

---

# *A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



v. 11, n. 25, jul./dez. 2014

---

*A t u a ç ã o*

---

Revista Jurídica do  
**Ministério Público Catarinense**

v. 11, n. 25, julho/ dezembro 2014  
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	120 p.	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

# Atuação

## Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

### Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio

Leandro Garcia Machado

Nuno de Campos

Rogério Ponzi Seligman

Sandro Ricardo Souza

Silvana do Prado Brouwers

### Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Marcelo Gomes Silva

**As opiniões emitidas nos artigos  
são de responsabilidade  
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de  
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação  
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: [revistajuridica@mpsc.mp.br](mailto:revistajuridica@mpsc.mp.br)

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. - v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral, 2009- .

v. 11, n. 25, jul./dez. 2014.

ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina, Ministério Público. II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

Catálogo na Publicação por: Magda Daré CRB-14/982

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: setembro de 2017

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar  
Centro - Florianópolis - SC  
CEP 88015-240  
(48) 3224-4600 e 3224-4368  
[imprensa@acmp.org.br](mailto:imprensa@acmp.org.br)  
[www.acmp.org.br](http://www.acmp.org.br)

Paço da Bocaiúva - R. Bocaiúva, 1.750  
Centro - Florianópolis - SC  
CEP 88015-904  
(48) 3229-9000  
[pgj@mpsc.mp.br](mailto:pgj@mpsc.mp.br)  
[www.mpsc.mp.br](http://www.mpsc.mp.br)

**Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

**Procurador-Geral de Justiça**

Sandro José Neis

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos**

Aurino Alves de Souza

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais**

Fábio de Souza Trajano

**Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos**

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

**Colégio de Procuradores de Justiça**

*Presidente:* Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda

Murilo Casemiro Mattos

Sidney Eloy Dalabrida

Fábio Strecker Schmitt

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Marcílio de Novaes Costa

Monika Pabst

Jorge Orofino da Luz Fontes

Onofre José Carvalho Agostini

*Secretário:* Carlos Alberto de Carvalho Rosa



## **Conselho Superior do Ministério Público**

### **Membros Natos**

*Presidente:* Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça

Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

### **Representantes do Colégio de Procuradores**

Odil José Cota

Lenir Roslindo Piffer

Newton Henrique Trennepohl

### **Representantes da Primeira Instância**

Narcísio Geraldino Rodrigues

Gladys Afonso

Gercino Gerson Gomes Neto

Fábio de Souza Trajano

Américo Bigaton

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

### **Secretário-Geral**

Fernando da Silva Comin

### **Corregedor-Geral**

Gilberto Callado de Oliveira

### **Subcorregedor-Geral**

Ivens José Thives de Carvalho



## **Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público**

Luciano Trierweiller Naschenweng  
**Presidente**

Luiz Adalberto Villa Real  
**Vice-Presidente**

Gilberto Assink de Souza  
**1º Secretário**

Marcos Augusto Brandalise  
**2º Secretário**

João Carlos Linhares Silveira  
**Diretor Financeiro**

Sandro Ricardo Souza  
**Diretor de Patrimônio**

Maria Fernanda Steffen da Luz Fontes  
**Diretora Cultural e de Relações Públicas**

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi  
**Diretora Administrativa**

Alexandre Carrinho Muniz  
**Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina**

### **Conselho Fiscal**

Abel Antunes de Mello  
Helen Crystine Corrêa Sanches  
Henrique da Rosa Ziesemer  
Marcelo Gomes Silva  
Ricardo Viviani de Souza

### **Conselho Consultivo**

Anderson Adilson de Souza  
Aristeu Xenofontes Lenzi  
Bianca Andrighetti Coelho  
Deize Mari Oechsler  
Ernani Dutra  
Guilherme André Pacheco Zattar  
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt  
Joaquim Torquato Luiz  
Jorge Eduardo Hoffmann  
Júlio Fumo Fernandes  
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese  
Marco Antônio Schutz de Medeiros  
Mário Luiz de Melo



# SUMÁRIO

## **PENAL**

A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA  
PROPRIAMENTE DITA: LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO.....9

*Thiago Alceu Nart*

## **PROCESSO PENAL**

COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS:  
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....23

*Thiago Naspolini Berenhauser*

## **CIDADANIA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE  
EM JUÍZO.....45

*Rodrigo Dezengrini*

## **INFÂNCIA E JUVENTUDE**

EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A FREQUÊNCIA EXCLUSIVA EM CENTROS DE  
ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADOS.....67

*Isabela Ramos Philippi*

## **MEIO AMBIENTE**

DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL: UMA PERSPECTIVA CATARINENSE  
.....83

*Raísa Carvalho Simões*

O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, FIRMADO PELO  
MINISTÉRIO PÚBLICO, NA PREVENÇÃO E NA REPARAÇÃO DOS DANOS  
AMBIENTAIS .....105

*Rafaela Vieira Bergmann*





PENAL

# A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA PROPRIAMENTE DITA: LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Thiago Alceu Nart***Promotor de Justiça**Especialista*

## RESUMO

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a possibilidade do oferecimento do benefício da transação penal nos crimes de ação penal privada. Atualmente, ambas se inclinam para a possibilidade de aplicação do instituto despenalizador. Ocorre que algumas decisões têm firmado o entendimento de que a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, rege-se pelos princípios da conveniência e disponibilidade. Assim, seria necessário o consentimento do ofendido, legitimado ativo para essas ações, para a implementação do benefício. No entanto, a aplicação do citado entendimento vai de encontro com o princípio da igualdade, pois o autor de um crime de ação penal privada, teoricamente menos grave, receberia um tratamento mais gravoso do que se confere ao autor de um crime de ação penal pública. Há, portanto, a necessidade de o Ministério Público, atuando como fiscal da lei, zelar pelo cumprimento dos direitos e deveres das partes envolvidas na relação jurídica processual e, em caso de inércia do ofendido ou irrazoabilidade de sua proposta, possibilitar a aplicação da transação penal ao autor do fato caso ele preencha os requisitos legais para recebimento do benefício.

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	p. 9 - 22	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	-----------	----------------

**Palavras-Chave:** Ação Penal Privada. Transação Penal. Legitimidade Subsidiária do Ministério Público.

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário ressaltar que, sempre que for citado neste artigo o termo ação penal privada, a referência é à ação penal privada propriamente dita, não englobando, portanto, a ação penal privada subsidiária da pública, a qual se aplicam normais e princípios distintos.

A Lei n. 9.099/95 introduziu a aplicação do instituto despenalizante da transação penal em nosso ordenamento jurídico. Pautada por uma política criminal voltada à justiça consensual, a transação penal propõe a aplicação de penas restritivas de direitos ou multa aos autores de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Diante da ausência de previsão expressa de aplicação do instituto às ações penais privadas, logo surgiram debates sobre a extensão do benefício e acerca da legitimidade para propô-lo.

Atualmente, a possibilidade de a transação penal ser aplicada aos crimes de ação penal privada é o entendimento majoritário na doutrina e sedimentado pela jurisprudência. Apesar disso, ainda existe discussão no que tange à legitimidade para propor o benefício, se do ofendido (ou seu representante legal) ou do Ministério Público.

Necessário, portanto, analisar o tema pelo prisma da atuação do Ministério Público como custos legis, velando pela legalidade da persecução criminal, sem, no entanto, olvidar-se que, nas ações penais de iniciativa privada, o ofendido é a parte legitimada para dar início à *persecutio criminis*.

## 2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

A Lei n. 9.099/95 é fruto da Constituição Federal de 1988, a qual previu, em seu artigo 98, inciso I, a criação de juizados especiais competentes para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo e autorizou, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal.

A fim de dar concretude ao citado comando constitucional, a Lei n. 9.099/95 contemplou, em seu artigo 76, o instituto da transação penal, em que pese não fazer referência expressa ao termo “transação”. Vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Conforme se extrai da redação do dispositivo, houve referência somente à possibilidade de aplicação do instituto aos crimes de ação penal pública. Assim, logo surgiu a discussão sobre a possibilidade de aplicação da transação penal aos crimes de ação penal privada.

Este artigo parte da premissa de que é possível a aplicação da transação penal às ações penais privadas. No entanto, é necessário trazer à baila os argumentos contrários e favoráveis expostos pela doutrina, apenas para contextualizar o tema.

A maioria dos defensores da impossibilidade de aplicação da transação aos crimes de ação penal privada fundamenta sua opinião na interpretação literal do artigo 76 da Lei n. 9.099/95. Sintetizando os argumentos dessa corrente, discorre Júlio Fabbrini Mirabete:

[...] Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. [...] Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta para transação [...]. (MIRABETE, 2003, p. 605).

Ainda adotando esse entendimento, Cezar Roberto Bittencourt (2003, p. 603) afirma que o artigo 76 da Lei n. 9.099/95 nada dispõe sobre o querelante, motivo pelo qual a ausência de previsão legal resulta na impossibilidade de aplicação do instituto da transação às ações penais privadas.

Já a corrente doutrinária contrária, adotada neste artigo, entende insuficiente uma interpretação literal do artigo 76 da Lei n. 9.099/95 (CARVALHO, 2006, p. 97). Assim, seria possível aplicar a transação penal nas ações penais privadas pelo uso da analogia em favor do réu. Conforme discorre Ada Pellegrini Grinover:

[...] não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a

ela renunciar. [...] A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este. [...] Dentro dessa postura, é possível ao juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa, valendo lembrar que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica. (GRINOVER, 1997, p. 128).

Certamente é este último entendimento que tem prevalecido. O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu na Ação Penal n. 634 RJ 2010/0084218-7:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA.

TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).

**II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas.** Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.

IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida. (grifei).

A possibilidade de aplicação da transação penal aos crimes de ação penal privada foi inclusive reconhecida pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), que, em seu Enunciado 112, sedimentou o seguinte: Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro - Palmas/TO).

### **3 LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR (OU ADEQUAR) A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA**

Resolvida a questão a favor da possibilidade de aplicação do instituto da transação às ações penais privadas, cumpre discorrer sobre a legitimidade para a proposta. A jurisprudência, e boa parte da doutrina, inclina-se no sentido de essa legitimidade ser exclusiva do ofendido. É o que se extrai da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental do Recurso Especial n. 1356229/PR:

1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim como das decisões proferidas na Ação Penal n. 634 RJ 2010/0084218-7, já citada no tópico anterior, e nos Embargos de Declaração do *Habeas Corpus* n. 33929/SP:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HC. OMISSÃO. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA. LEGITIMIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante. (Precedente do STF).

II - Embargos acolhidos.

O citado entendimento vem sendo acompanhado por parte da doutrina nacional. Vejamos:

No tocante à vítima, porém, tratando-se de infrações de ação penal privada, outros princípios vigoram. Imperam os princípios da discricionariedade e da disponibilidade, daí por que, entendendo-se que a transação e a suspensão

não são direito público subjetivo do autor do fato e do acusado, a sua formulação fica na estrita conveniência do ofendido, que, ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação e a suspensão. (LIMA e SOUZA, p. 3).

Não se discorda da legitimidade do ofendido para a proposta. Atribuir ao Ministério Público plena legitimidade, independentemente da manifestação de vontade do ofendido, assim como dispõe o Enunciado 112 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), não parece ser um entendimento razoável e até mesmo viável.

Isso porque não obtido o acordo civil previsto no artigo 74 da Lei n. 9.099/95 poderá a vítima deixar transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de queixa-crime. Não é razoável que o Ministério Público proponha o benefício antes do oferecimento da inicial acusatória. Assim agindo, estaria o Ministério Público impondo ao autor do fato uma reprimenda sem ao menos saber se esse é o interesse da vítima.

Também é contraproducente que o Ministério Público proponha o benefício da transação penal após o oferecimento da queixa-crime, tornando essa peça processual, necessariamente formulada por intermédio de advogado, supérflua ao deslinde do feito na maioria dos casos.

Por fim, necessário ressaltar que, na ação penal privada, o ofendido é a parte legitimada para dar início à *persecutio criminis*. Somente ele pode o mais (propor queixa-crime), assim, somente ele poderia o menos (propor transação penal). Não detém o Ministério Público legitimidade para propor queixa-crime e, portanto, a princípio lhe falta legitimidade para oferecer a transação penal.

E se diz “a princípio”, pois também não é razoável deixar a possibilidade de transação penal ao bel-prazer do ofendido. Os princípios da conveniência e da disponibilidade, aplicáveis às ações penais privadas, não são absolutos. Afinal, se, para autores de crimes como ameaça e lesão corporal, é aplicável o instituto da transação penal, com mais razão, deve-se aplicar o instituto a autores de crimes menos graves, como, por exemplo, a difamação e a injúria.

Nesse ponto, importante destacar que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, tem o poder-dever de oferecer ao autor do fato o benefício da transação penal, desde que preenchidos os requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95.

Apesar de o artigo 76 da Lei n. 9.099/95 indicar que o Ministério Público “poderá” propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, diante de sua necessária submissão ao princípio da legalidade, a não propositura do benefício deverá ser justificada. Dessa forma, a discricionariedade do Ministério Público é regrada, ou seja, diz respeito somente às penas a serem propostas na transação. Nesse sentido:

É um dever-poder do Ministério Público. Dever porque, uma vez preenchidos os requisitos legais, o oferecimento da transação ao atuado é premente. Poder porque é dele a iniciativa da transação penal. Pretender diversamente seria consagrar o princípio da oportunidade pura, que, aplicada ao caso concreto, seguramente resultaria em sucessivas e odiosas discriminações. (SANTOS, 2006, p. 141).

[...] permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2.º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos, portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2.º do dispositivo. (GRINOVER, 1997, p. 131).

[...] preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movidos por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina de discricionariedade regrada. (CAPEZ, 2006, p. 606-607).

Não é outro o entendimento adotado pela jurisprudência. De acordo com a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no Habeas Corpus n. 5281/AL:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO PARQUET QUANTO AO CABIMENTO DO INSTITUTO DESPENALIZADOR. NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ATO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE DEVE SER ANULADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Foi atribuída ao paciente a prática de crime de menor potencial ofensivo, mais precisamente o delito capitulado



no art. 55, da Lei 9.605/98, com preceito secundário que prevê penas de 6 meses a 1 ano de detenção, e o Ministério Público Federal foi omissivo no que diz respeito ao oferecimento do instituto da transação penal, apresentando cota à denúncia em que fez referência ao benefício da suspensão condicional do processo.

2. Acusado que tinha direito à manifestação do Parquet, negativa ou positiva, quanto ao cabimento da transação penal, o que não foi realizado no caderno processual examinado. Precedentes: AgRg no RHC 31.076/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 13/6/2012; e RHC 31.932/SP, 6.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 25/3/2013.

**3. O instituto da transação penal, previsto no art. 76, da Lei 9.099/95, assim como a suspensão condicional do processo, constitui-se em poder-dever do Ministério Público, sendo uma faculdade regrada do órgão do Parquet, e não um direito subjetivo do acusado. Tal entendimento não dispensa a manifestação do órgão do Parquet, no sentido de que motive o não oferecimento dos institutos dos arts. 76 e 89, da Lei 9.099/95.**

4. Deve realmente ser declarado nulo o ato da autoridade coatora que recebeu a peça acusatória do Parquet Federal, isso porque necessária a manifestação do órgão ministerial no que diz respeito ao cabimento, ou não, do instituto da transação penal.

5. Na sequência, o que se constata é que o máximo de pena previsto para o delito do art. 55, da Lei 9.605/98, imputado ao paciente, é um 1 ano de reclusão, montante cuja prescrição se opera em 4 anos, nos termos do inciso V, do art. 109, do CPB. Com isso, o que se tem é que se operou o lapso de tempo prescritivo, vez que o fato descrito na denúncia se deu entre os dias 05/11/2007 e 09/10/2009.

6. Com a declaração de nulidade da decisão que recebeu a denúncia desfez-se o marco interruptivo da prescrição, e da data em que teria sido praticado o último delito, 09 de outubro de 2009, até os dias de hoje, protraiu-se mais de 4 anos.

7. Ordem de Habeas Corpus concedida, para reconhecer a nulidade da decisão que recebeu a denúncia em desfavor do ora paciente, e, por conseguinte, declarar a extinção da punibilidade deste, quanto ao delito inserto art. 55, da Lei 9.605/98, tendo em vista a prescrição da pena privativa de liberdade, tudo em consonância com o 109, inciso V, do CPB. (grifei).

Dessa forma, partindo da premissa que a aplicação da analogia permite o oferecimento de transação penal pelo querelante nos crimes

de ação penal privada, é certo que o ofendido deve se submeter ao mesmo regramento imposto ao Ministério Público para os crimes de ação penal pública. Afinal, casos idênticos não podem ter consequências jurídicas distintas.

Deixar a aplicação do benefício da transação penal ao bel-prazer do ofendido é fazer tábula rasa do instituto despenalizante e do modelo de política criminal previsto na Lei n. 9.099/95. Não pode, portanto, prevalecer o entendimento de que a aplicação (ou não) da transação penal nos crimes de ação penal privada depende da exclusiva (e muitas vezes arbitrária) vontade do ofendido, conforme, infelizmente, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1374213/MG:

[...] Havendo manifestação contrária do querelante, em ação penal privada, de que não tem interesse na aplicação de qualquer instituto penal despenalizador, não são aplicáveis os institutos da transação penal e do sursis processual. [...]

E também o Tribunal de Justiça do Paraná no *Habeas Corpus* n. 1.277.946-5:

[...] A legitimidade para formular proposta de aplicação dos institutos despenalizadores em sede de ação penal privada é do ofendido, que já desde a peça acusatória consigna não ter interesse nas benesses, dado que tanto a transação penal, quanto a suspensão condicional do processo, quando aplicada nas ações penais privadas, assentam-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes, o que não se verificou no caso em tela. [...]

A aplicação do princípio da igualdade impõe a necessidade de o ofendido utilizar o poder-dever de oferecer a transação penal com idêntico grau de intensidade ao do Ministério Público. Se este, ao negar o benefício ao autor do fato, deve justificar sua opção, com mais razão, deve o ofendido sujeitar-se à citada discricionariedade regrada. Vejamos o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] permitir ao Ministério Público (ou ao acusador privado) que deixa de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do §2.º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio da oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. (GRINOVER, 1997, p. 131).

O problema surge, portanto, quando o ofendido se recusa injusti-

ficadamente a oferecer o benefício ou o oferece com condições desarrazoadas. Ademais, é costumeiro que, em ações dessa estirpe, o ofendido não queira oferecer ao autor do fato o benefício da transação penal (ou o oferece com condições desarrazoadas) apenas para fustigá-lo com o peso de uma ação penal.

No caso dos crimes de ação penal pública, quando a legitimidade para propor o benefício é do Ministério Público, esse controle é facilmente exercido com a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal pelo magistrado.

Em se tratando de crime sujeito à ação penal privada, cumpre ao Ministério Público exercer, de forma efetiva, sua função de *custos legis*, velando pela legalidade da persecução criminal e pelo respeito aos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Conforme discorre Ada Pellegrini Grinover:

É a lei, em última análise, que traça a atuação do Ministério Público. A ordem jurídica, destarte, não só constitui objeto da sua atuação (CF, art. 127), senão também seu limite. É objeto da sua defesa e ao mesmo tempo preside qualquer atuação sua. Todos os poderes públicos estão submetidos ao império da legalidade, pois é isso que caracteriza o Estado de Direito; todavia, primordialmente é o Ministério Público o órgão projetado constitucionalmente para atuar em defesa da ordem jurídica. (GRINOVER, 1997, p. 228).

Assim, com base no citado dispositivo constitucional, o controle da transação penal nos crimes de ação penal privada propriamente dita é incumbência do Ministério Público, podendo ele oferecer o benefício ao autor do fato caso o ofendido não justifique sua omissão ou sua justificativa seja impropriedade.

No entanto, essa legitimidade do Ministério Público é subsidiária, ou seja, somente surge caso o ofendido não proponha o benefício da transação penal injustificadamente. A fim de solucionar a omissão do ofendido, a providência inicial é a sua intimação para justificá-la ou então propor o benefício da transação penal. Insistindo ele na omissão, ou não apresentando argumentos razoáveis, passa o Ministério Público a ter legitimidade para propor o benefício da transação penal. Esse entendimento, apesar de minoritário, já encontra algum respaldo na jurisprudência, como, por exemplo, na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal nos autos da Apelação Criminal n. 2013.06.1.016708-8:

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AÇÃO PENAL PRIVADA. AUDIÊNCIA PARA OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL. INÉRCIA DA QUERELANTE NÃO OBSTANTE SE FAZER PRESENTE NA AUDIÊNCIA. LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FAZER A OFERTA DE TRANSAÇÃO PENAL. DIREITO SUBJETIVO DO AUTOR DO FATO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A Súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do artigo 82, § 5º, da Lei 9.099/95.

E, na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Mandado de Segurança Criminal n. 71005951744:

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PENAL PRIVADA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE SUBSIDIÁRIA. Na ação penal privada a titularidade para a propositura do benefício legal da transação penal é do querelante e, em não o fazendo este, do Ministério Público de forma subsidiária. O que não se admite é a ofensa ao direito subjetivo do réu de encerrar o processo pelo cumprimento de medida despenalizadora quando preenchidos os requisitos legais para tanto. SEGURANÇA DENEGADA.

Pelas mesmas razões, poderá o Ministério Público adequar a proposta de transação penal formulada pelo ofendido caso suas condições sejam desarrazoadas a ponto de inviabilizar seu aceite pelo autor do fato.

A aplicação dessa legitimidade subsidiária é o único entendimento que permite, nas ações penais privadas propriamente ditas, pela atuação do Ministério Público como *custos legis*, sopesar os princípios da conveniência e disponibilidade com os princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal, tornando efetivo o modelo de Justiça Criminal Consensual projetado pela Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, e insculpido na Lei n. 9.099/95.

#### 4 CONCLUSÃO

Em que pese a Lei n. 9.099/95 não ter feito referência, em seu artigo 76, aos crimes de ação penal privada, ficou sedimentado o entendimento de que a eles também se aplica o instituto da transação penal em razão do uso da analogia em favor do réu.

Tendo em vista que as ações penais privadas são promovidas por meio de queixa-crime proposta pelo ofendido ou por seu representante legal, é comum o entendimento de que, nessas ações, cabe à vítima, a seu bel-prazer e somente a ela, propor o benefício da transação penal ao autor do fato. Isso porque às ações penais privadas se aplicam os princípios da conveniência e da disponibilidade.

