificação através dos canais eletrônicos oferecidos pelos próprios provedores é suficiente apenas para os casos **II** e **III**, não bastando para excluir materiais não enquadrados aí (como os do caso **I**). Entretanto, nas

situações **I** os provedores não estarão atados à uma ordem judicial que solicite a retirada, pois poderão adotar previamente critérios específicos para a remoção de conteúdo em seus termos de uso. [\[12\]](#)

Após descartada a hipótese de responsabilidade objetiva, resta distinguir os casos em que os provedores responderão solidariamente ou subsidiariamente. O art. 19, que dispõe sobre o exemplo **I**, não define forma de imputação, contudo, defende-se que ela seja **solidária**, seguindo itens anteriores.[\[13\]](#) Além disso, é importante mencionar as disposições normativas presentes no Código Civil (CC) e no Código de Defesa do Consumidor:

Acresça-se que, nessa hipótese, a responsabilidade civil do provedor de aplicação continuará sendo **solidária**, por força do art. 7º, parágrafo único, do CDC e do art. 942, parágrafo único, do CC (tendo em vista que, ao não acatar a ordem judicial, o provedor de aplicação pode ser havido como coautor do ato ofensivo).[\[14\]](#)

Por sua vez, caso **II** é uma exceção nesta legislação e por isso rebe tratamento diferente, ou seja, em situações como essas o art. 21 prevê responsabilidade **subsidiária** para os provedores de aplicação que se omitirem do dever de excluir o conteúdo notificado extrajudicialmente. Não somente, há entendimentos no sentido de responsabiliza-los solidariamente quando não retirarem o conteúdo da rede, nem tão pouco contribuir para a identificação do autor:

Se o provedor de aplicação não fornecer esses dados de identificação do autor da postagem à vítima, violará o dever de informação e, como

tal, por dificultar ou inviabilizar a obtenção de responsabilização civil principal do autor do conteúdo obsceno, responderá solidariamente pelos danos causados à vítima, seja por conta dos arts. 186, 422 e 942, parágrafo único, do CC (pois o provedor poderá ser tido como um coautor do ato ilícito), seja com fulcro nos arts. 7º, parágrafo único, e 18 do CDC.[\[15\]](#)

Finalmente, a hipótese **III** é compreendida como a anterior, assim, por interpretação sistemática também, também responsabilizara **solidariamente** o provedor que desrespeita o art. 31, o qual remete para a lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

Existe, também, os limites técnicos e temporais que os provedores de aplicação podem enfrentar para cumprir os comandos impostos a eles. Por este motivo, o Marco Civil delega um prazo “diligente” para a realização dos seus dispositivos, mas há de se concordar com a imprecisão deste conceito e as distintas interpretações que ele pode criar.

Em relação às limitações técnicas, é interessante discutir o caso do provedor de busca, o qual pode ser compreendido como uma variação de provedor de aplicação. Sites que ofertam tais serviços são comumente processados por expor resultados indesejados em suas pesquisas, contudo, em casos assim não há como ser falar em conteúdos gerados por terceiros, pois o resultado da busca é elaborado pelo próprio provedor. Não somente, não poderá o provedor de busca, por motivos técnicos, tornar indisponível o material armazenado em outro provedor, conseguirá somente excluir tal site dos seus

resultados. [\[16\]](#) Logo, o usuário que sentir-se ofendido por algum conteúdo na rede deve responsabilizar o provedor de aplicação que o armazena, somente assim o material infringente será apagado e conseqüentemente sairá dos resultados de busca. Segue o entendimento do STJ nesse sentido:

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. [\[17\]](#)

5. CONCLUSÃO

Como visto, o Marco Civil da Internet atribui a cada espécie de servidor deveres específicos, os quais devem desincumbir sob pena de serem civilmente responsabilizados.

Há, portanto, um controle de proporcionalidade realizado em abstrato pelo legislador brasileiro, o qual delimita os limites da liberdade de

expressão e a responsabilização dos seus abusos.

A prévia delimitação da responsabilidade de cada agente permite a pronta retirada do conteúdo ou localização do seu autor, o que é crucial nos ilícitos praticados nas redes, tendo em vista o potencial de replicação do conteúdo infringente.

Dessa forma, é preciso que os provedores de internet cooperem para tornar as redes um ambiente mais seguro, afastado a ideia de impunidade que é comumente atribuída aos ambientes virtuais, ao possibilitar a identificação do agente responsável pela criação do conteúdo impugnado.

Outrossim, ao cumprir suas atribuições legais, os provedores se eximem de serem responsabilidades pelo ilícito praticado por terceiros, uma vez que não podem responder pelos conteúdos postados pelos seus usuários, mas desde que cumpra seus mencionados encargos legais impostos pelo Marco Civil da Internet.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FURLANETTO NETO, Mário; GARCIA, Bruna Pionotti. **Da guarda de registro de acesso a aplicação de internet na provisão de aplicação.** In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 772-790.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. **Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.** In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São

Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 817-845.

KUJAWSKI, Fabio Ferreira; THOMAZ, Alan Campos Elias. **Da proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas.** In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 677-694.

AIETA, Vânia Siciliano. **Marco Civil da Internet e o Direito à Intimidade.** In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 695-726.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet.** 2005. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e a liberdade de expressão nas comunicações como condição ao pleno exercício do direito de acesso à internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas S.a., 2014. p. 621-634.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet:** subsídios à comunidade jurídica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 09 de fev. de 2017.

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet.** 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de->

provedores-no-marco-civil-da-internet. Acesso em: 122 set. 2024.

BRASIL. Constituição (2014). Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

SOUZA, Adriana Cerqueira de; e NUNES, Vidal Serrano. **A Finalidade social da rede como fundamento do marco civil**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p. 110-124.

[1] STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012

[2]. CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 122 set. 2024.

[3] KUJAWSKI; THOMAZ, 2014

[4] A lei 12.965/2014 define o endereço IP como “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;”

[5] LEONARDI, 2014

[7] Usualmente, informa-se o *Uniform Resource Locator* (URL).

[8] STJ - REsp: 1396417 MG 2013/0251751-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013

[9] ROCHA, 2014, p. 817

[10] SOUZA, 2014, p. 110

[11] STJ - REsp: 1308830 RS 2011/0257434-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/06/2012 RDDP vol. 114 p. 134.

[12] SOUZA, 2014, p. 110

[13] ROCHA, 2014, p.817

[14] OLIVEIRA, 2014

[15] *idem*

[16] ROCHA, 2014, p.817

[17] STJ - REsp: 1396417 MG 2013/0251751-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/11/2013.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 2. Ano: 2024.

Submissão em: 10/09/2024

Aprovação em: 17/09/2024

Publicado em: 17/09/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/134/>

Gestão de Riscos nos Contratos Administrativos – Inovações da Lei nº 14.133/2021

Sarah Dornelas Alencar

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Público pela Faculdade Arnaldo Janssen.

Resumo

O presente estudo foi motivado pela recente publicação Nova Lei de Licitações e Contratos (lei nº 14.133/2021), que altera a lógica anterior, que se valia basicamente da teoria das áleas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, passando a trazer uma possibilidade de alocação prévia de riscos. Investiga-se, assim, como se deu tal evolução, a partir da análise de previsões legislativas anteriores e comparando com a novel disposição, tecendo comentários sobre as consequências e formas de se interpretar o novo cenário normativo.

Palavras-Chave: contratos administrativos. gestão de risco. lei nº 14.133/2021

Abstract

The present study was motivated by the recent publication of the New Law on Bidding and Contracts (Law No. 14.133/2021), which alters the previous logic that primarily relied on the theory of hazards to ensure the economic-financial balance of contracts, now introducing a possibility for the prior allocation of risks. This research investigates how such an evolution occurred by analyzing previous legislative provisions and comparing them with the new regulations,

providing comments on the consequences and interpretations of the new normative scenario.

Keywords: *Administrative contracts. Risk management. Law No. 14.133/2021*

1. INTRODUÇÃO[\[1\]](#)

Em 10 de dezembro de 2020, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 4.253/2020, que teve como escopo renovar o tratamento das licitações e contratações públicas no ordenamento brasileiro.

Até então, tais matérias eram regidas pela Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), pela Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011).

Após vetos e sanções, o projeto de lei foi sancionado em 01 de abril de 2021, resultando na publicação da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). Sua eficácia consta desde sua publicação, porém guardando simultânea aplicação com as anteriores leis pelo período de dois anos.

Entre as inovações trazidas pelo novo diploma geral das licitações, destaca-se no presente estudo a inclusão da matriz de risco como instrumento a ser adotados nos novos contratos administrativos advindo das licitações comuns, como forma de alcançar maior segurança jurídica, pela previsibilidade da distribuição de ônus entre os contratantes, além de pretender a economia de recursos públicos

através de uma modelagem contratual mais robusta e com respostas adequadas aos eventos supervenientes à assinatura do ajuste.

Assim, o presente estudo foi motivado pela recente publicação Nova Lei de Licitações e Contratos (lei nº 14.133/2021), que altera a lógica anterior, que se valia basicamente da teoria das áleas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, passando a trazer uma possibilidade de alocação prévia de riscos. Observa-se, assim, lacuna nos estudos acadêmicos, vez que tal lei, por ser tão recente, ainda não foi objeto de pormenorizada análise, em especial quanto ao instrumento da matriz de riscos.

O estudo vertente justifica-se, ademais, pela existência de impactos concretos diretamente ligados à Administração Pública no exercício de suas funções, já que as alterações legislativas apresentam aos gestores públicos novas ferramentas para a elaboração de editais de licitação, bem como para a negociação junto aos parceiros privados, possibilitando o desenho de soluções contratuais diversas daquelas anteriormente adotadas.

1.1. Metodologia

A presente investigação foi feita por meio de uma metodologia de natureza jurídico-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2013), visto tratar-se de relações normativas e estruturas interiores ao ordenamento.

Buscou-se o levantamento e a análise crítica de dados derivados de fontes diretas secundárias, como estudos doutrinários publicados sob a

forma de monografias, capítulos e artigos científicos. Ainda, recorreu-se a análise de fontes diretas primárias, como leis, decretos e atos normativos. Propôs-se à realização de uma investigação teórica, com vista à análise de conteúdo.

2. GESTÃO DE RISCOS

2.1. Conceito e premissas

A estipulação de cláusulas contratuais capazes de prever eventos futuros que poderão influenciar no resultado de contratações, e que são capazes de contornar ou adaptar a contratação à novas realidades, é premissa essencial para o sucesso ou insucesso de projetos, sejam eles privados ou públicos.

Segundo Antônio Cocurullo (2002, p. 10), risco é a variação potencial dos resultados, estando presente em quase tudo o que se faz. O autor indica que risco não significa a possibilidade de perda – se tal risco for devidamente avaliado e administrado, respostas condizentes podem ser previstas e, quando colocadas a prova, podem gerar em somas positivas. Assim, enxerga-se o risco como a possibilidade de sucesso e não de fracasso (COCURULLO, 2002, p. 22).

Carlos de Oliveira Cruz e Joaquim Miranda Sacramento (2020, p. 153), citando Damodaran (2001), indicam que, em finanças, o risco consiste na probabilidade de o retorno real de um investimento ser diferente do retorno esperado, quer uma diferença positiva, ou seja, superior ao esperado, quer uma diferença negativa, ou seja, receber menos que o esperado. Risco é, assim, a combinação da probabilidade

de um evento ocorrer e seu efeito.

Marcos Nóbrega (2010, p. 3) assinala existir confusão quanto ao entendimento do que seria risco e incerteza. Porém, o autor defende que, uma situação arriscada ocorreria quando as probabilidades do evento fossem conhecidas, ao passo que estaríamos diante de uma situação incerta se tivéssemos desconhecimento dessas probabilidades. Aponta o autor:

A caracterização do risco pode se dar em diferentes contextos. Em primeiro lugar, o risco pode ser considerado como uma oportunidade e nesse caso quanto maior o risco, maior será o potencial de retorno ou perdas. O risco pode ser também visto como um evento potencialmente negativo que afeta as metas e a performance econômica, sendo a melhor saída a redução da probabilidade do evento negativo (NÓBERGA, 2010, p. 3).

Compreender quais são os riscos inerentes à gestão contratual, avaliar da significância, a probabilidade de ocorrência, e como estes podem ser processados, de forma pré-definida, é tarefa do gestor público, em respeito às disposições legais.

A Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 01/2016, que dispõe sobre controle internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal, tratou da gerência de riscos no interior a administração pública. Assim, tem como escopo processos de controle e fiscalização interna da Administração, e não das relações estabelecidas entre essa e os particulares por meio de contratos

administrativos. Sua indicação, entretanto, se faz essencial em função dos conceitos trazidos:

VII - **gerenciamento de riscos**: processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização;

XIII - **risco**: possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos. O risco é medido em termos de impacto e de probabilidade;

XIV - **risco inerente**: risco a que uma organização está exposta sem considerar quaisquer ações gerenciais que possam reduzir a probabilidade de sua ocorrência ou seu impacto;

XV - **risco residual**: risco a que uma organização está exposta após a implementação de ações gerenciais para o tratamento do risco; (BRASIL, 2016-a) (grifei)

Lindineide Oliveira Cardoso, Jamil Manasfi Cruz e Paulo José Ribeiro Alves (2020, p. 02) explicam o processo organizado para identificar tais riscos e conduzi-los até um estágio onde estejam dentro de um limite aceitável. Em primeiro lugar, indicam que é necessário se estabelecer contexto em que estarão inseridos apontando os eventos internos e externo que dizem respeito à atividade de gestão contratual. Entre os eventos externos, diferenciam-se os eventos entre “oportunidades” (positivos) e “ameaças” (negativos) vindas do exterior da organização. Um

exemplo indicado no texto como evento externo foi a pandemia de 2020/2021 causada pela Covid-19, sendo um claro evento exógeno aos contratantes e que trouxe diversos desafios para a execução contratual.

Já no contexto interno, são verificadas as forças e as fraquezas endógenas aos contratantes e à execução do contrato em si, o que pode servir de referência para identificação dos pontos de possíveis melhoras intraorgânicas.

Após a contextualização da gestão, Cardoso, Manasfi e Alves (2020, p. 02) indicam que a etapa seguinte seria a de identificação dos riscos. Os autores reforçam que para cada objetivo há uma enormidade de riscos que podem vir a dificultar a organização desse planejamento de gestão contratual – cada um desses riscos intrínsecos deve ser listado, pois na fase seguinte serão analisados e avaliados conforme sua capacidade de influenciar negativa ou positivamente os objetivos buscados, sendo, após, ranqueados para o necessário tratamento. Cada risco deverá ser analisado sob dois primas: o seu impacto sobre o objetivo e a probabilidade de sua ocorrência.

Nesse sentido, o gestor contratual deverá se valer da “Matriz de Impacto x Probabilidade”, que é a ferramenta por meio da qual se diferencia os riscos que serão aceitos sem nenhum tratamento daquelas que serão alvos de medidas mitigadoras, que forma a transformá-los em riscos aceitáveis – também chamados de “apetite a riscos da organização” (CARDOSO; CRUZ; ALVES, 2020, p. 02).

Com design da matriz, os riscos não são reduzidos a zero, mas organizados de uma forma que se estabelecem em um nível aceitável, de forma que o custo da medida mitigadora não pode ser alto a ponto de se tornar mais oneroso que o benefício esperado com a gestão contratual desenhada. Assim, a oportuna ponderação trazida por Cardoso, Manasfi e Alves se faz novamente importante:

Quanto mais comum e singelo o valor do bem ou serviço contratado, menor deve ser a mobilização da Administração Pública no tocante ao Gerenciamento dos Riscos. Dessa forma, o inverso se mostra igualmente verdadeiro: quanto maior a complexidade e o valor dos bens ou serviços contratados, maior a dedicação dos gestores públicos em gerir seus riscos, haja vista o impacto destes nos objetivos (CARDOSO; CRUZ; ALVES, 2020, p. 02)

Conforme avaliação de Thais Alves (2020, p. 3), nas contratações, riscos só podem ser transferidos de uma parte (contratante) para outra (contratado) ou compartilhados com base nas condições contratuais relevantes. Busca-se a gestão eficiente e eficaz durante todo o desenvolvimento contratual.

