

## **ORGANIZAÇÃO:**

JULIA MAURMANN XIMENES

JANETE RICKEN LOPES DE BARROS

HECTOR LUÍS C. VIEIRA

# **GRANDES TEMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP 2016**

## **AUTORES:**

JULIANA MENDES FERNANDES

ANNA BARROSO SANTOS

OSVALDO ANSELMO REGINATO

ÁLVARO GUILHERME DE OLIVEIRA CHAVES

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR

HUGO ASSIS PASSOS

**idp**

INSTITUTO  
BRASILIENSE DE  
DIREITO PÚBLICO

**Organização:**

Julia Maurmann Ximenes

Janete Ricken Lopes de Barros

Hector Luís C. Vieira

**GRANDES TEMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA EDB/IDP –  
2016**

1ª edição

**Autores:**

**Juliana Mendes Fernandes**

**Anna Barroso Santos**

**Oswaldo Anselmo Reginato**

**Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves**

**Antônio Braga da Silva Júnior**

**Hugo Assis Passos**

IDP

Brasília

2016

## **CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA**

### **MEMBROS EFETIVOS:**

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes  
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer  
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto  
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de l'Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrapper
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado
37. Teori Albino Zavascki – IDP/DF

## **Conselho editorial do Ebook**

- 1.** Hector Vieira (EDB/IDP)
- 2.** Janete Ricken Lopes de Barros (EDB/IDP)
- 3.** Julia Ximenes (EDB/IDP)
- 4.** Marcus Firmino Santiago (EDB/IDP)
- 5.** Atala Correia (EDB/IDP)

---

Ximenes, Julia Maurmann (Org.).

Grandes temas de Pós-Graduação da EDB-IDP: 2016. / Organização Julia Maurmann , Janete Ricken Lopes de Barros; Hector Luis Cordeiro Vieira. – Brasília: IDP, 2016.

159 p.

ISBN: 978-85-9534-004-6

1. Políticas Públicas, Mediação. 2. Agêncis Reguladoras. 3. Audiência de Custódia. 4. Crime Ambiental. I. Título. II. Janete Ricken Lopes de Barros III. Hector Luis Cordeiro Vieira.

CDDir 341

---

## APRESENTAÇÃO

**Coordenadores:**

**Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes**

**Profa. Me. Hector Luís C. Vieira**

**Profa. Me. Janete Ricken Lopes de Barros**

A pesquisa em Direito tem sido fomentada e alcançado patamares relevantes como nunca antes. É certo que o aumento dessa amplitude tem dado ao campo jurídico cada vez mais espaço para a produção de boas pesquisas e constituição de novos objetos.

Neste contexto, surgiu a ideia de trazer à comunidade acadêmica os melhores textos apresentados pelos discentes dos cursos de pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP surgiu a partir da necessidade de incentivar excelentes pesquisas e propiciar caminhos de publicação dos esforços intelectuais que culminaram na obtenção do título de especialista dos discentes autores que se apresentarão a seguir.

Os artigos selecionados para compor a edição de 2016 do projeto “Grandes Temas de Pós-Graduação” foram indicados pelo corpo docente da Pós-graduação da instituição e das bancas de TCC (Trabalho de Conclusão de Curso) como sendo trabalhos de alta relevância acadêmica e de destaque substantivo pela composição metodológica e pelo aprofundamento na discussão das matérias a que se propõem.

Esse é um projeto do Centro de Pesquisa do IDP – CEPES que visa integrar as diversas áreas de ensino da instituição, abrangendo cursos presenciais e a distância.

Nessa esteira, o objetivo desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico. Nesta edição, os textos contemplarão discussões como a Mediação como técnica de solução de conflitos, as audiências de custódia, regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, a universalização do abastecimento de água tratada e atuação do Supremo Tribunal Federal.

Desejamos a todos um excelente leitura!

## Sumário

<b>A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA .....</b>	<b>8</b>
<b>JULIANA MENDES FERNANDES.....</b>	<b>8</b>
<b>O NOVO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – OSC’S E A DIRETRIZ DE PRIORIZAÇÃO DO CONTROLE DE RESULTADOS NO ÂMBITO DA LEI 13.019/2014 (ALTERADA PELA LEI 13.204/2015) .....</b>	<b>29</b>
<b>ANNA BARROSO SANTOS.....</b>	<b>29</b>
<b>A UNIVERSALIZAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA: DESAFIOS NAS ÁREAS URBANAS COM ASSENTAMENTOS IRREGULARES.....</b>	<b>61</b>
<b>OSVALDO ANSELMO REGINATO .....</b>	<b>61</b>
<b>A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LIMITES COGNITIVOS E DE ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS .....</b>	<b>97</b>
<b>ÁLVARO GUILHERME DE OLIVEIRA CHAVES .....</b>	<b>97</b>
<b>O (IN)ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....</b>	<b>127</b>
<b>ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR .....</b>	<b>127</b>
<b>ANÁLISE DO JULGAMENTO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA SOB A ACEPÇÃO ARGUMENTATIVA .....</b>	<b>139</b>
<b>HUGO ASSIS PASSOS.....</b>	<b>139</b>

# A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Juliana Mendes Fernandes<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por proposta demonstrar a prática da mediação como política pública de garantia ao acesso à justiça e sua relevância, no âmbito da Defensoria Pública, para a construção de uma cultura de paz. Infere-se a mediação como sendo uma prática de resolução consensual de disputas que possibilita a convergência de uma solução pacífica e eficaz para as partes. Destaca-se que a mediação surge como sendo uma forma de aperfeiçoar o sistema jurisdicional, prevenindo a judicialização das lides, além de proporcionar sua finalidade principal que é o empoderamento entre as partes. Nesse ponto, constatou-se que a mediação não tem por alvo principal desafogar o judiciário, este resultado deve ser visto como decorrência dela. Enfoca-se que a Defensoria Pública, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, pode assumir um papel importantíssimo quanto ao emprego das técnicas de mediação, conferindo aos hipossuficientes o acesso à justiça de forma mais eficaz e exitosa.

**Palavras-chave:** Mediação. Política Pública. Acesso à Justiça. Defensoria Pública.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo apresentar a prática da mediação como política pública de garantia ao acesso à justiça e sua importância no âmbito da Defensoria Pública para a construção da cultura de pacificação de conflitos.

A mediação como meio adequado de resolução de controvérsias surge como oportunidade para o tratamento adequado dos conflitos, tendo como proposta fazer com que os litigantes detenham a capacidade de lidar com seus próprios problemas, buscando o consenso e o restabelecimento da comunicação.

Ademais, confere às partes um olhar para o futuro, em que, por intermédio do diálogo, vislumbram as possibilidades de soluções para a disputa de forma responsável e consciente, na

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mediadora na Defensoria Pública do Distrito Federal. Mediadora no TJDF na Central Judicial do Idoso. Colaboradora na Defensoria Pública do Distrito Federal. Membro da Comissão Especial de Mediação da OAB/DF. Membro fundador da 1ª Delegacia do Fórum Internacional de Mediadores Profissionais (FIMEP). Advogada

busca de soluções que atendam os interesses e as necessidades de todos os envolvidos no conflito.

Nessa esteira, devido aos inúmeros benefícios proporcionados pela mediação, é que esta técnica surge como sendo objeto de política pública.

É preciso reconhecer que a judicialização excessiva dos conflitos está levando à denominada crise do Poder Judiciário. Neste viés, com a sobrecarga de novos processos e ações judiciais, a efetividade do funcionamento da Justiça está cada vez mais ameaçada, haja vista a tamanha demora na prestação jurisdicional.

Diante desse cenário, a busca por mecanismos não jurisdicionais de resolução de conflitos é o meio mais eficaz para aliviar a sobrecarga de processos judiciais. Os benefícios na utilização desses instrumentos autocompositivos como a mediação, além de assegurar a pacificação social, contribui para diminuir o agravamento da crise vivida pelo sistema de justiça.

A partir dessa reflexão, o presente estudo visa apresentar que, a despeito de tantos benefícios promovidos por essa técnica, como a diminuição das demandas processuais, cumpre atender que seu foco principal não é desafogar o Poder Judiciário.

Verifica-se que o propósito maior da mediação, enquanto forma de resolução de conflito, é garantir a satisfação de seus usuários, bem como garantir o acesso à justiça de forma efetiva e equânime, pois através desta política pública, tem-se a oportunidade de reestabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes, proporcionando o empoderamento entre elas.

Ademais, intenciona-se demonstrar que, a Defensoria Pública, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, pode assumir um papel importantíssimo quanto ao emprego das técnicas de mediação, conferindo aos hipossuficientes o acesso à justiça de forma mais eficaz e exitosa.

Desta feita, passa-se a vislumbrar que, a despeito de ser incipiente a atuação da Defensoria Pública na promoção desta política pública, a cultura institucional da mediação já está sendo difundida na prática. Destacam-se, por exemplo, as ações promovidas pela Defensoria Pública do Distrito Federal, a qual vem galgando esforços para a mudança da cultura do litígio e a ampliação do acesso à justiça.

## **1. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS**

A sociedade moderna perpassa por uma crise no seu modelo judicial devido à crescente judicialização dos conflitos. Em razão disso, é crescente a insatisfação quanto à efetividade da prestação jurisdicional, em função da lentidão na tramitação dos processos, ineficiência das decisões e altos custos processuais.

Dessa forma, a mediação, como meio adequado de resolução de conflitos, surge como instrumento que vem possibilitar às partes tratarem adequadamente os conflitos. A sua proposta é fazer que os conflitantes detenham a capacidade de lidar com seus próprios problemas, buscando o consenso e o restabelecimento da comunicação.<sup>2</sup>

A mediação é um meio de restauração da paz social e sua dinâmica conduz as partes à solução consensual da controvérsia, com o auxílio de um terceiro – mediador –, o qual identifica o real sentido do conflito ali trazido, possibilitando que as partes tenham maior consciência do seus interesses e melhor compreensão acerca do conflito que as envolvem. Os mediados têm a oportunidade de expor seus argumentos e interesses de forma mais livre, permitindo a autonomia dos mesmos chegarem a uma solução para os seus problemas.

Muito mais do que pensar apenas como um método para desafogar o Poder Judiciário, a mediação tem sua característica maior em proporcionar o empoderamento das pessoas, ou seja, as partes têm a possibilidade de construir a solução para o conflito, repensar e analisar o problema que as envolve, além de proporcionar o restabelecimento da comunicação e o diálogo ente elas.

Assim, por meio da mediação, as partes, através da reconstrução do diálogo, podem tomar decisões criativas, inovadoras e com ganhos recíprocos. Essa postura traz responsabilidade e o compromisso para o efetivo cumprimento da controvérsia, já que as decisões tomadas são dialogadas e fruto de um consenso.<sup>3</sup>

Nessa esteira, o processo da mediação tem como principal característica gerar um bom resultado para o conflito, recuperando o respeito entre as partes, bem como conscientizando-as dos direitos e deveres e a cooperação de cada indivíduo. As partes são as protagonistas do cenário, pois participam efetivamente do procedimento.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> O consenso significa que toda a comunicação volta-se para o entendimento, compartilhando expectativas, buscando o acordo. (SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como prática comunicativa no tratamento consensuado dos conflitos sociais. BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflito**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012, p. 50).

<sup>3</sup> SALES, Lilia Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – Aprimoramento das discussões conceituais. BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflito**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012. p. 156.

<sup>4</sup> NAPOLITANO, Bruno Diaz. Mediação de Conflitos e Acesso à justiça. In: Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador-Bahia: ed. Juspodivm, 2013, p. 697.

Desse modo, a mediação confere às partes um olhar para o futuro, em que, por intermédio do diálogo, vislumbram as possibilidades de soluções para o conflito de forma responsável e consciente e que atendam os interesses e as necessidades de todos os envolvidos.

## 2. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O SISTEMA JURISDICIONAL

A democratização do acesso à Justiça, instaurada a partir da Constituição Federal de 1988, representou, para a população brasileira, a garantia de se ter um amplo acesso ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, a crescente procura pelo Poder Judiciário ganhou proporção grandiosa, cultivando-se assim a cultura da litigiosidade.

Dessa maneira, com a crescente judicialização dos conflitos, a prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz não está conseguindo corresponder aos anseios da sociedade, vale dizer, garantir um acesso efetivo à Justiça.

Conforme o *Relatório Justiça em Números 2015*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2014 o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos e 28,9 milhões de processos novos registrados.<sup>5</sup>

Dessa forma, chegou-se à conclusão de que, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, e diante da atual produtividade dos magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque de processos. Ressalta-se que a tendência é de crescimento, já que historicamente o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) não supera 100%, ou seja, a entrada de processos é superior à saída.

Percebe-se, portanto, que a crise no sistema judicial brasileiro é latente. Assim, não obstante os esforços dos serventuários da justiça em dar vazão aos processos, o aumento de novos processos é sempre cada vez maior.

Nesse sentido, discorrendo sobre a crise vivida pelo Poder Judiciário, Flávio Caetano aponta que:

Paradoxalmente, embora indicadores como o Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICIBrasil registrem que mais de 80% da população considera o Judiciário moroso e de difícil acesso, a maioria da população brasileira afirma que recorrerá ao Judiciário em caso de conflitos. O resultado do que se pode

---

<sup>5</sup> **Relatório Justiça em Números 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: fevereiro 2016.

chamar de “cultura do litígio” é a existência, segundo dados de 2014, de 92 milhões de processos tramitando nas varas e tribunais do país.<sup>6</sup>

Diante desse cenário, a busca por mecanismos não jurisdicionais de resolução de conflitos é o meio mais eficaz para aliviar a sobrecarga de processos judiciais. Os benefícios na utilização desses instrumentos, como a mediação, além de assegurar a pacificação social, contribui para diminuir o agravamento da crise vivida pelo sistema de justiça.

## **2.1. A gestão dos mecanismos não-adversariais de resolução de conflitos: uma interface com o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário.**

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está diametralmente inserido no art. 5º, XXXV, da CF, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Essa garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário representa a possibilidade de todos provocarem a atividade jurisdicional sempre que houver lesão ou ameaça do direito.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, leciona que:

Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra de juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada.<sup>7</sup>

Todavia, essa normativa constitucional de acesso à justiça através do processo judicial, caminho tradicional de dirimir os conflitos de interesses, consubstanciado por um procedimento rígido e formal, não tem conseguido alcançar a verdadeira justiça e paz social.

Conforme ponderou Fátima Nancy Andrichi:

A busca da paz social via Poder Judiciário, calcada em sentenças, não tem alcançado êxito efetivo, pois não consegue cumprir a ordem constitucional de que todo o processo deve se desenvolver dentro de um tempo razoável de duração.<sup>8</sup>

Para o processualista Marco Aurélio Gastaldi Buzzi:

---

<sup>6</sup> CAETANO, Flávio. **Um marco legal para a mediação no Brasil**. Disponível em: <http://jota.info/um-marco-legal-para-a-mediacao-no-brasil>. Acesso em: fevereiro 2016.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. Malheiros Editores. 5ª edição. p. 123.

<sup>8</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). **Aspectos Atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012. p. 82.

A centralização da jurisdição, no mais das vezes, direciona-se no sentido de promover apenas o acesso formal, desprezando o real alcance à ordem jurídica justa, não ocorrendo, via de regra, no âmbito desses modelos [...].<sup>9</sup>

Assim, o acesso à justiça é muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Poder Judiciário, é um direito humano fundamental, compromissado com a efetividade, a adequação e a tempestividade.<sup>10</sup>

A propósito, no modelo tradicional de jurisdição, em que a solução do conflito existente entre as partes é imposta pelo Estado-juiz, a solução determinada, na maioria das vezes, pode não contemplar a justiça. Haverá sempre um ganhador e um perdedor.

Enfatizando essa questão, Ivan Aparecido Ruiz, ao comentar a sistemática do processo judicial, assevera que:

A atitude desenvolvida nesse contexto é baseada em somente um dos lados, sendo, por isso, negativa. Toda vez que se adota essa teoria do ganha/perde, ela acaba se deteriorando para a teoria do perde/perde, pois o perdedor fatalmente não dará continuidade nas relações, e aquele que foi ganhador nesse primeiro momento, na continuidade pode passar a ser um perdedor. Tem-se, nesse caso, uma solução *adversarial*.<sup>11</sup>

É por isso que o processo judicial não pode ser considerado como único meio de solução. Denota-se que existem outros mecanismos para a solução dos conflitos em que se trabalha favorecendo os dois lados. As próprias partes que chegam a esse resultado, vale dizer, uma legítima solução *não-adversarial*.<sup>12</sup>

Nesse sentido, destaca Daniel Amorim Assumpção Neves que o Estado, por meio da jurisdição, não tem o monopólio da solução dos conflitos. Ressalta que são admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos, sendo a mediação inserida dentre as quatro espécies reconhecidas por nosso direito.<sup>13</sup>

A par disso, pode-se concluir que a garantia do acesso à justiça pode ser auferida por outros mecanismos necessários a preservar a paz social. É por isso que os mecanismos não-

---

<sup>9</sup> BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A mudança de Cultura pela Composição de litígios. **Doutrina**. edição comemorativa, 25 anos/ Superior Tribunal de Justiça. Brasília. 2014. p. 454.

<sup>10</sup> SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de conflitos**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012. p. 55.

<sup>11</sup> RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 282.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 282.

<sup>13</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. Editora Método. 7ª edição. 2015. p. 5.

adversariais de resolução de conflitos, em particular a mediação, vem ganhando grande destaque no cenário jurídico.

Também, nesse sentido, destaca Cândido Rangel Dinamarco que a amplitude da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional não é total e absoluta, nem se aspira a isso.<sup>14</sup>

Dinamarco ressalta que a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado. Ainda de acordo com o jurista:

a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas. Como função estatal, a jurisdição tem conotações próprias, de imperatividade e inevitabilidade, ausentes nos outros meios de solução de conflitos.<sup>15</sup>

Assim, continua Dinamarco:

“[...] a crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos *meios alternativos*, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição.”<sup>16</sup>

Desta forma, dentro dessa perspectiva, depreende-se que a norma que reconhece a inafastabilidade da tutela jurisdicional não veda a utilização de outros meios para a solução do conflito.

Destarte, não há qualquer violação à regra da inafastabilidade, quando as partes buscam solucionar suas controvérsias através de outros equivalentes jurisdicionais, como a mediação.

Lília Maia de Moraes Sales, ao comentar as vantagens da mediação como forte aliada do Poder Judiciário, destaca que:

Para o Poder Judiciário, pelo fato de a mediação, quando soluciona boa parte dos conflitos, desafoga-o de sorte que este poderá, portanto, oferecer à sociedade decisões mais céleres e de maior qualidade. Para a sociedade, representa um meio democrático de solução de conflitos, na medida em que não somente reduz os processos na esfera estatal como incentiva uma transformação cultural, a cultura do diálogo, da solidariedade.<sup>17</sup>

Percebe-se, portanto, que a mediação, como prática não-adversarial de resolução de conflitos, caracterizada a promover a preservação da paz social, emerge como sendo uma forte parceira do Poder Estatal.

---

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. Malheiros Editores. 5ª edição. p. 131.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 137.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 141.

<sup>17</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

## **2.2. A mudança cultural no Judiciário com a priorização dos métodos adequados de resolução de disputas a partir do novo Código de Processo Civil e a atuação da Defensoria Pública na difusão da mediação de conflitos como política pública de acesso à justiça.**

A priorização dos métodos adequados de resolução de conflitos pelo novo Código de Processo Civil significa para o Judiciário uma mudança de paradigma.

A nova codificação processual civil procurou implementar os instrumentos de pacificação, como a mediação, no sentido de não só permitir a desobstrução da máquina judiciária, mas principalmente a busca pela mudança de mentalidade em relação ao conflito, levando as partes a chegarem a um consenso, sem depender da ingerência do Estado.

O novo Código de Processo civil preleciona que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. É o que dispõe o seu artigo 3º, §2º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Ademais, o artigo 3º, § 3º, do novo CPC, procura enfatizar a importância dos mecanismos de solução consensual de disputa, com destaque à mediação, ao determinar que é dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimular a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

Tal perspectiva traduz o papel relevante que as Instituições Públicas, como o órgão Defensorial, terão na disseminação dos métodos de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação.

Nesse particular, para que haja o desenvolvimento da mediação, será necessário difundir sua significação a todos os indivíduos. Nesse passo, mostrar os benefícios dessa medida para a solução do conflito será uma meta a ser buscada cada vez mais.

Dessa maneira, a Defensoria Pública, na promoção da mediação de conflitos, deve ter um papel ativo, não só por ser uma instituição criada para promover a defesa judicial e extrajudicial, mas também por ter o dever de garantir o acesso à justiça daqueles desprovidos de recursos. Diante disso, cumpre à mesma se adequar aos conflitos e formas de resolvê-los, a fim de permitir que seus assistidos alimentem o sentimento de cidadania.<sup>18</sup>

Ademais, o mais importante é compreender que o principal objetivo da mediação não é a redução da judicialização; esse resultado deve ser visto como uma das consequências secundárias.

---

<sup>18</sup> VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO, Michele Cândido. A Defensoria como agente na mediação de conflitos. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**.. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 236.

Salienta-se que a lógica da mediação é pautada no restabelecimento da comunicação entre os indivíduos e na preservação de seus relacionamentos. Nesse sentido, adverte Fernanda Tartuce:

Eis por que se pode considerar a mediação como uma proposta não apenas de solução do conflito, simplesmente, mas, sim, de organização e reformulação da comunicação entre as pessoas. (...) Uma das grandes finalidades da mediação é evitar o acirramento da potencial litigiosidade e, por meio do restabelecimento da comunicação entre os indivíduos, evitar que outros conflitos venham a se instalar sem possível autocomposição pelos contraditores.<sup>19</sup>

Por tudo isso, a atuação da Defensoria Pública na difusão da mediação para a resolução de conflitos deve ser no sentido de conscientizar seus assistidos da importância de assumirem o controle do conflito, favorecendo o empoderamento entre eles, ou seja, que eles próprios cheguem à solução da disputa.

Assim, a difusão dessa política pública de acesso à justiça é uma forma de ampliar os direitos do cidadão. Esse instrumento de pacificação social promove o empoderamento dos indivíduos na construção dos consensos e de uma responsabilidade compartilhada, além de sustentar a participação do cidadão na tomada de decisões, conscientizando-o não só acerca das questões individuais, mas também a respeito das questões coletivas e seus desdobramentos.<sup>20</sup>

Dessa forma, o incentivo da mediação traz a perspectiva de emancipação social, visto que promove a manutenção dos valores do grupo beneficiado pela sua implementação, preservando, assim, a harmonia entre seus integrantes.<sup>21</sup>

Conclui-se, portanto, que à Defensoria Pública, como garantidora do acesso à justiça, cumpre a missão de disseminar os mecanismos de pacificação social como a mediação.

Assim, com a difusão dessa técnica não adversarial de disputa, o reconhecimento e o sentido da cidadania será fomentado, bem como a democratização do acesso à justiça.

---

<sup>19</sup> TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. Método, 2008. p. 232.

<sup>20</sup> RANGEL, Tauã Lima Verdã. A comunidade como *locus* de promoção das práticas de mediação: o empoderamento do indivíduo no tratamento de conflitos. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (org.). **Mediação nas Comunidades e nas Instituições**.. Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/fernandogama/livromediacao.pdf> . Acesso em: fevereiro 2016.

<sup>21</sup> VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO. Michele Cândido. A Defensoria como agente na mediação de conflitos. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**.. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 240.

### 3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROMOÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.<sup>22</sup>

O tratamento conferido à Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado revela o seu importante papel na concretude da garantia do acesso à justiça. Não é sem razão que à instituição ganhou *status* constitucional e foi reconhecida como instituição autônoma.

Nesse sentido, vale aqui destacar a orientação perfilhada pelo Ministro Celso de Melo, ao reconhecer a importância do papel da Defensoria Pública:

A Defensoria Pública, enquanto função permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto de norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição Federal[...].<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do [inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal](#). (Caput com a redação dada pela EC nº 80, de 4-6-2014).

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.903-7 Paraíba. Tribunal Pleno**. DJ nº 177 Divulgação 18/09/2008 Publicação 19/09/2008. Ementário nº 2333-1, p. 65. Acesso em: fevereiro/2016.

Portanto, a Defensoria Pública é uma instituição substancial no sistema de Justiça, encarregada de efetivar o preceito fundamental de acesso à justiça para os menos favorecidos. Além disso, cumpre o papel essencial de garantir o fortalecimento e o respeito à democracia, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, bem como a concretização dos demais direitos fundamentais.

Como bem observa Maria Tereza Aina Sadek:

Defensoria Pública e cidadania são termos de uma mesma equação. O denominador comum é a supremacia da lei e a consequente possibilidade de se efetivar a igualdade - igualdade em direitos civis, políticos, sociais e supra-individuais. A real prevalência da lei é a manifestação da igualdade, é a imposição da lei sobre todos, não importando se rico ou pobre, homem ou mulher, poderoso ou humilde, jovem ou idoso, culto ou iletrado, governante ou governado.<sup>24</sup>

Registra-se, ainda, que recentemente a EC 40/2014 deu mais suporte constitucional à legitimidade da Defensoria Pública, ampliando suas atribuições, ao pontuar, no *caput* do art. 134 da Constituição Federal, que ela tem por mister “a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.”

Diante disso, fica evidente que, ao legitimar a Defensoria Pública para a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos setores mais vulneráveis, estão sendo introduzidas novas atribuições à Instituição, como o uso de mecanismos jurídicos que possam contribuir para a garantia fundamental do acesso à justiça.

Assim, a necessidade de meios alternativos de acesso à justiça é para fazer valer a efetivação dos direitos. O que se pretende, através desses procedimentos de resolução de conflitos, não é somente que as pessoas desprovidas de recursos possam ter acesso à Justiça, mas proporcionar a essa população carente o alcance da verdadeira justiça.

Nesse sentido, discorrendo sobre o tema, Ferreira aponta que:

Não obstante, os problemas de efetividade do acesso à Justiça em sentido amplo, estes podem ser atacados por meio dos mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos. O que se pretende é consolidar uma Justiça, que seja efetivamente igualitária, por meio de mecanismos que venham enfrentar as barreiras limitadoras do acesso à Justiça, com baixos custos, célere e de entendimento mútuo entre as partes.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: A conquista da cidadania. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. (org.) **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Editora Jus Podivm. 2013, p. 19.

<sup>25</sup> FERREIRA, Bruno *et alii*. A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça na América Latina. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. (org.) **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Editora Jus Podivm. 2013. p. 73.

A Defensoria Pública é responsável pela prestação de assistência jurídica àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. É o que estabelece o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Trata-se de uma garantia constitucional que tem por escopo assegurar o direito de acesso à justiça. A finalidade é proporcionar à população mais carente meios necessários para que seus direitos possam ser plenamente efetivados.

Como bem observa Madrid:

O objetivo estabelecido pela assistência jurídica, integral e gratuita, é o de garantir um tratamento digno e, acima de tudo, humanitário para as pessoas desprovidas de recursos financeiros. Dessa maneira, através da assistência jurídica, integral e gratuita, visualiza-se, na medida do possível, a proteção do princípio fundamental da dignidade humana, que vem defendido pela Constituição Federal em seu art. 1º, inciso III.<sup>26</sup>

Dessa forma, a fim de garantir a efetividade e concretude do direito à assistência jurídica, é que a aplicação dos meios consensuais de resolução de litígios, como é o caso da mediação, surge como proposta inovadora de mecanismo a consolidar o acesso à Justiça de forma justa e igualitária.

Não por acaso, a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, cristaliza o entendimento de que uma das funções prioritárias da Defensoria Pública é a promoção da solução extrajudicial dos litígios, por meio de técnicas de composição e administração de conflitos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;

Assim, o referido dispositivo legal orienta a atuação da Defensoria Pública a evitar a judicialização das demandas, vale dizer, consolida o entendimento de que a Instituição deve se pautar preferencialmente na solução dos conflitos por outras vias alternativas além do Poder Judiciário.

É nessa esteira que a Defensoria Pública poder assumir um papel importantíssimo quanto ao emprego das técnicas de mediação.

---

<sup>26</sup> MADRID, Daniela Martins. Assistência Judiciária: Ausência de Efetividade ao Acesso à Justiça. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. Nº 103. Ano 9. Julho/2008, p. 58.

A mediação surge como sendo um meio de aperfeiçoar o sistema jurisdicional, prevenindo a excessiva judicialização das lides, além de proporcionar sua finalidade principal, que é o empoderamento entre as partes, ou seja, que elas próprias possam chegar na solução de seus litígios.

Nesse sentido:

[...] o desenvolvimento de uma política de reforma do sistema de Justiça que tenha por objetivo torna-lo mais célere, eficiente, moderno e, principalmente, acessível não poderia prescindir de ter como meta a disseminação da mediação como mecanismo para a solução de conflitos. [...] (Grifou-se)

Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido, por meio de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação, a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção da solução de forma consensual e, tanto pela forma como pelo resultado, encontram-se satisfeitas.<sup>27</sup>

Ainda endossando tais entendimentos, André Gomma de Azevedo, em artigo publicado pelo site jurídico *Justificando*, ao elucidar sobre a mediação de conflitos como instrumento de consolidação do acesso à justiça, destaca que:

A mediação, além de auxiliar as partes a resolverem suas disputas com elevado grau de satisfação, proporciona a elas um aprendizado quanto as formas apropriadas de resolução de disputas e promove, ainda, uma oportunidade de exercício de empatia até então não encontrado no processo civil ou penal. Os resultados colhidos tanto na mediação privada como na mediação judicial no Brasil demonstram que, após serem submetidas a esse processo autocompositivo, a maioria das partes acredita que a mediação as auxiliará a melhor dirimir outros conflitos futuros e a compreender melhor aqueles com quem o usuário se relaciona com frequência.<sup>28</sup>

Nessa mesma toada de posicionamento, Lília Maia de Moraes Sales e Mariana Dionísio de Andrade, acentuam que:

A mediação auxilia indivíduos a chamar para si a responsabilidade sobre a administração dos próprios conflitos, dotando-os de autonomia e independência no que tange ao melhor modo para resolvê-los. A mediação inclui o cidadão na medida em que o impulsiona a se reconhecer como pessoa

---

<sup>27</sup> **Prefácio do Manual de Mediação judicial**. 2013. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento. PNUD, p. 10.

<sup>28</sup> AZEVEDO, André Gomma de. **A mediação de conflitos como instrumento de consolidação do acesso à Justiça**. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/19/mediacao-de-conflitos-como-instrumento-deconsolidacao-acesso-justica/>. Acesso em: fevereiro/2016.

capaz de participar ativamente do deslinde de suas questões, incentivando o florescer do sentimento de conscientização, fortalecendo-o como indivíduo.<sup>29</sup>

Portanto, a mediação de conflitos significa um instrumento de efetivação da justiça e pacificação social. Percebe-se que tentar resolver o conflito antes da judicialização, além de contribuir para a diminuição de demandas processuais, permite que as próprias partes decidam adequadamente a solução para o conflito.

É preciso reconhecer que a morosidade no judiciário é um dos grandes empecilhos para o acesso à justiça. Pode-se dizer que um dos grandes problemas para a ineficiência ao acesso à justiça é a cultura da litigiosidade, a nossa cultura é de que toda solução de conflitos tem que perpassar pelo processo judicial, ou seja, através de uma sentença.

Conforme enfatiza Kazuo Watanabe:

O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso judiciário é da *solução adjudicada dos conflitos*, que se dá por *meio de sentença do juiz*. É a predominância desse critério vem gerando a chamada “cultura de sentença”, que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de *recursos*, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, com também dos Tribunais Superiores, e até mesmo da Suprema Corte.<sup>30</sup>

Importante salientar que muitas vezes o conflito não termina ao ser proferida uma sentença, a litigiosidade ainda pode continuar se os envolvidos não saírem satisfeitos.

Assim, o emprego da mediação como proposta de resolução consensual dos conflitos é uma das formas de contribuir para que as partes não retornem ao cenário conflituoso.

Desta feita, diante da amplitude de seus benefícios, é que a mediação ganha papel relevante como política pública.

Como bem reporta Didier Jr.:

[...] trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da decisão da construção jurídica que regula as suas relações. Nesse sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. p. 48.

<sup>30</sup> WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4.

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. – Salvador. Ed. Jus Podivm, V I, 2015, p. 273.

Nesse contexto, depreende-se que a *política pública de tratamento adequado dos conflitos*, proporciona aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos, ou seja, o Judiciário Nacional estará realizando um *filtro de litigiosidade* que, ao contrário de barrar o acesso à justiça, assegurará aos jurisdicionados *o acesso à ordem jurídica justa* e, além disso, atuará de modo importante na redução da quantidade de conflitos a serem ajuizados.<sup>32</sup>

Assim, a mediação de conflitos é uma das políticas públicas mais importantes a ser exercida pela Defensoria Pública. Depreende-se que o emprego dessa técnica consensual de resolução de conflitos tende a reduzir sensivelmente a ineficiência da prestação jurisdicional, permitindo aos mais necessitados a efetivação do direito de acesso à Justiça.

Acentua Felipe Kirchner:

A vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos é ontológica e umbilical. Analisar tais técnicas implica em falar, necessariamente, da garantia fundamental de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da CRFB/88 [...] Esta vinculação temática decorre não apenas do fato de que a Instituição foi criada constitucionalmente para a concretização de garantia do acesso à justiça, mas também porque nasceu vocacionada para esse mister, como demonstra o imperativo legal de suas atribuições, previstas no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94 (com redação dada pela LC 132/09).<sup>33</sup>

Porém, a despeito de tantos benefícios promovidos por essa técnica, como a diminuição das demandas judiciais, cumpre atentar que seu propósito maior não é esse, mas sim garantir a satisfação de seus usuários na resolução do conflito, bem como também o acesso à justiça de forma efetiva e eficaz.

Salienta-se que, através desta política pública, tem-se a oportunidade de reestabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes, proporcionado o empoderamento entre elas, vale dizer, as próprias partes encontram a solução para o conflito.

Como bem observa Mariana Marion Spengler:

O que se propôs é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. Pretendeu-se “discutir/fazer mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz,

---

<sup>32</sup> WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4-5.

<sup>33</sup> KIRCHNER, Felipe. Os métodos autocompositivos na Nova Sistematização Processual Civil e o Papel da Defensoria Pública. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, out./2015.p. 211-212.

proporcionando às partes a reaproximação do problema, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis.<sup>34</sup>

Em evento da ONU, o Ministro Lewandowski destacou que a mediação é política de Estado. De acordo com ele, o método tem três propósitos:

resolver o acervo do Poder Judiciário, que já alcança a marca de 100 milhões de processos, segundo estatísticas do CNJ; empoderar o cidadão para que possa ele próprio encontrar o caminho para a solução das suas controvérsias e pacificar as partes envolvidas nos conflitos. “Nosso objetivo é transformar a sociedade ao substituir a cultura do litígio pela de paz”, afirmou.<sup>35</sup>

É notável que, no campo prático, a atuação das Defensorias na promoção desta política pública ainda é, de modo geral, muito incipiente. Todavia, algumas ações de promoção ao uso da mediação já podem ser encontradas.

Nesse contexto, imbuído dessa premissa de difundir a prática da mediação, é que a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) tem galgado esforços para o implemento dessa técnica de resolução de conflitos.

Em fevereiro de 2013, foi criada a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis), em Brasília, da qual participam a Secretaria de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF).<sup>36</sup>

Com a Camedis, a Defensoria, que antes priorizava a abertura de processos na Justiça, passou também a buscar soluções extrajudiciais para os conflitos, por meio da prática da mediação.

Segundo a chefe do Setor de Judicialização da Secretaria de Saúde, Patrícia Paim, um ano após a implementação da Camedis, registraram-se acordos em 85% nas audiências de mediação.<sup>37</sup>

Através desse acordo de cooperação, é possível visualizar que investir na prática da mediação extrajudicial é a melhor solução. O paciente tem a possibilidade de ter o medicamento

---

<sup>34</sup> SPENGLER, Mariana Marion. A crise da Jurisdição e a cultura da paz: A mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar os conflitos. **Revista da Ajuris / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Ano 26, n. 75 (set. 1999). Porto Alegre: AJURIS, 1999. p. 134.

<sup>35</sup> **Mediação é política de Estado, diz Lewandowski em evento da ONU**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/mediacao-politica-estado-lewandowski-evento-onu>. Acesso em: fevereiro 2016.

<sup>36</sup> Defensoria Pública do DF e Secretaria de Saúde criam Câmara de Mediação. Disponível em: [http://dp-  
df.jusbrasil.com.br/noticias/100365114/defensoria-publica-do-df-e-secretaria-de-saude-criam-camara-de-  
mediacao](http://dp-df.jusbrasil.com.br/noticias/100365114/defensoria-publica-do-df-e-secretaria-de-saude-criam-camara-de-mediacao). Acesso em: agosto/2016.

<sup>37</sup> Prática da Mediação é adotada para conter a judicialização da saúde no DF. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79356-pratica-da-mediacao-e-adotada-para-conter-a-judicializacao-da-saude-  
no-df](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79356-pratica-da-mediacao-e-adotada-para-conter-a-judicializacao-da-saude-no-df). Acesso em: agosto/2016.

ou o tratamento pleiteado com mais rapidez. Essa boa prática, com a escuta atenta das necessidades apresentadas, pode contribuir para a construção da cidadania de quem busca ter seu direito acolhido.

Outra importante atuação da DPDF é a sua parceria com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) junto à Central Judicial do Idoso (CJI). A CJI atua no acolhimento aos idosos do DF que têm seus direitos ameaçados ou violados e que necessitam de orientação na esfera da Justiça.

