

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano X • nº 15

2017



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça

José Omar de Almeida Júnior
Subprocurador-Geral de Justiça

Luciano César Casaroti
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenador
Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Procuradora de Justiça

Conselho Editorial
Elaine Marciano Pires
Geraldo da Silva Gomes
Luciano César Casaroti
Marli Teresinha dos Santos
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Geraldo da Silva Gomes
Luciana Duailibe
Keila Fernandes Santos

Projeto Gráfico e Diagramação
Randolfo Corrêa

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano X nº 15

Palmas, Tocantins
2017

©2017, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano X nº 15 2017

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha Lira. Palmas: Cesaf, ano 10, nº 15, 2017. 217 p.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito - Periódicos 2. Cirurgia de redesignação de sexo - reflexos jurídicos 3. Coisa julgada inconstitucional - matéria tributária 4. Judicialização da saúde - teoria dos jogos 5. Vagas especiais em estacionamentos - idosos e pessoas com deficiência 6. Língua Brasileira de Sinais - Ministério Público 7. Corregedorias - atuação preventiva e extrajudicial 8. Corregedoria orientadora - ideais institucionais do MP 9. Violência contra a mulher - combate - Ministério Público 10. Colaboração premiada - direito brasileiro.

I. Título

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins. É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mpto.mp.br - cesaf@mpto.mp.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

Ao assumir a função de coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf), em concomitância com a coordenação dos trabalhos de organização da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins, sinto-me honrada tanto pelo retorno às atividades quanto pela possibilidade de observar os passos trilhados ao longo dos últimos anos, na gestão de meu antecessor, o Procurador de Justiça José da Maria da Silva Júnior.

Sem esquecer o trajeto histórico da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins, as dificuldades para sua implantação e as sendas pelas quais ela adentrou, a publicação encontra-se em seu décimo ano e no 15º número, indicando que a cultura de produzir e difundir o conhecimento, a partir das atuações dos(as) colegas Promotores(as) e Procuradores(as) de Justiça, das servidoras e servidores, está em pleno fortalecimento.

A Revista Jurídica tem um papel de protagonismo na difusão do conhecimento produzido no Ministério Público. Seja em seu clássico formato impresso ou transposta para os meios digitais, sua distribuição e disponibilização *online* para os integrantes do MPTO, no sistema de permuta com organizações parceiras e bibliotecas das instituições de ensino superior, garantem o fortalecimento de sua referência como meio de comunicação e informação. Atualmente, todas as instituições de ensino superior oficialmente credenciadas pelo Ministério da Educação recebem volumes da Revista Jurídica para suas respectivas bibliotecas e estudantado.

A linha de publicação da Revista Jurídica permanece inalterada, primando pela pluralidade dos temas e se reafirmando como espaço para reflexões, preocupações, pesquisas, projetos e estudos analíticos elaborados pelas autoras e autores.

Nesta edição, contamos com a contribuição de Angelita Messias Ramos na abordagem de uma temática ainda pouco explorada no MPTO. O texto “Breves considerações analíticas sobre os reflexos jurídicos da cirurgia de redesignação de sexo para pessoas transexuais” traz discussões

importantes a respeito da transexualidade, direito constitucional e os reflexos jurídicos.

O artigo de Dálethe Borges Messias, a “(Não) relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária”, traz o frescor dos profissionais recém-formados, com o olhar de quem deseja atuar no direito e por uma seara rigorosa como é a matéria tributária.

O artigo de Felipe Schmidt salienta a perspectiva da teoria dos jogos para uma leitura da atuação do Ministério Público na judicialização da saúde. José Kasuo Otsuka traz indicações práticas de resposta a uma questão que a muitas pessoas tem despertado interesse: “A utilização das vagas especiais em estacionamentos privados por pessoas idosas e pessoas com deficiência”.

Keila Fernandes Santos acrescenta informações sobre “A importância do ensino da Língua de Sinais para o Ministério Público”. O texto descreve sucintamente as abordagens para a definição das pessoas surdas e as possibilidades de seu atendimento em setores públicos.

Dois temas acabam interligando-se nos artigos de Pedro Evandro de Vicente Rufato, “A atuação preventiva e extrajudicial do Ministério Público e a importante participação das Corregedorias”, e de Ruth Araújo Viana, “A Corregedoria orientadora como propulsora dos ideais institucionais do Ministério Público”. Em ambos, o foco recai sobre a importância da atuação das Corregedorias.

O texto de Vera Nilva Álvares Rocha Lira aborda os “Aspectos históricos contextualizados sobre a atuação do Ministério Público no combate à violência contra a mulher”, com o intento de resgatar a memória histórica do que já foi construído no MPTO e garantir a devida visibilidade das ações realizadas que sempre se colocam em risco de apagamento por parte das novas gerações; e o de Villy Guimarães Costa Borges discute “Aspectos teóricos da colaboração premiada no direito brasileiro”, assunto de extrema importância na atual conjuntura do país.

A coordenação da Revista agradece o árduo trabalho do Conselho Editorial e das equipes de revisão linguístico-textual e diagramação.

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Sumário

1. Breves considerações analíticas sobre os reflexos jurídicos da cirurgia de redesignação de sexo para pessoas transexuais8
Angelita Messias Ramos
2. (Não) relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária.....47
Dálethe Borges Messias
3. Ministério Público e judicialização da saúde: uma leitura a partir da Teoria dos Jogos 71
Felipe Schmidt
4. A utilização das vagas especiais em estacionamentos privados por pessoas idosas e pessoas com deficiência96
José Kasuo Otsuka
5. A importância do ensino da Língua Brasileira de Sinais para o Ministério Público..... 116
Keila Fernandes Santos
6. A atuação preventiva e extrajudicial do Ministério Público e a importante participação das Corregedorias 136
Pedro Evandro de Vicente Rufato
7. A Corregedoria orientadora como propulsora dos ideais institucionais do Ministério Público 155
Ruth Araújo Viana
8. Aspectos históricos contextualizados sobre a atuação do Ministério Público no combate à violência contra a mulher..... 179
Vera Nilva Álvares Rocha Lira
9. Aspectos teóricos da colaboração premiada no Direito brasileiro.... 199
Villy Guimarães Costa Borges

Breves considerações analíticas sobre os reflexos jurídicos da cirurgia de redesignação de sexo para pessoas transexuais

Angelita Messias Ramos¹

Resumo

O presente artigo aborda a cirurgia de redesignação de sexo, procedimento fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a partir dos reflexos, no campo jurídico, que a mudança de sexo provoca na pessoa do transexual, notadamente, quanto à retificação do Registro Civil, à possibilidade de casamento e aos reflexos relacionados à filiação. Ao visar um debate sobre o tema, esse texto partiu de algumas reflexões quanto aos elementos formadores do sexo, passando pela identificação das diversas formas de manifestação sexual, até chegar aos reflexos jurídicos da cirurgia de redesignação sexual propriamente ditos. Uma vez que referida cirurgia, pode ser considerada como uma forma de solução para o conflito transexual e as suas repercussões jurídicas, o presente artigo trabalha a questão, interpretando-a segundo os princípios constitucionais e os direitos da personalidade, sob a ótica baseada nos princípios fundamentais que regem a Constituição Federal, ao considerar que a pessoa transexual operada deve ter direito à alteração de seu Registro Civil, com

¹ Assessora da Subprocuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/ MG. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG.

a retificação de seu nome e sexo, o direito ao casamento e à constituição de uma família, inclusive com filhos.

Palavras-chave: *Transexualidade; Redesignação sexual; Direito Constitucional; Conflito; Reflexos jurídicos.*

Resumen

El presente artículo aborda la cirugía de rediseño de sexo, procedimiento proporcionado por el Sistema Único de Salud (SUS), a partir de los reflejos, en el campo jurídico, que el cambio de sexo provoca en la persona del transexual, notadamente en cuanto a la rectificación del Registro Civil a la posibilidad de matrimonio y a los reflejos relacionados con la filiación. O texto tiene como punto de partida algunas reflexiones a cerca de los elementos formadores del sexo, pasando por la identificación de las diversas formas de manifestación sexual, hasta llegar a los reflejos jurídicos de la cirugía de rediseño sexual propiamente dichos. Una vez que dicha cirugía puede ser considerada como una forma de solución para el conflicto transexual y sus repercusiones jurídicas, el presente artículo trabaja la cuestión, interpretándola según los principios constitucionales y los derechos de la personalidad, bajo la óptica basada en los principios fundamentales que rigen la Constitución Federal, al considerar que la persona transexual operada debe tener derecho a la modificación de su Registro Civil, con la rectificación de su nombre y sexo, el derecho al matrimonio y a la constitución de una familia, incluso con hijos.

Palabras clave: *Transexualidad; Redesignación sexual; Derecho constitucional; Reflejos jurídicos*

1. Introdução

Atualmente tratada como uma questão de saúde pública, a cirurgia de redesignação sexual já é uma realidade no Brasil, inclusive, constando como um procedimento oferecido pelo

Sistema Único de Saúde (SUS), sendo uma prática comum que tem possibilitado a inúmeros indivíduos transexuais a realização fundamental de sua personalidade.

A cirurgia é um procedimento médico-cirúrgico de adequação sexual que interessa ao mundo Jurídico porque gera reflexos e consequências, principalmente no âmbito de atuação do Direito Civil, cuja finalidade é a tutela da pessoa como ser humano, com sua dignidade, sua personalidade e suas relações familiares.

Nos dias atuais, em que a complexidade das relações sociais entre os diversos tipos de indivíduos que compõem a sociedade demanda uma reflexão sobre a transexualidade e suas diferentes implicações jurídicas, o presente artigo tem como objetivo examinar os reflexos jurídicos da mudança de sexo da pessoa transexual, uma vez que se trata de um assunto que ainda fomenta inúmeras divergências doutrinárias.

Assim, este estudo abordará, como problema específico, os reflexos jurídicos gerados pela mudança de sexo, trazendo como hipótese, para tal questionamento, o fato de referida mudança sexual ser entendida como causa de reflexos jurídicos quanto à retificação do Registro Civil, à possibilidade de casamento da pessoa transexual, e, também, como causa de reflexos em sua relação familiar, englobando a situação dos filhos havidos antes ou depois da cirurgia.

A opção pelo tema se justifica por sua importância em razão desse tipo de procedimento já ser uma realidade em inúmeras localidades do país, e, ainda devido ao fato das repercussões jurídicas geradas pela cirurgia de readequação de sexo estarem relacionadas com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2. Sexo, classificação e manifestações

A definição de um conceito para o que vem a ser sexo² pode ser melhor compreendida a partir de algumas teorias que trabalham com os conceitos de sexo e gênero (essencialismo, construcionismo social e Teoria Queer), que são aplicados aos casos concretos envolvendo travestis e transexuais que buscam, por meio do Poder Judiciário, obter a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, após a realização da cirurgia de redesignação de sexo.

Para a teoria essencialista, cunhada a partir dos últimos dois séculos, o termo sexo tem um sentido mais preciso, dizendo respeito às características biológicas que diferenciam homens e mulheres, sendo que essa concepção está vinculada a uma abordagem médica, científica, que na lição de Camargo, Rohden e Cáceres (2011, p. 127) “determina o que é aceitável ou não, patologizando e/ou criminalizando o que se enquadra no segundo caso”.

Referida teoria é criticada pelo construcionismo social, que compreende a sexualidade como um dispositivo histórico, como um corpo de conhecimento, e não como um dado da natureza. Esta corrente direciona suas críticas aos médicos, cientistas e sexólogos, na medida em que construíram a sexualidade como um campo privilegiado do conhecimento e tem como um de seus autores mais influentes Michel Foucault.

Por fim, a Teoria Queer corresponde a uma abordagem pós-moderna dos estudos da sexualidade, que realiza críticas às categorias universais e fixas das identidades e das sexualidades. Diferentemente do construcionismo, que procura analisar a formação das identidades, a Teoria Queer busca identificar de que forma se apresentam as normas, o discurso e os mecanismos que a justificam. Sua principal representante é Judith Butler, que propõe uma genealogia do sujeito, retirando-o de uma condição ontológica,

2 Temáticas abordando a sexualidade, com enfoque na transexualidade, já possuem um ponto de partida reflexivo pelo artigo de Gomes e Bezerra (2015, p. 100-128), da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins.

preexistente e metafísica e tratando-o como um processo construído no discurso e pelos atos que realiza.

A partir do estudo dessas três teorias é possível perceber que o sexo e o gênero podem ser interpretados de formas diversas, segundo a compreensão teórica utilizada e a aplicação destes conceitos às normas constitucionais que vedam a discriminação por motivo de sexo e protegem o livre desenvolvimento da personalidade dos sujeitos, tendo consequências práticas distintas, dependentes da escola adotada.

Cabe destacar que a discriminação por motivo de sexo é vedada na Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...);

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De igual modo, o artigo 5º, caput³, garante a identidade de gênero por meio do direito à liberdade, eis que assegura o livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade e da proteção às escolhas fundamentais de cada indivíduo.

Cumprе ressaltar que tais normas constitucionais não conceituam sexo e gênero, que desse modo, devem ser considerados a partir da utilização de vários elementos, como se pode constatar a partir da concepção de Lemos (2008, p.15), que estabelece que este “(...) deriva de uma série de fatores que, em equilíbrio, agem de forma conjunta, no plano físico, psíquico e social”.