2.2. Áleas ordinárias e extraordinárias, equilíbrio econômico-financeiro e distribuição de riscos

O Direito Administrativo brasileiro clássico elege o dogma da “teoria das áleas” como parâmetro para o reequilíbrio dos ajustes (CASTRO *et al*, 2017, p. 1), que classifica as hipóteses ensejadoras do desequilíbrio como áleas ordinárias, extraordinárias e econômicas

(riscos enfrentados pelo particular quando contrata com a Administração Pública).

Vale, nesse momento, pontuar a classificação e as indicações trazidas por Di Pietro (2019) quanto à cada uma dessas classificações. A primeira é a chamada “álea ordinária/empresarial”, que está presente em qualquer tipo de contrato, correspondendo ao risco que todo empresário corre em função a flutuação do mercado – por ser previsível, pela álea administrativa responde o particular. A segunda é a chamada “álea administrativa”, que pode ser compreendida em três modalidades diferentes:

1. a) uma decorrente do **poder de alteração unilateral do contrato administrativo**, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
2. b) outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;

3.

c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato” (Escola, 1977, v. I:434); ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução” (Hely Lopes Meirelles, 2003:233) (DI PIETRO, 2019, p. 597) (grifei).

A terceira forma de riscos é a chamada “álea econômica”, que depende de circunstâncias externas ao ajuste, independentemente da vontade das partes contratantes, sendo consideradas imprevisíveis e inevitáveis. São áleas que causam desequilíbrios muito grandes no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão. Nesse cenário, a Administração Pública costuma responder pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2019, p. 597).

A autora (2019, p. 597) ainda ensina que, no direito brasileiro, entende-se que tanto nas áleas administrativas quanto as áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2019).

A lógica da “teoria das áleas” foi adotada pela Lei nº 8.666/93 (CASTRO *et al*, 2017, p. 1). Este sistema atribui à Administração os riscos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe, áleas econômicas extraordinárias e ordinárias de efeitos imprevisíveis, conforme disposto no art. 65 da lei.

Porém, segundo pontua Marçal Justin Filho (2003, p. 400), a diferenciação entre o que seria uma álea ordinária e uma extraordinária é uma tarefa complicada, já que não existe um critério objetivo para colocar em prática tal tarefa. Em verdade, o autor traz sérias críticas a tal metodologia, entendendo que tentativas nesse sentido tendem a ser circulares ou repetitivas: “afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 400).

Considerando essa concepção de insuficiência da doutrina das áleas ordinárias e extraordinárias, que é vaga e indeterminada quanto aos riscos suportados, percebe-se a propensão a problemas de ordem prática. Segundo ponderam Rodrigo Pironti Aguirre de Castro e Fernando Menegat (2017, p. 2), trata-se de cenário que contribui para a ineficiência na execução de contratos, abre margens para a prática de atos corruptivos e que celebra a judicialização de conflitos (reiteradamente convocando o Poder Judiciário para determinar se dado evento rende ensejo ou não ao reequilíbrio contratual).

Ainda, João Paulo S. R. da Silva (2010, p. 23), indica que imprecisas e confusas definições de “equilíbrio econômico-financeiro” e de

“distribuição de riscos” contribuem para distorções na alocação de riscos em contratos administrativos. Citando Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2007), Silva aponta que equilíbrio econômico-financeiro corresponde a um instrumento comum em contratos de longa duração, cujo objetivo é exatamente lidar com as consequências que a passagem do tempo traz para a relação contratual. A distribuição de riscos, por sua vez, consiste em antecipar e alocar a cada uma das partes a responsabilidade de arcar com as consequências de eventual ocorrência do risco previsto (SILVA, 2010, p. 23).

Vale acrescentar que o equilíbrio econômico-financeiro, segundo o celebrado autor Marçal Justin Filho (2016-a, p. 363), é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo no momento da contratação e que deverá ser preservada durante toda sua execução. Assim, o equilíbrio abrange aspectos econômicos relevantes, compreendendo não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado par apagamento, sua periodicidade e abrangência, e qualquer outra vantagem que o contrato possa traduzir.

Quanto à distribuição de riscos, que consiste na definição dos riscos futuros que serão atribuídos a cada uma das partes, reporta-se à noção de “gestão de riscos”.

2.3. Gestão de riscos e matriz de riscos

Segundo Fernando Menegat e Gustavo Miranda (2019, p. 02), o conceito de “gestão de riscos” deve ser compreendido em uma dimensão macro, dizendo respeito à necessidade de as instituições se preocuparem com o autocontrole de suas atividades, de forma a evitar o cometimento de fraudes e ilegalidades. Assim, as empresas, entidades em fins lucrativos, órgãos e entidades da Administração Pública, por meio da gestão dos riscos, focam em mecanismos de controle interno da organização, com vista ao gerenciamento de riscos e crises. Nessa linha, afirmam que “a essa dimensão macro, denomina-se aqui compliance institucional”.

Ainda, indicam os autores (MENEGAT *et al*, 2019) que a gestão de risco tem ganhado destaque em algumas legislações administrativas mais recentes, como é o caso da Lei das Estatais (lei nº 13.303/2016) e da Lei Anticorrupção (lei nº 12.846/2013), ambas exigindo da Administração procedimentos internos de integridade, controle interno e outros mecanismos de *compliance*, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos.

Por outro lado, o conceito de “matriz de riscos” é menos abrangente. Menegat e Miranda (2019, p. 03) explicam que tal expressão tem dimensão mais estrita, fazendo referência à cláusula contratualmente prevista com a finalidade de disciplinar a repartição de riscos entre as partes – contratante (Poder Público) e contratado (particular).

Assim, a matriz de riscos será o instrumento de gestão de riscos no caso concreto da contratação, devendo promover a alocação eficiente das possíveis intercorrências que poderão influenciar na execução do

contrato, de modo a conferir o ônus de suportar efeitos ao agente melhor capacidade para geri-la.

Segundo pondera Thais Soares Alves (2019, p. 6), a adoção da matriz de riscos nos contratos administrativos poderá garantir maior racionalização e transparência para os procedimentos licitatórios, objetivando a minimização de transtornos durante o desenvolvimento do contrato e do próprio projeto ao qual este se relaciona.

Assim, as noções de riscos influenciam diretamente forma como será trabalhada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. É a lei que trará especificações de como deve o administrador público lidar com esses diferentes riscos.

2.4. Previsões legislativa relacionadas à gestão de riscos

Nesse contexto, a legislação brasileira trouxe algumas normas no sentido de exigir que os gestores públicos se ocupassem desses processos de verificação, previsão e manejo de riscos de forma prévia à concretização de contratações públicas. Porém tais exigência foram tímidas, tendo sido inicialmente previstas apenas em algumas leis especiais de contratos públicos.

No que diz respeito àquela que era a principal lei de regência das contratações públicas, a Lei nº 8.666/93, verifica-se que essa adotou, como já indicado, a teoria das áleas administrativas como meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados sob sua égide.

Nessa lógica, segundo Rodrigo Pironti Aguirre de Castro e Fernando Menegat (2017, p. 1), após assinatura do contrato, todo evento ocorrido deveria ser analisado concretamente, a fim de se perquirir se a ocorrência era previsível ou calculável pelo contratado (teoria da imprevisão) ou, doutro vértice, se a Administração Pública foi a responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).

Nessa mesma toada, a lei do pregão (Lei nº 10.520/2002) segue sistemática semelhante.

A lei que regulamenta as Parcerias Pública-Privadas (Lei nº 11.079/2004), apesar não se referir expressamente à “matriz de riscos” nos seus contratos especiais, traz previsões sobre a repartição de riscos objetivos entre as partes, conforme dispõe:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no [art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (BRASIL, 2004).

Segundo indicam Castro e Menegat (2017, p. 5) foi a Lei de PPPs o diploma responsável por romper a lógica tradicional da teoria das áleas previstas na Lei nº 8.666/93. Isso porque a tal lei, ao contrário de seguir a lógica da locação aleatória e *ex post* de riscos contratuais, opta pela sua alocação específica e *ex ante*, já no momento da celebração do contrato.

Nesse sentido, quando da assinatura de um contrato de parceria, haverá prévia, expressa e objetiva indicação de cada um dos riscos passíveis de incidir sobre a execução do contrato (risco de demanda, geológico, cambial, regulatório, etc) e de qual o parceiro (público ou privado) que será responsável por suportá-lo, buscando-se uma distribuição equitativa, de base racional, alocando a cada parceiro os riscos que pode mais eficientemente gerir (CASTO *et al*, 2017, p. 5).

Segundo indicam os autores (2017, p. 5), com a fixação da matriz de riscos, não mais se aguardará que a situação danosa ocorra para, só então, as partes definirem de quem é a obrigação de absolver o dano, bem como decidirem se será ou não necessário promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em verdade, a lei de PPPs antecipa o debate e obriga a Administração Pública a, desde o momento da licitação, explicitar objetivamente todos os riscos que prevê incidirem sobre a atividade (sejam de natureza ordinária ou

extraordinária), bem como indicar quem será responsável pela mitigação de cada um deles. Ressalta-se que tais informações deverão ser incluídas em cláusula própria, ou mesmo em anexo, do contrato a ser firmado, no que se tem denominado “matriz de riscos” (CASTO; MENEGAT, 2017, p. 5).

Nesse sentido, o advento da Lei de PPPs permitiu o surgimento de uma nova possibilidade de engenharia contratual dos riscos, ainda que em um universo limitado de contratos administrativos. Depois de sua edição, outras leis trouxeram previsões de instrumentos correspondentes.

A lei do RDC (lei nº 12.462/2011), alterada pela lei nº 13.190/2015, passou a trazer previsão de técnicas de manejo de riscos, estipulando, em seu art. 9º, §5º, que taxas de riscos compatíveis com o objeto da licitação e as continências atribuídas ao contrato serão levadas em consideração, caso o anteprojeto contemple uma matriz de alocação de riscos. Tal exigibilidade, porém, era limitada às contratações integradas nas licitações de obras e serviços de engenharia no âmbito de cabimento do RDC. Não será, portanto, cabível para as licitações em geral.

Por fim, há também previsão da matriz de riscos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) em toda e qualquer contratação realizada pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista, conforme prevê o art. 69, inciso X: “são cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: matriz de riscos” (BRASIL, 2016-b).

Diferentemente da Lei de Parcerias Público-Privadas, o Estatuto das Estatais tratou de definir um conceito para “matriz de riscos”, conforme se verifica no seu art. 42, inciso X, em que a classifica como sendo uma cláusula definidora de riscos e responsabilidade, caracterizadora do equilíbrio financeiro inicial do contrato, decorrente de eventos supervenientes à contratação. A lei prevê que a matriz trará, como requisitos mínimos, as seguintes informações:

1. a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
2. b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
3. c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções

metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação. (BRASIL, 2016-b)

A respeito do conceito trazido, Castro e Menegat (2017, p. 6), explicam que a lei alargou a concepção até então vigente a respeito das matrizes de risco nos contratos administrativos, à medida que exige não apenas a previsão e alocação dos eventuais riscos incidentes sobre o ajuste (art. 42, x, “a”), mas também a indicação dos elementos contratuais em que haverá liberdade de inovação da contratada para melhor se adequar à realidade dos bens/serviços licitados, seja em obrigações de meio ou de resultado (art. 42, x, “b” e “c”).

Vale ressaltar que a Lei de PPPs e a Lei das Estatais não são aplicáveis às contratações comuns da Administração Pública. Pelo princípio da especialidade, suas normas são aplicadas a um escopo reduzido de contratações, que ostentam características distintivas que demandam tratamento especial. As contratações comuns, até então, eram reguladas, a nível federal, pelas leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002 e, em parte, pela lei nº 12.462/2011.

Os instrumentos acima citados eram as únicas previsões legais previstas no nosso ordenamento, a respeito da gestão de riscos no âmbito da Administração Pública até 2020. Porém, com a publicação da Nova Lei de Licitação e Contratos, tem-se inovações nessa seara.

3. INOVAÇÃO LEGISLATIVA

3.1. Vigência da nova lei de licitações

Conforme já se indicou, a Lei nº 14.133/2021, publicada em 1º de abril de 2021, irá regular as licitações e contratos administrativos de órgãos e entidades da Administração Pública, e funcionando como lei geral, será aplicada em todas as esferas da federação.

Inicialmente, importante ponderar que a lei, em seu art. 194, dispôs que sua entrada em vigor se daria no mesmo dia de sua publicação, ou seja, afastou o instituto da vacância, já estando apta a produzir efeitos. Assim, Joel de Menezes Nienbuhr ressalta que “ela pode ser aplicada pela Administração Pública imediatamente” (2021, p. 7).

Apesar disso, considerando as mais diversas modificações trazidas pelo novo diploma, o que implica a necessidade de adaptações e estudos por parte da Administração e dos particulares no que toca às suas respectivas atuações, o legislador previu a coexistência das regras anteriores com as novas regras durante um período de dois anos.

Durante esse prazo, que se estenderá até 31 de março de 2023, a Administração Pública poderá aplicar qualquer dos regimes antigos (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2012) ou o regime novo (Lei nº 14.133/2021). Porém, não lhes é permitido combinar regimes, conforme dispõe a parte final do art. 191 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 191 Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso (BRASIL, 2021).

Durante esse período de dois anos, feita a opção pelo gestor público pela utilização de um ou outro regime, essa opção será mantida até o fim do processo licitatório e terá repercussões na posterior contratação. Conforme ensina Nienbuhr (2021, p. 9), se a licitação é pelo regime antigo, o contrato, da mesma forma, é pelo regime antigo; e licitado pelo regime novo, o contrato segue o regime novo.

Assim, considerando que um contrato administrativo pode ser sucessivamente prorrogado, possivelmente contratos administrativos regidos pela legislação anterior ainda estarão em ordem por alguns anos (NIENBUHR, 2021, p. 9).

De qualquer forma, as novas regras já podem ser aplicadas e merecem atenção por parte dos gestores e dos particulares envolvidos em contratações administrativas. E um dos assuntos que sofreu consideráveis alterações foi exatamente a noção de alocação de riscos nos novos contratos e suas consequências, que será objeto de análise no próximo capítulo.

3.2. Matriz de risco na nova lei

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), no *caput* do art. 103, prevê que o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Segundo explicam Alexandre Mattos de Freitas, Felipe Orsetti Prado, Pedro Leonardo Tonaco Alexandre, Miguel Frederico Félix Carmona (2021, p. 129), a figura da matriz de riscos foi prevista na lei nº 14.133/2021 como um instrumento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visando estabelecer uma condição inicial de igualdade entre as partes.

Assim, a matriz de riscos aloca riscos e responsabilidades contratuais ao contratado e ao contratante, definindo desde já os ônus que cada um deverá suportar caso determinada situação prevista venha a se concretizar supervenientemente. Almeja-se garantir previsibilidade na execução contratual, no intuito de mitigar desequilíbrios contratuais, garantido maior segurança jurídica ao contratado e protegendo a Administração e o contrato de fatos incertos, porém previsíveis (FREITAS *et al*, p. 158).