No entanto, os citados princípios não têm o condão de afastar a atuação do Ministério Público como *custos legis*, velando pela legalidade da persecução criminal. Ademais, os princípios supracitados não são absolutos, devendo haver uma ponderação entre eles e o princípio da igualdade. Se aos autores de crimes em regra mais graves é garantido o benefício da transação (desde que preenchidos os requisitos legais), com mais razão, os autores de crimes menos graves, sujeitos à ação penal privada, devem usufruir do benefício.

Assim, possui o Ministério Público legitimidade para intervir nesse momento processual a fim de garantir a efetiva possibilidade de o autor do fato receber o benefício da transação penal, mesmo que essa não seja a vontade do ofendido, o que não pode é o Ministério Público se sobrepor à atuação do ofendido e *sponte propria* propor o benefício sem antes requerer sua intimação para justificar o não oferecimento da transação penal.

Caso o ofendido insista na omissão, ou não apresente argumentos razoáveis, adquire o Ministério Público legitimidade subsidiária para propor o benefício da transação penal, garantindo, assim, a efetiva aplicação da política criminal consensual traçada pela Constituição Federal para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n. 634 RJ 2010/0084218-7. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília, DF, 3 de abril de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21240335&num\\_registro=201000842187&data=20120403&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21240335&num_registro=201000842187&data=20120403&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1356229/PR. Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/

PE). Brasília, DF, 26 de março de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27547407&num\\_registro=201202532153&data=20130326&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27547407&num_registro=201202532153&data=20130326&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 9 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1374213/MG. Relator Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR). Brasília, DF, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30500510&num\\_registro=201102083216&data=20130819&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30500510&num_registro=201102083216&data=20130819&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 9 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* n. 33929/SP. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 21 de outubro de 2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1474917&num\\_registro=20040238602&data=20041129&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1474917&num_registro=20040238602&data=20041129&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 9 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Habeas Corpus* n. 5281/AL - 00422155820134050000. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt. Recife, 5 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/00422155820134050000>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do \_\_\_\_\_**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal no Juizado Especial n. 2013 06 1 016708-8. Relator Juiz Flávio Fernando Almeida da Fonseca. Brasília, 12 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoe>>

letronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=TURMAS\_RECURSAIS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=821607>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, André Estefam Araújo; SOUZA, Luiz Antônio de. **Lei n. 9.099/95 e ação penal privada**. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao\\_noticia/andreal.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/andreal.pdf)> Acesso em: 3 jan. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 1.277.946-5. Relator Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Curitiba, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11796995/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1277946-5#integra\\_11796995](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11796995/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1277946-5#integra_11796995)>. Acesso em: 12 jan. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança Criminal n. 71005951744 / 0005624-78.2016.8.21.9000. Relator Desembargador Luis Gustavo Zanella Piccinin. Porto Alegre, 21 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/download/exibe\\_documento\\_att.php?numero\\_processo=71005951744&ano=2016&codigo=367961](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=71005951744&ano=2016&codigo=367961)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

# COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Thiago Naspolini Berenhauser**

*Promotor de Justiça*

*Bacharel em Direito*

## RESUMO

Novos meios de prova. Combate ao crime organizado. Insuficiência das provas previstas no código de processo penal. Definição da colaboração premiada. Meio de obtenção de prova. Análise das leis que previram a colaboração premiada. Novo regramento da Lei n. 12.850/13. Meio de prova eficaz no combate a organizações criminosas. Análise do procedimento previsto na Lei n. 12.850/13. Requisitos da colaboração premiada. Legitimados para a negociação. Necessidade de homologação judicial. Objetivos e prêmios da colaboração premiada. Direitos do colaborador. Requisitos do termo. Papel do membro do ministério público. Detentor da ação penal. Papel central na colaboração premiada. Atribuição constitucional. Efetividade da colaboração premiada.

**Palavras-Chave:** Colaboração Premiada. Organizações Criminosas. Ministério Público.



## 1 INTRODUÇÃO

O crime organizado se tornou um dos maiores problemas da sociedade moderna. A evolução dos meios tecnológicos e a crescente organização e especialização das quadrilhas voltadas à prática reiterada de crimes dificultou a identificação e o combate a tal forma de delito.

Especificamente no Brasil, organizações criminosas estão intrincadas nas instituições responsáveis pela própria manutenção do sistema democrático, em uma relação íntima entre interesses privados e a ascensão e manutenção no poder de diversos partidos políticos e seus integrantes, tanto no âmbito do Poder Executivo quanto Legislativo.

O prejuízo, não apenas financeiro, causado pela atuação das organizações criminosas em conjunto com nossos governantes é incomensurável, e vem cada vez mais levantando a indignação da população com a forma que a classe política deturpou o regime democrático e suas principais instituições.

Como agravante, a herança das décadas e décadas de corrupção e escândalos nos mais altos escalões do governo nacional, que terminam sem qualquer punição ou ressarcimento dos danos, trouxe a muitos brasileiros o sentimento de conformismo em relação à impunidade dos políticos corruptos, os quais foram tidos, por anos, como intocáveis. A eles as leis parecem não se aplicar.

De outro lado, longe das instituições governamentais e mais perto da população em geral, os crimes comuns, em especial aqueles contra o patrimônio e o tráfico de drogas, vêm sendo praticados com um nível de especialização, organização e tecnologia nunca imaginados pelo legislador do Código de Processo Penal, de forma que os meios de prova nele previstos não são suficientes, na maior parte das vezes, para combater e punir tais delitos.

E é nesse ponto que a corrupção incorporada de forma endêmica em diversos setores da estrutura estatal brasileira se identifica com as associações para o tráfico nos municípios: é preciso adotar novas formas de combate que sejam eficazes a comprovar e punir aqueles que, de forma organizada, fazem do crime o seu meio de vida.

Dentre os diversos meios de prova que estão sendo introduzidos na legislação processual penal, a colaboração premiada vem tomando os

meios de comunicação em razão da sua efetiva utilização nos processos relacionados à “Operação Lava-Jato”, na qual já foi possível identificar uma série de crimes praticados por governantes do mais alto escalão nacional.

Não bastasse, os acordos de colaboração premiada permitiram a recuperação de bilhões de reais de ativos desviados do patrimônio público e que, não fosse a aplicação pontual do referido instituto, nunca seriam reavidos.

Nessa nova realidade processual penal, o papel do Ministério Público, instituição independente dos Poderes da república e titular da ação penal pública, será cada vez mais ativo e determinante no resultado da investigação de crimes organizados.

Com efeito, na qualidade de detentor da ação penal pública, o Ministério Público deve atuar, tanto na fase investigatória quanto na fase judicial, sempre tendo por escopo uma maior efetividade na persecução penal, buscando punir o maior número possível de criminosos envolvidos, bem como reaver o patrimônio eventualmente desviado do poder público.

Não por acaso, a Lei n. 12.850/13, ao regulamentar a colaboração premiada no âmbito das organizações criminosas, atribuiu ao Ministério Público papel central na formalização do acordo, participando das negociações com o colaborador, podendo até deixar de oferecer denúncia caso este não seja o líder da organização e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

O presente artigo tem por escopo estudar as inovações trazidas pela Lei n. 12.850/13, comparando as disposições referentes à colaboração premiada com as leis anteriores que a previam, com enfoque na atuação do Ministério Público.

## **2 A COLABORAÇÃO PREMIADA**

A colaboração premiada, instituto relativamente recente no direito processual penal brasileiro, é uma ferramenta já utilizada há bastante tempo em outros países, tais como Estados Unidos da América e Itália.

Começou a ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro na

década de 1990, época na qual foram trazidos diversos outros mecanismos da chamada justiça penal consensual, tais como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 127.483/PR, assim definiu o instituto da colaboração premiada:

[...] 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. [...] (HC 127483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015, Dje-021, div. 3.2.2016, public. em 4.2.2016)

Trata-se, efetivamente, de um negócio jurídico realizado entre o Estado e o colaborador, por meio do qual este fornece informações e meios de obtenção de prova, ao passo que aquele poderá conceder uma série de benefícios que vão desde a alteração do regime de cumprimento da pena até o perdão judicial.

## 2.1 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL ANTES DA LEI N. 12.850/13

A primeira lei brasileira a prever a possibilidade de redução de pena a quem colaborasse com as investigações foi a Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), a qual dispõe, em seu art. 8º, parágrafo único, que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei de Crimes Hediondos também acrescentou o § 4º ao art. 159 do Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro), o qual passou a prever que, “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Em um momento posterior, a antiga lei que tratava de organizações criminosas, Lei n. 9.034/95, previu em seu art. 6º que:

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Cumpre salientar que, na Lei n. 9.034/95, a colaboração premiada deveria necessariamente ser espontânea por parte do colaborador, não bastando a voluntariedade.

A Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) trouxe, da mesma forma, a possibilidade de colaboração premiada, passando a prever a possibilidade de, além da redução de pena ao colaborador, cumprimento em regime semiaberto ou aberto, e até o perdão judicial (art. 1º, § 5º). Também nessa lei há a exigência de espontaneidade na colaboração.

A Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas), de igual modo, previu a possibilidade de concessão dos benefícios de perdão judicial ou redução da pena ao colaborador, porém passou a exigir apenas que a colaboração fosse voluntária, e não necessariamente espontânea.

A nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), em seu art. 41, previu que o indiciado ou acusado que colaborar de forma voluntária com a investigação e o processo criminal terá a pena reduzida de um a dois terços.

Por fim, a Lei que regulamenta o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei n. 12.529/11) estabeleceu, no art. 87, que, caso o agente, nos crimes contra a ordem econômica, celebre acordo de leniência, este negócio suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia em face do colaborador.

Percebe-se que, muito embora a colaboração premiada tenha sido objeto de diversas leis desde o início da década de 1990, em nenhum desses textos legais há regulamentação do procedimento a ser adotado para a realização de um acordo de colaboração premiada. Tampouco há previsão dos legitimados para a negociação, ou mesmo sobre a necessidade, ou não, de homologação judicial.

Tais pontos, que permaneciam obscuros nas leis anteriores que previam a colaboração premiada, foram devidamente regulamentados, juntamente com diversos aspectos do referido instituto, na Lei n. 12.850/13.

## 2.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.850/13

A Lei n. 12.850/13 definiu em que consiste uma organização criminosa, bem como dispôs sobre a investigação criminal e meios de obtenção de prova em crimes dessa natureza.

Dentre os vários meios de prova e investigação previstos na referida Lei destaca-se a colaboração premiada, regulamentada nos artigos 4º a 7º.

Nesse ponto, diferentemente das leis anteriores que tratavam da matéria (já mencionadas no subtópico anterior), a Lei n. 12.850/13 cuidou da forma e do conteúdo da colaboração premiada, prevendo regras claras de procedimento e legitimidade, tudo de forma a trazer eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada e, ao mesmo tempo, preservar os direitos e garantias do colaborador.

A maior parte da regulamentação da colaboração premiada na Lei em análise consta do seu art. 4º, o qual possui o seguinte teor:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do provento das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada,

o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3o O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4o Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9o Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotíпия, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Inicialmente, o *caput* do artigo supracitado já deixou claro que, diferente da previsão de algumas das leis anteriores, basta que o ato do colaborador seja voluntário, de livre vontade e desprovido de coação, não sendo exigida a espontaneidade para a realização do acordo de colaboração.

Disso decorre que a iniciativa para o início das negociações não precisa, necessariamente, partir do colaborador, podendo ser sugerida por seu defensor ou até mesmo pelo membro do Ministério Público atuante nas investigações ou no processo criminal.

Ainda analisando o *caput* do art. 4º, percebe-se que, para que seja possível a colaboração premiada em um determinado caso concreto, basta que se atinja um dos resultados previstos nos incisos I a V, desde que presentes os requisitos do § 1º.

Ou seja, caso as informações fornecidas pelo colaborador acarretem a identificação dos demais membros da organização e as infrações penais por eles cometidas (inciso I); a revelação estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização (inciso II); a prevenção de novas infrações penais (inciso III); a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais cometidas pela organização (inciso IV); ou, ainda, a localização de eventual vítima com a integridade física preservada (inciso V), dever-se-á analisar a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social

dos fatos por ele praticados e a eficácia da colaboração, para, aí então, serem oferecidos eventuais benefícios previstos na Lei de Organizações Criminosas.

Desses requisitos, é importantíssimo destacar o último deles: a eficácia da colaboração.

Se das informações trazidas pelo colaborador não for possível, de forma efetiva, atingir nenhum dos resultados previstos nos incisos de I a V, nenhum benefício lhe será concedido.

De outro lado, caso a colaboração acarrete o descortinamento da organização, permitindo a identificação de diversos membros e crimes, bem como permita a colheita de provas hábeis à condenação em um processo criminal, poder-lhe-á ser concedido o perdão judicial, ou uma redução da pena, a depender do caso concreto.

Também merece destaque a “gravidade e a repercussão social do fato criminoso”.

Tal requisito, que não existia na antiga lei de organizações criminosas (Lei n. 9.034/95), vem para corrigir situações de desequilíbrio entre a gravidade do crime praticado, a informação prestada e o benefício concedido ao colaborador.

Sobre o tema, assim lecionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

É dizer, a mera recuperação do produto do crime e mesmo a identificação dos demais membros da organização criminosa (para ficarmos com dois exemplos), por si só não recomendam, de pronto, a homologação do acordo de colaboração premiada. Feriria o bom senso que a singela delação dos comparsas ou a devolução do dinheiro obtido no sequestro, tendo a vítima morrido em virtude do crime, pudessem propiciar tamanha sorte de benefícios ao colaborador.

Assim, a gravidade do crime e sua eventual repercussão social (imagine-se um sequestro que culminou com a morte de um criança), podem inviabilizar, na análise do caso concreto, a implantação dos favores legais oriundos da colaboração. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 50).

Portanto, ainda que as informações prestadas pelo pretenso colaborador se enquadrem nos incisos do art. 4º, se a gravidade e a repercussão social do crime foram de tal monta que a colaboração pouco



tenha influenciado no resultado da empreitada criminoso, a própria Lei n. 12.850/13 determina que não poderá ser homologado o acordo.

Seguindo adiante, o § 2º do art. 4º da lei em análise traz os entes legitimados para a formulação de pedido de perdão judicial em favor do colaborador:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Percebe-se novamente que, ao contrário das leis anteriores, a Lei n. 12.850/13 se preocupou em elencar expressamente os legitimados a atuar em uma colaboração premiada.

No caso, o § 2º do art. 4º concedeu ao Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, e ao Promotor de Justiça, a qualquer tempo, a legitimidade de pugnar pela aplicação do perdão judicial.

Há controvérsia na doutrina especializada a respeito da aplicabilidade, no âmbito da colaboração premiada, do art. 28 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Trata-se de dispositivo utilizado nos casos em que o juiz discorda da promoção de arquivamento exarada pelo membro do Ministério Público, hipótese na qual encaminha os autos para o Procurador-Geral, o qual poderá oferecer denúncia, designar outro membro para oferecê-la, ou insistir no pedido de arquivamento.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem inaplicável o art. 28 do CPP ao procedimento de colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/13:

Não apreendemos no que consistiria, exatamente, a aplicação do art. 28 do CPP, conforme ressalvado na parte final deste dispositivo. Suponha-se que, requerido o perdão judicial pelo Ministério Público, o juiz indefira o pedido. Poderia ser invocado o art. 28 do CPP, com a remessa dos autos ao procurador-geral para que desse a última palavra sobre o cabimento ou não do benefício? Pensamos que não. Jamais poderia o chefe do “*parquet*”, com efeito, impor ao juiz a concessão do perdão que é ato privativo do Magistrado, quando da prolação da sentença. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 53).

Todavia, a referência ao art. 28 do CPP contida no § 2º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 parece prever a situação inversa àquela imaginada pelos autores supracitados: caso um dos autores de determinada infração penal demonstre interesse em colaborar com as investigações ou instrução processual, e o membro do Ministério Público atuante no feito entenda pela inconveniência de um eventual acordo de colaboração premiada, poderá o juiz da causa encaminhar os autos para o Procurador-Geral para que este designe outro membro para participar das negociações, ou insista na impossibilidade de acordo.

Trata-se de questão relativamente recente, e que ainda deverá ser debatida pela doutrina e jurisprudência.

Há ainda outro ponto do § 2º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 criticado pela doutrina: a possibilidade de o delegado de polícia representar ao juiz pela aplicação do perdão judicial.

Marcellus Polastri Lima entende que:

Quanto ao Delegado de Polícia, o texto é imperfeito e devemos combiná-lo com o CPP e a própria Constituição. Ora, na CF a promoção da ação penal é exclusiva do *parquet* e em nosso sistema, o Delegado não é parte e, assim, não poderá fazer “acordos” com investigados, sendo impróprio até mesmo “requerimento” ao Juiz, sob pena deste se imiscuir em investigação sem pedido de parte, o que tornaria o ato inconstitucional, pois não teria o juiz jurisdição nem mesmo preventiva ou cautelar. (LIMA, 2016, p. 180).

Todavia, a interpretação do § 2º deve se dar como um todo, de forma que a leitura feita por Guilherme de Souza Nucci parece solucionar tanto a inconstitucionalidade suscitada por Marcellus Polastri Lima, quanto a inaplicabilidade do art. 28 do CPP suscitada por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

Iniciativa da proposta de perdão: o Ministério Público é o titular da ação penal; a ele cabe ingressar em juízo – ou não, conforme as provas que coletar durante a investigação. Por isso, se o delegado representar pelo perdão judicial, em virtude da delação ocorrida, ouve-se o *Parquet*; havendo concordância, opera-se, por meio do juiz, a concessão do benefício. Não aquiescendo, pode o magistrado utilizar o disposto no art. 28 do CPP. Invocando a intervenção do Procurador-Geral de Justiça, remete o feito à sua apreciação. Se a Chefia da instituição entender cabível, delega a outro promotor a postulação do perdão. Do contrário, insiste em não ser concedido o perdão. O juiz não pode conceder o perdão de ofício. [...], parece-nos que o delegado pode representar, sem dúvida, mas é fundamental que o *Parquet* concorde, em virtude da titularidade da ação penal. (NUCCI, 2016, p. 717).

Assim, perfeitamente possível, a meu ver, a representação pela aplicação do perdão judicial por parte da autoridade policial. Todavia, a proposta deverá passar pelo crivo do Ministério Público, utilizando-se, para tanto, do procedimento previsto no art. 28 do CPP. Caso o Procurador-Geral ratifique eventual discordância por parte do membro do *parquet* atuante no feito, o juiz não poderá homologar a proposta.

Superadas as dificuldades advindas da interpretação do § 2º, o § 3º do art. 4º permite que o prazo para oferecimento da denúncia ou o processo (e o respectivo prazo prescricional) fiquem suspensos por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.

Trata-se de prazo concedido para que seja aferida a efetividade da colaboração.

Com efeito, em se tratando de organização criminosa complexa, pode ser necessário considerável período de tempo para averiguar as informações repassadas pelo colaborador e para verificar a efetividade da colaboração em sua totalidade, levando-se em consideração a adequação aos incisos I a V do art. 4º da Lei n. 12.850/13.

O § 4º do art. 4º da Lei em análise traz a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia se o colaborador: I) não for o líder da organização criminosa; e II) for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Em primeiro lugar, destaca-se que os requisitos previstos nos incisos I e II do § 4º são cumulativos, devendo ambos estar preenchidos para a aplicação do referido benefício.

Em segundo lugar, é preciso muita cautela por parte do membro do Ministério Público na utilização do § 4º.

Isso porque não se trata, propriamente, de um perdão judicial, já que é uma medida a ser tomada antes mesmo do processo criminal. Além disso, o dispositivo legal não prevê qualquer espécie de controle judicial sobre o ato de deixar de oferecer denúncia.

Ora, em se tratando de inquérito policial, ao Promotor de Justiça não é dado simplesmente deixar de oferecer denúncia: deverá, sim, promover o arquivamento do feito e submetê-lo ao crivo do juízo.

Aliás, até mesmo em procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público o procedimento é similar, conforme se afere da Resolução n. 13/06 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 15 Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

Parágrafo único. A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art.28 do CPP, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

Portanto, muito embora não previsto expressamente na Lei n. 12.850/13, na hipótese em que o membro do Ministério Público, após homologado o acordo de colaboração premiada, opte por não oferecer a denúncia, na forma do § 4º do art. 4º, deverá promover o arquivamento do inquérito policial ou do procedimento de investigação criminal, submetendo-o ao juiz competente, o qual poderá adotar o procedimento previsto no art. 28 do CPP.

O § 5º do art. 4º permite, inclusive, a colaboração posterior à sentença, mas nesse caso os prêmios possíveis são reduzidos: “a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”.

Os parágrafos 6º, 7º, 8º e 9º do art. 4º cuidaram, pela primeira vez na legislação pátria, do procedimento adotado para a realização de um acordo de colaboração premiada.

Deles se retira que a negociação prévia à formalização do acordo será realizada entre o colaborador, o Ministério Público e, a depender do caso, o delegado de polícia.

Ao juiz é reservado o papel de, após realizado o acordo e formalizado o respectivo termo, analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade para homologar, ou não, a colaboração premiada, podendo, ainda, adequá-la ao caso concreto.

Percebe-se, claramente, no procedimento adotado na colaboração premiada, que o legislador tratou de “prestigiar o sistema acusatório, limitando-se o campo de atuação de cada um dos operadores, cada qual com tarefas bem definidas e concretamente delimitadas” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 71).

O art. 4º, § 10, permite que as partes possam “retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

A doutrina diverge sobre o momento da retratação. Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, “somente é possível antes da homologação judicial. Depois disso passa a compor o acervo probatório, não mais se admitindo que uma das partes conteste os seus termos” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 71).

De outro lado, Guilherme de Souza Nucci entende que “Essa retratação deve ocorrer *depois* da homologação do juiz e *antes* da sentença condenatória” (NUCCI, 2016, p. 711).

Cumpre salientar que a sentença que homologa o acordo de colaboração não deverá aplicar, de imediato, os prêmios previstos na negociação em favor do colaborador. Com efeito, o § 11 do art. 4º deixa claro que “A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Ou seja, em um primeiro momento o juiz homologará o acordo de colaboração premiada e, após a instrução processual, sentenciará o feito como um todo e, nesse ponto, aplicará o benefício em favor do colaborador, sempre tendo em vista a efetividade das informações por ele fornecidas.