Para essa autora, o sexo deve ser definido a partir da análise de diversos critérios, quais sejam: o genético, o gonádico, o morfológico, o legal, o de criação e o psicossocial.

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...).

Ao seguir essa definição, vê-se que a identidade sexual da pessoa não pode ser resumida apenas ao sexo morfológico externo e à anatomia interna. Para Szaniawski (1998, p. 34), “(...) o sexo constitui um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea”.

Frente a essas particularidades, os diferentes sujeitos são classificados e/ou identificados como pertencentes a um dos dois sexos, graças a uma identificação sexual realizada por meio da conjunção dos diversos aspectos de cada pessoa: físico, psíquico e comportamental.

Por sua vez, Ventura (2007, p. 151) acrescenta que o sexo é um dos elementos de identificação pessoal considerado indisponível:

Observa-se que, apesar de todas as transformações estabelecidas modernamente nos ordenamentos jurídicos, e da intensa ação política dos movimentos sociais de liberação sexual, o ‘natural’ modelo dos dois sexos – fundamentado na diferença anatômica entre os sexos, e na ideia de complementaridade necessária entre homem e mulher – permanece praticamente inabalável. As leis, a doutrina jurídica e as decisões judiciais adotam, com poucas restrições, esse modelo.

Nesse sentido, a inexistência de uma lei ou um critério legal específico que apresente uma definição do estado sexual do indivíduo leva o Judiciário a tornar-se o principal meio utilizado pelos transexuais para alterar seu status civil, como assevera Ventura (2007, p. 152), ao salientar que “(...) a função de árbitro do Poder Judiciário requer que respeite os limites e os procedimentos constitucionais e de direitos humanos estabelecidos (...)”.

Desse modo, tendo em vista que a sexualidade do indivíduo não está abrangida somente pelo ato sexual, vez que pode se apresentar sobre diversas outras manifestações, para que seja possível a determinação exata do sexo do indivíduo, faz-

se necessário observar os inúmeros aspectos que formam a personalidade de cada ser.

Nas palavras de Szaniawski (1998, p. 36), os aspectos da sexualidade são classificados em três grupos: “o sexo *biológico*, constituído pelo sexo morfológico, pelo sexo genético e pelo sexo endócrino⁴, o sexo *psíquico*⁵ e o sexo *civil*⁶”.

Por sua vez, o estudo das diferentes formas de manifestação sexual demanda que seja feita uma abordagem acerca da identidade de gênero, também conhecida como identidade sexual. Cumpre esclarecer que a identidade de gênero é construída a partir de inúmeras influências, passando pelo sexo legal, genético e de criação, sendo produto de suas interações, que, por sua vez, constituem um conceito complexo, em razão de ser composta por elementos conscientes e inconscientes.

Para Szaniawski (1998, p. 42), a distinção definitiva em ser o indivíduo macho ou fêmea, diante do estado atual em que se encontram os avanços dos estudos da Biologia e da Psicologia, tem

4 O sexo biológico trata do aspecto físico do indivíduo, decorrente de suas características corporais, “(...) ou seja, da sua aparência aos outros e a si mesmo. Esta aparência deriva do perfeito entrelaçamento do sexo genético com o sexo endócrino”, segundo Szaniawski (1998, p. 36), que afirma que o sexo genético diz respeito aos cromossomos, e a Biologia o divide em sexo cromossômico e sexo cromatínico. Por sua vez, o sexo endócrino é formado pelo sexo gonadal e pelo sexo extragonadal – o primeiro identificado nas glândulas sexuais que produzem os hormônios (no homem, os testículos; na mulher, os ovários), e o segundo constituído por outras glândulas (tireoide e epífese), responsáveis por atribuir ao indivíduo traços de masculinidade ou feminilidade.

5 O sexo psíquico, segundo Choeri (2001, p. 240), é formado pelo “(...) conjunto de características responsáveis pela reação psicológica (feminina ou masculina) do indivíduo a determinados estímulos”, sendo que essas características advêm da educação, que se dá por intermédio da orientação e pressão impostas ao indivíduo quando criança, da expressão pública da identidade, pelo desenvolvimento do papel do gênero e da identidade do gênero.

6 O sexo civil é o constante na certidão de nascimento da pessoa. É definido, na ocasião do nascimento, pela observação das características sexuais externas. Choeri (2001, p. 240) explica que se trata do sexo “(...) designado por ocasião do assento de nascimento da criança, com base em seu sexo morfológico externo”. Também é conhecido como sexo jurídico ou sexo legal, eis que é determinado em razão da vida civil, baseando as relações sociais e originando inúmeras consequências jurídicas.

aberto uma concessão na qual a masculinidade e a feminilidade não são considerados valores notadamente opostos, mas graus sucessivos de desenvolvimento de uma única função: a sexualidade.

Para esse autor, a sexualidade humana é formada por um conjunto de prismas que se integram, como o prisma morfológico (aspecto físico da genitália), o psíquico e o da postura e das atitudes do indivíduo, contribuindo para a satisfação das suas necessidades fisiológicas, de seu equilíbrio psíquico, emocional e afetivo.

As normas que protegem os indivíduos em relação à discriminação por motivo de sexo, garantindo o livre exercício da sua identidade de gênero, deixam em aberto quais são os conceitos de sexo e gênero que devem ser aplicados aos casos individuais que necessitam de intervenção jurídica, fato que, por sua vez, leva a diversas interpretações quanto ao significado do termo sexo, e, conseqüentemente, do âmbito de proteção assegurado pelas normas constitucionais, a depender da corrente de pensamento utilizado ao realizar a leitura destes termos.

Retomando a conceituação do termo sexo, Weeks (2010, p. 41) assevera que “ (...) sexo referia-se às diferenças entre homens e mulheres, mas também à forma como homens e mulheres se relacionavam”.

Cumpramos ressaltar a existência de alguns aspectos relevantes sobre as diversas formas de manifestação sexual, tratadas a seguir por diferentes autores:

Heterossexualidade: dentre as diversas manifestações sexuais, a conduta heterossexual é a que a sociedade considera como “normal”, havendo diferenciação entre o indivíduo heterossexual e os demais tipos sexuais. Ela é caracterizada pela perfeita harmonia entre o sexo psicossocial e o sexo biológico do indivíduo. A pessoa heterossexual possui as características orgânicas e desenvolve uma identidade de gênero e um papel sexual compatíveis com seu sexo

biológico. Os heterossexuais demonstram satisfação com seu próprio sexo e se relacionam com parceiros do sexo oposto (SILVA, 2009, p. 165).

Homossexualidade: é caracterizada pela atração sexual e pela prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Pode ser masculina ou feminina: os homossexuais masculinos são identificados como “gays” e os homossexuais femininos são chamados de “lésbicas”. Travaglia (2005, texto digital) caracteriza o indivíduo com orientação homossexual como “(...) aquele que se orienta sexualmente a pessoas de mesmo sexo, sentindo amor, carinho, desejo sexual por pessoas pertencentes ao seu mesmo gênero sexual”. O homossexual tem atração por indivíduos do mesmo sexo e não aceita ser confundido com o sexo oposto, seus órgãos sexuais são aceitos e ele repudia a ideia de tirá-los;

Bissexualidade: caracteriza-se pela alternância nas relações sexuais, que se dá com parceiros do mesmo sexo e com parceiros do sexo oposto. O bissexual sente-se atraído tanto pelo homem quanto pela mulher, oscilando entre o comportamento heterossexual e homossexual, sem abrir mão de nenhuma das identidades sexuais. O que ocorre, na maioria dos casos, é que a bissexualidade implica o reconhecimento de uma identidade sexual independente das demais, com características próprias, que, de certa forma, oscila entre o heterossexual e o homossexual, sem que isso leve à renúncia de uma das duas identidades (PERES, 2001, p. 119);

Intersexualismo: nessa manifestação sexual, ocorre o desequilíbrio entre os fatores determinantes do sexo, o que leva a uma ambiguidade biológica⁷. O indivíduo apresenta

⁷ Para Sá e Naves (2010, p. 67), o intersexualismo, na acepção verdadeira da palavra, não deve ser confundido com hermafroditismo, embora o último venha sendo considerado como um subtipo de intersexualidade. Além disso, intersexualismo e transexualismo também não devem ser confundidos, já que, ao contrário do intersexual, o indivíduo transexual possui sexo genético e morfológico em perfeita

características físicas de ambos os sexos, possuindo genitália externa ambígua. Ocorre a dificuldade de caracterização do sexo do recém-nascido, sendo necessária a realização de exames que verifiquem a qual sexo pertence o indivíduo. Quando se tratar de pacientes adultos, deve ser identificada também a identidade sexual psicossocial do sujeito, para que o resultado da cirurgia seja eficiente (SPENGLER, 2003, p. 96);

Travestismo: o termo caracteriza a pessoa que usa trajes e adota formas do sexo oposto, às vezes fazendo uso de substâncias hormonais. Geralmente os travestis são indivíduos homossexuais, e é incorreto afirmar o inverso, eis que nem todo homossexual é travesti. (PERES, 2001, p. 112).

Transexualismo: o transexual é um indivíduo biologicamente perfeito, que acredita pertencer ao sexo contrário à sua anatomia e deseja profundamente eliminar as características do próprio sexo, objetivando ganhar as características do sexo oposto. Para Choeri (2001, p. 241), “(...) transexual é aquele indivíduo que se identifica como pertencente ao sexo oposto e experimenta grande frustração ao tentar se expressar através de seu sexo genético”. Conforme Peres (2001, p. 125), o transexualismo caracteriza-se como uma desordem de identidade de gênero, uma vez que sua principal característica “(...) consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica de gênero do indivíduo⁸”.

harmonia. Para Szaniawski (1998, p. 43), os transexuais são indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos masculinos, sendo portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa, enquanto que os intersexuais possuem características físicas de ambos os sexos, com genitália externa ambígua.

8 O travesti pode ser um indivíduo homossexual ou heterossexual e não sente o desejo de mudança de sexo como o transexual. Para Travaglia (2005), o homem que se traveste de mulher ou a mulher que se traveste de homem – mesmo quando faz modificações de características estéticas para se aproximar do estereótipo do sexo oposto – não caracteriza, por si só, o transexualismo. Assim, a principal distinção

A abordagem essencialista do sexo, na perspectiva de Zambrano (2003, p.12), compreende a transexualidade como “(...) uma síndrome complexa caracterizada pela convicção intensa de ser de um sexo diferente do seu sexo corporal, juntamente com a demanda de mudança de sexo dirigida ao sistema médico e Judiciário”. Segundo essa abordagem, a pessoa transexual tem a convicção de pertencer a outro sexo, a aversão ao sexo que possui e o interesse em adequar seus órgãos genitais.

Em uma visão mais medicalizada da transexualidade, decorrente de uma concepção binária de sexo e gênero, que entende que deve haver uma correspondência entre o gênero e o sexo biológico do indivíduo, na medida em que as construções culturais do feminino e do masculino seriam expressões naturais dos homens e das mulheres, a cirurgia de transgenitalização seria um tipo de “cura”, necessária para a resolução de um equívoco biológico.

Cabe ainda destacar que até 1990⁹, a transexualidade, assim como a homossexualidade, também foi considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como doença, descrita na Classificação Internacional de Doenças (CID 10, F64.0) como Transtorno de Identidade Sexual, conceituado como:

(...) um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se

entre os travestis e os transexuais é a repulsa ao órgão sexual sentido pelo indivíduo transexual, que só cessará mediante intervenção cirúrgica, o que não ocorre com o travesti, que vive em conformidade com seu sexo morfológico.

9 Em outras palavras, busca-se a despatologização da homossexualidade. Como se sabe, fala-se em despatologização, porque até o ano de 1974, a homossexualidade era considerada uma doença, somente nesse ano que o homossexualismo, como era chamado, deixou a lista de doenças mentais (pela Associação Americana de Psiquiatria), recebendo nova nomenclatura, homossexualidade. Entretanto, apenas em 1993 é que o homossexualismo deixou de integrar a Classificação Internacional de Doenças n.10, sendo que a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a considerar a homossexualidade algo inerente à sexualidade humana, bem como a heterossexualidade. (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 92).

submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido¹⁰.

Seguindo essa linha de raciocínio, a cirurgia de redesignação de sexo corrigiria um problema, sendo uma solução para uma indevida incongruência entre o gênero e o sexo, considerando que a pessoa transexual possui a convicção de pertencer a outro sexo.

Todavia, essa perspectiva que considera a cirurgia de redesignação sexual como uma espécie de “cura para uma síndrome”, parece estar na contramão dos fatos, eis que baseada em conceitos já superados. Em uma perspectiva mais aberta, a pessoa que transgredir o binarismo sexual (homem x mulher) e as marcas do gênero é denominada pela ciência biomédica de intersexual, sendo a intersexualidade¹¹, uma condição corporal das pessoas que nascem com órgãos reprodutivos e anatomia sexual em desconformidade com o tradicional modelo masculino e feminino.