Em abril de 2014, foi criado o Núcleo de Mediação do Idoso, destinado especificamente à realização da mediação para solução de conflitos relacionados aos cuidados, a questão financeira, a convivência familiar, dentre outras temáticas. Desse Núcleo participa a DPDF que acompanha o idoso nos esclarecimentos jurídicos, bem como ajuda o assistido a entender as vantagens jurídicas e sociais de um eventual acordo.

Ainda com o objetivo de desenvolver a mediação, recentemente, a Defensoria Pública do Distrito Federal, por intermédio da Escola de Assistência Jurídica da Defensoria (Easjur), promoveu o curso de mediação, capacitando mais de 20 servidores para atuarem como mediadores em seus núcleos, o que demonstra o completo engajamento dessa prática colaborativa dentro do órgão.<sup>38</sup>

A partir destas experiências, pode-se verificar concretamente que a cultura institucional da mediação já está sendo difundida na prática. O Defensor Público e os demais servidores da Instituição, têm a missão de transformar a cultura de litígio, ao estimular a prática dessa forma negociada de resolução de disputas.

Pode-se inferir que os processos de soluções consensuais de conflitos, em especial a mediação, constitui relevante instrumento de cidadania, possibilitando um efetivo acesso do cidadão à justiça, sendo evidente que universalizar o acesso à justiça, não mais se representa como o mero acesso formal ao Judiciário.

É forçoso reconhecer, portanto, que a Defensoria Pública na busca pela concretização do acesso à Justiça, tem por *mister* fomentar a prática da mediação de conflitos, haja vista que, por meio do acesso a este mecanismo, não só proporcionará a diminuição da judicialização, como também, e principal propósito, disseminará a cultura da paz e a inclusão social.

---

<sup>38</sup> Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/?p=21092>. Acesso em: agosto/2016.

## CONCLUSÃO

Por meio deste artigo, foi possível verificar a prática da mediação como instrumento de efetivação da justiça e pacificação social e sua importância como política pública de acesso à Justiça no âmbito da Defensoria Pública.

Refletiu-se que a mediação é uma prática consensual de resolução de conflito que possibilita a convergência de uma solução pacífica e eficaz para as partes.

Nessa esteira, a mediação surge como sendo um método de auxílio, haja vista que, através dessa técnica, as partes podem lidar melhor com suas controvérsias, proporcionando uma maior conscientização de seus direitos e valores.

Foi possível verificar que devido à crescente judicialização dos conflitos, a prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz não está conseguindo corresponder aos anseios da sociedade, vale dizer, garantir um acesso efetivo à Justiça.

Assim, o incentivo pelo uso de métodos consensuais de solução de litígios como a mediação vem para aprimorar a atuação do Estado na resolução dos litígios, e, conseqüentemente, diminuir a insatisfação do usuário quanto ao acesso ao judiciário.

Restou demonstrado que a mediação surge como sendo um meio de aperfeiçoar o sistema jurisdicional, prevenindo a judicialização excessiva, além de proporcionar sua finalidade principal, que é o empoderamento das partes, ou seja, que elas próprias possam chegar à solução de seus litígios.

Constatou-se que a mediação não tem por alvo principal desafogar o Poder Judiciário. O resultado disso deve ser visto como decorrência dessa técnica.

Verificou-se que o propósito maior da mediação é garantir a satisfação de seus usuários, bem como garantir o acesso à justiça de forma efetiva e equânime, pois, através desta política pública, tem-se a oportunidade de reestabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes, proporcionando o empoderamento entre elas.

Depreendeu-se que a mediação de conflitos é uma das políticas públicas mais importantes a ser exercida pela Defensoria Pública. Salientou-se que essa medida tende a reduzir sensivelmente a ineficiência da prestação jurisdicional, permitindo aos mais necessitados a efetivação do direito de acesso à Justiça.

Inferiu-se que a despeito de ser incipiente a atuação das Defensorias na promoção desta política pública, a cultura institucional da mediação já está sendo difundida na prática.

Destacou-se, as experiências positivas praticadas pela DPDF, a qual tem galgado esforços para o implemento dessa técnica.

Por tudo isso, concluiu-se que, os processos de soluções consensuais de conflitos, em especial a mediação, constitui relevante instrumento de cidadania, possibilitando um efetivo acesso do cidadão à justiça.

Desta feita, a Defensoria Pública, na busca pela concretização do acesso à Justiça, tem por *mister* fomentar a prática da mediação de conflitos, haja vista que por meio do acesso a este mecanismo, não só proporcionará a diminuição da judicialização, como também, e principal propósito, fomentará a cultura da paz, já que seus benefícios leva o assistido a reconhecer que ele próprio pode ser protagonista da solução do conflito.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes (org.). **Aspectos Atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. **A mediação de conflitos como instrumento de consolidação do acesso à Justiça**. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/19/mediacao-de-conflitos-como-instrumento-deconsolidacao-acesso-justica/>. Acesso em: fevereiro/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.903-7 Paraíba. Tribunal Pleno**. DJ nº 177 Divulgação 18/09/2008 Publicação 19/09/2008. Ementário nº 2333-1, p. 65. Acesso em: fevereiro/2016.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A mudança de Cultura pela Composição de litígios. **Doutrina**. edição comemorativa, 25 anos/ Superior Tribunal de Justiça. Brasília. 2014.

CAETANO, Flávio. **Um marco legal para a mediação no Brasil**. Disponível em: <http://jota.info/um-marco-legal-para-a-mediacao-no-brasil> . Acesso em: fevereiro 2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) . Acesso em: fevereiro 2016.

Defensoria Pública do DF e Secretaria de Saúde criam Câmara de Mediação. Disponível em: <http://dp-df.jusbrasil.com.br/noticias/100365114/defensoria-publica-do-df-e-secretaria-de-saude-criam-camara-de-mediacao>. Acesso em: agosto 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. – Salvador. Ed. Jus Podivm, V I, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. Malheiros Editores. 5ª edição.

FERREIRA, Bruno *et alii*. A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça na América Latina.. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Editora Jus Podivm. 2013.

<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=21092>. Acesso em: agosto 2016.

KIRCHNER, Felipe. Os métodos autocompositivos na Nova Sistematização Processual Civil e o Papel da Defensoria Pública. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, out./2015.

**Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm) . Acesso em: fevereiro 2016.

**Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) . Acesso em: fevereiro 2016.

**Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13140.htm) . Acesso em: fevereiro 2016.

MADRID, Daniela Martins. Assistência Judiciária: Ausência de Efetividade ao Acesso à Justiça. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**. Nº 103. Ano 9. Julho/2008.

**Mediação é política de Estado, diz Lewandowski em evento da ONU**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/mediacao-politica-estado-lewandowski-evento-onu>. Acesso em: fevereiro 2016.

NAPOLITANO, Bruno Diaz. Mediação de Conflitos e Acesso à justiça. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. Salvador-Bahia: ed. Juspodivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. Editora Método. 7ª edição. 2015.

Prática da Mediação é adotada para conter a judicialização da saúde no DF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79356-pratica-da-mediacao-e-adotada-para-conter-a-judicializacao-da-saude-no-df>. Acesso em: agosto 2016.

**Prefácio do Manual de Mediação judicial**. 2013. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programas das Nações Unidas para o Desenvolvimento. PNUD.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. A comunidade como *locus* de promoção das práticas de mediação: o empoderamento do indivíduo no tratamento de conflitos. In. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (org.). **Mediação nas Comunidades e nas Instituições** Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/fernandogama/livromediacao.pdf> . Acesso em: fevereiro 2016.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: A conquista da cidadania. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública** Editora Jus Podivm. 2013.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflito**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012.

SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – Aprimoramento das discussões conceituais. BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflito**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de Mediação de conflitos**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2012.

SPENGLER, Mariana Marion. A crise da Jurisdição e a cultura da paz: A mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar os conflitos. **Revista da Ajuris / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Ano 26, n. 75 (set. 1999). Porto Alegre: AJURIS, 1999.

SPENGLER. Fabiana Marion. A mediação como prática comunicativa no tratamento consensuado dos conflitos sociais. BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflito**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2012.

**Relatório Justiça em Números 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: fevereiro 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. Método, 2008.

VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade; CAMELO. Michele Cândido. A Defensoria como agente na mediação de conflitos. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.) **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

# **O NOVO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – OSC’S E A DIRETRIZ DE PRIORIZAÇÃO DO CONTROLE DE RESULTADOS NO ÂMBITO DA LEI 13.019/2014 (ALTERADA PELA LEI 13.204/2015)<sup>39</sup>**

**Anna Barroso Santos<sup>40</sup>**

**Resumo:** Na tentativa de aperfeiçoar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos, advindos com a promulgação da CF/1988, o Estado passou a realizar parcerias com a sociedade civil organizada. Tal atuação conjunta encontra-se prevista em vários dispositivos do texto constitucional. Em que pesem as aparentes vantagens trazidas por essas parcerias – tais como a proximidade com a população, o conhecimento técnico e a capilaridade territorial das entidades privadas sem fins lucrativos – foram identificados pelos órgãos de controle casos de desvirtuamento na celebração desses ajustes. Em várias oportunidades, como no anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e no Relatório Final da CPI das ONG’s, reconheceu-se a necessidade de elaboração de lei de caráter nacional que disciplinasse a matéria, fornecendo maior segurança jurídica ao repasse de recursos públicos e respeitando a garantia constitucional de auto-organização das entidades não governamentais. Nesse sentido, foi publicada a Lei 13.019/2014, que estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil – OSC’s. O tão aguardado marco regulatório, entretanto, não abrangeu todos os tipos de parcerias existentes, deixando de representar uma efetiva uniformização das normas aplicáveis ao tema. Inegável, porém, que aspectos importantes foram tratados, como a ratificação de uma democracia participativa e a priorização do controle de resultados no acompanhamento dos ajustes firmados. A entrada em vigor da Lei ocorreu apenas em 23 de janeiro de 2016, sendo que aos municípios a aplicação das novas regras valerá somente a partir de 1º de janeiro de 2017. Assim, ainda não é possível verificar as efetivas alterações práticas nas relações entre o Estado e as OSC’s.

**Palavras-Chave:** Lei 13.019/2014. Organizações da Sociedade Civil. Parcerias. Marco regulatório. Controle de resultados.

## **Introdução**

Trata-se de artigo a respeito do novo regime jurídico das parcerias entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil – OSC’s, estabelecido pela Lei 13.019/2014, de 31

---

<sup>39</sup> Artigo apresentado, sob orientação do Professor Mestre em Direito, Estado e Constituição, e Doutorando em Ciência Política, Daniel Vila-Nova, como requisito à conclusão da pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

<sup>40</sup> Aluna do curso de pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP e Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF.

de julho de 2014 (com as alterações promovidas pela Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015). Este estudo destina especial atenção à diretriz de priorização do controle de resultados. Apesar de não ser ideário inédito no direito administrativo brasileiro<sup>41</sup>, tal modalidade de fiscalização administrativa encontra-se pela primeira vez positivado como forma de controle das parcerias firmadas com o Terceiro Setor.

O problema de pesquisa a ser enfrentado é em que medida a nova legislação irá alterar, e uniformizar, o cenário das parcerias entre o Estado e a sociedade civil organizada.

Para tanto, serão analisados o contexto legislativo até então vigente e os aspectos que levaram à publicação do novo marco regulatório, tais como: o expressivo quantitativo de OSC's no país, a necessidade de uma Administração Pública mais gerencial e a ausência de lei de caráter nacional disciplinando os repasses a tais organizações.

O tema, conforme se apresenta a seguir, é de grande relevância e envolve o interesse de muitos atores. Representa, para o Estado, a possibilidade de ter o auxílio da sociedade civil organizada, ampliando, e inovando, a concretização de políticas públicas sociais. Para as OSC's, é a oportunidade de ver reconhecido o trabalho que desempenham, o qual passará a ser balizado por normas de caráter nacional, ampliando a segurança jurídica<sup>42</sup> das relações firmadas com o Poder Público. Para a sociedade, é o próprio fortalecimento da democracia participativa<sup>43</sup>, pois além de gozarem dos direitos sociais<sup>44</sup> concretizados por meio das parcerias, os cidadãos poderão assumir postura ativa na condução das políticas públicas, apresentando propostas ao Poder Público através da Manifestação de Interesse Social e acompanhando os ajustes firmados e as prestações de contas deles decorrentes por meio de plataformas e sítios eletrônicos. Do ponto de vista jurídico, representa a possibilidade de concretização de um marco regulatório sobre o tema, com vistas a consolidação e uniformização das esparsas legislações que abordam a matéria.

---

<sup>41</sup> O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE (1995) já reconhecia, de forma expressa, a necessidade de implementação de uma administração pública gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados.

<sup>42</sup> O princípio da segurança jurídica comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão: 1) a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e 2) a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 38).

<sup>43</sup> Participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas, almejando uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária.

<sup>44</sup> Os direitos sociais estão previstos ao longo de texto constitucional, sobretudo no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), e incluem, por exemplo, o direito à educação, à saúde, ao trabalho e à moradia. São assegurados por meio da execução de políticas públicas.

Na primeira seção do artigo, será realizada uma contextualização sobre o surgimento da necessidade de uma administração pública mais gerencial, o perfil das OSC's no Brasil e a evolução legislativa sobre o assunto. Na sequência, será apresentado o novo regime jurídico de parcerias instituído pela Lei 13.019/2014, bem como as alterações advindas da Lei 13.204/2015, e, em seguida, haverá uma abordagem crítica acerca do novo marco sob o enfoque de sua diretriz de priorização do controle de resultados.

## 1. Contextualização

A organização administrativa estatal vem sendo transformada através do surgimento de novos atores sociais, que aparecem como alternativa ao crescimento do papel do Estado e à necessidade de se garantir o atendimento aos mais variados tipos de interesses públicos.

Para Joaquim Falcão *et al.* (2013, p. 16 e 163), a globalização e o enfraquecimento de certas ideologias, como o *Welfare State*<sup>45</sup>, levaram a mudanças nas organizações estatais e na forma de prestação de serviços essenciais à coletividade. A estrutura do Estado passou a se revelar incapaz de desenvolver todas as atividades que havia assumido para si, sobretudo no tocante à garantia material das prestações sociais com as quais se comprometera por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF/1988.

Para a concretização dos objetivos sociais introduzidos pela CF/1988, demonstrou-se necessário a democratização da Administração Pública, fosse através da participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta (CF/1988, art. 37, § 3º); ou por meio da colaboração direta da sociedade civil organizada na oferta de serviços públicos<sup>46</sup>.

A revolução dos meios de comunicação, com uma elevação de índices gerais de informação, tornou a sociedade consciente de seu distanciamento com o Estado e fez com que novos métodos participativos da coletividade surgissem e influenciassem a legitimidade das decisões políticas (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 21).

Paulo Modesto (2011, p. 14) destaca que o Estado contemporâneo, apesar de continuar sendo executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, pode contar com

---

<sup>45</sup> Estado do bem-estar social.

<sup>46</sup> O texto constitucional trouxe a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/1988, art. 1º, II) e a democracia direta passou a balizar as relações Estado-sociedade (CF/1988, art. 1º, § único). Assim, a organização estatal passou a ter que considerar a existência de uma democracia participativa, com cidadãos ativos auxiliando a realização de direitos sociais.

mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.

Nesse contexto, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE<sup>47</sup>, de 1995, trouxe dentre as suas diretrizes a publicização<sup>48</sup> dos serviços estatais não-exclusivos<sup>49</sup>, mediante contratos de gestão firmados entre o poder público e entidades públicas não estatais.

Conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 46), para a consecução do objetivo dessa reforma – qual seja, a transição da administração pública burocrática<sup>50</sup> em uma administração pública gerencial – foram ainda sugeridos a adoção de uma política de profissionalização do serviço público, a realização de avaliações de desempenho, a atribuição de capacidade gerencial aos dirigentes de órgãos e entidades públicos, bem como uma maior participação popular na fixação de políticas públicas.

Parte desses objetivos foram concretizados por meio de alterações legislativas que deram origem à Emenda Constitucional – EC 19/1998<sup>51</sup> e do surgimento das organizações sociais – OS<sup>52</sup> (Lei nº 9.637/1998) e das organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP (Lei 9.790/1999), qualificações atribuídas a entidades públicas não estatais.

---

<sup>47</sup> Elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em setembro de 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 4 de janeiro de 2016.

<sup>48</sup> Descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle (PDRAE, 1995, p. 13).

<sup>49</sup> Serviços não-exclusivos: Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus (PDRAE, 1995, p. 41).

<sup>50</sup> A administração pública burocrática apresentava disfunções, como o excesso de formalismo e de controle dos meios em detrimento de resultados, resistência a mudanças e rígida hierarquização. Conforme nos ensina Bresser Pereira (PDRAE, 1995, p. 6), ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos, o sistema burocrático revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica.

<sup>51</sup> Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

<sup>52</sup> Embora sejam enquadradas como entidades de colaboração integrantes do Terceiro Setor, prestam, regra geral, serviço público por delegação estatal, assumindo não apenas a gestão de determinado serviço, mas também de um patrimônio público. Diferenciam-se de uma parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, pois nesta a entidade privada atua com fins lucrativos (DI PIETRO, 2015, p. 263/264).

Pertinente lembrar que a EC 19/1998 inseriu o princípio da eficiência<sup>53</sup> entre os princípios constitucionais da Administração Pública previstos no art. 37, "caput"<sup>54</sup>, da CF/1988 e ainda assegurou ao cidadão o direito de fiscalizar o cumprimento desse novo dever do Estado na prestação dos serviços públicos (CF/1988, art. 37, §3º)<sup>55</sup>.

Nesse cenário, a sociedade civil passou a ser reconhecida como autopromotora de interesses sociais e ganhou força o denominado “terceiro setor”, cuja posição intermediária entre público e privado permite a prestação de serviços públicos por organizações privadas ou públicas não estatais em conjunto com a atuação do Estado. Este executa e/ou subsidia tais serviços em virtude de sua relevância (exemplos: serviços sociais que abrangem universidades, hospitais, museus e centros de pesquisa) (FALCÃO *et al.*, 2013, p. 166).

O Terceiro Setor é caracterizado por entidades híbridas que, apesar de possuírem natureza privada (constituídas segundo normas do direito privado), desempenham função pública, de caráter eminentemente social e sem fins lucrativos.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 366), trata-se de agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação dos serviços públicos, resultante de iniciativas da sociedade civil, por meio de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais.

Cabe mencionar que não existe consenso na doutrina sobre quais seriam os atores componentes do terceiro setor<sup>56</sup>, nem uma padronização nos termos utilizados para designar

---

<sup>53</sup> O princípio da eficiência zela pela produtividade e economicidade, além de exigir a redução dos desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, 2015, p. 31).

<sup>54</sup> CF/1988, art. 37, “caput”: “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: [...]”

<sup>55</sup> CF/1988, art. 37, §3º: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

<sup>56</sup> Para o autor Tarso Cabral Violin (2015, p. 114), a expressão “terceiro setor” deve assumir interpretação ampla, abrangendo tudo que não faz parte do Estado (primeiro setor) nem do mercado (segundo setor), incluindo até mesmo voluntários, movimentos sociais ou qualquer agrupamento sem personalidade jurídica, independentemente de receber verbas públicas. Já para Paulo Modesto (2011), são exemplos de entidades privadas de terceiro setor aquelas declaradas de utilidade pública, as qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos. Estes últimos, entretanto, foram classificados no anteprojeto da lei de organização da Administração Pública Federal como entidades paraestatais de direito privado e não mais como entidades do terceiro setor (as quais o anteprojeto denomina de entidades de colaboração), pois são criadas por autorização legislativa e recebem, de modo regular, contribuições compulsórias de caráter público, que independem da celebração de contratos ou acordos de fomento e parceria. No âmbito da Lei 13.019/2014, entende-se que o conceito de OSC’s relaciona-se com o conceito de terceiro setor de Paulo Modesto, haja vista a definição apresentada em seu art. 2º não abranger agrupamentos sem personalidade jurídica e, ainda, a necessidade

tais entidades, as quais podem ainda ser denominadas de "organizações não governamentais – ONGs", "setor público não estatal", "economia social" e "organizações voluntárias" (VIOLIN, 2015, p. 31 e 127).

Vale destacar que a própria CF/1988 não faz uso do termo “terceiro setor”, referindo-se a tais entidades como “instituições sem fins lucrativos” (art. 199, §1º), “entidades beneficentes de assistência social” (art. 195, §7º), “entidades filantrópicas” (art. 199, §1º), “entidades sem fins lucrativos” (art. 199, §1º), “entidades beneficentes” (art. 204, I), “entidades de assistência social” (art. 204, I), “escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas” (art. 213), com finalidade não lucrativa (VIOLIN, 2015, p. 126).

Porém, para Paulo Modesto (2011, p. 11), pode-se extrair uma definição constitucional implícita para as entidades sem fins lucrativos de caráter público a partir do enunciado do art. 213<sup>57</sup> do texto constitucional. Extrapolando para outras áreas de atuação social do Estado, dois são os predicados estabelecidos na CF/1988 para identificação das entidades sem fins lucrativos que podem receber recursos públicos: a) aplicação dos excedentes financeiros na própria atividade institucional de natureza social, isto é, a proibição de partilha do resultado social, o que implica na vedação à distribuição de excedentes operacionais, brutos ou líquidos, direta ou indiretamente, entre diretores, conselheiros, empregados, associados, doadores ou fundadores da entidade; b) destinação do patrimônio social a outra entidade de mesma natureza ou ao poder público, em caso de extinção (proibição de partilha do patrimônio social).

Atualmente, em atenção aos termos utilizados na recente legislação que trata do tema (Lei nº 13.019/2014), vem-se empregando a expressão “organizações da sociedade civil – OSC's”.

Importante esclarecer que, no âmbito da Lei 13.019/2014, entende-se que o conceito de OSC's relaciona-se com o conceito de terceiro setor exposto por Paulo Modesto (2011), abrangendo as entidades declaradas de utilidade pública, as qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos. Tal conclusão depreende-se da análise da definição apresentada em seu art. 2º<sup>58</sup>, a qual não

---

de se apresentar de forma expressa a não incidência das regras às parcerias com os serviços sociais autônomos (art. 3º, X).

<sup>57</sup> CF/1988, art. 213: "Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades."

<sup>58</sup> Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades,

abrange agrupamentos sem personalidade jurídica, bem como de seu art. 3º, X<sup>59</sup>, que apontou a preocupação do legislador em deixar expresso a excepcional não incidência das regras às parcerias com os serviços sociais autônomos.

### **1.1. As Organizações da Sociedade Civil – OSC's no Brasil**

De acordo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2012), existem aproximadamente 291.000 organizações da sociedade civil distribuídas pelo país, atuando em diversas áreas, sobretudo na defesa de direitos e interesses dos cidadãos e nos aspectos religiosos.

Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV – e pela Secretaria-Geral da Presidência da República (2014) aponta que a maior parte (90%) das OSC's no Brasil é constituída juridicamente como associação<sup>60</sup> e cerca de 45% concentra-se na região Sudeste do país<sup>61</sup>. Dentre as principais áreas de atividade econômica estão as OSC's que atuam como organizações associativas (80%), seguida daquelas que atuam na área de educação (5,9%), de atividades ligadas ao esporte, recreação e lazer (5,4%) e de assistência social e saúde, estas últimas somando cerca de 5%. Atividades artísticas, ligadas à agricultura e pecuária e ao meio ambiente representam menos de 1% cada no universo das OSC's.

De acordo com Laís de Figueiredo Lopes *et al.* (2013, p. 10), a maior parte das organizações no âmbito federal exerce suas atividades de maneira autônoma, desatrelada de mecanismos de cooperação com o poder público. Na última década, apenas cerca de 10 mil organizações (o equivalente a 3% das organizações existentes) receberam transferências de recursos públicos para a execução de projetos. Portanto, trata-se de expressivo quantitativo de parceiros em potencial para a ampliação da execução de políticas públicas.

Segundo Mauri J. V. Cruz (2014, p. 122), a definição exata do surgimento de tais organizações no país não é tarefa fácil. “Alguns historiadores remontam aos últimos anos do

---

e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na [Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999](#); as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

<sup>59</sup> Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: [...] X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

<sup>60</sup> Seguidas por organizações religiosas (8%) e fundações privadas (2%).

<sup>61</sup> Seguidas do Sul (23%), Nordeste (21%), Centro-Oeste (6%) e Norte (5%)

Brasil Colônia e outros, aos primeiros da República”. No período da ditadura militar, iniciada em 1964, o trabalho dessas entidades serviram de instrumento de luta e resistência diante do fechamento do Congresso e da repressão aos partidos políticos e aos sindicatos<sup>62</sup>.

Entretanto, foi com a reabertura democrática do país que se fortaleceu a atuação institucional da sociedade civil organizada. A Constituição de 1988 trouxe dispositivos que previam a atuação conjunta com as OSC's na implementação ou execução de políticas públicas na área da saúde (arts. 197 e 198, III), da assistência social (art. 204, I), da educação (arts. 205 e 206, IV), da cultura (art. 216, §1º), do meio ambiente (art. 225), da criança e do adolescente (art. 227, §1º).

A garantia constitucional de liberdade de associação para fins lícitos<sup>63</sup>, bem como a de auto-organização, sem interferência estatal<sup>64</sup>, afirmaram as condições básicas da atuação dessas organizações no país.

Em que pese as vantagens trazidas pelas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor - tais como a proximidade com a população, o conhecimento técnico e a capilaridade territorial das entidades -, órgãos de controle, como a Controladoria-Geral da União – CGU e Tribunal de Contas da União – TCU, identificaram casos de desvirtuamento. Porém, haja vista o descompasso entre a velocidade na celebração de parcerias e na análises das prestações de contas delas decorrentes, os valores repassados que efetivamente não foram aplicados no objeto do ajuste são de difícil apuração, não tendo sido identificadas informações consolidadas e atualizadas a respeito.

Nesse contexto, Paulo Modesto (1998, p. 60) nos lembra do "escândalo do orçamento", esquema de malversação de recursos públicos na década de 90, consistente na utilização por parlamentares federais de entidades filantrópicas de fachada, que eram por eles criadas através de terceiros e por sua ação parlamentar recebiam vultosas somas de recursos públicos sem qualquer compromisso efetivo com atividades relevantes em matéria social ou em benefício da coletividade. Mesmo anos após o ocorrido, tal prática ainda se repete. Em 2010, por exemplo, o Ministério do Turismo pediu a devolução de cerca de R\$ 68 milhões repassados através de emendas parlamentares para celebração de convênios com vistas a realização de festas e eventos.

---

<sup>62</sup> Em 1979, por exemplo, foi fundado o Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Petrópolis, com o propósito de contribuir com movimentos de reforma agrária e moradia. Tal entidade ficou conhecida por sua luta contra a Casa da Morte, local de tortura nos anos 70.

<sup>63</sup> CF/1988, art. 5º, XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”

<sup>64</sup> CF/1988, art 5º, inciso XVIII: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”

Houve, ainda, registros de desvio de recursos e falhas na prestação de contas dos repasses, o que acabou por consolidar, talvez prematuramente, uma mentalidade de criminalização dessas entidades “pilantrópicas” (VIOLIN, 2015, p. 330).

A matéria foi objeto de Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI <sup>65</sup>, as quais apuraram denúncias a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais – ONG’s envolvendo, por exemplo, questões ambientais, indígenas e de segurança nacional na região amazônica.

Nos termos do Relatório Final da CPI das ONG’s<sup>66</sup>, de outubro de 2010 <sup>67</sup>, o controle sobre a liberação de recursos para entidades que não prestaram contas anteriores ou que tiveram prestações de contas rejeitadas era bastante frágil. Mesmo inadimplentes junto ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, muitas entidades continuaram a receber recursos públicos (2010, p. 206).

Em um universo de 42.132 (quarenta e dois mil e cento e trinta e dois) convênios celebrados<sup>68</sup> com entidades classificadas como sem fins lucrativos<sup>69</sup>, 234 (duzentos e trinta e quatro) tomadas de contas especiais foram instauradas. Entretanto, o Relatório esclarece que, a par de transparecer que menos de 1% dos ajustes tenham apresentado graves irregularidades, tal constatação pode, antes disso, denotar que a fiscalização tenha sido exercida de modo inadequado e/ou sobre apenas uma pequena parcela dos convênios, sendo esta última alternativa apontada como a mais provável (2010, p. 183 e 201).

O documento ainda indicou, à época, que a solução dos problemas encontrados naqueles ajustes, tais como a utilização de critérios subjetivos de seleção e prestações de contas deficientes, passaria pela edição de uma lei, em sentido estrito, disciplinando as parcerias firmadas entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos (2010, p. 8).

Não foi a primeira vez que se reconhecia tal lacuna legislativa. Em 2007, Comissão de Juristas<sup>70</sup> - instituída pela Portaria 426/07<sup>71</sup> do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

---

<sup>65</sup> 1ª. CPI das ONG’s (2001-2002), CPI da Terra (2003-2005) e 2ª. CPI das ONG’s (2007-2010)

<sup>66</sup> Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIlongs.pdf?sequence=6>. Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

<sup>67</sup> Trata-se de Relatório produzida pela 2ª CPI das ONG’s (2007-2010), a qual apurou o repasse de recursos federais para ONGs e OCIPS no período de 1999 a 30 de abril de 2009.

<sup>68</sup> Período de 1999 a 2006.

<sup>69</sup> Totalizando R\$ 24,5 bilhões, em valores nominais - sem correção pela inflação.

<sup>70</sup> Comissão composta pelos administrativistas: Maria Sylvia Zanella di Pietro, Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Sérgio de Andréa Ferreira, Paulo Modesto, Maria Coeli Simões Pires e Floriano de Azevedo Marques Neto.

<sup>71</sup> Alterada pela Portaria 84/08.

– responsável por elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública<sup>72</sup>, já apontava a necessidade de um regime jurídico geral para pessoas jurídicas de direito privados sem fins lucrativos, que atuassem em parceria com o Estado<sup>73</sup>. Almejava-se à época justamente ampliar o controle sobre tais parcerias, suprimindo omissões e carências legislativas e garantindo a boa aplicação dos recursos públicos e o atendimento eficaz do cidadão em serviços de relevância pública.

## 1.2. Evolução legislativa

Diante da ausência de normativo único com regras gerais sobre a matéria, existiam muitas dúvidas quanto à adequada utilização dos variados instrumentos de transferência voluntária de recursos públicos – tais como convênios, contratos de repasse, termos de cooperação e parceria e contrato de gestão.

A título de exemplo, a legislação referente a convênios, principal instrumento utilizado pelo Estado para repasse de recursos públicos, originou-se no conceito de formalização de acordos apenas entre órgãos da Administração Pública e entes federados, desconsiderando particularidades das OSC's, como o caráter privado e a autonomia administrativa em relação ao Estado.

Tal instrumento, de realização de objetivos comuns aos parceiros, possui regulamentação esparsa, que abarca o art. 116<sup>74</sup> da Lei 8.666/1993, o Decreto nº 6.170/2007<sup>75</sup> e a Portaria Interministerial nº 507/11<sup>76, 77</sup>.

---

<sup>72</sup> O anteprojeto elaborado pela Comissão não apresentou-se, da mesma forma que o Decreto-lei 200/1967, como uma Lei Orgânica da Administração Pública, mas sim como um instrumento de estabelecimento de normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração (MODESTO (Coord), 2010, p. 21)

<sup>73</sup> Em seu Título IV – Das entidades de colaboração, o anteprojeto supria algumas omissões e carências da esparsa legislação então vigente, como o estabelecimento de um único vínculo (contrato de colaboração, gênero dentro do qual se encontraria modalidades de ajuste como contrato de gestão, termo de parceria e convênio) e a exigência de chamamento público no processo de escolha da entidade colaboradora.

<sup>74</sup> Lei 8.666/93, art. 116: "Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração."

<sup>75</sup> Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

<sup>76</sup> Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25.07.2007, que dispõe sobre as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

<sup>77</sup> Até a publicação do Decreto nº 6.170/2007, os órgãos federais seguiam a Instrução Normativa - IN nº1/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, o que não impedia os Ministérios de adotarem também regras próprias sobre a matéria, originárias de normas administrativas do próprio órgão ou decorrentes de simples prática administrativa cotidiana (Relatório Final da CPI das ONGs, 2010, p.8).

Os instrumentos específicos criados no final da década de 1990 – termo de parceria e contrato de gestão – também não foram capazes de atender ao universo amplo e diversificado das parcerias, pois demandavam, respectivamente, qualificação prévia da OSC como OSCIP ou OS (BRASIL, 2014, p. 70).

Ademais, tais qualificações não eram tratadas por leis de caráter nacional, mas leis federais, cuja reprodução pelos demais entes federativos não era de caráter impositivo, deixando de assegurar uma uniformização das regras de formalização dos ajustes.

Ratificando o cenário de dúvidas e insegurança jurídica, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), cuja eficácia é limitada por período de dezoito meses, passou a trazer, desde 2003, disposições sobre o tema, como a exigência, ou não, de contrapartida, requisitos para celebração do ajuste e normas quanto à prestação de contas (BRASIL, 2014, p. 74).

Em suma, com o objetivo de aprimorar o modelo e de apresentar alternativas institucionais, dois grandes esforços referentes ao aperfeiçoamento dos marcos normativos da matéria se destacaram e resultaram em mudanças concretas, quais sejam: o Programa Comunidade Solidária<sup>78</sup>, vinculado à Casa Civil durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2001; e a Plataforma por um Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, consubstanciado em uma ampla agenda política<sup>79</sup>, no período de 2011 a 2014, na Secretaria-Geral da Presidência da República<sup>80</sup>, durante o governo de Dilma Rousseff.

Como forma de apoio a esta Plataforma<sup>81</sup>, o Governo Federal criou em 2011 um Grupo de Trabalho – GT – reunindo representantes do Executivo e de 14 (catorze)<sup>82</sup> entidades

---

<sup>78</sup> O processo gerou a Lei do Voluntariado, em 1998, e a Lei das OSCIPs, em 1999. Em discussões no bojo da reforma do Estado, foi proposta também a Lei das OSs, Lei nº 9.637/1998, objeto da ADI nº 1.923, julgada parcialmente procedente em abril de 2015.

<sup>79</sup> Essa agenda política ampla tem o objetivo de aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado às Organizações da Sociedade Civil e suas relações de parceria com o Estado.

<sup>80</sup> Órgão de assessoramento da Presidência criado em 2003, com competência para interlocução com organizações da sociedade civil e movimentos sociais.

<sup>81</sup> Nesta Plataforma ocorre a articulação de redes que representam mais de 50 mil organizações e movimentos sociais, para discutir e cobrar a criação de um arcabouço legal que dê mais segurança e amplie as possibilidades de organização e atuação da sociedade civil.

<sup>82</sup> Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (Abong); Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE); Confederação Brasileira de Fundações (Cebraf); Fundação Grupo Esquel Brasil; Coordenadoria Ecumênica de Serviços (Cese) representando o Conselho Latino Americano de Igrejas (Clai-Brasil); União Nacional de Cooperativas da Agricultura Familiar e Economia Solidária (Unicafes); Confederação das Cooperativas de Reforma Agrária do Brasil (Concrab) representando o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST); Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Associação de Proteção ao Meio Ambiente (Apema) representando o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB); Cáritas Brasileira; Visão Mundial representando a Rede Evangélica Nacional de Ação Social (Renas); Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc); Instituto Socioambiental (ISA) representando o Fórum Brasileiro de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (FBOMS) e Federação Nacional das Apaes (Fenapae).

nacionais ligadas a ONGs, organizações religiosas, fundações, institutos empresariais, fóruns, redes e movimentos sociais para debater o tema. Entre as propostas apresentadas pelo GT, estava o anteprojeto de lei que serviu de base para a ação da Plataforma nos debates no Congresso que levaram à aprovação da Lei 13.019/2014.

Nesse sentido, em julho de 2014, buscando conferir maior uniformização das normas sobre parcerias, propiciar maior segurança jurídica e transparência na aplicação dos recursos repassados e respeitar a liberdade constitucional de auto-organização das associações privadas<sup>83</sup>, foi publicada a Lei 13.019/2014, que estabeleceu o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil – OSC's, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

A entrada em vigor da lei, inicialmente marcada para 90 (noventa) dias após a data de sua publicação (31 de julho de 2014), ocorreu apenas em 23 de janeiro de 2016, nos termos da Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Aos municípios a aplicação das novas regras valerá somente a partir de 1º de janeiro de 2017<sup>84</sup>.

Oportuno registrar que em 27 de abril de 2016 foi publicado o decreto de regulamentação<sup>85</sup> da Lei 13.019/2014, o qual trouxe dispositivos que poderão ser seguidos também pelos governos estaduais e municipais ou utilizados por estes como base para elaboração de decretos regulamentares próprios.

---

<sup>83</sup> CF/1988, art 5º, inciso XVIII: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”.

<sup>84</sup> “Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos quinhentos e quarenta dias de sua publicação oficial, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo. § 1º Para os Municípios, esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017. § 2º Por ato administrativo local, o disposto nesta Lei poderá ser implantado nos Municípios a partir da data decorrente do disposto no **caput**.”

<sup>85</sup> Decreto 8.726/2016, de 27 de abril de 2016: Regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm). Acesso em: 28 de abril de 2016.

## **2. O NOVO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS OSC'S – LEI 13.019/2014 E SUAS ALTERAÇÕES PELA LEI 13.204/2015 <sup>86</sup>**

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, como ficou conhecida a Lei 13.019/2014, buscou estimular uma gestão pública democrática e mais eficiente, na qual Estado e OSC's atuassem em prol do interesse público.

Suas disposições são aplicáveis a parcerias entre OSC's e entes públicos de todas as esferas federativas, incluindo autarquias, fundações e empresas públicas, com vistas a garantir maior uniformização das normas e estabilidade das relações, a partir do aumento de confiança entre as partes<sup>87</sup>.