O § 12 do art. 4º permite que o colaborador, ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, seja ouvido no processo criminal como testemunha das partes ou do próprio juízo.

Já o § 14 vai ainda além, determinando que, caso ouvido em juízo, “o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao

silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Com relação a esses dispositivos, é preciso cautela na sua interpretação.

Inicialmente, cumpre distinguir o colaborador que é réu no processo daquele que nem sequer foi denunciado pelo Ministério Público.

Com efeito, se o colaborador foi denunciado no processo criminal, constando como réu nos autos, mesmo que esteja protegido por um acordo de colaboração premiada devidamente homologado judicialmente, não poderá ser compromissado a dizer a verdade, porque não é uma testemunha.

De outro lado, se o colaborador nem sequer foi denunciado em razão do acordo homologado, se for chamado a depor nos autos, ele o será na qualidade de testemunha, podendo, sim, ser compromissado a dizer a verdade.

Já no que se refere à renúncia ao direito ao silêncio, como o acordo de colaboração premiada prevê que o colaborador deverá fornecer as informações para ser beneficiado com algum prêmio, caso ele opte por não se manifestar em seu depoimento judicial, estará infringindo os termos do negócio.

Portanto, independentemente da qualidade de réu ou testemunha no processo judicial, o colaborador não poderá permanecer em silêncio em seu depoimento, sob pena de não cumprir os termos do acordo de colaboração e, conseqüentemente, não ser beneficiado com o prêmio nele previsto.

Nesse sentido a conclusão de Guilherme de Souza Nucci:

Renúncia ao direito ao silêncio: não teria sentido pretender cooperar invocando o direito de permanecer calado. O termo utilizado – *renunciar* – pode dar margem a questionamento quanto à sua constitucionalidade, visto que o direito ao silêncio tem base na Constituição Federal. Entretanto, nenhum direito possui caráter absoluto e todos se voltam à proteção dos direitos individuais. Além disso, não se trata de abrir mão definitivamente do direito, mas num determinado momento para o caso concreto. Se o delator quer o *prêmio* pela colaboração prestada, pois fez um acordo legal com o Estado, não há outro caminho a não ser participar do processo como *testemunha*, compromissada a dizer a verdade (desde que tenha havido perdão judicial). E testemunhas não se valem do direito ao silêncio. No en-

tanto, se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer a verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois, se o fizer, infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito. Aliás, recomenda-se que o preceituado pelo § 14 do art. 4.º conste expressamente no termo de acordo da colaboração premiada. Em suma, figurando no polo passivo, embora colaborador, *deve* manifestar-se em interrogatório, pois assim acordou, mas o valor de suas declarações tem o mesmo alcance (relativo) de qualquer outro réu. Em qualquer hipótese, a previsão formulada pelo art. 4.º, § 14, é constitucional. (NUCCI, 2016, p. 713).

Importante ressaltar o alerta feito por Nucci: é recomendável que a previsão contida no § 14 do art. 4.º conste expressamente do termo de acordo de colaboração premiada, de forma a alertar o colaborador, desde o primeiro momento, que deverá ratificar seu depoimento em juízo.

O § 15 do art. 4.º consagra o princípio da ampla defesa, dispondo que “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

Por fim, o § 16 deixa claro que a colaboração premiada isolada nos autos não é suficiente para a condenação: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Os direitos concedidos ao colaborador pela Lei n. 12.850/13 foram elencados no art. 5º, e não demandam grandes explicações:

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Já o art. 6º traz os requisitos do termo de acordo de colaboração premiada:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Importante que o termo do acordo contenha tudo aquilo que o colaborador sabe e pretende informar e, com base nisso, quais os resultados que se pretende atingir, em especial entre aqueles descritos nos incisos I a V do art. 4º.

A partir dessas informações e dos resultados possíveis é que será estipulado um prêmio ao colaborador, a depender da efetividade da colaboração, entre aqueles previstos na Lei n. 12.850/13.

Cumprе ressaltar que, embora conste do referido artigo a possibilidade de o delegado de polícia apresentar condições à proposta de colaboração, além de assinar o termo, é indispensável a anuência e assinatura, também, do membro do Ministério Público, titular da ação penal.

Nesse sentido o alerta feito por Nucci:

Assinaturas: embora esteja mencionado que pode haver a assinatura do membro do Ministério Público *ou* do delegado de polícia, conforme já expusemos, não é cabível à autoridade policial elaborar por completo o acordo de delação, tendo em vista não ser o titular da ação penal. Não lhe compete transacionar em nome do Estado, pois a busca de provas, cujo cenário se dá durante a investigação, tem a finalidade de informar e formar a *opinio delicti* do membro do Ministério Público. Ora, se o destinatário do conjunto probatório do inquérito é o *Parquet*, é natural que deva aquiescer acerca do futuro da ação penal e sua amplitude. (NUCCI, 2016, p. 718).

O último dispositivo relacionado à colaboração premiada na Lei n. 12.850/13 é o art. 7º, o qual trata do sigilo na distribuição do termo



de colaboração ao juiz competente para homologação:

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Acerca desse dispositivo, é preciso tecer alguns comentários no que se refere ao § 2º, o qual restringe o acesso aos autos ao juiz, ao Ministério Público, ao delegado de polícia e ao defensor, no interesse do representado, ressalvadas as diligências em andamento.

Esse artigo não trata do sigilo das investigações (regulamentado no art. 23 da Lei n. 12.850/13), mas, sim, do pedido de homologação do acordo de colaboração já negociado entre o Ministério Público e o colaborador.

Nesse aspecto, o próprio § 2º faz a ressalva de que as diligências em andamento não serão colocadas à disposição dos defensores dos possíveis coautores delatados, sob pena, inclusive, de comprometer o êxito da colaboração.

Dessa forma, os defensores dos investigados (exceto, por óbvio, o do colaborador) somente terão acesso à colaboração premiada após a devida homologação judicial.

Trata-se, aliás, de mera aplicação do entendimento já sedimentado na jurisprudência no sentido de que a defesa tem acesso ao teor do inquérito policial, exceto as diligências ainda em andamento e não documentadas. Nesses termos a Súmula Vinculante n. 14 do STF:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão

com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por fim, a partir do momento em que é recebida a denúncia, o termo de colaboração premiada passa a fazer parte do acervo probatório dos autos, não mais se justificando a manutenção do sigilo, conforme expresso no § 3º do art. 7º.

Todavia, caso aplicada alguma medida de proteção ao colaborador, na forma do art. 5º, esta será mantida mesmo após o recebimento da denúncia. Da mesma forma, caso o magistrado determine o sigilo do processo judicial, a fim de preservar interesse público, também permanecerá sigiloso o teor da colaboração contida nos autos.

### 3 CONCLUSÃO

Analisadas brevemente as leis que trataram da colaboração premiada antes da Lei n. 12.850/13 e estudadas as inovações trazidas por esta, percebe-se que o instituto da colaboração agora está devidamente regulamentado, com seu procedimento detalhado legalmente, e deverá ser cada vez mais utilizado no combate ao crime organizado.

Essa ferramenta já vem sendo utilizada com sucesso em processos criminais de repercussão nacional, envolvendo associações criminosas extremamente poderosas e organizadas, representando um novo meio de prova eficiente no combate às modernas práticas delituosas.

O texto da Lei n. 12.850/13 ratificou o papel central do Ministério Público, tanto nas investigações quanto durante o processo criminal, reservando ao membro do *Parquet* diversas atribuições no procedimento de negociação do acordo de colaboração premiada.

Com efeito, além de lhe ter sido reservada a possibilidade de não oferecimento de denúncia, sem a anuência do Ministério Público não será possível formular proposta de colaboração, tampouco homologar o seu termo, sob pena de violação da sua atribuição de detentor da ação penal.

Dessa forma, cabe ao membro do Ministério Público utilizar, com inteligência e de forma proativa, o instituto da colaboração premiada naqueles casos em que os meios de prova tradicionais previstos no

Código de Processo Penal não se mostrem suficientes para garantir o sucesso na persecução penal.

A utilização adequada da colaboração premiada, que acarrete resultados positivos no combate às organizações criminosas que, historicamente, nunca foram barradas com sucesso utilizando de outros meios de prova, consiste em uma clara manifestação de uma das principais atribuições Ministeriais previstas na Constituição da República.

Conseguir punir os membros de poderosas organizações criminosas e reaver as quantias por elas desviadas dos cofres públicos ressaltará o papel Constitucional da Instituição e demonstrará à sociedade que o Ministério Público, conforme disposto no art. 127 da Constituição, é essencial à função jurisdicional do Estado, à manutenção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

## REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. **Crime organizado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Marcellus P. **Ministério Público e persecução penal**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127.483, Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Brasília, DF, 2 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_14\\_\\_PSV\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/)

Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei

n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 13, de 2 de outubro de 2006. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n. 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_bra\\_mp\\_cnmp.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_bra_mp_cnmp.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2017.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE EM JUÍZO

**Rodrigo Dezengrini**

*Promotor de Justiça*

*Especialista*

### RESUMO

Levando em consideração o atual perfil constitucional do Ministério Público e a necessidade de racionalização da atuação na garantia de direitos individuais indisponíveis, deve-se priorizar a defesa dos interesses sociais, difusos ou coletivos. É consabido que o Ministério Público possui vocação constitucional para a defesa de interesses individuais se indisponíveis. Portanto, sempre deverá zelar pela garantia do direito à saúde, qualificado como fundamental e indisponível, decorrente do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é fundamental que se estabeleça como se dará a atuação ministerial na defesa do direito individual à saúde, diante da enorme série de atribuições que o Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988. O presente trabalho limita-se a analisar a atuação judicial do Ministério Público na defesa dos interesses com relevância social e dos individuais com natureza de indivisibilidade, especificamente, na garantia ao direito de todos à saúde. Na defesa em juízo do direito individual à saúde, busca-se definir que sempre deverá intervir, contudo, na condição de parte, deve o Ministério Público agir como substituto processual somente em situações que justifiquem a necessidade de sua atuação. Conclui-se, portanto, que sempre intervirá como fiscal da ordem jurídica, mas, na defesa de direito à saúde de uma única pessoa, deve haver atribuição de legitimidade por lei infraconstitucional para o Ministério Público agir em

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	p. 45 - 66	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

substituição ao titular do interesse, como ocorre nos casos envolvendo criança e adolescente ou idoso.

**Palavras-Chave:** Saúde. Direito individual. Ministério Público.

## 1 INTRODUÇÃO

A atuação do Ministério Público sofreu profunda reformulação a partir da Constituição Federal de 1988.

Anteriormente à vigente Carta Magna, a função dos membros ministeriais era muito marcada pela atuação na área criminal, como órgão titular da ação penal pública, especialmente pelo destaque das sessões do Tribunal do Júri.

Atualmente, o Ministério Público é reconhecido pelo desempenho da função constitucional de defensor da sociedade, com atuação destacada na área dos direitos difusos e coletivos, como saúde, educação e meio ambiente.

No que diz respeito à área da saúde, o Ministério Público tem o dever de zelar pelo efetivo respeito, por parte dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados na Constituição (CF/88, art. 129, inciso II).

É certo que ao Ministério Público fora atribuída a função de defender os interesses sociais e também os individuais, mas, quanto a estes, apenas os indisponíveis (CF/88, art. 127, *caput*), cabendo definir o direito à saúde em busca da melhor interpretação da norma constitucional e, assim, do perfil de atuação traçado pela Constituição Federal de 1988.

O objetivo do presente trabalho é colacionar fundamentos sobre a legitimidade ativa do Ministério Público, quando em atuação na busca da garantia do direito à saúde, vista como interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, diante da existência de relevância social, uma vez que se trata de direito elencado no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Especificamente, considerando que se trata de direito individual indisponível, objetiva-se definir que a intervenção ministerial sempre

deverá ocorrer como fiscal da ordem jurídica, mas, para agir no polo ativo na defesa do direito à saúde de pessoa determinada, deverá haver expressa autorização legislativa, como ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso.

Justifica-se a escolha do tema para otimizar as ações do Ministério Público, em consonância com a recomendação institucional a racionalizar a atuação na área cível para correta adequação ao perfil traçado pela Constituição Federal de 1988, possibilitando a prestação de um serviço de excelência à sociedade.

## 2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS INTERESSES PROTEGIDOS

### 2.1 OS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Cabe ao Ministério Público atuar no campo extrajudicial e judicial, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (CF/88, art. 129, inciso III).

E com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o legislador ordinário incorporou ao nosso ordenamento jurídico os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III), atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para defendê-los (art. 82, inciso I).

De acordo com o que estabelece a Constituição Federal de 1988 e diante das disposições do Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 e 82), cabe ao Ministério Público a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não apenas quando envolver relações de consumo, mas em toda e qualquer área, como no caso da saúde, objetivando a tutela desses interesses transindividuais.

Nesse ponto, é importante caracterizar cada uma das espécies de interesses da tutela coletiva, com a transcrição do conceito legal expresso no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:



I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Com relação aos interesses difusos, não se discute que o Ministério Público possui legitimidade ampla para figurar no polo ativo de ação civil pública na defesa do direito à saúde.

Quanto aos interesses coletivos e individuais homogêneos, nos casos em que se busca a garantia do direito à saúde, também é notória a presença de relevância social a justificar a necessidade de atuação ministerial.

A respeito dessa questão, vale transcrever a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

No tocante aos interesses difusos, em vista de sua natural dispersão, justifica-se sua defesa pelo Ministério Público. Já no tocante à defesa de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, é preciso distinguir: a defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público (MAZZILLI, 2011, p. 111).

Analisando questão diversa ao direito à saúde, o Superior Tribunal de Justiça afastou a legitimidade ativa ministerial para tutela de interesses individuais homogêneos, em caso específico:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONSUMIDOR. TORCEDOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. POSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL QUALIFICADA. CASO DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos, desde que a dimensão dos interesses defendidos seja socialmente relevante.

Precedentes.

2. Porém, não se pode confundir interesses sociais relevantes com interesses coletivos de particulares, ainda que decorrentes de origem comum. “Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127)”. (Precedente do STF: RE n. 631.111/GO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/2014).

3. Na espécie, não se mostra relevante a tutela coletiva dos interesses individuais disponíveis pelo Ministério Público, tendo em vista que alguns problemas verificados na troca de ingressos efetuada por torcedores/consumidores participantes da promoção “Torcer faz bem” foram, segundo o acórdão recorrido, isolados e tempestivamente contornados. [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1386167/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. TERCEIRA TURMA. Brasília, DF, 28 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1386167&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1386167&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 31 jan. 2017).

Observa-se que, no caso do julgado, ainda que envolvida questão coletiva, relativa a direitos individuais homogêneos, não se reconheceu a existência de relevância social a justificar a atuação ministerial como autor da ação.

Portanto, reconheceu-se que a atuação do Ministério Público deve ser útil à sociedade, não sendo legítima a tutela de interesses coletivos de particulares ou decorrentes de lesão a direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

## 2.2 SAÚDE COMO DIREITO INDIVIDUAL

É consabido que a saúde é classificada como um interesse individual indisponível, pois está elencada no art. 6º, *caput*, da Carta da República, entre os direitos sociais e porque decorre diretamente do direito fundamental à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, arts. 1º, inciso III, e 5º).

Quanto à classificação do direito à saúde, vale transcrever a ementa do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DE DUPLA FACE, SOCIAL E INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PRIMAZIA DO DIREITO A VIDA EM RELAÇÃO AO INTERESSE ECONÔMICO DO AGRAVANTE. REQUISITOS PARA A MEDIDA DE URGÊNCIA VERIFICADOS. DILAÇÃO DO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA CUMPRIMENTO. DECISÃO MODIFICADA, NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2015.002905-1. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, SC, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20150029051>>. Acesso em: 1º fev. 2017). (grifou-se).

Assim, não há dúvidas de que ao Ministério Público incumbe a proteção do direito individual indisponível à saúde, o que se extrai do próprio texto constitucional<sup>1</sup>. O que se discute, porém, é a forma como a defesa desse direito será exercida pelo Ministério Público judicialmente.

Nesse passo, é decorrência imediata da norma constitucional a atribuição para intervir (como fiscal da ordem jurídica) em todos os processos judiciais que envolvem o direito individual à saúde de qualquer pessoa, independentemente da qualidade do seu titular.

Conforme já mencionado, o Ministério Público possui legitimidade ampla e irrestrita para a propositura de ação coletiva objetivando a proteção do direito à saúde quando se tratar de interesses difusos e coletivos.

Porém, a atuação ministerial no processo civil, como parte autora de feito a versar sobre o direito individual à saúde depende de expressa previsão legal, como se manifesta a doutrina: “No tocante ao ajuizamento de ações civis a seu cargo, a regra é a de que o Ministério Público só pode propor ações em hipóteses taxativas, previstas na lei, salvo em matéria de interesses transindividuais”. (MAZZILI, 2011, p. 87).

É importante frisar que não se desconhece ser a norma do art. 127 da Constituição Federal autoaplicável.

---

1 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ademais, considerando o enquadramento da saúde como direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 é expressa no sentido de que as normas para a sua garantia têm aplicação imediata<sup>2</sup>.

Contudo, em se tratando de direito individual à saúde, o Ministério Público possui legitimidade para atuar na condição de parte, apenas, em situações excepcionais, nos casos em que são beneficiados hipossuficientes, como crianças, adolescentes e idosos.

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL PELAS LETRAS “A” E “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. INTERESSE INDIVIDUAL. SAÚDE. TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. ILEGITIMIDADE. [...]

1. Nos autos de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foram prolatados acórdão assim ementados: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. INTERESSE INDIVIDUAL. SAÚDE. TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA. INVIABILIDADE DA DEMANDA. Não se exhibe adequada, quando menos por ilegitimado ativo o Ministério Público, ação ordinária visando declaração de direito de determinada pessoa à realização de exame em face de nasocômio, porquanto a tutela de interesse individual, ainda que respeitando à saúde, refoge ao âmbito constitucional de atribuições daquele órgão do Poder Executivo. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DE AÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.”

[...]

3. Falece legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação ordinária, como substituto processual, no sentido de defender interesse individual de determinada pessoa a exame médico, mormente quando existe, na localidade, Defensoria Pública. O Parquet pode, como representante ou substituto processual, agir na defesa do interesse de determinado indivíduo desde que declinadas as razões da representação ou da substituição, uma vez que só em casos específicos é que atua em favor do representado ou substituído. In casu, o fundamento no qual o recorrente se apóia para defender a sua legitimidade “ad causam” é

<sup>2</sup> Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

o artigo 25, IV, “a”, da Lei 8.625/93 que dispõe, apenas, acerca de sua legitimidade para propor ações civis públicas. Portanto, não carece de reparos o decisório oburgado que, com base no artigo 267, VI, do CPC extinguiu o processo, por ilegitimidade ativa do Ministério Público [...]

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a condenação do Ministério Público nos ônus da sucumbência (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 740.850/RS. Relator: Ministro José Delgado. PRIMEIRA TURMA. Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=740850&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=740850&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 1º fev. 2017).

O entendimento que restringe a legitimidade ministerial para ações de saúde a resguardar direito individual lastreia-se em interpretação sistêmica das normas da Constituição Federal.

A Constituição Federal/88 estabeleceu o perfil institucional do Ministério Público como órgão defensor da sociedade, incumbindo-lhe a instauração de inquérito civil e a propositura de ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos (CF/88, art. 129, inciso III).

Salvo leis especiais que versam sobre categoriais específicas, a exemplo dos estatutos da criança e adolescente e do idoso, a ação civil pública confere legitimidade ativa ministerial restrita a interesses difusos e coletivos<sup>3</sup>, pelo que necessita o Ministério Público de fonte legislativa diversa a justificar posição no polo ativo na tutela de direito individual à saúde.

E de outro lado, a Carta Magna de 1988 reconheceu que a Defensoria Pública é instituição vocacionada para a defesa de interesses individuais das pessoas necessitadas (CF/88, art. 134), ao que não restaria ao desamparo o direito individual destas à saúde.

Assim, diante desse perfil constitucional, reconhece-se que ao Ministério Público cabe ser parte na propositura de ação civil pública para a tutela dos interesses difusos e coletivos e intervir na defesa do direito individual à saúde como fiscal da ordem jurídica, zelando pelo

3 Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

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

[...]

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Art. 5º Têm legitimidade para propor ação principal e a ação cautelar:

1 - o Ministério Público;

respeito, por parte do poder público e dos serviços de relevância pública, a esses direitos assegurados a todos (CF/88, art. 129, inciso II).

Em regra, a defesa do direito individual à saúde deve ser feita pela própria parte, representada por advogado, ou por intermédio da Defensoria Pública, órgão este que possui vocação constitucional para defender o interesse de pessoa necessitada.

Em uma leitura do art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988, depreende-se que o Ministério Público tem legitimidade para defender interesse individual indisponível na área da saúde, mas, no contexto de decisão do Supremo Tribunal Federal, restrita a atuação ministerial no polo ativo à defesa de hipossuficientes, como no caso da condição do beneficiado idoso.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública objetivando obrigar o Estado a fornecer medicamento indispensável ao tratamento de saúde de pessoa individualizada:

LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Nº 407902. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407902&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º fev. 2017).

Mas é importante destacar que o caso julgado trata de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público na defesa de direito individual à saúde de pessoa idosa, conforme se extrai do corpo do acórdão:

[...]

Nas razões do extraordinário de folhas 129 a 140, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul articula com a transgressão dos artigos 127 e 129, incisos II e III, da Carta da República. Saliencia estar em busca do direito de pessoa idosa, “condição esta notoriamente marginalizada”, tendo a Constituição atribuído à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, as crianças, os adolescentes. Vai além, asseverando que os

medicamentos pleiteados visam a assegurar o direito à vida à viúva em questão. Afirma ser parte legítima para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis. O direito à vida de pessoa com 66 anos de idade, com insuficiência renal crônica, anemia e cardiopatia isquêmica, necessitando urgentemente de remédios pelo Estado, estaria incluído em tal rol. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Nº 407902. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407902&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º fev. 2017).