Cabe ressaltar que a intersexualidade é o desenvolvimento individual do sexo diferentemente do típico padrão mulher-homem, e suas causas seriam as mais variadas possíveis, desde fatores relacionados à ordem cromossômica ou, até mesmo, a exposição do bebê, no útero, aos hormônios sexuais da mãe, segundo a definição da *Clinical Guidelines* (2008, p. 4). Hermafroditismo, ambiguidade genital, genitália ambígua, estados intersexuais, distúrbios do desenvolvimento sexual (DSD), distúrbios da determinação e diferenciação sexual (DDDS) são apenas alguns exemplos das denominações médicas para a intersexualidade.

Segundo essa concepção, a pessoa intersexual desconstrói e desestabiliza a discussão essencialista sobre a relação entre sexo e gênero, por romper o conceito de normalidade e anormalidade.

¹⁰ OMS - CID-10, [s.d.], texto digital.

¹¹ A definição de intersexualidade utilizada no texto é encontrada no ISNA – Intersix Society of North America, organização não-governamental de ativismo político intersexual fundada em 1993. Tem como missão lutar contra as vergonhosas e secretas cirurgias de retificação sexual imputadas aos intersexuais, não desejadas por pessoas nascidas com anatomia sexual desconforme os standards sexuais masculino e feminino. In: www.isna.org. Acesso em: 26 dez. 2016.

Ambos os conceitos, a partir da intersexualidade, se confundem, uma vez que o corpo intersexual transgride a divisão binária dos corpos e suas respectivas consequências sociais¹².

Atualmente, embora a nomenclatura tenha sido modificada, sua carga pejorativa persiste, porquanto o intersexual é visto como andrógono, um híbrido que destoa do corpo normal. Todavia, os olhos ocidentais sobre a intersexualidade não são unânimes em todo o mundo.

Segundo Canguçu-Campino et al. (2009), antropólogos apontam que a intersexualidade é percebida com ‘normalidade’ por muitos povos. Uma das observações mais importantes a esse respeito é a posição social dos intersexuais na Índia. Denominados de Hijras, são considerados pela sociedade como pessoas abençoadas, pois encerram em si ambos os sexos e possuem o condão de abençoar os casamentos e a fertilidade dos noivos. Já no Ocidente, a intersexualidade é alvo de estigmatização e de invisibilidade social, uma vez que rompe o dimorfismo binário heterossexista e provoca medo e frustração na sociedade, porquanto o nascimento de uma criança, para grande parcela dos casos, é permeado por grandes expectativas, com implicações de ordem social e legal.

12 Para a ciência biomédica, os estados intersexuais são considerados anomalias do processo de diferenciação sexual. Consequentemente, as pessoas intersexuais seriam doentes, pacientes acometidos por síndromes, distúrbios ou disfunções, casos de urgência médica das mais graves. Nos livros e tratados médicos, a intersexualidade não é mencionada de maneira específica, como tal, mas diluída nos capítulos sobre a endocrinologia reprodutiva (BEREK, 2008, p. 735), distúrbios endócrinos (BEREK, 2008, p. 795) e distúrbios anatômicos (SCHORGE, 2011, p. 402), o que denota, mais uma vez, a estratégia de tornar socialmente invisíveis as pessoas intersexuais. A história da intersexualidade é caracterizada, dentre outras, de acordo com Dreger (1998), pelo silêncio, pela vergonha, por meias-verdades e meias-mentiras; são histórias veladas, histórias de segredo. Todos os procedimentos médicos (cirúrgicos, hormonais, psicológicos) são legitimados pelo discurso de que a definição sexual é necessária e urgente, na tentativa de minimizar os traumas, as aflições e os estigmas que a criança e sua família certamente passarão diante a indefinição sexual. Portanto, não é possível encontrar, nos manuais de medicina, um conceito claro e objetivo de intersexualidade.

3. A cirurgia de redesignação de sexo

O transexualismo na visão de Spengler (2003, p. 32), “(...) é marcado por um profundo desagrado do transexual por seu sexo biológico, a ponto de concluir que a natureza se equivocou ao dotá-lo de um aparelho sexual dissonante de seu sexo psicológico”.

Pois bem, conforme anteriormente explanado, a pessoa transexual busca, através da cirurgia de redesignação de sexo, diminuir seu sofrimento e sua angústia em razão de ser obrigado a viver em desacordo com sua identidade.

A pessoa transexual pode possuir uma insatisfação em relação ao seu sexo biológico, fato que a leva a utilizar-se de técnicas cirúrgicas e tratamentos hormonais visando adequar sua forma física à forma física do sexo oposto, ao qual acredita pertencer. Percebe-se que essas pessoas almejam, com a cirurgia de mudança de sexo, superar um problema que, muitas vezes, os aflige desde a infância.

Para esses casos, a cirurgia é o modo que o indivíduo encontra para minorar o seu sofrimento e sua angústia, sentimentos que o acompanham desde o momento em que passa a perceber que sua identidade física não condiz com sua identidade psíquica. A partir dessa descoberta, essas pessoas passam a considerar a cirurgia como única forma de tratamento, sendo que muitos chegam a praticar ações desesperadoras, tais como a automutilação ou a autocastração, chegando até os casos mais graves, que cometem o suicídio.

Peres (2001, p. 160), sucintamente, relata os procedimentos cirúrgicos adotados na redesignação sexual:

(...) Os homens têm seus órgãos sexuais amputados, sendo a pele sensível do pênis aproveitada para a feitura de uma vagina artificial, aumentando-se ainda os seios. Nas mulheres, a cirurgia consiste em remover os seios e em realizar uma histerectomia. Remove-se parte da pele da região abdominal ou inguinal, preparando-se, assim, o novo pênis (faloneoplastia), conseguindo-se muitas vezes, segundo relatos médicos, um pênis de dimensões normais e funções também quase normais(...).

Ainda que o procedimento cirúrgico não garanta aos seus adeptos a função reprodutiva, oferece àqueles que se submetem a ele uma existência mais digna e condizente com sua identidade psíquica, na medida em que lhes possibilita melhor definir sua própria sexualidade.

Embora a cirurgia sofra certa resistência, porquanto alguns afirmam que ainda não foi estabelecida uma causa determinadora do transexualismo, seus defensores alegam que ela é a única forma de solucionar aquilo que os transexuais consideram ser o grande problema de suas vidas. Para os defensores dessa intervenção, como Peres (2001, p. 163), o tratamento psicanalítico e hormonal, realizado com o objetivo de adaptar o indivíduo ao sexo biológico que possui, não produz resultados.

Entre as diversas teorias que têm como propósito identificar e explicar as causas do transexualismo, Choeri (2001, p. 242) refere-se a duas delas: a teoria psicosssexual e a teoria neuroendócrina. A teoria psicosssexual atribui as causas aos fatores relativos ao ambiente social onde o indivíduo se desenvolve, tais como a família, o tipo de educação, a afetividade recebida na formação da personalidade individual, etc. Já a teoria neuroendócrina aponta o fator glandular como determinante do transexualismo: a glândula hipotálamo, cuja função é controlar o comportamento sexual. Um distúrbio neurológico pode significar excesso ou diminuição de estrógenos na mãe, resultando um aumento de tamanho (característica masculina) ou um atrofiamento (característica feminina).

Para grande parte dos doutrinadores e juristas, o acesso a esse tipo de cirurgia passou a ser considerado como um direito à saúde, em razão de que ela auxilia o pleno desenvolvimento das pessoas transexuais.

O ponto significante da teoria, na concepção de Szaniawski (1998, p. 93):

(...) da coligação entre a tutela do direito à saúde e do direito à integridade psicofísica do indivíduo, como tema de tutela da personalidade, se concretiza na defesa da saúde em função da possibilidade de a pessoa desenvolver, livremente, a personalidade.

Na edição da Resolução nº 1.482, de 10 de setembro de 1997, do Conselho Federal de Medicina (CFM), houve uma alteração no tocante à prática da cirurgia de redesignação de sexo, uma vez que referido Conselho passou a considerar que esse tipo de cirurgia tinha um caráter corretivo e não de mutilação.

O Conselho ainda determinou que cirurgias dessa natureza somente poderiam ser praticadas em hospitais universitários e públicos, desde que adequados à pesquisa, em indivíduos que apresentassem a síndrome transexual. A Resolução ainda referiu-se à definição do transexualismo, que deveria obedecer aos seguintes critérios:

- indivíduo com desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, de modo a perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as características do sexo oposto;
- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- ausência de outros transtornos mentais;
- comprometimento social do transexual, no convívio e no relacionamento sexual, a ser avaliado por uma equipe multidisciplinar.

Para Spengler (2003), é possível concluir que a cirurgia de adequação do sexo tem natureza terapêutica, uma vez que o transexual não opta por simplesmente mudar de sexo, mas apenas a genitália externa, de modo a adequar-se ao sexo psicológico.

Foi editada, posteriormente, a Resolução nº 1.652/2002, que revogou a Resolução de 1997 e passou a autorizar a cirurgia de

mudança de sexo, independentemente de alvará judicial, para os casos em que o transexualismo fosse comprovado. Esta nova Resolução ainda fixou rígidos critérios para a realização da cirurgia, passando a exigir que o paciente seja maior de 21 (vinte e um) anos de idade, que não possua características físicas inapropriadas para a cirurgia, que tenha um diagnóstico médico de transgenitalismo a indicar o cabimento da cirurgia, após uma avaliação minuciosamente realizada por uma equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social durante o período mínimo de dois anos.

No ano de 2010, o CFM editou a Resolução nº 1.955, que assim como a anterior, trouxe critérios para a realização da cirurgia de mudança de sexo, mantendo, inclusive, a idade de 21 (vinte e um) anos como um de seus requisitos.

Essa Resolução não alterou substancialmente a anterior, porém, em razão da evolução natural dos procedimentos de seleção e tratamento dos casos de transexualismo, o CFM aprofundou alguns dos critérios estabelecidos pela Resolução de 2002.

Desse modo, a realização da cirurgia exige que sejam preenchidos os requisitos elencados pelo CFM e, uma vez atendidos os critérios, a cirurgia deve ser realizada, vez que serve para promover o bem-estar do indivíduo transexual, ao reconhecer seu direito de viver com dignidade. Segundo Lemos (2008, p. 23) “(...) há um desajuste psicológico que é normalizado com a intervenção e, a partir daí, promove uma interligação mais harmônica entre o físico, o emocional, o comportamental, o sexual e o social (...)”.

Cumprе ressaltar que a alteração do próprio corpo também é tratada pela legislação civil, conforme o estabelecido pelo artigo 13, do Código Civil, que estabelece: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

A análise desse dispositivo legal permite verificar que, sendo a intervenção cirúrgica uma forma de disposição do próprio corpo, a legislação nacional vedaria tal procedimento. Todavia, considerando a evolução dos tempos e, conseqüentemente, a evolução social, o Conselho de Justiça Federal (CJF), embasado nos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, em seu Enunciado nº 6, aprovado na I Jornada de Direito Civil, em 2002¹³, estabeleceu: “a expressão ‘exigência médica’ contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

Os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, juntamente com o princípio da isonomia são fundamentais para embasar o reconhecimento aos direitos do transexual, valendo ainda lembrar que o direito à personalidade refere-se à essência do indivíduo, que deve ser respeitada em qualquer situação e grau de jurisdição, mormente quando relacionada ao indivíduo transexual que é, sobretudo, um cidadão.

Conforme o determinado pelo artigo 5º¹⁴, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), o juiz deve, ao aplicar a lei ao caso concreto, atender e preservar o bem comum, delimitando não só a sociedade como um todo, mas o próprio indivíduo em si, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Resolvida a questão cirúrgica, novos desafios surgem ao transexual uma vez que sua aparência física passa a ser de um sexo, enquanto que, seus documentos, são de outro. Para esses casos, se o indivíduo escolhe determinada identidade sexual, esta deve ser respeitada, não podendo ser impedido de exercê-la, plenamente, seja em qualquer esfera social ou jurídica. Diante desse fato, o transexual volta-se à Justiça para conseguir a regularização da sua situação de modo a evitar ou diminuir constrangimentos pelos quais se vê compelido a enfrentar perante a sociedade.

13 CJF – Conselho da Justiça Federal – Enunciados. I Jornada de Direito Civil.

14 Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

4. Os reflexos jurídicos surgidos após a mudança de sexo

A cirurgia de redesignação sexual é considerada como uma forma da pessoa transexual atingir sua integração individual e social, porquanto é por intermédio da cirurgia que o indivíduo procura eliminar sua dualidade sexual de modo a alcançar uma melhor vivência com o seu sexo psicossocial.

A pessoa transexual utiliza-se desse procedimento cirúrgico almejando viver de modo mais digno, segundo suas vontades, sua consciência e sua integridade física.

Ocorre que após realizado o procedimento, o indivíduo se depara com inúmeros problemas de ordem prática, tais como a necessidade de alteração do seu nome e sexo no Registro Civil, a incerteza quanto à possibilidade de contrair núpcias, a situação jurídica dos filhos, entre outras situações que requerem uma solução jurídica definitiva de modo a possibilitar, àquele que optou por submeter-se à cirurgia, alcançar o direito de viver dignamente, ajustado à sociedade e exercendo os direitos de um cidadão comum, respeitado em sua individualidade.

4.1 Os reflexos no Registro Civil

Após a realização da cirurgia, muitas vezes, a pessoa transexual passa a enfrentar novos tipos de problemas em face da necessidade de alteração do prenome e do sexo do indivíduo transexual no Registro Civil.