Deve-se pontuar, entretanto, que tal alocação de riscos não pode se dar de forma genérica e nem mesmo exigir dos contratados obrigações impossíveis de cumprimento. Segundo bem coloca Marçal Justen Filho (2016-b, p. 391), uma matriz de riscos que se vale de termos residuais e genéricos que determinam que todos os fatos

supervenientes serão atribuídos ao contratado podem gerar situações de onerosidade excessiva e impossibilidade gravíssima de execução contratual.

Castro e Menegat (2017, p. 6) alertam que não há nenhuma aproximação desse modelo de gestão com procedimentos de “mitigação de risco” burocrático-formais, como é o caso dos *check-lists*. Ao contrário, uma matriz de risco eficiente predispõe e orienta suas ações sempre em razão das metas a serem alcançadas e delas não se distancia.

Ainda, Marcos Barbosa Pinto (2006, p. 13) indica que a repartição de riscos busca minimizar tanto os custos diretos quanto os indiretos de uma contratação. O autor assinala que, independentemente de quem se apropria do acréscimo de riqueza gerado diretamente pela alocação de riscos, serão promovidos resultados benéficos para todos os contratantes, já que reduz os preços totais de um serviço. Ainda, em uma licitação que se desenvolve em um cenário de competição, é natural que esses ganhos sejam repartidos entre o Estado e o agente privado. Não obstante, mesmo que o particular venha a se apropriar de todo o ganho de eficiência, a população ainda assim se beneficia da alocação de riscos, já que recursos escassos serão poupados.

Pinto (2006, p. 13) pondera que a ideia de transferir todo e qualquer risco para o parceiro privado, como uma suposta solução para os problemas da Administração Pública, é, em verdade, um pensamento equivocado. Isso porque os riscos são custos, e o parceiro privado, para concordar em suportá-los, vai cobrar do Estado. Assim,

propondo-se a gestão dos riscos no contrato de licitação, o ideal é que o Estado absorva todos aqueles riscos que que poderia suportar a um custo mais baixo, já que, se fosse transferi-los, estaria pagando mais caro por um serviço que não necessita, desperdiçando recursos públicos escassos. (PINTO, 2006, p. 13).

Nesse sentido, a Administração Pública e a sociedade têm muito a ganhar com a implementação da matriz de riscos nos contratos licitados, podendo se valer da nova figura da matriz de riscos. Esse instrumento foi incluso na nova lei de licitações, seguindo a estrutura da lei das estatais. Inclusive, a conceituação adotada assemelha-se, em quase sua integralidade, à previsão trazida na Lei de Estatais (Lei nº 13.303/2016). É o que se observa no art. 6º, XXVII, que define ser a matriz de risco uma cláusula contratual, na qual se define os riscos e responsabilidades entre as partes. A matriz ainda caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Segundo a lei, a matriz conterá a listagem dos possíveis eventos futuros que possam causar impactos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como a previsão de eventual necessidade de prolação de termos aditivos por ocasião de sua ocorrência.

Ainda, verifica-se que a nova lei de licitações também diferencia o tratamento conferido às obrigações de resultado daquele conferido às obrigações de meio em sede de matriz de riscos, assim como o fez a Lei de Estatais. Tal diferenciação se traduz na previsão de liberdade conferida aos contratados para inovarem em soluções metodológicas

ou tecnológicas no contrato de obrigação de resultado, enquanto no contrato de obrigação de meio há previsão de estrita aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

Nesse cenário, a matriz de riscos relacionará fatores internos e externos previsíveis de cada contratação. No art. 22 da nova lei, têm-se a indicação de que a matriz de riscos poderá ser prevista no instrumento convocatório. Por outro lado, será obrigatória tal previsão no caso de contratação de obras e serviços de grande vulto, ou em que forem adotados os regimes de contratação integrada ou semi-integrada.

Tal previsão traduz lógica cristalina, visto que a criação de matrizes de risco deve atenção ao cada tipo de bem comprado ou serviço contratado, respeitando assim suas especificidades. A título de exemplo, um contrato de empreitada de um centro de atendimento à saúde relaciona-se a riscos diversos dos enfrentados em um contrato de pintura predial.

Como já explicitado, previsto determinado risco na matriz contratual, sua ocorrência exige que o agente por ele responsável arque com o ônus decorrente, sendo considerado mantido o equilíbrio, representando uma renúncia ao direito de requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O §5º do art. 103 da lei, por sua vez, traz exceções à tal renúncia no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato (BRASIL, 2021).

Ou seja, as exceções do inciso I dizem respeito às situações em que o contratante (Administração Pública) entende necessário fazer alterações contratuais qualitativas ou quantitativas no contrato, dentro dos limites percentuais previstos no art. 125 da mesma lei. E as exceções do inciso II, por sua vez, tratam do fato do príncipe relacionado ao aumento da carga tributária paga pelo contratado (particular) especificamente em função da atividade contratada.

Assim, essas duas hipóteses não poderão estar previstas na matriz de riscos, de forma que, ocorrendo alguma delas e sendo verificado desequilíbrio na econômico-financeiro, far-se-á necessária a revisão, seja ela bilateral (art. 124, I, “a” e “b”), seja bilateral (art. 124, II, “d”).

O art. 102, §3º ainda prevê que a alocação de riscos poderá trazer reflexos no custo estimado da contratação. Sobre esse ponto, importante ponderar que alocar riscos não é a mesma coisa que alocar valor, porque a alocação de riscos para uma parte não necessariamente significa reduzir o interesse da parte sobre o valor do projeto (NÓBERGA, 2010).

Como bem indicam Castro e Menegat (2017, p. 7), a alocação de riscos ao privado não deve ser excessiva a ponto de onerá-lo em demasia, obrigando-o a assumir e mitigar riscos que seriam mais bem absolvidos pelo Poder Público.

Logo, percebe-se que a inovação legislativa trazida pela Lei nº 14.133/2021, no que diz respeito à possibilidade de estruturação de uma matriz de risco para qualquer contrato administrativo proveniente do processo de licitação, representa o rompimento, pelo menos parcial, com a lógica das áleas administrativas como instrumentos de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Assim, percebe-se que o legislador, ao editar a lei nº 14.133/2021, opta pela lógica instituída originalmente pela Lei das PPPs e refinada pela lei nº 13.303/2016, no sentido de indicar aos gestores públicos a necessidade/obrigação de alocar prévia, objetiva e eficientemente todos os riscos contratuais possíveis de antecipação.

Ressalta-se, a previsão de uma matriz de riscos não está substituindo a teoria das áleas: por óbvio, sua previsão busca antecipar situações onerosas, e não as esgotar. Até porque, impossível prever toda e qualquer intempere contratual. Assim, ocorrendo algum fato que não estipulado na matriz de riscos, pode ser que seja necessário revistar a estrutura contratual com o fito de reequilibrar o negócio. Tal alteração encontra previsão no art. 124 da lei nº 14.133/2021, que descreve as hipóteses em que se dará unilateralmente pela Administração Pública, e outras em que se dará bilateralmente. Em seu inciso II, alínea “d”, temos a seguinte redação:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo entre as partes:

1. d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (BRASIL, 2021).

Inclusive, vale ressaltar que o legislador, ao tratar “da alteração dos contratos e do preço”, no art. 124, §2º, prevê que quanto aos riscos de atraso da conclusão de obras e serviços de engenharia em função de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, não ocasionado pelo contratado, *a priori*, já se verifica desequilíbrio econômico-financeiro do negócio. Assim, determinou-se aplicar o art. 124, II, “d” nessas hipóteses – se houver previsão na matriz de risco, essa será aplicada. Caso contrário, o contrato será revisto por acordo entre as partes.

Destarte, resta claro que a teoria das áleas administrativas não foi deixada de lado pelo legislador brasileiro. Ela continua sendo adota em casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe. A diferença aqui, ao que parece, é que, ocorrendo algum evento que atinge o planejamento da execução contratual, as partes deverão primeiro mirar se existe alguma cláusula contratual que já preveja a quem caberá suportar o ônus em tal situação – somente se não existir tal previsão, é que as partes poderão renegociar a onerosidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo esforçou-se na missão de delinear as disposições a respeito da estruturação legal da matriz de riscos proposta pelo legislador com a edição da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021).

Para tanto, analisou-se a fase da contratação do licitante vencedor, com a respectiva elaboração do contrato administrativo, com especial foco na necessidade de uma arquitetura contratual robusta e suficiente para garantir segurança jurídica à execução deste. A antecipação e controle de riscos surge como imposição lógica à persecução da melhor execução do objeto contratado.

Focou-se, em seguida, na compreensão, por meio de conceituações doutrinárias e normativas, do que seriam esses riscos que deveriam ser geridos em um contrato administrativo. Fez-se uma retomada legislativa, para identificar como o ordenamento brasileiro propôs/impôs soluções para eventuais alterações no equilíbrio

econômico-financeiro de contratos firmados pela Administração Pública. Para isso, foi feita uma sucinta análise comparativa entre a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011), Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), no intuito de verificar se as previsões da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) realmente trouxe grandes inovações ao ordenamento no que diz respeito à previsão de matriz de riscos.

Conforme visto, a tradicional estrutura contratual adotada no âmbito da aquisição de bens e insumos e contratação de serviços pela Administração Pública era exclusivamente voltada à teoria das áleas administrativas. Dessa forma, a lei nº 8.666/93 só trazia previsão de alteração do contrato em função de desequilíbrio contratual *ex post*, ou seja, os contratantes só se preocupavam com o prejuízo na execução contratual quando esse já se concretizava e, por consequência, já produzia efeitos maléficos para ambas as partes.

Promovendo uma revolução na forma como a Administração tratava tais riscos, a lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs) trouxe a previsão de repartição objetiva de riscos de forma prévia à sua concretização. Apesar de essa lei tutelar relações contratuais administrativas específicas das parcerias, essa primeira previsão legal pode ser considerada um primeiro passo para permitir ao gestor público uma estruturação contratual mais consciente dos riscos que envolvem a

atividade e, com isso, buscar mitigá-los – e não simplesmente aguardar eventual catástrofe contratual.

Após a lei de PPPs, outros diplomas legais avançaram na previsão de instrumentos capazes de refrear problemas relacionados a eventos futuros e incertos, porém, previsíveis, que poderiam alterar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos Administrativos, como foi o caso da Lei do RDC e das Estatais. Importante ressaltar que, assim como a PPP, tais diplomas tutelam objetos limitados, não sendo aplicáveis às limitações em geral, nem mesmo de forma subsidiária.

Avançando na supracitada comparação legislativa, percebeu-se que a matriz de riscos prevista na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) era um dos mecanismos já previstos desde 2016 na Lei das Estatais. Inclusive, a lei de 2021 adota uma conceituação de matriz de risco, em quase sua totalidade, igual à da lei de 2016. A principal diferença é a que, como tal mecanismo passou a ser disciplinado em uma lei geral de licitações e contratados, significa que a anterior limitação material de sua aplicação em função do objeto da contratação (caso do RDC) ou da especial qualidade do contratante (caso das contratações por Estatais) resta superada. Assim, o gestor público passa a ter autorização/obrigação legal para trazer na arquitetura contratual tal instrumento.

A matriz de risco, assim, foi prevista como uma cláusula contratualmente estipulada com a finalidade de disciplinar a repartição de riscos entre as partes, de forma a conferir o ônus de suportar efeitos de um evento previsto como arriscado ao agente melhor capacidade

para geri-lo.

O que se conclui é que a tradicional doutrina das áleas administrativas como meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos comuns da Administração foi somada uma nova lógica gerencial dos riscos: busca-se prever ex ante os riscos a que estão submetidos o contrato e, por meio de cláusulas da matriz de riscos, distribuir objetivamente os ônus de sua possível ocorrência, de forma que ambos os contratantes poderão ter uma visão mais completa do arcabouço de responsabilidades assumidas – promovendo, em especial, a segurança jurídica. De qualquer forma, sendo o evento imprevisto nessa nova dinâmica da matriz de riscos, a teoria das áleas será aplicada, nos termos previstos na nova legislação, que manteve as previsões anteriores nesse sentido.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thais Soares. Repartição de riscos em contratações públicas sob a Lei nº 13.303/2016. **Revista Boletim do Gerenciamento**, v. 11, 2020.

CARDOSO, Lindineide Oliveira; CRUZ, Jamil Manasfi; ALVES, Paulo José Ribeiro. **Gerenciamento de riscos à luz da lei nº 13.979/2020: teoria e prática**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81788/gerenciamento-de-riscos-a-luz-da-lei-n-13-979-2020-teoria-e-pratica>>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 7. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; MENEGAT, Fernando. O estatuto das estatais e a matriz de risco nos contratos públicos: breve ensaio sobre o rompimento da \"teoria das áleas\" no direito administrativo. **Revista JML de Licitações e Contratos**, Pinhais, v. 43, p. 42-50, 2017.

COCURULLO, Antônio. Gestão de riscos corporativos; riscos alinhados com algumas ferramentas de gestão: um estudo de caso. São Paulo: Scortecci, 2002.

CRUZ, Carlos Oliveira; SACRAMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de Parceiras Público Privadas e concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FREITAS, Alexandre Mattos de; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Comentários à Lei nº 14.133/2021**. E-book. 1. Ed. Brasília: Ed. Dos Autores, 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2016-a.

_____. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei nº 13.303/2016.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016-b.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. **Gestão de riscos x Matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opiniaogestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, Salvador, ano 2010, n. 22, ago/set/out, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/resvista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>> Acesso em: 23 de maio de 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun, 2006.

SILVA, João Paulo da Silveira Ribeiro. **A repartição de riscos em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito FGV Direito Rio, 2010.

[1] Este texto retoma, com algumas adaptações, os argumentos originalmente defendidos como trabalho de conclusão da especialização em Direito Público, concluída em 2021, junto à Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 2. Ano: 2024.

Submissão em: 15/10/2024

Aprovação em: 23/10/2024

Publicado em: 23/10/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/135/>

Conselhos de fiscalização profissional e a divergência jurisprudencial entre os marcos temporais da obrigatoriedade de concurso público

Daniel Pires de Mello

Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá/MT. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Advogado do Conselho Regional de Farmácia do Estado de Mato Grosso.

Resumo

O estudo aborda a natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional no Brasil e o marco temporal para aplicação da obrigatoriedade de concurso público para contratação de empregados. Embora esses conselhos sejam definidos como autarquias públicas com necessidade de conformidade aos regulamentos de contratação, divergências nas decisões judiciais têm gerado incerteza sobre a data de início da exigência de concursos públicos. A análise foca em decisões judiciais e na legislação relevante, excluindo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) devido à sua natureza constitucional específica. O estudo examina as diferentes interpretações jurisprudenciais e seu impacto nas práticas de contratação, destacando a necessidade de maior clareza jurídica para garantir aplicação uniforme e reduzir conflitos judiciais.

Palavras-Chave: Conselhos de Fiscalização Profissional.

Obrigatoriedade de Concurso Público. Divergências Jurisprudenciais

Abstract

The study explores the legal nature of Professional Oversight Councils in Brazil and the timeline for enforcing public hiring requirements, specifically the need for competitive exams. Although these councils are defined as special public bodies requiring compliance with hiring regulations, discrepancies in court rulings have created uncertainty regarding when the public exam requirement became obligatory. This analysis focuses on relevant court cases and legislation, excluding the Order of Attorneys of Brazil (OAB) due to its distinct constitutional nature. It further examines how different interpretations of case law have affected employment practices, with contrasting judicial decisions impacting the validity of hires. The analysis concludes by emphasizing the need for greater legal clarity to ensure uniform application and reduce judicial conflicts.

Keywords: Professional Oversight Councils. Public Hiring Obligations. Judicial Interpretations on Public Exam Requirements

1. INTRODUÇÃO

Os Conselhos de Fiscalização Profissional são considerados autarquias especiais de direito público, nos termos da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que enseja a obrigatoriedade de realização de concurso público para contratação de seus empregados.