O que se pretende é justamente defender a iniciativa do Ministério Público para agir como parte na defesa de direito individual indisponível à saúde apenas quando houver atribuição de legitimidade extraordinária por lei, nos casos em que a atuação estiver justificada pela condição pessoal do titular do interesse protegido, como nas hipóteses do Estatuto do Idoso (art. 74, incisos I e III<sup>4</sup>).

Nesses casos, em que a lei confere especial proteção a hipossuficientes, a atuação ativa ministerial concretiza hipótese de legitimação extraordinária, uma vez que, no exercício da atribuição de defender os interesses individuais indisponíveis como parte, o Ministério Público atua como substituto processual.

A respeito da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos coletivos e individuais, ensina Nery Junior que:

[...] quando age na defesa de direitos difusos ou coletivos, o MP possui legitimação autônoma para a condução do processo; quando promove ação para a tutela de direitos individuais, sejam puros (v.g., LIP [Lei da Investigação de Paternidade nº 8.560/92] 2.º § 4º) ou homogêneos (CDC 81 parágrafo ún. III), é substituto processual, vale dizer, legitimado extraordinariamente. (NERY JUNIOR, 2016, p. 720).

Do texto da Constituição Federal/88 (art. 129, inciso III) e da Lei que disciplina a ação civil pública (arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso I, da Lei n. 7.347/85) extrai-se que a legitimidade do Ministério Público para figurar

4 Art. 74. Compete ao Ministério Público:

I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

[...];

III - atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;

no polo ativo restringe-se aos direitos difusos e coletivos, ressalvadas as hipóteses legais de substituição processual instituídas como mecanismo de proteção a direitos individuais de pessoas hipossuficientes.

A exemplo do que ocorre em relação a crianças e adolescentes, nos termos da Lei n. 10.741/2013, o Ministério Público atua como substituto processual quando figura no polo ativo de ação civil pública para a proteção de direito individual indisponível do idoso (art. 74, incisos I e III).

Portanto, para que o Ministério Público atue como parte ativa na defesa de interesse individual indisponível à saúde, ele depende de autorização legislativa para agir como substituto processual de pessoa individualizada.

Nesse contexto, além da preocupação institucional no que diz respeito à estrutura do Ministério Público para atender à crescente demanda e atingir o objetivo de prestação de um serviço de excelência na defesa dos direitos coletivos e individuais indisponíveis, devem ser discutidos os limites da atribuição prevista na Carta da República (CF/88, art. 127).

Sobre a temática, o Promotor de Justiça Flávio Jordão Hamacher, que discute sobre os limites da atuação do Ministério Público na área cível, esclarece que a Constituição Federal/88 idealizou o órgão de defesa da sociedade como agente de direitos difusos e coletivos, com maior repercussão social e, apenas, excepcionalmente, de direitos individuais. Argumenta que, na defesa judicial de direitos individuais indisponíveis, a atuação dar-se-á basicamente como fiscal da ordem jurídica, zelando pelo respeito desses interesses, mas não como parte. (HAMACHER, Flávio Jordão. A atuação do Ministério Público na defesa do direito individual à saúde. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-25.doc>>. Acesso em: 12 fev. 2016).

Enfim, o que se pretende é justamente a delimitação da atuação do Ministério Público no cumprimento da função institucional de defender judicialmente os interesses individuais indisponíveis atribuída pela Constituição Federal de 1988.



## 2.3 ATUAÇÃO JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA DA SAÚDE: PARTE E FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

É consabido que o Ministério Público tem a missão constitucional de defender o direito de todos à saúde e que a atuação, nas ações coletivas, pode ser definida como prioritária.

Igualmente, tem o órgão ministerial o dever de zelar pelo direito individual indisponível, reconhecendo-se a saúde nessa categoria, intervindo em defesa do cidadão quando não houver disponibilização do tratamento adequado ou o fornecimento de medicamentos pela rede pública, exemplificativamente.

Contudo, o Ministério Público intervirá em ações individuais, tão somente, para zelar pelo respeito ao ordenamento jurídico, ou seja, como fiscal da lei. E, poderá ajuizar ação, em defesa de interesse individual indisponível, ou seja, com legitimação ativa extraordinária para agir como substituto processual, apenas em situações nas quais se tenha legislação específica a outorgar legitimidade, diante de especial hipossuficiência da pessoa, a exemplo do que ocorre com criança, adolescente ou idoso.

Inicialmente, aponte-se tratar-se de legitimação extraordinária, nos termos do conceito trazido por Mazzilli: “a legitimação será extraordinária sempre que alguém, em nome próprio, defenda direito alheio, pouco importando se o substituído é pessoa determinada ou um grupo indeterminado de pessoas” (MAZZILLI, 2011, p. 65).

Segue o mencionado autor:

[...] na ação civil pública ou coletiva há predominância do fenômeno da legitimação extraordinária por meio da substituição processual, pois esse fenômeno processual só não ocorreria se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas na defesa de interesse material que ele alegasse ser dele mesmo. (MAZZILLI, 2011, p. 66).

E, embora reconheça que os legitimados ativos agem de forma autônoma e também defendem interesses próprios, Mazzilli conclui que:

[...] zelam por interesses transindividuais de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, os quais não estariam legitimados a defender, a não ser por expressa autorização legal. Daí por que, para que pudessem defender esses interesses transindividuais, foi preciso o advento de lei que lhes conferiu legitimação para agir em nome próprio, em favor de todo o grupo – é o que fizeram a Constituição, a Lei da

Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e tantas outras leis subseqüentes. (MAZZILLI, 2011, p. 67).

E, voltando-se às categorias de interesses como difusos, coletivos e individuais homogêneos, frisa-se que é incontroversa a legitimidade ativa, ampla e incondicionada, do Ministério Público para a defesa do direito de todos à saúde, a exemplo das demandas com pedidos de condenação do poder público a construir e/ou a equipar um hospital com aparelhos médicos; contratar profissionais de saúde necessários ao efetivo respeito desse direito social e de relevância pública (CF/88, art. 196<sup>5</sup>).

Verifica-se, dos exemplos acima, que, em se tratando de direitos difusos, o interesse é indivisível porque afeta toda a coletividade; os titulares são indeterminados, podendo ser os moradores de uma cidade ou região, visitantes ou viajantes, inclusive estrangeiros, que possam vir a socorrer-se do atendimento à saúde.

Os titulares, indeterminados, do direito à saúde estão ligados pelo fato de estarem expostos a doenças, acidentes e outras circunstâncias de fato, donde se legitima a intervenção do Ministério Público, tanto como parte ativa quanto fiscal da ordem jurídica.

Da mesma forma, o Ministério Público apresenta legitimidade ativa e interveniente na defesa de interesses coletivos na área da saúde, uma vez que possuem natureza transindividual e indivisível de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, vinculadas entre si por relação jurídica.

É o que ocorre, por exemplo, quando o órgão ministerial ingressa com uma ação civil pública contra uma operadora de plano de saúde objetivando a anulação ou a revisão de uma cláusula lesiva ou excessivamente onerosa aos consumidores titulares. Trata-se de um interesse indivisível, pois a atuação do Ministério Público beneficiará a todos os consumidores titulares signatários do contrato com a operadora do plano de saúde (relação jurídica base), sendo notória a relevância social da sua atuação nesse caso.

Já, no que diz respeito aos direitos individuais à saúde, embora unânime o reconhecimento da necessidade de intervenção, como fiscal

5 Art. 196. A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

da ordem jurídica, pelo Ministério Público, paira controvérsia acerca da legitimidade ativa ministerial para ajuizar ação civil pública para obrigar ente federativo a fornecer medicamento ou tratamento gratuito de saúde à pessoa determinada.

Discorda-se do entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça que confere ampla legitimidade ativa na proteção de direito individual à saúde, independentemente da qualidade do titular e do interesse (transindividual ou individual) tutelado.

Assim decidiu recentemente:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

**II - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado segundo o qual o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde, por configurar tutela de direito fundamental indisponível.**

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1588315/MG. Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA. PRIMEIRA TURMA. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65038452&num\\_registro=201600753038&data=20161007&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65038452&num_registro=201600753038&data=20161007&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017). (grifou-se).

Por interpretação conjugada dos arts. 127 e 129, inciso III, da CF/88, aliados à norma que impõe autorização legislativa para que se pleiteie, em nome próprio, direito alheio (art. 18, Código de Processo Civil), conclui-se que se trata de legitimação extraordinária e restrita do

Ministério Público em relação às causas envolvendo direito individual à saúde.

Assim, é possível concluir que se está diante de caso de legitimação extraordinária, por substituição processual, a qual deverá vir embasada, por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90<sup>6</sup>.

É pacífico o entendimento jurisprudencial reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a defesa do interesse individual à saúde de criança e adolescente, conforme se observa do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR CARENTE. DIREITO À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. 1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública visando à proteção de direitos individuais indisponíveis do menor carente.

2. Agravo Regimental não provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 946.973/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin. SEGUNDA TURMA. Brasília, DF, 5 de junho de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3931822&num\\_registro=200700939327&data=20081219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3931822&num_registro=200700939327&data=20081219&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017).

Assim, estão em harmonia, doutrina e jurisprudência, acerca da legitimidade ministerial em defesa de direito individual de criança e adolescente, como se tem do entendimento de Valter Kenji Ischida, esclarecendo que:

[...] o inciso VIII estipula que cabe ao Parquet “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Portanto, seja por ação civil pública, mandado de segurança, medida de proteção ou outro tipo de ação semelhante, está o MP legitimado a requerer a tutela do direito individual. Nesse caso, atua o Parquet como substituto processual, dispensando a inclusão da criança ou do adolescente no polo passivo (ISCHIDA, 2015, p. 548).

<sup>6</sup> Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, da Constituição Federal;

Igualmente, quanto à legitimidade para a defesa de direitos individuais de idosos, é estabelecida por lei infraconstitucional a atribuição do Ministério Público para agir como substituto processual, nos termos do art. 74, incisos I e III, da Lei n. 10.741 de 2003.

A respeito, transcreve-se a lição de Marco Antonio Vilas Boas reproduzindo, inicialmente, o ensinamento de Ephraim de Campos Jr.:

Para que haja a ocorrência da substituição processual, dois requisitos deverão estar presentes, ao mesmo tempo: “a) a lei atribuir a alguém direito de ação de molde a que esse possa agir em nome próprio para a tutela de direito material alheio; b) o titular daquele direito material estiver ausente naquela ação como parte (principal)”

Do que foi posto, fica claro afirmar que o instituto da substituição processual veio como um mecanismo de amparo ao idoso, principalmente quando ameaçados ou violados seus direitos. O Ministério Público, como natural guardião da pessoa idosa, praticamente se põe no seu lugar, substituindo-a nos ofícios e ações que se fizerem necessários. (VILAS BOAS, 2015, p. 152-153).

É oportuno que se estabeleça que esse entendimento restritivo sobre a atuação ministerial na defesa de direito individual indisponível à saúde, consoante interpretação constitucional sistêmica, vai ao encontro das orientações institucionais sobre a necessidade de racionalização da atuação do Ministério Público na área cível, o que é defendido pela doutrina, torna possível conferir prioridade a matérias de maior relevância.

Nas palavras de Mazzilli, há a aplicação do princípio que denomina de “discricionariedade controlada”:

Muito se fala hoje em racionalização dos serviços do Ministério Público, e isso tanto mais se torna necessário quando se leve em conta a enorme gama de atribuições que recebeu a partir da Constituição de 1988. A racionalização é útil e até inevitável, mas desde que colocada em seus devidos termos e não se transforme em mero acobertamento da desídia de membros do Ministério Público avessos ao trabalho. (MAZZILLI, 2011, p. 93).

Adotando tal posicionamento, foi editada a Recomendação n. 34, de 5 de abril de 2016, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a regradar a intervenção no processo civil, determinando prioridade à avaliação de relevância social dos temas e dos processos, de forma a limitar a atuação ministerial para direcioná-la na defesa dos interesses

da sociedade<sup>7</sup>, repisando a obrigatória intervenção em favor de hipossuficientes<sup>8</sup>.

Observa-se que a referida recomendação busca focar a atuação ministerial em ações de maior reflexo social, despertando nos membros do Ministério Público a reflexão sobre a necessidade e utilidade das suas intervenções no processo civil, evitando-se assoberbamento de atribuições assumidas em detrimento de causas sociais.

Essa preocupação institucional também reflete a constatação prática do alargamento significativo da atuação do Ministério Público na defesa do direito individual à saúde, desvirtuando o modelo constitucional e, de certa forma, comprometendo o objetivo de sempre prestar um trabalho de excelência em todas as áreas, notadamente considerando o reconhecimento conquistado como órgão vocacionado à defesa da sociedade.

Nesse contexto, ressalta-se a importância de um posicionamento ministerial no sentido de que a defesa do direito individual à saúde deve ser feita, em regra, pela própria parte, representada por advogado ou pela Defensoria Pública, reservando-se ao Ministério Público a legitimidade para agir, como substituto processual, nas hipóteses taxativamente previstas em lei.

E esse entendimento é justificado, inclusive, pela necessidade de evitar-se indevida interferência na função própria da Defensoria Pública na defesa de direitos individuais dos necessitados (art. 134 da Constituição Federal).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL DE PESSOA CARENTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

7 Art. 1º Os órgãos do Ministério Público Brasileiro, no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar:

[...]

II - a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuem;

[...]

IV - a limitação da sua atuação em casos sem relevância social para direcioná-la na defesa dos interesses da sociedade.

8 Art. 5º Além dos casos que tenha previsão legal específica, destaca-se de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, os seguintes casos:

[...]

VIII - os direitos dos menores, dos incapazes e dos idosos em situação de vulnerabilidade;

1. A Jurisprudência mais recente das Turmas de Direito Público do STJ admite esteja o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa de direito individual indisponível à saúde de hipossuficiente.
2. Essa legitimação extraordinária só existe quando a lei assim determina, como ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto do Idoso, sendo insuficiente falar, de forma genérica em interesse público.
3. O barateamento da legitimação extraordinária do MP na defesa de interesse coletivo choca-se com as atribuições outorgadas pela lei aos defensores públicos.
4. Recurso especial improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 620.622/RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. SEGUNDA TURMA. Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num\\_registro=200400017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num_registro=200400017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 fev. 2017).

Do voto da eminente relatora, acompanhado pelos demais Ministros integrantes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

[...]

Na demanda o Ministério defende direito individual de Sérgio Augusto Mendes Schau, de 47 anos de idade, portador de doença renal crônica. Portanto, não se trata aqui da excepcional previsão contida nas leis especiais tais como Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Estatuto do Idoso, diplomas que contemplam de forma expressa a legitimação extraordinário do MP para, via ação coletiva defender direito individual, como tem reconhecido a atual jurisprudência do STJ, inclusive é este o meu atual entendimento, depois de ter criado alguma resistência.

Para alguns o MP está legitimado extraordinariamente sempre e sempre, quando se tratar de interesse público. Ora, o interesse público legitima o MP ordinariamente para atuar e não extraordinariamente como sugere a legislação que indica a atuação ministerial via ação coletiva.

A hipótese em julgamento não contempla a excepcionalidade apontada, trata-se de um paciente maior de idade, portador de doença crônica e que necessita de medicamento especial a ser fornecido pelo SUS. [...]

Portanto, neste processo, como no precedente, o recorrente

age como substituto processual de pessoa determinada, mas não protegida de forma prioritária como ocorre em relação aos menores, os idosos e os deficientes físicos.

A atuação ministerial em hipóteses semelhantes à dos autos coloca o Ministério Público em conflito de atribuições com a Defensoria Pública o que é uma demasia. Assim sendo, entendo ser o MP parte ilegítima para agir como verdadeiro representante de pessoa carente, o que, se verdadeiro, dispensa a atuação da Defensoria Pública. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 620.622/RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. SEGUNDA TURMA. Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num\\_registro=200400017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num_registro=200400017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 fev. 2017).

Portanto, ainda que se trate de direito individual à saúde, é ideal reconhecer que o Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando o tratamento de saúde de pessoa determinada fora das hipóteses taxativas em que está autorizado a agir como substituto processual, cabendo à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas necessitadas ou, ainda, à parte interessada fazer-se representar por advogado para ajuizar ação em nome próprio.

### 3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, na área da saúde, a atuação judicial do Ministério Público na defesa de interesses coletivos em sentido amplo deve ser estabelecida como prioridade pelos seus membros.

No tocante a interesse individual indisponível à saúde, a intervenção ministerial ocorrerá como fiscal da ordem jurídica.

Para atuar como parte na defesa de direito à saúde de uma única pessoa, é necessário lei ordinária autorizando o Ministério Público a agir na condição de substituto processual, como ocorre nos casos envolvendo criança e adolescente ou idoso.

Por fim, essa interpretação vai ao encontro do perfil de atuação traçado pela própria Constituição Federal de 1988, que caracteriza o Ministério Público como órgão defensor da coletividade e da sociedade, além de estar de acordo com as recentes recomendações institucionais



no sentido de racionalização da atuação na área cível, de forma a que se priorize a atuação na busca da garantia de direitos coletivos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano et al. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1.985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1.990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1.990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1386167/RJ. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. TERCEIRA TURMA. DF, 28 de abril de 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1386167&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1386167&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 740.850/RS. Relator: Ministro José Delgado. PRIMEIRA TURMA. Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=740850&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=740850&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1588315/MG. Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA. PRIMEIRA TURMA. Brasília, DF, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65038452&num\\_registro=201600753038&data=20161007&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65038452&num_registro=201600753038&data=20161007&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 946.973/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin. SEGUNDA TURMA. Brasília, DF, 5 de junho de 2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3931822&num\\_registro=200700939327&data=20081219&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3931822&num_registro=200700939327&data=20081219&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 2 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 620.622/RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. SEGUNDA TURMA. Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num\\_registro=20040017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2978819&num_registro=20040017276&data=20070927&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407902. Relator: Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília, DF, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407902&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2015.002905-1. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20150029051>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação n. 34, de 5 de abril de 2016. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Disponível em: <[http://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendacao\\_34\\_Alterada\\_Rec37.pdf](http://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendacao_34_Alterada_Rec37.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2017.

HAMACHER, Flávio Jordão. A atuação do Ministério Público na defesa do direito individual à saúde. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-25.doc>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do Idoso Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A FREQUÊNCIA EXCLUSIVA EM CENTROS DE ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADOS

**Isabela Ramos Philippi**

*Promotora de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar, com base nos conceitos e pressupostos da educação inclusiva, se é admissível que se permita a frequência exclusiva de alunos com deficiência nos Centros de Atendimento Educacional Especializados. Para tanto, são expostos, inicialmente, alguns conceitos reputados fundamentais para a compreensão e análise do tema. Em seguida, são examinadas as normas nacionais que tratam do tema, dando-se ênfase à Resolução n. 100/2016 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina. Por fim, aponta-se como imprescindível manter-se a meta de inclusão plena, sem, contudo, no plano concreto, violar outros direitos fundamentais sob o pretexto de se garantir o direito à educação.

**Palavras-Chave:** Educação inclusiva. Centros de Atendimento Educacional Especializados. Deficiência intelectual. Transtorno do espectro autista.

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	p. 67 - 82	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que os serviços especializados em educação especial não se configuram como espaços substitutivos à escolarização, devendo ser prestados nas formas complementar e suplementar, o presente artigo tem por objetivo analisar, com base nos conceitos e pressupostos da educação inclusiva, se é admissível que, em determinados casos, permita-se a frequência exclusiva de alunos com deficiência nos Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas, abrindo-se mão da matrícula na rede de ensino regular.

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, além de apresentar brevemente o que os estudiosos da área de educação dizem sobre a inclusão, serão expostos alguns conceitos reputados fundamentais para a compreensão e análise do tema.

Posteriormente, será examinado o que as normas nacionais dizem sobre educação inclusiva, dando-se ênfase à Resolução n. 100/2016 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina.

E, por fim, será analisado se a previsão de frequência exclusiva de alunos com deficiência intelectual e transtorno do espectro autista com baixa funcionalidade em Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas é admissível em face da legislação vigente.

## 2 EDUCAÇÃO INCLUSIVA: CONCEITOS E PRESSUPOSTOS

A Declaração de Salamanca, considerada o documento internacional mais significativo na área de educação especial, formulada por representantes de noventa e dois países e vinte e cinco organizações internacionais durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais, realizada em Salamanca, Espanha, em junho de 1994, adotou formalmente, em âmbito internacional, o termo “educação inclusiva”.

A mencionada Declaração refere-se à educação inclusiva como princípio, conclamando os governos para que o adotem como matéria de lei ou como política, “admitindo todas as crianças nas escolas regulares,

a não ser que haja razões que obriguem a proceder de outro modo”, reafirmando que os alunos com “necessidades educativas especiais” devem ter acesso às escolas regulares, as quais “constituem os meios mais capazes para combater as atitudes discriminatórias, [...] construindo uma sociedade inclusiva e atingindo a educação para todos”. (UNESCO, 1994).

Seguindo essa linha, Mel Ainscow<sup>1</sup>, fazendo a ressalva de que a *inclusão* pode ser conceituada de várias maneiras, inexistindo uma definição única e consensual (2009, p. 21), conceitua o termo a partir de uma abordagem de princípios à educação.

Para o autor, a inclusão constitui-se em “um processo de transformação de valores em ação” e envolve o aumento da participação dos estudantes e a redução de sua exclusão; a reestruturação de culturas, políticas e práticas com o objetivo de atender à diversidade de estudantes; e a presença e participação de todos os estudantes sujeitos à exclusão, e não somente daqueles com deficiências ou categorizados como “pessoas com necessidades educacionais especiais” (AINSCOW, 2009, p. 20).

Com o objetivo de definir “inclusão”, Romeu Kazumi Sassaki apresenta um paralelo com o conceito de “integração”, termos estes que, segundo o autor, devem ser compreendidos com sentidos distintos. Assim, a integração apresenta-se como a “inserção da pessoa com deficiência preparada para conviver na escola regular”, enquanto a inclusão significa a “modificação da sociedade como um pré-requisito para a pessoa realizar seu desenvolvimento e exercer a cidadania”. Em contraponto à integração, em que apenas os mais aptos são encaminhados para as escolas comuns, a inclusão pressupõe que todas as pessoas sejam incluídas nas salas comuns. (SASSAKI, 2005, p. 22).