A alteração de prenome, quando negada pela Justiça, faz com que o indivíduo transexual continue a enfrentar um sofrimento que muitas vezes o acompanha desde tenra idade, em razão de possuir uma aparência que não condiz com o seu sexo jurídico.

Destaca-se que a negativa da alteração do prenome e do sexo no Registro Civil fere os direitos de personalidade do transexual, uma vez que a não coincidência da identidade física com a constante nos documentos gera sérios abalos psíquicos, que exigem que seja feita a retificação.

É importante ressaltar que as ciências (Medicina, Psicologia e a Psiquiatria) entendem que essa cirurgia de redesignação de sexo é necessária para eliminar a angústia em que vive o indivíduo transexual, de modo que a negativa de alteração no Registro Civil prolonga a vivência nesse estado de angústia por parte daquele que conquistou uma nova aparência sexual após a operação.

Na maioria das vezes, a pretensão de mudança de prenome do transexual não é acolhida pela legislação ordinária vigente, sendo que vários são os julgados que ainda entendem ser inadmissível a alteração do registro em razão da prevalência do sexo biológico sobre o sexo psíquico, fato que serviria a justificar o princípio da imutabilidade do nome da pessoa, adotado pelo ordenamento jurídico.

Essa situação aponta para a existência de um descompasso entre a identidade física e a jurídica, descompasso esse que prejudica o indivíduo transexual, eis que lhe causa embaraço ao obrigá-lo a enfrentar situações que poderiam ser evitadas com a simples retificação do seu Registro Civil.

Uma análise da legislação brasileira permite verificar que esta não prevê, expressamente, a possibilidade de alteração do nome, protegendo-o como um elemento inerente ao direito de personalidade, permitindo que ocorram alterações do registro civil apenas em determinados casos, conforme estabelecido pela Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1.973, a Lei de Registros Públicos.

A legislação permite, por exemplo, a alteração do nome em caso de erro de grafia ou quando o prenome expuser seu portador ao ridículo, sendo que este último exemplo poderia ser o adotado para o caso do indivíduo transexual, uma vez que após se submeter ao

procedimento cirúrgico, passa a portar documentos em desacordo com sua aparência.

Contudo, não existe uma proibição expressa na legislação sobre a retificação do sexo da pessoa. Assim, uma vez que existe essa lacuna na legislação, passa a caber ao juiz a utilização de outras fontes de direito para solucionar a questão, eis que o transexual busca apenas a alteração de seu prenome e sexo em seu Registro Civil, de modo que estes fiquem adequados à sua nova aparência física. Assim, uma vez que o prenome do transexual é o causador de constrangimentos em sua vida social, poderá ser alterado por meio de ação judicial.

Embora o sistema jurídico brasileiro tenha adotado o princípio da imutabilidade do prenome, este não deve ser interpretado irrestritamente, conforme disposição da própria Lei de Registros Públicos, que autoriza a alteração do prenome nos casos em que este expõe seu portador ao ridículo¹⁵.

Além disso, essa mesma legislação também traz outras razões que, se justificadas, permitem judicialmente a mudança de nome, como nos casos de casamento, de divórcio, de reconhecimento de filho, da mudança de nome de ascendente, dentre outros.

Cabe ressaltar que os defensores da imutabilidade do prenome e do sexo do transexual argumentam que o Registro de Nascimento deve retratar a verdade, visto que é fonte legítima da realidade, não comportando a modificação do estado sexual e do prenome em razão da cirurgia de redesignação sexual.

Para esse grupo, o sexo biológico prevalece sobre o sobre o sexo psíquico. Na lição de Szaniawski (1998. p. 175-176):

15 Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

(...) a operação de transgenitalismo não teria o condão de mudar o sexo do indivíduo, permanecendo o transexual com seu sexo de origem, o declarado por ocasião da lavratura de seu registro de nascimento, ou, como entendem outros, torna-se pessoa de sexo indefinido, não se caracterizando nem como pessoa do sexo masculino, nem como do sexo feminino.

Por sua vez, as decisões jurisprudenciais que entendem não ser possível a alteração do sexo no Registro Civil, muitas vezes, definem o sexo tão somente pela ótica biológica, deixando de considerar os demais fatores de sua formação, como o sexo psicossocial, por exemplo. Como exemplo, veja-se ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que para autorizar a mudança de prenome do Registro Civil do transexual, exigiu perícia médica e psicológica mesmo após já ter sido realizado o procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Agravo de Instrumento. Retificação de Registro Público. Transexualismo. Alteração de prenome. Perícia Médica. Necessidade. Indispensável a realização de Perícia Médica e Psicológica para retificação de Registro Público, em razão da submissão à intervenção cirúrgica corretiva de órgãos genitais. Negado seguimento¹⁶.

Por outro lado, os defensores da realização do procedimento cirúrgico, juntamente com a respectiva alteração do Registro Civil, entendem que o indivíduo transexual está no exercício do seu direito à liberdade, eis que este é oriundo dos direitos de personalidade e o Estado tem o dever de proteger o interesse da pessoa transexual.

Cumprе ressaltar que a falta de previsão legal faz com que a situação da pessoa transexual seja analisada de maneira singular, embasada pelos princípios da justiça e igualdade, que preveem um tratamento diferenciado entre o normal e o excepcional, de modo que seja igualada materialmente.

Ademais, o simples fato de inexistir previsão legal para determinada situação fática não denota a ausência de efeitos jurídicos,

16 TJ-RS - Agravo de Instrumento nº 70047830450, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 12 mar.2012.

de modo que as decisões jurisprudenciais assumem grande relevância na medida em que buscam adequar a ordem jurídica à ordem natural, em toda a sua complexidade.

A questão da dignidade do ser humano, considerada um dos fundamentos da República, tratada na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III¹⁷, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade, ao mesmo tempo em que garante ao indivíduo transexual o direito à cidadania e à posição de sujeito de direitos na sociedade, no campo do direito à saúde, também denominado direito da personalidade.

Ressalte-se que existem outras decisões que têm permitido somente a alteração registral do nome mediante a comprovação fática da inadequação social, deixando de possibilitar que a alteração também seja feita em relação ao sexo do portador, enquanto não tiver sido feita a cirurgia de redesignação sexual.

A inexistência de legislação sobre o tema tem levado a maioria dos Tribunais a deferir a retificação do Registro Civil dos transexuais, todavia, ainda existe muita polêmica em torno do assunto, uma vez que algumas decisões têm determinado que a retificação decorra de autorização judicial, a ser concedida após perícia médica e psicológica.

A título de esclarecimento, cabe destacar que há um Projeto de Lei (70-B)¹⁸, em tramitação na Câmara dos Deputados, apto a se incluído em pauta, que visa legalizar a alteração do prenome mediante autorização judicial, especialmente naqueles casos em que os indivíduos já tenham se submetido ao procedimento

17 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...);

III - a dignidade da pessoa humana.

18 PL 70/1995. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Apresentação: 22.02.1995. Autor: José Coimbra – PTB/SP. Situação: pronta para Pauta no Plenário.

cirúrgico de modificação do sexo, com vistas a alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940.

Cabe destacar que referido projeto representa um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto à regularização e legalização da situação dos transexuais brasileiros, notadamente porque se propõe a acrescentar um novo parágrafo ao artigo 129 do Código Penal e a alterar o artigo 58 da Lei de Registros Públicos, de modo que estes passariam a ter a seguinte redação:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

(...);

Exclusão do crime

§10. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime da junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

(...);

§2º. Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§3º. No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro.

Assim, evidencia-se que para que a garantia do bem-estar do transexual seja alcançada, não basta apenas que sejam realizadas as alterações documentais, devendo estas ser mantidas em sigilo. Na lição de Lemos (2008, p. 28):

(...) não há razão para que, depois de passar por cirurgia de redesignação com o intuito de sair da marginalidade, seja possibilitado que qualquer pessoa tenha acesso às informações, no Registro Civil, que indicam que a alteração se deve a processo judicial.

Nesse sentido, veja-se o posicionamento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. Alteração. prenome e gênero. Transexualismo. Proibição de referência quanto à mudança. Possibilidade. Determinada a alteração do registro civil de nascimento em casos de transexualidade, desde que demonstrada a existência da alopatia, é imperiosa a proibição de referência no registro civil quanto à mudança, a fim de preservar a intimidade do apelado. NEGARAM PROVIMENTO¹⁹.

Ao tratar essa questão, o Ilustre Relator Rui Portanova, no corpo da decisão, argumentou que muitas vezes os operadores do Direito se preocupam mais com as consequências que certos atos podem causar a terceiros, em vez de assegurar o direito que a parte interessada está buscando:

(...) Tenho que não se pode priorizar eventuais direitos de terceiros, que talvez nunca venham a ser reclamados, em detrimento do autor. No momento, o que se tem de concreto é que o autor já é muito mais Tatiane do que Horacildo. Ocorre que seu registro civil não reflete esta realidade social, o que faz com que terceiros, repetidamente, sejam induzidos em erro, submetendo-o a situações constrangedoras e vexatórias (...).

Conforme a lição de Araújo (2000, p. 140), “o transexual que se submete à cirurgia de redesignação sexual tem direito ao esquecimento de sua situação, como forma de dignidade humana, não sendo justo que carregue por toda sua vida a situação de dualidade, que foi minorada pela cirurgia.

Em algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), atualmente tem vigorado, especialmente nas ações decididas pelo Desembargador Rui Portanova, o entendimento de que a retificação do Registro Civil não depende do transexual ter feito a cirurgia de mudança de sexo, mas sim que a identificação da pessoa tenha coerência com as suas características físicas e psíquicas, conforme é possível verificar:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO

¹⁹ TJ-RS. Apelação Cível nº 70021120522, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11 out. 2007.

DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO²⁰.

Como exposto, em face de decisões contraditórias e omissões legais, passa a caber ao juiz a aplicação dos princípios da equidade e da justiça, assim como na interpretação dos casos, também lhe caberá aplicar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, para que seja dada, a cada caso concreto, a melhor solução para aquele que pleiteia o direito, de modo a evitar a marginalização do indivíduo transexual.

Uma outra questão que tem possibilitado a mudança na realidade dessas pessoas, minorando os constrangimentos a serem suportados é o Decreto Estadual nº 48.118²¹, de 27 de junho de 2011, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que determina que nos procedimentos e atos de Órgãos Públicos, como, por exemplo, nas escolas públicas gaúchas, seja utilizado o nome social de travestis e transexuais.

No mesmo sentido é o Decreto nº 49.122²², de 17 de maio de 2012, também do Governo gaúcho, que autoriza o transexual a ter impresso, numa Carteira de Nome Social, o nome feminino pelo qual é identificado e conhecido socialmente, devendo atender como requisito obrigatório a prévia identificação civil feita pelo Estado do

20 TJ-RS. Apelação Cível no 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29 out. 2009.

21 Dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual e dá providências.

22 Institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Estado do Rio Grande do Sul.

Rio Grande do Sul, sendo que essa Carteira tem validade em entidades e Órgãos Públicos de todo o Estado do Rio Grande do Sul.

4.2 Os reflexos no casamento

Além dos reflexos no Registro Civil, a cirurgia de redesignação de sexo acarreta consequências em relação à possibilidade do transexual contrair núpcias, uma vez que após a realização da intervenção, a pessoa transexual passa a buscar a alteração de seu nome e da identificação do sexo no Registro Civil, tendo em vista que em sua documentação ainda está constando o gênero corporal ao qual foi registrado ao nascer.

Uma vez que foi obtida a modificação do estado sexual por meio da cirurgia de redesignação e da alteração no documento civil, torna-se necessário reconhecer as repercussões jurídicas dessa mudança, uma vez que a atual situação do indivíduo redesignado trará consequências no papel social por ele desempenhado, com reflexos, tanto para as suas relações sociais, quanto para as suas relações familiares.

Cabe asseverar que até algum tempo atrás, os julgamentos relacionados à situação desses indivíduos transexuais não analisavam a possibilidade de ocorrer a legitimação do casamento contraído por esses indivíduos.

Todavia, com a divulgação da Resolução nº 175²³, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária, os cartórios de todo o Brasil não mais puderam recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou a conversão em casamento civil da união homoafetiva, onde encontra-se inserida a questão relativa ao transexual, que também poderá contrair núpcias.

²³ Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. O texto de referida Resolução proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Cumprе ressaltar que com a alteração do Registro Civil, o transexual passa a ter em seus documentos o sexo condizente com sua nova realidade, conquistada após submeter-se à cirurgia, não havendo, em princípio, impedimento ao casamento, até porque os sexos morfológico e psíquico encontram-se em consonância com o sexo civil.

Nesse caso, conforme ditames da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa prevalece sobre as demais estruturas institucionais.

Ainda que a legislação brasileira sobre casamento não compreenda a situação do transexual, seu casamento pode ser realizado, notadamente porque com a alteração do Registro Civil daquele que já fez a cirurgia de redesignação sexual, a questão jurídica resta solucionada e o transexual adquire capacidade para contrair o matrimônio.