A nova legislação não se aplica, entretanto, às parcerias entre a Administração Pública e os serviços sociais autônomos, bem como aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais quando cumpridos os requisitos da Lei nº 9.637/1998<sup>88</sup>. No mesmo

---

<sup>86</sup> Altera a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”; altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.790, de 23 de março de 1999, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga a Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935.

<sup>87</sup> Conforme pontua Carvalho Filho (2015, p. 375), a elaboração da Lei 13.019/2014 fundamenta-se no art. 22, XXVII, da CF/1988<sup>87</sup>, que confere à União Federal competência privativa para editar normas gerais de licitação e contratação a serem aplicadas a todos os entes federativos e entidades da administração indireta. Como a competência federal para a matéria limita-se à edição de normas gerais, é necessário o caráter de generalidade para que as demais pessoas federativas elaborem normas específicas, sob pena de vício de constitucionalidade. O mesmo entendimento possuem os autores Ricardo Alexandre e João de Deus (2015, p. 132), segundo os quais o aspecto detalhista de diversas regras constantes no diploma em comento pode levar ao entendimento de que a União teria descido a um grau de especificidade suficiente para que a disposição somente fosse aplicável no âmbito federal. Nesse ponto, Di Pietro (2015, p. 631) entende que a Lei 13.019/2014 padece do mesmo vício da Lei nº 8.666/1993, “porque não diz quais as normas gerais, dando a impressão de que todas contidas na lei têm essa natureza”.

<sup>88</sup> Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

sentido, também não abrangerá os termos de parceria com as OSCIP'S quando atendidas às exigências da Lei nº 9.790/1999<sup>89</sup> (art. 3º)<sup>90 91</sup>.

Nesse contexto, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, ainda poderão se qualificar como organizações sociais e firmar acordos de gestão com o Poder Público para fomentar e executar atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. A qualificação como OSCIP e a celebração de termo de parceria também mantêm-se como alternativas à formação de vínculo de cooperação entre as partes para aquelas atividades de interesse público previstas no art. 3º<sup>92</sup> da Lei nº 9.790/1999.<sup>93</sup>

Com o novo marco regulatório, a figura jurídica do convênio, até então frequentemente utilizada nos repasses à OSC's, passa a ser de utilização restrita às parcerias entre entes federados, ou pessoas jurídicas a eles vinculadas, e com entidades filantrópicas e sem fins

---

<sup>89</sup> Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

<sup>90</sup> Para Tarso Cabral Violin (2015, p. 319), deixou-se, erroneamente, de revogar a Lei de OS, objeto da ADIN nº 1.923, e de unificar todos os regimes de fomento com entidades privadas sem fins lucrativos. Na ADI mencionada pelo autor, prevaleceu o entendimento de que as peculiaridades das OSs devem ser respeitadas na gestão dos recursos públicos, garantindo a observância aos princípios da Administração Pública e a regular aplicação dos recursos.

<sup>91</sup> “Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitam com esta Lei; II - (revogado) III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na [Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998](#); IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do [§ 1º do art. 199 da Constituição Federal](#); V - aos termos de compromisso cultural referidos no [§ 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014](#); VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na [Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999](#); VII - às transferências referidas no [art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004](#), e nos [arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009](#); VIII - (VETADO); IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: a) membros de Poder ou do Ministério Público; b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; c) pessoas jurídicas de direito público interno; d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública; X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.”

<sup>92</sup> “I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.”

<sup>93</sup> Devido à recente entrada em vigor da Lei 13.019/2014, ainda não é possível avaliar se, na prática, com o novo marco regulatório haverá uma revogação tácita dos dispositivos da Lei nº 9.637/1998 (OS) e da Lei nº 9.790/1999 (OSCIP).

lucrativos que participem de forma complementar do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 199, §1º, CF/1988<sup>94</sup>). Registra-se que esta última possibilidade foi incluída pela Lei 13.204/2015, reconhecendo que não se poderia vedar por ato infraconstitucional os convênios com particulares na área da saúde, previstos no texto da CF/1988.

As parcerias tratadas pelo MROSC tem como objeto a execução de atividades<sup>95</sup> ou projetos<sup>96</sup>, previamente estabelecidos em planos de trabalho, não podendo envolver ou incluir delegação de atividades exclusivas de Estado, tais como as funções de regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia.

O texto original da Lei previu dois instrumentos distintos para a formalização do ajuste: o termo de colaboração – onde a proposta é oriunda da Administração (art. 2.º, VII)<sup>97</sup> – e o termo de fomento, no qual a proposta parte do parceiro privado (art. 2.º, VIII)<sup>98</sup>. Ambos instrumentos envolvendo a transferência de recursos financeiros<sup>99</sup>.

Conforme nos esclarece Carvalho Filho (2015, p. 378), trata-se de distinção meramente formal, haja vista que independentemente da iniciativa, haverá uma colaboração entre parceiros. Enquanto no termo de fomento se apoiará as iniciativas das organizações, no termo de colaboração se incentivará a execução de políticas públicas.

Porém, cumpre atentar que a mera previsão de termo de fomento no novo marco regulatório demonstra o reconhecimento, por parte do Estado, de que ações, e inovações, de interesse público possam ser desenvolvidas por OSC's, o que ratifica o ideário de uma democracia participativa. Ou seja, a distinção não é meramente formal, mas apresenta uma dimensão operacional e material quanto ao potencial de inovação nas ações e políticas públicas desenvolvidas em parceria.

---

<sup>94</sup> CF/1988, art. 199, §1º: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos."

<sup>95</sup> Conjunto de operações que se realizam **de modo contínuo ou permanente**, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil (Lei 13.109/2014, art. 2º, III-A)

<sup>96</sup> Conjunto de operações, **limitadas no tempo**, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil (Lei 13.019/2014, art. 2º, III-B).

<sup>97</sup> "VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros;"

<sup>98</sup> "VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros;"

<sup>99</sup> Di Pietro (2015, p. 299) observa que o emprego das novas expressões – termo de colaboração e termo de fomento – não foi acompanhado de definições distintas daquelas já adotadas em outras leis para designar outros instrumentos de parceria.

Em acréscimo a esses dois instrumentos, a Lei nº 13.204/2015 incluiu o acordo de cooperação ao regime jurídico de parcerias (art. 2.º, VIII-A)<sup>100</sup>. Trata-se de instrumento a ser adotado naquelas parcerias que não envolvam transferência de recursos financeiros.<sup>101</sup>

As entidades interessadas em formalizar parcerias com o Estado deverão participar de chamamento público<sup>102</sup>, democratizando e zelando pela transparência no acesso e utilização de recursos públicos, ressalvadas as hipóteses previstas pela própria Lei.

Dentre as ressalvas, destaca-se a dispensa do uso de tal instrumento quando – em parcerias cujo objeto for atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social – a OSC for credenciada pelo órgão gestor da respectiva política (art. 30, VI)<sup>103</sup> e também quando os recursos repassados forem decorrentes de acordos de cooperação ou emendas parlamentares (art. 29)<sup>104</sup>.

Oportuno registrar que a não utilização do chamamento público nos casos de recursos provenientes de emendas parlamentares configura a manutenção da oportunidade de promoção eleitoral daqueles que ocupam cargos eletivos, haja vista propiciar o repasse de verbas a potenciais eleitores, em detrimento do enquadramento em critérios objetivos de seleção.

Em razão da existência de políticas públicas setoriais, tais como ocorre na política de assistência social, ficou permitido incluir nos atos de convocação cláusulas ou condições que façam menção a organizações sediadas ou atuantes em determinada unidade da federação (art. 24, § 2º)<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> “VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros;”

<sup>101</sup> A celebração do acordo de cooperação não estará condicionada a realização de chamamento público e nem a designação de comissão de monitoramento e avaliação e gestor da parceria.

<sup>102</sup> A exigência legal de chamamento público para seleção das entidades foi um dos destaques do novo normativo por estar alinhada aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa (CF/1988, art. 37, “caput”). No âmbito federal, o Decreto nº 7.568/2011 trouxe a exigência de utilização do chamamento público, porém, tal regra não era sempre reproduzida nas legislações dos demais entes federativos.

<sup>103</sup> “Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público: I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; IV - (VETADO). V - (VETADO); VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.”

<sup>104</sup> “Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.”

<sup>105</sup> “Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto. [...] § 2º É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou

No que tange aos requisitos de celebração das parcerias, não há exigência de obtenção de qualquer qualificação ou título específico<sup>106</sup> para que uma instituição possa firmar ajustes com o Poder Público, sendo suficiente que a instituição tenha objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social, possua experiência prévia na realização do objeto, condições materiais e capacidade técnica operacional para o cumprimento das metas estabelecidas (art. 33, V)<sup>107</sup>.

O MROSC trouxe um escalonamento do tempo exigido de existência da entidade para a celebração da parceria. O tempo mínimo de 1(um), 2 (dois) ou 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, para celebração de parcerias no âmbito municipal, distrital ou estadual e federal, respectivamente, respeitou a realidade de cada ente federativo, sem deixar de zelar pela segurança jurídica na concretização do objeto do ajuste. Tal prazo poderá ainda ser reduzido por ato específico do ente quando não houver o enquadramento de nenhuma OSC<sup>108</sup>.

Importante pontuar que há vedação expressa para celebração de parcerias com entidades não legalmente constituídas ou omissas no dever de prestar contas decorrente de parceria anterior.

No mesmo sentido, passou a ser vedada a celebração de parceria com entidade que possua dirigente membro de Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o ajuste (art. 39, III)<sup>109</sup>.

---

condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos: I - a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria; II - o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.”

<sup>106</sup> Tais como os título de utilidade pública federal (Lei 91/1935), de entidades beneficentes de assistência social (Lei 12.101/2009), de organizações sociais (Lei 9.608/1998) e de organizações da sociedade civil de interesse público (Lei 9.790/1999).

<sup>107</sup> “Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente: [...] V - possuir: a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.”

<sup>108</sup> Trata-se de redação dada pela Lei 13.204/2015 em atenção a uma preocupação oriunda desde da publicação do novo marco regulatório, qual seja: de que o excesso de zelo na gestão das parcerias desincentivassem os gestores sobretudo aqueles de pequenos municípios, a celebrar os ajustes, deixando-se de utilizar instrumentos tão importante de gestão participativa e até paralisando serviços públicos essenciais à população.

<sup>109</sup> Antes da alteração trazida pela Lei 13.204/2015, a vedação atingia dirigentes de qualquer esfera governamental.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 381), tal impedimento “tenta afastar a zona de influência de tais agentes para a celebração de parcerias mais vantajosas (e algumas vezes ilícitas) para os entes privados”, fortalecendo o princípio da isonomia.

Organizações que tenham entre seus dirigentes pessoa cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares<sup>110</sup> ou rejeitadas por Tribunal de Contas, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos, que esteja inabilitada de exercer cargo em comissão ou função de confiança ou, ainda, que tenha sido responsabilizada por ato de improbidade administrativa, também estarão proibidas de celebrar qualquer um dos três ajustes previstos na Lei (art. 39, VII).

Passou a ser permitida a atuação em rede por duas ou mais OSC's, mantendo-se a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de ajuste (art. 35-A)<sup>111</sup>. Trata-se de uma forma de desenvolvimento conjunto de projetos, que pressupõe uma descentralização de ações e valoriza o intercâmbio de conhecimentos. Ademais, representa maior chance de participação de entidades menores e locais, democratizando o próprio acesso aos recursos públicos.

A contrapartida financeira, aspecto que gerava muitas dúvidas até a publicação do MROSC, não poderá ser exigida como requisito para celebração de parceria, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços cuja expressão monetária será obrigatoriamente identificada no termo de colaboração ou de fomento (art. 35, § 1º)<sup>112</sup>.

Dessa forma, pode-se assumir que, ao realizar a parceria, a contrapartida da OSC seria o próprio cumprimento de sua missão institucional, através de sua expertise nas temáticas sociais e articulação na execução das políticas públicas. O financiamento da realização do objeto caberia, em suma, apenas ao parceiro público, ratificando a necessidade de controle no emprego dos repasses.

---

<sup>110</sup> Aquelas OSC's que tiverem sua prestação de contas avaliada como irregular, poderão promover ações compensatórias de interesse público, mediante apresentação de novo plano de trabalho, desde que não tenha agido com dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos (art. 72, § 2º)<sup>142</sup>. Trata-se de inovação interessante tanto para o Poder Público, pelas chances de efetivo ressarcimento ao erário e de possibilidade de reparo ainda no âmbito administrativo, quanto para às OSC's, que não ficarão mais impedidas de celebrar parcerias.

<sup>111</sup> “Art. 35-A. É permitida a atuação em rede, por duas ou mais organizações da sociedade civil, mantida a integral responsabilidade da organização celebrante do termo de fomento ou de colaboração, desde que a organização da sociedade civil signatária do termo de fomento ou de colaboração possua: I - mais de cinco anos de inscrição no CNPJ; II - capacidade técnica e operacional para supervisionar e orientar diretamente a atuação da organização que com ela estiver atuando em rede.”

<sup>112</sup> “Art. 35. A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública: [...] § 1º Não será exigida contrapartida financeira como requisito para celebração de parceria, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços cuja expressão monetária será obrigatoriamente identificada no termo de colaboração ou de fomento.”

A profissionalização, um dos ideários do gerencialismo, recebeu atenção especial no atual regime de parcerias. Reconhecendo a necessidade de atualização e especialização de todos os envolvidos na concretização do objeto pactuado, o novo marco regulatório trouxe a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público como diretrizes fundamentais, bem como o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social (art. 6º)<sup>113</sup>.

Para garantir a concretização de tais diretrizes, a União poderá instituir, em coordenação com os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e organizações da sociedade civil, programas de capacitação voltados para todos os integrantes do processo de formalização e monitoramento e avaliação dos ajustes (art. 7º)<sup>114</sup>. Em que pese tais previsões, a descrição da qualificação técnica necessária à designação de gestores assumiu caráter pouco objetivo, qual seja: “gestores habilitados a controlar e fiscalizar a execução em tempo hábil e de modo eficaz” (art. 8º, III).

Superando o paradigma de que as ações sociais são movidas por caridade e possuem caráter eventual, há previsão legal para pagamento, com recursos vinculados à parceria, de despesas com a remuneração da equipe<sup>115</sup> encarregada da execução do plano de trabalho, abrangendo os custos com impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas (art. 46, I)<sup>116</sup>. Tal previsão ratificou o aspecto profissional dos trabalhos desenvolvidos pelas OSC's.

---

<sup>113</sup> “Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria: I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público; II - a priorização do controle de resultados; III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil; V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil; VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.”

<sup>114</sup> “Art. 7º A União poderá instituir, em coordenação com os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e organizações da sociedade civil, programas de capacitação voltados a: I - administradores públicos, dirigentes e gestores; II - representantes de organizações da sociedade civil; III - membros de conselhos de políticas públicas; IV - membros de comissões de seleção; V - membros de comissões de monitoramento e avaliação; VI - demais agentes públicos e privados envolvidos na celebração e execução das parcerias disciplinadas nesta Lei.”

<sup>115</sup> A remuneração de equipe de trabalho era autorizada para OSCIP (Lei 9.790/1999, art. 10, IV) e OS (Lei 9.637/1998, art. 7º, II), proibida para entes federados (CF/1988, art. 167, X) e sem previsão para os casos de convênios.

<sup>116</sup> “Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria: I - remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade

Importante destacar que os mecanismos de controle do novo regime jurídico de parcerias abarcam não apenas as OSC's, mas também o próprio administrador público, o qual deverá considerar, ao decidir sobre a celebração de parcerias, sua capacidade operacional e as obrigações e responsabilidades decorrentes do ajuste, devendo assegurar o provimento dos recursos materiais e tecnológicos necessários ao desempenho de suas atividades (art.8)<sup>117</sup>.

Nesse ponto, o novo marco parece reconhecer a existência de numerosas prestações de contas não analisadas pela Administração Pública e a frequente realização de parcerias sem o devido monitoramento, recorrentemente justificada pela falta de recursos humanos da unidade e desconhecimento técnico sobre a matéria.

A execução dos ajustes deverá ser acompanhada e fiscalizada não só pelo administrador público<sup>118</sup>, mas também pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo e estará ainda sujeita aos mecanismos de controle social previstos na legislação (art. 60)<sup>119</sup>.

Em atenção às disposições da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)<sup>120</sup>, por exemplo, nas parcerias com vigência superior a um ano, há previsão de participação dos beneficiários na avaliação do desempenho das organizações por meio de pesquisa de satisfação como mecanismo de monitoramento e avaliação. Para isso, a Administração Pública poderá

---

civil, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas; a) (revogada); b) (revogada); c) (revogada); II - diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija; III - custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria; IV - aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.”

<sup>117</sup> “Art. 8º Ao decidir sobre a celebração de parcerias previstas nesta Lei, o administrador público: I - considerará, obrigatoriamente, a capacidade operacional da administração pública para celebrar a parceria, cumprir as obrigações dela decorrentes e assumir as respectivas responsabilidades; II - avaliará as propostas de parceria com o rigor técnico necessário; III - designará gestores habilitados a controlar e fiscalizar a execução em tempo hábil e de modo eficaz; IV - apreciará as prestações de contas na forma e nos prazos determinados nesta Lei e na legislação específica. Parágrafo único. A administração pública adotará as medidas necessárias, tanto na capacitação de pessoal, quanto no provimento dos recursos materiais e tecnológicos necessários, para assegurar a capacidade técnica e operacional de que trata o **caput** deste artigo.”

<sup>118</sup> Agente público revestido de competência para assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com organização da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros (Lei 13.019/2014, art. 2º, V).

<sup>119</sup> “Art. 60. Sem prejuízo da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo. Parágrafo único. As parcerias de que trata esta Lei estarão também sujeitas aos mecanismos de controle social previstos na legislação.”

<sup>120</sup> De acordo com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos são obrigadas a promover “transparência ativa” de seus estatutos, quadro de dirigentes, instrumentos firmados e relatórios de prestação de contas correspondentes, permitindo aos cidadãos conhecer e monitorar a realidade das parcerias e da atuação das OSC's.

valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos (art. 58, §§2º e 3º)<sup>121</sup>.

Também foi instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual OSC's, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao Poder Público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público (art. 18)<sup>122</sup>.

Tais oportunidades de participação nas sugestões de parcerias a serem firmadas, bem como na avaliação de suas execuções, são mudanças institucionais convergentes com o movimento geral de transparência no uso dos recursos públicos e fomentadoras do engajamento da população nas decisões públicas e das organizações, ou seja, alinhadas aos preceitos da democracia participativa.

De acordo com Lopez *et al.* (2014, p. 341), tal estímulo à transparência ajuda a superar problemas observados em duas importantes etapas das políticas executadas com OSC's, quais sejam: o monitoramento da execução e a avaliação dos resultados na prestação de contas.

## **2.1. A priorização do controle de resultados no novo regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as OSC's.**

A Lei 13.019/2014 estabeleceu a priorização do controle de resultados como uma das diretrizes fundamentais do regime jurídico de parcerias (art. 6º, II)<sup>123</sup>, enfrentando o desafio de

---

<sup>121</sup> “Art. 58. A administração pública promoverá o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria. § 1º Para a implementação do disposto no **caput**, a administração pública poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos. § 2º Nas parcerias com vigência superior a 1 (um) ano, a administração pública realizará, sempre que possível, pesquisa de satisfação com os beneficiários do plano de trabalho e utilizará os resultados como subsídio na avaliação da parceria celebrada e do cumprimento dos objetivos pactuados, bem como na reorientação e no ajuste das metas e atividades definidas. § 3º Para a implementação do disposto no § 2º, a administração pública poderá valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.”

<sup>122</sup> “Art. 18. É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.”

<sup>123</sup> “Art. 6º São diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria: I - a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público; II - a priorização do controle de resultados; III - o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; IV - o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil; V - o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; VI - a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; VII - a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos, na implementação de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil; VIII - a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção,

harmonizar dois objetivos antagônicos do direito administrativo contemporâneo, quais sejam: aperfeiçoar os mecanismos de controle da administração e assegurar sua eficiência (PATRÍCIA BAPTISTA<sup>124</sup> *apud* FALCÃO *et al.*, 2013, p. 18).<sup>125</sup>

Porém, conforme reconhece a própria Secretaria-Geral da Presidência da República (2014, p. 113), ainda será necessário adotar concomitantemente o controle de meios por ausência de parâmetros e critérios que possam estabelecer segurança suficiente à utilização dos recursos públicos. Para a priorização dos resultados é necessário que se construa cada vez mais o conhecimento sobre custos, métodos e indicadores.

No novo marco regulatório, a celebração e formalização do termo de colaboração e de fomento foi condicionada à designação de um gestor<sup>126</sup> e de uma comissão de monitoramento e avaliação da parceria<sup>127</sup> (art. 35, V)<sup>128</sup>.

Tal comissão receberá da Administração Pública relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria que conterá, dentre outros, descrição sumária das atividades e metas estabelecidas, bem como análise de eventuais auditorias realizadas pelo controle interno e externo, no âmbito da fiscalização preventiva (art. 59)<sup>129</sup>.

---

individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos; IX - a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.”

<sup>124</sup> BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>125</sup> Paulo Modesto (*apud* VIOLIN, 2015, p. 81) também demonstra preocupação com a eficiência da gestão pública, entendendo ser indispensável a superação do tradicional vezo burocrático que converteu a Administração numa cara “máquina de impedir”, cujos normativos basilares de atuação dispõe “artigo primeiro: não pode; artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se; artigo terceiro: se é urgente, espere; artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”.

<sup>126</sup> Agente público responsável pela gestão de parceria celebrada por meio de termo de colaboração ou termo de fomento, designado por ato publicado em meio oficial de comunicação, com poderes de controle e fiscalização (art. 2º, VI).

<sup>127</sup> Órgão colegiado destinado a monitorar e avaliar as parcerias celebradas com organizações da sociedade civil mediante **termo de colaboração ou termo de fomento**, constituído por ato publicado em meio oficial de comunicação, assegurada a participação de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública (art. 2º, XI).

<sup>128</sup> A criação de comissão de avaliação da parceria já era prevista pelo art. 8º da Lei 9.637/1998 e pelo art. 11 da Lei 9.790/1999.

<sup>129</sup> “Art. 59. A administração pública emitirá relatório técnico de monitoramento e avaliação de parceria celebrada mediante termo de colaboração ou termo de fomento e o submeterá à comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil. § 1º O relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria, sem prejuízo de outros elementos, deverá conter: I - descrição sumária das atividades e metas estabelecidas; II - análise das atividades realizadas, do cumprimento das metas e do impacto do benefício social obtido em razão da execução do objeto até o período, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho; III - valores efetivamente transferidos pela administração pública; IV - **(revogado)**; V - análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas, quando não for comprovado o alcance das metas e resultados estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento; VI - análise de eventuais auditorias realizadas pelos controles interno e externo, no âmbito da fiscalização preventiva, bem como de suas conclusões e das medidas que tomaram em decorrência dessas auditorias. § 2º No caso de parcerias financiadas com recursos de fundos específicos, o monitoramento e a avaliação serão realizados pelos respectivos conselhos gestores, respeitadas as exigências desta Lei.”

O texto original da Lei 13.019/2014 previa que o relatório técnico de monitoramento e avaliação contivesse análise de inúmeros documentos comprobatórios das despesas apresentados pela OSC na prestação de contas, apontando para a inexistência de uma efetiva priorização do controle de resultados. Entretanto, o dispositivo sofreu um ajuste redacional pela Lei 13.204/2015, condicionando tal análise apenas aos casos em que não for comprovado o alcance das metas e resultados estabelecidos no respectivo termo de colaboração ou de fomento (art. 59, V)<sup>129</sup>.

A aferição do cumprimento das metas terá por base os parâmetros definidos no plano de trabalho (art. 22, IV)<sup>130</sup> e a avaliação de resultados contará com indicadores, qualitativos e quantitativos (art. 23, VI)<sup>131</sup>. Nesse cenário, demonstra-se essencial que a Administração Pública estabeleça indicadores também para suas próprias políticas públicas, para fins de orientar a definição de parâmetros consistentes e sensíveis para cada parceria firmada, capazes de representar o impacto do benefício social obtido com a execução do objeto.

Interessante lembrar que no texto original da Lei, o Poder Público extrapolava os meios de controle determinando que o dirigente<sup>132</sup> da entidade parceira se responsabilizasse de forma solidária pela execução das atividades e cumprimento das metas pactuadas (art. 37).

Tal dispositivo foi acertadamente revogado pela Lei 13.204/2015, afinal tal exigência não é feita a outras pessoas jurídicas que celebram ajustes com a Administração Pública e viria a desestimular a realização das parcerias de que tratam o novo regime jurídico.

No mesmo sentido, revogou-se o texto original do art. 42, XVIII, marcado pelo burocrático controle de meios e pelo desrespeito à autonomia constitucional de auto-organização das entidades. Tal dispositivo exigia que as OSC's inserissem nas cláusulas dos

---

<sup>130</sup> “Art. 22. Deverá constar do plano de trabalho de parcerias celebradas mediante termo de colaboração ou de fomento: I - descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas; II - descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados; II-A - previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria; III - forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas; IV - definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. V - [\(revogado\)](#); VI - [\(revogado\)](#); VII - [\(revogado\)](#); VIII - [\(revogado\)](#); IX - [\(revogado\)](#); X - [\(revogado\)](#). Parágrafo único. [\(Revogado\)](#).”

<sup>131</sup> “Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei. Parágrafo único. Sempre que possível, a administração pública estabelecerá critérios a serem seguidos, especialmente quanto às seguintes características: I - objetos; II - metas; III - [\(revogado\)](#); IV - custos; V - [\(revogado\)](#); VI - indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados.”

<sup>132</sup> Pessoa que detenha poderes de administração, gestão ou controle da organização da sociedade civil, habilitada a assinar termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação com a administração pública para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, ainda que delegue essa competência a terceiros (art. 2º, IV).

contratos com seus fornecedores a permissão de livre acesso dos servidores/empregados dos órgãos ou entidades públicas repassadoras de recursos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada<sup>133</sup>.

No que tange à prestação de contas, a Lei 13.019/14 demonstrou estar alinhada com o art. 1º, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF<sup>134</sup>, pois trouxe a previsão de análise dos dados financeiros, estabelecendo nexo de causalidade entre a receita e a despesa realizada, a sua conformidade e o cumprimento das normas pertinentes (art. 64, § 2º)<sup>135</sup>.

Entretanto, a nova Lei parece ter almejado deixar de lado o controle meramente burocrático, e excessivamente custoso, valorizando o alcance das metas pactuadas e trazendo orientação expressa para se considerar na análise da prestação de contas a verdade real e os resultados alcançados (art. 64, §3º). Se colocada em prática pelos gestores e administradores públicos, tal previsão trará celeridade e eficiência na análise das contas apresentadas.

Ainda alinhando-se a um enfoque mais gerencial, o MROSC prevê a adoção de procedimentos de prestação de contas simplificada. Entretanto, embora o texto original estabelecesse um parâmetro de valor do ajuste igual ou inferior a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), a nova redação dada pela Lei 13.204/2015 apenas dispõe que o tema será objeto de regulamentação (art. 63, § 3º)<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> O livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno, bem como do Tribunal de Contas, a documentos e informações relacionadas aos ajustes, além do próprio acesso ao local de execução do objeto pactuado foi mantida (art. 42, XV).

<sup>134</sup> “Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no [Capítulo II do Título VI da Constituição](#). § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.” (Lei Complementar nº 101/00 - LRF)

<sup>135</sup> “Art. 64. A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas. § 1º Serão glosados valores relacionados a metas e resultados descumpridos sem justificativa suficiente. § 2º Os dados financeiros serão analisados com o intuito de estabelecer o nexo de causalidade entre a receita e a despesa realizada, a sua conformidade e o cumprimento das normas pertinentes. § 3º A análise da prestação de contas deverá considerar a verdade real e os resultados alcançados. § 4º A prestação de contas da parceria observará regras específicas de acordo com o montante de recursos públicos envolvidos, nos termos das disposições e procedimentos estabelecidos conforme previsto no plano de trabalho e no termo de colaboração ou de fomento.”

<sup>136</sup> “Art. 64. A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá conter elementos que permitam ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas. § 1º Serão glosados valores relacionados a metas e resultados descumpridos sem justificativa suficiente. § 2º Os dados financeiros serão analisados com o intuito de estabelecer o nexo de causalidade entre a receita e a despesa realizada, a sua conformidade e o cumprimento das normas pertinentes. § 3º A análise da prestação de contas deverá considerar a verdade real e os resultados alcançados. § 4º A prestação de contas da parceria observará regras específicas de acordo com o montante de

Tal alteração poderá garantir que cada ente estabeleça um valor compatível com sua realidade econômico-financeira, porém cabe atentar que a ausência total de parâmetros pode levar a adoção de critérios demasiadamente distintos entre os entes federados. Trata-se, entretanto, de inegável avanço do ponto de vista da valorização do princípio da eficiência.

No que tange à previsão de prestação de contas parcial – antes (texto original) incidente sempre que houvesse mais de 1 (uma) parcela – passa a ser aplicável apenas a parcerias com duração superior a 1 (um) ano, quando a organização deverá, ao final de cada exercício financeiro, apresentar sua prestação de contas (art. 67, §2º)<sup>137</sup>.

Da análise do texto legal, parece estar permitido o repasse, dentro do período de um ano, sem a prestação de contas dos recursos anteriormente recebidos pela entidade. Nesse ponto, talvez o controle tenha sido demasiadamente flexibilizado, representando risco de liberação de recursos a entidades que possam não ter atingido os resultados almejados com as parcelas anteriores. Porém, forçoso reconhecer que a exigência de prestação de contas de cada repasse gerou nos últimos um infinito estoque de processos pendentes de análise que se amontoam nas repartições públicas, representando um custo excessivamente alto para a administração.

Com o intuito de simplificar e racionalizar os procedimentos de prestações de contas, há previsão para fornecimento de manuais específicos às OSC's que celebrem parcerias com a Administração Pública, porém o conteúdo mínimo de tais documentos não foi definido pela Lei (art. 63, §1º)<sup>138</sup>. Se devidamente elaborados, a utilização de tais manuais poderão reduzir significativamente o quantitativo de tomadas de contas especiais instauradas pelos órgãos de controle em virtude de irregularidades na fase de prestação de contas.

O Poder Público terá até 150 (cento e cinquenta) dias para apreciar as prestações de contas finais a ele apresentadas, as quais poderão ser avaliadas como regulares<sup>139</sup>, regulares

---

recursos públicos envolvidos, nos termos das disposições e procedimentos estabelecidos conforme previsto no plano de trabalho e no termo de colaboração ou de fomento.”

<sup>137</sup> “Art. 67. O gestor emitirá parecer técnico de análise de prestação de contas da parceria celebrada. [...] § 2º Se a duração da parceria exceder um ano, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas ao fim de cada exercício, para fins de monitoramento do cumprimento das metas do objeto.”

<sup>138</sup> “Art. 63. A prestação de contas deverá ser feita observando-se as regras previstas nesta Lei, além de prazos e normas de elaboração constantes do instrumento de parceria e do plano de trabalho. § 1º A administração pública fornecerá manuais específicos às organizações da sociedade civil por ocasião da celebração das parcerias, tendo como premissas a simplificação e a racionalização dos procedimentos. § 2º Eventuais alterações no conteúdo dos manuais referidos no § 1º deste artigo devem ser previamente informadas à organização da sociedade civil e publicadas em meios oficiais de comunicação. § 3º O regulamento estabelecerá procedimentos simplificados para prestação de contas.”

<sup>139</sup> Quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho (art. 72, I).

com ressalvas<sup>140</sup> e irregulares<sup>141</sup> (arts. 71 e 72)<sup>142</sup>. O transcurso de tal prazo sem apreciação, entretanto, não significa impossibilidade de análise em data posterior, nem impede a adoção de medidas punitivas voltadas ao ressarcimento de possíveis danos aos cofres públicos.

Porém, cumpre atentar para o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a aplicação de sanções administrativas decorrentes de infração relacionada à execução da parceria (art. 73, §2º)<sup>143</sup>. Frisa-se, entretanto, que tal prazo prescricional não aplica-se às ações de ressarcimento (CF/1988, art.37, §5º)<sup>144</sup>.

Se por um lado o estabelecimento de tais prazos respeita a garantia constitucional de razoável duração do processo<sup>145</sup> e fortalece a segurança jurídica dos ajustes, por outro, a Administração Pública precisará se reorganizar para garantir agilidade na análise das prestações

---

<sup>140</sup> Quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal que não resulte em dano ao erário (art. 72, II).

<sup>141</sup> Quando comprovada qualquer das seguintes circunstâncias: a) omissão no dever de prestar contas; b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos (art. 72, III).

<sup>142</sup> “Art. 71. A administração pública apreciará a prestação final de contas apresentada, no prazo de até cento e cinquenta dias, contado da data de seu recebimento ou do cumprimento de diligência por ela determinada, prorrogável justificadamente por igual período.”

“Art. 72. As prestações de contas serão avaliadas: I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal que não resulte em dano ao erário; III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes circunstâncias: a) omissão no dever de prestar contas; b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos. § 1º O administrador público responde pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas ou por omissão em relação à análise de seu conteúdo, levando em consideração, no primeiro caso, os pareceres técnico, financeiro e jurídico, sendo permitida delegação a autoridades diretamente subordinadas, vedada a subdelegação. § 2º Quando a prestação de contas for avaliada como irregular, após exaurida a fase recursal, se mantida a decisão, a organização da sociedade civil poderá solicitar autorização para que o ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração ou de fomento e a área de atuação da organização, cuja mensuração econômica será feita a partir do plano de trabalho original, desde que não tenha havido dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos.” c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos. § 1º O administrador público responde pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas ou por omissão em relação à análise de seu conteúdo, levando em consideração, no primeiro caso, os pareceres técnico, financeiro e jurídico, sendo permitida delegação a autoridades diretamente subordinadas, vedada a subdelegação. § 2º Quando a prestação de contas for avaliada como irregular, após exaurida a fase recursal, se mantida a decisão, a organização da sociedade civil poderá solicitar autorização para que o ressarcimento ao erário seja promovido por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho, conforme o objeto descrito no termo de colaboração ou de fomento e a área de atuação da organização, cuja mensuração econômica será feita a partir do plano de trabalho original, desde que não tenha havido dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral dos recursos.”

<sup>143</sup> “§ 2º Prescreve em cinco anos, contados a partir da data da apresentação da prestação de contas, a aplicação de penalidade decorrente de infração relacionada à execução da parceria. §3º A prescrição será interrompida com a edição de ato administrativo voltado à apuração da infração”

<sup>144</sup> CF/1988, art.37, §5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

<sup>145</sup> CF/1988, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

de contas a ela encaminhadas. A continuidade do controle meramente burocrático de meios, até então adotado, dificilmente minimizará o risco de não descobrir tempestivamente falhas na execução das parcerias.

Destaca-se que a “prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou de infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial”, então ensejadora de julgamento irregular no texto original, deixou de constar na redação dada pela Lei 13.204/2015.

Trata-se de alteração condizente com a priorização do controle por resultados e a flexibilização das exigências burocráticas até então vigentes. Tal previsão possibilitava amplo enquadramento de condutas, inclusive daquelas que não acarretavam prejuízo aos cofres públicos ou descumprimento das metas pactuadas.

Importante destacar que a prestação de contas, bem como as impropriedades que derem causa a uma possível rejeição das contas, dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado (art. 65 e 69, §6º)<sup>146</sup>. Dessa forma, reconhecendo tratar-se de aspecto tecnológico ainda não disponível a todos os entes da federação, a Lei trouxe a possibilidade de adesão ao Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, da União (art. 81)<sup>147</sup>.

Porém, enquanto se adotem as medidas adaptativas necessárias à utilização do SICONV ou de sistemas correspondentes, há permissão para continuidade de adoção das rotinas previstas antes da entrada em vigor do novo marco regulatório e os Municípios com até 100.000 (cem mil) habitantes estão autorizados a efetivar a prestação de contas, e os atos dela decorrentes, sem utilização de plataforma eletrônica (art. 81-A)<sup>148</sup>.

Em que pese reconhecer a intenção de se fortalecer a transparência respeitando as peculiaridades tecnológicas e econômicas de cada ente, tal dispositivo pode enfraquecer a

---

<sup>146</sup> “Art. 65. A prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado.”

“Art. 69. A organização da sociedade civil prestará contas da boa e regular aplicação dos recursos recebidos no prazo de até noventa dias a partir do término da vigência da parceria ou no final de cada exercício, se a duração da parceria exceder um ano. [...] § 6º As impropriedades que deram causa à rejeição da prestação de contas serão registradas em plataforma eletrônica de acesso público, devendo ser levadas em consideração por ocasião da assinatura de futuras parcerias com a administração pública, conforme definido em regulamento.”

<sup>147</sup> “Art. 81. Mediante autorização da União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão aderir ao Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV para utilizar suas funcionalidades no cumprimento desta Lei.”

<sup>148</sup> “Art. 81-A. Até que seja viabilizada a adaptação do sistema de que trata o art. 81 ou de seus correspondentes nas demais unidades da federação: I - serão utilizadas as rotinas previstas antes da entrada em vigor desta Lei para repasse de recursos a organizações da sociedade civil decorrentes de parcerias celebradas nos termos desta Lei; II - os Municípios de até cem mil habitantes serão autorizados a efetivar a prestação de contas e os atos dela decorrentes sem utilização da plataforma eletrônica prevista no art. 65.”

prática do novo marco regulatório, dando sobrevida a práticas de controle meramente burocráticas, sobretudo por dois aspectos: 1) ausência de prazo máximo para a manutenção da adoção das antigas rotinas; e 2) significativo percentual (cerca de 95%)<sup>149</sup> de municípios brasileiros que se enquadram no limite estipulado de até 100 mil habitantes.