Para Maria Teresa Mantoan, sob a ótica da inclusão, assim como os alunos com deficiências menos severas, as pessoas com deficiências “bastante significativas” também têm o direito de acesso à educação em ambiente escolar não segregado. (MANTOAN, 2005, p. 26).

A mesma autora ainda destaca:

[...] especialmente quando se trata de alunos com deficiência, a escola terá de enfrentar a si mesma, reconhecendo o modo como produz as diferenças nas salas de aula: se

1 Professor da Faculdade de Educação da Universidade de Manchester, Inglaterra, especialista em necessidade educacionais especiais.

agrupando-as por categorias ou se considerando cada aluno o resultado da multiplicação infinita das manifestações da natureza humana e, portanto, sem condições de ser encaixado em nenhuma classificação artificialmente atribuída, como prescreve a inclusão. (p. 28)

Por fim, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero<sup>2</sup> defende que educação inclusiva é aquela que “se organiza para receber, no mesmo ambiente escolar, a todos os alunos, ainda que alguns possuam limitações significativas”. (FÁVERO, 2004).

Vê-se, portanto, que a educação inclusiva, em uma perspectiva ampla, pressupõe a integração, nas escolas regulares, de todos os alunos, desde aqueles com deficiências dos mais variados tipos e socialmente fragilizados até os que possuem dificuldades de aprendizado, entre outros que estejam sujeitos a qualquer forma de exclusão.

No entanto, considerando que o presente artigo possui enfoque na educação das pessoas com deficiência e, mais especialmente, na parte da Resolução n. 100/2016 do CEE/SC, que aborda a frequência exclusiva de alunos em Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas, faz-se necessária a conceituação de “deficiência intelectual” e “transtorno do espectro autista”, termos utilizados no art. 5º da referida Resolução.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu art. 2º, conceitua pessoa com deficiência como:

[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Especificamente no que diz respeito à deficiência mental ou – fazendo uso de termo considerado mais adequado e atualmente incorporado no âmbito internacional – deficiência intelectual, a complexidade de conceitos e a variedade de abordagens dificulta uma definição precisa (BATISTA, 2006).

Tal quadro apresenta-se, possivelmente, em razão das dificuldades do próprio diagnóstico, que “[...] não se esclarece por uma causa orgânica, nem tão pouco pela inteligência, sua quantidade, supostas categorias e tipos”. (BATISTA, 2006, p. 10).

2 Procuradora da República no Estado de São Paulo.

Não obstante isso, do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-5 (2014, p. 72), desenvolvido pela Associação Americana de Psiquiatria, é possível extrair o conceito de deficiência intelectual:

A deficiência intelectual (transtorno do desenvolvimento intelectual) caracteriza-se por déficits em capacidades mentais genéricas, como raciocínio, solução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica e aprendizagem pela experiência. Os déficits resultam em prejuízos no funcionamento adaptativo, de modo que o indivíduo não consegue atingir padrões de independência pessoal e responsabilidade social em um ou mais aspectos da vida diária, incluindo comunicação, participação social, funcionamento acadêmico ou profissional e independência pessoal em casa ou na comunidade.

Quanto ao “transtorno do espectro autista”, vale destacar a definição positivada pela Lei n. 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

Art. 1º, § 1º Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

§ 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.

Especificando ainda mais os conceitos e restringindo o âmbito de incidência da norma que pretende autorizar a não matrícula de determinados alunos na escola regular, o Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, no exercício de seu poder regulamentar, utiliza, Resolução CEE/SC n. 100/2016, a expressão “baixa funcionalidade”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Art. 5º A frequência exclusiva de alunos com idade entre 06 (seis) e 17 (dezessete) anos em **Centros de Atendimento Educacional Especializados** e/ou instituições conveniadas, é autorizada, apenas, nos casos



A funcionalidade associada aos estados de saúde está descrita na Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF), desenvolvida pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Já o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DMS-5), ao abordar a Deficiência Intelectual (Transtorno do Desenvolvimento Intelectual) e também o Transtorno do Espectro Autista, estabelece nos especificadores os níveis de gravidade.

Com base nos mencionados documentos técnicos é que se pode, mediante análise clínica, definir o diagnóstico da deficiência e/ou transtorno e especificar o grau de funcionalidade do aluno, não sendo possível, por conseguinte, definir, em um único conceito, o que seria a dita “baixa funcionalidade”.

Por fim, ainda com o objetivo de analisar os termos da resolução objeto do presente estudo, é importante esclarecer o que são os Centros de Atendimento Educacional Especializados, cuja frequência exclusiva poderá vir a ser autorizada.

Conforme a Nota Técnica n. 055/2013/MEC/SECADI/DPEE, expedida pelo Ministério da Educação<sup>4</sup>, por intermédio da Diretoria de Políticas de Educação Especial, instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, especializadas em educação especial, podem ofertar o atendimento educacional especializado, devendo tal atuação ser operacionalizada por meio da reorientação das escolas especiais em Centros de Atendimento Educacional Especializado.

Ainda de acordo com referida Nota Técnica, os Centros de Atendimento Educacional Especializado, sejam eles públicos ou não, devem ser conveniados com a respectiva Secretaria de Educação.

Em suma, os referidos Centros têm por objetivo o atendimento dos estudantes público-alvo da educação especial matriculados em classes comuns de ensino regular, que não tenham atendimento especializado nas salas de recursos multifuncionais da própria escola ou de outra escola de ensino regular da rede pública.

---

de alunos com deficiência intelectual e transtorno do espectro autista, ambos com **baixa funcionalidade**: [...]. (grifou-se).

4 Disponível em: BRASIL, 2015. ORIENTAÇÕES PARA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=17237--secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237--secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

Importante destacar, no entanto, que, conforme orientação do Ministério da Educação<sup>5</sup>, os Centros de Atendimento Educacional Especializados, públicos ou privados, não se configuram como espaços substitutivos à escolarização, devendo ser frequentados no turno inverso ao da escola regular.

### 3 NORMAS SOBRE EDUCAÇÃO

Conforme visto, a educação inclusiva tem por objetivo garantir a presença e a participação, no sistema de ensino regular, de todos os estudantes sujeitos à exclusão, neles compreendidos aqueles com os mais diversos tipos de deficiências.

De acordo com os já citados documentos técnicos desenvolvidos pelo Ministério da Educação, estudantes com deficiência poderão frequentar Centros de Atendimento Educacional Especializados, desde que no turno inverso ao da escola regular, pois esses espaços não se configuram como substitutivos à escolarização.

No entanto, para compreensão mais ampla do tema, passa-se, nesse segundo momento, a examinar o que as normas nacionais dizem sobre educação inclusiva.

Destinando um capítulo especialmente ao direito à educação, a Constituição da República elenca, em seu art. 206, um rol de princípios destinados ao ensino, sendo o primeiro deles a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Ainda, ao garantir, no inciso III do art. 208, o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, a norma constitucional objetiva alcançar condições de igualdade entre os alunos a fim de concretizar o direito à educação para todos.

O mesmo dispositivo constitucional prevê, ainda, em seu primeiro inciso, a obrigatoriedade da educação básica às crianças e aos adolescentes entre 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade.

Assim, partindo do pressuposto de que a educação básica é obrigatória e deve ser garantida a todos em condições de igualdade,

---

5 Nota Técnica n. 055/2013/MEC/SECADI/DPEE.

as normas infraconstitucionais disciplinam de que forma esses direitos serão efetivados.

Um ano após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei n. 7.853/1989 (ainda vigente), ao dispor sobre o apoio às pessoas com deficiência, passou a garantir a “[...] matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino” (art. 2º, parágrafo único, inciso I, alínea “f”)<sup>6</sup>.

Seguindo a mesma lógica, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei n. 9.394/1996) prevê, em seu art. 58, § 2º, que o atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados “[...] sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular”.

Não obstante isso, a LDB classificou a educação especial como uma modalidade de ensino (art. 58, *caput*). Desse modo, a educação especial perdeu a função de substituição dos níveis de ensino. Tal conclusão também pode ser extraída do art. 4º, inciso III, da mesma Lei, ao dispor que o atendimento educacional especializado é “[...] transversal a todos os níveis, etapas e modalidades” (grifou-se).

Nesse sentido, interpretando os dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases, Eugênia Fávero (2004) leciona:

A educação Especial é modalidade de ensino, tratada na LDBEN em capítulo não compreendido entre aqueles que cuidam dos níveis de ensino. Como modalidade, o atendimento especializado perpassa todos os níveis de ensino, mas não se confunde com eles. Se este atendimento especializado fosse exatamente o mesmo que escolarização, a Constituição não teria inserido a sua garantia, além do acesso aos ensinamentos infantil, fundamental e médio. (p. 82).

Acompanhando a evolução dos estudos sobre educação inclusiva, no ano de 2008, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>7</sup> passou a prever que os Estados Partes devem assegurar a existência de um “sistema educacional inclusivo em todos os níveis” (artigo 24).

Para tanto, a Convenção estabeleceu, ainda no mesmo artigo, que

6 Previsão idêntica foi repetida pelo art. 24, inciso I, do Decreto n. 3.298/1999, que regulamenta a Lei n. 7.853/1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

7 Norma equivalente a emenda constitucional, promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 e aprovada conforme procedimento do § 3º do art. 5º da CF pelo Decreto Legislativo n. 186/2008.

os Estados assegurarão que as pessoas com deficiência “não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência” e que “as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência”.

Mais recentemente, foi aprovada a Lei n. 13.146/2015, autointitulada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (art. 1º).

O referido Estatuto, reafirmando o direito da pessoa com deficiência à educação, prevê, em seu art. 28, incisos I e II, que cabe ao poder público assegurar o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, desenvolvendo o aprimoramento dos sistemas educacionais, “visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena”.

Verifica-se, no entanto, que, embora o Estatuto tenha firmado como objetivo a inclusão plena, não há, em seu texto, vedação expressa à frequência exclusiva de alunos com deficiência em serviços especializados de educação especial.

Por outro lado, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 13.005/2014, com vigência por 10 (dez) anos, institui como meta a garantia de oferta de educação inclusiva “[...] vedada a exclusão do ensino regular sob alegação de deficiência [...]” (Meta 4.8). Ainda, prevê a garantia de atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, a todos os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação matriculados na rede pública de educação básica (Meta 4, Estratégia 4.4).

O Plano Estadual de Educação de Santa Catarina (PEE) para o decênio 2015-2024, aprovado pela Lei n. 16.794/2015, apresenta, em seu texto, a mesma vedação (Meta 4, Estratégia 4.1).

No entanto, embora também preveja a oferta de atendimento educacional especializado nas formas complementar ou suplementar, o PEE-SC acrescenta ao seu texto (Meta 4, Estratégia 4.5) que esse atendimento será garantido aos estudantes públicos da educação especial

“[...] matriculados em escolas de educação básica, públicas e privadas, serviços especializados, públicos ou conveniados, conforme necessidade identificada por meio de avaliação [...]”. (grifou-se).

Por fim, já no plano regulamentar, a Resolução n. 100/2016 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina prevê a possibilidade de frequência exclusiva de alunos com deficiência em instituições especializadas em educação especial, prescindindo da matrícula na rede de ensino regular, nos seguintes termos e condições:

Art. 5º A frequência exclusiva de alunos com idade de 06 (seis) a 17 (dezessete) anos em Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas, é autorizada, apenas, nos casos de alunos com deficiência intelectual e transtorno do espectro autista, ambos com baixa funcionalidade:

I. Os alunos de que trata este Artigo **poderão frequentar exclusivamente** Centros de Atendimento Educacional Especializados ou instituições conveniadas, apenas quando o laudo emitido por equipe multiprofissional prescrever que a permanência no ensino regular **importa em graves prejuízos ao aluno**, ouvido este, sua família e equipe pedagógica da escola, devendo a Fundação Catarinense de Educação Especial aprovar esse entendimento. (grifou-se).

A referida Resolução apenas torna mais evidente questão que, especialmente após a aprovação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, vem sendo frequentemente enfrentada pelo Ministério Público, chegando, até mesmo, às portas do Poder Judiciário.<sup>8</sup>

Assim, faz-se premente analisar se a previsão de frequência exclusiva de alunos com deficiência intelectual e transtorno do espectro autista com baixa funcionalidade em Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas é admissível em face da legislação vigente.

#### 4 FREQUÊNCIA EXCLUSIVA NOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM EDUCAÇÃO ESPECIAL

Segundo Romeu Sasaki (2005, p. 20), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional deixa implícita a existência de um “[...] sistema paralelo destinado, exclusivamente, aos alunos que não tivessem capa-

<sup>8</sup> Como exemplo, cita-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos do Agravo de Instrumento n. 2015.027364-7, de Blumenau, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 3-12-2015.

cidade acadêmica para frequentar as escolas comuns em razão de suas deficiências [...]”.

No entanto, conforme visto, prevalece o entendimento de que as instituições especializadas em educação especial não integram a rede de ensino e, conseqüentemente, não podem ser consideradas como escolarização.

Inclusive, em razão disso é que o Ministério da Educação estipulou, por meio da já citada Nota Técnica n. 055/2013/MEC/SECADI/DPEE, que a frequência em Centros de Atendimento Educacional Especializados somente pode se dar no turno inverso ao da escola regular, pois não se configuram como espaços substitutivos à escolarização.

Ademais, considerando que a educação básica é constitucionalmente prevista como obrigatória e somente é prestada por estabelecimentos regulares de ensino, o aluno que frequenta exclusivamente um Centro de Atendimento Educacional Especializado estará, necessariamente, dela excluído.

Assim, a obrigatoriedade da matrícula e frequência na educação básica, sendo previsão constitucional diretamente ligada ao direito fundamental à educação, apenas pode ser afastada quando um outro direito fundamental, da mesma magnitude, estiver sendo violado.

Desse modo, somente se outros direitos, tais como: à vida, à saúde, à segurança e/ou à dignidade da pessoa com deficiência estiverem sendo ameaçados é que se pode abrir mão da frequência obrigatória na rede de ensino regular.

Por essa razão, acredita-se, é que o Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, ao redigir e aprovar a Resolução n. 100/2016, estipulou como condicionante à autorização de frequência exclusiva nos Centros de Atendimento Educacional Especializados a existência de laudo que prescreva que a permanência no ensino regular “importa em graves prejuízos ao aluno”.

Porém, para que possa ser considerada constitucional, a previsão deve ser interpretada de modo que por “graves prejuízos” se entenda a existência de efetivo risco a um ou mais direitos fundamentais do aluno.

Assim, sendo constatada – por laudo emitido por equipe multiprofissional e corroborado por órgão público tecnicamente capacitado – a

existência de graves prejuízos ao aluno, não é possível obrigar os pais e a escola a mantê-lo matriculado na escola regular sob essas condições.

Nesse passo, verificando-se que a frequência à rede regular de ensino está, no caso concreto, acarretando riscos ao aluno, é razoável que se abra a possibilidade de frequência exclusiva nas instituições especializadas em educação especial.

Contudo, paralelamente, o poder público e os órgãos responsáveis por sua fiscalização – neles incluído o Ministério Público – devem empregar os meios necessários para que a escola continue desenvolvendo adaptações para que, futuramente, possa receber todos os alunos com deficiência, neutralizando os riscos existentes mediante o desenvolvimento das adaptações estruturais e pedagógicas necessárias.

Neste ponto, torna-se relevante destacar que, conforme exposto na primeira parte deste artigo, o próprio conceito de deficiência (trazido pelo art. 2º da Lei n. 13.146/2015) esclarece que a obstrução de participação plena e efetiva na sociedade decorre não da deficiência em si (impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial), mas, sim, de sua interação com as barreiras<sup>9</sup> existentes no meio em que está inserida a pessoa com deficiência.

Ainda, conforme já mencionado, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência determina o aprimoramento dos sistemas educacionais como forma de eliminar tais barreiras (art. 28, II).

Sendo assim, é preciso sempre se ter em mente que o prejuízo detectado não pode ter sido causado pela falta de adaptações razoáveis<sup>10</sup> na escola. Só é admissível abrir-se mão da frequência de um aluno com deficiência na rede regular de ensino nos casos em que, mesmo contando

9 Lei n. 13.146/2015, Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

10 Decreto n. 6.949/2009, Artigo 2º “Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

a escola com as adaptações e a estrutura necessárias, ainda assim exista risco de violação dos direitos fundamentais do aluno.

Em vista disso, mostra-se possível a frequência exclusiva em Centros de Atendimento Educacional Especializados, sem desrespeito às normas constitucionais e legais, ressaltando-se que não se pretende com isso defender a manutenção da lógica da integração em contraposição ao princípio da inclusão.

Ao contrário, é preciso, sempre, partir-se do pressuposto de que a institucionalização da pessoa com deficiência reforça a sua imperceptibilidade no contexto educacional e social, promove a sua segregação e posterga o desenvolvimento inclusivo da escola.

Assim, o despreparo técnico e estrutural das unidades de ensino não pode ser utilizado como argumento de oposição ao implemento de uma garantia fundamental. No entanto, na prática, é impossível fechar os olhos para os problemas financeiros e estruturais enfrentados pelos sistemas de ensino (tanto públicos quanto privados).

A inclusão plena é, como visto, meta incorporada tanto pelo Plano Nacional de Educação quanto pelo Plano Estadual de Educação de Santa Catarina. Assim, os próprios planos de educação, ao preverem a inclusão plena como meta para os próximos 10 (dez) anos, reconhecem, implicitamente, que nem todas as escolas estão preparadas para receber alunos com deficiência e que, mesmo as mais preparadas, ainda enfrentam problemas na inclusão de alunos com determinados tipos e graus de deficiência.

Há, sim, que se exigir a adaptação das escolas a fim de que proporcionem condições de acesso e permanência a todos os alunos, independentemente do tipo ou grau de deficiência. Todavia, no caso concreto, é imprescindível observar se a escola possui imediata condição de receber o aluno sem acarretar ameaça aos seus direitos.

Para Mel Ainscow (2009, p. 20), “a inclusão é vista como um processo sem fim. Assim, uma escola inclusiva é aquela que está evoluindo, e não aquela que já atingiu um estado perfeito”.

Logo, não há como se exigir que as escolas recebam, imediatamente, todos os alunos. Há, porém, que se exigir que estejam em constante aperfeiçoamento, sempre visando à meta da inclusão plena.



Assim, sendo a inclusão um processo, em termos práticos, não há como afastar situações em que a frequência no ensino regular possa acarretar consideráveis prejuízos à pessoa com deficiência.

É preciso manter-se a meta de inclusão plena, sem, contudo, no plano concreto, violar outros direitos fundamentais sob o pretexto de se garantir o direito à educação.

O desafio, portanto, é proteger determinadas pessoas com deficiência que possam estar sujeitas a graves prejuízos, sem abandonar o ideal de inserir na rede regular de ensino todas as pessoas, fazendo com que o processo de inclusão permaneça em contínuo desenvolvimento.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da análise dos conceitos e pressupostos da educação inclusiva, verificou-se que a inclusão tem por objetivo garantir a presença e a participação, no sistema de ensino regular, de todos os estudantes sujeitos à exclusão, neles compreendidos aqueles com os mais diversos tipos de deficiências.

Desse modo, os serviços especializados em educação especial não podem, como regra, servir como espaços substitutivos à escolarização, devendo ser prestados nas formas complementar e suplementar.

No entanto, a frequência exclusiva de alunos com deficiência intelectual e transtornos do espectro autista com baixa funcionalidade nos Centros de Atendimento Educacional Especializados e/ou instituições conveniadas pode ser admitida quando a permanência na rede regular de ensino puder acarretar graves prejuízos ao aluno.

A fim de assegurar que o despreparo técnico e estrutural das unidades de ensino não seja utilizado como argumento de oposição ao implemento do direito à educação, a autorização de frequência exclusiva nos serviços especializados deve ser precedida, necessariamente, de laudo emitido por equipe multiprofissional e corroborado por órgão público tecnicamente capacitado.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA (Brasil). Aristides Volpato Cordioli (Org.). **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais DSM-5**. Porto Alegre: Artmed, 2014. 948 p. Tradução de: Maria Inês Corrêa Nascimento et al.

AINSCOW, Mel. Tornar a educação inclusiva: como esta tarefa deve ser conceituada?. In: FÁVERO, Osmar et al (Org.). **Tornar a educação inclusiva**. Brasília: Unesco, 2009. p.11-23. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001846/184683por.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BATISTA, Cristina Abranches Mota. **Educação inclusiva: atendimento educacional especializado para a deficiência mental**. Brasília: Ministério da Educação, 2006. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/defmental.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL, 2015. ORIENTAÇÕES PARA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17237-secadi-documento-subsidiario-2015&Itemid=30192)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **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: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.949, 25 de agosto de 2009. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014rr/2012/lei/112764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014rr/2012/lei/112764.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. **Plano Nacional de Educação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 82.

\_\_\_\_\_. **O direito das pessoas com deficiência à educação**. Texto base para palestra com o mesmo título, no Seminário sobre Direito da Educação, no Superior Tribunal de Justiça, em 25 de junho de 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15675-15676-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016

MANTOAN, Maria Teresa Égler. A hora da virada. In: **Inclusão: Revista da Educação Especial**. v. 1, n. 1, p. 24-28, out. 2005. Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Lisboa: OMS, 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em 27 dez. 2016.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <[http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC\\_16\\_11\\_2009.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 16.794, de 14 de dezembro de 2015. **Plano Estadual de Educação (PEE) para o decênio 2015-2024**. Disponível em: <<http://www.sed.sc.gov.br/index.php/servicos/professores-e-gestores/16970-plano-estadual-de-educacao>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução CEE/SC n. 100, de 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.fcee.sc.gov.br/index.php/downloads/legislacao/legislacao-especifica-da-educacao-especial/775-resolucao-100-2016-cee-sc/file>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: o paradigma do século 21. In: **Inclusão: Revista da Educação Especial**. v. 1, n. 1, p.19-23, out. 2005. Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2005.