Cabe destacar que para que ocorra a existência e validade do casamento, deverá haver o consentimento dos cônjuges, por meio do qual será constituído o vínculo familiar. Especialmente no caso de casamento de transexual redesignado, que já obteve a alteração de seu Registro Civil, este deve informar ao seu parceiro a sua condição de transexual em razão de que a omissão dessa informação poderá ensejar o pedido de anulação do casamento por parte do cônjuge enganado, sob a alegação de erro essencial sobre a pessoa do redesignado, conforme previsão do artigo 1.557, inciso I²⁴, do Código Civil (CC).

Ressalte-se que o casamento de transexual não é nulo, mas anulável, com base no erro essencial quanto à pessoa do cônjuge. Nesses casos, o Estado deixa para os interessados, no caso, o cônjuge enganado, a escolha quanto à manifestação, porquanto se sentir que

24 Art. 1557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

o fato lhe causa tamanho prejuízo que torne inviável a vida do casal, poderá pedir a anulação do casamento.

Outra consideração a ser feita em relação à questão do casamento do transexual redesignado relaciona-se com a finalidade procriadora do casamento. No caso dos indivíduos que passaram pela intervenção cirúrgica, a procriação resta inviabilizada, porquanto embora tenha ocorrido a alteração sexual, esta não capacita o indivíduo a procriar.

Todavia, referido obstáculo deixa de ter importância em razão do fato de muitos casais atualmente terem optado por não ter filhos, embora gozem de plena saúde para procriar e, nem por isso, o Estado lhes tenha negado o direito ao matrimônio.

Cumprе ressaltar que a procriação no casamento deixou de ser uma imposição social, passando a ser uma decisão cabível apenas entre os conviventes.

Outra questão que se mostra extremamente complexa relativa à cirurgia surge quando esta ocorre com o indivíduo transexual já casado, que deseja se submeter à cirurgia para redesignação sexual.

Na argumentação de Szaniawski (1998, p. 124), “se o mesmo for casado e não pretender, nem seu cônjuge, se divorciar, dependerá o transexual casado do consentimento expresso de seu cônjuge para realizar a transformação de sexo”.

Todavia, para referido doutrinador, ainda que tenha ocorrido a permissão do cônjuge, a partir da cirurgia realizada, o casamento não pode prosperar, pois “levando-se em consideração a situação do transexual redesignado, de acordo com o sexo morfológico, estariam ambos os cônjuges perante a situação de casamento inexistente, uma vez que a cirurgia equiparou ambos no plano sexual” (SZANIAWSKI, 1998, p. 126).

O doutrinador ainda faz referência a Côrrea de Oliveira e Francisco Muniz, mencionando que esses autores são contrários à tese do casamento inexistente, uma vez que a inexistência ocorre

devido à identidade de sexo dos cônjuges, que se dá posteriormente à celebração do casamento. Desse modo, se ocorreu o casamento e ele se consumou, não pode ser considerado inexistente.

Os autores citados propõem que haja a inclusão de um dispositivo legal, prevendo que, quando realizada em transexual casado, a cirurgia seja considerada causa de dissolução do casamento, operando-se o divórcio do casal.

Ainda que existam pressões externas que venham a forçar o indivíduo transexual a se casar, e que seja admitida a cirurgia na hipótese de transexual casado, essa situação se dá muito raramente, conforme Peres (2001, p. 215), “pois uma das características do transexual é a atração por pessoa do mesmo sexo biológico que o seu, o que inviabilizaria esse casamento com pessoa do sexo oposto”.

4.3 Os reflexos na filiação

Conforme tudo que já foi exposto, é possível observar que a cirurgia de redesignação sexual traz repercussões nas relações familiares, podendo gerar reflexos na filiação, porquanto existe a possibilidade da pessoa transexual ter gerado filhos antes da cirurgia.

Como anteriormente mencionado, também podem ocorrer alguns casos em que a pessoa transexual realiza a cirurgia de redesignação sexual depois de já ter sido casado. Nessa hipótese, o indivíduo transexual pode ter gerado filhos e, nesses casos, é muito importante se atentar para a situação desses descendentes após a realização da cirurgia.

Em princípio, no tocante às relações entre pais transexuais e seus filhos não há qualquer razão para considerar que um pai ou mãe serão inadequados pelo simples fato de que são transexuais que se submeteram à cirurgia de redesignação de sexo.

No que diz respeito à situação jurídica dos filhos de transexual perante a redesignação sexual de seu pai ou de sua mãe, nada

deve afetá-los no plano do direito, vez que continuaram com seus assentamentos de nascimento imutáveis, constando o estado civil originário dos seus pais, porquanto a existência de redesignação de um dos pais não deve jamais aparecer em qualquer documento do filho.

Por sua vez, as questões referentes à cirurgia de redesignação sempre devem ter como supremacia o interesse da criança, sendo possível a realização da cirurgia somente quando esta não trouxer confrontos entre o interesse da criança e de seu pretense pai ou mãe.

Sobre a mudança de sexo, cabe destacar o entendimento da psicóloga Tatiana Lionço (2009, p. 01), ao analisar a questão sob o prisma psicológico:

A mudança de sexo vai além da vontade ou de um mero desejo de ser alguém do sexo oposto. O comportamento é originado da infância e a medicina está padronizando um comportamento, mas os sujeitos são diversos, pois a mesma condiciona a transexualidade ao desejo de fazer a cirurgia, mas nem sempre a transexualidade foi objeto do poder médico, e nem todos os transexuais encontram na cirurgia a resolução de todos os seus problemas, visto que cada indivíduo possui uma história diferente. Muitas vezes, os transexuais se sentem do gênero oposto desde a infância e passam a manifestar o desejo de pertencer ao sexo oposto preferindo a seus brinquedos e brincadeiras. Embora algumas pessoas utilizem o termo “transexual” para definir uma pessoa que já passou uma cirurgia de redesignação sexual, entretanto é uma utilização equivocada, pois nem toda pessoa cujo sexo psicológico é o oposto do sexo biológico irá passar pela cirurgia, podendo simplesmente realizar um tratamento hormonal²⁵.

Na lição de Spengler (2003, p. 193-194):

Merece consideração se a manutenção do transexual, convivendo com um sexo biológico que é dissidente do seu sexo psicológico, não traz mais malefícios (principalmente em termos psicológicos e emocionais) à sua prole do que a própria cirurgia e, conseqüentemente, a alteração registral. Assim, devem ser analisados os interesses da prole, para posteriormente atender aos anseios do transexual.

25 LIONÇO, Tatiana. Um olhar sobre a transexualidade a partir da perspectiva da tensionalidade somato-psíquica. Disponível em: <<http://analu10.wordpress.com/2007/09/12/o-que-diz-a-psicologia>>. Acesso em: 9 out. 2016.

Outra questão que merece ser considerada é a que trata dos filhos advindos depois da cirurgia de transformação sexual, sejam estes oriundos de inseminação artificial ou por adoção, é um assunto delicado que abrange grande dificuldade, principalmente porque envolve o interesse de menores, interesses estes que devem sempre prevalecer.

Cabe asseverar que por sua importância e pelos reflexos gerados, esse assunto merece ser discutido pela doutrina e pelos Tribunais, antes que ocorra qualquer regulamentação da legislação, de modo que o assunto tenha subsídios que auxiliem os legisladores na feitura da legislação.

5. Considerações finais

O transexualismo é um assunto relativamente novo, que tem gerado inúmeras controvérsias em razão da existência de uma infinidade de questões jurídicas relacionadas ao tema, que ainda não foram disciplinadas e suscitam muitas dúvidas quanto à aplicação do Direito.

Assim, em razão da falta de uma legislação específica sobre o assunto, a pessoa transexual tem se socorrido do Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos, evocando os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, como realização fundamental de sua personalidade, em face de conviver em um Estado Democrático de Direito.

Pelo exposto, é possível depreender que a cirurgia de mudança de sexo surge na vida do transexual como um forma de redenção, mitigação de conflitos e apaziguamento de sofrimento, em razão de que esse indivíduo vê, nesse tipo de procedimento, uma possível solução para os problemas internos que, muitas vezes, o acompanham desde muito tempo.

Assim, percebe-se que esse tipo de procedimento cirúrgico possui grande significância, fato que faz com que a cirurgia deva ser apoiada pelo Estado, já que é dever deste, contribuir para a liberdade do indivíduo, notadamente, porque a liberdade está assegurada como um dos direitos e deveres da Constituição Federal²⁶.

Desse modo, a pessoa transexual passa a ter o direito de buscar o meio que julga capaz de fazê-lo mais feliz, possibilitando a eliminação da contradição existente em sua vida.

Ao longo do desenvolvimento do texto, foram tratadas as diferentes formas de manifestações sexuais, considerando que a sexualidade humana se encontra abrangida por diversos aspectos, com vários fatores sendo os responsáveis pela formação da sexualidade, a partir dos quais surge o direito à identificação sexual, considerada como um direito de personalidade.

Dentro das manifestações sexuais, o transexualismo foi conceituado como entidade autônoma, com características distintas da homossexualidade e do travestismo. Foi tratada a questão do indivíduo transexual apresentar o sexo psíquico diferente do sexo biológico e civil, sendo a vontade de mudar de sexo própria de seu estado transexual.

Verificou-se que a pessoa transexual vivencia um sentimento de angústia constante, concentrado em uma necessidade de se transformar em pessoa do sexo biológico diverso do seu, sendo essa a razão para que, em muitas vezes, a cirurgia de redesignação passe a ser considerada como a única solução possível para o seu problema.

Todavia, restou constatado que embora a cirurgia possa ser a solução de parte dos problemas do transexual, por outro lado, gera outras dificuldades, como, por exemplo, a dissociação entre o Registro Civil e o sexo redesignado do transexual.

26 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. [grifo nosso]

Exatamente nesse ponto foram destacados os reflexos jurídicos advindos da cirurgia, que servem para apontar possíveis resoluções para os conflitos vivenciados pelo transexual a partir do momento em que opta por se submeter à intervenção cirúrgica, na medida em que a cirurgia tem reflexos na esfera dos direitos de personalidade, uma vez que a solução para o descompasso entre o sexo do transexual e seus documentos é a retificação do seu Registro Civil, para constar o nome e o sexo adotados após a cirurgia.

Já em relação ao casamento de pessoa transexual, uma vez realizada a cirurgia de redesignação sexual, com a retificação do Registro Civil do transexual, entende-se que não há impedimento para o casamento, porquanto o sexo civil do transexual será contrário ao sexo do seu cônjuge, fato que viabiliza a realização do casamento.

Por sua vez, no que diz respeito à cirurgia realizada em transexual que já é casado, entende-se que, após a mudança de sexo, seu casamento também pode ter continuidade, mesmo que passe a se caracterizar como um casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que, pela Resolução do CNJ, de 14 de maio de 2013, já é autorizado por norma passada aos Cartórios Registrais, sem necessidade de decisão judicial.

De igual modo, encontram-se protegidos os direitos dos filhos do transexual, tanto os advindos antes da cirurgia, como os que ele pretenda ter depois de se submeter à redesignação sexual (por meio de inseminação artificial ou por adoção).

Cabe ressaltar que a pessoa transexual redesignada que constituir família, pelo casamento ou por união estável, deve ter o direito de exercer a procriação. Ainda que esteja impossibilitado de procriar, o transexual poderá se valer de técnicas de inseminação ou, ainda, poderá optar pela adoção, sendo que, em qualquer hipótese, devem ser considerados os interesses da prole, especialmente nos casos que envolvam menores, pois eles devem ter seus direitos garantidos.

Por fim, cumpre esclarecer que devido à polêmica que envolve a temática, entende-se que a sua interpretação sempre deverá se pautar segundo os princípios constitucionais, sem deixar de levar em consideração os anseios da sociedade, de modo a prevalecer o interesse da pessoa, devendo o legislador editar leis que venham ao encontro dos princípios fundamentais, em especial, o da dignidade humana.

Referências

ARAÚJO, Luiz A.D. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOZA, Heloisa H.; BARRETO, Vicente de P. (Orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 225- 257.

BEREK, Jonathan S. **Tratado de ginecologia**. Trad. Claudia Lúcia C. de Araújo. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 1973**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Projeto 70/1995**. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Autor: José Coimbra – PTB/SP. Apresentação: 22.02.1995. Situação: Pronta para

Pauta no Plenário. Disponível em: <<http://http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAMARGO, Kenneth; ROHDEN, Fabíola; CÁCERES, Carlos F. Ciência, gênero e sexualidade. In: **Sexualidade e Política na América Latina: histórias, interseções e paradoxos**. Rio de Janeiro: ABIA, 2011.

CANGUÇU-CAMPINO, Ana Karina; BASTOS, Ana Cecília de S. B.; LIMA, Isabel Maria S. Oliveira. *O discurso biomédico e o da construção social na pesquisa sobre intersexualidade*. Physis - **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 2009, n. 19, a.4, p. 1145-1164. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 22 de dez. 2016.

CHOERI, Raul. **Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização**. In: CID-10. Classificação Internacional de Doenças – 10. ed. [s.d.]. Cap. V - Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10. Disponível em: <http://www.psicnet.psc.br/v2/site/dicionario/registro_default.asp?ID=13>. Acesso em: 20 out. 2016.

CLINICAL GUIDELINES. **Consortium on the management of disorders of sex development**. California: California Endowment and Arcus Foundation, 2008.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 06 nov. 2016.