Entretanto, algo que aparenta ser de fácil aplicação no mundo dos Conselhos de Fiscalização tem gerado grandes transtornos jurídicos e decisões judiciais divergentes sobre a mesma temática: desde quando se tornou obrigatório a realização de concurso público? Uma resposta teoricamente simples, ocasionou, na prática, decisões judiciais divergentes pelos Tribunais.

Desde já, deixaremos claro que o objeto de estudo são os Conselhos de Fiscalização Profissional, não sendo incluído no debate a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que é uma autarquia sui generis de índole constitucional^[1], que possui uma abordagem totalmente distinta dos demais conselhos de fiscalização, dentre algumas, citamos a não submissão à exigência de concurso público para contratação de seus empregados.^[2]

2. DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Para entender as nuances do marco inicial da obrigatoriedade de realização de concurso público para contratação de empregados pelos Conselhos, é importante entendermos a evolução histórica e jurisprudencial de sua natureza jurídica.

Historicamente, um ponto importante para o desvendar da natureza jurídica dos Conselhos foi a Lei n. 9.649/98^[3], mais especificamente seu artigo 58, que trouxe a natureza jurídica de direito privado a essas instituições, que por delegação do poder público, mediante autorização legislativa, realizariam atividades fiscalizatórias.

No mundo dos Conselhos de Fiscalização são inúmeras leis que estabelecem sua criação, natureza e peculiaridades. Nesse sentido podemos apontar, como exemplo, a Lei n.º 3.820/60^[4], que criou o Conselho Federal de Farmácia e lhe deu natureza jurídica de direito público; a Lei n.º 3.268/1957^[5], que institui o Conselho Regional de Medicina igualmente destacando a natureza pública da instituição; a Lei n.º 5.517/68^[6] que legislou sobre o Conselho Federal de Medicina

Veterinária e estabeleceu a natureza de direito público.

Curiosamente, o art. 58 da Lei n. 9.649/98, ao atribuir natureza jurídica de direito privado aos Conselhos de Fiscalização, tratou a matéria de forma distinta em relação ao que dispunham as diversas leis instituidoras desses Conselhos.

Percebendo a possibilidade criada pelo art. 58, da Lei n. 9.649/98, de se delegar atividades próprias do Estado a pessoas jurídicas de direito privado, o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento da **ADI n.º 1.717/DF**[\[7\]](#), fixou o entendimento no sentido de que os Conselhos de Fiscalização Profissional possuem **natureza jurídica autárquica**, pois exercem *"atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas"*. Assim sendo, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 58, da Lei n.º 9.649/98.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os Conselhos de Fiscalização possuiriam a natureza jurídica de autarquia devido à impossibilidade de transferir para uma entidade privada atividades que são próprias do Estado, como o poder de polícia, tributação e até mesmo aplicação de sanções relacionadas ao exercício de profissões.

Ademais, esses Conselhos são estabelecidos por meio de legislação própria, possuem personalidade jurídica de direito público e desfrutam de autonomia financeira, funcional e administrativa, características que os aproximam das autarquias.

Salienta Matheus Carvalho^[8], é possível defender que os Conselhos profissionais ostentam natureza jurídica de entidades autárquicas, sui generis, com privilégios e submissões semelhantes as autarquias. Inclusive, podendo deslocar a competência das ações em que seja parte para a Justiça Federal, nos moldes do art. 109, inciso I, da CF e da súmula 66 do STJ. Complementa o citado doutrinador, em que pese sua natureza autárquica, não mantém qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a União^[9].

Sabendo que são pessoas jurídicas de direito público, é importante que no momento da contratação de empregados respeitem o art. 37, inciso II, da CF que impõe a obrigatoriedade de concurso público. Inclusive, próprio Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firme sobre a necessidade de realização de concurso público para contratação de empregados pelos Conselhos de Fiscalização, como se extrair do RE 539220 ^[10] e do RE 758168^[11].

Outrossim, havendo a necessidade de contratação de pessoal através de concurso público, os contratos firmados em desrespeito a regra constitucional do art. 37, inciso II, são nulos.

Interessante pontuar que há alguns anos havia um debate sobre regime de contratação de pessoal pelos Conselhos, se se aplicaria as regras trabalhistas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT ou seria através de um regime jurídico próprio, como por exemplo o da Lei n. 8.112/90. Entretanto, na ADPF 367^[12], o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela possibilidade de adoção do regime celetista.

Portanto, atualmente é uníssono o entendimento de que os Conselhos de Fiscalização possuem natureza autárquica de direito público, o que enseja o respeito a diversas diretrizes previstas em normas direcionadas especificamente as entidades públicas, como a necessidade de contratações através de concurso público, porém restar saber a partir de que momento se tornou obrigatório a realização de concurso público.

3. DO MARCO TEMPORAL DA OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 declarou a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para o preenchimento de cargos efetivos e empregos públicos em toda a administração pública [\[13\]](#). Porém, como visto, durante muito tempo defendeu-se a natureza de direito privado dos Conselhos de Fiscalização.

Nesse contexto, ao longo dos anos, diversas contratações foram realizadas no âmbito dos Conselhos, algumas por meio de processos seletivos simplificados ou concursos públicos, enquanto outras foram efetuadas de forma direta, em conformidade com os procedimentos típicos do setor privado, em outras palavras, sem concurso público.

Diante disso, surgiu a discussão sobre qual seria o marco temporal da obrigatoriedade de contratação de pessoal através de concurso público pelos Conselhos de Fiscalização.

Atualmente, podemos citar três posicionamentos jurisprudenciais distintos sobre a temática.

A primeira posição jurídica é baseada em uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Mandado de Segurança n. 28469^[14], corroborada, inclusive, por uma súmula do Tribunal de Contas da União, que definia como marco temporal da obrigatoriedade de realização de concurso pelos Conselhos a data de 18.05.2021.

Ressalta-se que, no Mandado de Segurança MS 21.797/RS, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a natureza autárquica dos Conselhos e a partir da data da publicação desse acórdão, ocorrida em 18.05.01, vinha sendo adotada pela maioria do Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União como marco inicial para a obrigatoriedade da realização de prévio concurso público para as admissões de servidores pelos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, sob pena de nulidade dos referidos atos e responsabilização dos gestores. Indubitável, assim, que eventuais contratos celebrados após a referida data, sem prévia aprovação em concurso, estariam eivados de nulidade.

Tanto isso é verdade que o Tribunal de Contas da União editou a **Súmula nº 277**, *in verbis*:

“Súmula Nº 277/TCU: Por força do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, a admissão de pessoal nos conselhos de fiscalização profissional, desde a publicação no Diário de Justiça de 18/5/2001 do acórdão proferido pelo STF no mandado de segurança 21.797-9, deve ser precedida de concurso público, ainda que realizado de forma simplificada, desde que haja observância dos princípios constitucionais pertinentes.”^[15]

Portanto, podemos afirmar que a data de 18.05.2001 já foi citada pela jurisprudência do Supremo Tribunal e era respaldada em um verbete

sumular do Tribunal de Contas da União

Partindo disso, inclusive, muitos Conselhos de Fiscalização utilizam essa data com o intuito de efetivar as contratações anteriores sem concurso público, como forma de validá-las e dar segurança jurídica aos empregados.

A exemplo citamos o Regimento Interno do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná^[16], que segue um modelo padronizado expedido pelo Conselho Federal de Farmácia, que possui previsão expressa em seu texto:

“Art. 54 – Os empregos firmados pelo CRF-PR até 18 de maio de 2001 integram o seu quadro efetivo, cabendo a Diretoria, quando da aprovação do plano de cargos e salários e a estrutura administrativa e de pessoal, preservar os respectivos contratos de trabalho.”

Entretanto, a data de 18 de maio de 2001 não era utilizada por todos os tribunais. O Tribunal Superior do Trabalho adotava outra data como marco, qual seja, **28.03.03**. De acordo com esse Tribunal, seriam válidos os contratos de trabalho firmados sem a prévia admissão em concurso público, **até a data de publicação do julgamento** da ADI nº 1.717-6/DF (28/3/2003). Nesse sentido é RR - 90500-12.2008.5.02.0080^[17].

Nota-se que essa posição é mais benéfica aos empregados contratados sem concurso público, já que dá validade também as contratações realizadas posteriormente a 18.05.2001.

Esse alargamento do lapso temporal de validação dos contratos sem concurso público ocasionou uma situação peculiar, qual seja, os empregados contratados posteriormente a 18.05.2001, mas antes de 28.03.03, que tenham sido demitidos por ausência de concurso público, fundamentado no primeiro marco temporal, acabavam por ganhar na justiça trabalhista o direito a reintegração, inclusive, com recebimento de valores pretéritos.

Essa situação gerava grande ônus aos cofres dos Conselhos, já que por não se submeterem as regras dos precatórios, tinham que dispor imediatamente de quantias consideráveis para atender as determinações judiciais colocando em risco sua saúde financeira e capacidade de honrar com suas demais obrigações.

Por fim, tem surgido uma forte tendência de não se utilizar nenhum dos marcos temporais acima apontados, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento modulou os efeitos de sua decisão proferida na ADI 1.717-6, logo, a referida decisão teria eficácia *ex tunc*.

Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao analisar RE 1112332 ED/SP^[18], decidiu que os **efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.868/1999, analisados na ADI 1717-6 são ex tunc**, uma vez que não houve ressalva quanto à modulação de efeitos por parte desta CORTE.

Em outras palavras, não há lapso temporal que tenha permitido a contratação de empregados sem concurso público pelos Conselhos de

Fiscalização, pois o marco inicial e obrigatório é a própria vigência da Constituição Federal de 1988, pois a decisão proferida na ADI 1717-6 possui efeito *ex tunc*, não tendo a Suprema Corte modulado os efeitos de sua decisão para outra data. Por consequência, a discussão da existência de um marco temporal, seja levando em conta a data 18.05.2001 ou 28.03.03, desapareceu.

Analizando as recentes decisões do Tribunal Superior do Trabalho, como a proferida no RR-250-71.2011.5.01.0009^[19], nos parece que a jurisprudência trabalhista, se atentado a recente decisão do STF, tem alterado, paulatinamente, sua jurisprudência, que até então aplicava o marco temporal 28.03.03.

4. CONCLUSÃO

Independentemente da posição adotada, é inegável que haverá insegurança jurídica e desigualdade na aplicação do direito a fatos jurídicos idênticos. Isso porque, em situações análogas, poderão ocorrer decisões judiciais e coisas julgadas distintas e conflitantes. Na prática, alguns serão beneficiados por sentenças transitadas em julgado que reconheceram um dos marcos temporais, validando suas contratações sem concurso público. Por outro lado, outros, em idêntica condição fática (contratação sem concurso público dentro do mesmo marco temporal), poderão ter seus contratos declarados nulos, sem obter a mesma validação judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Regional de Farmácia do Estado De Mato Grosso. DELIBERAÇÃO Nº 962/2018. Aprova o Regimento Interno do Conselho Regional de Farmácia do Paraná, CRF-PR. Disponível em: <<https://www.crf-pr.org.br/uploads/pagina/19466/6hTdhHFgFX0YpgcT1BSGDlSwdGV0GnRH.pdf>>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm>. Acessado em 30 mar. 2024

BRASIL. Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960. Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968. Dispõe sobre o exercício da profissão de médico-veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 1717-6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1988, QUE

TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. Relator Min. Sydney Sanches. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acessado em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2012. Recurso Extraordinário nº 539224. Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20539224%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2014. Recurso Extraordinário nº 539220. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES. PRECEDENTES. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Disponível em: <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=>

%22RE%20539220%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true
&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2014. Recurso extraordinário nº 758168. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA AUTÁRQUICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INOVAÇÃO NÃO PERMITIDA NESSA FASE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20758168%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015. Mandado de Segurança nº 28469. 1) MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. ENTIDADES CRIADAS POR LEI. FISCALIZAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PÚBLICA. DEVER DE PRESTAR CONTAS. 2) EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CRFB. 3) DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL

DE CONTAS DA UNIÃO PROFERIDA MESES DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO SIMPLIFICADA PELO IMPETRANTE. 4) SEGURANÇA DENEGADA. 5) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2028469%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2018. Recurso Extraordinário nº 1112332. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS OU SERVIDORES PÚBLICOS. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. DISPOSITIVOS DA LEI 9.868/1999. ADI 1717-6. EFEITOS EX TUNC. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201112332%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acessado em 27 marc. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 367. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO. REGIME

JURÍDICO ADMINISTRATIVO. NATUREZA SUI GENERIS DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PELO REGIME DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Acessado em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20367%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true e>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2023. Recurso Extraordinário nº 1182189. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1182189. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 1054. JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. NÃO SUJEIÇÃO À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. NATUREZA JURÍDICA. ADI 3.026. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 15-06-2023 PUBLIC 16-06-2023). Disponível em: <
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201182189%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acessado em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas Da União. SÚMULA TCU 277. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/sumula/*/NUMERO%253A277/sinonimos%253Dtrue>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 90500-12.2008.5.02.0080. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=90125&anoInt=2010>>. Acessado em 27 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 250-71.2011.5.01.0009. Órgão Judicante: 8ª Turma. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=164595&anoInt=2014>>. Acessado em 27 mar. 2024.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

[1] EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 1054. JULGAMENTO DE MÉRITO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO

BRASIL - OAB. NÃO SUJEIÇÃO À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. NATUREZA JURÍDICA. ADI 3.026. 1. A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada. 2. A Ordem dos Advogados do Brasil é instituição que detém natureza jurídica própria, dotada de autonomia e independência, características indispensáveis ao cumprimento de seus múnus públicos. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 29.09.2006. Precedentes. 3. Não obstante a prestação de serviço público exercido pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, não há que se confundir com serviço estatal. O serviço público que a OAB exerce, é gênero do qual o serviço estatal é espécie. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento com a proposta de fixação da seguinte Tese: “O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa”. (RE 1182189, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 15-06-2023 PUBLIC 16-06-2023). Disponível em: <

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201182189%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acessado em: 30 marc. 2024.

[2] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 193.

[3] Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm>. Acessado em 30 mar. 2024

[4] Art. 1º - Ficam criados os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais farmacêuticas no País.

[5] Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

[6] Art 10. O CFMV e os CRMV constituem em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

[7] Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acessado em: 27 mar. 2024.

[8] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 192

[9] Idem. p. 191.

[10] Disponível em: <
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20539220%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> . Acessado em 27 mar. 2024.

[11] Disponível em: <
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20758168%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> . Acessado em 27 mar. 2024.

[12] Acessado em:
https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20367%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> . Acessado em 27 mar. 2024.

[13] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 319.

[14] Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2028469%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>

ue>. Acessado em 27 mar. 2024.

[15] Disponível em:
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/sumula/*/NUMERO%253A277/sinonimos%253Dtrue>. Acessado em 27 mar. 2024.

[16] Disponível em: <<https://www.crf-pr.org.br/uploads/pagina/19466/6hTdhHFgFX0YpgcT1BSGDlSwdGV0GnRH.pdf>>. Acessado em 27 mar. 2024.

[17] Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=90125&anoInt=2010>> . Acessado em 27 marc. 2024.

[18] Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201112332%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true> . Acessado em 27 marc. 2024.

[19] Disponível em:
<<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=164595&anoInt=2014>> . Acessado em 27 mar. 2024.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 2. Ano: 2024.