UNESCO. **Declaração sobre Princípios, Política e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, Salamanca, 1994**. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

# DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL: UMA PERSPECTIVA CATARINENSE

**Raísa Carvalho Simões**

*Promotora de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

Trabalho que se dedica ao estudo do Diagnóstico Socioambiental, objetivando estimular os operadores do direito na implementação de ações municipais voltadas ao planejamento urbano. Pretende demonstrar a importância do mapeamento das áreas de risco e de relevante interesse ecológico para solução de problemas relacionados ao meio ambiente urbanístico. Dessa maneira, parte-se da premissa de que conhecer a realidade ambiental de uma dada região deve constituir a primeira etapa para um bom planejamento urbano. O presente trabalho também busca compreender cada uma das fases do Diagnóstico Socioambiental e possibilidades para minimizar os custos de sua elaboração, além de contextualizar o tema no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC).

**Palavras-Chave:** Diagnóstico Socioambiental. Etapas. Propósitos. Alternativas.

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	p. 83 - 103	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	-------------	----------------

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se dedica ao estudo do meio ambiente urbano, objetivando estimular os operadores do direito sobre a importância na implementação de ações municipais voltadas à elaboração do Diagnóstico Socioambiental.

Assim, em um primeiro momento, o artigo contextualizará dentro do ordenamento jurídico brasileiro, enumerando os dispositivos legais que não apenas obrigam a sua elaboração como também justificam seus propósitos.

Na sequência, diante da atribuição constitucional conferida ao Ministério Público para a defesa do meio ambiente, serão apontadas as atividades e metas que vêm se destacando na Instituição catarinense nos últimos anos.

Dessa maneira, após delinear as suas premissas essenciais, como conceitos, propósitos e previsões legislativas, e enfrentar o tema no âmbito institucional do MPSC, passar-se-á, então, a materializar as etapas para elaboração do Diagnóstico Socioambiental.

Nesse ponto, o presente trabalho terá por objetivo encontrar as facilidades possíveis de serem utilizadas durante a preparação do aludido estudo, para que mesmo os municípios os mais pequenos ou com orçamentos limitados tenham efetivas condições de implementá-lo.

## 2 CONCEITOS E FINALIDADES

Estabelece o artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)<sup>1</sup> que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser assegurado a todos, cabendo não apenas ao Poder Público como também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Entretanto, muito mais do que defini-lo como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), o referido dispositivo constitucional pressupõe que o direito ao meio

---

1 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

ambiente seja compreendido como um direito indisponível, fundamental à dignidade humana.

Afinal, os incisos III e VI do artigo 170 da CRFB/88<sup>2</sup> são claros no sentido de que o avanço da ordem econômica do País estará condicionado à função social da propriedade e à preservação do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Sobre a importância do direito ambiental, explica Romeu Thomé (2011, p. 66) que:

O reconhecimento do meio ambiente saudável como direito fundamental da pessoa humana está diretamente ligado ao princípio do mínimo existencial ecológico, que apregoa condições mínimas de preservação dos recursos naturais para a sobrevivência de todas as espécies vivas do planeta.

Já o Professor e Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Antônio Herman Benjamin (2008, p. 40), ao comentar o quarto fundamento comum das normas constitucionais ambientais (desenvolvimento sustentável), ensina que:

[...] convida-se o direito de propriedade a se atualizar, colimando torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, reescrevê-lo sob a orientação da sustentabilidade. Esboça-se, dessa maneira, em maior ou menor escala, uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos ambientais, seja pela mitigação dos exageros degradadores do direito de propriedade, com a ecologização de sua função social.

A respeito da política urbana de desenvolvimento urbano, o artigo 182 da CRFB/88<sup>3</sup> determina que ela seja executada pelo Poder Público municipal com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

2 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
I - soberania nacional;  
II - propriedade privada;  
III - função social da propriedade;  
IV - livre concorrência;  
V - defesa do consumidor;  
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

3 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Assim, buscando a harmonia entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico sustentável, o constituinte brasileiro traz previsão expressa aos planos urbanísticos e à obrigatoriedade de a propriedade urbana cumprir sua função, de forma a garantir a todos os habitantes inseridos dentro de um mesmo espaço territorial um ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa esteira, citam-se os artigos 21, inciso IX; 23, incisos VI e IX; 30, inciso VIII; 182, *caput* e §§ 1º e 2º, todos da CRFB/88 (BRASIL, 1988):

Art. 21. Compete à União:

[...]

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

[...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

Portanto, feita a leitura de cada um dos artigos, torna-se fácil perceber que compete precipuamente aos Municípios promover o adequado ordenamento territorial, seja mediante um planejamento prévio, seja a partir de um efetivo controle do uso, do parcelamento ou da ocupação do solo urbano.

No ano de 2001, aliás, promulgou-se a Lei Federal n. 10.257, que regulamentou o referido artigo 182 da CRFB/88 e instituiu instrumentos jurídicos específicos para a implementação da política urbana, como: as zonas especiais de interesse social, a regularização fundiária, planos e planejamentos de ordenação do território e parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (BRASIL, 2001).

Contudo, a despeito de toda essa sistemática, o planejamento urbano tem se revelado como uma exceção no contexto fundiário brasileiro. Partindo-se da realidade encontrada em muitos Municípios catarinenses, percebe-se, no mais das vezes, um histórico marcado pela inadequada ocupação territorial urbana, com a desmedida instalação de comunidades em áreas de risco, de preservação permanente e, por vezes, sem qualquer equipamento público de infraestrutura.

Além da natural necessidade de atender a outras demandas mais urgentes que o direito ambiental, a resposta para essa deliberada omissão do Executivo municipal no trato da política urbana pode ser em razão dos altos custos esperados/imaginados para a sua implantação e do tempo levado para que os primeiros resultados sejam alcançados.

A par desse cenário retratado, forçoso convir que analisar e conhecer o ordenamento territorial deve se constituir a primeira tarefa a ser desempenhada por um gestor diante de uma problemática nessa área. Afinal, não se pode querer encontrar uma solução sem antes compreender todas as particularidades que envolvem o tema.

É nesse contexto, então, que se insere o Diagnóstico Socioambiental, objetivando diagnosticar – como o próprio nome já indica – questões relacionadas ao planejamento urbano e à preservação do meio ambiente. Sem ele, certamente encontraremos um Poder Público deficiente, ao lado



de programas de regularização fundiária em total descompasso com o patrimônio ambiental.

Conforme conceitua a doutrina, o Diagnóstico Socioambiental é:

[...] instrumento que permite conhecer o patrimônio ambiental de uma comunidade (atributos materiais e imateriais). É um instrumento de informações, de caráter quantitativo e qualitativo específico para uma dada realidade (não devem ser generalizados) que revela sua especificidade histórica e que reflete a relação da sociedade com o meio ambiente. Devem ser construídos de uma maneira sistêmica, ou seja, considerando as interações entre os elementos (sociais, econômicos, ambientais, culturais, espirituais) da realidade. Este mapeamento permite avaliar sua qualidade ambiental e sua qualidade de vida, e o estabelecimento de indicadores de sustentabilidade. O conhecimento da realidade além de ensejar a afirmação da identidade local (conhecimento do patrimônio MANUAL DE ORIENTAÇÃO - ELABORAÇÃO DE DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL) é fundamental no processo de construção da cidadania ambiental, uma vez que seus elementos são fundamentais para a tomada de decisão por atores públicos e privados na elaboração de alternativas de transformação no sentido de harmonizar a relação entre as pessoas e destas com a biosfera (MARTINS, 2004, p. 56).

Assim, deve-se, antes de tudo, conhecer e delimitar cada uma das áreas que constituem um determinado espaço territorial determinado. É que somente dessa maneira o Município poderá identificar as áreas de ocupação irregulares e promover as adequações necessárias, seja paralisando as atividades, coibindo novas ocupações, ou, principalmente, regularizando-as sob os ditames da lei.

Portanto, o Diagnóstico Socioambiental exercerá o papel de subsidiar gestores públicos e também a sociedade com informações técnicas e precisas para o desenvolvimento sustentável de uma região ou cidade, ao realizar o mapeamento das áreas urbanas consolidadas, das áreas de relevante interesse ecológico e das áreas de risco da cidade; identificar o grau de oferta dos equipamentos públicos básicos do Município; fornecer informações relevantes à elaboração/revisão do plano diretor da cidade; e fornecer dados essenciais para implantação de projetos de regularização fundiária, de parcelamento do solo urbano ou de edificações/empreendimentos em geral.

Em linhas gerais, ele revelará o patrimônio ambiental de uma dada região, quantitativa e qualitativamente.

### 3 PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público desempenha papel relevantíssimo na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da ordem urbanística. É que justamente, em razão da natureza coletiva que é própria desses direitos, cabe ao órgão ministerial, como órgão protetor dos direitos difusos e individuais homogêneos, bem protegê-los para as presentes e futuras gerações.

Com efeito, para bem exercer essa função, um dos principais instrumentos garantidos aos órgãos de execução do Ministério Público se materializa na legitimidade para instauração de inquéritos civis e propositura de ações civis públicas para proteção dos direitos constitucionais (artigo 129, inciso II, da CRFB/88<sup>4</sup>).

Assim, considerando que o presente trabalho se propõe a contextualizar o Diagnóstico Socioambiental pela realidade catarinense, importa, então, trazer alguns dados importantes do Estado de Santa Catarina.

Nesse sentido, salienta-se que, dentro do MPSC, a dedicação da sustentabilidade das cidades foi inclusive uma das metas estabelecidas no Plano Geral de Atuação do ano de 2014.

Segundo essa carta de intenções, o referido órgão catarinense teria como objetivo, no âmbito da ordem urbanística: “a regularização de áreas degradadas; a proteção de áreas especialmente protegidas; a fiscalização do uso e ocupação do solo urbano; acompanhamento da elaboração e respectivas alterações legislativas” (SANTA CATARINA, 2014d, p. 53).

Assim, já no primeiro semestre de 2014, o Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do MPSC (CME)<sup>5</sup> divulgou o resultado da atualização dos “Enunciados de Delimitação de APP’s em Áreas Urbanas Consolidadas”, elaborados por ocasião de um seminário institucional ocorrido ainda no ano de 2007.

Nesse sentido, após fazer uma breve exposição de motivos, o CME sintetizou, em um único documento, os 10 (dez) enunciados criados

4 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

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

5 O CME compõe a estrutura dos órgãos auxiliares do MPSC e tem por objetivo prestar suporte técnico e jurídico aos demais órgãos da instituição na defesa do meio ambiente (SANTA CATARINA, 2014c, p. 4).

no evento. Com efeito, especificamente sobre a delimitação das áreas urbanas consolidadas, de interesse ecológico e de risco, o Enunciado n. 03 concluiu que (SANTA CATARINA, 2014b):

O Ministério Público poderá exigir do Poder Público Municipal, por intermédio de Recomendação, Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou Ação Civil Pública, a realização de diagnóstico socioambiental, tendo por base os elementos estabelecidos no art.65, §1o, da Lei n.12.651/2012, visando a delimitação de áreas urbanas consolidadas, das áreas de interesse ecológico relevante e áreas de risco, possibilitando o fornecimento de subsídios técnicos para a tomada de decisão administrativa ou judicial acerca das medidas alternativas a serem adotadas, conforme o caso concreto (demolição da construção, recomposição da área, correta ocupação, nas hipóteses de interesse social, utilidade pública ou direito adquirido, e regularização da construção, na hipótese de ausência de situação de risco ou interesse ecológico relevante, mediante a adoção de medidas compensatórias).

Na hipótese de áreas urbanas consolidadas, e não sendo o caso de áreas de interesse ecológico relevante e situação de risco, será admitida a flexibilização das disposições constantes no art. 4º da Lei n.12.651/2012, desde que observado o limite mínimo previsto no disposto no inc. III do art. 4º da Lei n.6.766/79 (quinze metros) para as edificações futuras; e o limite previsto no art. 65, §2º, da Lei n.12.651/2012 (quinze metros) para a regularização de edificações já existentes.

Acompanhe a questão do plano diretor por exemplo. O artigo 42, inciso I, da Lei n. 10.257/2001 é claro ao dispor que o estudo deverá conter, obrigatoriamente, “a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização” (BRASIL, 2001).

Na sequência, para as regiões incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas de risco, exige o artigo 42-A, II, da Lei n. 10.257/2001 que o plano diretor faça o “mapeamento das áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos” (BRASIL, 2001).

Outra questão que muito depende de um estudo técnico se refere à área urbana consolidada. Expressão prevista em legislações importantes, como o Código Florestal (Lei n. 12.651/12) e a Lei Minha Casa

Minha Vida (Lei n 11.977/09), a área urbana consolidada presume que um espaço territorial tenha sido previamente objeto de conhecimento, identificação e delimitação.

A Lei Federal n. 11.977/09, ao instituir o Programa Minha Casa Minha Vida, em seu art. 54, § 1<sup>o</sup>, admite a regularização fundiária de interesse social em áreas de preservação permanente, até 31 de dezembro de 2007, ocupadas por população predominantemente de baixa renda e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que essa intervenção implica melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular preexistente (BRASIL, 2009).

Nesse caso, tratando-se de requerimento de regularização fundiária sobre uma localidade inserida em área de preservação permanente, o aludido estudo técnico deverá atender às exigências mais detalhadas do Código Florestal Brasileiro. O artigo 64 trata da regularização fundiária de interesse social, e o artigo 65, da regularização de interesse específico (BRASIL, 2012).

Art. 64, § 1<sup>o</sup> O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas.

§ 2<sup>o</sup> O estudo técnico mencionado no § 1o deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II - especificação dos sistemas de saneamento básico;

III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações;

IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos mo-

6 Art. 54. O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.

§ 1<sup>o</sup> O Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

radores propiciada pela regularização proposta; e

VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água.

Art. 65, § 1o O processo de regularização ambiental, para fins de prévia autorização pelo órgão ambiental competente, deverá ser instruído com os seguintes elementos:

I - a caracterização físico-ambiental, social, cultural e econômica da área;

II - a identificação dos recursos ambientais, dos passivos e fragilidades ambientais e das restrições e potencialidades da área;

III - a especificação e a avaliação dos sistemas de infraestrutura urbana e de saneamento básico implantados, outros serviços e equipamentos públicos;

IV - a identificação das unidades de conservação e das áreas de proteção de mananciais na área de influência direta da ocupação, sejam elas águas superficiais ou subterrâneas;

V - a especificação da ocupação consolidada existente na área;

VI - a identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco geotécnico;

VII - a indicação das faixas ou áreas em que devem ser resguardadas as características típicas da Área de Preservação Permanente com a devida proposta de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

VIII - a avaliação dos riscos ambientais;

IX - a comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores a partir da regularização; e

X - a demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber.

Registre-se, finalmente, que, ao longo da elaboração do presente trabalho, foi publicada, no dia 22 de dezembro de 2016, a Medida Provisória n. 759, a qual substituiu procedimentos e também alguns importantes conceitos previstos pela Lei n. 11.977/09. A recente normativa trouxe um novo modelo de regularização urbana e rural em todo o território nacional.

De fato, a recente normativa possui natureza de medida provisória e, como tal, é publicada pelo Chefe do Poder Executivo em situações de urgência e relevância, podendo perder sua eficácia jurídica, caso não seja convertida em lei pelo Congresso Nacional dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período, conforme assim determina o artigo 62 da CFRB/88 (BRASIL, 1988).

Aliás, justamente por não haver uma garantia da sua ulterior conversão em lei, optou-se por manter neste artigo as regras previstas pela Lei n. 11.977/09.

Contudo, a despeito dessa didática adotada, cumpre ressaltar algumas particularidades da Medida Provisória n. 759, no que diz respeito ao Diagnóstico Socioambiental.

Além de estabelecer uma nova concepção à área urbana consolidada, conceituando-a como “núcleo urbano” (artigo 9<sup>o</sup>) e “núcleo urbano consolidado” (artigo 21<sup>8</sup>), a Medida Provisória n. 759 positivou, de forma bem clara, a imprescindibilidade de realização de estudo técnico.

A respeito do assunto, oportuno colacionar os apontamentos divulgados no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

Desse modo, infere-se que, em todo processo de regularização fundiária, será imprescindível a apresentação de projeto, que contemple, no mínimo, os elementos listados

7 Art. 9<sup>o</sup> Para fins desta Medida Provisória, consideram-se:

I - núcleos urbanos - os adensamentos com usos e características urbanas, ainda que situados:

a) em áreas qualificadas como rurais; ou  
b) em imóveis destinados predominantemente à moradia de seus ocupantes, sejam eles privados, públicos ou em copropriedade ou comunhão com ente público ou privado;

8 Art. 21. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade, conferido por ato discricionário do Poder Público àquele que detiver área pública ou possuir área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado. § 1<sup>o</sup> Na legitimação fundiária, o beneficiário adquire a unidade imobiliária com destinação urbana devidamente regularizada livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando esses disserem respeito ao próprio legitimado.

§ 2<sup>o</sup> Na hipótese a que se refere o § 1<sup>o</sup>, os ônus, os direitos reais, os gravames ou as inscrições eventualmente existentes em sua matrícula de origem permanecerão gravando o seu titular original.

§ 3<sup>o</sup> São núcleos urbanos informais consolidados:

I - aqueles existentes na data de publicação desta Medida Provisória; e

II - aqueles de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelos Municípios ou pelo Distrito Federal.

§ 4<sup>o</sup> Na Reurb-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições:

I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural;

II - o beneficiário não tenha sido beneficiado por mais de uma legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e

III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido o interesse social de sua ocupação pelo Poder Público.

no art. 33, §5º, da MP 759/16, o que aqui se identifica como estudo prévio. Por outro vértice, acaso se identifique que a regularização fundiária incide, total ou parcialmente, sobre área de provável risco, mostra-se imperativa a realização do estudo técnico a que alude o art. 12, §1º, da norma em comento, com o propósito de examinar a possibilidade de eliminação, correção ou administração da circunstância ensejadora de perigo, e, na hipótese de importar intervenção em área de preservação permanente, afigurar-se-á de rigor que se empreenda estudo que comprove a existência de melhoria ambientais, comparativamente com a situação anterior à regularização, aplicando-se o disposto nos art. 64 e 65 do Código Florestal, consoante dicção do art. 9º, §3º, da MP 759/16. Aludidos estudos técnicos, previstos nos art. 9º, §3º, e 12, §1º, da MP 759/16, representam o que, na dicção dos enunciados deste MPSC, constitui diagnóstico socioambiental (SANTA CATARINA, 2016, p. 8).

Pois bem. Se é certo que o Diagnóstico Socioambiental constitui obrigação dos Municípios e que, em caso de omissão, pode e deve ser exigido pelo Ministério Público, torna importante, então, debruçar-se sobre alguns dados estatísticos acerca da confecção e elaboração do referido estudo no Estado de Santa Catarina.

Com efeito, ao divulgar o Relatório de Gestão Institucional do ano de 2015, a Administração Superior do MPSC disse expressamente que muitos Municípios catarinenses já estavam elaborando seus Diagnósticos Socioambientais (SANTA CATARINA, 2015, p. 65).

E, de fato, conforme dados fornecidos pelo CME<sup>9</sup>, atualmente, 9 Municípios de Santa Catarina já concluíram o Diagnóstico Socioambiental. São eles: Belmonte, Blumenau, Chapecó (área central), Coronel Freitas Guaraciaba, Jaraguá do Sul, Joinville Saltinho e Tunápolis.

Já os Municípios em fase de implantação do estudo chegam ao número de 38 (trinta e oito). Outros 32 (trinta e dois) concordam com os termos da Recomendação<sup>10</sup> pelas mais diversas Promotorias de Justiça espalhadas pelo Estado e, ainda, outros 7 (sete) Municípios firmaram acordo formal pelo Termo de Ajustamento de Condutas<sup>11</sup>.

9 Dados fornecidos por e-mail.

10 Sobre a Recomendação, na definição do artigo 90, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 197/2000: Quando encerrado o inquérito civil, o órgão de execução do Ministério Público poderá fazer recomendações aos órgãos ou entidades referidas no inciso VII do art. 82 desta Lei Complementar, ainda que para maior celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos, requisitando do destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito

11 Já sobre o Termo de Ajustamento de Condutas, determina o artigo 89 da Lei Complementar Estadual n. 197/2000: O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis ou nos procedimentos administrativos preparatórios que tenha instaurado, e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar,

No que diz respeito ao número de decisões judiciais obrigando a Administração Municipal a confeccionar seus respectivos Diagnósticos, existem 10 (dez) Ações Civil Públicas tramitando por todo Estado, e nas cidades de Balneário de Piçarras e Penha, por exemplo, já foram deferidos os pedidos em sede de tutela antecipada (Autos 0905007-78.2015.8.24.0033 e 0905006-93.2015.8.24.0033). Por outro lado, no Município de Criciúma, já existe decisão final definitiva proferida em favor do Ministério Público (Autos n. 0900304-46.2015 8.24.0020).

É evidente que os números anteriormente apontados ainda são muito baixos, mas a expectativa é que eles cresçam nos próximos anos. Claro que elaborar um Diagnóstico Socioambiental para uma cidade inteira demanda custos e tempo.

Entretanto, se bem forem compreendidas as nuances que perpassam a elaboração do referido projeto, como o modo, as finalidades e os meios para a sua execução, a depender do caso concreto, implementá-lo pode não ser uma tarefa tão difícil, mesmo nos Municípios pequenos ou com orçamentos limitados.

Nesse particular, torna-se importante destacar que a curiosidade sobre o tema surgiu durante uma experiência profissional na 1ª Promotoria de Justiça de Curitiba. O Município resistia para realizar o diagnóstico socioambiental alegando carência de recursos financeiros, porém promovia programas municipais de regularização fundiária/registral desacompanhados de estudos essenciais sobre o ordenamento territorial da cidade.

Hoje, tramita Ação Civil Pública objetivando obrigar o Município a implementar o Diagnóstico Socioambiental (Autos n. 0900098-89.2016.8.24.0022). Após um acordo judicial, o Poder Público recebeu um prazo de 180 (cento e oitenta dias) para confeccionar os primeiros mapas (de área de risco, equipamentos públicos, área urbana, área de risco).

Dito isso, após delinear as premissas essenciais do Diagnóstico Socioambiental, como conceitos, propósitos e previsões legislativas, enfrentando, na sequência, o tema dentro do âmbito institucional do MPSC, passa-se, então, a materializar as etapas para sua elaboração.

---

mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou das obrigações necessárias à integral reparação do dano, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.



## 4 DESVENDANDO AS ETAPAS DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL

Desde logo, importante destacar que não existe uma maneira única para elaborar um Diagnóstico Socioambiental, podendo variar de acordo com objetivos que se estiver buscando alcançar.