DREGER, Alice Domurat. **Hermaphrodites and the medical invention of sex**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

GOMES, Geraldo da Silva. BEZERRA, Marco Antônio Alves. *Acercamento sobre a transgeneridade contemporânea para a atuação do MPE-TO na defesa dos direitos fundamentais das pessoas em suas diversidades sexuais*. Tocantins, Ministério Público. **Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins**. Coord. José Maria da Silva Júnior. Palmas: Cesaf, ano 8, nº 13, 2015. p. 100/128.

ISNA – Intersix Society of North America. Disponível em: <<http://www.isna.org>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

LEMOS, Maitê D. T. *O direito a mudança de sexo nos casos de transexualidade: um “novo” direito de quarta geração*. In: GORCZESKI, Clóvis (Org.). **Direitos Humanos: a quarta geração em debate**. Porto Alegre: UFRGS, 2008, T. 4. cap. 1, p. 7-38.

LIONÇO, Tatiana. **Um olhar sobre a transexualidade a partir da perspectiva da tensionalidade somato-psíquica**. Disponível em: <<http://analu10.wordpress.com/2007/09/12/o-que-diz-a-psicologia>>. Acesso em: 9 out. 2016.

LOURES, Cláudia R. da R. *Por que o transexual não pode ser vítima de estupro?* **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 9, n. 89, p. 01-14, fev./mar., 2008. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica>>. Acesso em: 24 out. 2016.

PERES, Ana P. A. B. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RESOLUÇÃO nº 1.482, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 03 nov 2016.

RESOLUÇÃO nº 1.652, de 6 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/legislacoes/resolucoes/14379-1652.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

RESOLUÇÃO nº 1.955/2010, de 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n° 70021120522, da 8ª Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Data do julgamento: 11 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível n° 70030504070, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29 out. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento n° 70047830450, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 48.118, de 27 de junho de 2011**. Dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=156225>>. Acesso em: 17 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto 49.122, de 17 de maio de 2012**. Institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decreto-governo-rs-institui-carteira.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

SCHORGE, Jonh O. et al. **Ginecologia de Williams**. Trad. Celeste Inthy. Rev. Téc. Suzana Arenhart Pessini. Porto Alegre: Artmed, 2011.

SILVA, Nélio Luís P. da. **A mudança de nome civil em virtude de cirurgia de redesignação sexual**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/16238/1/A-MUDANCA-DE-NOME-CIVIL-EM-VIRTUDE-DE-CIRURGIA-DE-REDESIGNACAO-SEXUAL/pagina1.html>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SPENGLER, Fabiana M. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

SUPREMO reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TRAVAGLIA, Naíla R. P. **Alteração do registro civil do transexual operado**. 2005. 73 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/19178>>. Acesso em: 13 out. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: Método, 2008.

VENTURA, Miriam. *Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual*. In: RIOS, Roger R. (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 141-167.

WEEKS, Jeffrey. *O corpo e a sexualidade*. In: **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Trocando os documentos**: um estudo antropológico sobre a cirurgia de troca de sexo. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 2003.

(Não) relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária

Dálethe Borges Messias¹

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade analisar os questionamentos que envolvem a relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária, apontando a visão doutrinária, legislativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro. Tal discussão se faz necessária, haja vista as grandes controvérsias acerca da aceitação ou não das teorias da relativização da coisa julgada na seara tributária. Pretende ainda analisar os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal e se estas teriam a capacidade de modificar a coisa julgada tributária tida como inconstitucional. Após diversas pesquisas bibliográficas e jurisprudências, conclui-se que, em observância ao princípio da segurança jurídica, não é possível deconstituir a coisa julgada em matéria tributária, ainda que haja manifestação posterior do STF reconhecendo a inconstitucionalidade da norma tributária.

Palavras-chave: *Direito Tributário; Coisa Julgada; Relativização; Inconstitucionalidade.*

¹ Técnico Ministerial – Assistência Administrativa/ Assistente de Gabinete de Procuradoria de Justiça do MPE/TO. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins.

Resumen

Este estudio tiene por finalidad analizar los cuestionamientos que involucran la relativización de la cosa juzgada inconstitucional en materia tributaria, aputando a la visión doctrinal, legislativa y jurisprudencial del sistema jurídico brasileño. Tal discusión se hace necesaria, frente a las grandes controversias acerca de la aceptación o rechazo de las teorías de la relatividad de la cosa juzgada en la siega de impuestos. También pretende analizar las consecuencias de las decisiones del Tribunal Supremo (STF) y si estas tendrían la capacidad de cambiar el impuesto de la cosa juzgada considerado como inconstitucional. Después de varias investigaciones bibliográficas y jurisprudencias, se concluye que en cumplimiento del principio de seguridad jurídica, no es posible desconstituir la cosa juzgada en materia tributaria, aunque haya manifestación posterior del STF reconociendo la inconstitucionalidad de la norma tributaria.

Palabras clave: *Derecho tributario; Cosa juzgada; Relativización; Inconstitucionalidad.*

1. Introdução

Desde os primórdios, o homem necessita de normas de conduta que possibilitem o convívio harmônico em sociedade, já que a ausência de regras possui como consequência precípua a desordem social.

A positivação do Direito mostra-se, dessa forma, imprescindível para impor limites no comportamento dos indivíduos e garantir o mínimo de organização que torne a vida em sociedade possível. Todavia, de nada adiantariam regras se não houvesse mecanismos capazes de exigir o seu fiel cumprimento.

É nesse contexto que surge a função jurisdicional do Estado exercida por meio do Poder Judiciário, restando possibilitado a qualquer cidadão, na iminência de um litígio, socorrer-se do Estado-Juiz em busca de tutela jurisdicional para resolver a sua lide.

O Estado-Juiz, por sua vez, dirá o direito diante daquele caso concreto e a sentença proferida terá força de lei entre as partes, tornando-se imutável e indiscutível quando não for mais passível de recurso. A este instituto processual dá-se o nome de coisa julgada.

O enfoque deste trabalho é o estudo da coisa julgada como uma garantia constitucional que objetiva preservar a segurança jurídica das relações e alcançar a pacificação social, tendo em vista que evita a eternização dos litígios e garante a estabilização das relações dentro e fora do processo.

Todavia, conforme será abordado posteriormente, alguns doutrinadores têm defendido a possibilidade de rever decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada desde que estas decisões sejam injustas, incorretas ou inconstitucionais. É a chamada teoria da relativização da coisa julgada. No entanto, não se verifica injustiça maior do que a instalação da insegurança geral nas relações jurídicas.

Com relação à seara tributária, mostra-se imprescindível que as decisões sejam alcançadas pelo manto da coisa julgada de modo a garantir a segurança jurídica das relações formadas entre o contribuinte e o Estado.

No que concerne aos aspectos metodológicos, a problemática aqui apresentada é examinada com base em pesquisas bibliográficas dos principais doutrinadores pátrios, autoridades no Direito Constitucional, Processual Civil e Tributário, bem como na jurisprudência dominante acerca da relativização ou não da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária.

O trabalho em epígrafe apresenta as principais correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à relativização da coisa julgada inconstitucional, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, priorizando o enfoque na seara tributária.

Assim sendo, dar-se-á maior ênfase nos reflexos das decisões da Suprema Corte ao declarar a inconstitucionalidade de normas tributárias, e se estas teriam o condão de alcançar as sentenças já transitadas em julgado, prolatadas no bojo de processos em que litigam o Fisco e o Contribuinte.

Ao final, far-se-á uma abordagem sobre as polêmicas que giram em torno da Súmula 239 do STF e se esta seria uma possibilidade de admissão da relativização da coisa julgada no Direito Tributário.

2. Correntes doutrinárias sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional

A teoria da relativização da coisa julgada é alvo de grandes embates entre doutrinadores e juristas de todo o país, havendo aqueles que a defendem com a alegação precípua de garantir a justiça das decisões e os que a repudiam em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Um dos argumentos utilizados pelos defensores da teoria da relativização da coisa julgada é o de que esta não tem força constitucional, mas tão somente processual, de modo que, em atenção ao princípio da supremacia da constituição, a justiça das decisões poderia justificar a mitigação da coisa julgada.

[...] a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 174/175)

Para os que sustentam essa tese, o constituinte originário no art. 5º, XXXVI², intencionou apenas dar uma ordem ao legislador

² “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos

infraconstitucional para que, ao criar nova lei, não prejudicasse o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, de sorte que as decisões judiciais não estariam incluídas nessa vedação.

Defendendo um posicionamento ainda mais radical, alguns autores chegam a afirmar que as sentenças inconstitucionais são inexistentes, e por esse motivo sequer transitam em julgado.

Nessa linha, Wambier (2003, p. 39) ensina que “as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado”, tendo em vista que “foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação, já que não havia possibilidade jurídica do pedido”.

Dinamarco (2011, p. 46), de maneira mais moderada, aduz que a relativização da coisa julgada só deve ser cogitada em situações muito excepcionais que justifiquem a adoção de tal medida, de modo a afastar, dentre outros, as injustiças das decisões.

Paulo Otero (2005, p. 110), citado por Helenilson Cunha Pontes, chama a atenção para a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos judiciais, pois, segundo o autor, esse controle é exercido apenas sobre os atos do Poder Executivo e do Legislativo.

Infere-se, portanto, que o ponto central dos defensores da mitigação da coisa julgada gira em torno da predominância da justiça das decisões, do qual se extraem os demais argumentos. Uns, de modo mais radical, chegam a afirmar a sua natureza absoluta, considerando totalmente irrelevante o instituto da coisa julgada e outros, de maneira um pouco mais equilibrada, admitem a relativização em situações mais excepcionais.

termos seguintes:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

3. A não relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária

Conforme se verá a seguir, a tese da relativização da coisa julgada não pode prosperar sob risco de causar um verdadeiro colapso no sistema normativo vigente, tendo em vista a eternização dos litígios e perpetuação de incertezas, provocadas pelo desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

3.1. Aspectos gerais

O primeiro argumento que precisa ser rebatido acerca da relativização da coisa julgada inconstitucional é o de que a coisa julgada não teria força constitucional, e por esse motivo não poderia sobrepor-se aos princípios da moralidade e impessoalidade, expressos na Carta Magna.

A coisa julgada é o instituto processual, transformado em garantia constitucional no sistema jurídico brasileiro (art. 5º, XXXVI), que materializa o caráter definitivo e imutável dos efeitos das decisões judiciais. A coisa julgada é garantia constitucional que preserva a segurança das relações jurídicas na medida em que assegura a manutenção da regra jurídica definida pelo Poder Judiciário como a adequada para regular os diferentes conflitos intersubjetivos de interesses. (PONTES, 2005, p. 96)

Posto isso, não restam dúvidas de que a Constituição da República em seu art. 5º, XXXVI, preocupou-se em conferir à coisa julgada força normativa constitucional e não apenas processual como aludido por alguns autores. Ademais, o núcleo central tutelado pela coisa julgada é o princípio constitucional implícito da segurança jurídica, e, conforme já estudado anteriormente, os princípios constitucionais não são absolutos e tampouco observam uma ordem hierárquica, devendo prevalecer a harmonia entre eles. Desse modo, não há razão para que a moralidade, legalidade e justiça das decisões sejam considerados de forma absoluta, em detrimento dos demais princípios.

Além de reconhecer a natureza constitucional do instituto, Marinoni (2008, p. 190) ressalta que caso a Lei Maior intencionasse mitigar a coisa julgada o teria feito, no entanto, priorizou a segurança das relações jurídicas à ocorrência de possíveis injustiças.

No mesmo seguimento, Nery Junior (2013, p. 78) enfatiza que a coisa julgada é elemento fundamental na formação do Estado Democrático de Direito, diante de sua indispensabilidade na estabilização das relações jurídicas, além de mostrar-se totalmente compatível com o princípio da supremacia da Constituição.

A principal tese de defesa dos patrocinadores da relativização da coisa julgada sustenta que a decisão poderá ser reexaminada a qualquer tempo, se diante de uma injustiça. Todavia, cumpre salientar que o conceito de justiça possui um caráter muito subjetivo, tendo em vista que aquilo que é justo para um pode não ser para o outrem.

Ao Direito, sistematicamente considerado, interessa a resolução dos conflitos, através dos procedimentos formais e pré-ordenados postos à disposição dos jurisdicionados para obtenção de uma sentença que dirá, concretamente, a vontade da lei, e que traz implicitamente a presunção de verdade, de modo a impedir a perenização de situações e relações conflituosas, sendo de todo descabido respaldar a mitigação da coisa julgada com base em conceitos de difícil controle intersubjetivo, dentre eles a própria noção de justiça. (GIROTTI, 2007, p. 79)

Outrossim, Câmara (2007, p. 81) dispõe que aceitar a rediscussão de decisões transitadas em julgado com o simples argumento que estas são injustas significa desconsiderar o conceito de coisa julgada e prejudicar a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Nery Junior (2010, p. 716) ainda explica que “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que instaurar-se a insegurança geral com a relativização da coisa julgada”. Mesmo porque, em conformidade com a máxima *Dormientibus non succurrit ius*³, as partes possuem

³ O direito não socorre aos que dormem.

inúmeras oportunidades de corrigir eventuais injustiças nas decisões, pois, além de todos os recursos ordinários cabíveis, o direito processual assegura a possibilidade de, mesmo após dois anos do trânsito em julgado, valer-se da ação rescisória, nas hipóteses previstas no art. 966⁴ do CPC.