Ainda é importante lembrar que concomitantemente à priorização do controle de resultados, o MROSC traz mecanismos de controle prévio, de natureza cautelar, como aqueles presentes nos atos preparatório à formalização do ajuste<sup>150</sup>, e também formas de controle repressivo, empregadas quando do não atingimento dos resultados pactuados, ambos com caráter formalista. É o caso, por exemplo, das alterações realizadas pelo novo marco na Lei 8.429/1992<sup>151</sup>.

Dentre elas, destaco a inserção, no art. 11 do normativo acima mencionado, da seguinte hipótese de ato de improbidade administrativa: “VIII – descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.”

Trata-se de dispositivo com ampla possibilidade de enquadramento de condutas, o que nos leva a esperar que, na prática, o controle minucioso dos meios prejudique uma efetiva priorização do controle de resultados.

Afinal, excessos de enquadramento como “atos de improbidade administrativa” trazem insegurança aos gestores, que passam a se preocupar não apenas com tomadas de decisões adequadas, mas também com aquelas que afastam o risco de julgamento de sua gestão, o que nem sempre representa o caminho mais eficiente para a concretização dos objetivos pactuados e coloca em segundo plano a adoção de práticas gerenciais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O advento da Lei 13.019/2014 representou significativo avanço ao tentar suprir a lacuna legislativa de um regime jurídico para os repasses realizados a OSC's, necessidade reiterada

---

<sup>149</sup> O Brasil possui, segundo o Perfil dos Municípios Brasileiros 2013 – IBGE, 5.570 municípios, dos quais 5.271 possuem até 100 mil habitantes.

<sup>150</sup> Requisitos de elaboração do plano de trabalho (art. 22), do edital de chamamento público (art. 24, §1º) e de celebração das parcerias (art. 33)

<sup>151</sup> Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

em diversas oportunidades, como no anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e no Relatório Final da CPI das ONG's.

Na prática, entretanto, o novo marco não abrangeu todos os tipos de repasse<sup>152</sup>, deixando-se de efetivamente uniformizar todas as parcerias em uma só lei. Ademais, deixou de esclarecer questões críticas e necessárias a uma gestão eficiente, como as diretrizes mínimas para a adoção do mecanismo de prestação de contas simplificada.

Inegável, porém, que muitos dos dispositivos legais demonstraram preocupação com a garantia constitucional de auto-organização das OSC's e ratificaram a democracia participativa por meio do oferecimento de canais de participação da sociedade na execução, e acompanhamento, de políticas públicas. Dispuseram, ainda, sobre aspectos importantes, e até então pouco claros, como a obrigatoriedade de chamamento público – em que pesem as numerosas ressalvas trazidas pela Lei 13.204/2015 – a não exigência de contrapartida financeira para a realização dos ajustes, a possibilidade de remuneração da equipe de trabalho e a responsabilidade do próprio administrador público em avaliar se a capacidade operacional de seu órgão é compatível com as responsabilidades decorrentes do ajuste, tais como adequado monitoramento e análise tempestiva das prestações de contas.

Uma das principais inovações da Lei, a diretriz de priorização do controle de resultados, faz com que a sistemática apresentação de documentos comprovando despesas não seja mais suficiente para, por si só, assegurar a regularidade das contas dos recursos repassados. Torna-se indispensável a comprovação do alcance dos objetivos pactuados.

Apesar do aspecto gerencial positivo de tal estipulação, os reflexos de tal previsão legal restarão ainda, de certa forma, limitados<sup>153</sup> pelos controles de meios coexistentes. Afinal, é de se esperar que o temor dos dirigentes das OSC's de terem suas condutas questionadas pelo rigoroso crivo do controle de meios faça com que continuem adotando medidas mais conservadoras, ainda que menos eficientes ao alcance dos resultados buscados pela parceria.

É necessário, portanto, que a Administração Pública se reestruture, definindo e utilizando indicadores quantitativos e qualitativos no planejamento e na mensuração de suas políticas sociais, para fins de orientar a definição de indicadores consistentes e sensíveis para

---

<sup>152</sup> A nova legislação não se aplica, por exemplo, aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais quando cumpridos os requisitos da Lei nº 9.637/1998. No mesmo sentido, também não abrangerá os termos de parceria com as OSCIP'S quando atendidas às exigências da Lei nº 9.790/1999.

<sup>153</sup> A própria Secretaria-Geral da Presidência da República (2014, p. 113) reconhece que ainda é necessário adotar concomitantemente o controle de meios, por ausência de parâmetros e critérios capazes de estabelecer segurança suficiente à utilização dos recursos públicos, até que se construa adequado conhecimento sobre custos, métodos e indicadores para a priorização dos resultados.

cada parceria firmada, capazes de representar fidedignamente o impacto do benefício social obtido com a execução do objeto. Assim, resguarda-se a OSC de questionamentos subjetivos quanto à concretização dos resultados oriundos do ajuste e assegura-se ao Poder Público a aferição da efetividade das relações firmadas com a sociedade civil organizada.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo; João de Deus. **Direito administrativo esquematizado**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) . Acesso em: 10 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm) . Acesso em: 04 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> . Acesso em: 04 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Relatório Final da CPI “das ONGs”**. Brasília, outubro de 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6> . Acesso em: 10 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: a construção da agenda no governo federal – 2011 a**

2014. Brasília: Governo Federal, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/annab/Downloads/FINALFINALMROSC.pdf>. Acesso em: 8 de fevereiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ, Mauri J.V. **Reflexões sobre o marco regulatório de acesso a recursos públicos pelas Organizações da Sociedade Civil Brasileira**. A Face Privada na Gestão das Políticas Públicas. Organizadoras: Ana Lúcia Suárez Maciel e Erica Bomfim Bordin. Capítulo 5. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0008/4321/Mauri\\_Cruz.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/4321/Mauri_Cruz.pdf). Acesso em: 15 de novembro de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

FGV PROJETOS e SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Pesquisa sobre as organizações da sociedade civil e suas parcerias com o governo federal**. Rio de Janeiro/Brasília: FGV Projetos/Secretaria-Geral da Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/estudos-e-pesquisas/sumario-executivo-fgv.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2015.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística); IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada); GIFE (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas) e ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais). **As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil (Fasfil)**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes\\_Privadas\\_e\\_Associacoes/2010/fasfil.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes_Privadas_e_Associacoes/2010/fasfil.pdf). Acesso em: 15 de novembro de 2015.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo; ARAUJO JUNIOR, Evânio Antônio de; SOUZA, Aline Gonçalves de; SANT'ANA, Diogo de. **As parcerias entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil no Brasil: a formação de uma agenda de mudança institucional e regulatória**. Novena Conferencia Regional de ISTR Santiago de Chile 2013. Disponível em: <http://www.participa.br/articles/public/0008/5671/sg-novena-conferencia.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2015.

LOPEZ, Felix; LOPES, Laís de Figueiredo; SOUTO, Baiena; SANT'ANA, Diogo de. **A Interação entre as Organizações da Sociedade Civil e o Governo Federal: Colaboração nas políticas públicas e aperfeiçoamentos regulatórios possíveis. Brasil em Desenvolvimento 2014**. Estado, Planejamento e Políticas Públicas. v2. Editores Leonardo Monteiro Monasterio, Marcelo Côrtes Neri e Sergei Suarez Dillon Soares. Capítulo 15. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo\\_BD\\_2014\\_1\\_.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0008/4322/Capitulo_BD_2014_1_.pdf). Acesso em: 27 de junho de 2015.

MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MODESTO, Paulo. **Anteprojeto de nova lei de organização administrativa: síntese e contexto**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº 27, julho/agosto/setembro 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, nº. 214, p. 55-68, outubro/dezembro de 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373>. Acesso em: 2 de março de 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

## **A UNIVERSALIZAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA: DESAFIOS NAS ÁREAS URBANAS COM ASSENTAMENTOS IRREGULARES**

**OSVALDO ANSELMO REGINATO<sup>154</sup>**

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar os desafios que as prestadoras do serviço de abastecimento de água enfrentam para atenderem as áreas urbanas em que há assentamentos irregulares consolidados. Com base na Constituição Federal, compete ao Município executar política de desenvolvimento urbano, cujas diretrizes estão previstas no Estatuto da Cidade e no marco jurídico da regularização fundiária de assentamentos urbanos, de forma que a propriedade atenda a sua função social da moradia e a cidade propicie infraestrutura e um meio ambiente equilibrado para seus cidadãos. A Lei do Saneamento básico prevê que a prestação do serviço de abastecimento de água deve ser planejada de forma a ser atingida a universalização. A falta de regularização das áreas invadidas inviabiliza que as prestadoras do serviço possam assentar as redes públicas de água tratada e cadastrar os usuários em seu sistema. A prestação do serviço de abastecimento de água é submetida à regulação, conforme previsão do marco regulatório do saneamento básico, porém, com os índices de perdas e consequências ao sistema pelo abastecimento clandestino das áreas irregulares, as concessionárias acabam enfrentando dificuldades para atingir a regularidade e eficiência do serviço público que é exigida pela Constituição Federal, Lei do Saneamento e Código do Consumidor. O serviço é prestado mediante contrato com o poder concedente que, por sua vez, deve elaborar um Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB que, dentre outros requisitos, estabeleça os meios para se chegar à universalização do abastecimento de água tratada, o que torna indispensável o enfrentamento da questão dos assentamentos irregulares consolidados. Por fim, buscou-se destacar estudos, concepções e planos de ações que visam à universalização do abastecimento de água tratada nas áreas urbanas que ainda não foram regularizadas.

**Palavras-Chave:** Abastecimento de água tratada. Áreas urbanas irregulares. Regularização fundiária. Lei do Saneamento Básico. Soluções.

**Abstract:** This paper aims to analyze the challenges that the water supply service providers face to assist urban areas where there are consolidated irregular settlements. Based on the Federal Constitution, the municipality is responsible to implement the urban development policy, whose guidelines are provided by the City Statute and the legal framework of urban settlements regularization, so that the households can fulfill their social function of housing and the city can offer infrastructure and a balanced environment for their citizens. The Sanitation Law determines that the provision of water supply services should be planned in order to be universal. The lack of regularization of invaded areas prevents the service providers from

---

<sup>154</sup> Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS e Especialista em Direito do Saneamento pelo IDP. Advogado. Chefe do Departamento de Direito Privado na Superintendência Jurídica da Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN.

establishing the public treated water and registered users in their systems. The water provision is subject to regulation, according to the regulatory framework of the sanitation law, however, with the loss rates and consequences to the system by the clandestine supplying of irregular areas, the water concessionaires end up struggling to achieve the regularity and public service efficiency that is required by the Constitution, the Sanitation Law and the Consumer Code. The service is provided under contract with the grantor that, in turn, must conceive a Municipal Plan of Basic Sanitation - PMSB (Plano Municipal de Saneamento Básico) - that, among other requirements, establishes the means to reach the universalization of treated water supply and, thus, making it essential to address the issue of consolidated irregular settlements. Finally, I sought to highlight studies, concepts and action plans aimed at universalization of treated water supply in urban areas which have not been regularized yet.

**Keywords:** Treated water supply. Irregular urban areas. Land legalization. Sanitation Law. Solution

## INTRODUÇÃO

As companhias estaduais prestadoras do serviço de saneamento básico enfrentam dificuldades no controle de perdas aparentes de água tratada no que diz respeito às áreas urbanas em que há assentamentos pendentes de regularização fundiária.

As dificuldades dizem respeito às questões legais e técnicas. As questões legais decorrem, por exemplo, do não cumprimento da obrigação, pelo loteador, de implantar as redes públicas de água e esgoto e a responsabilidade subsidiária do Município, não podendo a concessionária ser responsabilizada a arcar com os custos de implantação da infraestrutura no local. Há também a questão dos assentamentos irregulares (áreas invadidas) em que o requerente de ligação de água não obtém a regularização do imóvel perante o Município que, conseqüentemente, não lhe concede numeração para o imóvel e autorização para abertura de vala e conexão à rede pública. Outro aspecto diz respeito à impossibilidade de implantação de redes de acordo com os critérios técnicos e de segurança em face das disposições dos imóveis não terem respeitado padrões urbanísticos mínimos. Em muitos casos, não será possível a execução de arruamentos, tudo decorrente da forma desordenada em que se deu a invasão e consolidação do assentamento sem que a administração pública cumprisse seu papel fiscalizatório e inibitório.

As pessoas que residem nessas áreas irregulares, estão à margem das garantias constitucionais da função social da propriedade, bem como não lhes é garantido o direito à moradia em local com infraestrutura e a devida urbanização.

Nos assentamentos irregulares há o acesso à água tratada por meio de ligações clandestinas, sujeitas à contaminação em face da precariedade das mangueiras utilizadas e cujas consequências são, muitas vezes, a inviabilização do sistema público instalado para atender as áreas regulares do entorno – redução de pressão da rede e até desabastecimento nos imóveis regularizados, decorrente da perda excessiva de água tratada, visto que ocorre desperdício por não haver a medição do volume consumido, bem como sem a contraprestação devida, acarretando no aumento de custo do serviço aos demais usuários.

Em razão de tal cenário, o estudo se inicia com as disposições da política urbana prevista pela Constituição Federal, seguida pela regulamentação contida no Estatuto da Cidade e a complementação com as medidas necessárias para a urbanização das áreas urbanas sem infraestrutura, previstas pela Lei de Regularização Fundiária.

No tópico seguinte, analisa-se a Lei do Saneamento no aspecto do abastecimento de água tratada nas áreas urbanas, em paralelo com o Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANSAB, aprovado em 2013 pelo Governo Federal, cujas metas são para longo prazo, contraposto à análise da necessidade das prestadoras de serviço de abastecimento de água tratada que necessitam um avanço a curto prazo para terem melhores condições de cumprirem suas metas vinculadas aos compromissos contratuais e exigências regulatórias e que esbarram na dificuldade da regularização fundiária e implantação de infraestrutura das áreas invadidas que se abastecem de forma clandestina.

Indo um passo mais adiante, aborda-se a questão dos contratos que são firmados pelos municípios com as concessionárias do serviço de abastecimento de água tratada, porém, ainda com base na Lei do Saneamento, que prevê a universalização dos serviços de saneamento básico mediante a elaboração, pelos municípios, do denominado Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB, o qual deve ser cumprido durante a vigência da concessão do serviço. Novamente, a questão das áreas irregulares é abordada, haja vista as dificuldades encontradas na regularização do abastecimento nas áreas irregulares que provocam grandes perdas de produção de água tratada dentre outros problemas técnicos que serão abordados, decorrentes do abastecimento clandestino.

Ao final, são apresentados planos que estão sendo implementados em Porto Alegre, pela autarquia municipal DMAE, e pela CORSAN, Companhia estadual que atua em dois terços dos municípios do Estado do Rio Grande do Sul. Destaca-se também os avanços propiciados pelo

Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV implementado pelo Governo Federal com a participação dos Municípios.

Na busca de soluções ao problema objeto do presente trabalho, também se dá destaque a estudos efetuados por diversos técnicos, cujo mote é encontrar caminhos a serem trilhados para a regularização fundiária.

Exemplificando com questões levadas ao Poder Judiciário, é dado destaque a duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que demonstram o entendimento daquela instância superior sobre a responsabilidade subsidiária dos Municípios nos loteamentos irregulares. Na fundamentação da decisão, demonstrou-se que as exigências administrativas para se conceder ligação de água não podem se sobrepor ao direito fundamental de dignidade da pessoa humana que deve vir em primeiro lugar quando o assunto é o acesso à água tratada, serviço público essencial à vida.

Encerrando, apresenta-se as ações do Ministério das Cidades para qualificar os técnicos municipais e demais atores que são necessários à aplicação da Lei de Regularização Fundiária, de acordo com a realidade de cada área ainda desassistida pela Administração Pública, visto que são medidas indispensáveis para a universalização do abastecimento de água tratada nas áreas urbanas.

## **1. A POLÍTICA URBANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O ESTATUTO DA CIDADE E A LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE ASSENTAMENTOS URBANOS**

As empresas concessionárias ou departamentos prestadores do serviço de abastecimento de água tratada têm grande dificuldade para atingir a universalização do serviço em face da falta de infraestrutura dos assentamentos irregulares. Na maior parte dos assentamentos irregulares o abastecimento de água é feito de forma clandestina através de derivações da rede pública que é uma das denominadas perdas aparentes, conforme definição técnica<sup>155</sup>:

---

<sup>155</sup> BRASIL. Governo Federal. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Programa de Modernização do Setor Saneamento – PMSS. Projeto COM + ÁGUA. **Guia Prático – Técnicas para Controle e Redução de Perdas Aparentes - Processo Comercial**. São Paulo, 2008. v. 6. p.11.

Sistemas de abastecimento de água sempre apresentam perdas. As perdas que acontecem por vazamento ou extravasamentos nas unidades operacionais do sistema chamam-se perdas reais e a água que é distribuída para os usuários mas não é contabilizada, devido a submedição e fraudes, é chamada de perdas aparentes. Esta terminologia está coerente com a terminologia padronizada pela IWA (International Water Association).

O abastecimento clandestino em áreas irregulares é um tipo de fraude ao sistema, enquadrando-se na categoria de perdas aparentes. Desta forma, é imprescindível que se analise o arcabouço jurídico existente para a regularização fundiária desses assentamentos irregulares, objetivando a regularização do abastecimento, única forma de combate às perdas aparentes decorrentes de ligações clandestinas. Toda sociedade sairá ganhando com tal medida: com a medição e a devida contraprestação, acaba-se com o desperdício e o sistema público passa a ser mais confiável, ou seja, menos sujeito ao desabastecimento.

A Constituição Federal, no Título VII, DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, dedica o Capítulo II à POLÍTICA URBANA<sup>156</sup>, cujo conhecimento é indispensável para o objeto do presente trabalho. O capítulo é composto pelos artigos 182 e 183.

O artigo 182 define que o Poder Público municipal deverá executar uma política de desenvolvimento urbano de acordo com as diretrizes gerais fixadas em lei e objetivando o ordenamento do desenvolvimento pleno das atribuições sociais da cidade de forma que garanta o bem-estar aos seus habitantes. Define em seus parágrafos: o plano diretor deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, sendo o instrumento básico para a política de desenvolvimento e expansão urbana, para as cidades com mais de 20 mil habitantes é obrigatório (§ 1º); a função social da propriedade urbana será atendida quando estiver de acordo com as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor (§ 2º); terá que haver prévia e justa indenização em dinheiro para as desapropriações de imóveis urbanos (§ 3º); o Poder Público municipal poderá, editar lei objetivando incluir área no plano diretor, exigindo, com base na lei federal, o adequado aproveitamento pelo proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Não o fazendo, poderá ser submetida, sucessivamente, ao parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial

---

<sup>156</sup> BRASIL. **Constituição Federal** [1988] 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

urbana progressivo no tempo; desapropriação, com as regras para a implementação desta definidas no mesmo inciso (§ 4º).

O artigo subsequente (art. 183) define que adquirirá o domínio de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados aquele que a possuir como sua, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, ininterruptamente e sem oposição por cinco anos. Há a condição de que não tenha nenhuma propriedade de imóvel urbano ou rural. Define também que a titulação dominial, bem como a concessão de uso poderão ser atribuídos tanto ao homem quanto à mulher, ou a ambos, indiferentemente do estado civil (§ 1º); também é regra para a obtenção do direito – título de domínio e a concessão de uso, que o mesmo não lhe tenha sido reconhecido outra vez ao mesmo possuidor (§ 2º); e, por fim, a impossibilidade de serem adquiridos por usucapião os imóveis públicos (§ 3º).

O Estatuto da Cidade<sup>157</sup>, por sua vez, decorrente da previsão Constitucional acima referida (artigos 182 e 183), é o regulamento que estabelece diretrizes gerais da política urbana: “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º).

Com o advento deste estatuto, discorre Ermínia Maricato<sup>158</sup>, não é possível que se ignore a função social da propriedade e se continue tratando “a propriedade privada como um direito absoluto e não relativizado”. A mesma autora arremata:

Em síntese, a lei pretende definir como regular a propriedade urbana de modo que os negócios que a envolvem não constituam obstáculo ao direito à moradia para a maior parte da população, visando, com isso, combater a segregação, a exclusão territorial, a cidade desumana, desigual e ambientalmente predatória. O EC trata, portanto de uma utopia universal: o controle da propriedade fundiária urbana e a gestão democrática das cidades para que todos tenham o direito à moradia e à cidade.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> BRASIL. **Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001** (Estatuto da Cidade), que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece as diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

<sup>158</sup> MARICATO, Ermínia. **Estatuto da Cidade Periférica. Estatuto da Cidade Comentado**. Organizadores Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach. – São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010, p. 6.

<sup>159</sup> MARICATO, op. cit., p. 7.

O mercado imobiliário não pode ditar a segregação das pessoas com menos poder aquisitivo, vez que ao afastá-las das áreas urbanas mais desenvolvidas também se estará impedindo que usufruam dos equipamentos urbanos de infraestrutura e lazer. O Estatuto da Cidade busca a inclusão das pessoas de baixa renda para que usufruam da cidade planejada e dotada de infraestrutura bem como garantindo o direito à moradia, deixando de ser a regra a ocupação de áreas periféricas onde não há urbanização.

O princípio da função social da propriedade é um princípio fundamental do direito urbanístico, conforme define Luís Paulo Sirvinskas<sup>160</sup>, visto que citado por diversas vezes na Constituição Federal (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, *caput*, 185, parágrafo único, e 186). Por tais razões, define: “É, sem dúvida, uma limitação ao direito de propriedade, devendo esta exercer uma função social e não somente individual. A propriedade privada não pode ser utilizada inadequadamente.”. O mesmo autor<sup>161</sup> destaca que dentre as funções sociais da propriedade está a de preservação do meio ambiente, mediante controle do parcelamento do solo urbano: “Há muitos loteamentos clandestinos implantados em áreas de preservação permanente e no entorno de mananciais.”.

Édis Milaré<sup>162</sup>, por sua vez, vê no Estatuto da Cidade que “como Política Nacional Urbana, figura como uma das Políticas Nacionais complementares à Política Nacional do Meio Ambiente”, visto que tem prescrições valiosas no tocante ao saneamento e ao Plano Diretor.

É indiscutível a relevância que o meio ambiente conquistou na Constituição Federal de 1988 e o objetivo de garantir uma vida saudável às gerações atuais e futuras, em todo o conjunto de regras que foram estabelecidas para viabilizar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não está dissociado de que se garanta, nos assentamentos de populações de baixa renda, o acesso à água tratada. Não há como se obter uma vida saudável sem água potável.

A Constituição Federal define que a propriedade deve atender sua função social, no que foi reproduzida pelo Estatuto da Cidade, prevendo que, com exceção dos imóveis públicos, as áreas em que ocorrem assentamentos de famílias sem qualquer oposição de seus proprietários, devem atender sua função social. Efetivamente, o Estatuto da Cidade dispõe, dentre seus

---

<sup>160</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13. ed. Saraiva, 2015, p. 780.

<sup>161</sup> SIRVINSKAS, op. cit., p. 781.

<sup>162</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 617.

objetivos de implementação de política urbana, que a propriedade deve atender suas funções sociais, o que fica claro, desde logo, no seu artigo 2º:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

(...)

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento.

Como se vê no texto da lei acima descrito, dentre as diretrizes gerais para implementação do Estatuto da Cidade está a execução de infraestrutura nas áreas irregulares, com regras de urbanização que atendam às condições socioeconômicas da população de baixa renda.

Ainda, conforme se vê acima, em recente alteração do Estatuto da Cidade (2015), houve a inclusão do inciso XVIII no artigo 2º, estabelecendo que, dentre outras obras de infraestrutura, o abastecimento de água deve ser tratado como prioritário, visto que a disponibilidade de água tratada é indispensável para a regularização das edificações.

A necessidade do plano diretor dos municípios está prevista no artigo 4º, III, “a”, como um instrumento a ser utilizado para fins de implementação do Estatuto da Cidade. Para respaldo jurídico de meios a serem utilizados para a regularização das áreas com assentamentos irregulares, no mesmo artigo 4º, VI, definiu-se os institutos jurídicos que estarão disponíveis para o mesmo fim, a se destacar: instituição de zonas especiais de interesse social (“r”); regularização fundiária (“q”); assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (“r”); demarcação urbanística para fins de regularização fundiária (“t”); legitimação de posse (“u”).

Os artigos 9º e 10 do Estatuto da Cidade preveem a usucapião especial de imóvel urbano. No artigo 9º a previsão é para possuidor de área de até duzentos e cinquenta metros e no artigo 10 para área superior a tal medida, para usucapião coletivo e prevendo como condição:

(...) ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas

coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Tal disposição dá aplicabilidade à previsão constitucional da função social da propriedade, vez que é a população de baixa renda que não possui condições financeiras para buscar a regularização da propriedade em que estabeleceu a sua moradia.

Nos municípios com mais de vinte mil habitantes ou integrantes de região metropolitana, será obrigatório o plano diretor (artigos 39 a 42 do Estatuto da Cidade) cuja elaboração terá que se dar “assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas” (art. 39). Nos artigos 43 a 45 estão descritas as regras de garantia da participação popular para a gestão democrática da cidade, através de gestão orçamentária participativa, a se realizar da seguinte forma” (art. 44):

(...) realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

O Estatuto da Cidade obteve grande impulso para sua aplicação com as regras que foram estabelecidas pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009<sup>163</sup>, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, a qual sofreu significativas alterações pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Portanto, trata-se de uma lei que já foi colocada à prova da aplicação na prática e nela foram incluídos outros dispositivos indispensáveis para que se possa efetivamente chegar à regularização das áreas irregulares.

Destaca-se para o objetivo do presente estudo, o Capítulo III da Lei nº 11.977/09 que trata da regularização fundiária de assentamentos urbanos (artigos 46 a 52). Define que a “regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes”, sendo que se busca com tais medidas “garantir o direito social à moradia, o pleno

---

<sup>163</sup> BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm)>. Acesso em agosto 2015.

desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 46).

Em seguida, estabelece conceitos e requisitos para a denominação de área urbana consolidada, demarcação urbanística, legitimação de posse, Zona Especial de Interesse Social – ZEIS, assentamentos irregulares, regularização fundiária de interesse social, regularização fundiária de interesse específico, etapas da regularização fundiária (art. 47).

No dizer de Celso A.P. Fiorillo<sup>164</sup>, o artigo 47 da Lei nº 11.977/09 estabelece “uma série de importantíssimos conceitos destinados a interpretar corretamente a tutela jurídica do meio ambiente artificial em face da orientação superior constitucional e evidentemente em harmonia com o Estatuto da Cidade”.

O artigo 48 da Lei nº 11.977/09 destaca que serão respeitados os princípios do Estatuto da Cidade e acrescenta outros princípios que deverão nortear a regularização fundiária:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização;

IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

O artigo 50 prevê que a “regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios” e também por “seus beneficiários, individual ou coletivamente”, bem como por “cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público” e ainda

---

<sup>164</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 149.

“associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária”.

O artigo 51, prevê os requisitos mínimos para o projeto de regularização fundiária. O artigo 52 viabiliza ao Município “autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima dos lotes definidos na legislação de parcelamento do solo urbano” para os assentamentos consolidados anteriormente a publicação dela mesma, Lei nº 11.977/2009.

O Ministério das Cidades, através da Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos e da Secretaria Nacional de Habitação, editou uma obra literária denominada “Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009”, destinada a todos os atores que possam levar à concretização dos preceitos da norma e destaca<sup>165</sup>:

A Lei nº 11.977/2009 abre um novo e promissor momento para a regularização fundiária urbana no Brasil. Pela primeira vez, a regularização fundiária é definida numa lei federal, que estabelece, ainda, procedimentos, competências e cria importantes instrumentos para a sua efetivação. Esta edição incorpora as alterações introduzidas na Lei nº 11.977/2009 pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, que também altera a Lei nº 6.015/1973, a Lei dos Registros Públicos. Aponta também instrumentos tratados por outras leis federais, que devem ser utilizados de forma complementar no processo de regularização fundiária de assentamentos urbanos.

O texto se destina àqueles que fazem a regularização fundiária dos bairros populares no nosso país – associações de moradores em assentamentos informais, defensorias públicas, organizações não governamentais, governos estaduais, à CAIXA e, em especial, às prefeituras municipais que, com a lei, passam a ter mais autonomia e novos mecanismos para enfrentar o quadro da irregularidade em seus territórios.

A mesma obra acima citada define, para as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, enquanto atores para a regularização fundiária, a seguinte incumbência<sup>166</sup>:

Implantar, por delegação do poder público, sistema viário e infraestrutura básica nos casos de regularização fundiária de interesse social, independentemente de quem seja seu agente promotor.

---

<sup>165</sup> BRASIL. Ministério das Cidades. **Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009** - Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos e Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, 2013. 3. ed. p. 10. Disponível em <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/06/Cartilha-lei-11977-Regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundiaria.pdf>>. Acesso em: agosto 2015.

<sup>166</sup> BRASIL. Ministério das Cidades, op. cit. p. 47.

As operadoras dos serviços de abastecimento de água necessitam da delegação específica para atuação nestas áreas de regularização fundiária. Essa delegação pode estar previamente prevista no contrato ou ser objeto de aditivo contratual e, ainda, ser objeto de convênio ou termo de cooperação entre as partes interessadas.

## **2. A LEI DO SANEAMENTO E O ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA NAS ÁREAS URBANAS**

A Lei do Saneamento<sup>167</sup> prevê, em seus princípios fundamentais, a universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico de forma adequada à saúde pública (art. 2º, incisos I e III). Conforme define o artigo 3º da mesma lei, o saneamento básico é um conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

O Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), aprovado em 2013 pelo Governo Federal<sup>168</sup>, abrange os quatro componentes enumerados pelo artigo 3º da Lei do Saneamento, sendo que as metas de universalização de tais serviços em áreas urbanas são todas para longo prazo:

Com o Plansab, o governo prevê alcançar nos próximos 20 anos a universalização do abastecimento de água em áreas urbanas até 2023; a universalização da coleta de resíduos sólidos urbanos, em áreas urbanas, até 2033; e alcançar, em 2033, 92% de domicílios urbanos servidos por rede coletora de esgotos sanitários ou fossa séptica e atingir 93% de tratamento do esgoto coletado. O Plano foi construído de forma participativa, com empresários, trabalhadores, ONGs, movimentos populares, entidades acadêmicas, profissionais e de pesquisa, e foi submetido à apreciação de quatro Conselhos Nacionais: de Saúde; de Meio Ambiente; de Recursos Hídricos; e das Cidades.

---

<sup>167</sup> BRASIL. [Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm), que “estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

<sup>168</sup> Portal Brasil. Infraestrutura: **Saneamento básico cobre 84% dos domicílios urbanos do País**. Publicado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2015/04/saneamento-basico-cobre-84-dos-domicilios-urbanos-do-pais>>. Acesso em: agosto 2015.

Sabe-se que o esgotamento sanitário é um serviço indispensável para a saúde pública, porém, o custo para implantação e respectiva prestação de tal serviço, com o respectivo tratamento, é bastante alto, razão pela qual a meta é para até 2033 alcançar a universalização do atendimento do mesmo, ou seja, ainda está muito distante de acontecer.

O objeto do presente trabalho, diz respeito, especificamente, ao serviço público de abastecimento de água tratada, cuja universalização do atendimento, em relação ao serviço de esgotamento sanitário, é de bem menor complexidade e custo para ser atingido, porém esbarra em dificuldades de sua implementação nas áreas irregulares consolidadas, por isso o PLANSAB prevê apenas para 2023 a universalização em áreas urbanas. Há que se registrar que, para as concessionárias do serviço, é um tempo muito longo para ser esperado, visto que essas áreas irregulares, quase que na totalidade, estão se abastecendo de forma clandestina.

O artigo 3º, inciso I, alínea “a”, da Lei do Saneamento, define que o serviço de abastecimento de água potável é “constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição”.

Mas como chegar com as redes públicas de abastecimento de água até as residências construídas nos loteamentos e assentamentos irregulares em que o loteador, a associação de moradores ou o Município não abriu ruas e os moradores não possuem a regularização das áreas ocupadas?

O plano de arruamento, conforme discorre José Afonso da Silva<sup>169</sup>, é de grande importância para o plano urbanístico municipal e possui as seguintes características:

(...) é elaborado e executado por particulares, proprietários de glebas urbanizáveis dentro ou fora do perímetro urbano, como urbanização primária do processo de loteamento de terrenos para fins de edificação. Seu objetivo fundamental consiste em ‘estabelecer um sistema de logradouros que proporcione acesso, luz e ar às propriedades lindeiras, permitindo, ao mesmo tempo, que o tráfego de veículos se processe rapidamente e com o máximo de segurança, sem necessidade de muitas restrições’ – logradouros, esses, que também servem de canais para instalação de redes de serviços públicos, aéreas ou subterrâneas (água, esgoto, gás, eletricidade, telefone), mas que, além disso, exercem outra relevante função, qual seja, a de procurar estabelecer o

---

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 335. apud Associação internacional de Administradores Municipais, **Planejamento Urbano**, Trad. De Maria de Lourdes Lima Modiano. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas (FGV), 1965, p.132.

equilíbrio entre os dois elementos constitutivos das aglomerações urbanas: conjunto edilício e equipamentos públicos e sociais.

A se pensar em um plano urbanístico, portanto, a envergadura da intervenção que deve ser feita nas áreas irregulares inviabiliza uma ação rápida para a implantação de redes de abastecimento de água tratada.

As barreiras existentes para a regularização das áreas e abastecimento de água tratada de forma regular precisam ser superadas. No título anterior foi analisado o conjunto de leis existentes para a regularização fundiária e a complexidade e demora dos processos administrativos ou judiciais. Enquanto as medidas administrativas e legais, bem como os procedimentos para obtenção de recursos financeiros estão sendo providenciados, os moradores das áreas irregulares não ficarão sem o abastecimento de água tratada, visto que o acesso é feito de forma também irregular. Entretanto, mesmo com o prejuízo que é sofrido pela prestadora de serviço, não há a supressão das ligações clandestinas, em face da questão de saúde pública e de se estar tratando de serviço público essencial à vida.

Na área do saneamento básico é comum se dizer que a cada real investido em água tratada e tratamento de esgoto, economiza-se de quatro a cinco reais em saúde. Tal perspectiva também é vista na escala mundial, segundo dados da Organização Mundial da Saúde<sup>170</sup>, da seguinte forma:

Estima-se que, para cada dólar investido em saneamento básico e água, o PIB global cresça em 1,5% e sejam economizados 4,3 dólares em saúde no mundo. Por isso, é essencial que os esforços voltados para o tema estejam entre as prioridades da agenda de desenvolvimento pós-2015. No entanto, graves lacunas no financiamento direcionado à causa ainda impedem o progresso. Milhares de pessoas no mundo se tornam mais suscetíveis a doenças como a diarreia – a segunda maior causa de morte entre crianças abaixo dos cinco anos –, o cólera, a hepatite e a tifoide, por conta de condições precárias de saneamento, água e higiene.

Dada a relevância para a saúde pública, conforme visto acima, no texto em destaque, ao menos no que está mais acessível dentre os serviços de água e esgoto, que é a universalização do abastecimento de água tratada, há que se dar prioridade para a efetivação do atendimento às

---

<sup>170</sup> ONU BR. Nações unidas no Brasil. **OMS: Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global.** Publicado em 20/11/2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>>. Acesso em: agosto 2015.

pessoas que já estão residindo nas áreas pendentes de regularização fundiária, diminuindo, assim, as perdas das concessionárias e dos riscos de contaminação em face da precariedade com que as ligações irregulares são efetuadas.

Nas áreas urbanas com ocupações irregulares, as condições de habitação e de infraestrutura são precárias ou inexistentes. Entretanto, uma vez que determinado local passa a ser a moradia de diversas famílias, não poderá o poder público se omitir, ao longo dos anos, sem disponibilizar a infraestrutura necessária para uma vida digna, com abastecimento de água de forma regular e sem risco de contaminação.

O consentimento tácito pelo poder público dos assentamentos urbanos irregulares se dá ao arrepio da lei e em omissão do dever de fiscalizar e impedir a implantação dos mesmos, bem como sem enfrentamento da realidade habitacional defasada e das condições precárias das moradias de seus munícipes.

Vejamos a análise de Ermínia Maricato<sup>171</sup> sobre a ocupação ilegal e a omissão do poder público:

Já que todos precisam de um lugar para morar e ninguém vive ou se reproduz sem um abrigo, esse consentimento à ocupação ilegal, não assumido oficialmente, funciona como uma válvula de escape para a flexibilização das regras. Mas esse consentimento e flexibilização se dão apenas em áreas não valorizadas pelo mercado imobiliário. O mercado mais do que a lei — norma jurídica — é que define onde os pobres podem morar ou invadir terras para morar. Há uma lógica que relaciona mercado e aplicação da lei.

Há o agravante de que estas áreas irregulares estão em constante expansão, haja vista que as famílias vão aumentando com um filho que constitui uma nova família, bem como há o contínuo movimento migratório de cidades menores do interior dos Estados para as cidades maiores ou periféricas de regiões metropolitanas, em busca do emprego e renda. Conforme já referido pela autora Ermínia Maricato<sup>172</sup>, pessoas sem poder aquisitivo não conseguem se manter em áreas urbanizadas em face do alto custo:

---

<sup>171</sup> MARICATO, Ermínia. *Estatuto da Cidade Periférica. Estatuto da Cidade Comentado*. Organizadores Celso Santos Carvalho, Anacláudia Roszbach. – São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010, p.9.

<sup>172</sup> MARICATO, op. cit, p. 14.

Excluídos do acesso à terra urbanizada, essa população migrante ou em alguns casos, imigrante, amontoa-se em favelas já que a terra urbanizada é um bem precioso e escasso nas cidades periféricas.