Nesse sentido, o termo diagnóstico constitui um gênero de algum estudo ou projeto com projeções específicas. Por exemplo, apenas no âmbito da regularização fundiária, é possível citar 4 (quatro) diferentes Diagnósticos Socioambientais: da regularização fundiária de *per si* (artigo 51 da Lei n. 11.977/09), da regularização fundiária em área de preservação permanente (artigo 65, § 1º, da Lei n. 12.651/12) e da regularização fundiária de interesse social em área de preservação permanente (artigo 64 da Lei n. 11.977/09 e artigo 54 da Lei n. 11.977/09).

Entretanto, a despeito das particularidades existentes em cada um, em todos os casos – seguindo-se a realidade ambiental catarinense –, o Diagnóstico Socioambiental deverá conter a delimitação das áreas urbanas consolidadas, das áreas de relevante interesse ecológico e das áreas de risco.

Na sequência, a depender do modelo de diagnóstico escolhido, o estudo ainda poderá ser constituído das áreas passíveis de regularização fundiária de interesse social (ocupadas até 31/12/2007), das áreas passíveis de regularização fundiária de interesse específico (sem marco temporal) e, finalmente, das áreas de regularização fundiária em área de preservação permanente (documento mais complexo).

Segundo o Parecer n. 34/2014/GAM/CIP, elaborado pelo Centro Operacional de Análises Técnicas do MPSC (CAT)<sup>12</sup>, a Equipe Multidisciplinar necessária para confecção do Diagnóstico é composta por, no mínimo, 3 (três) profissionais das seguintes áreas: Biologia, Engenharia Ambiental, Engenharia Civil, Arquitetura, Geografia, Geologia ou Direito (SANTA CATARINA, 2014a).

Nesse particular, necessário pontuar que não se exige necessariamente a contratação de uma empresa especializada para a confecção do Diagnóstico Socioambiental.

<sup>12</sup> O CAT, antigo CIP, compõe a estrutura dos órgãos auxiliares do MPSC e tem por objetivo prestar suporte técnico aos demais órgãos da instituição, elaborando estudos, laudos e documentos técnicos de caráter multidisciplinar e garantindo-lhes o acesso a bancos de dados públicos e privados disponíveis ao Ministério Público. (SANTA CATARINA, 2014c, p. 4).

Assim, ao contrário do que se pode imaginar, o Diagnóstico Socioambiental não carece de grandes orçamentos, dependendo muito mais de dedicação e de tempo dos integrantes da equipe do que de orçamento em caixa, propriamente.

Com efeito, perfeitamente possível que o Poder Público faça uso dos seus próprios funcionários públicos para compor a referida equipe. Ainda, na forma do artigo 37, § 8º, da CRFB e nas Leis n. 11.107/05 e 13.019/14, poderá formar parcerias com organizações da sociedade civil – aqui, destacam-se as universidades – ou, até mesmo, estabelecer consórcios com outros Municípios, objetivando a divisão de custos e compartilhamento do conhecimento.

Sobre cada um dos documentos que compõem formalmente o estudo, o Diagnóstico Socioambiental deverá conter: a) capa; b) introdução dos elementos e programas utilizados para sua confecção; c) histórico de ocupação e crescimento do município/região; d) apontamentos de cada mapeamento realizado; e) métodos utilizados para o levantamento de dados; f) mapas essenciais; e g) mapas complementares (SANTA CATARINA, 2014a).

Quanto aos mapas complementares, ao menos um deles deverá identificar a densidade demográfica de cada bairro ou região do Município, obtendo, ao final, um número específico para a área urbana e outro para a área rural.

Para tanto, poderão ser confrontados dados censitários do Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa (IBGE) com outros eventualmente existentes no próprio Município ou Estado.

Já os mapas complementares dedicar-se-ão a analisar os equipamentos de infraestrutura urbana instalados, identificando o grau de oferta de cada um deles, a partir de um índice de avaliação que varie de 0 a 5, em que 0 indica que o local não é servido de tais equipamentos de infraestrutura e 5 indica que o local é total e plenamente abastecido pelos equipamentos.

Nesse particular, importante salientar que, ao passo que a Lei da Minha Casa Minha Vida, com a redação da Lei n. 11.977/09, contempla conceito estrito de área urbana consolidada, com rol exaustivo de equipamentos públicos (artigo 42, II), a Medida Provisória n. 759 faz referência ao termo “núcleo urbano consolidado” e atribui poder ao

próprio município avaliar a consolidação da área, enumerando critérios exemplificativos de análise (SANTA CATARINA, 2016).

A respeito dos dados e das informações a serem obtidos durante a elaboração do Diagnóstico Socioambiental, a busca por eles também não é tão complexa quanto parece.

Isso porque o estudo baseia-se, essencialmente, no confronto de informações. Na grande maioria dos casos, o simples acesso aos bancos de dados já formados pelos mais diversos órgãos públicos de todo o País já se revelará suficiente para elaboração dos mapas e identificação de cada uma das áreas.

Em verdade, a visita *in loco* ocorrerá em situações bem específicas, quando a confiabilidade dos dados, por algum motivo, possa estar prejudicada, seja porque as informações coletadas são antigas, seja porque o ambiente sob análise tenha se alterado significativamente.

Sobre o acesso aos bancos de informações, igualmente não há maiores dificuldades. Já existem, inclusive, sistemas disponíveis ao público em sítios da *Internet*, gratuitamente.

Veja, por exemplo, o Sistema de Informação Geográfica (SIG), que combina as tecnologias de sensoriamento remoto, *Global Positioning System* (GPS), e geoprocessamento. Há várias versões diferentes no mercado, porém o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) disponibiliza uma, gratuitamente, em seu *site*, denominada SPRING, a qual vem acompanhada até mesmo de um tutorial aos iniciantes (INPE, 2017).

Já o Governo Federal fornece acesso ao Cadastro de Levantamento Aeroespacial do Território Nacional (CLATEN). Trata-se de um banco de dados mantido pelo Ministério da Defesa, a partir dos serviços de mais de 70 (setenta) entidades nacionais, públicas e privadas, que executam projetos por todo o País e fornecem as informações necessárias para alimentação do cadastro (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2017).

A propósito, especificamente aos Diagnósticos Socioambientais a serem realizados nos Municípios catarinenses, importante salientar que, no ano de 2013, o Governo de Santa Catarina realizou um levantamento aerofotográfico completo e enviou a cada uma das Prefeituras do Estado um acervo digital com as imagens obtidas.

Além desses sistemas, mediante requerimentos e ofícios, será possível obter informações relevantes com o IBGE, a Defesa Civil e as Secretarias de Planejamento e Gestão. Ainda, para a identificação das áreas de preservação permanente (APP), é recomendável que se observem as diretrizes existentes no plano diretor do Município.

Por fim, o Diagnóstico Socioambiental, inclusive quando realizado por empresa credenciada, deverá ser assinado e aprovado por técnico habilitado pertencente ao órgão ambiental capacitado integrante do Sistema Municipal do Meio Ambiente (SISMUMA).

## 6 CONCLUSÃO

O Diagnóstico Socioambiental é um instrumento próprio da política urbana brasileira, que permite ao gestor público – e todo aquele que dele também se interessar – conhecer o patrimônio ambiental de uma dada cidade ou região.

Trata-se de um estudo repleto de informações técnicas relacionadas ao planejamento urbano, já que se propõe a realizar o mapeamento das áreas de risco e de relevante interesse ecológico, nelas identificando o grau de oferta dos equipamentos públicos básicos oferecidos pela Administração Municipal.

O Diagnóstico Socioambiental parte da premissa de que conhecer a realidade ambiental que nos cerca deve se constituir na primeira etapa a ser adotada dentro da problemática da política urbana no País. Portanto, é preciso primeiramente conhecer o histórico ambiental de um local para, então, tornar-se possível definir os projetos, as metas e regras nesse campo, como na elaboração e revisão do plano diretor das cidades, na implantação de projetos de regularização fundiária, no parcelamento do solo urbano ou de edificações/empreendimentos em geral.

Considerando que o trabalho se propôs a contextualizar o Diagnóstico Socioambiental pela realidade do Estado de Santa Catarina, foram trazidos alguns dados importantes sobre o andamento dos estudos que já vêm sendo realizados pelos Municípios catarinenses. Indicaram-se, ainda, as metas e os programas que vêm se destacando nos últimos anos no âmbito do MPSC.

Antes que se imagine que a elaboração do referido estudo demande grandes orçamentos públicos ou contratação de uma empresa altamente especializada na área, o último capítulo deste trabalho demonstrou alternativas possíveis de serem utilizadas pelos municípios durante a elaboração do Diagnóstico Socioambiental. A título de exemplo, cita-se a possibilidade de a Administração Municipal usar os seus próprios servidores para compor a equipe interdisciplinar, estabelecer parcerias com entidades da sociedade civil e firmar consórcios com outros Municípios, a fim de compartilhar os custos para sua elaboração.

A respeito dos dados e das informações a serem obtidos durante a elaboração do Diagnóstico Socioambiental, como o estudo baseia-se, essencialmente, no confronto de informações, na grande maioria dos casos, o simples acesso aos bancos de dados já formados pelos mais diversos órgãos públicos de todo o País – como INPE, SIG, CLATEN, GPS –, já se pode revelar suficiente o mapeamento de cada uma das áreas de interesse.

Assim, ao tempo em que o presente artigo se propôs a compreender o que é o Diagnóstico Socioambiental e a enumerar as alternativas para elaborá-lo, este trabalho também teve por finalidade harmonizá-lo com o papel desempenhado pelo Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. O meio ambiente e a Constituição Federal de 1988. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**: Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 19, n. 1, p. 37-80, jan/jun 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](#)>. Acesso em: 8 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. **Código Florestal**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, altera dispositivos, revoga comandos normativos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](#)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. CRFB, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](#)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Disci-

plina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos direitos coletivos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. **Estatuto das Cidades**. Regula os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece 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: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. **Lei Minha Casa Minha Vida**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização de assentamentos localizados em áreas urbanas, altera dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 759, de 22 de dezembro de 2017. **Medida Provisória n. 759**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, além de dar outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)>. Acesso em: 24 jan. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. Manuais: **tutoriais de geoprocessamento**. Disponível em: <[http://www.dpi.inpe.br/spring/portugues/tutorial/introducao\\_geo.html](http://www.dpi.inpe.br/spring/portugues/tutorial/introducao_geo.html)>. Acesso em: 19 jan. 2017.

MARTINS, S. R. **Critérios básicos para o Diagnóstico Socioambiental**. Texto base para os Núcleos de Educação Ambiental da Agenda 21 de Pelotas: “Formação de coordenadores e multiplicadores socioambientais” (2004).

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Geoinformação e levantamento**. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/cartografia-e-aerolevanteamento-claten>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SANTA CATARINA. Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000. **Lei Orgânica do Ministério Público**. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e adota outras providências. Disponível em: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=348>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional de Análises Técnicas. **Parecer Técnico n. 34/2014/GAM/CIP**. Florianópolis: MPSC, 2014a.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. **Enunciados de Delimitação de APPs em Áreas Urbanas Consolidadas**. Florianópolis: MPSC, 2014b. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Minis->

terio\_Publico\_Santa\_Catarina/enunciados-app-2014>. Acesso em 8 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. Paulo Antonio Locatelli (Coord.). **Guia de atuação de ordenamento territorial e meio ambiente**. Florianópolis: MPSC, 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. Pesquisa n. 46, de 10 de maio de 2016. Florianópolis: MPSC, 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. **Regularização Fundiária Urbana: Breves Apontamentos sobre a MP 759/2016**. Florianópolis: MPSC, 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Coordenação-Geral dos Centros de Apoio. **Carta de Serviços: Centros de Apoio Operacional**. Florianópolis: MPSC, 2014c. Disponível em: <[http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/Conteudo/caos/carta\\_servicos\\_caos.pdf](http://intranet.mp.sc.gov.br/intranet/Conteudo/caos/carta_servicos_caos.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Plano Geral de Atuação (PGA) 2014**. Florianópolis: MPSC, 2014d. Disponível em: <[http://pt.slideshare.net/Ministerio\\_Publico\\_Santa\\_Catarina/18-plano-geral-de-atuao-2014](http://pt.slideshare.net/Ministerio_Publico_Santa_Catarina/18-plano-geral-de-atuao-2014)>. Acesso em: 8 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. **Relatório de Gestão Institucional (RGI) 2015**. Florianópolis: MPSC, 2015. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/home/relatorio-de-gestao-institucional>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0905007-78.2015.8.24.0033, 2ª Vara da Comarca de Balneário de Piçarras. Juíza: Regina Aparecida Soares Ferreira. Balneário de Piçarras, SC, 1º de março de 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0051J3C0000&processo.foro=48&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_56408137bda54d57b176190a3389e859](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0051J3C0000&processo.foro=48&uuiidCaptcha=sajcaptcha_56408137bda54d57b176190a3389e859)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0905006-93.2015.8.24.0033, 2ª Vara da Comarca de Balneário de Piçarras. Juíza: Regina Aparecida Soares Ferreira. Penha, SC, 1º de março de 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0051J3B0000&processo.foro=48&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_56408137bda54d57b176190a3389e859](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0051J3B0000&processo.foro=48&uuiidCaptcha=sajcaptcha_56408137bda54d57b176190a3389e859)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0900304-46.2015.8.24.0020, 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Criciúma. Juíza: Eliza Maria Strapazzon. Criciúma, SC, 1º de abril de 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0K0050UC50000&processo.foro=20&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_56408137bda54d57b176190a3389e859](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0K0050UC50000&processo.foro=20&uuiidCaptcha=sajcaptcha_56408137bda54d57b176190a3389e859)>. Acesso em: 27

jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0900098-89.2016.8.24.0022, 2ª Vara Cível da Comarca de Curitibaanos. Juíza: Karina Malinska Peiter. Curitibaanos, SC, 4 de agosto de 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0M0050MW40000&processo.foro=22&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_40380abb24ba4d918fdf05823161ddaa](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0M0050MW40000&processo.foro=22&uuidCaptcha=sajcaptcha_40380abb24ba4d918fdf05823161ddaa)>. Acesso em: 27 jan. 2017.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APP	Área de Preservação Permanente
CAT	Centro Operacional de Análises Técnicas
CLATEN	Cadastro de Levantamento Aeroespacial do Território Nacional
CME	Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
GPS	<i>Global Positioning System</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
MP	Medida Provisória
MPSC	Ministério Público do Estado de Santa Catarina
SIG	Sistema de Informação Geográfica
SISMUMA	Sistema Municipal do Meio Ambiente
STJ	Superior Tribunal de Justiça





# O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA PREVENÇÃO E NA REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS

**Rafaela Vieira Bergmann**

*Promotora de Justiça*

*Especialista*

## RESUMO

O presente estudo tem o fito de analisar a importância do compromisso de ajustamento de conduta, previsto na Lei da Ação Civil Pública, quando da sua celebração pelo Ministério Público com os degradadores do meio ambiente, por ser um instrumento extrajudicial célere e eficaz na prevenção e na reparação dos danos ambientais. Para tanto, dar-se-á enfoque à atuação do Ministério Público, como protagonista na proteção dos direitos ambientais, inclusive com apresentação de dados ilustrativos que nos fazem crer que numa sociedade em que se deseja a célere imputação do ônus de reparar o dano ao degradador, o compromisso de ajustamento mostra-se como instrumento bastante ágil em comparação às ações judiciais.

**Palavras-Chave:** Danos ambientais. Prevenção. Reparação. Compromisso de ajustamento de conduta. Ministério Público.

Atuação	Florianópolis	v. 11	n. 25	p. 105 - 120	jul./dez. 2014
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando as dificuldades que possam surgir na recuperação do meio ambiente degradado, a reparação voluntária dos danos causados apresenta-se como modalidade de mais alta relevância, visto que a facilita ou a torna mais viável, rápida e efetiva.

Uma vez que o causador do dano dispõe-se a recuperá-lo, há que se adotar medidas necessárias e cabíveis para que tal ocorra, pois a necessidade de se valer de medidas administrativas ou judiciais para a recuperação de um dano ambiental, considerando os procedimentos que devem ser adotados, via de regra, implicam a demanda de certo tempo. Como consequência, quando se chegar à solução final, será tarde. Nada mais poderá ser recuperado ou, se ainda for possível, implicará grandes custos.

E, dentre as formas de recuperação do meio ambiente destacam-se as obtidas por meio de termo de ajustamento de conduta (TAC), à medida que é possível a satisfação da tutela do direito sem a necessidade de ingresso em Juízo, obtendo uma rápida condução ou recondução ao *status quo ante*.

Assim, dar-se-á enfoque ao estudo do compromisso de ajustamento de conduta ambiental firmado na esfera extrajudicial, com destaque para o papel do Ministério Público, como principal legitimado na defesa dos direitos ambientais, buscando-se demonstrar a efetividade desse instrumento na prevenção e/ou recuperação dos danos ambientais.

## 2 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PROTAGONISTA NA TUTELA DOS DIREITOS AMBIENTAIS

Historicamente, a atuação do Ministério Público na proteção do meio ambiente, antes da década de 80, sempre ocorreu de forma indireta e fragmentada, ou seja, com um enfoque restrito aos componentes ambientais e não à sua totalidade. No entanto, a partir da década de 80, o Ministério Público brasileiro começa a intervir de maneira direta na proteção ambiental, legitimado pelo artigo 14, § 1<sup>o</sup>, da Lei n. 6.938/81,

1 Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1<sup>o</sup> - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio

que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, “para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Com a edição da referida Lei n. 6.938/81, conferiu-se ao Ministério Público a base legal que lhe faltava para a defesa do meio ambiente, em especial, na esfera cível. E, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública reforçou a atuação ministerial ao prever no art. 8º, § 1º, o inquérito civil como instrumento exclusivo da instituição.

A Constituição Federal/88, por seu turno, em seu artigo 127, *caput*, conceitua o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir desse conceito, percebe-se a importância e o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público.

Nas palavras de Mazzilli (2013, p. 88):

Sem dúvida, a Constituição de 1988 fortaleceu a iniciativa do Ministério Público, tanto na área criminal como na civil. Na primeira, porque lhe conferiu privatividade na promoção da ação penal pública. Na esfera cível, porém, é aspecto meramente circunstancial que ele ou um colegitimado proponha a ação civil pública ou coletiva. Se não as propôs, o Ministério Público nelas deve intervir com os mesmos ônus e poderes como se as tivesse proposto. Se um colegitimado se lhe antecipa na propositura da ação, o órgão ministerial, conquanto interveniente, poderá aditar a inicial, produzir provas, recorrer e exercer os demais ônus e faculdades processuais, como quando a propõe. Quando *intervenha* por imposição legal, em sua atuação haverá de empregar zelo em nada inferior ao que dispense nas ações que propõe. E às vezes até mesmo mais empenho, pois, recebendo a ação sem ter-se aparelhado para propositura, dele se exigirá desdobramento maior, para pôr-se a par das questões de fato subjacentes que nem sempre são trazidas aos autos pelas partes.

O Ministério Público, por conta da Constituição Federal de 1988, adquiriu posicionamento destacado dos poderes da Federação. Posta-se a instituição em seção própria, não sendo órgão de execução

---

ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

2 Lei n. 7.347/1985, artigo 8º, parágrafo 1º: O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

do Poder Judiciário, tampouco auxiliar da justiça. É órgão externo ao Poder Executivo ou ao Legislativo, desvinculado, funcional e hierarquicamente, do aparelho coercitivo e fiscalizador da Administração Pública, das Casas Legislativas e do Judiciário. Mas isso não significa estar desincumbido da fiscalização, defesa e da tutela administrativa e judicial dos valores e bens jurídicos indisponíveis, individuais e sociais (COSTA, 2004, p. 78).

Em sua atuação, o Ministério Público pode instaurar procedimentos preparatórios e inquéritos civis, entre outros procedimentos – de natureza administrativa –, que podem se esgotar sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário, como exemplo, quando celebra o termo de ajuste de conduta, objeto do presente artigo.

Nesse viés, faz-se mister destacar a crescente execução de atividades extrajudiciais por meio de instrumentos de natureza administrativa utilizados pelo Ministério Público.

Para Capelli (2016), são inúmeras as razões que legitimam a opção pela solução extrajudicial, “ainda que silenciosamente compartilhada pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República de todo [sic] Brasil”. Dentre elas destaca a autora a morosidade do julgamento das ações judiciais e o alto custo de acesso à Justiça, além do maior reflexo social da atuação extrajudicial do MP, como ocorre nas atividades das promotorias temáticas e volantes ou na realização de audiências públicas.

Assim, a citada Procuradora de Justiça gaúcha considera o compromisso de ajustamento um instrumento, por excelência, na busca da solução de conflito, tendo em vista que “a qualidade de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento, expressamente prevista em lei e confirmada na jurisprudência, confere inegável vantagem à utilização do segundo (TAC), comparativamente à primeira (ACP)” (2016).

O TAC, como solução extrajudicial, além de mais célere e, portanto, mais eficaz, põe a lume a importância político-institucional do Ministério Público e propicia, diretamente, o deslinde do problema.

### 3 O ALCANCE DA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL NO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Para a efetiva reparação e/ou inibição do dano ambiental, é necessária a observância dos princípios da prevenção e da precaução, “tendentes a transformar a gestão de riscos ambientais no processo produtivo da fonte poluidora, para que os danos ambientais não ocorram ou não se repitam” (STEIGLEDER, 2004, p. 264).

Daí por que o compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante veículo para se evitar a prática de atos ilícitos ou a continuidade de sua ocorrência (RODRIGUES, 2011, p. 193).

Com efeito, desde que se afigure possível a ocorrência do ilícito, com ou sem a probabilidade de um dano imediato, devem os legitimados em celebrar o ajuste tentar realizá-lo, buscando-se, assim, a solução extrajudicial da celeuma.

Destarte, quando se verificar a ocorrência de um dano a direito transindividual, além da previsão da reparação deste, se possível, de forma integral, deve o ajuste cumprir fielmente sua função preventiva estipulando obrigações que, se cumpridas, mitiguem a possibilidade de novos ilícitos e suas consequências (RODRIGUES, 2011, p. 193).