Submissão em: 15/10/2024

Aprovação em: 23/10/2024

Publicado em: 23/10/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/136/>

A nova lei de licitações e contratações, o Ministério Público e o sistema multinível de controle das contratações públicas

Lucas Peixoto Valente

Graduado em Direito em 2017 pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), em associação a cursos complementares na Universidad Santiago de Compostela (USC)/Espanha e na Université François Rabelais/França. Ex-assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Aprovado no concurso para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia

Resumo

Este estudo analisa as mudanças trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021), que visam aprimorar as contratações públicas no Brasil, reforçando princípios administrativos e o controle de riscos. Além de regulamentar práticas administrativas já reconhecidas pela jurisprudência, a lei introduz novos mecanismos de controle preventivo. No entanto, mesmo com essas inovações, persistem atos irregulares e ilícitos em processos licitatórios. O trabalho destaca o papel do Ministério Público no controle externo, exercendo a fiscalização sobre agentes públicos e privados e protegendo o patrimônio público e os direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Lei de Licitações e Contratos. Controle Externo e Interno. Ministério Público e Proteção ao Erário

Abstract

This study examines the changes introduced by the new Public Procurement and Contract Law (Law 14.133/2021), aimed at improving public procurement in Brazil by reinforcing administrative principles and risk control. In addition to codifying recognized administrative practices, the law introduces new preventive control mechanisms. However, despite these innovations, irregular and illegal acts in procurement processes persist. This paper highlights the role of the Public Prosecutor's Office in external oversight, enforcing accountability over public and private agents and protecting public assets and fundamental rights.

Keywords: *Public Procurement and Contract Law. Internal and External Oversight. Public Prosecutor's Office and Asset Protection*

1. INTRODUÇÃO

A nova lei geral de licitações e contratos (Lei Federal 14.133/2021) promoveu significativas alterações no âmbito das contratações públicas, aperfeiçoando, em grande medida, o complexo procedimento administrativo licitatório, a fim de concretizar os princípios implícitos e explícitos da Administração Pública, e de garantir a seleção da proposta mais vantajosa para o ente público licitante. Nesta toada, incrementou ainda o sistema de controle preventivo e de gestão de riscos das contratações públicas, inovando em determinados aspectos, ao positivar práticas administrativas e entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

A edição do novo diploma de contratações públicas, contudo, não pôs termo aos atos irregulares, ilícitos e fraudulentos praticados pelos agentes públicos e privados envolvidos no certame. Para tanto, o Ministério Público permanece como guardião do erário e dos direitos

fundamentais no âmbito de suas atribuições constitucionais, legais e institucionais, ao exercer o controle externo dos atos administrativos praticados tanto pelos agentes públicos do ente contratante quanto dos licitantes e contratados, à luz do sistema multinível de responsabilização do agente público do ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho científico tem por finalidade identificar, sistematizar e simplificar as ferramentas jurídicas de controle interno e externo exercido sobre agentes públicos e privados envolvidos nas contratações públicas, com destaque para a atuação do Ministério Público, enquanto importante instituição de garantia dos direitos fundamentais e de defesa do Estado Democrático Socioambiental de Direito, inaugurando pela Constituição Federal de 1988.

2. DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: FUNDAMENTOS E ESPÉCIES

É consabido que, com a Constituição Federal de 1988, se aperfeiçoa um regime jurídico-administrativo, com destaque para o firme estabelecimento de direitos e deveres a agentes públicos e a particulares, com esboço em princípios implícitos e nos princípios expressos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, do consagrado art.37, do texto constitucional, a seguir transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Nessa toada, o controle dos atos administrativos é corolário dos princípios republicano e democrático, a partir da ideia de que o Estado é instrumento do povo (real titular do poder político e do patrimônio público) na proteção e realização dos interesses públicos primários. É, ainda, consectário do Estado Democrático Socioambiental de Direito, sob o fundamento de que o Estado não atua livremente, submetendo-se à disciplina normativa previamente debatida e editada pelos representantes do povo, devidamente eleitos para atuação nas Casas legislativas.

A este respeito, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu. Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos. Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. [\[1\]](#)

Nesse sentido, entende-se, em apertada síntese, por controle da administração, o conjunto de instrumentos jurídicos de fiscalização e revisão da atuação dos agentes e órgãos públicos, pela própria Administração Pública, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pelos cidadãos.

As ferramentas de controle poderão ser internas, externas e popular, sendo as internas aquelas realizadas pela própria administração no zelo da legalidade de seus atos, corrigindo os atos que conflitam com a lei. Existirão, para tanto, órgãos especialmente designados para o controle interno, como controladorias e corregedorias, por exemplo.

Quanto ao controle externo, este é exercido por órgão que não integra o mesmo Poder do qual emanou o ato controlado. Expressamente, a Constituição Federal de 1988 afirma, no art. 71, caput, que “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, e estabelece, no art. 49, V, do texto constitucional, que cabe ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Ressalta-se ainda que o controle externo também é exercido pelo Poder Judiciário, quando no exercício da função jurisdicional e pelo Ministério Público, como assim expõe a eminente jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Atualmente, uma instituição que desempenha importante papel no controle da Administração Pública é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129 da Constituição. Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda atua como autor na ação civil pública, seja para defesa de interesses difusos e coletivos, seja para repressão à improbidade administrativa. Ainda tem legitimidade para ajuizar ações de responsabilização contra pessoas jurídicas que causam dano à Administração Pública, com fundamento no artigo 19 da Lei anticorrupção. Embora outras entidades disponham de legitimidade ativa para a propositura dessas ações, a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública. [2]

A licitação, enquanto procedimento administrativo que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, é composto por diversos atos administrativos coordenados, e guarda igualmente observância aos princípios implícitos e expressos do regime constitucional jurídico-administrativo, razão pela qual não está imune ao controle interno e externo exercido pelos agentes

competentes, notadamente o Ministério Público, tal como será posteriormente pormenorizado ao longo deste trabalho.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO: FUNDAMENTO, ATRIBUIÇÕES E RESOLUTIVIDADE

O Ministério Público é uma instituição essencial à função da justiça e independente do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, tendo a Constituição Federal de 1988 elenca como atribuição ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme inteligência do art. 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Da exegese do comando constitucional, extrai-se que o Ministério Público é uma garantia constitucional fundamental de acesso à Justiça tanto da sociedade, no plano da tutela coletiva, amplamente considerada (*ex*: proteção do meio ambiente, do consumidor, da segurança pública, da moralidade administrativa e do patrimônio público, entre outros), quanto do indivíduo, no plano dos direitos ou interesses individuais indisponíveis (*ex*: direito à vida, à liberdade e à saúde, *inter alia*). Dito de outro modo, concebe-se o Parquet não somente como mero fiscal da lei (fiscal da ordem jurídica), mas como garantidor dos direitos fundamentais, que participa de forma ativa das decisões governamentais, em especial diante da omissão total ou parcial estatal na promoção de políticas públicas.

Em sequência, o legislador constituinte apresenta um rol exemplificativo^[3] de funções institucionais ministeriais, evidenciado, entre outros, pelos poderes investigatório cível e criminal, requisitório, notificatório, de promoção privativa da ação penal pública e promoção concorrente da ação civil pública; de sorte a concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois modelos de atuação do Ministério Público: atuação judicial e extrajudicial, visando este à resolução consensual dos conflitos.

A respeito do Ministério Público, ensinam Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade que^[4]

Algumas vezes, a Constituição ou a lei atribuem ao Parquet a promoção da ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos específicos.

[...]

Outras vezes, o ordenamento jurídico incumbe ao Ministério Público a tutela de direitos transindividuais não específicos, valendo-se de fórmulas abertas para atribuir-lhe, genericamente, a proteção de qualquer espécie de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. E o que se verifica, por exemplo, na LACP, que, apesar de enumerar algumas espécies de direitos difusos e coletivos passíveis de defesa via ação civil pública (p. ex., meio ambiente, ordem urbanística, direitos dos consumidores), autoriza a defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (art. 1.º, IV). Em função de tais fórmulas abertas, não se exige do Ministério Público pertinência temática, ou seja, não se pode afirmar que só lhe compete defender direito difuso, coletivo, ou individual homogêneo relacionado a um determinado tema (p. ex., somente interesse relacionado ao meio ambiente, ou ao consumidor, ou ao patrimônio público). Ele está autorizado à defesa de direitos transindividuais de qualquer temática. Essa é uma das razões pelas quais o MP transformou-se no autor da esmagadora maioria das ações civis públicas em nosso país.

Nesse sentido, exsurge ainda o conceito de Ministério Público resolutivo, como decorrência da necessidade de racionalização da atuação da instituição, para fins de atender, de forma eficaz, ao comando constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público resolutivo é um conceito comparativo e obtido por contraste, pois pressupõe uma relação com o Ministério Público demandista, sendo dois perfis de necessária convivência e diálogo recíproco. Para o perfil resolutivo ministerial, o Poder Judiciário, assume a última *ratio*, visto que a composição prévia e extrajudicial dos conflitos ou de eventuais violações à lei pelo Ministério Público se insere no plano de ação resolutiva como a *prima ratio*, evitando assim a propositura de demandas judiciais em relação às quais a resolução extrajudicial é a mais indicada.

No bojo da atuação resolutiva, recomenda-se a realização periódica de audiências e de consultas públicas, a instauração de procedimento de investigação (procedimento preparatório ou inquérito civil) tanto para coleta das informações como para alicerce de medidas sanadoras de ilegalidades e de responsabilização, ou até mesmo para evitar perseguições arbitrárias e substrato fático, e, uma vez, constatadas as irregularidades, prima-se pela expedição de Recomendação, pela celebração de Termo de Ajustamento de Conduta e de Acordos de não perseguição cível, com a priorização da atuação em tutela coletiva em detrimento da individual, quando conveniente. No âmbito criminal, a resolutividade prima pela priorização dos institutos da “*Justiça Penal Negociada*”: transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não perseguição penal (ANPPA), respectivamente, previstos nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9099/95 e no Código de Processo Penal, art. 28-A.

É importante ressaltar, nesse passo, que existe ainda um movimento de racionalização da atuação ministerial seja na qualidade fiscal da lei seja na qualidade de garantidor dos direitos fundamentais. Não se constitui uma tentativa de se furtar da tarefa constitucional dirigida ao órgão ministerial, ao contrário, pretende-se direcionar a atividade finalística aos verdadeiros contornos constitucionais, fortalecendo a instituição e permitindo uma atuação mais condizente com a sua função social.

Como consabido, o art. 178 do Código de Processo Civil editado em 2015 traz as hipóteses em que haverá intervenção obrigatória do Ministério Público, ressaltando que a presença da Fazenda Pública em juízo não configura, por si só, caso de atuação do Parquet.

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Quanto à atuação do Ministério Público diante de demandas judicial que lhe são postas, na qualidade de fiscal da lei:

Deve o Ministério Público, então, zelar apenas pelo interesse público que se apresenta como mais relevante, porque relevantes são suas incumbências constitucionais. Assim, se ao Parquet incumbe \"a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis\", apenas o interesse público qualificado

deve merecer sua fiscalização no processo civil, sob pena de um perigoso desvirtuamento da missão constitucional da Instituição, que parece ser a de autêntica alavanca, procurando sempre a efetiva aplicação da lei para propiciar o fortalecimento do Estado de Direito e a pacificação social.^[5]

Dito isto, expostos as principais atribuições, o fundamento e as tendências do Ministério Público brasileiro, passa-se a analisar os aspectos gerais das contratações públicas e da recente lei federal n.º 14.133/2021.

4. ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO E DA LEI FEDERAL N.º 14.133/2021

Em sequência, convém pontuar que a licitação é o procedimento administrativo obrigatório que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, para fins de contratação de obras, serviços, compras e alienações, em igualdade de condições a todos os concorrentes. Para tanto, traz-se à colação a regra geral insculpida no art. 37, XXI, da Lei Fundamental, que estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, fixados no *caput* do artigo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - 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. (g.n.)

A renomada jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresente o seguinte conceito de licitação:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. Ao falar-se em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração.^[6]

Convém consignar que a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei Federal 14.133/2021), foi editada com base no art. 22, XXVII, da CF/88, isto é, na competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, transcrito abaixo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A licitação, como instituto do Direito Administrativo e com previsão constitucional, deriva dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, nos termos do art. 5.º, caput, do art. 37, caput, e seu inciso XXI, da Constituição Federal, e tem por finalidade assegurar o legítimo interesse público nas contratações, de modo a evitar quaisquer excessos e desvios de poder, potencialmente prejudiciais ao erário. Nesse esteio, o art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, com vistas a complementar o arcabouço principiológico constitucional, elenca ao total dezessete princípios setoriais das licitações e contratações administrativas, *in verbis*:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Percebe-se que o dispositivo apresenta os princípios gerais do Direito Administrativo elencados pelo art. 37, da CF/88, como os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência. Inova, porém, ao trazer expressamente princípios que antes eram implícitos em nosso ordenamento jurídico, mas amplamente reconhecido pela prática administrativa de contratações e pela jurisprudência, a saber: princípios do interesse público, da probidade administrativa, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade e da economicidade.

Além da função de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, faz-se mister ainda mencionar a função regulatória da licitação, a qual corresponde à ideia de que a licitação pode ser utilizada como instrumento de intervenção estatal indireta na economia, para regular mercados em favor da concretização de outros interesses públicos, como o incentivo à inovação, ao desenvolvimento nacional sustentável, à redução das desigualdades de gêneros e à promoção de ações afirmativas em prol de grupo vulneráveis, como a população carcerária e as pessoas com deficiência. Com a Lei nº

14.133/2021, é possível notar um avanço na função regulatória das contratações públicas^[7]. Nesse sentido, o art. 11 da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos positivou novos objetivos do processo licitatório, a fim de corroborar a função regulatória do processo licitatório. Vejamos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Em princípio, a teor dos referidos comandos constitucionais genéricos de “*licitação e contratação*” e de “*obras, serviços, compras e alienações*”, toda e qualquer forma de contratação administrativa deve se submeter à Lei Federal nº 14.133/2021. Seguindo a linha traçada pela Constituição Federal, a Lei de Licitações estabelece logo no art.2º a delimitação da normal geral:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Por outro lado, a própria lei Federal nº 14.133/2021 traz um rol de exclusões de sua aplicação^[8].

Na qualidade de procedimento administrativo, a licitação é composta por diversas etapas. A doutrina administrativista sempre defendeu a existência de duas grandes fases na licitação: (i) interna, dentro do órgão ou entidade licitante, indo até a publicação do instrumento convocatório; (ii) externa, iniciando-se com a publicação do ato de convocação dos licitantes e terminando com a adjudicação e homologação do certame. Foi somente com a Lei Federal nº 14.133/2021 que o legislador consignou expressamente das duas fases, a “fase preparatória”, correspondente à doutrinariamente conhecida fase interna, após a qual segue um conjunto de outras fases que podemos chamar de “competitiva”, fase externa da licitação, em rol do art. 17^[9], divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances, quando for o caso; julgamento; habilitação; recursal; e homologação.

4.1. DO CONTROLE INTERNO DA LICITAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO

O controle interno exercido pela Administração Pública reexamina a legalidade e o mérito dos atos administrativos por ela mesmos editados,

anulando-os quando ilegais - ou convalidando-os- e revogando-os se inoportunos e inconvenientes, decorrendo da hierarquia administrativa (por subordinação) ou da tutela administrativa (por vinculação).

A Nova Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) cria capítulo específico para tratar das formas de controle preventivo e de gestão de riscos das contratações públicas, pelo sistema de controle interno da Administração Pública, dividindo-as em três linhas de defesa:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

(...)

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

Da simples leitura dos incisos do dispositivo acima, o legislador infraconstitucional instituiu o modelo tripartite de controle interno das contratações públicas, amplamente reconhecido pela prática administrativa e pela doutrina administrativista, envolvendo, de maneira cooperativa e sistemática, os agentes responsáveis pelo processo de licitação (1ª linha), as unidades de supervisão e de controles internos setoriais (2ª linha) e o órgão de auditoria ou controle interno da Administração Pública (3ª linha).