As barreiras enfrentadas pelo poder público municipal, para resolver o déficit habitacional, não se restringe às dificuldades jurídicas para implementação do Estatuto da Cidade, estando também relacionadas aos altos custos de aquisição das áreas e implantação da infraestrutura necessária, conforme discorre Ermínia Maricato<sup>173</sup>

De fato, a retenção de terras ociosas dificulta a política habitacional de amplo alcance já que o próprio Estado tem dificuldade de acesso a terra para programas públicos. E isso não se refere apenas à moradia. O alto custo da terra resulta limitador para diversas iniciativas de políticas públicas como a implantação de parques, ampliação do sistema viário, construção de equipamentos sociais como escolas, hospitais, creches, centros comunitários, entre outros. Estudos efetuados nas cidades de São Paulo e do México revelaram a dificuldade de pagamento de precatórios resultantes de terras desapropriadas para a execução de políticas públicas, dado o montante da dívida após trânsito e decisão judicial sobre o assunto.

Não bastam disposições legais prevendo medidas a serem tomadas para a solução de problemas que vem junto com as habitações irregulares, o que realmente vão combater as mazelas existentes são as ações para seguir avançando, conforme discorre Edésio Fernandes<sup>174</sup>

O Estatuto da Cidade tem, com certeza, muitas defasagens, limitações, e especialmente problemas de escala para os quais ele se mostra impotente, como a omissão no tratamento das áreas rurais, áreas ambientais, bacias hidrográficas, áreas metropolitanas etc. Tais mudanças mais profundas não podem ser introduzidas topicamente no Estatuto da Cidade, já que dependem, em última análise, de mudanças no próprio pacto federativo. Outros defeitos poderiam ser apontados, mas é inegável que muito já se avançou e que o próprio marco jurídico inaugurado pelo Estatuto da Cidade começou a ganhar corpo. Contudo, em que pesem os avanços incontestes, o Brasil ainda tem um longo caminho pela frente, e são muitos os obstáculos a serem superados para que os efeitos da reforma jurídica e institucional se manifestem de maneira mais acentuada.

---

<sup>173</sup> MARICATO, op. cit., p.16.

<sup>174</sup> FERNANDES, Edésio. **O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística**. Estatuto da Cidade Comentado. Organizadores Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach. – São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010, p. 70.

As áreas urbanas que são invadidas e nela vão se assentando famílias sem qualquer oposição dos proprietários e atuação do poder público, passam a ser um problema também para a atuação do Ministério Público, conforme relata Luís Paulo Sirvinskas<sup>175</sup>:

O Ministério Público encontra certa dificuldade quando tem que propor ação civil pública em face do Poder Público municipal para exigir a implantação de equipamentos públicos ou a imediata transferência da população para moradias mais dignas. Trata-se de um direito social do cidadão a ser cumprido pelo Poder Público (art. 6º da CF). O município, no entanto, não tem condições de alocar verbas imediatas para tal fim. Há a necessidade de planejamento para adaptar seu orçamento às obras de caráter prioritário e urgente. É questão de saúde pública.

Como se vê são inúmeros os empecilhos para se chegar à universalização do abastecimento de água nas áreas irregulares, porém tal meta não pode ser abandonada diante de discussões da legitimidade da propriedade, eventual desapropriação ou reintegração de posse, vez que o que deve se sobrepor é atender o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 11.445/2007, conforme destaca Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>176</sup>, “ao estabelecer diretrizes nacionais para o saneamento básico, em nada alterou (nem poderia alterar) as orientações constitucionais aprofundadas pelo Estatuto da Cidade.”, razão pela qual, no “plano do saneamento ambiental, alguns direitos fundamentais vinculados à pessoa humana estruturam os valores de bem-estar e salubridade perseguidos pelo Estatuto da Cidade”, sendo que o direito ao uso de água potável está dentre os objetivos estabelecidos pelas diretrizes.

Outro componente importante para o atendimento do princípio da universalização do abastecimento de água tratada é o fato de que deverá haver a contraprestação pelo serviço. Desta forma, exige que se pense que para a população de baixa renda, o custo de tal serviço pode pesar no orçamento familiar, razão pela qual a Lei do Saneamento prevê a utilização de subsídios como “instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda” (art. 3º, III).

---

<sup>175</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 13. ed. Saraiva, 2015, p.788.

<sup>176</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97-98.

Ao se conseguir a implementação da infraestrutura e disponibilização de água tratada, conjuntamente se fazem necessárias tarifas acessíveis à população em situação de vulnerabilidade social. É importante lembrar que a universalização do serviço também é uma forma de atender aos preceitos constitucionais que visam garantir um meio ambiente equilibrado, indispensável para uma vida sadia e de qualidade, razão pela qual a tarifa da água tratada tem que ser acessível a todas as pessoas.

A Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, na estrutura tarifária que pratica, concede desconto de 60% para os usuários de baixa renda, através da tarifa social. A obtenção de tal tarifa subsidiada depende de comprovação de requisitos previstos em norma específica que exigem, em síntese, que o imóvel possua até 60 m<sup>2</sup>, máximo de 6 pontos de tomada de água e que o usuário seja beneficiário de programa federal, estadual ou municipal de transferência de renda, ou seja, já tenha comprovado e obtido o reconhecimento da situação de carência perante tais entes federados. Quando o não atendimento de tais critérios impedem a obtenção da tarifa social, há uma segunda forma de ter acesso ao subsídio: ser reconhecida a situação de vulnerabilidade social, mediante atestado emitido por profissional do Município, com qualificação técnica para tal, ou seja, de regra com graduação no curso de Assistente Social.

### **3. AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA E O PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO**

A Lei do Saneamento (11.445/2007), em seu artigo 9º, I, dispõe que o titular do serviço deverá elaborar plano de saneamento básico. A titularidade do serviço é exercida, em regra geral, exclusivamente pelo Município. A exceção é a região metropolitana, onde poderá ser estabelecido “ambiente de gestão cooperada”<sup>177</sup> entre os Municípios que a integram e o Estado.

---

<sup>177</sup> ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **STF, saneamento e titularidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3579, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24225>>. Acesso em: agosto 2015.

No artigo 11, estão relacionadas, dentre as condições de validade do contrato entre o Município e a concessionária, a necessidade da existência de plano de saneamento básico – PMSB.

Entretanto, esta exigência foi objeto de prorrogação pelo Decreto nº 7.217/2010, que regulamentou a Lei n. 11.445/2007, sendo que o prazo de entrega dos planos passou de 2010 para dezembro de 2013. No artigo, 26, § 2º estabeleceu-se que a existência do plano seria condição para o acesso a recursos orçamentários da União a partir do exercício financeiro de 2014. Entretanto, com o Decreto Federal nº 8.211 de 21/03/14, houve nova prorrogação do prazo para o exercício financeiro de 2016, passando a ser dia 31/12/2015 a data final de entrega dos planos.

Portanto, os contratos devem estar vinculados ao plano municipal de saneamento básico o qual, evidentemente, não poderá se omitir de prever as medidas necessárias à regularização fundiária cotejada com os demais requisitos de validade enumerados pelo artigo 11: “estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços”, “planos de investimentos e os projetos”, “metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água”, “prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas”.

Desta forma, faz-se necessária a compatibilização do PMSB com as medidas e investimentos indispensáveis para o atendimento das áreas irregulares, visto que é nelas que os projetos a serem implementados terão custos mais vultosos, dada a parcial ou total falta de infraestrutura.

Retomando o conceito das perdas aparentes, descrito anteriormente, trata-se de volume consumido ou desperdiçado sem ser contabilizado pelo prestador do serviço e decorrente, dentre outras causas, das ligações clandestinas. Faz-se necessário que o plano de saneamento preveja as ações de ambas as partes, município e concessionária, com implementação de convênio para o combate do consumo e desperdício decorrente do abastecimento sem medição e faturamento<sup>178</sup>, especificamente com o objetivo de nesse processo ser feita a regularização fundiária:

---

<sup>178</sup> Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. Revista SANEAMENTO PARA TODOS. Ano 2. Nº 4. Brasília, novembro de 2007. **Perdas**

Diversos estudos brasileiros exemplificam isso quando apresentam que os consumidores não medidos consomem de duas a três vezes mais do que aqueles que são medidos, resultando em grande impacto sobre a oferta de água e o dimensionamento dos sistemas de abastecimento.

(...) Outros fatores relacionados às perdas aparentes são as fraudes em medidores, submedições ou ligações clandestinas que, numa comparação aos fatores de perdas reais, se assemelham aos vazamentos não combatidos para efeito de infra-estrutura de disponibilidade de água para o sistema.

Desta forma, para as concessionárias prestadoras do serviço de abastecimento de água tratada, há necessidade de fazer parte do plano de saneamento municipal as medidas que o Município adotará em face das áreas irregulares, visto que nelas ocorre percentual significativo de perdas do sistema de água tratada, bem como de faturamento, elidindo boa parte da capacidade de investimento e melhoria do serviço. Neste sentido, discorre Ernani Ciríaco de Miranda<sup>179</sup>:

A redução das perdas possibilita o melhor aproveitamento da infra-estrutura existente e a postergação da aplicação de recursos para ampliação dos sistemas. Além do mais, possibilita um grande retorno financeiro, seja pela diminuição dos custos de produção de água seja pelo aumento do faturamento.

Uma avaliação simplificada desse retorno estima um valor de R\$ 2,4 bilhões ao ano, considerando-se a redução até o patamar de perdas inevitáveis, previsto em 20%.

Portanto, o gerenciamento das perdas é estratégico para a sobrevivência empresarial dos prestadores de serviços. Combater e controlar as perdas é uma questão fundamental, em cenários em que há escassez de água e conflitos pelo uso; elevados volumes de águas não faturadas; e um ambiente de competição, em que os indicadores que retratam as perdas de água estão entre os mais valorizados para a avaliação de desempenho.

O serviço prestado pelas concessionárias é regulado e o atingimento dos índices buscados pelas agências reguladoras, de eficiência e modicidade da tarifa, dependem, dentre outros, do

---

**Aparentes.**

Disponível em: <http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/b855aa4c9021a9e7c4ac0b538150e258.pdf> Acesso em: agosto 2015, p. 25.

<sup>179</sup> MIRANDA, Ernani Ciríaco de. **É necessário adotar um modelo sustentável de gestão de perdas**. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. Revista SANEAMENTO PARA TODOS. Ano 1. Nº 1. Brasília, setembro de 2005. Disponível em: <http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/6b9fffa5d221e12388a928ab044c46d5.pdf>. Acesso em: agosto 2015, p. 32.

controle das perdas. Não há como se pensar em universalização do serviço sem a regularização das áreas onde ocorrem as perdas do sistema pelo abastecimento clandestino.

A regulação do serviço de abastecimento de água está prevista na Lei do Saneamento e o Município, além do contrato com as concessionárias, também deve criar agência de regulação própria ou celebrar convênio com Agência Reguladora que, no caso do Rio grande do Sul, é a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do **RS** - AGERGS. A Agência Reguladora é quem aprova o Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE, o qual é previsto no contrato com o município e vincula o poder concedente e a concessionária ao cumprimento de suas regras. No regulamento também estão previstas as normas que regerão a relação com os usuários do serviço e com os requerentes de ligação nova.

No Estado do Rio Grande do Sul, apenas com exceção de dois municípios que possuem agências próprias, é a AGERGS quem regula o serviço prestado pela CORSAN, que atua em dois terços dos municípios gaúchos. Em 2014, no processo de revisão do Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE<sup>180</sup>, a AGERGS verificou a necessidade de adequação ao recente entendimento jurisprudencial de que a natureza jurídica do abastecimento de água é pessoal, afastando as regras de que a obrigação pelos débitos era vinculada ao imóvel, independentemente de quem tenha sido efetivamente o do serviço. Para obter um parcelamento, por exemplo, o usuário tinha que ter a anuência do proprietário.

Esta recente alteração de conceito, com modificação da relação da concessionária, que passou a ser diretamente com o usuário responsável pela ligação de água, vem a facilitar a implementação do atendimento dos cidadãos que não possuem o título de propriedade do imóvel.

Sendo a relação da concessionária tão somente com quem vai usufruir do serviço de abastecimento de água tratada, é possível o cadastramento de quem mantém a posse mansa e pacífica do imóvel, desde que não possua outra propriedade urbana ou rural, mediante certidão negativa do registro de imóveis.

---

<sup>180</sup> AGERGS. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS. Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE. Disponível em <<http://www.agergs.rs.gov.br/upload/20150123151936regulamentocorsan2014.pdf>> Acesso em: agosto 2015.

Entretanto, será o Município, poder concedente, quem deverá autorizar a ligação de água e conceder o número ao imóvel, ou seja, depende da regularização da área ou loteamento.

#### **4. SOLUÇÕES PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA TRATADA**

Os assentamentos irregulares são o grande obstáculo enfrentado pelos municípios e concessionárias para universalizar o serviço público de abastecimento de água tratada e, mais difícil ainda, implantar o serviço de esgotamento sanitário. Cumpre registrar que se está referindo o abastecimento de água regular, através de ligação efetuada pela empresa ou departamento prestador do serviço de água, pela rede pública até os imóveis das áreas em questão, visto que onde não há a regularização, o mesmo acaba sendo acessado pelos moradores através de ligações clandestinas, sem o controle do consumo e a correspondente contraprestação.

Há, ainda, muitas situações advindas de intencional parcelamento irregular efetuado pelo proprietário da área, para não ter que atender às disposições da Lei do parcelamento do solo (Lei nº 6.766/79<sup>181</sup>), com a omissão do ente municipal em fiscalizar e adotar as medidas administrativas cabíveis, notificando o loteador para que execute as obras que lhe compete<sup>182</sup>.

Os assentamentos irregulares, muitas vezes, se dão pelas invasões de áreas públicas e particulares. Luís Paulo Sirvinskas<sup>183</sup> descreve outro aspecto deste problema:

Outro enfrentamento é a possibilidade de o proprietário da área privada, onde se instalou a favela, promover ação de desapropriação indireta, pleiteando assim vultosa indenização. Creio que assiste razão aos promotores de Habitação e Urbanismo em se manifestarem contra tal pedido, pois o proprietário tinha de tomar as providências imediatas no momento da invasão de seu terreno, mas assim não o fez, deixando transcorrer *in albis*. A omissão do proprietário não pode beneficiá-lo. Não teria sentido colocar mais esse ônus nas costas do Poder Público. Ele tem a obrigação de implantar os equipamentos públicos essenciais. Agora passa a ser obrigado a pagar vultosa indenização ao proprietário por causa da omissão deste, que em nosso entender deveria ser corresponsável pela instalação da favela. Sua propriedade

---

<sup>181</sup> BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

<sup>182</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2011, p. 450.

<sup>183</sup> SIRVINSKAS, op. cit., p. 788.

deixou de exercer a função social, portanto deve perde-la para o Poder Público – desapropriação-sanção.

Segundo o mesmo autor<sup>184</sup>, a Prefeitura Municipal de São Paulo está efetuando “intervenções nessas favelas com o projeto ‘Programa de Urbanização de Favelas’, e também com o ‘Programa Mananciais’, este último tem parceria com o governo do Estado (‘Favela cresce e ocupa área de 4 cidades’. Folha de S. Paulo, 18 jul 2011, p. C-3.)”.

Em Porto Alegre, capital gaúcha, onde o abastecimento de água é feito pelo Departamento Municipal de Água e Esgotos – DMAE, foi implantado o “Programa Consumo Responsável”<sup>185</sup>, para áreas em processo de regularização, abrangidas pelo plano de investimento do orçamento participativo e mediante o comprometimento da comunidade pelo uso adequado da água, assim definido:

É o Programa de Responsabilidade Social de abastecimento de água, criado em virtude da ocupação irregular do solo em Porto Alegre, onde ocorre o desperdício no uso da água, perdas e contaminação das redes. Atua em aglomerações urbanas irregulares e que apresentam grau variável de deficiência na sua infraestrutura e na prestação de serviços pelo setor público.

No mapa da irregularidade fundiária de Porto Alegre foram identificados, conforme censo do IBGE de 2010, 267 aglomerados subnormais, com 56.024 domicílios e uma população de 192.843 pessoas. A premissa utilizada para o “Programa Consumo Responsável” é de que o acesso a água é um direito humano, reconhecido pela ONU. Deixou-se para trás o dilema anterior de que dando acesso a água se estaria consolidando a ocupação irregular e o Município passou a atuar nos processos de regularização fundiária. Constatou-se que essas comunidades acabavam se abastecendo através de extensões feitas pelos mesmos através de mangueiras plásticas ligadas à rede pública. Esta forma precária de obtenção da água tratada acabava colocando em risco à saúde e a qualidade de vida dos usuários, provocando, também, desperdício, perdas e conseqüente evasão de receita.

Desta forma, para atender os objetivos do “Programa Consumo Responsável” foram estabelecidos critérios para a seleção da área e estabelecidas diretrizes de engenharia,

---

<sup>184</sup> SIRVINSKAS, op. cit., p.787.

<sup>185</sup> BANDEL, Patrícia Tompsen. Apresentação. Coordenadora da Assessoria de Relacionamento com a Comunidade. **Programa Consumo Responsável**. Departamento Municipal de Água e Esgoto – DMAE. Porto Alegre. Julho 2015.

socioambientais e econômicas. O programa já está na sua segunda fase de execução, com benefícios para 32 mil pessoas e 4.729 atendidas.

A experiência da CORSAN diante da situação de áreas com assentamentos irregulares consolidados, levou a criar o Programa Água Legal<sup>186</sup> e, para a viabilização das medidas a serem adotadas nos municípios que se habilitam à implantação do mesmo, firma convênio com o escopo de:

(...) estabelecer a forma e as condições de mútua colaboração para fornecimento de água potável mediante ampliação de rede de água e a ligação de ramal domiciliar em imóveis localizados em áreas de ocupação consolidada e áreas em fase de regularização fundiária, as quais serão avaliadas quanto ao prazo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, que indique a irreversibilidade da posse titulada que induza ao domínio.

Entretanto, a viabilização do convênio depende da efetiva atuação da administração municipal, designando técnicos que adotem as medidas legais que viabilizem a serem autorizadas as ligações pelo Município, visto que é um requisito previsto no Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE, aprovado pela AGERGS<sup>187</sup> (art. 56, II).

O Governo Federal, contribuiu para o enfrentamento da problemática habitacional de muitos municípios, editando, em 2011, o Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011 que regulamenta dispositivos da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, dispendo sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida– PMCMV<sup>188</sup>, que, ao que é mais relevante para o presente estudo,

---

<sup>186</sup> CORSAN. **Programa Água Legal**. 20/03/2014. Disponível em: <<http://www.corsan.com.br/node/1194>>. Acesso em: agosto 2015.

<sup>187</sup> AGERGS. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS. **Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE**. Disponível em <<http://www.agergs.rs.gov.br/upload/20150123151936regulamentocorsan2014.pdf>> Acesso em: agosto 2015.

<sup>188</sup> CAIXA Econômica Federal. **Minha Casa Minha Vida - Recursos FAR**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/habitacao/minha-casa-minha-vida/Paginas/default.aspx/index.asp>>. Acesso em: agosto 2015: O Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) recebeu recursos transferidos do Orçamento Geral da União (OGU) para viabilizar a construção de unidades habitacionais. A medida foi tomada para atender ao déficit habitacional urbano para famílias com renda até R\$ 1.600,00, considerando a estimativa da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), de 2008. (...) a execução das obras do empreendimento é realizada por construtora contratada pela CAIXA, que se responsabiliza pela entrega dos imóveis concluídos e legalizados. Os imóveis contratados são de propriedade exclusiva do FAR e integram seu patrimônio até que sejam alienados.

dada a abrangência maior do programa, estabeleceu uma linha de incentivo para viabilizar a realocação de famílias assentadas em áreas irregulares, com renda até R\$ 1.600,00.

O Decreto nº 7.499/2011, estabeleceu critérios para a implementação do PMCMV:

Art. 4º Em áreas urbanas, deverão ser respeitados os seguintes critérios de prioridade para projetos do PMCMV, observada a regulamentação do Ministério das Cidades:

I - a doação pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios de terrenos localizados em área urbana consolidada para implantação de empreendimentos vinculados ao programa;

II - a implementação pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios de medidas de desoneração tributária para as construções destinadas à habitação de interesse social; e

III - a implementação pelos municípios dos instrumentos da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que visam ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade.

Em 2011, para comemorar os 10 anos do Estatuto da Cidade, realizou-se o II Congresso de Direito Urbano-Ambiental em Porto Alegre, pela Escola Superior de Direito Municipal, com a participação de procuradorias municipais, Ministério Público e OAB/RS (Comissão de Direito Urbanístico), que resultou na edição de uma obra com dois volumes<sup>189</sup>, onde são analisados de forma multidisciplinar os problemas das cidades e apontadas diversas soluções para a regularização fundiária dos Municípios. Por tais razões, alguns artigos que compõe a obra que resultou do referido congresso, têm identificação com o objeto do presente trabalho, vez que discorrem sobre medidas que, por fim, irão viabilizar a implantação de rede de abastecimento de água nas áreas irregulares.

Candida Silveira Saibert<sup>190</sup> aborda cinco aspectos que entende necessários para a implementação da regularização fundiária:

1. O conceito legal de regularização fundiária contido no artigo 46 da lei nº 11.911/09 estabelece uma diretriz geral para os Municípios formularem a

---

<sup>189</sup> Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. **Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental**. Organizadoras: Betânia de Moraes Alfonsin, Elaine Adelina Pagani, Simone Somensi e Vanêscia Buzelato Prestes. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

<sup>190</sup> SAIBERT, Candida Silveira. **Lei nº 11.977/09: marco regulatório da regularização fundiária e quebra de paradigma**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.1. Porto Alegre: Exclamação, 2011, p. 23.

política de regularização fundiária plena, mediante sistematização, coordenação e interdisciplinaridade entre os diversos órgãos concorrentes para esse fim.

2. A regularização fundiária deverá integrar o planejamento e gestão urbanos com a finalidade de incorporação dos assentamentos regularizados à cidade formal. Para esse fim o Poder Público municipal deverá inserir na legislação local dispositivos atinentes à regularização fundiária nas quatro dimensões estatuídas na definição legal, bem como deverá prever dotação orçamentária para esse fim.

3. O projeto de regularização fundiária previsto no artigo 51 da lei nº 11.977/09 deverá buscar sustentabilidade urbanística e ambiental do assentamento, garantindo o direito à moradia digna e o interesse de implantação dos serviços públicos no assentamento.

4. A instituição de ZEIS é importante medida para compatibilizar-se o assentamento com as normas do plano diretor, bem como para assegurar o gravame da área regularizada para habitação de interesse social.

5. Da exegese dos §§ 1º e 2º do artigo 54 da lei nº 11.977/09 depreende-se a inexigibilidade de apresentação pelo Município de Plano de Regularização Fundiária Sustentável na forma da Resolução CONAMA/369/06.

Ana Luísa Soares de Carvalho<sup>191</sup>, analisa a regularização fundiária a partir da implantação do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV:

a) A implementação do PMCMV, que objetiva o incentivo à produção e aquisição de novas habitações para a destinação à população com renda familiar até 10 salários mínimos, deve integrar as diretrizes e regras dos planos diretores e suas diretrizes de planejamento e desenvolvimento de forma a atender a realidade e os critérios de cada município, em cada Estado, para a instituição de uma política habitacional articulada com o interesse local.

b) Os atos que dependem da atuação do município devem ser executados no modelo previsto à Administração Pública, submetendo ao processo de licitação as contratações de empresas para execução de empreendimentos em áreas de domínio municipal doadas ao FAR.

c) A definição das áreas públicas e suas funções vinculam o modelo urbano planejado e a estruturação dos equipamentos públicos necessários à urbanização dos espaços da cidade, conforme lei local. Por isso, as propostas de conversão de destinação de área pública devem obedecer aos critérios legalmente eleitos no processo de parcelamento urbano, justificada pelo planejamento setorial das demandas, com a finalidade de promoção do desenvolvimento da cidade com justiça social, que é quesito indissociável do princípio da dignidade humana.

---

<sup>191</sup> CARVALHO, Ana Luísa Soares de. **Questões Jurídicas na Implantação do Programa Minha Casa Minha Vida**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.1. Porto Alegre: Exclamação, 2011, p. 303-304.

d) A concessão de incentivo urbanístico consistente na redução ou dispensa da destinação de área pública em parcelamento do solo de empreendimentos enquadrados no PMCMV está condicionada ao diagnóstico da suficiência dos equipamentos públicos instalados no entorno da região do empreendimento para direcionar a atuação do município.

e) A atividade dos órgãos técnicos municipais, no planejamento urbano, resulta na informação e estruturação das políticas públicas e concretização dos direitos constitucionais, como acesso a saúde, estudo, lazer, cultura, atividades ligadas às áreas de destinação pública decorrentes do processo de parcelamento urbano.

Fábio Scopel Vanin<sup>192</sup> aborda os aspectos da sustentabilidade e do planejamento urbano na regularização fundiária de interesse social:

1. As características do processo de urbanização no Brasil, fez com que parte expressiva da população, passasse a ocupar, em condições indignas de sobrevivência, localidades de proteção ambiental, que jamais deveriam ter sido ocupadas.

2. Ao lado dessa problemática de impacto ambiental estão inseridas questões sociais preocupantes, em especial aquelas atreladas ao direito de moradia, o que motivou um debate socioambiental, que incentivou um avanço nas ideias acerca do instituto da Regularização Fundiária.

3. A regularização fundiária de interesse social apresenta-se como o principal instrumento para a solução deste conflito socioambiental e não pode ser observada de forma simplista: sua concepção vai além de uma regularização documental, devendo ela, observar questões urbanas, ambientais, sociais e espaciais para sua efetivação.

4. Complementando a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, a Lei n. 11.977/2009, veio dar diretrizes ao instituto, abarcando os aspectos jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais e garantindo a titulação dos imóveis e o direito social a moradia, através de regramentos com foco na sustentabilidade.

5. Embora presente essas diretrizes, a efetivação da norma dependerá da regulamentação e de políticas pública desenvolvidos em nível local. Os Municípios deverão, através do Plano Diretor e leis municipais tomar as medidas necessárias, em especial o zoneamento das áreas, a especificação de índices urbanísticos e a disponibilidade de infra-estrutura no local a ser regularizado.

6. Para que o instrumento cumpra o seu papel de inclusão social com respeito as regras urbanísticas, ambientais e jurídicas, é necessário que esteja inserido no processo permanente de planejamento do Município, sendo adotada como uma política habitacional local, a qual, deve ser dada a devida prioridade, com base nas peculiaridades de cada cidade.

---

<sup>192</sup> VANIN, Fábio Scopel. **A regularização fundiária de interesse social e os aspectos da sustentabilidade e do planejamento urbano.** Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.1. Porto Alegre: Exclamação, 2011, p.358-359.

7. A regularização fundiária de interesse social deve ser utilizada com cuidado pelo Poder Público, especialmente para resolver as situações consolidadas, não podendo ser transformado em instrumento para sanar a falta de planejamento presente e futuro dos governos, uma vez que, a legislação urbanística em vigor, em especial o Estatuto da Cidade, dá, ao gestor público condições suficientes de planejar o Município de forma coerente e eficiente.

Joseana da Silva Almeida<sup>193</sup> demonstra que nas áreas especiais há caracterização do território, além do interesse social:

É fundamental demarcar espaços que serão objeto de propostas, inclusive para aplicação dos instrumentos do Estatuto das Cidades. As Áreas Especiais cumprem este papel. Assim podem ser utilizados, por exemplo, a Transferência do Direito de Construir nas áreas de patrimônio histórico, o IPTU Progressivo nos vazios urbanos, o Usucapião Coletivo em assentamentos de baixa renda, o Direito de Preempção nas áreas de interesse ambiental, entre outros.

(...) O que se sabe é que não existem fórmulas milagrosas, receitas prontas para planejar uma cidade. A única certeza é a de que o ponto de partida deve ser sempre o reconhecimento do lugar e o planejamento deve ter por foco principal, se não o único, uma melhor qualidade de vida para as pessoas.

Com o mesmo espírito de busca de soluções para o problema da regularização fundiária urbana, Fernando Fukassawa<sup>194</sup>, profundo conhecedor da realidade com sua atuação como Promotor de Justiça do MP estadual de São Paulo e, dentre outras funções, Secretário da Habitação de São José do Rio Preto, SP, reconhece nos loteamentos irregulares a omissão de fiscalização e a falta de trabalho preventivo. O ajuizamento de demandas judiciais contra os loteadores, ao final são inócuas vez que o transcorrer do tempo impede que ocorra a responsabilização dos mesmos. Não há modelo para uma solução, porém ela existe e pode ser pela regularização fundiária, criticada por alguns por entenderem que acaba fomentando as irregularidades porque o Município acaba solucionando a situação. A ideia da regularização, entretanto é para reverter em benefício de toda a sociedade. Concluindo, descreve como um caminho para a solução dos loteamentos irregulares a ação dos próprios interessados que na maioria das vezes permanecem inertes:

---

<sup>193</sup> ALMEIDA, Joseane da Silva. **Áreas especiais: além do interesse social, uma caracterização do território**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.2. Porto Alegre: Exclamação, 2011, p. 759-761.

<sup>194</sup> FUKASSAWA, Fernando. **Regularização Fundiária Urbana Lei n. 11.977/2009**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-37.

Uma das soluções é contar com os próprios moradores ocupantes da área ilegalmente parcelada, para regularização possível. Não é comum a falta de adesão dos beneficiários diretos, que, acomodados, sempre esperam uma postura paternalista e exclusiva do Poder Público, como que lhe carregando com exclusividade a responsabilidade, esquecendo-se de sua efetiva participação no desencadeamento e manutenção da irregularidade. Por defeito de formação ou não, é vezo enalacrado no comportamento de muita gente. Moradores de loteamentos clandestinos têm dificuldades, aparentes ou reais, de organização e união visando à solução dos problemas que vão aumentando significativamente, desde a falta de saneamento básico até a erosão das ruas intransitáveis. Mas a conscientização dessas populações quanto à possível regularização, se já não conscientizadas pelas dificuldades vivenciadas no local, é trabalho necessário e deve ser convincente.

A visão a ser acrescentada aos artigos com pareceres técnicos e jurídicos dos profissionais acima descritos, é a de que a CORSAN, que é uma Companhia Estadual de economia mista, regulada pela AGERGS e fiscalizada pelo Tribunal de Contas, quando recebe solicitação de ligação de água em loteamento clandestino, cumpre buscar perante o poder concedente, o Município, a atuação com o poder de polícia que lhe é inerente, com a legitimidade que possui para demandar judicialmente contra o loteador, para que este cumpra com a obrigação de implementar a infraestrutura necessária conforme lhe obriga a Lei do Parcelamento do Solo. Por fim, não tendo sucesso, o Município, conforme prevê a Lei do parcelamento do solo, é quem deve implementar a infraestrutura, subsidiariamente, no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>195</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. CONFIGURADA. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO DAS ÁREAS. 1. Reexame necessário. Denúncia da lide à CORSAN. Não se mostra razoável compelir a companhia estadual a tomar providências para fins de promover a regularização do loteamento em tela, mormente porque as irregularidades existentes na área são pretéritas à elaboração do contrato firmado junto ao Município. Manutenção da sentença. 2. Apelação. Transcorrido largo lapso da cessão de uso do terreno, não se tem quaisquer notícias de que o Município réu, ora apelante, tenha cumprido as obrigações contraídas, especialmente no tocante à regularização dos loteamentos comercializados. Pelo contrário, da análise dos autos, é possível constatar que a parte recorrente agiu com desídia, sem ao menos obedecer às normas atinentes à averbação do loteamento junto à matrícula imobiliária do imóvel parcelado. Hipótese em que a manutenção da sentença é medida que se impõe, porquanto evidente a negligência do ente municipal, ao realizar o

---

<sup>195</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário Nº 70061595690, Segunda Câmara Cível, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 19/08/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: agosto 2015.

parcelamento devido de área pública, permitindo a construção de casas irregulares na localidade.

**APELO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO.**

Há responsabilização do ente Municipal pela omissão em fiscalizar e exigir a regularização das casas que são construídas em áreas públicas ou objeto de loteamentos comercializados.

Entretanto, a experiência tem mostrado que nos parcelamentos de solo irregulares a solução acaba tendo que ser buscada conjuntamente entre interessados (moradores), Município e, no que diz respeito ao abastecimento de água, com a parceria também da prestadora do serviço. Esta solução, na maioria das vezes, para a prestadora de serviço de abastecimento de água ainda é o prejuízo menor, visto que o abastecimento do loteamento acaba ocorrendo de forma clandestina.

De outro lado, também há decisão oriunda do mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>196</sup> que afasta a exigência de título de propriedade e de autorização do Município para a abertura de vala, por ser loteamento irregular, como impedimento para a instalação de rede de abastecimento de água, com base no princípio da dignidade da pessoa humana:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONDICIONAMENTO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO À COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE DO IMÓVEL E AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO PARA ABRIR VALAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.**

1. O fornecimento de água é serviço público essencial, o que leva a um aspecto real e concreto de urgência, uma vez que ninguém sobrevive sem água e, neste passo, não pode ser negado. É de se atentar, também ao princípio da dignidade da pessoa humana, carro-chefe dos demais princípios que norteiam todas as regras. A vida sem água é insubsistente, mormente porque o seu fornecimento está a condicionar a própria saúde, aspecto que se eleva para o patamar de interesse macro da vida em sociedade. 2. É totalmente desarrazoado a CORSAN condicionar o fornecimento de serviço essencial à comprovação de propriedade do imóvel. No caso, a parte agravante comprovou a posse legítima do imóvel através de contrato de compra e venda, sendo suficiente para que o serviço seja prestado. 3. Mesmo que o loteamento do imóvel fosse irregular (o que não há prova nos autos de ser o caso), o Poder Público dispõe de outros meios para impedir a ocupação indevida de terras públicas, não se podendo utilizar da eventual negativa de serviços básicos como forma de

---

<sup>196</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065168072, Segunda Câmara Cível, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 19/08/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: agosto 2015.

coação para a desocupação. 4. Em cognição sumária, a parte agravante comprovou ter atendido aos requisitos legais do art. 273 do CPC, sendo devida a antecipação de tutela requerida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.

A CORSAN, como se vê no julgado acima, adstrita às limitações de sua atuação no Município, previstas no Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE, já referido anteriormente, muitas vezes acaba sendo demandada judicialmente pelos munícipes para que a ligação de água seja feita independentemente da regularização fundiária e autorização do poder público municipal para abertura de vala e concessão de numeração para o imóvel.

Por fim, é importante ser registrado que o Ministério das Cidades, através de biblioteca virtual, disponibiliza, dentre outras obras afins, manual com o passo a passo da regularização fundiária<sup>197</sup> auxiliando os técnicos dos diferentes órgãos que se dedicam na solução desta problemática:

A publicação do Manual da Regularização Fundiária Plena, resultado da parceria do Ministério das Cidades com a Aliança de Cidades, insere-se na estratégia de capacitação. Constitui importante fonte de informação indispensável para todos aqueles que desenvolvem ações voltadas para a concretização do direito à moradia e à cidade, mediante processos de regularização fundiária sustentáveis de assentamentos urbanos ocupados por populações de baixa renda.

(...)

Neste Manual, o conceito de regularização fundiária plena é entendido como o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social. Essas medidas objetivam a adequação dos assentamentos informais consolidados, de modo a garantir o direito social à moradia e à função social da propriedade e da cidade.

(...)

Passo a passo da regularização dos loteamentos clandestinos - 1º passo - Avaliação preliminar - A decisão de iniciar o processo de regularização ou de desfazer o loteamento, removendo os moradores, é da competência única e exclusiva do Poder Público Municipal, cabendo a ele estabelecer os parâmetros de aceitação de uma situação irreversível.

Como se vê, o Ministério das Cidades regulamentou as medidas que devem ser adotadas pelos Municípios de forma a ter uma linha de procedimentos que levem ao desfazimento do

---

<sup>197</sup> BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Programas Urbanos Aliança de Cidades. **MANUAL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PLENA**. 02.10.07. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/10de2cab557d30e16b61222f8f8a91af.pdf>>. Acesso em: agosto 2015, p. 5 – 19 – 124.

loteamento clandestino ou para efetivamente atuar na regularização da área, com a adoção das medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que se fazem necessárias.

O Ministério das Cidades também disponibiliza cursos de extensão universitária no formato EAD<sup>198</sup>, viabilizando que os administradores dos municípios habilitem seus técnicos, bem como demais atores, necessários à atuação de forma eficiente na busca de soluções para os assentamentos irregulares. Tal qualificação e posterior colocação dos conhecimentos em prática conjuntamente com a política municipal de regularização de áreas irregulares, viabilizará que se atendam os compromissos assumidos no contrato de prestação de serviço de água e no plano municipal de saneamento básico, e conseqüentemente a universalização do abastecimento de água tratada nas áreas urbanas.

## **5. CONCLUSÃO**

Com o arcabouço legal que se formou no Brasil, em face da política urbana prevista pela Constituição Federal, definindo que a propriedade deve atender a sua função social, estão ocorrendo significativos avanços na regularização fundiária das áreas urbanas consolidadas.

Entretanto, os direitos constitucionais ainda devem ser mais resguardados pela Administração Pública que, de forma omissa, permite a existência e consolidação de assentamentos irregulares em área de risco e de preservação ambiental, tão necessárias para o planejamento urbanístico, de forma que as cidades propiciem qualidade de vida a seus habitantes. Nesta mesma deficiência está incluída a impossibilidade de implantação dos sistemas de saneamento básico previsto pela Lei do Saneamento.