Uma vez constatado o risco de dano ou a ocorrência deste, o tomador do TAC não pode deixar de requerer todas as medidas tendentes ao efetivo e integral resguardo do meio ambiente, até mesmo porque o objetivo do termo de ajustamento de conduta é readequar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico vigente, a fim de afastar o risco do dano e/ou recompor aqueles já ocorridos (AKAOUI, 2015, p. 117).

O termo de ajustamento de conduta versa sobre a possibilidade da reparação ou da prevenção de um determinado dano a um direito transindividual por uma conduta ou por uma omissão específica. É necessário que haja a delimitação da ação ou omissão, da dimensão do dano existente ou potencial, de modo que fique evidenciado que as obrigações pactuadas possam realmente atender à defesa dos interesses em jogo (RODRIGUES, 2011, p. 243).

Para Rodrigues (2011, p. 243), não se pode admitir como objeto do termo a dispensa das obrigações necessárias para a efetiva satisfação do direito ofendido, “devendo restringir-se às condições de cumprimento das obrigações como modo, tempo, lugar ou outras semelhantes”.

A autora discorre:

O compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica. O que se revela extremamente vantajoso em relação à ação judicial é que o compromisso é menos burocrático e menos dispendioso, além do fato de que ainda não tenha sido formulada a demanda judicial há um ambiente mais propício para a solução negociada. Todavia, não pode importar, conforme já sustentamos, uma transação. Interessará ao compromisso obter prazos maiores, mas, ressalta-se, adequados ao cumprimento da obrigação, bem como condições casuisticamente pensadas para a sua situação peculiar e, obviamente, suprimir a possibilidade do desgaste que um pleito judicial pode importar (RODRIGUES, 2011, p. 243).

Para que o compromisso de ajustamento de conduta cumpra a função que lhe foi determinada pela lei, é necessário atentar-se para alguns aspectos formais, tais como: admissão da ocorrência do dano ou risco de dano, consequências para o caso de descumprimento, indicação da destinação das quantias em dinheiro, legitimidade, garantias ao ajustamento de conduta (AKAOUI, 2015, p. 100-109).

Por outro lado, não há regras legais expressas sob sua forma, havendo, entretanto, instruções normativas de cada órgão público sobre o assunto, a exemplo da disciplina contida no Ato n. 335/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, em seu artigo 19, e seguintes, disciplina questões atinentes ao TAC<sup>3</sup>.

3 Art. 19. O órgão do Ministério Público, nos inquéritos civis ou nos procedimentos preparatórios que tenha instaurado e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso com o responsável quanto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou das obrigações necessárias à reparação do dano, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. § 1º É vedada a dispensa, total ou parcial, do atendimento à efetiva satisfação de interesses indisponíveis, devendo a convenção com o interessado restringir-se às condições de seu cumprimento, formalizando obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. § 2º Além das obrigações previstas no *caput* deste artigo, o órgão de execução poderá convencionar medidas compensatórias, como forma subsidiária ou complementar de responsabilização pelo fato danoso, especialmente nas hipóteses em que a reparação não puder se dar de modo integral. § 3º As medidas compensatórias devem ser dirigidas ao bem jurídico violado ou, em substituição, a outro funcionalmente equivalente e, não sendo possível, expressar valor pecuniário a ser depositado em benefício do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL). § 4º Deverá constar do termo, constituindo cláusula indispensável, a cominação de sanções para a hipótese de seu inadimplemento.

Art. 20. Não constitui condição de eficácia do compromisso de ajustamento de conduta a homologação, pelo Conselho Superior do Ministério Público, do arquivamento do respectivo procedimento investigatório.

Tratando-se de compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público, Rodrigues (2011, p. 270-271) assevera que o ajuste deve necessariamente estar inserido em um inquérito civil ou em um procedimento de investigação. Para a autora, o ajuste deve levar em conta o conjunto probatório do inquérito civil, principalmente para se definir o teor das obrigações assumidas e a flexibilização dos prazos e das condições para o cumprimento.

Deve ser exigido, no termo de ajustamento de conduta, o mesmo conteúdo reparatório a ser pleiteado em caso de ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, de maneira a buscar a reparação do bem lesado do modo mais amplo possível, ou seja, deve-se pleitear todas as medidas tendentes ao efetivo e integral resguardo do meio ambiente (AKAOU, 2015, p. 85).

Rodrigues (2011, p. 243) adverte que, para que as obrigações firmadas no termo atendam ao objeto proposto, o compromisso de ajustamento de conduta deve ser um mecanismo pelo qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica.

Segundo Steigleder (2004, p. 236), devem ser requeridos, ainda, a indenização pecuniária cumulada com as condenações de obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa certa, isso porque implica uma maior efetividade do princípio do poluidor/degradador, não bastando a cessação do dano e a recuperação do bem ambiental, devendo ser indenizado, conjuntamente, a coletividade pela utilização perdida do bem de uso comum do povo.

---

Art. 21. Caberá ao órgão de execução do Ministério Público que celebrou o compromisso, ou àquele que o suceder, a responsabilidade de fiscalizar o seu efetivo cumprimento. § 1º Firmado o compromisso, o órgão de execução instaurará, com o devido registro no SIG-MP, Procedimento Administrativo para o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento do ajuste em relação a todas as obrigações assumidas. § 2º Sempre que houver valor pecuniário a ser depositado em benefício do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL), o órgão de execução do Ministério Público que firmou o compromisso de ajustamento de conduta fará emitir tantos boletos quantas forem as parcelas acordadas para o adimplemento da medida, utilizando, para isso, o programa específico disponível na *Intranet* do Ministério Público.

Art. 21-A. Havendo necessidade de aditamento do compromisso de ajustamento de conduta, será ele processado nos autos em que foi formalizado, juntando-se cópia de tal providência ao respectivo Processo Administrativo para prosseguimento do acompanhamento e fiscalização. (NR)

Art. 22. Os termos de ajustamento de conduta poderão, a critério do órgão de execução do Ministério Público e observadas as devidas cautelas e disposições legais, quando inadimplida alguma de suas obrigações, ser levados a protesto. Parágrafo único. Adimplida a obrigação ou identificada outra circunstância que torne inadequado o protesto, o órgão de execução do Ministério Público deverá solicitar o seu cancelamento.

Art. 23. Aplica-se o disposto no art. 21 deste Ato aos acordos celebrados em juízo em autos de ação civil pública.



Sabendo que o escopo do TAC como instrumento de tutela ao meio ambiente é a proteção dos direitos indisponíveis, as obrigações a serem assumidas no título deverão abranger, de forma eficiente, as medidas necessárias a afastar o risco de dano ambiental ou à reparação do mesmo bem jurídico.

Quanto às obrigações negativas no termo de ajuste, sob perspectiva diferenciada do direito privado, Akaoui (2015, p. 128) explica que o degradador interessado comprometer-se-á a abster-se de realizar determinado ato nocivo ao meio ambiente, porquanto ilegal.

Em relação às obrigações de fazer, o citado autor ensina que as obrigações de fazer constituem importantíssimo instrumento de tutela do meio ambiente, tendo em vista que dentro deste contexto estarão inseridas as execuções de projetos tendentes à reparação específica do ambiente degradado (AKAOUI, 2015, p. 123).

No que tange às obrigações de não fazer, sob cunho eminentemente preventivo, o autor explica que “as obrigações de não fazer têm o condão de fazer cessar a atividade poluidora, permitindo que, pelo menos a partir desse momento, o meio ambiente deixe de ser agredido em face dos impactos negativos que vem sofrendo” (AKAOUI, 2015, p. 128).

Já a obrigação de dar coisa certa prevista no TAC, ainda que possua menor aplicação na prática, estaria relacionada à entrega direta do bem ambiental protegido, como, por exemplo, um animal silvestre criado em cativeiro ou, ainda, um bem de valor histórico e cultural (AKAOUI, 2015, p. 128).

Para Akaoui (2015, p. 132), pode-se exigir a prestação pecuniária pelos danos irreparáveis no termo de ajustamento de conduta, a fim de buscar a ampla reparação pelos prejuízos causados ao bem da coletividade.

#### **4 FISCALIZAÇÃO DA CELEBRAÇÃO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA**

A celebração de ajustamento de conduta constitui-se em uma atividade administrativa, tanto sob o ângulo subjetivo, já que são órgãos

públicos que a podem realizar, quanto sob o objetivo, uma vez que se revela de interesse público a justa composição dos direitos transindividuais (RODRIGUES, 2011, p. 296).

Assim, por tratar-se de ato realizado no âmbito administrativo, há a necessidade de um controle interno e externo da realização dos ajustes firmados pelos órgãos públicos legitimados pela lei da ação civil pública<sup>4</sup>.

Com relação ao controle interno da atividade de celebração do TAC, isto é, o controle feito no âmbito do órgão que está a firmar o termo, que não o Ministério Público, não existe norma expressa acerca dessa necessidade de controle (RODRIGUES, 2011, p. 296).

Rodrigues (2011, p. 296) afirma:

O agente público com competência para celebrar o ajuste não necessita, assim, de se submeter a nenhum tipo de supervisão específica. Em regra esse agente 'representa' o ente público, compreendendo-se, assim, que o ajuste firmado é sempre do interesse do órgão público. A não coincidência dessa situação pode importar em um vício ao ajuste, e com certeza resulta na violação do princípio da hierarquia existente na Administração Pública.

Em relação ao ajuste celebrado pelo Ministério Público, que é o objeto do presente artigo, há divergência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que se refere ao controle interno pelo Conselho Superior da instituição como condicionante da eficácia do TAC.

Aqueles que se posicionam a favor da apreciação pelo Conselho Superior como condicionante de eficácia do TAC levantam que o fato de o termo implicar o arquivamento do inquérito civil, esta análise pelo Órgão Superior é medida obrigatória para sua eficácia, a teor do disposto no § 4<sup>o</sup> do artigo 9<sup>o</sup> da Lei da Ação Civil Pública (AKAOUI, 2015, p. 95).

Existe, assim, uma corrente da doutrina que entende que as leis orgânicas dos Ministérios Públicos ou o regimento interno dos Conselhos Superiores podem regulamentar a matéria relacionada à apreciação dos termos de ajustamento (AKAOUI, 2015, p. 95).

4 Lei n. 7.347/85, Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

5 Lei n. 7.347/85, art. 9º, § 4º. Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Em posicionamento contrário, Mazzili (2013, p. 457) adverte que lei estadual não pode dispor acerca de matéria processual (CF/88, art. 22, I<sup>6</sup>), e a lei federal não determinou a homologação do compromisso de ajustamento de conduta, pelo Conselho Superior do Ministério Público, como condição necessária para concessão de eficácia ao compromisso ajustado. Sustenta-se que o disposto no *caput* do artigo 9<sup>o7</sup> da Lei n. 7.347/85 condiciona o arquivamento do inquérito civil apenas quando do convencimento da inexistência de ameaça ou lesão a direito amparado pela lei.

Na celebração do compromisso, há o reconhecimento de dano ou risco de dano a ser reparado e/ou indenizado e, assim, quando o termo vem a ser firmado não o é por convencimento da inexistência de fundamento para a propositura de ação civil, e, sim, pelo contrário, por existir conduta ilegal a ser adequada (AKAOUI, 2015, p. 95).

Ainda, ressaltam as desvantagens práticas na vinculação da eficácia do termo à sua homologação pelo colegiado, essencialmente no que se refere ao tempo demasiado de espera (AKAOUI, 2003, p. 98).

Rodrigues (2011, p. 298) defende que o controle interno no Ministério Público deve ser feito após o cumprimento do ajuste, expondo os seguintes argumentos:

a) favorece a celebração expedita do ajuste; b) é consentânea com a lógica legislativa, que só impôs o controle do arquivamento da investigação, e não quando outra medida fosse adotada no inquérito; c) não há de novo em relação a forma de atuação do Ministério Público, que age com independência funcional, sempre representando o órgão, em função do princípio da unidade e da indivisibilidade; d) não há nenhum tipo de comprometimento na atividade de supervisão do órgão superior, uma vez que a publicidade, que necessariamente deve se dar ao ajuste, garante que o Conselho, e todas as demais pessoas, conheçam os termos de compromisso, e) a apreciação se outra medida é necessária para garantir o direito transindividual é realizada no momento do arquivamento.

Apesar de reconhecer a importância da revisão do termo pelo Conselho Superior do Ministério Público, na prática, o ideal é que os

6 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho

7 Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

efeitos do ajuste comecem a surtir efeitos desde sua celebração, ou seja, no momento de sua assinatura, tendo em vista que a demora na sua apreciação por órgão colegiado superior pode vir a comprometer o fim precípua do TAC, pois, conforme discorre Rodrigues (2011, p. 279), “a burocratização excessiva da atividade de composição de litígios é absolutamente contraproducente, e insensível aos valores cuja proteção é reclamada no ajuste”.

No Estado de Santa Catarina, o Ministério Público estadual, por meio do Ato n. 335/2014, dispôs acerca da matéria, ao prever que: “Art. 20. Não constitui condição de eficácia do compromisso de ajustamento de conduta a homologação, pelo Conselho Superior do Ministério Público, do arquivamento do respectivo procedimento investigatório”.

## **5 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS**

Constatada a ocorrência de risco de dano e/ou sua concretização, necessária se faz a recuperação do bem degradado, e, uma vez aceita pelo poluidor, o ajustamento de conduta mostra-se como um excelente instrumento para a satisfação da tutela do direito sem a necessidade de ingresso em Juízo, obtendo uma rápida condução ou recondução ao *status quo* almejado (FREITAS, 2005, p. 86).

No que se refere à eficácia da solução extrajudicial, Cappelli (2016) entende que:

Além de ser mais célere e, portanto, mais eficaz, põe a lume a importância político-institucional do Ministério Público e propicia, diretamente, o conhecimento dos problemas, sua investigação e deslinde. A prova é coligida sem intermediários e a solução só é adotada, no mais das vezes, após várias reuniões com órgãos públicos, oitiva de técnicos e da comunidade, propiciando a adoção de decisão consensual e, por isso, também, legitimada.

Na mesma linha, Rodrigues (2011, p. 278) assevera que os principais efeitos jurídicos do termo de ajustamento de conduta são a determinação da responsabilidade civil do obrigado pelo cumprimento ajustado e a formação do título executivo extrajudicial.

Nesse sentido é a redação do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.357/85: “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Por ser um título executivo extrajudicial, o compromisso de ajustamento de conduta deve manter o formato adequado a possibilitar sua eventual execução perante órgão do Poder Judiciário.

Nas palavras de Akaoui (2015, p. 100):

Muito embora a incidência de inadimplência não se tenha mostrado alta, é certo que muitos fatos podem levar que o ajustante deixe de dar cabo daquelas obrigações. Seja por má-fé, por insolvência, negligência, entre outros motivos, o certo é que o título deve estar preparado para suportar o processo de execução, a fim de se tentar, por meio da força inerente às decisões judiciais, alcançar o escopo das cláusulas não cumpridas, qual seja, afastar o risco de dano ao meio ambiente, ou repará-lo, quando o dano já tenha sido verificado”.

No que tange à determinação da responsabilidade civil do obrigado pelo cumprimento ajustado, repisa-se que a reparação deve se dar de modo mais integral possível, tendo como limite o que seria obtido por meio da tutela judicial, pois, conforme Rodrigues, “a tutela extrajudicial, assim, não pode culminar em uma redução da garantia em relação ao fundo do direito, o que a torna ineficaz para os demais co-legitimados” (RODRIGUES, 2011, p. 282).

Já, com relação à formação do título executivo extrajudicial, ressalta-se que o termo, título executivo extrajudicial, deve atender aos requisitos legais de liquidez e certeza (RODRIGUES, 2011, p. 282).

Rodrigues (2011, p. 283-284) ensina que:

O ajustamento de conduta tem, como já apontado diversas vezes, eficácia de título executivo extrajudicial. Em uma espécie de movimento pendular o nosso ordenamento jurídico mais recente aumentou as hipóteses de títulos executivos, não só com a ampliação do rol previsto no bojo do Código de Processo Civil, assim como em legislações esparsas das mais variadas. Essa tendência é criticada por uns, mas ninguém discorda que esse afã do legislador em dotar um número cada vez maior de negócios jurídicos de eficácia executiva parte ao mesmo tempo da valorização da autonomia da vontade das partes e do reconhecimento da crise do processo de conhecimento. Principalmente quando é indubitável a manifestação do reconhecimento da

responsabilidade em cumprir a obrigação manifestada pelo devedor o ordenamento suprime a necessidade de cognição pelo juiz. Não só para combater a demora intrínseca desta atividade judicial, como também para prestar uma tutela adequada através da ação de execução. De qualquer sorte, a concessão de eficácia executiva ao invés de diminuir a importância da atividade jurisdicional a revaloriza, porque a satisfação da executividade contida no título só se dá através da jurisdição executiva, reservando, outrossim, os esforços do sistema para a atividade de conhecimento do direito do credor pelo devedor, em que se demande um processo mais amplo e nas quais o valor da justiça possa se compadecer com a delonga natural desse tipo de atividade.

Dessa forma, em razão de sua natureza jurídica de título executivo extrajudicial, o termo de ajustamento de conduta mostra-se como um instrumento eficaz na tutela preventiva e reparatório do bem ambiental.

Há posicionamento doutrinário no sentido de que o compromisso de ajustamento de conduta deveria ser homologado judicialmente, como pressuposto de segurança. No entanto, caso submetido à apreciação do Magistrado estar-se-ia desvirtuando o seu caráter extrajudicial, extirpando-se sua principal característica, que é a celeridade, quando comparado às ações judiciais.

Há uma tendência atual de preferência à celebração do TAC em detrimento da Ação Civil Pública, uma vez que o primeiro instituto dispensa que se mova todo o aparato judicial para a propositura de uma ação de conhecimento complexa, tal como é a Ação Civil Pública. Quando se deseja proteger e, principalmente, reparar danos causados a bem difuso ou coletivo, destacadamente ao bem ambiental, deve ser buscada sempre uma tutela satisfativa e rápida:

Há vantagens do ajustamento de conduta em relação ao processo judicial representado pela ação civil pública. Portanto, antes de se lançar mão de tão desgastante, cara e difícil solução para o conflito ambiental, deve-se buscar a via da negociação, por meio da qual todos encontrarão seus lugares e ao final do processo sairão muito mais fortalecidos do que se fossem obrigados a obedecer um comando frio e inexorável de uma sentença (MILARÉ, 2015, p. 1466).

Destaca-se a vantagem do termo quanto ao prazo e aos custos despendidos na ação civil pública, a qual pode levar anos para ser julgada em razão de inúmeros entraves formais e processuais, não raro resultando ineficaz à proteção do bem tutelado quando da execução de eventual sentença de procedência.

Nesse diapasão, Milaré (2015, p. 1466) afirma que o TAC, além de oferecer solução extrajudicial para resolução de conflitos, “ajuda a descongestionar os Tribunais, tornando-se um atalho cada vez mais procurado para a superação de formalismo do aparelho judiciário”.

E, segundo dados do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, obtidos por intermédio do Relatório de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça, ano 2015, há incremento no número de termos de ajustamento de condutas celebrados pelos Promotores de Justiça catarinenses, os quais firmaram um total de 752 TACs, nos anos de 2014 e 2015, na área ambiental.

Pode se observar que o número de termos firmados vem sendo maior que o número de Ações Cíveis Públicas, as quais totalizaram, nos anos de 2014 e 2015, 650 (seiscentos e cinquenta) feitos ajuizados, nas Comarcas do Estado de Santa Catarina, por Promotores de Justiça.

Os dados anteriormente mencionados permitem inferir que essa ferramenta de tutela coletiva é largamente empregada pelos Promotores catarinenses, na busca incessante da proteção ao meio ambiente, empregando ações que importam em efetiva eficácia, tanto para prevenir como para reparar o dano ambiental.

Pode-se afirmar, assim, que o termo de ajustamento de conduta apresenta-se como um dos mais importantes instrumentos para a proteção do meio ambiente.

Como se sabe, nos dias de hoje, quando se vivencia uma imensa crise processual, proveniente da demora da instrumentalização do processo e da pouca experiência da sociedade em proteger juridicamente o meio ambiente, o termo de ajustamento de conduta mostra-se bastante ágil em detrimento das ações judiciais, com o intuito primordial de prevenir o dano ou, caso não seja possível à prevenção, a sua reparação.

## 6 CONCLUSÃO

A proteção ao meio ambiente reclama um sistema jurídico que abarque não apenas medidas precaucionais e preventivas mas também que responsabilize, efetivamente, todo aquele que lesar a natureza.

Nesse norte, o compromisso de ajustamento de conduta, previsto na Lei da Ação Civil Pública (LACP), mostra-se um meio alternativo e eficaz, por ser uma forma de solução extrajudicial dos conflitos ambientais.

O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta é readequar a conduta do degradador ou potencial degradador ao ordenamento jurídico vigente, a fim de afastar o risco de dano e/ou recompor aqueles já ocorridos, não podendo o órgão público que toma aquele compromisso deixar de pleitear todas as medidas tendentes ao efetivo e integral resguardo do meio ambiente.

É de se ressaltar o importante papel do Ministério Público na defesa extrajudicial do meio ambiente, por meio de instrumentos de natureza administrativa, como o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta.

O fator tempo influencia diretamente na busca da prevenção ou reparação efetiva do bem ameaçado. E, ainda, sabe-se que a morosidade atual do Poder Judiciário não corresponde às expectativas do meio ambiente.

Nesse contexto, o TAC mostra-se, sem dúvida, um instrumento que trouxe um grande avanço na defesa ambiental, como uma forma de evitar lesões ao meio ambiente ou impedir sua continuidade. A efetiva utilização do termo de ajuste tem se revelado um grande trunfo no cumprimento da norma constitucional, que impõe ao poder público e a todos nós o dever de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 19 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1981. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.437, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2017

CAPELLI, Sílvia. **Atuação extrajudicial do Ministério Público.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id27.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

COSTA, José Kalil de Oliveira e. Ministério Público e Atuação Ambiental. In: DANTAS Marcelo Buzaglo; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Aspectos processuais do direito ambiental.** 2. ed. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2004.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilicito penal ambiental e reparação do dano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTA CATARINA. **Ato 335/2014/PGJ.** Disciplina a notícia de fato, a instauração e tramitação de inquérito civil e de procedimento preparatório, e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina.. Disponível em: < <https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=1695>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.