Os órgãos de controle deverão avaliar os atos praticados no âmbito da licitação e/ou da execução do contrato com base nos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e de risco, e adotarão as medidas necessárias não só à apuração das ilegalidades, mas também ao saneamento da irregularidade, admitindo-se, por oportuno, a suspensão cautelar do processo licitatório. Acrescenta ainda que, em caso de constatação de dano à Administração, remeter-se-á ao Ministério Público cópias dos documentos para a apuração de ilícitos de sua atribuição.

Como consabido, o art. 115 da Nova Lei Geral de Licitações traz regra genérica e intuitiva acerca da responsabilidade das partes contratantes:

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Em caso de infração administrativa por parte do licitante ou do contratado (pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas)^[10], as quais ensejam a aplicação de sanções, o art. 155 da Lei nº 14.133/21 elenca um rol de infrações que podem ser agrupadas da seguinte forma: aquelas que incidem durante a execução do contrato (incisos I a III do art. 155); aquelas que dificultam a superação da fase documental do certame público (incisos IV a VIII do art. 155) e; aquelas que incidem em hipóteses de conduta desidiosa e/ou fraudulenta na execução (incisos IX a XII do art. 155).

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

[...]

§ 9º A aplicação das sanções previstas no caput deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Saliente-se que a aplicação das sanções administrativas previstas no art. 156 (advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e de declaração de idoneidade) não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública, podendo os seus efeitos serem estendidos para administradores, sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou a empresa coligada ou controladora.

4.2. RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS DO ENTE LICITANTE E CONTRATANTE

Enquanto *longa manus* do Estado, a noção de agente público é bastante ampla, abrangendo toda e qualquer pessoa que atue em nome do estado, independentemente de com ele estabelecer vínculo jurídico específico, mesmo que sem remuneração e de forma transitória, sendo essa a concepção firmada no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal no 8.429/92) também encampa esse conceito amplo de agente público, prescrevendo se tratar de “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função (...)*”, assim como a Nova Lei Geral de Licitações (art. 6º, inciso V, da Lei nº 14.133/21), que considera como agente público o “*indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública*”. E, por fim, no mesmo sentido, o Código Penal, cujo art. 327 estabelece que “*considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública*”. [\[11\]](#)

Nos termos do art. 121 da Lei Federal nº 8.112/90, o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. No âmbito administrativo disciplinar, segundo a lei

em comento, a responsabilidade do servidor pode decorrer de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros, sendo passível de sujeição às sanções administrativas, como advertência, suspensão, demissão, destituição ou cassação de aposentadoria, conforme a gravidade do ato e o regime jurídico do agente público.

Por sua vez, a responsabilidade civil dos agentes públicos nas licitações públicas encontra supedâneo no art. 37, § 6º, da CF/88, que estabelece que:

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.

Depreende-se do dispositivo constitucional que o §6º do art. 37 da CF/88, além de estabelecer, com base na teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados por seus agentes quando atuarem nessa qualidade, independentemente de culpa ou dolo, estabelece o dever de o Estado, após a reparação do dano, cobrar do agente causador do dano os valores despendidos, desde que comprovado o dolo ou culpa na sua atuação, o que a doutrina denomina “*Direito de regresso*”.

Importante destacar que as responsabilidades civil, penal e administrativa são relativamente independentes entre si e poderão ser cumuladas. Diz-se “*relativamente independentes*” porque,

excepcionalmente, haverá interferência entre as diferentes esferas de responsabilidade no caso de absolvição criminal pela negativa do fato ou da autoria, devendo, então, ser afastada a responsabilidade nas esferas administrativa e civil (art. 126, da Lei Federal nº 8.112/90). A *contrario sensu*, a absolvição criminal por insuficiência de provas ou por qualquer outra razão não interfere nas demais esferas.

Entretanto, a responsabilidade do servidor público não se limita às esferas civil, penal e administrativa. Isto porque vige no ordenamento jurídico nacional um sistema multinível de responsabilização do agente público, que se diferenciará pelo órgão julgador, pelo ato imputado (atos ilícitos, atos culposos e atos dolosos), pelo elemento subjetivo da conduta (culpa, dolo, fraude), pela natureza da responsabilidade (subjetiva, objetiva, por omissão), e pela norma jurídica violada.

Nessa linha, dispõe Fernanda Marinela:

Importante registrar que as irregularidades praticadas no âmbito das licitações e contratos irão ensejar responsabilidades diversas, quais sejam: responsabilidade administrativa prevista nas próprias leis de licitações, responsabilidade administrativa funcional, responsabilidade civil por dano ao erário, responsabilidade criminal, responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Além destas, poderão ainda responder perante os Tribunais de Contas. São responsabilizados não somente os agentes públicos, mas, também, a depender das condutas, as pessoas jurídicas e seus representantes, conforme iremos tecer breves comentários a seguir^[12].

Dito isto, a responsabilização do agente público pode envolver a (i) responsabilidade administrativa prevista nas próprias leis de licitações, a (ii) responsabilidade administrativa funcional, (iii) a responsabilidade civil por dano ao erário, (iv) a responsabilidade criminal, (v) a responsabilidade por atos de improbidade

administrativa, a (vi) responsabilidade perante os Tribunais de Contas, e a (vii) responsabilidade por ilicitude político-administrativa (crime de reponsabilidade).

5. DO CONROLE EXTERNO DA LICITAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO PROMOVIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Por força das disposições do poder constituinte originário, o Ministério Público se revela guardião do erário e dos direitos fundamentais no âmbito de suas atribuições constitucionais, legais e institucionais, ao exercer o controle externo dos atos administrativos praticados tanto pelos agentes públicos do ente contratante quanto dos licitantes e contratados, à luz do sistema multinível de responsabilização do agente público do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, especialmente em caso de omissão total ou parcial dos agentes de controle interno da Administração Pública, exsurge o poder-dever do ente ministerial de apurar as responsabilidades legais de agentes públicos e particulares (pessoa física e pessoa jurídica) envolvidos em violação às normas jurídicas do processo licitatório, e de promover a sua responsabilização na esfera judicial. Para tanto, discorre-se a seguir acerca dos principais diplomas infraconstitucionais que conferem legitimidade ao Ministério Público para instaurar processos judiciais.

5.1. LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/2013)

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, se insere a um só tempo tanto na sistemática de controle interno quanto de controle externo das contratações públicas, este a cargo do Ministério Público.

Isto porque as pessoas jurídicas, que atuaram de forma fraudulenta na licitação, podem ser responsabilizadas, inclusive objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, seja em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais, tais como seus dirigentes, administradoras ou qualquer pessoa autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Não por outra razão o art. 155, inciso XII, da Nova Lei Geral de Licitações previu que praticar atos previstos na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) no curso da execução de contrato firmado entre o Poder Público e o particular enseja igualmente a aplicação de sanções (advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e de declaração de idoneidade), que *“serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos”* na Lei Anticorrupção^[13].

Para fins elucidativos, colaciona-se as hipóteses de atos lesivos previstas na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), no tocante às contratações públicas:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

A Lei Anticorrupção reforça o papel do Ministério Público como agente de proteção do patrimônio público, por lhe atribuir a legitimidade concorrente de perquirir a responsabilização judicial de natureza cível da pessoa jurídica infratora e a legitimidade subsidiária de provocar em juízo a responsabilização administrativa, em caso de omissão das autoridades administrativas. Vejamos:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infradoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

(...)

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa

Não se pode olvidar que, com as pessoas jurídicas, pode ser celebrado o acordo de leniência disciplinado no Capítulo V, do diploma em comento. Em razão da ausência de previsão legal acerca da

legitimidade do Ministério Público para propor e celebrar o acordo de leniência, e de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a recomendação é que seja celebrado conjuntamente com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Por fim, o artigo 30 da Lei anticorrupção expressamente determina que:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

5.2. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos, enquanto diploma regulamentador do comando constitucional pertinente. Na esteira da intenção do legislador constituinte, que estabeleceu, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, previu-se, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

É cediço que o ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “*ilegalidade qualificada pela prática de corrupção*” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo (i) obter vantagens materiais indevidas e/ou (ii) gerar prejuízos ao patrimônio público e/ou (iii) ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública, caracterizada esta hipótese, por uma das condutas previstas em rol exaustivo, do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

O direito à probidade administrativa é um direito público subjetivo pertencente à coletividade, vindicável pelo *parquet* através da propositura da Ação de Improbidade Administrativa em defesa do patrimônio público e social se encontra cabalmente sedimentada nos artigos 127, “*caput*”, e 129, inciso III, da Magna Carta, c/c art. 17 da Lei Federal n. 8.429/92, e vindicável também pela Fazenda Pública do ente lesado, após a Suprema Corte firmar que os entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor Ação de Improbidade Administrativa e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos,

declarando inválidos os dispositivos da Lei nº 14.230/2021, que conferiam ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para a propositura das ações por improbidade e para a realização dos acordos de não persecução cível.^[14]

No mesmo sentido, leciona Wallace Paiva Martins Júnior:

(...) o direito à moralidade administrativa é direito público subjetivo, cujo titular é a coletividade indivisivelmente considerada, que pode exigir seu cumprimento da Administração Pública. Para efeito da disciplina interna desta, a moralidade administrativa impõe aos seus agentes a sua observância, aparecendo como um dever inerente ao desempenho de qualquer função ou atividade pública.^[15]

A Lei 14.230/2021 promoveu uma série de mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, que, em geral, flexibilizaram, o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa^[16].

Apesar da alteração da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/21, inserindo o art. 3º, § 2º, dispondo que as sanções da LIA não se aplicam à pessoa jurídica caso o ato de improbidade também seja sancionado como ato lesivo pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), é importante mencionar que ainda assim se aplica a Lei de Improbidade Administrativa. Tanto que a própria Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 12, § 3º, ao tratar das sanções, destaca que *"na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades"*, e em seu art.12, § 7º, da LIA, dispõe que *"As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de*

2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem.”.

Considerando os posicionamentos mais recentes dos Tribunais superiores, pode-se concluir que os agentes políticos (prefeitos, vereadores, deputados federais e estaduais), com exceção do presidente da República, encontram-se sujeitos a duplo regime sancionatório, aplicando-se a Lei de Improbidade Administrativa em relação aos atos de improbidade e leis específicas relativamente aos crimes de responsabilidade, a exemplo daqueles previstos na Lei 1.079/1950 e no Decreto-Lei 201/1967, em virtude da autonomia das instâncias.^[17]

A seu turno, faculta-se ao Ministério Público postular judicialmente a indisponibilidade dos bens e valores dos envolvidos, nos termos do art. 16, da Lei 8.429/92, e o afastamento dos agentes públicos, se a medida se mostrar necessária à instrução processual e/ou para evitar a iminente prática de novos ilícitos, com fulcro no art. 20, § 1º, da LIA. Pode-se como mencionado, nos casos em que se mostrarem cabíveis e autorizados pela norma, haver a proposta de acordo de não persecução cível extrajudicial (ANPC) aos envolvidos, nos termos do art. 17-A da Lei de Improbidade Administrativa.

As sanções civis previstas na Lei Federal n. 8.429/92 incluem: (i) ressarcimento integral do dano; (ii) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa civil; (vi) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

ou incentivos fiscais ou creditícios.

Por fim, imperioso destacar que, ainda que a pretensão de aplicação das sanções decorrente da lei de improbidade administrativa esteja prescrita, a pretensão poderá cingir-se ao ressarcimento ao erário somente, desde que se comprove que o dolo ou culpa do agente público e a lesão ao erário, tudo com fundamento no art. 37, §5º, CF/88, já que se trata de pretensão imprescritível.

5.3. LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI N.º 7.347/85)

A legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público e social, relacionada às contratações públicas, em face de agentes públicos, pessoas jurídicas públicas e privadas, e pessoas naturais se encontra cabalmente sedimentada pelas suas atribuições constitucionais (arts. 127, 129, III, da CF/88), legais (art.1º, IV, e 5º, I, da lei n.º 7.347/85; art.82, I, da lei n.º 8.078/1990) e institucionais (art. 25, IV, alínea “a”, da LONMP)^[18]. A Ação Civil Pública poderá ainda ser precedida de Inquérito Civil, o qual se trata de procedimento preparatório para a colheita de dados que permitam a formação da convicção do representante do Ministério Público para o ajuizamento responsável da ação judicial.

Dentre as diversas funções institucionais do Parquet, o art. 129, III, da Constituição Federal, preconiza “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. O art. 25, inc, IV,

alínea “a”, da Lei Orgânica nº 8.625/93 estabelece, por sua vez, que:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV – Promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) Para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Quanto à legitimidade passiva, embora a lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) não tenha apresentado um rol taxativo para os sujeitos passivos como assim fez para os sujeitos ativos, a doutrina e a jurisprudência perfilham o entendimento a parte passiva serão o dos responsáveis pelos atos que originaram a ação, podendo ser pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou privado.

Os arts. 1º, 3º e 11 da Lei de Ação Civil Pública consagram os objetos da ação, que se resumem aos direitos coletivos lato sensu. O termo “coletivo” é utilizado como gênero, abrangendo o dano moral que viola direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu, direitos individuais homogêneos. Vejamos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII – ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

(...)

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

(...)

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

É entendimento pacífico que na ação civil pública há tutela preventiva e tutela reparatória. A tutela preventiva visa evitar ou interromper a prática do ato ilícito, conseqüentemente, impede-se (ou pelo menos diminui-se) a ocorrência do dano, ao passo que a tutela ressarcitória/reparatória tem por finalidade reparar o dano que já se concretizou. A tutela ressarcitória divide-se em (a) específica, por meio da qual se busca o perfeito adimplemento da obrigação, ou seja, trata-se da reparação do dano *in natura*, por exemplo, ação judicial contra o corte de 50 árvores, com a tutela específica manda-se plantar 50 árvores; (b) genérica, que busca a reparação em pecúnia, quando

não for possível a tutela específica, trata-se das perdas e danos (dano material), sendo imprescindível a prova efetiva do prejuízo patrimonial. Assim, caso se constate danos ao erário, em razão da conduta dolosa ou culposa, também podem ser cobrados os valores do prejuízo ao patrimônio público dos agentes e/ou particulares envolvidos.

É cediço que, para a caracterização dos danos materiais, exige-se a prova efetiva da diminuição patrimonial, ao contrário dos danos morais, que são presumidos pelo evento danoso e que se caracterizam pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo incluída na tutela ressarcitória genérica moral.

Ainda, a situação, conforme vasta jurisprudência, pode ensejar postulação de reparação por dano moral coletivo. Como consabido, o dano moral coletivo é categoria autônoma de dano e se caracteriza por lesão grave, injusta e intolerável a valores e a interesses fundamentais da sociedade, independentemente da comprovação de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, e encontra fundamento no princípio fundamental da reparação integral, elencado nos seguintes dispositivos legais e constitucionais: art. 1º, III; art. 5º, V e X da Constituição Federal art. 6º, VI e VII, do CDC.

De mais a mais, convém pontuar que os danos sociais é uma nova espécie de dano reparável, que não se confunde com os danos materiais, morais e estéticos, e que decorre de comportamentos socialmente reprováveis, que diminuem o nível social de tranquilidade.

Quanto à destinação das indenizações, tratando-se de direitos individuais homogêneos, os destinatários são as vítimas ou os seus sucessores, ao passo que tratando-se de direitos difusos e coletivos, os valores são destinados ao fundo de reparação para os bens lesados, nos termos do art. 13, da LAC:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados

5.4. CÓDIGO PENAL (DECRETO-LEI Nº 2.848/1940)

Convém rememorar que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, tanto na forma incondicionada quanto na condicionada, e encontra fundamento no uso de suas atribuições constitucionais (art. 129, inciso I, da CF/88), legais (art. 24, art. 41 e art. 257, inciso I, todos do CPP), e institucionais (art.25, inciso III, da Lei 8.625/93), podendo ser precedida de Inquérito policial, Procedimento Investigativo Criminal (PIC), ou qualquer outro procedimento de natureza investigativa, que lhe permite apurar elementos de convicção de autoria e materialidade de infração penal.