Ademais, conforme já destacado em diversos momentos deste trabalho, a coisa julgada é indispensável para o direito processual brasileiro, pois torna as relações jurídicas mais seguras e estáveis, na medida em que garante a pacificação social e evita a eternização dos litígios.

Marinoni (2008, p. 171) ressalta que as decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada não podem simplesmente ser desconsideradas diante de manifestação posterior do Supremo Tribunal Federal, haja vista que foram objeto do controle difuso realizado pelos juízes monocráticos e tribunais.

4 “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”.

O mesmo autor (2008, p. 171) ainda destaca que “negar a razão de ser da coisa julgada e os princípios da segurança e da proteção da confiança significaria evidente lesão ao direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito a uma decisão imutável e indiscutível”.

Outrossim, em contraposição ao argumento de que os atos do Poder Judiciário não sofrem controle de constitucionalidade Nery Junior (2010, p. 716) leciona que “Há três formas para fazer-se o controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação”.

Com relação à não relativização da coisa julgada inconstitucional especificamente no Direito Tributário, há de se distinguir duas situações. Na primeira hipótese, há uma sentença transitada em julgado afastando a incidência do tributo, devido a sua inconstitucionalidade, e decisão posterior do STF considerando a cobrança legítima. Nessa situação, não é possível qualquer alteração na decisão acobertada pelo manto da coisa julgada.

Portanto, a norma individual produzida no caso concreto, declarando a inconstitucionalidade da Lei e transitada em julgado não poderá, JAMAIS, considerados os fatores sistêmicos do ordenamento e a preponderância do vetor segurança jurídica nas relações tributárias, sofrer ingerência de posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, sendo certo que a coisa julgada deverá produzir normalmente seus efeitos para eventos futuros enquanto não houver modificação substancial na disciplina legal da obrigação tributária: leia-se, enquanto não houver alteração da base de cálculo em conjunção com o aspecto material da incidência tributária. (GIROTTO, 2007, p. 95). *(Grifo do autor)*.

Na visão do autor, a sentença tributária transitada em julgado produzirá efeitos inclusive pró-futuro, alcançando fatos geradores ulteriores, desde que permaneçam as mesmas situações fáticas e que não haja alteração legislativa posterior.

A segunda hipótese versa sobre uma decisão judicial transitada em julgado que declara a constitucionalidade de norma tributária e posteriormente há manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei. Nesta situação, Derzi (2005, p. 143/144), citada por Helenilson Cunha Pontes, entende ser plenamente possível a propositura de ação rescisória.

Sobre os reflexos da coisa julgada inconstitucional na seara tributária, imprescindível ainda destacar o posicionamento de Pontes (2005, p. 89) ao dizer que o Estado não pode tirar proveito da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, pois foi ele mesmo que produziu a norma e isto seria aproveitar da própria ilicitude.

Depreende-se, desse modo, que quando a decisão transitada em julgado afastar a incidência de determinado tributo em razão da sua inconstitucionalidade e houver manifestação posterior do STF declarando a sua constitucionalidade, tal decisão não terá o condão de desconstituir a coisa julgada, ainda que não esgotado o prazo da ação rescisória. Visualiza-se de modo reflexo a observância ao postulado da não surpresa, haja vista que o contribuinte não pode ser surpreendido com a exigência de um tributo do qual já havia sido dispensado por meio de uma decisão judicial transitada em julgado.

Todavia, diante de decisão no controle difuso reconhecendo a constitucionalidade de certo tributo e posicionamento posterior do STF em sentido contrário, caberá ação rescisória objetivando corrigir o vício, sendo possível, inclusive, exigir a restituição dos valores pagos indevidamente.

3.2 Posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da relativização da coisa julgada

Mostra-se imprescindível a exegese sobre o atual posicionamento dos Tribunais Superiores, a saber, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade ou não de

relativização da coisa julgada, tendo em vista que, não se sabe ao certo se bom ou ruim, as regras da ordem jurídica vigente têm sido ditadas por estas duas cortes de Justiça.

Aqueles que consideram um aspecto positivo essa postura mais ativa dos Tribunais Superiores, o fazem com a justificativa de observância do princípio da inafastabilidade da justiça, consagrado no art. 5º, XXXV⁵, da CRFB/1988, além de garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a supremacia da Constituição, muitas vezes prejudicados pela omissão/inércia legislativa. Outrossim, o clamor social, imbuído pelo senso de justiça, roga por atitudes mais severas diante de situações que aparentemente ficariam impunes.

Por outro lado, essa alternância de posicionamento dos Tribunais Superiores, que ora defendem uma tese e ora outra totalmente oposta, acaba por transmitir uma ideia de insegurança jurídica, em que as partes não sabem ao certo qual será o destino da sua demanda.

Todavia, não estão dentre os objetivos desse trabalho avaliar a postura dos Tribunais Superiores na jurisdição brasileira, até porque se trata de tema complexo e controvertido a ensejar outra pesquisa, razão pela qual pretende-se tão somente colocar em evidência a relevância e autoridade de suas decisões na ordem jurídica vigente.

No que se refere à possível relativização da coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura mais conservadora, mostrando-se claramente contrário à tese da relativização da coisa julgada, senão vejamos:

**E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
(LEI Nº 12.322/2010) – COISA JULGADA EM SENTIDO**

5 “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

MATERIAL – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – **A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.** – A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (Are 918066 Agr, Relator(A): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Julgado Em 10/11/2015, Processo Eletrônico Dje-248 Divulg 09-12-2015 Public 10-12-2015) (*Grifo nosso*).

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, chamado por alguns de guardião da Constituição, reconhece veementemente a autoridade da coisa julgada, aquiescendo com a imutabilidade das

sentenças transitadas em julgado, e só admitindo a sua modificação através da ação rescisória. A Corte Suprema enfatiza ainda que não é possível deconstituir a coisa julgada, mesmo diante de decisões de sua lavra que declarem a inconstitucionalidade da norma, seja no controle difuso ou concentrado.

No mesmo sentido, outra decisão da Suprema Corte, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). **É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.** 4. **Afirmar-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos**

termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. **5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.** 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Re 730462, Relator (A): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgado Em 28/05/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-177 Divulg 08-09-2015 Public 09-09-2015) *(Grifo nosso)*

Depreende-se mais uma vez que o STF, em regra, não admite outra maneira, além da ação rescisória, já prevista em lei, para atacar a coisa julgada, ainda que fundada em norma declarada inconstitucional, fazendo prevalecer o princípio da segurança jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, apesar de aceitar a relativização da coisa julgada em situações excepcionalíssimas, reconhece que não é possível atingir a imutabilidade da sentença com o simples argumento desta ter sido errada ou injusta, sob pena de se colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

Informativo nº 0556

Período: 23 de fevereiro a 4 de março de 2015.

Quarta Turma

DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

A mera alegação de que houve um erro de julgamento não é apta a justificar a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada com vistas a desconstituir decisão que, em sede de incidente de habilitação de crédito, fixou equivocadamente os honorários advocatícios com base no § 3º do art. 20 do CPC - quando deveria

ter utilizado o § 4º do referido dispositivo -, ainda que o valor dos honorários seja excessivo e possa prejudicar os demais credores concursais. Preliminarmente, registre-se que a jurisprudência do STJ tem aplicado a teoria da relativização da coisa julgada, contudo o tem feito apenas em situações excepcionais, nas quais a segurança jurídica, que é o seu princípio informador, tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como a busca da verdade real (nas ações sobre filiação cujas decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores), a força normativa da Constituição e a máxima eficácia das normas constitucionais (nas execuções de títulos judiciais fundados em norma declarada inconstitucional pelo STF) e a justa indenização (nas ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos). O que se percebe na teoria em questão é a preocupação em compatibilizar a segurança jurídica, princípio informador do instituto processual da coisa julgada, com a justiça e a constitucionalidade das decisões judiciais, valores maiores que informariam todo o ordenamento jurídico. **Assim, o mero argumento de que houve aplicação equivocada de um dispositivo legal não enseja a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada. Afinal, magistrados não são seres humanos infalíveis e estão, como todas as pessoas, sujeitos a erros. Ocorre que, para a correção desses erros, o arcabouço jurídico-processual confere às partes os meios cabíveis, notadamente o vasto sistema recursal, bem como a via extrema da ação rescisória. Ademais, é temerário afirmar genericamente que sentenças *erradas* ou *injustas* não devem ser acobertadas pelo manto de imutabilidade da coisa julgada material, permitindo-se que, nesses casos, elas sejam revistas a qualquer tempo, independentemente da propositura de ação rescisória. Nessa medida, o grau de incerteza e insegurança que se instauraria comprometeria o próprio exercício da jurisdição, em afronta ao Estado de Direito e aos seus princípios norteadores. [...]** (REsp 1.163.649-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 16/9/2014, DJe 27/2/2015) (*Grifo nosso*)

Em matéria tributária, o posicionamento dos Tribunais Superiores não tem sido diferente, inadmitindo-se a relativização da coisa julgada tributária em respeito ao princípio da segurança jurídica e considerada a situação especial do contribuinte. Vide julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.615 - PE (2011/0111317-6) RELATORA: MINISTRA MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO) RECORRENTE: BANORTE FUNDAÇÃO MANOEL BAPTISTA DA SILVA DE SEGURIDADE SOCIAL ADVOGADO : TÚLIO DE CARVALHO MARROQUIM E OUTRO(S) RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL RECORRIDO : OS MESMOS EMENTA TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. COISA JULGADA MATERIAL DECORRENTE DE AÇÃO DECLARATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. **1. Transitada em julgado ação declaratória, com resultado favorável à parte autora, torna indiscutível o reconhecimento de sua imunidade tributária e imutável a relação jurídico-tributária dela decorrente, sob pena de violação à coisa julgada material.** [...] (Resp 1254615/PE, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª REGIÃO), Primeira Turma, Julgado Em 16/12/2014, Dje 19/12/2014) *(Grifo nosso)*

No voto do julgamento do referido Recurso Especial⁶, a juíza federal convocada do TRF 4ª Região, Ministra Marga Tessler, destaca que diante do reconhecimento da inexigibilidade de certo tributo os efeitos da coisa julgada tributária devem ser mantidos ainda que o STF entenda posteriormente que aquele tributo era devido.

[...] Em matéria tributária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o efeito da coisa julgada decorrente da inexistência de relação jurídico-tributária se estende em relação aos fatos posteriores, estando o Fisco impedido de cobrar a exação, relativamente aos exercícios subsequentes. Nessa linha, a coisa julgada que afasta a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária (AgRg no REsp nº 1.172.619/MG, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 06/09/2013 e REsp nº 731.250/PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 30/04/2007).

[...] Assim, a imunidade tributária da parte autora está acobertada pela coisa julgada material e não pode ser afastada na presente ação de repetição de indébito nos seus limites temporais sob fundamento

⁶ Resp 1254615/PE, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, Julgado Em 16/12/2014, Dje 19/12/2014

de interpretação equivocada do texto constitucional ou alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal [...]

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria do recurso ficou a cargo do Ministro à época, Luiz Fux, reforça-se a autoridade da coisa julgada no Direito Tributário, frisando que os efeitos das decisões acobertadas pela *res judicata* perduraram até a superveniência de nova lei, desde que mantidas as mesmas condições fáticas.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. EFICÁCIA PROSPECTIVA DA COISA JULGADA EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUPERVENIENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A decisão em ação declaratória que reconhece, em manifestação trânsita, o direito à não-incidência de ICMS sobre produtos industrializados exportados, em face de imunidade constitucional (art. 155, § 2º, X, “a”), é ato jurisdicional prescritivo, que torna indiscutível a exigibilidade do tributo, sob pena de violação da coisa julgada. 2. A eficácia preclusiva da coisa julgada material alcança o dispositivo da sentença quanto ao pedido e a causa de pedir, como expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do decum. 3. Deveras, integram a *res judicata*, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença. Dessa forma, enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir, aquele comando normativo emanado na sentença, desde que esta transite em julgado, continuará sendo aplicado, protraindo-se no tempo, salvo a superveniência de outra norma em sentido diverso. 4. A doutrina do tema é cediça no sentido de que (escólio de Rubens Gomes de Souza, *Coisa Julgada*, In *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, RJ, Ed. Borsoi, p. 298): “(...) a solução exata estaria em distinguir, em cada caso julgado, entre as decisões que tenham pronunciado sobre os elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica, como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo, a sua incidência ou não-incidência na hipótese materialmente considerada, a existência ou inexistência de isenção legal ou contratual e o seu alcance, a vigência da lei tributária substantiva ou a sua revogação, etc. - e as que se tenham pronunciado sobre elementos temporários ou mutáveis da relação jurídica, como a avaliação de bens, as condições personalíssimas do

contribuinte em seus reflexos tributários, e outras da mesma natureza; à coisa julgada das decisões do primeiro tipo há que se atribuir uma eficácia permanente; e às segundas, uma eficácia circunscrita ao caso específico em que foram proferidas.” 5. **Os limites da coisa julgada, sob esse enfoque, devem ser compreendidos sempre em relação ao objeto do processo - causa de pedir e pedido - que, fundando-se em elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica de direito tributário material, faz com que a autoridade dos efeitos da coisa julgada seja estendida aos eventos vindouros, perdurando no tempo enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais foi estabelecido o juízo de certeza.** 6. **Isto porque tem-se por reconhecido um determinado regime jurídico - como sói ser a situação de não-incidência do ICMS sobre produtos industrializados destinados à exportação, por expressa previsão constitucional - o qual perdurará como norma válida do sistema, até a superveniência de norma jurídica que altere essa situação fática, o que incorreu *in casu*. [...]** (REsp 875.635/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008) (*Grifo nosso*).