Nota-se que os marcos regulatórios da Cidade e do Saneamento devem estabelecer um diálogo, vez que a implementação de um depende do outro. Não há urbanização sem a implantação de saneamento básico. A implementação de um Plano Diretor implicará na implementação de um Plano de Saneamento Básico correspondente. Para que tudo isso seja possível, faz-se necessária também a implementação da Lei de Regularização Fundiária.

O Ministério das Cidades, através de biblioteca virtual com diversas obras e manuais com o passo a passo da regularização fundiária, implementando o Programa Nacional de Capacitação das Cidades (Capacidades), disponibilizando também cursos de extensão

---

<sup>198</sup> <http://www.capacidades.gov.br/>

universitária no formato EAD, viabiliza que os administradores dos municípios e os demais atores que são necessários, habilitem-se para atuarem de forma eficiente na busca de soluções para os assentamentos irregulares, de forma a aplicar a legislação da regularização fundiária ao caso concreto de cada área que necessita da ação da Administração Pública.

As prestadoras de serviço estão fazendo a sua parte, qualificando seu corpo técnico e criando programas que buscam combater as perdas do sistema de abastecimento de água tratada e auxiliando os titulares dos serviços a cumprirem com o seu papel de atender a todos os munícipes no serviço público indispensável à vida.

Ao se fazer a regularização fundiária nas áreas urbanas dos municípios, ao mesmo tempo em que se dá cidadania às famílias que se instalam em condições desumanas e muitas vezes pondo em risco suas vidas, lhes dando acesso ao abastecimento de forma legal, também viabilizará para que as prestadoras do serviço possam atingir a universalização do serviço com a consequente maior eficiência e modicidade de tarifas no serviço prestado, com a redução de perdas de água, bem finito na natureza, ao qual se agrega o custo de tratamento para que atinja os graus de potabilidade previstos pela legislação e que dão efetiva garantia da saúde pública.

Dessa forma, a persistir a inoperância da Administração Pública sem efetivamente cumprir a legislação existente para a regularização fundiária, há que se agir no âmbito da necessidade imediata de abastecimento de água tratada. Não havendo nenhuma destas ações, o cidadão continuará tendo que buscar no Judiciário que lhe sejam alcançados os direitos e garantias constitucionais. Essa lógica é que deve ser mudada, com planejamento e ações, como foram descritas no presente trabalho e que demonstram que muitos avanços já houveram, porém muito ainda tem que se avançar.

## REFERÊNCIAS

AGERGS. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS. **Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE**. Disponível em <<http://www.agergs.rs.gov.br/upload/20150123151936regulamentocorsan2014.pdf>> Acesso em: agosto 2015.

ALMEIDA, Joseane da Silva. **Áreas especiais: além do interesse social, uma caracterização do território**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.2. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **STF, saneamento e titularidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3579, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24225>>. Acesso em: agosto 2015.

BANDEL, Patrícia Tompsen. Apresentação. Coordenadora da Assessoria de Relacionamento com a Comunidade. **Programa Consumo Responsável**. Departamento Municipal de Água e Esgoto – DMAE. Porto Alegre. Julho 2015.

BRASIL. **Constituição Federal** [1988] 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. Governo Federal. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Programa de Modernização do Setor Saneamento – PMSS. Projeto COM

+ ÀGUA. **Guia Prático – Técnicas para Controle e Redução de Perdas Aparentes - Processo Comercial.** São Paulo, 2008. v. 6.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. **Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001** (Estatuto da Cidade), que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece as diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em< [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm)>. Acesso em agosto 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**, que “estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm)>. Acesso em: agosto 2015

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Programas Urbanos Aliança de Cidades. **MANUAL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PLENA.** 02.10.07. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/10de2cab557d30e16b61222f8f8a91af.pdf>>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009** - Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos e Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, 2013. 3. ed. p. 10. Disponível em <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/06/Cartilha-lei-11977-Regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundiaria.pdf>>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065168072, Segunda Câmara Cível, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 19/08/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: agosto 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário Nº 70061595690, Segunda Câmara Cível, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 19/08/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: agosto 2015.

CAIXA Econômica Federal. **Minha Casa Minha Vida - Recursos FAR.** Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/habitacao/minha-casa-minha-vida/Paginas/default.aspx/index.asp>>. Acesso em: agosto 2015.

CARVALHO, Ana Luísa Soares de. **Questões Jurídicas na Implantação do Programa Minha Casa Minha Vida**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.1. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. **Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental**. Organizadoras: Betânia de Moraes Alfonsin, Elaine Adelina Pagani, Simone Somensi e Vanêscia Buzelato Prestes. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

CORSAN. **Programa Água Legal**. 20/03/2014. Disponível em: <<http://www.corsan.com.br/node/1194>>. Acesso em: agosto 2015.

FERNANDES, Edésio. **O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística**. Estatuto da Cidade Comentado. Organizadores Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach. – São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FUKASSAWA, Fernando. **Regularização Fundiária Urbana Lei n. 11.977/2009**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2011.

MARICATO, Ermínia. **Estatuto da Cidade Periférica. Estatuto da Cidade Comentado**. Organizadores Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach. – São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 617.

Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. Revista SANEAMENTO PARA TODOS. Ano 2. Nº 4. Brasília, novembro de 2007. **Perdas Aparentes**. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/b855aa4c9021a9e7c4ac0b538150e258.pdf>> Acesso em: agosto 2015.

MIRANDA, Ernani Ciríaco de. **É necessário adotar um modelo sustentável de gestão de perdas**. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Programa de Modernização do Setor Saneamento. Revista SANEAMENTO PARA TODOS. Ano 1. Nº 1. Brasília, setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/media/doc/acervo/6b9fffa5d221e12388a928ab044c46d5.pdf>>. Acesso em: agosto 2015, p. 32.

ONU BR. Nações unidas no Brasil. **OMS: Para cada dólar investido em água e saneamento, economiza-se 4,3 dólares em saúde global**. Publicado em 20/11/2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>>. Acesso em: agosto 2015.

Portal Brasil. Infraestrutura: **Saneamento básico cobre 84% dos domicílios urbanos do País**. Publicado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2015/04/saneamento-basico-cobre-84-dos-domicilios-urbanos-do-pais>>. Acesso em: agosto 2015.

SAIBERT, Candida Silveira. **Lei nº 11.977/09: marco regulatório da regularização fundiária e quebra de paradigma**. Congresso Comemorativo aos 10 anos do Estatuto da Cidade. Anais do II Congresso de Direito Urbano-Ambiental. v.1. Porto Alegre: Exclamação, 2011.

## **A IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LIMITES COGNITIVOS E DE ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS**

**Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves**

### **RESUMO**

A crise do sistema carcerário brasileiro já se arrasta há algum tempo, tendo a audiência de custódia ocupado, hodiernamente, grande espaço nesse debate, notadamente em virtude da possibilidade de se diminuir o extenso número de detidos cautelarmente. Todavia, a efetiva integração prática desse instituto deve ser cuidadosa, com intuito de que a novidade procedimental não acabe por violar diversos direitos do acusado. É nesse contexto que se insere o presente trabalho, que pretende, em linhas gerais, abordar os principais aspectos do limite cognitivo da audiência de custódia e a atuação dos sujeitos processuais nessa seara.

**PALAVRAS-CHAVE:** Audiência de custódia; limite cognitivo; sujeitos processuais.

### **INTRODUÇÃO**

Não é de hoje que o sistema carcerário brasileiro recebe severas críticas com relação à superlotação de suas unidades e, conseqüentemente, ao tratamento que o encarcerado recebe durante o seu cumprimento de pena ou segregação provisória.

Tal situação é atribuída não só ao descaso do Poder Executivo com a ampliação, a reforma e o investimento em nossos estabelecimentos prisionais, assim como ao arcabouço legislativo, que, em seu passado recente, dispunha apenas do binômio prisão e liberdade para os investigados na seara criminal, o que acabava por contribuir sobremaneira com a superlotação desses locais.

Em face disso, o Código de Processo Penal passou, ao longo dos últimos anos, por diversas alterações legislativas que intentavam diminuir a quantidade de presos provisórios, colocando a prisão como *ultima ratio* e possibilitando a aplicação de diversas medidas cautelares menos invasivas.

Todavia, mesmo com a entrada em vigor de várias leis que modificaram a sistemática das prisões cautelares no Brasil, percebe-se que a realidade prisional pouco mudou, haja vista que a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão não passou a ser frequente no poder Judiciário, mantendo-se o protagonismo das prisões<sup>199</sup>.

Especificamente no que atine à prisão em flagrante, observa-se gritante modificação em sua sistemática, uma vez que deixou de ser modalidade autônoma de prisão cautelar, mas, por outro lado, a sua conversão em prisão preventiva sem qualquer fundamentação idônea é prática repetida hodiernamente.

Atribui-se essa impropriedade ao descaso dispensado a essa modalidade de prisão, notadamente porque o Poder Judiciário ou o Ministério Público não fazem a devida análise do auto de prisão em flagrante e das condições pessoais do encarcerado, mesmo com imperativo legal no sentido de que o auto deve ser encaminhado ao juiz dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

---

<sup>199</sup> LOPES Jr., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória no processo penal. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209). Acessado em: 30.12.2015.

Ressalte-se, outrossim, que a simples análise do auto de prisão em flagrante não é capaz de constatar severas violações aos direitos fundamentais do investigado, tais como a tortura ou o abuso de autoridade por parte dos órgãos policiais.

Nesse tocante, destaca-se a especial proteção conferida às pessoas presas pelos Tratados Internacionais, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que foram internalizados, no ano de 1992, em nosso ordenamento jurídico por meio dos decretos 678 e 592, respectivamente.

Esses instrumentos normativos dispõem acerca da necessidade de que toda pessoa presa seja levada, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais.

Assim, embora a previsão supramencionada já estivesse no ordenamento jurídico pátrio desde o ano de 1992, recentemente o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão que deferiu medida cautelar nos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF, determinou

aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direito, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão<sup>200</sup>.

Desse modo, além da regulamentação estabelecida pelos próprios Tribunais locais, o CNJ, em recente resolução, qual seja, 213/2015, passou a regulamentar o procedimento da audiência de custódia em âmbito nacional, estabelecendo regras gerais.

Além disso, insta ressaltar o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 que já objetivava, de igual modo, regular o procedimento para apresentação de toda pessoa presa à autoridade Judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Contudo, apesar dos inegáveis avanços trazidos por essa inovação, não é despiciendo salientar que os direitos do acusado devem permanecer hígidos, questionando-se o limite cognitivo, a atuação dos sujeitos processuais no referido ato, bem como não se admitindo que,

---

<sup>200</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acessado em: 30 jan. 2016.

no transcorrer dessas audiências, sejam possíveis colheitas de provas ou decretações de prisões preventivas de ofício.

Dessa forma, o problema cuja análise se propõe diz respeito aos limites e às possibilidades de atuação, no curso da audiência de custódia, do Magistrado, do Ministério Público e da própria defesa da pessoa detida, assim como a possibilidade de produção de provas no bojo desse ato e as decretações de medidas cautelares de ofício, ante o sistema processual adotado em nosso país, bem como em observância ao regramento procedimental e aos princípios constitucionais adotados no âmbito no processo penal brasileiro.

## 1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O embate acerca dos sistemas processuais penais é assunto recorrente e de profundas discussões em âmbito acadêmico, de modo que se faz necessário o esclarecimento de que o presente tópico objetiva apenas demonstrar algumas das principais distinções entre os sistemas, com a consequente análise do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque o sistema processual adotado por nossa Carta Magna irá influenciar diretamente o procedimento da audiência de custódia, mormente no que tange aos limites impostos à atuação do magistrado, bem como à correta delimitação da postura do Ministério Público.

Assim, deve-se esclarecer que os sistemas processuais penais são formados por um conjunto de normas, instituições, princípios e sujeitos internamente coerentes que estabelecem as balizas mestras que devem ser seguidas quando da aplicação do direito penal ao caso concreto<sup>201</sup>, mas sem pretensão absoluta de harmonia e completude<sup>202</sup>, de sorte que tais elementos poderão ser comuns a vários ordenamentos ou a somente alguns<sup>203</sup>.

Contudo, não se observa um entendimento pacífico acerca de todos os elementos que efetivamente venham a caracterizar determinado sistema processual, constatando-se, por outro

---

<sup>201</sup>RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46.

<sup>202</sup>PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 100.

<sup>203</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42.

lado, que há um rol de características comuns a cada sistema que a parcela majoritária da doutrina faz referência.

Com relação ao sistema acusatório, sua origem nos remonta aos tempos antigos de Grécia e Roma<sup>204</sup>, tendo passado, ao longo dos anos, por diversas transformações para se chegar ao modelo discutido atualmente.

Embora exista divergência<sup>205</sup>, hodiernamente, a doutrina aponta como principais características desse sistema processual penal a (i) notória separação entre os órgãos acusatório e julgador<sup>206</sup>; (ii) o início do processo apenas com a atividade do órgão acusador<sup>207</sup>; (iii) as partes devem se encontrar em pé de igualdade e são livres para apresentação de provas que entendam necessárias<sup>208</sup>; (iv) a publicidade do processo e o domínio da oralidade<sup>209</sup>; (v) o contraditório para o efetivo exercício do direito de defesa<sup>210</sup>.

No que tange ao sistema inquisitório, apesar de surgido na antiguidade<sup>211</sup>, sua maior repercussão se deu após o século XII, uma vez que foi substituindo gradativamente o então sistema acusatório<sup>212</sup>, passando a ser adotado na grande maioria das legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII, sob forte influência da Igreja Católica e seus postulados religiosos<sup>213</sup>.

---

<sup>204</sup>LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169.

<sup>205</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Op. Cit., p. 269.

<sup>206</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452; ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Op. Cit., p. 269; BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. – 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 38; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19ª edição, revista e ampliada, atualizada de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10; LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 172; GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.88.

<sup>207</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. Cit., p. 10; ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Op. Cit., p. 269; RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Op. Cit., p. 49.

<sup>208</sup>LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 172; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 160.

<sup>209</sup>PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Op. Cit., p. 248; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.87; BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 40.

<sup>210</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., p.87; LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 172.

<sup>211</sup>PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 14.

<sup>212</sup>LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 169.

<sup>213</sup>RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Op. Cit., p. 47.

Isso se deu a partir da ideia de que a persecução penal não poderia ser deixada na mão dos particulares, haja vista a possibilidade de prejudicar o combate à delinquência, devendo o Estado assumir essa função para defesa social<sup>214</sup>.

De forma mais homogênea na doutrina, as principais características do processo inquisitorial são (i) a concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única pessoa, com o juiz podendo iniciar o processo *ex officio*; (ii) o réu passa a ser simples objeto do processo, não sendo parte; (iii) ausência de contraditório e predominantemente escrito e secreto; (iv) sistema de provas tarifada, com especial importância para a confissão; (v) busca pela verdade real e (vi) participação de juiz na investigação<sup>215</sup>.

A partir dos movimentos filosóficos surgidos após o século XVIII, o sistema inquisitivo foi sendo removido dos ordenamentos jurídicos de forma paulatina, constatando-se total incongruência desse modelo com o Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, especificamente a partir das ideias difundidas por meio da Revolução Francesa e de sua efetiva implementação no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, passou-se a vislumbrar a existência de um sistema processual misto.

Esse sistema processual francês passou a ser caracterizado pela estrutural divisão em duas fases, quais sejam, a primeira destinada à investigação criminal e a outra ao julgamento do caso em si<sup>216</sup>.

Resumidamente, a fase investigatória era marcada pela prevalência de elementos do sistema inquisitório, procedendo secretamente, por meio de um juiz-instrutor, com desiderato de angariar elementos sobre eventuais ilícitos penais e possibilitar o exercício da ação penal. Noutro giro, a segunda fase tinha início com a formalização da acusação por pessoa distinta do juiz, homenageando a publicidade, a oralidade e o debate entre as partes<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup>Ibid., p. 47.

<sup>215</sup>PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Op. Cit., p. 149; BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., p.89; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. Cit., p. 13; RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Op. Cit., p. 47; PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. Op. Cit., p. 18.

<sup>216</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Op. Cit., p. 414.

<sup>217</sup>PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Op. Cit., p. 154.

Preleciona Mauro Fonseca Andrade<sup>218</sup> que o sistema misto seria construído essencialmente a partir da soma dos seguintes elementos: (i) abertura do processo podendo ocorrer por meio de *notitia* criminis ou de ofício pelo juiz e (ii) a necessidade de um acusador distinto do juiz, podendo existir outras características do sistema acusatório ou inquisitório.

Impende ressaltar, por outro lado, crítica elaborada por Jacinto Coutinho no sentido de que, ainda que se possa constatar novas fórmulas, o sistema misto não é efetivamente um sistema novo, mormente porque não há como traçar logicamente a convivência dos sistemas acusatório e inquisitório<sup>219</sup>. De igual modo, Aury Lopes Júnior destaca que a classificação de um sistema como misto não enfrenta ponto crucial de identificar seu núcleo fundante<sup>220</sup>.

Nada obstante, é certo que o Código Francês em tela influenciou grande parte das legislações da Europa continental, assim como a de diversos outros países.

## **2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Como visto, a doutrina costuma apresentar três modelos de sistemas processuais penais, estabelecendo para cada um deles características próprias que irão diferenciá-los dos demais e possibilitar sua identificação em um determinado ordenamento jurídico.

No que tange ao sistema adotado pelo ordenamento brasileiro, é amplamente difundido que o Código de Processo Penal, o qual veio à luz em pleno Estado Novo, possui clara inspiração no modelo fascista italiano, consagrando diversos dispositivos que nos fazem crer em um afastamento do sistema acusatório.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1988 e a expressa previsão da titularidade da ação penal com o Ministério Público, assim como de diversas outras características do sistema acusatório, passou-se a vislumbrar uma proximidade com o esse modelo.

---

<sup>218</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. Op. Cit., p. 425.

<sup>219</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Disponível em: [http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#\\_ftn76](http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#_ftn76). Acessado em 03 abril de 2016.

<sup>220</sup>LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 185.

Dessa forma, não é tarefa fácil determinar qual sistema processual é adotado em nosso país, de modo que há grande divergência doutrinária a esse respeito.

De início, respeitável corrente doutrinária assevera ser misto nosso sistema processual<sup>221</sup>. Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci, a junção do ideal da Constituição da República com a prática do Código de Processo Penal evidencia o sistema misto<sup>222</sup>.

Isso porque, continua o referido autor, o Código de Processo Penal prevê a colheita inicial de provas por meio do inquérito policial, procedimento esse com notório caráter inquisitório, notadamente por privilegiar o sigilo, a ausência de contraditório e ser eminentemente escrito. Além disso, destaca a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, bem como decretar prisão<sup>223</sup>.

Por outro lado, Aury Lopes Júnior assevera que o modelo brasileiro é (neo) inquisitório, destacando a possibilidade da gestão da prova pelo magistrado, o que ocasionaria, inclusive, perda da imparcialidade do julgador.

Observa-se, por fim, outra corrente doutrinária que apregoa ser acusatório o sistema processual penal brasileiro, a qual este trabalho adota.

Conforme observa Eugênio Pacelli, a definição de um sistema processual deve se restringir à análise do processo propriamente dito, de modo que eventuais considerações sobre o inquérito policial, procedimento de natureza administrativa, não devem influir na caracterização do sistema processual. Salienta, por derradeiro, que somente se a investigação fosse realizada perante o Juízo poder-se-ia constatar a contaminação do sistema<sup>224</sup>, o que não ocorre no sistema brasileiro.

Igualmente, Renato Brasileiro de Lima aduz que estamos diante de um sistema acusatório, haja vista a Constituição disciplinar a separação das funções de acusar, defender e julgar, restando asseguradas garantias processuais ao réu, tais como contraditório, ampla defesa

---

<sup>221</sup>RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Op. Cit., p. 43; TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª Ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45 e NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Op. Cit., p. 163.

<sup>222</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. Op. Cit., p. 163.

<sup>223</sup> Ibid., p. 163.

<sup>224</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. Cit., p. 15.

e presunção de não culpabilidade. Destaca, ademais, que, a partir da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz dessas disposições<sup>225</sup>.

Nessa toada, de forma resumida, pode-se destacar que o inquérito policial, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui mero procedimento administrativo, não se incluindo na etapa processual penal propriamente dita, de modo que o magistrado, nessa etapa procedimental, não atua como verdadeiro juiz-instrutor, mas, sim, em restritos casos de reserva de jurisdição.

Outrossim, a partir da análise de nosso ordenamento jurídico, constata-se que o processo penal, em regra, efetivamente só se inicia com o oferecimento de uma acusação formal por parte do Ministério Público, detentor da ação penal pública, e que esse processo será regido por diversos princípios, tais como da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

O presente trabalho adota a posição de que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório, de modo que essa premissa influi diretamente na postura a ser adotada pelas partes e pelo magistrado no âmbito da audiência de custódia.

Isso porque, no âmbito da referida audiência, não poderá o próprio magistrado determinar a prisão preventiva de ofício ou mesmo praticar demais atos processuais ínsitos ao órgão acusatório, sob pena de ferir o sistema processual adotado por nosso ordenamento.

### **3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIRETAMENTE RELACIONADO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

A Constituição da República, além de dispor acerca de qual o sistema processual a ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta diversos princípios que irão fornecer um padrão de interpretação, integração e aplicação do direito positivo.

Especificamente em relação ao Direito Processual Penal, a Carta Magna estatuiu variados princípios implícitos e explícitos que devem auxiliar e nortear sua aplicação, notadamente porque a estrutura do código vigente não se coaduna com a integralidade do nosso arcabouço jurídico pós 1988.

---

<sup>225</sup> BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 41.

Nessa toada, resta indene de dúvidas que o procedimento a ser adotado na audiência de custódia também deve estar em consonância com esses princípios, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

A esse respeito, considerando o âmbito cognitivo da audiência e os limites de atuação dos sujeitos processuais, ressaltamos como basilares à escorreita aplicação do instituto, dentre todos os princípios que são pertinentes a essa matéria, os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

### **3.1 Presunção de inocência ou não culpabilidade**

A presunção de inocência ou não culpabilidade tem sua previsão em diversos tratados internacionais, tendo especial importância na Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organizações da Nações Unidas.

Em âmbito interno, o princípio em questão foi previsto expressamente somente em nossa Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, tendo, anteriormente, sido considerada como decorrência do devido processo legal<sup>226</sup>.

Embora exista grande divergência doutrinária acerca da nomenclatura, mormente em face da recente discussão travada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do *habeas corpus* nº 126.292, trataremos, neste trabalho, ambas expressões como sinônimas, por ser contraproducente essa reflexão no bojo da audiência de custódia.

Assim, em apertada síntese, esse princípio dispõe que ninguém poderá ser considerado culpado até superveniente trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impondo, por consequência, a observância de duas regras em favor do acusado, quais sejam, (i) o réu não poderá sofrer restrições pessoais fundamentadas na mera conjectura de futura condenação e (ii) o ônus da prova atinente à existência do fato e à autoria é do órgão acusador<sup>227</sup>.

Nessa sorte, esse princípio reforça o fato de que o acusado somente poderá ser preso antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a título de cautela, que possui notória

---

<sup>226</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 49.

<sup>227</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. Cit., p. 48.

excepcionalidade e fundamentação legal própria e restritiva, evitando-se, por óbvio, o cumprimento de pena antecipado<sup>228</sup>.

Ademais, não é despidendo salientar que, como decorrência desse princípio, há, da mesma forma, o direito de “não se auto acusar”, possibilitando ao acusado, dentre outras garantias, que seu silêncio não seja interpretado em seu desfavor e que não produza provas contra si mesmo<sup>229</sup>.

Como se vê, tal princípio desempenha papel fundamental na audiência de custódia, haja vista que o investigado somente poderá ser preso cautelarmente com fundamentação específica e concreta, afastando-se, por óbvio, argumentos que colidam com a presunção de inocência, assim como poderá ficar calado sem que isso seja interpretado em seu desfavor.

### **3.2 Princípio do contraditório**

O princípio do contraditório encontra amparo no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que afirma ser assegurado aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Em uma visão tradicional, o contraditório era visto como a garantia de participação no processo, com intuito de que o convencimento do juiz fosse formulado apenas após manifestação das partes envolvidas<sup>230</sup>.

Contudo, em um posicionamento moderno, pautado na igualdade substancial, passou-se a vislumbrar o contraditório não só como o direito à participação no processo, ou seja, ter conhecimento dos atos praticados e se manifestar acerca deles, mas também a garantia de que a resposta pudesse ser realizada na mesma intensidade e extensão, é dizer, ambas as partes se encontram no mesmo plano de atuação<sup>231</sup>.

Como se vê, o contraditório é um princípio deveras relevante para o processo penal, haja vista que possibilita ao acusado se manifestar acerca das proposições formuladas em seu

---

<sup>228</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 34ª ed. rev e de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 92.

<sup>229</sup>GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. Op. Cit., p.91.

<sup>230</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Op. Cit., p. 43.

<sup>231</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 1. Op. Cit., p. 75.

desfavor, contribuindo para o deslinde da ação penal e para o convencimento do magistrado por meio de uma estrutura dialética<sup>232</sup>.

Nessa sorte, qualquer decisão proferida no bojo da audiência de custódia somente poderá ser proferida em consonância com esse princípio, ou seja, se ambas as partes se manifestarem, em pé de igualdade, a respeito da matéria a ser decidida.

### 3.3 Princípio da ampla defesa

Igualmente previsto no art. 5, inciso LV, da Constituição da República, o princípio da ampla defesa está diretamente ligado ao contraditório, haja vista que o efetivo exercício do direito de defesa é possibilitado pelos elementos que compõem o contraditório<sup>233</sup>, de modo que ambos os princípios são manifestações da garantia do devido processo legal<sup>234</sup>.

Embora exista posicionamento divergente, é certo que ambos os princípios são independentes, sem a possibilidade de se afirmar que um derive de outro<sup>235</sup>, sendo possível, inclusive, a violação ao contraditório, sem tocar a ampla defesa.

Em síntese, a garantia prevista constitucionalmente engloba o direito à defesa técnica e à autodefesa, as quais devem se complementar no bojo do processo.

Com relação à defesa técnica, essa compreende a defesa realizada por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória e devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. A necessidade de defesa técnica está prevista no art. 261 do Código de Processo Penal, de sorte que ninguém poderá ser processado sem defensor constituído, seja ele público ou particular, possibilitando que defesa seja plena e efetiva.

A esse respeito, imperioso salientar o teor do enunciado nº 523 da súmula do Supremo Tribunal Federal, a saber, “*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo ao réu*”.

Como se vê, a defesa técnica é elemento indispensável para o exercício da jurisdição criminal, sendo um do corolário do direito de defesa garantido em nossa Carta Magna.

---

<sup>232</sup>LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Op. Cit., p. 346.

<sup>233</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 57.

<sup>234</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 255.

<sup>235</sup> Ibid., p. 255.

Noutro giro, a autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado em momentos fundamentais do processo, a qual, diferentemente da defesa técnica, é disponível. Contudo, a ofensa a esse direito também é causa de nulidade absoluta<sup>236</sup>.

Nos termos da doutrina, a autodefesa se manifesta, no bojo do processo, por meio (i) do direito de audiência, (ii) do direito de presença e (iii) do direito de postular pessoalmente.

O direito de audiência consiste na possibilidade de o acusado apresentar pessoalmente sua defesa ao juiz da causa, sendo a maior expressão desse direito o interrogatório, previsto no art. 185 do Código de Processo Penal.

Assim, restou superada a ideia de que o interrogatório era considerado apenas meio de prova, sendo, atualmente, visto primordialmente como meio de defesa. Esse entendimento foi corroborado pelas alterações legislativas de 2008, que determinou sua realização com o último ato da instrução<sup>237</sup>, de sorte que o acusado poderá tomar conhecimento de toda prova produzida nos autos, para, posteriormente, se for de sua vontade, apresentar sua versão sobre o fato a ele imputado<sup>238</sup>.

O direito de presença possibilita ao acusado o acompanhamento dos atos de instrução juntamente com a sua defesa técnica, de modo que se mostra indispensável a intimação do acusado e da defesa para todos os atos processuais<sup>239</sup>.

Todavia, deve-se esclarecer que esse direito de presença não é absoluto, podendo ser mitigado quando em confronto com direito das testemunhas e da vítima à vida, à segurança, à intimidade, dentre outros<sup>240</sup>.

Por fim, o direito de postular pessoalmente está presente em hipóteses específicas do processo penal, nas quais o legislador atribuiu ao acusado capacidade postulatória autônoma, tais como para impetração de *habeas corpus*, interpor recursos e ajuizar revisão criminal<sup>241</sup>.

Dessa forma, é fácil perceber que o princípio da ampla defesa desempenha papel de assaz importância em nosso processo penal, de modo que essa relevância, da mesma forma,

---

<sup>236</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 63.

<sup>237</sup> HC 111567 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

<sup>238</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. Op. Cit., p. 266.

<sup>239</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. Op. Cit., p. 64.

<sup>240</sup> Ibid., p.65.

<sup>241</sup> Ibid., p. 66.

deverá ser observada na audiência de custódia, a fim de que a integralidade dos direitos do acusado seja garantida, notadamente a oportunidade de apresentar sua versão do ato prisional, assim como ser devidamente assistido por profissional da advocacia.

#### **4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

Conquanto os Tratados Internacionais que fazem expressa previsão sobre a necessidade de que a pessoa detida seja lavada a um juiz competente de forma célere já estejam internalizados em nosso ordenamento jurídico há mais de 20 (vinte) anos e possuam status de norma supralegal, nos termos da ADI nº 5240<sup>242</sup>, não restam dúvidas de que sua efetiva implementação procedimental passou a ser discutida apenas nos últimos anos.

Isso porque, após diversas tentativas frustradas de se diminuir a população carcerária do Brasil, a audiência de custódia passou a ser vista com esse desiderato, assim como o de possibilitar um tratamento mais “humanizado” ao preso. Acrescente-se, além disso, o fato de que os Tratados Internacionais passaram a ter maior importância nacional nas matérias de direitos humanos e de direito processual penal, o que é definido por Antonio Scarance Fernandes<sup>243</sup> como internacionalização do direito processual penal.

Nesse tocante, é possível perceber que, antes mesmo do provimento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF<sup>244</sup>, diversos meios de impugnação já pleiteavam, por meio de controle de

---

<sup>242</sup> O Plenário, por maioria, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face do Provimento Conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que determina a apresentação de pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar de audiência de custódia no âmbito daquele tribunal. A Corte afirmou que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, teria sustado os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso em decorrência do caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuiriam no ordenamento jurídico brasileiro, como ficara assentado pelo STF, no julgamento do RE 349.703/RS (DJe de 5.6.2009). Ademais, a apresentação do preso ao juiz no referido prazo estaria intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, qual seja, o “habeas corpus”. A essência desse remédio constitucional, portanto, estaria justamente no contato direto do juiz com o preso, para que o julgador pudesse, assim, saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado. Não seria por acaso, destarte, que o CPP consagraria regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu art. 656, segundo o qual “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Então, não teria havido por parte da norma em comento nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da referida convenção internacional — ordem supralegal —, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>. Acessado em: 17.09.2016

<sup>243</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. Op. Cit., p. 34.

<sup>244</sup> AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

convencionalidade<sup>245</sup>, a realização da audiência de custódia para os detidos, mas sem êxito perante os Tribunais pátrios, que indeferiam os pedidos sob argumento de ausência de regulamentação interna e de que o art. 306, § 1º, do CPP já realizava tal mister<sup>246</sup>.

No âmbito de regulamentação dos Tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão foi o pioneiro a tratar do assunto, tendo apresentado, em 2014, provimento<sup>247</sup> que disciplinava a matéria. Posteriormente, foi apontado balanço dos primeiros seis meses que corroborava a possibilidade de se evitar o encarceramento em massa por meio das audiências de custódia<sup>248</sup>.

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça, ampliando a pauta de debate sobre o assunto e em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou o projeto “Audiência de Custódia”<sup>249</sup>, a fim de que o preso em flagrante fosse apresentado rapidamente ao magistrado.

Com a regulamentação do Tribunal de Justiça local, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra esse ato normativo, alegando, em síntese, (i) vício de iniciativa e (ii) desrespeito à separação dos

---

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

<sup>245</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2ª ed. rev. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 24.

<sup>246</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus nº 332.661-RJ. Impetrante: Elenilde da Silva Leão. Relator Min. Reynaldo Fonseca, Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=50944714&num\\_registro=201501959890&data=20150825&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=50944714&num_registro=201501959890&data=20150825&tipo=0&formato=PDF). Acessado em 30 jan. 2016.

<sup>247</sup>Provimento nº 24/2014 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

<sup>248</sup>PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 68.

<sup>249</sup>Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acessado em 01.07.2016.

poderes<sup>250</sup>. Porém, em meados de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a referida ADI<sup>251</sup>.

Nessa toada, diversos Tribunais estaduais passaram a expedir atos normativos com intuito de regulamentar a audiência de custódia no âmbito de suas jurisdições<sup>252</sup>.

Não obstante as louváveis iniciativas supramencionadas, as quais geraram diversos debates acerca de sua constitucionalidade, foi possível constatar uma enorme discrepância entre os atos normativos expedidos pelos Tribunais estaduais, de modo que, em cada localidade, o texto apresentava aspectos questionáveis, tais como a facultatividade da presença do membro do Ministério Público<sup>253</sup> e a divergência sobre o prazo de apresentação do preso<sup>254</sup>.

Nessa sorte, após o deferimento da medida cautelar nos autos da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF, o Conselho Nacional de Justiça, a fim de uniformizar o procedimento da audiência de custódia em sede nacional, editou a resolução nº 213/2015.

Na seara legislativa, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 tramitava de forma discreta e já objetivava regulamentar o procedimento para apresentação de toda pessoa presa à autoridade Judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, tendo apenas recentemente adquirido relevância no debate nacional e tramitação acelerada<sup>255</sup>.

No que tange a esse assunto, importante salientar que o projeto original sofreu sensíveis modificações na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania<sup>256</sup>, por meio de emenda substitutiva, a qual, por sua vez, já possui propostas de emendas de plenário, de sorte que será

---

<sup>250</sup>PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 76.

<sup>251</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>. Acessado em: 01 de agosto de 2016.

<sup>252</sup> Resolução nº 796/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Resolução nº 13/2015 do Gabinete de Presidência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo; Resolução TJ/OE/RJ 29/2015; Portaria Conjunta 101 de 07 de outubro de 2015 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

<sup>253</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-09/gustavo-badaro-audiencia-custodia-rj-pontos-preocupantes>. Acessado em: 04.07.2016.

<sup>254</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 29.

<sup>255</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-13/senado-aprova-projeto-lei-reconhece-audiencias-custodia>. Acessado em 27.07.2016.

<sup>256</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 37.

analisado, neste trabalho, o texto final do substitutivo, com considerações acerca das emendas de plenário<sup>257</sup>.

Dessarte, a partir do referido projeto de lei e da resolução do CNJ, os quais atualmente intentam regulamentar o procedimento da audiência de custódia, impõe-se delimitar os parâmetros de cognição e de atuação dos sujeitos processuais que atuam no bojo da audiência, com intuito de que o regramento procedimental e os princípios constitucionais sejam obedecidos.

#### **4.1 A audiência de custódia, o seu procedimento e os seus limites**

Antes de se analisar pormenorizadamente o procedimento a ser adotado, importante fixarmos algumas premissas atinentes à audiência de custódia, que pode ser definida, de forma sintética, como a condução do preso, dentro de exíguo período de tempo, ao magistrado competente, que deverá, a partir de contraditório prévio estabelecido entre as partes envolvidas, analisar unicamente a legalidade e a necessidade da prisão efetuada, assim como a possível ocorrência de maus tratos ou tortura<sup>258</sup>.

A finalidade principal da implementação da audiência é deixar o ordenamento jurídico pátrio em sintonia com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos já indicados neste trabalho<sup>259</sup>.

Pode-se destacar, outrossim, que a audiência de custódia visa a prevenir e a combater os casos de tortura policial, dando efetivo cumprimento ao direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade<sup>260</sup>.

De igual modo, uma outra finalidade é realizar um juízo “*complexo ou bifronte*”, nos termos do escólio de Gustavo Badaró:

Não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e a adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com escopo de apreciar a necessidade e a adequação da manutenção da prisão,

---

<sup>257</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acessado em 05.07.2016.

<sup>258</sup> PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 31.

<sup>259</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 544/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. IBCCrim, Boletim n. 254 – jan.2014.

<sup>260</sup> PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 35.

ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação da imposição de medida cautelar<sup>261</sup>.

Conforme se observa, essa última finalidade apresenta íntima relação com a tentativa de se evitar o aumento do número de presos cautelares e, conseqüentemente, diminuir a lotação dos presídios brasileiros, os quais já se encontram em situações lamentáveis.

Desse modo, é certo que a escorreita aplicação das modalidades de prisões cautelares desempenha função de assaz relevância para concretização desse objetivo.

Daí porque deve-se ter em mente que, principalmente após a Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante se apresenta como verdadeira medida precauteladora, ou seja, não se destina a garantir o resultado final do processo, mas, sim, a colocar o detido “à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar”<sup>262</sup>.

Nessa sorte, a manutenção em custódia do capturado em flagrante somente se justifica quando magistrado constata concretamente a presença dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, medida excepcional efetivamente cautelar que, diferentemente da prisão em flagrante, irá se destinar a assegurar a finalidade do processo.

Assim, o contato pessoal entre o detido e o magistrado proporcionado pela audiência de custódia deverá facilitar análise da presença ou não desses requisitos, evitando-se a recorrente prática de conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de decisões genéricas e abstratas e, conseqüentemente, o aumento da população carcerária detida provisoriamente de forma indevida.

Feitas essas considerações, observa-se que, atualmente, a regulamentação do instituto é feita, em âmbito nacional, pela resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, não sendo despiciendo analisar projeto de lei em trâmite no Senado Federal em regime de urgência.