A Lei nº 14.133/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - em seu art. 178, acrescentou ao Código Penal, entre os Crimes contra a Administração Pública, onze tipos penais – arts. 337-E a 337-P.

Embora a Lei no 14133/21, nos arts. 191 e 193, tenha estabelecido um regime de transição para aplicação da novel legislação, até o decurso

do prazo de dois anos, a contar da publicação – a qual se deu em 01.04.2021, este dispositivo não abrange as alterações concernentes à tutela penal das licitações e dos contratos administrativos. Assim sendo, na data da publicação da nova lei, foram imediatamente revogados os arts. 89 a 108 da Lei no 8666/93, passando a vigor, na mesma data, o Capítulo II-B do Código Penal (Dos crimes em Licitações e contratos Administrativos, inserido no Título XI dos Crimes contra a Administração Pública), modificando as redações dos tipos penais antigos e adequando as suas disposições.

Quanto aos novos tipos penais anteriormente previstos, tem-se, como regra, a incidência da continuidade normativo típica, agora revogadas pela Lei nº 14133/21. Embora tenha havido a revogação dos crimes da Lei no 8666/93, não significa que tenha ocorrido “abolitio criminis” (art. 2º, do CP), uma vez que não está atrelada ao simples fato de ter ocorrido a revogação de um dispositivo penal.

Fazendo a comparação dos tipos penais de ambas as leis (e seus preceitos secundários), percebe-se que a continuidade normativa típica veio acompanhada de um maior rigor punitivo, não retroagindo para alcançar fatos pretéritos. Portanto, para os fatos passados, as normas penais incriminadoras da Lei no 8666/93, serão ultrativas, ou seja, aplicáveis mesmo após suas revogações, pois são mais benéficas aos investigados/acusados (inclusive para fins de capitulação nas denúncias). Vale destacar que todos os crimes da Lei nº 8666/93 eram apenados com detenção, o que impedia o início do cumprimento da pena em regime fechado. Analisando os tipos penais inseridos pela

nova Lei, apenas os arts. 337-I e 337-J continuam apenados com detenção. Nos demais, portanto, é admissível o regime inicial fechado na execução da pena.

Do rol de crimes, a Lei no 14133/21 tipificou uma nova conduta, trazida no tipo penal do art. 337-O, denominado pelo legislador de “Omissão grave de dado ou de informação pro projetista”. Esse tipo penal é de médio potencial ofensivo e tem como bem jurídico tutelado a administração pública no aspecto moral, correspondente à isonomia, moralidade, competitividade e regularidade do processo licitatório, bem como no aspecto material, correspondente à defesa do patrimônio público.

O rol de crimes constantes pela Nova Lei de Licitações – e que fazem parte do Código Penal Brasileiro – são: (i) Contratação direta ilegal; (ii) Frustração do caráter competitivo de licitação; (iii) Patrocínio de contratação indevida; (iv) Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo; (v) Perturbação de processo licitatório; (vi) Violação de sigilo em licitação; (vii) Afastamento de licitante; (viii) Fraude em licitação ou contrato (ix) Contratação inidônea; (x) Impedimento indevido; e(xi) Omissão grave de dado ou de informação por projetista.

6. CONCLUSÃO

Como sabido, a edição do novo diploma de contratações públicas que inaugurou o modelo tripartite de controle interno das contratações públicas, envolvendo os agentes responsáveis pelo processo de

licitação, as unidades de supervisão e de controles internos setoriais, e o órgão de auditoria ou controle interno da Administração Pública, não pôs termo aos atos irregulares, ilícitos e fraudulentos praticados pelos agentes privados e públicos envolvidos na esfera das contratações públicas.

Nesse sentido, a identificação, a sistematização e a simplificação dos ferramentais legais de responsabilização dos atos antijurídicos cometidos pelos agentes públicos e privados ganha importância para o combate às irregularidades nas contratações públicas, que são prejudiciais ao erário e à concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais. Assim, a responsabilização do agente público pode envolver individual ou em concurso a (i) responsabilidade administrativa prevista nas próprias leis de licitações, a (ii) responsabilidade administrativa funcional, (iii) a responsabilidade civil por dano ao erário, (iv) a responsabilidade criminal, (v) a responsabilidade por atos de improbidade administrativa, a (vi) responsabilidade perante os Tribunais de Contas, e a (vii) responsabilidade por ilicitude político-administrativa (crime de reponsabilidade).

O Ministério Público permanece como guardião do Estado Democrático Socioambiental de Direito, inaugurando pela Constituição Federal de 1988, e dos direitos fundamentais no âmbito de suas atribuições constitucionais, legais e institucionais, ao exercer o controle externo dos atos administrativos praticados pelo licitante ou contratante e pelos agentes públicos do ente licitante e contratante,

com base especificamente na Lei Anticorrupção, Lei de Improbidade Administrativa, na Lei de Ação Civil Pública e no Código Penal, na medida em que vige no ordenamento jurídico brasileiro um sistema multinível de responsabilização do agente público e do agente privado, que se diferenciará pelo órgão julgador, pelo ato imputado (atos ilícitos, atos culposos e atos dolosos), pelo elemento subjetivo da conduta (culpa, dolo, fraude), pela natureza da responsabilidade (subjetiva, objetiva, por omissão), e pela norma jurídica violada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade, Adriano, Interesses difusos e coletivos esquematizado. Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade - 6. ed. rev. • atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Disponível em: 31/8/2022. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. RE 976566. Repercussão Geral – Tema 576. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Disponível em: 13/6/2023. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.** Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 18 de setembro de 2024.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes, in FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). Ministério público: instituição e

processo. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1997

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14^a ed. Saraiva Jur. São Paulo, 2020

MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo : Saraiva, 2001

[1] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, fls.1626-1627

[2] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, fl.1627

[3] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

[4] Andrade, Adriano, Interesses difusos e coletivos esquematizado I Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade - 6. ed. rev .• atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, fls.100-101

[5] GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes, in FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). Ministério público: instituição e

processo. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 155

[6] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, fl.755

[7] Em geral, as modificações presentes na lei nº 8.666/93 se mantiveram ou mesmo ganharam mais espaço. O objetivo do “desenvolvimento nacional sustentável” se manteve, bem como as preferências de desempate e possibilidade de margens de preferência a empresas, produtos e serviços nacionais^[6]. Outro exemplo que se manteve foi a dispensabilidade de licitação na contratação de associações de portadores de deficiência, instituições dedicadas à recuperação social de presidiários, e cooperativas de catadores de recicláveis^[7]. Ainda no tocante à inclusão de grupos excluídos, a nova lei traz outros avanços. Enquanto a lei antiga previa que licitantes que cumprissem com reserva legal de vagas para portadores de deficiência ou reabilitados da Previdência Social teriam preferência para desempate, e poderiam obter margem de preferência prevista em edital ^[8], a nova lei passou a prever que tal critério seja pressuposto para a própria habilitação do licitante, ou seja, requisito de participação na licitação^[9]. Além disso, a possibilidade de o edital prever que a mão-de-obra a ser empregada na execução do contrato conte com percentual mínimo de egressos do sistema prisional^[10] não só se manteve na nova lei, como se expandiu também para mulheres vítimas de violência doméstica^[11]. Já no âmbito da regulação ambiental, a nova lei inova ao trazer incentivos à preservação do meio-ambiente e

promoção da sustentabilidade. Passa-se a prever a possibilidade de margem de preferência a bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis^[12], critérios de desempate em favor de empresas que comprovem a prática da ^[13], nos termos da Política Nacional sobre a Mudança do Clima^[14]. No mais, é ressaltada a importância do respeito a normas ambientais nas obras e serviços de engenharia, no que tange à disposição final dos resíduos, à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, à redução no consumo de recursos naturais, à proteção ao patrimônio cultural e ao impacto de vizinhança nos termos da legislação urbanística. Estes são só alguns exemplos. Há outras inovações e avanços na Nova Lei de Licitações de fomento a práticas socialmente desejáveis. Verifica-se dispositivos sobre o desenvolvimento regional de estados e pequenos municípios, benefícios a pequenos empreendimentos como as MEs e EPPs, bem como a *startups*; e regulação concorrencial e anticorrupção.

Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/funcao-regulatoria-de-fomento-das-contratacoes-publicas-na-nova-lei-de-licitacoes> >. Acesso em 09 de setembro de 2024

[8] (i) As empresas estatais, que se submetem exclusivamente à Lei Federal no 13.303/2016 (art. 1º, § 1º), salvo, como visto, quanto às disposições penais, aos critérios de desempate na licitação e à modalidade do pregão; (ii) As contratações realizadas no âmbito de repartições públicas sediadas no exterior, que obedecerão às peculiaridades locais, apenas devendo observar os princípios básicos estabelecidos na Lei, na forma de regulamentação específica a ser

editada por ministro de Estado (art. 1º, § 2º); (iii) licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, que admitirão as condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República, além das condições peculiares previstas em normas e procedimentos dessas agências oficiais e organismos financeiros(art. 1º, § 3º); (iv) Contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil (art. 1º, § 5º); (v) Contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos; (vi) Contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

[\[9\]](#) Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

[\[10\]](#) Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

VIII - contratado: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, signatária de contrato com a Administração;

IX - licitante: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta;

[\[11\]](#) A expressão “funcionários públicos” não possui ressonância na Constituição Federal de 1988, encontrando-se em desuso em razão de sua equivocidade, sem conteúdo definido. Nada obstante, consta ainda de alguns diplomas normativos, como o mencionado dispositivo do Código Penal, enquanto sinônima de “agentes públicos”.

[\[12\]](#) MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 14ª ed. Saraiva Jur. São Paulo, 2020, fl.398

[\[13\]](#) Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e

a autoridade competente definidos na referida Lei.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Disponível em: 31/8/2022. Acesso em 18 de setembro de 2024.

[15] MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 98.

[16] 1) Necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – dolo específico (“vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”), conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 2) É importante destacar que nada obstante as alterações na Lei de Improbidade Administrativa encetarem para tipificação única para cada ato (art. 17, § 10- D), tem-se a possibilidade de ocorrência de várias condutas e, assim, várias tipificações. Ademais, há a possibilidade de tipificações subsidiárias.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. RE 976566. Repercussão Geral – Tema 576. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Disponível em: 13/6/2023. Acesso em 18 de setembro de 2024.

[18] LACP . Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público;

CF Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CDC. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público,

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 2. Ano: 2024.

Submissão em: 16/12/2024

Aprovação em: 17/12/2024

Publicado em: 17/12/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/137/>

Parcelamento do solo urbano: disposições legais, concurso voluntário e entendimento jurisprudencial

Rafael Adachi

Graduado em Direito. Especialista em Direito e Processo Civil. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Prática de Direito Administrativo Avançada. Servidor Público.

Resumo

O presente trabalho aborda as disposições constantes da Lei n. 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, promovendo uma análise dos principais conceitos e institutos dispostos no referido diploma. Ao discorrer sobre os procedimentos atinentes ao processamento do loteamento, define a chamada teoria do concurso voluntário, bem como elenca entendimentos jurisprudenciais acerca da temática tratada.

Palavras-Chave: Direito Urbanístico. Parcelamento do Solo Urbano. Concurso Voluntário.

Abstract

This work addresses the provisions contained in Law no. 6,766/79, which provides for the division of urban land, promoting an analysis of the main concepts and institutes set out in the aforementioned diploma. When discussing the procedures relating to the processing of the allotment, he defines the so-called voluntary competition theory, as well as lists jurisprudential understandings regarding the topic covered.

Keywords: *Urban Law. Subdivision of Urban Land. Volunteer Competition.*

1. PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. LOTEAMENTO E DESMEMBRAMENTO. CONCEITOS, REQUISITOS E VEDAÇÕES.

A Lei n. 6.766/1979 dispõe sobre o estabelecimento de regras, condicionantes, parâmetros, procedimentos e vedações acerca do parcelamento do solo urbano. Trata-se de importante instrumento legal apto a conferir parametricidade ao planejamento e ordenação do território urbano. As disposições contidas no referido diploma legal visam conformar a atuação do Poder Público, bem como dos particulares imbuídos da vontade de promover empreendimentos imobiliários no seio do meio urbano.

O parcelamento do solo urbano pode ser levado à cabo sob duas modalidades: loteamento ou desmembramento. A primeira, conforme enuncia o §1º do art. 2º da Lei n. 6.766/79, é definida como a subdivisão da gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. A segunda, constante do §2º, é conceituada como a subdivisão da gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Verifica-se, portanto, que a diferença essencial entre os institutos do loteamento e do desmembramento encontra-se na inauguração de vias e logradouros. Quando houver referida estreia de novas vias,

estaremos diante de loteamento, ao passo que, o aproveitamento das vias de circulação já existentes dá ensejo à configuração do desmembramento.

Resulta do loteamento ou do desmembramento a formação de lotes, que, nos termos do §4º do art. 2º, pode ser entendido como o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou por lei municipal específica para a zona que se situe.

Hely Lopes Meirelles, acerca da diferenciação entre loteamento e desmembramento, assim dispõe:

O loteamento e o desmembramento constituem modalidades do parcelamento do solo, mas apresentam características diversas: o loteamento é meio de urbanização, e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja sua divisão e a submete à aprovação da Prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas e espaços livres ao Município e alienação dos lotes aos interessados; o desmembramento é apenas repartição da gleba, sem atos de urbanização, e tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação etc.) como por imposição judicial (arrematação, partilha etc.), em ambos os casos sem qualquer transferência de área ao domínio público. (MEIRELLES, p. 490)

Faz-se necessário apontar que a configuração legal do lote demanda a presença de infraestrutura básica dos parcelamentos, exigindo-se a presença de elementos mínimos, quais sejam:

Art. 2º (...)

§ 5º A infra-estrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. [\(Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007\).](#) [\(Vigência\)](#)

Especificamente quanto aos parcelamentos situados em zonas habitacionais de interesse social, a lei suaviza as exigências, determinado:

Art. 2º (...)

§ 6º A infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I - vias de circulação;

II - escoamento das águas pluviais;

III - rede para o abastecimento de água potável; e

IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

A Lei n. 6.766/1979 é clara ao determinar o espectro de abrangência do parcelamento do solo urbano. Nesse sentido, o art. 3º informa que somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em

zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica. Como consectário lógico, portanto, afasta-se a inteligência desse conjunto normativo em zonas rurais.

Além de sua inaplicabilidade às zonas rurais, o parcelamento do solo sofre condicionamentos e vedações para determinadas regiões, seja por seu enquadramento geográfico, seja pela habitabilidade, seja por questões sanitárias. Nesse sentido, é o que prevê o parágrafo único do Art. 3º, que dispõe:

Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

O dispositivo supramencionado elenca restrições legais de loteamento, o que não impede que outras mais sejam previstas e definidas pelo próprio loteador. Destarte, é possível o estabelecimento de restrições convencionais de loteamento, por meio das quais o loteador “estabelece no plano de loteamento, arquiva no registro imobiliário e

transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou”. (MEIRELLES, p. 492).

Essas restrições convencionais acompanham o bem loteado, impondo-se a quem adquire o lote, seja diretamente do loteador ou de algum sucessor, o dever de observância a tais limitações e condicionamentos.