#### **4.1.1 A resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça**

---

<sup>261</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Disponível em sua plataforma no academia.edu., p. 14

<sup>262</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Nova prisão cautelar, doutrina, jurisprudência e prática**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p.184.

Embora exista notória crítica doutrinária acerca da constitucionalidade de diversos aspectos da resolução nº 213/2015<sup>263</sup>, esse ato normativo tem regulamentado o procedimento nos mais diversos Tribunais pátrios, de modo que sua análise é medida que se impõe para compreensão do assunto e para implementação de instituto já previsto em legislação interna.

Primeiro, verifica-se que, de forma correta, a resolução em comento determinou a realização de audiência de custódia tanto para os detidos em flagrante delito, quanto para os detidos por ordem prisional cautelar ou definitiva, nos termos dos artigos 1º e 13 desse ato normativo.

Isso porque, como já exposto, os objetivos da audiência de custódia vão muito além da análise de eventual flagrante, de modo que a determinação em comento tem guarida nos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil e vai ao encontro das finalidades do instituto.

A esse respeito, Gustavo Badaró destaca que, nos casos de prisão temporária ou preventiva, caberia ao juiz ouvir o preso, bem como sopesar a necessidade e adequação da medida decretada, podendo substituí-la ou revogá-la<sup>264</sup>.

Nada obstante, será realizada, neste trabalho, a análise voltada aos aspectos atinentes à prisão em flagrante, pois tende a ser o maior foco de questionamentos e debates<sup>265</sup>.

Ademais, ponto que gerava grande debate quando da elaboração dos atos normativos por cada Tribunal estadual era a presença obrigatória na audiência do membro do Ministério Público e da defesa técnica, de sorte que o ato normativo em tela, ao estipular a presença obrigatória desses atores processuais, agiu corretamente, mormente em face dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do sistema processual adotado pela Constituição da República.

Caso assim não o fizesse, o magistrado estaria incumbido de realizar a oitiva do preso sem a manifestação das partes envolvidas, é dizer, sem contraditório, podendo, ainda, decretar a prisão cautelar ou qualquer outra medida diversa da prisão de ofício em sede de investigação, o que certamente afronta nossa sistemática jurídica.

---

<sup>263</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 117. MOREIRA, Romulo. A resolução 213 do CNJ e a audiência de custódia. Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/294688197/a-resolucao-213-do-cnj-e-as-audiencias-de-custodia>. Acessado em 05.07.2016.

<sup>264</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Disponível em sua plataforma no academia.edu., p. 3.

<sup>265</sup> Por fugir ao escopo deste artigo, não aprofundaremos na discussão sobre o prazo estipulado para apresentação do preso ao magistrado. Contudo, vale destacar que há grande embate doutrinário nesse tema.

Sabe-se que atualmente o Superior Tribunal de Justiça autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício<sup>266</sup>, alegando, em síntese, que a hipótese do art. 310, II, do Código de Processo Penal é diversa da vedação do art. 311 do mesmo diploma, valendo-se da simplória argumentação de que este artigo veda a “*decretação*” e aquele artigo autoriza a “*conversão*”.

Contudo, convém obter que o referido entendimento destoa de forma gritante do nosso ordenamento jurídico, sendo alvo de severas críticas doutrinárias, as quais apenas abalizam a conversão da prisão em flagrante em preventiva após representação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, sob pena de violação eminente do sistema acusatório e de diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

Ilustrativamente, trazem-se à baila as lições de Renato Brasileiro de Lima:

Leitura apressada do art. 310, II, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.403/11, pode levar à conclusão (equivocada) de que o magistrado pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, independentemente de provocação do titular da ação penal. (...). Portanto, o art. 310, inciso II, do CPP, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 306, caput, do CPP, que inseriu no CPP a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, e com os arts. 282, parágrafo 2, e 311, que preveem que, na fase investigatória, ao juiz só é dado decretar uma medida cautelar se for provado nesse sentido. (...). Em síntese, para que seja possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos termos do art. 310, II, do CPP, que não pode ocorrer de ofício, sob pena de violação ao sistema acusatório, é indispensável prévia representação da autoridade policial, referendada pelo Parquet, ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido – neste caso, apenas nos crimes de ação penal privada<sup>267</sup>.

Nessa sorte, bem se vê que a presença obrigatória do Ministério Público no bojo da audiência de custódia acaba por homenagear o sistema acusatório e possibilitar que a conversão da prisão em flagrante se dê apenas nos casos de expresse pedido do Parquet, nos termos do art. 8º, § 1º, III, da resolução do CNJ nº 213/2015, sendo uma primeira medida com intuito de evitar que tais decisões sejam tomadas de ofício por parte do magistrado.

Após a efetiva implementação do instituto em toda jurisdição nacional, espera-se que o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a mais abalizada doutrina, faça uma revisão

---

<sup>266</sup> RHC 70.712/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016; HC 319.471/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016 e RHC 63.816/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016.

<sup>267</sup>BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Nova prisão cautelar, doutrina, jurisprudência e prática. Op. Cit., pp.217-218.

de seu posicionamento supramencionado, no intuito de apenas autorizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva quando for feito requerimento expresso pelo membro do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Por outro lado, conquanto a presença obrigatória do membro do Ministério Público e da defesa técnica seja medida indispensável, a atuação desses sujeitos processuais no bojo da audiência de custódia deve ser cautelosa e obedecer ao desiderato do ato processual em comento, evitando-se a realização e antecipação de um verdadeiro interrogatório, com intuito de colheita de provas<sup>268</sup>, em sede de investigação.

Como se observa do art. 8º da resolução, agiu de forma escoreta o CNJ ao determinar que juiz realizará perguntas com escopo já previamente fixado pelo ato normativo, possibilitando reperguntas por parte do Ministério Público e da defesa técnica, desde que *“compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”*<sup>269</sup>.

Assim, deve-se impedir o aprofundamento acerca das circunstâncias e das elementares do delito supostamente praticado, possibilitando indagações e contraditório apenas com relação à legalidade da prisão, ou seja, questões objetivas<sup>270</sup>, e condições pessoais de vida do custodiado, tais como trabalho, moradia, família etc.

Com efeito, caso seja realizado perquirição aprofundada sobre os fatos e elementos do crime, em tese, praticado, estaremos diante de uma clara tentativa de se antecipar o interrogatório, meio de defesa por excelência previsto no art. 185 do Código de Processo Penal, antes mesmo da formalização de denúncia, de posterior e eventual ação penal, bem como anteriormente a qualquer ato instrutório.

---

<sup>268</sup> PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9/31, ago./set. 2015.

<sup>269</sup> Art. 8

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

<sup>270</sup>PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 90.

Dessa forma, observa-se que tal finalidade acabaria por violar frontalmente o devido processo legal, possibilitando ao acusado se manifestar detalhadamente sobre fatos nem sequer delimitados pelo órgão acusatório.

Igualmente, há a possibilidade de o investigado passar a se defender sem pleno conhecimento do quanto já angariado pelos órgãos investigativos nos autos da investigação, notadamente porque foi levado à audiência em curto período de tempo, o que inviabilizaria uma análise detalhada dos autos por sua defesa técnica, violando, por consequência, o princípio da ampla defesa.

Assim, sob viés prático, destaca Cláudio do Prado Amaral que não se trata de um interrogatório, mas, sim, de uma entrevista, de sorte que *“o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ele ter cometido ou não o fato, mas, sim, como, quando e onde ocorreu a prisão”*<sup>271</sup>.

Nesse contexto, agiu bem o CNJ, dentro de sua competência, ao prever que a oitiva da pessoa presa será arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia<sup>272</sup> e que apenas ata da audiência, com conteúdo reduzido, integrará o auto de prisão em flagrante<sup>273</sup>.

Por fim, esclarece o autor que o presente trabalho não almeja exaurir o teor da resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, tendo dedicado alguns comentários apenas ao âmbito cognitivo da audiência e à atuação dos sujeitos processuais, a fim de que os direitos do acusado atinentes a esses pontos sejam garantidos em sua integralidade.

#### **4.1.2 Projeto de Lei do Senado nº 554/2011**

O projeto de Lei do Senado nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, objetivava, inicialmente, a alteração do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal,

---

<sup>271</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. Audiência de custódia em São Paulo. IBCCRIM. Boletim nº 268 – abril/2015.

<sup>272</sup> § 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

<sup>273</sup> § 3º A ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

fazendo constar que a pessoa presa em flagrante seria apresentada ao magistrado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, sem dispor, contudo, sobre o procedimento a ser adotado.

Posteriormente, o texto foi submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, oportunidade em que sofreu sensíveis alterações por meio de emendas substitutivas, tendo por base sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo<sup>274</sup>. Após longos debates no âmbito da referida comissão, o texto final do substitutivo, consolidando as emendas nº 1, 2, 5, 11 e 13, aprovadas em turno suplementar, restou adotado no seguinte sentido:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º O descumprimento do prazo previsto para a apresentação do preso perante o juiz competente, por si só, não enseja o relaxamento da prisão.

§ 3º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 4º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da alegação de violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, a autoridade policial em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 5º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

---

<sup>274</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 36.

§ 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

(...)<sup>275</sup>.

Posteriormente, foi apresentada pelo Senador Randolfe Rodrigues importante emenda ao substitutivo no sentido de alterar a redação do § 7º, conforme abaixo transcrito:

§ 7º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Em 25.11.2015, o Senador relator João Capiberibe apresentou relatório pela rejeição da emenda supramencionada, destacando que “a finalidade da audiência de custódia não é iniciar a instrução do feito. Esse ato buscar resguardar a integridade física do preso e preservar sua liberdade”<sup>276</sup>.

Atualmente, o projeto de lei encontra-se pronto para deliberação do plenário, segundo consta do sítio do Senado Federal<sup>277</sup>.

Dado o panorama geral do projeto de lei, constata-se que, diferentemente da resolução nº 213/2015 do CNJ, o legislador almeja, de forma equivocada, apenas a implementação da audiência de custódia para os casos de prisão em flagrante, não observando que os Tratados Internacionais determinam que todo o preso deverá ser apresentado ao magistrado, não fazendo distinção se em flagrante ou por meio de mandado prisional.

Não obstante, caminhou bem o parlamentar ao determinar a presença obrigatória do membro do Ministério Público e da defesa técnica no bojo da audiência, bem como fazendo

---

<sup>275</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>. Acessado em 06.07.2016.

<sup>276</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/183966.pdf>. Acessado em 06.07.2016.

<sup>277</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acessado em 06.07.2016.

previsão expressa de suas manifestações anteriormente à decisão judicial, privilegiando o contraditório e afastando nossa vocação para o modelo inquisitivo<sup>278</sup> em sede de investigação.

Nessa toada, resta hialino que o legislador, em alinhamento com a doutrina majoritária, pretende dar efetiva aplicação ao sistema acusatório, rechaçando o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Ademais, também acertou o legislador ao delimitar o escopo de atuação dos sujeitos processuais presentes no ato, estabelecendo que somente questionarão a legalidade e necessidade da prisão, a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado, evitando-se, assim, uma análise aprofundada sobre circunstâncias do crime e elementares do tipo penal, o que poderia ocasionar uma contaminação psicológica do julgador<sup>279</sup>.

Como se vê, o projeto de lei em questão e a resolução do CNJ caminham no sentido de que a audiência de custódia não se transforme em um interrogatório indevidamente e equivocadamente antecipado, o que implicaria diversas violações ao ordenamento jurídico, como já apresentado neste trabalho, privilegiando corretamente momento processual de cognição limitada<sup>280</sup>.

Contudo, ante a competência para legislar descrita no art. 22, I, da Constituição da República, o projeto de lei vai além das medidas adotadas pela resolução e acertadamente faz previsão expressa de que a oitiva será autuada em autos apartados e não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente, demonstrando, mais uma vez, a real finalidade da audiência de custódia.

Nesse tocante, Fauzi Hassan Choukr assevera que a inovação “surge como grande valia prática vez que estabelece os limites da legalidade e da forma da oitiva, deixando claro que se trata de depoimento sem finalidades para o mérito da ação de conhecimento”<sup>281</sup>.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior destaca corretamente que

---

<sup>278</sup> CHOUKR. Fauzi Hassan. PL 544/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. IBCCrim, Boletim n. 254 – jan.2014.

<sup>279</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. Audiência de custódia em São Paulo. IBCCRIM. Boletim nº 268 – abril/2015.

<sup>280</sup> Ibid.

<sup>281</sup> CHOUKR. Fauzi Hassan. PL 544/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. IBCCrim, Boletim n. 254 – jan.2014.

“é acertada a previsão de que a oitiva seja registrada em autos apartados, não podendo ser utilizada como meio de prova contra o depoente. Essa exclusão física dos autos do incidente é crucial para não prejudicar a defesa em momento posterior e também para evitar que a oitiva, neste momento de grande tensão e constrangimento situacional, se transforme em um mecanismo de ‘extração da confissão’. É um imperativo de contra-cultura-inquisitória. (...). [esse interrogatório] Não serve para fundamentar posteriores decisões e tampouco deve ficar nos autos, sob pena de incontrolável contaminação do futuro julgador.”<sup>282</sup>

Em sentido contrário, Mauro Fonseca Andrade aduz que o depoimento poderia ser utilizado em um futuro processo, por não se tratar de prova ilícita, vez que houve a escorreita observância das normas constitucionais e legais<sup>283</sup>.

Ante o exposto, é fácil perceber que, embora o projeto de lei não faça uma aplicação integral da audiência de custódia em todos os casos de prisão, a atual redação do texto substitutivo está em consonância com a integralidade do sistema jurídico, assim como com o entendimento majoritário já esposado pela doutrina, ainda que timidamente.

Outrossim, os benefícios da audiência de custódia são amplamente noticiados pela mídia, de modo que aproximadamente 47% (quarenta e sete por cento) dos detidos conseguiram liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, apresentando, ainda, baixo índice de reincidência por parte dessas pessoas<sup>284</sup>.

Dessa forma, a aprovação desse projeto de lei é medida imperiosa para que o processo penal brasileiro esteja em harmonia com os Tratados Internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, possibilitando também, *a priori*, diminuição da população carcerária.

## CONCLUSÃO

---

<sup>282</sup> LOPES JR., Aury. Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz. Uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal. In: Boletim Audiência de Custódia. Informativo Rede Justiça Criminal. São Paulo/Brasília, Edição 5, ano 3, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acessado em: 06.07.2016.

<sup>283</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Op. Cit., p. 162.

<sup>284</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-31/audiencia-custodia-nao-contribui-crime-lewandowski>. Acessado em 07.07.2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>. Acessado em 17.09.2016.

De início, importante destacar que as situações de cárcere cautelar são excepcionais no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo hipóteses e fundamentos específicos para tanto.

Não obstante, é de amplo conhecimento que, embora o Código de Processo Penal tenha sofrido várias reformas com intuito de diminuir a quantidade de presos provisórios, a decretação da prisão cautelar ainda é medida de grande protagonismo no Brasil, em notório desprestígio das demais medidas cautelares.

Dessa forma, percebe-se que a implementação da audiência de custódia é um valioso instrumento que possibilita uma análise mais humanizada e efetiva dos detidos em flagrante ou cautelarmente, inibindo a banalização do cárcere cautelar, propiciando a escorreita aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e, por consequência, auxiliando a diminuição da população carcerária.

Todavia, apesar desse inegável avanço, constatamos que o procedimento a ser utilizado no bojo da audiência não pode macular os demais direitos do acusado, sob pena de vislumbrarmos diversas ofensas ao texto constitucional e infraconstitucional.

Assim, observadas as peculiaridades procedimentais citadas neste texto, impossível evadir-se à conclusão de que a audiência de custódia é medida indispensável para que ordenamento jurídico brasileiro esteja em conformidade com os Tratados Internacionais de Direito Humanos, ainda que com bastante atraso.

Esclarece-se, por fim, que a audiência de custódia é apenas um primeiro passo para modernização do processo penal brasileiro e para a consequente efetivação de todos os direitos individuais dos acusados na seara penal. Além disso, ainda que de forma oblíqua, é uma tentativa de diminuir a superlotação dos presídios, de modo que o alcance dessa finalidade também pressupõe reformas estruturais em diversos outros setores do país.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. Audiência de custódia em São Paulo. **IBCCRIM**. Boletim nº 268 – abril/2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2ª ed. rev. atual e ampl. de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo código penal adjetivo**. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/artigos/o-sistema-acusatorio-proposto-no-projeto-de-novo-codex-penal-adjetivo/>. Acessado em: 30 jan. 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em sua plataforma no academia.edu.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Relator Ministro Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acessado: 30 jan. 2016.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. – 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Renato. **Manual de Processo Penal**. – 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

\_\_\_\_\_. **Nova prisão cautelar, doutrina, jurisprudência e prática**. – 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

CHOUKR. Fauzi Hassan. PL 544/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. **IBCCrim**, Boletim n. 254 – jan.2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In:**Boletim IBCCrim**, v. 16, São Paulo, n. 188, p.11-13, julho 2008, p.11.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#\\_ftn76](http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/#_ftn76). Acessado em 03 abril de 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 27, julho-setembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71-72.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória no processo penal**. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=209](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209). Acessado em: 30 dez.2015.

\_\_\_\_\_, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O difícil caminho da audiência de custódia**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Acessado em: 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_., Aury. Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz. Uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal. In: **Boletim Audiência de Custódia. Informativo Rede Justiça Criminal**. São Paulo/Brasília, Edição 5, ano 3, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acessado em: 06.07.2016.

MOREIRA, Romulo. **A resolução 213 do CNJ e a audiência de custódia**. Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/294688197/a-resolucao-213-do-cnj-e-as-audiencias-de-custodia>. Acessado em 05.07.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição, revista e ampliada, atualizada de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1ª edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil**. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano XVI, nº 93, p. 9/31, ago./set. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 34ª ed. rev e de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. – 4. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

## **O (in)ativismo do Supremo Tribunal Federal quanto à definição da base de cálculo do adicional de insalubridade**

*Antônio Braga da Silva Júnior*<sup>285</sup>

**Resumo:** O artigo examinará, sob o prisma do ativismo judicial, a postura do Supremo Tribunal Federal diante da omissão do Poder Legislativo em regulamentar o direito à contraprestação por trabalho em ambiente insalubre, especialmente após o advento da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República). Será analisada a evolução jurisprudencial constitucional acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade, com enfoque na Súmula Vinculante n.º 4 do STF, na decisão do STF em sede da Reclamação n.º 6.266 DF e suas repercussões sobre a Súmula n.º 228 do TST. Consecutivamente, será observado que o Supremo Tribunal Federal deixou de adotar uma postura ativista no tocante à concretização do direito fundamental do trabalhador à contraprestação digna e a um ambiente de trabalho salubre, inclusive desautorizando uma incursão ativista por parte do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema.

---

<sup>285</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrando no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, na área de concentração Constituição e Sociedade. Auditor-Fiscal do Trabalho.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Superior do Trabalho. Base de cálculo do adicional de insalubridade.

**Abstract:** The article will examine, in the light of judicial activism, the position of the Supreme Court about omission of Legislative Power in regulate the health risk premium, especially after the article 7º, IV, of Constitution. It will analyze the constitutional jurisprudential evolution about the health risk premium, focusing the binding legal precedent n.º 4, the Supreme Court decision in the case file n.º 6.266-DF and the repercussions in precedent n.º 228 from Superior Labor Court. Consecutively, it will observe that the Supreme Court failed to take an activist stance regarding the implementation of the fundamental right of a healthy working environment, including disallowing an activist incursion by the Superior Labor Court on the subject.

**Keywords:** Judicial Activism. Supreme Court. Superior Labor Court. Health risk premium.

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes avanços da Constituição da República de 1998 corresponde à robustez dos direitos sociais em seu corpo, que figuram inclusive como fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil. Para a efetividade desses nobres direitos, mostra-se necessário o exercício em conjunto das atribuições funcionais de todos os Poderes constituídos, de modo a interpretar as diretrizes constitucionais, regulamentar esses direitos e garantir-lhes aplicação concreta.

O presente artigo enfrentará o comportamento do Poder Judiciário perante a regulamentação do adicional de insalubridade, verba esta devida ao trabalhador que se submete a condições insalubres em seu ambiente de labor. Mais especificamente, será analisada a postura do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho diante da omissão do Poder Legislativo em regulamentar a contento o direito trabalhista relativo à contraprestação por atividade em ambiente insalubre.

A primeira parte do trabalho abordará a contextualização do ativismo judicial, desde o surgimento da expressão até suas concepções doutrinárias e principais características, de modo a expor a intrínseca relação do instituto com a efetividade dos direitos fundamentais carentes de implementação.

Em seguida será analisada a celeuma criada pelos entendimentos judiciais no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade do trabalhador brasileiro, com enfoque

no exame crítico das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da concretização desse direito caro à saúde do trabalhador brasileiro.

## 1 ATIVISMO JUDICIAL

São grandes as discussões modernas quanto ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo diante do neoconstitucionalismo. A nova ordem constitucional inaugura uma fase dirigente e compromissória do direito constitucional, publicizando espaços antes reservados exclusivamente ao interesse privado. Consoante Lênio Luiz Streck, de um ordenamento jurídico meramente legitimador das relações de poder passa-se atualmente a um direito com potencial transformador da realidade social. Para o autor, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona um ordenamento constitucional robusto, pervasivo, altamente condicionador das esferas de poder, capaz até mesmo de influenciar diretamente as relações sociais.<sup>286</sup>

Luiz Prieto Sanchís, em um interessante poder de síntese, ensina que esse novo constitucionalismo é marcado pelas seguintes características:

más principios que regras; más poderación que subsunción; omnipotência de la Constitución em todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomia del legislador ordinário; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictórios, en lugar de homogeneidad ideológica em torno de un puñado de principios coherentes entre sí y em torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.<sup>287</sup>

Nesse cenário fértil ao intenso protagonismo judicial na esfera social é que se intensificam as discussões acerca do denominado *ativismo judicial*. Surgida inicialmente nos Estado Unidos da América, a expressão ativismo já nasce envolta de definições e abordagens díspares e desarticuladas. E essa diversidade de abordagens é em grande parte explicada pelo enfoque da discussão, em regra associado à subjetividade crítica relacionada a atuações e performances do Poder Judiciário diante de assuntos politizados.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2-3.

<sup>287</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Iusticia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 117.

<sup>288</sup> GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. Emory Law Journal, Vol. 58, n.º 5, p. 1195-1263. 2009, p. 1198.

Nesse sentido, há que se destacar de plano o caráter multidirecional da expressão ativismo judicial, sem relação linear com ideologias ou apreciações sobre a correção das decisões judiciais enquanto tais. O ativismo judicial não tem corpo político.<sup>289</sup> Ora o repudiam por afrontar aspirações políticas, ora o invocam por desejar uma postura ativa do Judiciário na implementação de direitos suplicados.

Em busca de uma sistematização do significado, Bradley Canon foi pioneiro ao propor “índices” que definissem o grau de ativismo de uma decisão judicial. Em síntese, diz o autor que uma decisão judicial será mais ativista quanto mais: 1- interferir em processos democráticos (majoritarismo); 2 - alterar interpretações jurídicas assentes (estabilidade interpretativa); 3- interpretar a constituição de modo contrário ao seu significado original (fidelidade interpretativa); 4- fizer política substantiva, por exemplo, política econômica, em afronta ao processo político democrático (processo democrático); 5 - fizer política própria em vez de valorizar a discricionariedade de outros órgãos ou indivíduos (políticas específicas); 6- suplantar decisões de outros órgãos ou indivíduos (disponibilidade de um produtor de política alternativo).<sup>290</sup>

Em que pese o intuito de sistematização conceitual promovido por Bradley Canon, possibilitando analisar de modo mais objetivo quais são as condutas promovidas pelo Poder Judiciário que se associam ao ativismo judicial, nota-se que a abordagem do autor, além de apontar para um forte subjetivismo, ainda se dava de maneira generalizante. Pelos critérios de Canon, praticamente toda decisão judicial no contexto do neoconstitucionalismo poderia ser taxada de ativista. Logo, o instituto ainda carecia de uma definição propriamente dita.

No anseio de conceituar o ativismo judicial, o doutrinador norte-americano Craig Green define ativismo como “o abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial”.<sup>291</sup> Na doutrina nacional, o mesmo sentido é seguido pelo professor Elival da Silva Ramos, para quem o ativismo é caracterizado como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”<sup>292</sup>. Segundo os referidos doutrinadores, a expressão ativismo judicial possui sinalização claramente negativa, por

---

<sup>289</sup> CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. Judicature, vol. 66. n. 6, 1983. p. 247.

<sup>290</sup> *Idem. Ibidem.* p. 239.

<sup>291</sup> GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. Emory Law Journal, Vol. 58, n.º 5, p. 1195-1263. 2009, p. 1222.

<sup>292</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

importar a desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Malgrado o cunho negativo associado ao termo, relacionado em regra com ação do Poder Judiciário fora dos limites de sua competência, há por outro lado definições neutras, em que se observa a nítida vigilância epistemológica em desassociar o conceito de eventuais valorações. É o caso, por exemplo, da definição de Luiz Roberto Barroso, que leciona:

(...) depurada essa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.<sup>293</sup>

Segundo o professor Paulo Gustavo Gonet Branco, há ainda posicionamentos que enaltecem o ativismo judicial, como é o caso do entendimento do Ministro Celso de Mello ao sustentar que o ativismo judicial é uma resposta da Corte Constitucional a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo.<sup>294</sup>

Observa-se que essas oscilações conceituais do ativismo judicial residem nas dificuldades e variações atinentes à interpretação constitucional, já que a caracterização de uma decisão como ativista ou não parte de uma complexa posição sobre qual é a leitura acerca dos direitos fundamentais e do papel dos Poderes constituídos em efetivá-los. Essa indefinição relacionada com o ativismo associa-se, então, com a subjetividade própria da interpretação do texto constitucional.<sup>295</sup>

Nesse contexto, mais importante do que buscar a definição precisa da expressão ativismo judicial é notar sua estreita relação com a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais. É notório que o cenário ideal para as interferências ativistas dos Tribunais ocorre quando os poderes políticos democraticamente constituídos estão enfraquecidos. Quando os Poderes Legislativo e Executivo omitem-se em suas funções constitucionais, muitas vezes por falta de interesse político específico ou em razão de o assunto envolver medidas políticas impopulares,

---

<sup>293</sup> BARROSO, Luís Roberto . *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. p. 10. Disponível em <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 28/06/2016.

<sup>294</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André et al (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402 .

<sup>295</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009. p. 21.

abre-se espaço para a atuação judicial em prol da efetividade de Direitos Fundamentais carentes de implementação.

É a partir dessas premissas que analisaremos a seguir a celeuma constitucional protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal na definição da base de cálculo do adicional de insalubridade dos trabalhadores brasileiros.

## **2 O STF PERANTE A DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

Previsto no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT<sup>296</sup> pela Lei n.º 6.514, de 22 de dezembro de 1977, o adicional de insalubridade, devido ao trabalhador em percentuais de 10, 20 ou 40% a depender do grau de insalubridade a que está submetido, foi idealizado tendo por base de cálculo “o salário-mínimo da região”.<sup>297</sup> Ao interpretar o referido artigo em conjunto com o artigo 76 da CLT<sup>298</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho, ainda em 1985, editou a Súmula n.º 228, entendendo que “O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho”, exceto se por lei própria ou norma coletiva o trabalhador perceber salário profissional, ocasião em que o adicional de insalubridade será sobre este calculado, conforme Súmula n.º 17 do mesmo Tribunal.

Contudo, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que trouxe em seu bojo o artigo 7º, inciso IV, vedando expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, iniciaram-se as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da constitucionalidade da base de cálculo do adicional de insalubridade.

---

<sup>296</sup> CLT, art. 192- O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

<sup>297</sup> Antes mesmo da Lei n.º 6.514/77 já se fala em adicional por serviço insalubre calculado com base no salário mínimo. A Lei n.º 185/1936 previa a fixação da remuneração da insalubridade em até 50% do salário mínimo. O Decreto-Lei n.º 2.162/1940, por sua vez, estipulava os percentuais mínimo (10%), médio (20%) e máximo (40%), igualmente calculados sobre o salário mínimo local ou regional. Havia, ainda, o entendimento do Supremo Tribunal Federal veiculado na Súmula n.º 307, editada em 13/12/1963, segundo a qual “é devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade”.

<sup>298</sup> CLT, art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

Por meio do RE nº 236.396/MG<sup>299</sup>, publicado em 20/11/1998, o Supremo Tribunal Federal, que até então defendia o uso do salário mínimo como base de cálculo da verba salarial, passa a entender que o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo afrontaria o artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República.

Após sucessivos julgados em que se assentava que qualquer vinculação ou indexação de valores de vencimentos ao salário mínimo seria inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal – STF, em sessão plenária realizada no dia 30/4/2008, aprovou a Súmula Vinculante n.º 4<sup>300</sup>, consagrando entendimento no sentido de que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

A partir daí acirram-se as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade celetista, em busca da melhor interpretação aplicável ao trabalhador brasileiro. A redação da Súmula Vinculante n.º 4 causou intenso incômodo no âmbito trabalhista, na medida em que vedava o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, como também, pela sua parte final, vedava a interpretação judicial tendente a calculá-lo com base na totalidade do salário contratual do trabalhador. Ante o limbo jurídico criado pela falta de lei que definisse outra base de cálculo ao adicional de insalubridade e pela vedação criada a interpretações judiciais que definissem base de cálculo alternativa, não havia opção prática viável à definição de como seria calculado o direito fundamental do trabalhador estampado no artigo 7º, XXIII, da Lei Maior<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 236.396-5/MG. Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 20/11/1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 29/06/2016.

<sup>300</sup> A Súmula Vinculante n.º 4 foi idealizada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 565.714/SP, interposto por policiais militares paulistas. Os autores requeriam que o cálculo do adicional de insalubridade, previsto pela Lei Complementar n.º 432/85 de São Paulo, passasse a ser calculado com base no total dos vencimentos dos servidores, e não com base apenas no salário mínimo. A ministra relatora Carmen Lúcia ressaltou em seu voto que é constitucionalmente proibida a vinculação de qualquer tipo de vencimentos, abonos, pensão ou indenizações ao salário mínimo, motivo por que o art. 3º, § 1º, da Lei Complementar paulista n.º 432/85 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, entendeu ser juridicamente impossível "estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo". Para evitar que os servidores deixassem de perceber a verba por falta de base de cálculo, a Relatora argumentou na parte final de seu voto que o adicional de insalubridade deveria continuar a ter como base de cálculo o salário mínimo segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado do recurso extraordinário, até que lei específica posterior viesse a regular a matéria. Mencionado voto foi acolhido por unanimidade, ocasião em que foi deliberada a necessidade de edição de Súmula Vinculante a esse respeito.

<sup>301</sup> CF, art. 7º, XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Em uma atitude nitidamente ativista, com o objetivo de suprir uma lacuna legal que já deveria estar solucionada pelo Poder Legislativo desde 1988 com o advento da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo (artigo 7º, IV, da CF), o Tribunal Superior do Trabalho - TST entende por bem alterar sua Súmula n.º 228, que passou a dispor que:

SUM-228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008, republicada no DJ 08, 09 e 10.07.2008). A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n.º 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.<sup>302</sup>

A interpretação do TST pautava-se pela redação do artigo 7º, XXIII, da CF, ao entendimento de que referido dispositivo fixa “adicional de remuneração” para atividade insalubre assim como o faz para atividade perigosa, sendo possível então, ante a omissão legal, firmar a aplicação analógica da base de cálculo do adicional de periculosidade (art. 193, §1º, CLT<sup>303</sup>) ao adicional de insalubridade. O objetivo da Corte trabalhista, frise-se, era assegurar efetividade ao direito fundamental do trabalhador, dando voz aos princípios da vedação do retrocesso social e, mais especificamente, da irredutibilidade da remuneração, uma vez que o legislador há muito mantinha-se inerte à demanda pela fixação de outra base de cálculo que respeitasse a vedação de indexação do salário mínimo.

Entretanto, mais recentemente, o então Presidente do STF Min. Gilmar Mendes, ao conceder decisão liminar na Reclamação n.º 6.266 DF proposta pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, suspendeu a aplicação da Súmula n.º 228 do Tribunal Superior do Trabalho na parte em que determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário básico. Na decisão foi estampado que a Súmula Vinculante n.º 4 obsta a indexação da base de cálculo da insalubridade pelo salário mínimo, além de obstar, também, ante a falta de previsão legal, que decisão judicial (leia-se, Súmula 228 do TST) substitua o que o artigo 192 da CLT preconizava originalmente. Assentou o ministro, na oportunidade, que:

Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n.º 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo n.º 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo,

---

<sup>302</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 228, atualmente suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, conforme Resolução n.º 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 29/06/2016.

<sup>303</sup> CLT, art. 193, §1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.<sup>304</sup>

Registre-se que o último andamento processual da Reclamação nº 6.266 DF é datado de 17/03/2014, sendo que até o presente momento, junho de 2016, a ação ainda não foi julgada definitivamente.<sup>305</sup>

Observe-se, daí, que o STF, ao retomar o entendimento de utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, agiu em contradição à sua própria Súmula Vinculante nº 4. E, mais que isso, desautorizou a posição ativista do Tribunal Superior do Trabalho, que, à época da alteração da sua Súmula nº 228, buscava afirmar seu compromisso com a valorização do trabalho e a justiça social. Optou nossa Corte Constitucional por uma atitude conservadora, quando poderia se valer de uma posição ativista que garantisse a efetividade do direito constitucional dos trabalhadores a uma contraprestação digna, condizente com os males que a condição de insalubridade lhes causa.

Nada mais contraditório – para não dizer frustrante – poderia advir de uma Corte que se autointitula “guardiã da Constituição” e que, nesse sentido, deveria dar a palavra final em temas constitucionais a ela trazidos. No caso da fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, a última palavra do STF na verdade foi por nós recebida como penúltima.<sup>306</sup> Ao se declarar a nulidade do artigo 192 da CLT por inconstitucionalidade, mas se omitir ao passo seguinte de integração da norma protetiva laboral que naquele momento se tornava “oca”, o

---

<sup>304</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Reclamação 6266/DF. Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, Presidente. Publicado no DJ de 05/08/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 30/06/2016.

<sup>305</sup> Andamento processual disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6266&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 30/06/2016.

<sup>306</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores*: critérios de identificação e aplicação prática. São Paulo: LTR, 2013. p. 280-283.

STF insistia na persistente omissão do legislador – que frise-se, data desde 1988 com o advento do art. 7º, IV, na Constituição.

Um leitor curioso e igualmente incomodado com a posição passiva do STF (na esteira da lentidão intencional do Poder Legislativo) poderia questionar: e hoje, o que o legislador tem proposto para cobrir essa lacuna na normatividade do adicional de insalubridade do trabalhador brasileiro? Nada! – é a pronta resposta que a rede de proteção do trabalhador se envergonha de dar, mas que de modo algum causa espanto porque espelha a composição imensamente majoritária de representantes patronais hoje no Congresso Nacional.

É clarividente, então, que na decisão liminar havida na Reclamação n.º 6.266 DF o STF se posicionou de modo limitativo - e, porque não dizer, relapso - ao poder criador do juiz e ao ativismo judicial do TST. Diante da inércia do Poder Legislativo em regulamentar o direito fundamental dos mais de 70 milhões de trabalhadores formais, nossa Corte guardiã da Constituição da República preferiu seguir a mesma atitude inerte, abrindo mão de uma posição audaz capaz de garantir um patamar salarial mais digno aos trabalhadores submetidos a condições insalubres e, conseqüentemente, capaz de desestimular a manutenção de ambientes insalubres pelos empregadores.

Em contraste com os posicionamentos progressistas do TST, nota-se que o STF vem reiteradamente assumindo uma posição insistentemente conservadora no tocante ao Direito do Trabalho, tal como se observou mais recentemente com o entendimento de aplicação da prescrição quinquenal em vez da trintenária às cobranças de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (ARE n.º 709212<sup>307</sup>), bem como com o curioso reconhecimento de repercussão geral relacionado à terceirização versada na Súmula n.º 331 do TST (ARE n.º 713211<sup>308</sup>). A constatação que se segue, então, é que o nosso principal intérprete da Constituição continua a adotar uma postura que ignora a supremacia e a eficácia imediata

---

<sup>307</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 709212. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. (...) Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Relator: Min Gilmar Mendes. Publicado no DJe-032, de 18/02/2015 . Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 30/06/2016.

<sup>308</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 713211. Administrativo. Ação civil pública. Possibilidade de terceirização e sua ilicitude. controvérsia sobre a liberdade de terceirização. Fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min Luiz Fux. Publicado no DJe de 06/06/2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 30/06/2016.

dos direitos fundamentais trabalhistas, em contraste com a posição ativista que se espera de uma Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo.

## **CONCLUSÃO**

A partir da análise da evolução jurisprudencial constitucional acerca do adicional de insalubridade, culminada com a edição da Súmula Vinculante n.º 4 do STF, e adiante da perpetuação da omissão legislativa em regulamentar o direito após o advento da Constituição da República de 1988, foi possível notar o vácuo jurídico que envolvia o tema. Formava-se, então, um cenário típico para o ativismo judicial, a fim de se garantir a efetividade do direito fundamental trabalhista à contraprestação digna por trabalho em condição insalubre.

Em que pese a demanda por uma incursão ativista ter sido inicialmente suprida pelo Tribunal Superior do Trabalho mediante alteração da sua Súmula n.º 228 no ano de 2008, essa posição ativista veio em seguida a ser expressamente suspensa por decisão do então Presidente da Suprema Corte em sede da Reclamação n.º 6.266 DF.

Viu-se que o Supremo Tribunal Federal deixou de adotar uma postura mais ativista no tocante à concretização do direito fundamental do trabalhador. Mesmo diante da insistente omissão do Poder Legislativo em definir nova base de cálculo ao adicional de insalubridade, após vinte e seis anos do advento da vedação constitucional de vinculação do salário mínimo (artigo 7º, IV, da CF), nossa Corte Constitucional entendeu por bem seguir o exemplo de omissão lesiva e abster-se de chamar para si a responsabilidade de proporcionar contraprestação digna ao labor insalubre, furtando-se, conseqüentemente, da oportunidade de desestimular a manutenção de ambientes em condição afrontosa à saúde dos trabalhadores. Foi perdida – ou deixou-se passar – uma grande oportunidade de valorização do trabalho humano e de justiça social.

## BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, 2010. p. 10. Disponível em <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 28/06/2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLET, André et al (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of judicial activism*. *Judicature*, vol. 66. n. 6, 1983.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática*. São Paulo: LTR, 2013.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. *Emory Law Journal*, Vol. 58, n.º 5, p. 1195-1263. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Iusticia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

## **ANÁLISE DO JULGAMENTO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA SOB A ACEPÇÃO ARGUMENTATIVA**

**Hugo Assis Passos<sup>309</sup>**

**Resumo:** O artigo tem como escopo a análise da argumentação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 548.181, Paraná, que determinou o processamento de Ação Penal contra a Petrobras por suposto crime ambiental. Neste sentido, promove-se reflexões sobre os argumentos utilizados para justificar a possibilidade de processar penalmente uma pessoa jurídica, ainda que inexistente ação penal em curso em face de pessoa física com relação ao crime e, portanto, a racionalidade e o nível de correção da decisão, através do layout de argumentos proposto por Stephen Toulmin.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Criminal, Pessoa Jurídica, Argumentação Jurídica; Supremo Tribunal Federal; RE 548.181

**Abstract:** The article has the objective to analyze the legal arguments put forward by the Supreme Court in the trial of RE 548 181, Paraná, which determined the criminal action processing against Petrobras for alleged environmental crime. In this sense, it is promoted reflections on the arguments used to justify the possibility of prosecution a legal person, even

---

<sup>309</sup> Bacharel em Direito. Especialista em Direito Processual Civil – Escola Superior de Advocacia do Maranhão. Advogado. Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade em curso – IDP.

non-existent criminal action under way in individual face in relation to the crime , through the layout of arguments proposed by Stephen Toulmin.

**Keywords:** Criminal Responsibility, Corporate, Legal Argumentation; Federal Court of Justice; RE 548 181

## INTRODUÇÃO

Este estudo pretende analisar, sobre o viés da argumentação jurídica, o julgamento do RE 548.181, Paraná, que debateu a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais, sem a responsabilização concomitante da pessoa física que atuava em seu nome.

Para tanto, valendo-se do modelo de argumentação ou layout de argumentos proposto por Stephen Toulmin - dotado dos elementos, quais sejam: (a) a pretensão (claim), (b) dados (data), (c) a garantia (warrant); e (d) o respaldo (backing) – analisa-se cada voto proferido no referido julgamento.

Com objetivo geral, promove-se reflexões sobre os argumentos utilizados para justificar a possibilidade de processar penalmente uma pessoa jurídica, ainda que inexistente ação penal em curso em face de pessoa física com relação ao crime, sob o viés da argumentação jurídica.

Já como objetivos específicos, inicialmente, situa-se a controvérsia de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema da responsabilização criminal das pessoas jurídicas e as teorias subjacentes; ato contínuo, discorre-se, sinteticamente, sobre o modelo de argumentação proposto por Toulmin; após a compreensão deste layout de argumentação, e, por fim, analisa-se os votos de cada ministro na decisão do RE 548.181.

Importante mencionar que a pesquisa tem natureza bibliográfica, pois fundamenta-se na revisão de literatura sobre o tema da argumentação jurídica; igualmente, promove-se o exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no mencionado RE 548.181, voto a voto, com a finalidade de observar os posicionamentos adotados pelos ministros e os argumentos utilizados

Consigne-se que o ensaio se mostra relevante academicamente e socialmente, pois é oportuno promover reflexões sobre a referida decisão, sob um viés de uma teoria da argumentação, em especial, em um cenário atual de um aparente padrão de atividade judicial

que destaca aspectos autoritativos, em detrimento da adoção de critérios argumentativos capazes de demonstrar racionalidade e correção nas decisões proferidas.

## **1 O CONTEXTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E O CASO OBJETO DE JULGAMENTO PELO STF**

Constitui-se em objeto de evidente controvérsia judicial a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais, em especial, quando não há ação penal em curso em face das pessoas físicas envolvidas na prática delituosa.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo Art. 225 (...) § 3º, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente, da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 2014).

A lei 9.605/98 regulamentou o referido dispositivo constitucional em seu artigo 3º, com a seguinte redação, qual seja:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

A despeito da previsão legal, quatro correntes interpretativas surgiram na doutrina e nos tribunais sobre a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídicas.

Como primeira corrente, realça-se a defendida por José Cretela Jr, Miguel Reale Jr e Cézár Roberto Bitencourt que sustenta que a Constituição Federal não fez previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apenas administrativa, em outras palavras, apenas as pessoas físicas estariam sujeitas às sanções penais.

Tal corrente é minoritária.

A segunda corrente que merece relevo se fundamenta na teoria da ficção jurídica, de Savigny. Em síntese, as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente, tendo em vista que não possuem, por exemplo, consciência e vontade, logo, não possuem capacidade de conduta (agir com dolo ou culpa), nem culpabilidade (não são imputáveis e não possuem consciência da ilicitude).

Esta é a posição majoritária na doutrina, tendo como exemplo de autores que defendem este posicionamento os seguintes: Zafaroni, René Ariel Dotti, Luiz Regis Prado e Fernando da Costa Tourinho Filho.

Questionam-se qual seria a utilidade da aplicação de penas às pessoas jurídicas, posto que estas possuem como finalidade declarada, em que pese correntes criminológicas que defendem o contrário, prevenir crimes e reeducar o infrator. Como as pessoas jurídicas são entes fictícios, seria inviável assimilar tais efeitos da sanção penal.

Para uma terceira corrente, é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais, ainda que não exista responsabilização das pessoas físicas envolvidas, pois a constituição seria expressa neste sentido.

Neste sentido, para esta corrente, o artigo 225 da Constituição Federal, § 3º, não exige para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que pessoas físicas sejam, obrigatoriamente, denunciadas, posto que tal requisito não é exposto, como defendem autores como Gilberto Passos de Freitas.

Já a quarta corrente doutrinária, defendida, por exemplo, por Édis Milaré, entende que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica, desde que em conjunto com as pessoas físicas envolvidas com o crime. Tal era o entendimento do STJ, pois seria possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, desde que houvesse imputação simultânea desta e da pessoa natural.

A corrente atual adotada pelo STF, objeto de análise deste artigo, afirma a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais, sem a necessidade de responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome, em evidente afastamento da teoria da dupla imputação. STF. 1ª Turma. RE 548181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6/8/2013 (Info 714)

O caso paradigmático que deu ensejo a este entendimento se originou de ação penal promovida pelo Ministério Público Federal, denúncia em face da Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul, presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, superintendente da refinaria, pelo crime de poluição previsto no artigo 54 da Lei 9.605/98. Segundo a denúncia, o refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Paraná, refinaria Presidente Getúlio Vargas, acabou por poluir os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas, face ao derramamento de 4 milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres, fauna e flora.

O julgamento deste caso pelo STF será objeto de análise, sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica, especificamente, utilizando-se o layout de Toulmin.

## **2 O MODELO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PROPOSTO POR TOULMIN**

Toulmin propõe uma nova concepção da lógica como tentativa de encarar a argumentação a partir um modelo distinto do da lógica dedutiva, pois, para o autor, historicamente, a ciência lógica, desde Aristóteles, apresenta-se como uma disciplina autônoma e sem preocupação com a prática. (ATIENZA, 2014)

Para Toulmin o modelo da lógica formal dedutiva não permite contemplar a maior parte dos argumentos utilizados em âmbito distinto da matemática pura; porquanto sua intenção é se opor a uma tradição da lógica com ciência formal, comparável à geometria. Neste sentido, propõe mudar do centro de atenção da teoria lógica para a prática lógica, posto não se interessar pela lógica idealizada, assim, sugere um modelo que substitui a geometria pela jurisprudência. (ATIENZA, 2014)

Neste passo, refletindo sobre a insuficiência do modelo da lógica formal para a compreensão de argumentos utilizados em outros âmbitos, como no Direito, Toulmin afirma que:

Nesta analogia seríamos levados a adotar um layout mais complexo que o costumeiro, visto que as perguntas que fazemos que são, mais uma vez, versões mais gerais de questões familiares à jurisprudência, campo mais especializado no qual se desenvolvem muitas distinções. “Que espécies diferentes de proposições”, perguntará um filósofo do Direito, “são proferidas no decorrer de um processo legal, e de que diferentes modos tais proposições podem relacionar-se com a solidez de uma causa legal? Esta questão sempre foi e ainda é a questão central para o estudante da jurisprudência, e nós logo descobrimos que só se pode compreender adequadamente a natureza de um processo legal se estabelecermos um grande número de distinções. (TOULMIN, 2006)

Logo, para Toulmin, a exposição dos argumentos com completa imparcialidade lógica e a compreensão adequada da natureza do “processo lógico” dependem do emprego de um padrão de argumentos tão sofisticados quanto é necessário no Direito. (TOULMIN, 2006)

O ponto de partida de Toulmin é a constatação de que nosso modo de comportamento é constituído pela prática de raciocinar, de dar aos outros razões a favor do que fazemos, pensamos ou dizemos. Nesse sentido reconhece a existência de grande variedade de usos da linguagem, contudo, destaca o uso instrumental e um uso argumentativo do direito. (ATIENZA, 2014)

O uso instrumental ocorre quando as emissões linguísticas atingem seus propósitos diretamente, sem necessidade de produzir “razões” adicionais – a exemplo de quando se dá uma ordem e quando se pede algo –; já o uso argumentativo, o sucesso ou fracasso das emissões linguísticas depende de que ela se apoie em razões, argumentos ou provas. (ATIENZA, 2014)

Ressalte-se que as situações e os problemas em relação aos quais se argumenta podem ser muito diferentes, e, assim, o raciocínio muda conforme as situações, contudo, algumas questões são comuns, quais sejam: a estrutura dos argumentos – que elementos compõem os argumentos, funções cumprem e como se relacionam –; assim como a força dos argumentos – com que intensidade e sob que circunstância o material apresentado na argumentação oferece um apoio com relação à pretensão, que é objetivo da argumentação. (ATIENZA, 2014)

Preocupa-se Toulmin com uma perfeita delimitação e alcance de termos básicos utilizados.

Neste sentido, o termo “argumentação” é usado para referenciar a atividade de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões e criticando-as; “raciocínio”, usado sentido mais restrito, diz respeito à atividade de apresentar razões a favor de uma pretensão, assim como mostrar de que modo essas razões têm êxito em dar força à pretensão; “argumento”, em primeiro sentido, sequência de pretensões e razões, encadeamento de raciocínios – a sequência de pretensões e razões encadeadas que, entre si, estabelecem o conteúdo e a força da proposição, em benefício da qual um determinado orador argumenta-; em um segundo sentido, os argumentos são interações humanas, por meio das quais se formulam, debatem e/ou contornam tais sequências de raciocínios. (ATIENZA, 2014)

Importa enfrentar, ainda que de modo sintético, o modelo de análise dos argumentos proposto por Toulmin composto por quatro elementos: a pretensão (claim); as razões (grounds); a garantia (warrant) e o respaldo (backing). (ATIENZA, 2014)

A pretensão é considerada, ao mesmo tempo, o ponto de chegada e partida da argumentação; trata-se do que se propõe diante dos outros. As razões decorrem do fato de eventual questionamento da pretensão – do contrário não haveria necessidade de argumentar – ou seja, surge a necessidade de dar razões a favor da pretensão inicial, que sejam, ao mesmo tempo, relevantes e suficientes. (ATIENZA, 2014)

Já as garantias são enunciados gerais que permitem a passagem das razões à pretensão. De acordo como tipo de argumento, a garantia pode ter natureza diferente, portanto, pode consistir numa regra da experiência, numa norma ou num princípio jurídico, numa lei da natureza. Por sua vez, a necessidade do respaldo decorre de que, em algumas situações, mesmo

estabelecida a garantia para o argumento, isso nem sempre é o bastante, pois, eventualmente, é necessário demonstrar que a garantia é válida, relevante e com peso suficiente, sobretudo quando houver várias formas de passar das razões à pretensão, o proponente terá que mostrar que a sua garantia é superior a qualquer outra. (ATIENZA, 2014)

É conveniente ressaltar que serão analisados os argumentos utilizados para justificar a possibilidade de processar penalmente uma pessoa jurídica, ainda que inexistente ação penal em curso em face de pessoa física com relação ao crime e, portanto, a racionalidade e o nível de correção da decisão.

Logo, para identificar os argumentos utilizados na decisão do RE 548.181, como já mencionado, utilizar-se-á o referido layout de argumentos proposto por Toulmin, qual seja, em síntese:

I) Alegação ou conclusão (claim) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação.

II) Dados (data) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo.

III) Garantia (warrant) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada.

IV) Apoio (backing) - são “avais” das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação.

V) Qualificadores modais (qualifiers) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

VI) Condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida. (TOULMIN, 2006)

### **3 ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 548.181**

#### **3.1 Resumo do acórdão**

Consiste em recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, fundamentado na alínea “a” do inciso III do permissivo constitucional – art.102 da Constituição da República, em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 16.696/PR.

Em observância ao recorte deste artigo, realça-se exclusivamente aspecto pertinente a questão de fundo do recurso, qual seja, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica; neste passo, nas razões recursais foi sustentado que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao condicionar a persecução penal da pessoa jurídica à persecução simultânea da pessoa física a quem imputados individualmente os fatos, implicava negativa de vigência ao art. 225, § 3º, da

Constituição da República, que faz previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental sem aquele condicionamento.

Logo, foi requerido o provimento do recurso extraordinário e o prosseguimento da Ação Penal que tramitava no TRF da 4ª Região. Processado o recurso no Supremo, foi-lhe negado provimento, em decisão monocrática do ministro Menezes Direito; esta decisão fora atacada por agravo regimental do Ministério Público Federal, provida pela primeira turma para assegurar o processamento do Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário foi parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Reconheceu o Supremo, voto da ministra Rosa Weber, que a Constituição, em seu artigo 225, § 3ª, não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa natural supostamente responsável na empresa, ou seja, não impõe a dupla imputação.

Ademais, o STF reconheceu que condicionar a aplicação do referido dispositivo da Constituição à imputação também da pessoa física ou natural implica indevida restrição da norma constitucional, ferindo a intenção do constituinte originário de ampliar o alcance das sanções penais e de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis nas empresas, assim como garantir reforço a tutela do ambiente.

### **3.2 Narração fatos sociais e institucionais**

Os fatos sociais e institucionais do caso são: (i) o refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Paraná, refinaria Presidente Getúlio Vargas, acabou por poluir os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas, face ao derramamento de 4 milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres, fauna e flora; (ii) ação penal promovida pelo Ministério Público Federal, denúncia em face da Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul, presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, superintendente da refinaria, pelo crime de poluição previsto no artigo 54 da Lei 9.605/98; (iii) a concessão de ordem de *habeas corpus* em favor de Henri Philippe Reichstul, presidente da Petrobras, e a extensão à Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da Petrobras, responsável pela unidade subsidiária na qual ocorreu o suposto crime ambiental; (iv) decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao condicionar a persecução penal da pessoa jurídica à persecução simultânea da pessoa física a quem imputados individualmente os fatos.

### **3.3 Problema Jurídico**

A argumentação surge a partir do seguinte problema: é possível a responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais, independente da responsabilização concomitante da pessoa física que atuava em seu nome?

### **3.4 Questões e sub-questões e suas respostas (voto da relatora)**

As questões e sub-questões das quais dependem a solução do problema e suas respostas.

a). O direito penal clássico está adequado a lidar com os injustos penais atuais?

O direito penal clássico demonstra relativa insuficiência ou quase inadequação para lidar com os ilícitos penais na sociedade moderna.

b). Como interpretar o artigo art. 225, §3º e 3º da Lei nº 9.605/98?

Deve ser compreendido sob uma perspectiva de reforço à proteção de ao meio ambiente.

c). Que direitos o art. 225, §3º visa tutelar

Visa tutela direitos fundamentais de terceira geração.

d). De que decorre a responsabilidade.

Da dificuldade de responsabilização da pessoa física para prevenir a prática de crimes, ambientais, ou de outra natureza, no âmbito de corporações.

### **3.5 Razões**

a) “Entre os fundamentos remotos da norma que contempla apenação da pessoa jurídica, em dissintonia com a dogmática penal evoluída ao longo de anos, pode-se referir uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna, como revelam, ilustrativamente, as inúmeras condutas ilícitas, de efetiva lesão a bens jurídicos de expressão, que emergiram no âmbito do direito econômico-financeiro, na seara ecológica e ambiental, em organizações estruturadas e organizadas de forma estável, e ainda no âmbito das organizações empresariais”.

b) “E, o que sobreleva, a Constituição Federal de 1988, inovando, previu expressamente, para reforçar a proteção do meio ambiente, a responsabilização penal da pessoa jurídica no §3.º de seu art. 225”.

“De forma harmônica, a Lei nº 9.605, de 12.02.1998, em seu art. 3º, veio a prescrever que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o

disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu orgão colegio, no interesse ou benefício da sua entidade”.

c) “Tal norma visa a tutelar verdadeiro direito fundamental de terceira geração, de titularidade difusa, consistindo em comando ao legislador para a instituição de mecanismos de responsabilização civil, administrativa e penal de infratores da legislação ambiental, pessoas físicas ou jurídicas”.

d) “Afinal, de certa forma, a responsabilização penal da pessoa jurídica decorre exatamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal da pessoa física para prevenir a prática de crimes, ambientais, ou de outra natureza, por parte de entidades corporativas que, na esteira do citado precedente da Suprema Corte norte-americana, dominam a atividade econômica”.

“As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta”.

### 3.6 Solução do Problema / Decisão

Reconheceu-se a possibilidade de denúncia por crime ambiental contra pessoa jurídica não abranger, necessariamente, a atribuição criminal do fato também à pessoa física.

### 3.6 Tabela layout de Toulmin – Voto Rosa Weber

Alegação (claim):	<ul style="list-style-type: none"><li>A Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.</li></ul>
Dados (data):	<ul style="list-style-type: none"><li>No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de</li></ul>

	<p>atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• E em grandes corporações há de se reconhecer a dificuldade prática de identificar a pessoa física diretamente responsável por ato criminoso corporativo, até porque no mínimo inusual seja sua prática submetida a votação do conselho de diretores ou objeto de registro documental.</li> <li>• As pessoas jurídicas tornaram-se destinatárias da lei penal desde 1988, há 25 anos portanto, em decorrência de imposição expressa da norma constitucional acima transcrita. A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conferiu a possibilidade de concreção da Constituição, ao estipular os pressupostos e as penas aplicáveis às pessoas jurídicas.</li> </ul>
<p>Garantia (warrant):</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Em princípio, não há reserva de Constituição para a criminalização de condutas, nem para a definição de quem possa ser sujeito ativo da prática de crimes. Trata-se de matéria que se encontra, guardados os limites constitucionais, no âmbito da liberdade de conformação do legislador.</li> <li>• E, o que sobreleva, a Constituição Federal de 1988, inovando, previu expressamente, para reforçar a proteção do meio ambiente, a responsabilização penal da pessoa jurídica no §3.º de seu art. 225.</li> <li>• Tal norma visa a tutelar verdadeiro direito fundamental de terceira geração, de titularidade difusa, consistindo em comando ao legislador para a instituição de mecanismos de responsabilização civil, administrativa e penal de infratores da legislação ambiental, pessoas físicas ou jurídicas.</li> <li>• De forma harmônica, a Lei nº 9.605, de 12.02.1998, em seu art. 3º, veio a prescrever que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu <i>orgao colegio</i>, no interesse ou benefício da sua entidade.</li> <li>• Estabelece ainda regras sobre as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas, com previsão, entre outras, de multa, suspensão ou interdição de atividades e até liquidação forçada.</li> <li>• As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.</li> <li>• Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais</li> </ul>

	<p>frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Afinal, de certa forma, a responsabilização penal da pessoa jurídica decorre exatamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal da pessoa física para prevenir a prática de crimes, ambientais, ou de outra natureza, por parte de entidades corporativas que, na esteira do citado precedente da Suprema Corte norte-americana, dominam a atividade econômica.</li> <li>• Entre os fundamentos remotos da norma que contempla apenação da pessoa jurídica, em dissintonia com a dogmática penal evoluída ao longo de anos, pode-se referir uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna, como revelam, ilustrativamente, as inúmeras condutas ilícitas, de efetiva lesão a bens jurídicos de expressão, que emergiram no âmbito do direito econômico-financeiro, na seara ecológica e ambiental, em organizações estruturadas e organizadas de forma estável, e ainda no âmbito das organizações empresariais.</li> <li>• (...)reconhecesse que a distribuição de competências no interior das modernas organizações e aparatos societários complexos impossibilita, em quantidade não desprezível dos casos, a identificação e respectiva imputação das infrações penais a um sujeito concreto.</li> <li>• De fato as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e a distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, nessa realidade, as dificuldades para se imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.</li> <li>• A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva.</li> <li>• Em resumo, a clivagem inerente ao funcionamento dos modernos conglomerados empresariais, em muitos casos, quase que impede a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física determinada. Essa, exatamente, a <i>ratio essendi</i>, na minha visão, da norma constitucional que acolhe a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atividades lesivas ao meio ambiente.</li> <li>• E ainda que se conclua não tenha, o legislador ordinário, estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não há como simplesmente pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. O mais adequado, com vista à efetividade da norma constitucional, será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses</li> </ul>
--	---

	<p>critérios (cf., por exemplo: Bernardo J. Feijóo Sánchez, op. cit., p. 42), mas sem que tal desenvolvimento acarrete o esvaziamento do mandamento constitucional de apenação da pessoa jurídica.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Não será qualquer atuação de qualquer dos indivíduos ou unidades vinculadas à empresa que poderá acarretar a atribuição do fato lesivo à pessoa jurídica; indispensável que a pessoa, indivíduos ou unidades participantes do processo de deliberação ou da execução do ato estivessem a atuar de acordo com os padrões e objetivos da empresa, ou seja, estivessem a cumprir com suas funções e atividades ordinárias definidas expressa ou implicitamente pelo corpo social com vista a atender o objetivo da atividade econômica organizada.</li> <li>• Para além disso, necessário que a infração seja cometida no interesse ou benefício da entidade de modo a afastar a possibilidade de atribuição do fato ilícito ao ente moral se o indivíduo ou órgão interno responsável pelo ato tenha atuado unicamente para satisfação de interesse próprio, em busca de vantagem unicamente pessoal, ou ainda em detrimento consciente dos interesses e fins da empresa.</li> <li>• Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, se atribua o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando que fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva.</li> </ul>
<p>Apoio (backing):</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 225, §3º da Constituição Federal, art 3º e 54 Lei nº 9.605/98;</li> <li>• Desde o século XIX as Cortes inglesas reconhecem a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime praticado por seus integrantes ou empregados (Birmingham and Gloucester Railway Co.;</li> <li>• Na França, desde 1992 e especialmente a partir do Código Penal de 1994, admite-se amplamente, conforme art. 121-2 do mencionado diploma legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com exceção do Estado, para todo e qualquer crime.</li> <li>• Nos Estados Unidos, seguiu-se de início o exemplo inglês. Posteriormente essa responsabilidade foi admitida de maneira até mais ampla, inclusive com pronunciamento da Suprema Corte norte-americana a respeito, como evidencia, v.g., o caso <i>New York Central &amp; Hudson River R.R v. US</i>, 212 U.S 481, 1901.</li> <li>• A responsabilidade criminal do ente moral surgiu exatamente para atalhar a dificuldade, e até mesmo impossibilidade, de se comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica. Ao se necessitar desta mesma comprovação para a responsabilização da pessoa jurídica estar-se-ia criando instituto inaplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram a sua criação."</li> </ul>

	<p>(Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Ney de Barros Bello Filho, e Flávio Dino de Castro e Costa. Crimes e infrações administrativas ambientais: Comentários à Lei nº 9.605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 62)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• RE 628; 582.</li> <li>• Aliás, da doutrina específica, a respeito do tema, colhe-se o entendimento de que ‘no preceito em análise, há uma espécie de autonomia punitiva entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os delitos exercidos por empresas. Ambos não se imiscuem, pois estão sujeitos a regimes jurídicos diversos’ (Bulos, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1272).</li> <li>• Conforme anotado por Roberto Delmanto et al, ao colacionarem posicionamento de outros doutrinadores, ‘segundo o parágrafo único do art. 3º da [Lei 9.605/98], ‘a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas naturais’, podendo, assim a denúncia ser dirigida ‘apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente para isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobria a autoria do delito’. (Leis Penais Especiais Comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384)</li> <li>• Da mesma obra suso mencionada, Roberto Delmanto et al entendem ‘ser inquestionável que a CR, em seu art. 225, § 3º, tenha efetivamente previsto a responsabilidade das pessoas jurídicas (...). Com efeito, o legislador constituinte referiu-se aos ‘infratores’ como sendo as ‘pessoas físicas ou jurídicas’, colocando, ainda, a referida expressão entre vírgulas; logo em seguida, dispôs ainda que essas pessoas estarão sujeitas a sanções penais e administrativas; tais fatos, por si só, ao nosso ver, demonstram que o legislador constituinte efetivamente admitiu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os delitos ambientais’ (cit., p. 385)”. (Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 10.10.2011)</li> <li>• HC 92.921, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 26.9.2008; AgRg no RE 593.729, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 6.03.2009. Na doutrina brasileira, por todos: FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70-1.</li> <li>• Nessa senda, o magistério doutrinário de Ney Bello Filho no sentido de que não é elemento constitutivo do tipo penal e, tampouco, précondição para o oferecimento da denúncia, a comprovação da coautoria da pessoa física, pois, além de inexistir previsão legal de coautoria necessária nesses casos, tal interpretação quase esvaziaria a responsabilização penal do ente moral; “nem sempre será o caso de se atribuir determinado ato a uma única pessoa física, pois existem atos que só se exteriorizam por diversas condutas. (...) muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica – principalmente as decisões colegiadas, ou as individuais submetidas à confirmação – podem ser atribuídas a um conjunto de indivíduos, sem que qualquer</li> </ul>
--	--

	<p>deles possa ser responsabilizado pelo ato da pessoa jurídica.” (DINO NETO, Nicolau et al. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 55-7).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• “a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas naturais. O art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/1998 é explícito a respeito. Assim, a denúncia poderá ser dirigida apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente por isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobre a autoria do delito. Com isto, a punição findava por ser na pessoa de um empregado, de regra o último elo da hierarquia da corporação. E, quanto mais poderosa a pessoa jurídica, mais difícil se tornava identificar os causadores reais do dano.” (FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 72. Na mesma linha a posição de NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas, vol. II, 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 516).</li> <li>• (HC 83.554. Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 28.10.2005)</li> </ul>
Condições de refutação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Outros países, como a Alemanha, refutam essa possibilidade e têm como suficiente, para o desiderato, a responsabilização administrativa da pessoa jurídica.</li> <li>• No Brasil, a doutrina majoritária, forte no adágio <i>societas delinquere non potest</i>, foi e ainda é refratária à responsabilização penal da pessoa jurídica, à invocada necessidade de manutenção da pureza dogmática do Direito Penal.</li> <li>• Pode-se, por outro lado, entender, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a condição estabelecida de identificação e persecução penal simultânea da pessoa física responsável decorreria da própria natureza das coisas, uma vez que a ação da corporação se identificaria com a ação dos dirigentes e empregados que a compõem.</li> </ul>
Conclusão	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (...) reconhecida a possibilidade de a denúncia por crime ambiental contra a pessoa jurídica não abranger, necessariamente, a atribuição criminal do fato também à pessoa física, determinar o regular processamento da ação penal contra a Petrobrás.</li> </ul>

### 3.6 Tabela layout de Toulmin – Voto Roberto Barroso

Alegação (claim):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal,</li> </ul>
-------------------	--

	<p>mas o fato é que a dicção do artigo 225, § 3º, é inequívoca, e para pesar, eu sei, da doutrina criminal, há uma certa tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias.</p>
Dados (data):	<ul style="list-style-type: none"> <li>No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçú e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.</li> </ul>
Garantia (warrant):	<ul style="list-style-type: none"> <li>O fato do artigo 225, § 3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização.</li> </ul>
Apoio (backing):	<ul style="list-style-type: none"> <li>artigo 225, § 3º</li> </ul>
Condições de refutação	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, (...)</li> </ul>
Conclusão	<ul style="list-style-type: none"> <li>De modo que, por essa razão, eu acompanho a Ministra Rosa Weber.</li> </ul>

### 3.7 Tabela layout de Toulmin – Voto Dias Toffoli

Alegação (claim):	<ul style="list-style-type: none"> <li>(...) a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural [naquele caso o recorrente era a pessoa jurídica, e não o Ministério Público].</li> </ul>
Dados (data):	<ul style="list-style-type: none"> <li>No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.</li> </ul>
Garantia (warrant):	<ul style="list-style-type: none"> <li>Uadi Lammêgo Bulos: (...) "no preceito em análise, há uma espécie de autonomia punitiva entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os delitos exercidos por empresas. Ambos não se imiscuem, pois estão sujeitos a regimes jurídicos diversos."</li> <li>Roberto Delmanto e outros: "(...) [S]egundo o parágrafo único do art. 3º, da [Lei 9.605/98], 'a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui as das pessoas naturais', podendo, assim a denúncia ser dirigida 'apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente para isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobria a autoria do delito (E cito a fonte).</li> <li>"(...) ser inquestionável que a Constituição da República, em seu art. 225, § 3º, tenha efetivamente previsto a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas (...). Com efeito, o legislador constituinte referiu-se aos 'infratores' como sendo as 'pessoas físicas ou jurídicas', colocando, ainda, a referida expressão entre vírgulas; logo em seguida, dispôs ainda que essas pessoas estarão sujeitas a sanções penais e administrativas; tais fatos, por si só, ao nosso ver, demonstram que o legislador constituinte efetivamente admitiu a</li> </ul>

	responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os delitos ambientais [cito novamente a fonte, o local e a página]".
Apoio (backing):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• artigo 225, § 3º</li> <li>• Doutrina -Uadi Lammêgo Bulos:</li> <li>• Doutrina - Roberto Delmanto e outros:</li> </ul>
Condições de refutação	
Conclusão	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Senhor Presidente, reafirmando essa minha posição, eu acompanho a eminente Relatora.</li> </ul>

### 3.7 Tabela layout de Toulmin – Voto Marco Aurélio

Alegação (claim):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tenho, para mim, que, por mais que potencialize o preceito do artigo 225 da Constituição Federal, quanto à responsabilidade penal das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, não é dado, diante das balizas objetivas e subjetivas da persecução criminal, concluir vulnerado esse preceito.</li> </ul>
Dados (data):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.</li> </ul>
Garantia (warrant):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presidente, não se discute, no caso, responsabilidade civil, administrativa, trabalhista – que também é civil – ou eleitoral – que também é civil. Discute-se responsabilidade penal. E é estreme de dúvidas que não está em jogo a extensão da ordem, implementada</li> </ul>

	<p>quanto ao Presidente da Petrobras, ao superintendente. Já não se terá, nesta ação penal, tal como proposta, uma pessoa natural como acusada, mas, mesmo assim, placita-se persecução que envolve sanção a alcançar a liberdade de ir e vir. Fico a imaginar, uma vez selada a culpa da Petrobras, quem será escalado para cumprir a pena!</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tenho, para mim, que, por mais que potencialize o preceito do artigo 225 da Constituição Federal, quanto à responsabilidade penal das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, não é dado, diante das balizas objetivas e subjetivas da persecução criminal, concluir vulnerado esse preceito.</li> </ul>
Apoio (backing):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• artigo 225, § 3º</li> <li>• (...) a decisão do ministro Hamilton Carvalhido, egresso do Ministério Público.</li> </ul>
Condições de refutação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Supremo não virá a sentenciar essa ação penal, muito menos a executar possível título judicial condenatório.</li> </ul>
Conclusão	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por isso, peço vênias à relatora e também aos Colegas que a acompanharam para desprover o recurso.</li> </ul>

### 3.7 Tabela layout de Toulmin – Voto Luiz Fux

Alegação (claim):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (...) artigo 225, § 3º, da Constituição não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois, ao afirmar que os ilícitos ambientais "sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas", teria apenas imposto sanções administrativas às pessoas jurídicas.</li> </ul>
Dados (data):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No dia 16 de julho de 2000, a denunciada PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária – Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas – REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigüi e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas – dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os</li> </ul>

	efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.
Garantia (warrant):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Eu coletei algumas passagens doutrinárias - evidentemente que não vou lê-las – do Professor Luiz Regis Prado, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bitencourt e Alberto Silva Franco, que, sinteticamente, vamos dizer assim, fazendo uma fusão de todas essas ideias, eles entendem que o artigo 225, § 3º, da Constituição não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois, ao afirmar que os ilícitos ambientais "sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas", teria apenas imposto sanções administrativas às pessoas jurídicas. Tenho, para mim, que, por mais que potencialize o preceito do artigo 225 da Constituição Federal, quanto à responsabilidade penal das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, não é dado, diante das balizas objetivas e subjetivas da persecução criminal, concluir vulnerado esse preceito.</li> <li>• Além disso, segundo uma síntese da opinião desses autores, o artigo 5º, inciso XLV, traz o princípio da pessoalidade da pena, o que vedaria qualquer exegese que fizesse incidir a responsabilidade penal na pessoa jurídica.</li> <li>• O Professor Barbosa Moreira, com aquela sua ironia fina para explicar a legitimatio ad causam, dizia: "as pessoas jurídicas não comem, não bebem, não amam." Isso segundo ele dizia.</li> </ul>
Apoio (backing):	<ul style="list-style-type: none"> <li>• artigo 225, § 3º, CF</li> <li>• o artigo 5º, inciso XLV, CF</li> <li>• Doutrina de Professor Luiz Regis Prado, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bitencourt e Alberto Silva Franco e Barbosa Moreira.</li> </ul>
Condições de refutação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Então, esse autores afirmam ainda que seria uma forma de responsabilidade penal objetiva. E, por fim, ressaltam que a pena tem um caráter ressocializador, algo absolutamente impossível de ser alcançado em relação às pessoas jurídicas.</li> </ul>
Conclusão	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (...) vou acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio.</li> </ul>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais, em especial, quando não há em curso ação penal em face das pessoas físicas envolvidas no ilícito ambiental constitui tema de viva controvérsia na ciência do direito.

Observa-se a existência no cenário atual do judiciário brasileiro de um aparente padrão de atividade judicial que destaca aspectos autoritativos, em detrimento da adoção de critérios argumentativos capazes de demonstrar racionalidade e correção nas decisões proferidas.

Neste sentido, análises das decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros demonstram um razoável déficit de racionalidade nas justificações produzidas pelos julgadores quanto às razões de suas decisões em notável dificuldade em se estabelecer claramente a vinculação entre a decisão tomada e suas razões, bem como em relacioná-la com outros elementos do ordenamento jurídico (normas gerais e padrões jurisprudenciais). (Roesler, 2015)

Por esta razão, sob a perspectiva da argumentação jurídica, analisou-se o julgamento do RE 548.181, Paraná, que debateu a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais, sem a responsabilização concomitante da pessoa física que atuava em seu nome.

Logo, para identificar os argumentos utilizados na decisão do RE 548.181, valeu-se do layout de argumentos proposto por Toulmin, qual seja, em síntese: I) Alegação ou conclusão (claim) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação. II) Dados (data) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo. III) Garantia (warrant) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada. IV) Apoio (backing) - são “avais” das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação. V) Qualificadores modais (qualifiers) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente. VI) Condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida. (TOULMIN, 2006)

O referido modelo de argumentos fora utilizado na análise de cada voto para a compreensão da correção e da racionalidade dos votos dos ministros do Supremo Tribunal

Federal, através da construção de tabelas, capazes de serem comparadas e demonstrarem os caminhos da argumentação utilizada no tribunal.

Da análise dos votos divergentes, ministro Marco Aurélio e Luiz Fux, extrai-se a grande influência na doutrina nacional da teoria da ficção jurídica de Savigny, segundo a qual as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente, pois não possuem consciência, vontade, capacidade de conduta (dolo ou culpa), nem culpabilidade (não são imputáveis e não possuem consciência da ilicitude), corrente de pensamento acompanhada pelos autores citados nos votos, quais sejam: Luiz Regis Prado, Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bitencourt e Alberto Silva Franco e Barbosa Moreira.

Contudo, prevaleceu o entendimento de ser possível a responsabilização penal da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais, ainda que não exista responsabilização das pessoas físicas envolvidas, pois a constituição seria expressa neste sentido, tendo em vista que o artigo 225 da Constituição Federal, § 3º não exige para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que pessoas físicas sejam, obrigatoriamente, denunciadas, posto que tal requisito não é expresse, fundamentado nas perspectivas doutrinárias de Vladimir Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas, Nicolao Dino, Ney Bello, Flávio Dino, Roberto Delmanto e Uadi Lammêgo Bulos.

## **REFERÊNCIAS**

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**, Madrid: Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. **As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. – 2 ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2014.

ROESLER, Claudia Rosane. **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. Revista Quaestio Iuris. V. 8, n 4, Rio de Janeiro, 2015.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.