A Lei n. 6.766/1979 também prevê requisitos urbanísticos para o loteamento, como a proporcionalidade das áreas de circulação em relação à densidade de ocupação; lotes com área mínima de 125 metros quadrados e frente mínima de 5 metros, ressalvados os loteamentos de urbanização específica; faixas com nota *non aedificandi* ao longo de faixas de domínio público em rodovias, ferrovias e ao longo de águas correntes e dormentes; e articulação das vias de loteamento com vias adjacentes.

2. PROJETO DE LOTEAMENTO. CONCURSO VOLUNTÁRIO. APROVAÇÃO E REGISTRO.

O art. 8º da Lei n. 6.766/1979 determina que os Municípios cuja população seja inferior a cinquenta mil habitantes e aqueles cujo plano diretor contiverem diretrizes de urbanização poderão dispensar a fase de fixação de diretrizes. Disso decorre que, caso não hajam diretrizes previamente determinadas, o pretendente à realização de parcelamento do solo deverá solicitá-las ao ente municipal, conforme prevê o art. 6º, que impõe ao interessado a entrega à Prefeitura do requerimento e da planta do imóvel, que conterá, entre outros, informações acerca das divisas da gleba, localização dos cursos d’água, indicação de arruamentos e equipamentos urbanos e comunitários e o tipo de uso

predominante a que o loteamento se destina.

Em síntese, o pretendente à promoção do parcelamento do solo urbano, propõe requerimento junto ao ente municipal, com indicações geográficas do local objeto do projeto e das áreas circunvizinhas, e aguarda, por parte do Poder Público municipal, a fixação das diretrizes.

As diretrizes fixadas pelo Município indicarão, nas plantas apresentadas com o requerimento:

Art. 7º. (...)

I - as ruas ou estradas existentes ou projetada, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas;

II - o traçado básico do sistema viário principal;

III - a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público;

IV - as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis;

V - a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.

Parágrafo único. As diretrizes expedidas vigorarão pelo prazo máximo de quatro anos.

Com a entrega de toda a documentação exigida dos particulares, caberá ao órgão municipal a aprovação do projeto de loteamento, e, “uma vez aprovado, a lei exige prazo para execução do projeto, sob

pena de necessitar de nova avaliação junto à Prefeitura”. (CARDOSO, Fernanda Lousada. Direito Urbanístico. 2015. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm).

De acordo com o que prevê o art. 17 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, desde a aprovação do loteamento, ressalvadas as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador. Denota-se, assim, que, os espaços destinados ao Poder Público, após a aprovação do loteamento, somente poderão ser alterados em caso de caducidade da licença, que ocorrerá quando inobservado o prazo para registro imobiliário do projeto, ou havendo desistência por parte do loteador.

Após a aprovação do projeto de loteamento, a lei impõe ao loteador o dever de submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 dias (art. 18 da Lei n. 6.766/1979). Não atendido referido prazo, haverá a caducidade da licença. E, se ainda assim, caducada a licença, o loteador der seguimento à execução do projeto, estaremos diante do que se denomina “loteamento irregular”, ou seja, loteamentos que haviam sido aprovados pela Prefeitura, mas que não foram registrados.

Além da situação acima mencionada, também qualifica como loteamento irregular aquele implementado de modo diverso do aprovado pela Prefeitura, sendo tais condutas tipificadas como crime contra a Administração Pública, de acordo com o art. 50 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

Por sua vez, ainda tratando de vícios que maculam a higidez do processo de loteamento, há o que se denomina “loteamento clandestino”, sendo entendido como aquele levado a cabo sem que haja qualquer manifestação prévia da administração municipal, consubstanciado às ocultas do Poder Público.

Interessante observar, nesse ponto, que a despeito do §1º do art. 40 da Lei n. 6.766/1979 conferir uma faculdade ao ente municipal na regularização desses loteamentos ditos irregulares ou clandestinos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de ser, em verdade, um poder-dever, e não mera facultada da administração pública.

ADMINISTRATIVO. LOTEAMENTO.
REGULARIZAÇÃO. ART. 40 DA LEI LEHMANN
(LEI 6.766/79). ESTATUTO DA CIDADE. DEVER
MUNICIPAL. LIMITAÇÃO ÀS
OBRAS ESSENCIAIS. HISTÓRICO DA
DEMANDA
(...)

19. O art. 40, § 5º, da Lei Lehmann determina que a regularização dos loteamentos deve observar as diretrizes fixadas pela legislação urbanística, sendo **inviável impor ao Município descumprimento de suas próprias leis** (quando, por exemplo, proíbe a ocupação de certas áreas de risco), por conta tão só de omissão do loteador.

20. Evidentemente, ao Poder Judiciário não compete, pois seria um despropósito, determinar a regularização de loteamentos clandestinos (não aprovados pelo Município) em terrenos que ofereçam perigo imediato para os moradores lá instalados, assim como nos que estejam em Áreas de Preservação Permanente, de proteção de mananciais de abastecimento público, ou mesmo fora do limite

de expansão urbana fixada nos termos dos padrões de desenvolvimento local. A intervenção judicial, nessas circunstâncias, faz-se na linha de exigir do Poder Público a remoção das pessoas alojadas nesses lugares insalubres, impróprios ou inóspitos, assegurando-lhes habitação digna e segura - o verdadeiro direito à cidade.

21. Mesmo na hipótese de loteamentos irregulares (aprovados, mas não inscritos ou executados adequadamente), a obrigação do Poder Público restringe-se à infraestrutura para sua inserção na malha urbana, como ruas, esgoto, iluminação pública etc., de modo a atender aos moradores já instalados, **sem prejuízo do também dever-poder da Administração de cobrar dos responsáveis os custos em que incorrer na sua atuação saneadora.**

22. Mais importante que discutir se há discricionariedade ou dever-poder de regularizar loteamentos (e, sem dúvida, dever-poder existe!) é reconhecer que a atuação da Prefeitura não serve para beneficiar o loteador faltoso. Sem falar que vai muito além de garantir os direitos dos adquirentes de lotes prejudicados pela omissão, pois incumbe ao Administrador, também por força de lei, considerar a cidade como um todo e os direitos dos outros munícipes à qualidade urbanístico-ambiental.

(...)

26. **Há um dever do Município de regularizar os loteamentos, inexistindo margem para discricionariedade.** O dever-poder, contudo, não é absoluto, nem mecânico ou cego, competindo à Municipalidade cumpri-lo na forma dos padrões urbanístico-ambientais estabelecidos na legislação local, estadual e federal. Naquelas hipóteses em que os óbices legais não ensejem a regularização, a única solução é a remoção, de modo a garantir habitação digna que respeite as exigências da lei.

(...)

30. Existe o poder-dever do Município de regularizar loteamentos clandestinos ou irregulares, mas a sua atuação deve se restringir às obras essenciais a serem implantadas em conformidade com a legislação urbanística local (art. 40, § 5º, da Lei 6.799/79), em especial à infraestrutura essencial para inserção na malha urbana, como ruas, esgoto, energia e iluminação pública, de modo a atender aos moradores já instalados, sem prejuízo do também dever-poder da Administração de cobrar dos responsáveis os custos em que incorrer a sua atuação saneadora.

(REsp 1164893/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 01/07/2019).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO URBANÍSTICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO. 1. O art. 40 da lei 6.766/79 deve ser aplicado e interpretado à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual. 2. **A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população.** 3. **As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira *contraditio in terminis* a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas.** 4. (...). 5. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento

específico para a sua constituição. 6. Se ao Município é imposta, *ex lege*, a obrigação de fazer, procede a pretensão deduzida na ação civil pública, cujo escopo é exatamente a imputação do facere, às expensas do violador da norma urbanístico-ambiental. 5. Recurso especial provido

**·
(REsp 448216/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma do STJ. DJ 17/11/2003 p. 204)**

Pode-se resumir, em relação a todo procedimento que envolve o loteamento, dois momentos de extrema importância. O primeiro deles ocorre com a aprovação do projeto pela Prefeitura. E o segundo, com o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

6. A esse registro não é equivalente o simples contrato de parceria para estudo da viabilização do loteamento, ainda que celebrado perante tabelião e mediante escritura pública, pois a regra do art. 42 da Lei 6.766/1979 deve ser interpretada conjuntamente com o restante do texto legal, de forma que **a validade do loteamento está atrelada ao registro imobiliário, no prazo de cento e oitenta dias, do projeto de loteamento ou desmembramento devidamente aprovado por órgão público municipal competente (art. 18).**

7. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa extensão, provido.

(Resp 877489/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL, 2ª Turma do STJ. DJ 28/02/2014).

O registro do loteamento junto ao Ofício de Imóveis é requisito legal obrigatório para a higidez de todo o procedimento. A oficialidade desse ato, inclusive, representa o momento no qual as áreas destinadas à afetação pública têm sua propriedade transferida ao ente público.

O art. 22 da Lei n. 6.766/1979 é claro ao estipular que, a partir do registro do loteamento, as vias, praças, espaços livres, áreas destinadas a edifícios públicos e equipamentos urbanos, passam a integrar o domínio do Município.

A doutrina que se debruça sobre os temas afetos ao direito urbanístico trata da teoria do concurso voluntário, que representa, em linhas gerais, na transferência de áreas de natureza privada, sobre a qual incidirão os efeitos do loteamento, ao patrimônio do Poder Público, sendo um requisito legal para se poder criar e aprovar o projeto de loteamento. O concurso voluntário, portanto, representa a transferência de parcela da propriedade privada para o domínio do ente público, onde serão instalados equipamentos públicos e comunitários, construção de edifícios públicos ou vias de circulação.

APROVAÇÃO. ÁREA DESTINADA A UMA PRAÇA. TRANSMISSÃO AO DOMÍNIO PÚBLICO. DOCUMENTO ESPECÍFICO DE DOAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. DECRETO-LEI Nº 58/1937. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. POSTERIOR PERMUTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 2. A aprovação de loteamento pela Administração Pública transfere, automaticamente, os bens destinados ao uso comum ou ao uso especial da municipalidade para o domínio público, independente de registro. Precedentes do STF e do STJ.

STJ, REsp nº 1.137.710-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 21/06/2013

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LOTEAMENTO. REGISTRO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ARTIGO 535, II, CPC. ALEGADA VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

(...)

2. Quanto ao mérito, a questão cinge-se em saber se é dispensável ou não a inscrição no registro imobiliário para a comprovação do caráter público da área cujo loteamento foi aprovado pelo Poder Público. Já é pacífico no STJ o entendimento no sentido de que, independentemente do registro em cartório imobiliário, incorporam-se ao domínio do Município as áreas destinadas ao uso comum, sendo suficiente a aprovação do loteamento.

(STJ, REsp 900873/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 15/10/2010)

Destarte, de acordo com a jurisprudência do STJ, para o fim de garantir a prerrogativa do Poder Público, bem como visando evitar que hajam mudanças no projeto de loteamento que possam ocasionar prejuízos, considera-se como momento da transferência da parcela do loteamento destinado ao Poder Público a partir da aprovação do projeto, independente de registro. Por certo que, tal entendimento, não dispensa a necessária realização do registro, como etapa obrigatória do procedimento de loteamento.

Em apertada síntese, e, considerando todo o procedimento envolvido para o loteamento de área urbana, percebe-se que o empreendedor, enquanto principal interessado em promover o loteamento de uma dada área, deverá seguir as diretrizes estipuladas pela Prefeitura em seu plano diretor ou lei específica, e, caso não existam tais diretivas, caberá solicitar ao ente municipal que as edite. Estabelecidas, portanto, as premissas básicas para loteamento, o interessado submeterá o projeto de loteamento à aprovação do Município, que, assim o fazendo, dará ensejo à imposição ao particular para que promova o registro do loteamento e a execução das obras necessárias à consecução do loteamento.

Conforme visto nos entendimentos jurisprudenciais acima colacionados, com a aprovação do loteamento pela Prefeitura, ocorre a afetação dos espaços destacados no projeto de loteamento destinados ao Município. Assim, consoante as disposições contidas na Lei do Parcelamento do Solo Urbano, os espaços inseridos na área objeto do loteamento e que sejam necessários para atender demandas públicas, tais quais equipamentos urbanos e comunitários, espaços livres de uso comum, vias, praças e áreas destinadas à construção de edifícios públicos, após a aprovação do projeto, serão afetados ao domínio do ente público municipal.

Efetivado o registro, determina a lei (art. 23) que o registro somente poderá ser cancelado por decisão judicial; a requerimento do loteador, com anuência da Prefeitura, enquanto nenhum lote for vendido; ou a requerimento conjunto do loteador e de todos os adquirentes de lotes, com anuência da Prefeitura e do Estado. E, conforme previsto no §1º, os entes públicos somente poderão manifestar oposição ao cancelamento do registro, se disto resultar inconveniente par o desenvolvimento urbano ou se já tiver sido realizado qualquer melhoramento na área loteada.

3. CONCLUSÃO

A Lei do Parcelamento do Solo Urbano representa um relevante instrumento de regência da ordenação territorial urbana, imprimindo orientação técnico-jurídica para a efetivação dos loteamentos e desmembramentos urbanos.

As disposições do sobredito diploma visam conformar e dirigir a atuação de todas as partes envolvidas nos processos de parcelamento do solo, tanto daquela que propõe a execução do projeto urbanístico, quando daquela que o aprova e fiscaliza. Nesse mister, há uma necessária relação de ponderações entre o interesse particular - que busca a divisão da gleba em lotes para futura alienação, e, com isso, o auferimento de lucro, sobretudo porque se apresenta como atividade demasiadamente lucrativa – e o interesse público, que deve orientar a correta execução dos projetos de parcelamento do solo, dispondo sobre as diretrizes básicas como forma de evitar o cometimento de abusos pelo empreendedor.

No que toca ao direito urbanístico, seja quando se discute as disposições do Estatuto da Cidade, ou do Parcelamento do Solo Urbano, ou ainda de normas acerca da Regularização Fundiária, sempre se encontra presente a necessária consideração que se deve fazer acerca do cumprimento da função social da propriedade urbana, conforme enunciam os arts. 5º, XXIII; art. 170, III; e 182, § 2º da Constituição Federal. A promoção de alterações urbanísticas, uma vez que afetam toda uma comunidade inserida em um dado contexto geográfico e social, deve estimular o desenvolvimento da região por meio de investimentos e execução de empreendimentos, mas nunca se desgarrando das balizas administrativas e legais estabelecidas pelo

Poder Público para o correto e necessário atendimento do interesse pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: . Acessado em 15 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acessado em 15 dez. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1164893. Ementa: ADMINISTRATIVO. LOTEAMENTO. REGULARIZAÇÃO. ART. 40 DA LEI LEHMANN (LEI 6.766/79). ESTATUTO DA CIDADE. DEVER MUNICIPAL. LIMITAÇÃO ÀS OBRAS ESSENCIAIS. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 01/07/2019. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/>> Acessado em: 15 dez. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 448216. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 302, III, 331, § 2º, 332, 333, I E II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. ART. 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma do STJ. DJ 17/11/2003 p. 204. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/>> Acessado em: 15 dez. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.137.710. Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LOTEAMENTO. APROVAÇÃO. ÁREA DESTINADA A UMA PRAÇA. TRANSMISSÃO AO DOMÍNIO PÚBLICO. DOCUMENTO ESPECÍFICO DE DOAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. DECRETO-LEI Nº 58/1937. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. POSTERIOR PERMUTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 21/06/2013. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/>> Acessado em: 15 dez. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 900873. Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LOTEAMENTO. APROVAÇÃO. ÁREA DESTINADA A UMA PRAÇA. TRANSMISSÃO AO DOMÍNIO PÚBLICO. DOCUMENTO ESPECÍFICO DE DOAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. DECRETO-LEI Nº 58/1937. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. POSTERIOR PERMUTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 15/10/2010). Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/>>. Acessado em: 15 dez. 2024

CARDOSO, Fernanda Lousada. Direito Urbanístico. 2015. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2024.