Verifica-se, desse modo, que a doutrina, de forma mais controvertida, e a jurisprudência, de maneira mais pacífica, têm se inclinado no sentido de não aceitar a relativização da coisa julgada tributária, ainda que o STF se manifeste posteriormente reconhecendo a inconstitucionalidade da norma.

Observa-se, com esse posicionamento, a primazia da segurança jurídica das relações tributárias e a proteção do contribuinte aos arbítrios do Estado, ao impossibilitar que este exija daquele que desembolse um valor ao qual não estava preparado para pagar tributos que, movido pela boa-fé, havia deixado de recolher aos cofres públicos, ou ainda, para garantir que a Administração Pública efetue o ressarcimento do contribuinte dos valores recolhidos indevidamente em benefício do erário.

3.3 Polêmicas acerca da súmula 239 do STF

Vale ressaltar, por fim, a real interpretação que deve ser dada ao teor da Súmula 239 do STF, pois, em uma leitura rápida e desatenta pode parecer uma hipótese de admissibilidade da relativização da coisa julgada

em matéria tributária, o que não corresponde à intenção da Suprema Corte ao editar tal Súmula.

Diz assim o enunciado: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

De acordo com aquilo que já foi explicado anteriormente, os limites objetivos da coisa julgada alcançam a parte dispositiva da sentença que nada mais é do que uma resposta aos pedidos e causa de pedir. Logo, a referida súmula só será aplicada nos casos em que se estiver questionando a incidência do tributo em um exercício financeiro determinado e não a inconstitucionalidade do tributo em si, já que, neste último caso, a decisão transitará em julgado, tornando-se indiscutível e imutável dentro e fora do processo.

Observa-se que a Súmula buscou tutelar as execuções fiscais, atingindo tão somente os créditos tributários, assim entendidos como as obrigações fiscais já lançadas. Desse modo, haja vista que a discussão gira em torno da exigência do tributo em um exercício financeiro específico, logicamente, não irá se estender aos exercícios posteriores.

Assim sendo, a aplicação da referida Súmula está restrita ao processo de execução fiscal no julgamento dos embargos à execução ou ainda no caso de mandados de segurança, quando se discute uma ofensa concreta ao poder de tributar, já que, nessas hipóteses, contesta-se a incidência do tributo apenas com relação àquele exercício financeiro.

Este é o entendimento da Corte Suprema⁷, senão veja-se:

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Omissão. Ocorrência. Súmula 239/STF. Não aplicabilidade. 1. No acórdão recorrido, tomaram-se por base os fatos e as provas dos autos para se concluir que as exações objeto de atuação estariam abrangidas pela decisão declaratória, de modo que incide, na espécie, a Súmula 279/STF. 2. **A Súmula 239/STF só é aplicável nas hipóteses de processo judicial em que tenha sido proferida a decisão transitada em julgado**

7 AI 791071 Agr-Ed, Relator(A): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado Em 18/02/2014, Acórdão Eletrônico Dje-053 Divulg 17-03-2014 Public 18-03-2014

de exercícios financeiros específicos. 3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes. (*Grifo nosso*).

Assevera-se, no entanto, com base em todos os argumentos trazidos no presente trabalho, que as decisões proferidas em ações declaratórias cujos questionamentos referem-se à inexigibilidade do tributo, em razão da sua inconstitucionalidade, sem fazer qualquer limitação temporal, farão coisa julgada formal e material, sendo inadmitida a sua rediscussão, em observância ao princípio da segurança jurídica.

4. Considerações finais

Por todo o exposto, observa-se que a segurança jurídica é elemento fundamental de existência do Estado Democrático de Direito, exteriorizada por meio da coisa julgada, que garante a estabilização das relações jurídicas e evita a continuidade dos litígios.

De modo que tão relevante instituto processual não pode ser desconsiderado com o simples argumento de se estar diante de uma decisão injusta, principalmente tendo em vista que o conceito de justiça está imbuído de uma carga subjetiva muito grande.

Assim, desconstituir uma sentença acobertada pelo manto da coisa julgada com a justificativa de injustiça da decisão colocaria em risco o próprio Estado Democrático de Direito, haja vista que a próxima decisão proferida poderia ser considerada injusta, instalando-se um ambiente de total incerteza, já que a matéria poderia ser rediscutida infinitas vezes.

Todavia, isso não significa que o ordenamento jurídico brasileiro ignore decisões injustas, incorretas ou inconstitucionais, mas que as partes possuem momento oportuno para arguir quaisquer dessas irregularidades, seja por meio dos recursos ordinários ou da ação rescisória.

Nesse contexto, parece mais acertada a corrente doutrinária e jurisprudencial que não admite a relativização da coisa julgada, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de determinada Lei. Isto porque a própria Carta Magna dá força

constitucional à coisa julgada, disciplinando em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Se nem a Lei pode prejudicar a coisa julgada, infere-se que decisões judiciais posteriores, mesmo que da Suprema Corte do país, não podem atingir a res judicata.

Na esfera tributária, deve-se atentar ainda para a situação de fragilidade do contribuinte, não sendo possível que este, agindo de boa-fé, seja penalizado por uma ingerência do Estado que editou lei declarada inconstitucional.

Destarte, caso o STF declare a inconstitucionalidade de uma lei que serviu como fundamento de uma sentença, transitada em julgado, que reconheceu a isenção de determinado tributo, o contribuinte não poderá ser obrigado a pagar o tributo que deixou de recolher, já que o fez munido de uma decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada.

Do mesmo modo, uma decisão de primeiro ou segundo grau, transitada em julgado, que afaste a incidência de certo tributo por ser este inconstitucional, não pode ser modificada por decisão posterior do STF que considere legítima a exigência do tributo, tendo em vista que o contribuinte deixou de recolher aquele tributo de boa-fé respaldado em uma sentença imutável.

Por outro lado, na hipótese de uma decisão considerar o tributo devido e o STF posicionar-se em momento ulterior pela inconstitucionalidade da lei, enquanto não atingida a coisa soberanamente julgada, será possível a propositura da ação rescisória para corrigir tal vício, tendo em vista a situação de fragilidade do contribuinte frente aos arbítrios do Estado.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.163.649/SP – São Paulo. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 16/9/2014, DJe 27/2/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1163649&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 875.635/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=875635&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1254615/PE – Pernambuco. Relator: Ministra Marga Tessler (juíza federal convocada do TRF 4ª Região). Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=1254615&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 918066/DF – Distrito Federal.

Relator(a): Min. Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, Processo Eletrônico DJe-248 Divulg 09-12-2015 Public 10-12-2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28918066%2ENUME%2E+OU+918066%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhz5mks>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 730462/SP – São Paulo. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-177 Divulg 08-09-2015 Public 09-09-2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28730462%2ENUME%2E+OU+730462%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oylpbh7>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: Podivm, 2006. p. 23 *apud* GIROTTO, Luiz Eduardo de Castilho. **Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária**. Curitiba: Juruá, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do Direito no Direito Tributário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 199-217 *apud* PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da AGU, Brasília, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2001 *apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social – justiça da decisão judicial. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIROTTI, Luiz Eduardo de Castilho. **Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex 1993 apud PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Ministério Público e judicialização da saúde: uma leitura a partir da Teoria dos Jogos

Felipe Schmidt¹

Resumo

O presente estudo faz uma leitura da atuação do Ministério Público na judicialização da saúde a partir da teoria dos jogos. Sustenta, à luz dessa teoria, que é necessário estabelecer critérios objetivos de racionalização da atuação judicial ministerial em matéria de saúde, sob pena de incorrer na chamada “tragédia dos comuns”, à vista das limitações orçamentárias e das infinitas demandas individuais por saúde. Propõe como critérios objetivos o exame da hipossuficiência econômica e da condição pessoal do interessado (idoso, criança, adolescente ou deficiente), a urgência, indispensabilidade, adequação e eficácia do medicamento ou tratamento e a prévia negativa da Administração Pública em fornecê-lo. Ainda, a judicialização da matéria não deve ser a primeira providência adotada pelo Ministério Público em face da demanda por saúde.

Palavras-chave: Ministério Público; judicialização da saúde; teoria dos jogos; critérios.

¹ Promotor de Justiça de entrância final no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Fraiburgo. Graduado, Especialista e Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC).

Resumen

Este estudio es una lectura de la judicialización de la salud ante la teoría de los juegos. A la luz de esta teoría, es necesario establecer criterios objetivos para la racionalización de la acción judicial ministerial sobre la salud, bajo pena de la llamada “tragedia de los comunes”, en vista de las limitaciones presupuestarias y las demandas sin fin para la salud individual. Propone como criterios objetivos el examen de hipossuficiencia económica y de la condición personal de lo interesado (ancianos, niños, adolescentes o personas con discapacidad), la urgencia, la necesidad, la idoneidad y la eficacia del medicamento o tratamiento y la negativa previa de la Administración Pública proporcionarla. Además, la legalización de la cuestión no debe ser la primera medida adoptada por el fiscal ante la demanda de la salud.

Palabras clave: *Ministerio Público; judicialización de la salud; teoría de juegos; critérios.*

1. Introdução

O presente estudo faz uma análise da atuação do Ministério Público em face da questão da judicialização da saúde a partir da teoria dos jogos.

Para tanto, inicialmente serão tecidas considerações gerais acerca da teoria dos jogos, abrangendo seu conceito, sua relação com o Direito, o conceito de jogo, os elementos e a classificação dos jogos, bem como a possibilidade de aplicação da teoria dos jogos para a compreensão da atuação estatal no desempenho de suas funções.

Em seguida, será abordado o problema da judicialização da saúde no Brasil, sucedido pela análise da posição do Ministério Público em face dele, apresentando-se uma proposta de racionalização da atuação jurisdicional do órgão ministerial quanto à matéria, consistente na fixação de critérios objetivos a serem

considerados para o ajuizamento de demandas judiciais postulando ações e serviços de saúde em favor de indivíduos, que o autor vem considerando em sua atuação funcional.

Por fim, discorre-se acerca do papel da teoria dos jogos na compreensão e direcionamento da atuação do Ministério Público na judicialização da saúde.

O estudo foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica e seguindo o método dedutivo, indo do geral ao particular na análise da matéria, e tem por objetivo compreender, a partir da teoria dos jogos, o problema da judicialização da saúde e buscar meios de racionalizar a atuação do Ministério Público nessa seara, formulando uma proposta de parâmetros objetivos a serem considerados pelo órgão ministerial para tanto.

2. Notas sobre a teoria dos jogos

A teoria dos jogos, compreendida como a “teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito” (SARTINI, 2004, p. 04), foi criada com o escopo de compreender situações em que dois ou mais indivíduos estão envolvidos em um processo de decisão que terá implicações para todos eles.

Na lição de Carvalho (2007, p. 213-234) “a teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. (...) constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica”.

Segundo o mesmo autor, por jogo há que se compreender “a forma como são representadas as interações estratégicas entre os jogadores”, a partir do que “eliminam-se os jogos em que o fator sorte é exclusivo” (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Quanto aos elementos dos jogos, tem-se que são os jogadores (ou agentes), as estratégias e os resultados. Alexandre Morais da Rosa, discorrendo acerca da aplicação da teoria dos jogos ao processo penal, refere ainda como agente dos jogos processuais, ao lado dos jogadores, a figura do julgador, consistente no juiz, que garante o cumprimento das regras do jogo e, ao final, profere decisão fundamentada (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Jogadores podem ser uma pessoa ou um grupo de pessoas. Por ser o jogo um conjunto de interações estratégicas, “as ações de cada jogador afetarão as escolhas dos demais e vice-versa, obrigando que cada agente atue levando em consideração a decisão do outro jogador” (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

O jogo obedece a regras preestabelecidas e conhecidas dos jogadores, a partir das quais (e também do perfil e do comportamento dos demais participantes do jogo) cada jogador definirá sua estratégia (escolhas/decisões). Nesse contexto, segundo Carvalho (2007, p. 213-234), é necessário tentar prever as possibilidades de escolha de cada jogador, sejam opositores ou aliados, e prever seus movimentos, de modo a se posicionar para atingir os resultados pretendidos.

Os resultados possíveis (*pay-off* ou *output*) são compreendidos como “as recompensas ou prêmios que cada jogador terá após a adoção de determinada estratégia” (CARVALHO, 2007, p. 213-234). Todavia, resultados possíveis não são apenas prêmios ou recompensas, mas também, eventualmente, perdas ou sanções.

Cabe anotar, ainda conforme Carvalho (2007, p. 213-234), que tanto as escolhas quanto os resultados serão finitos sempre, vale dizer, restritos a um número limitado de possibilidades.

Quanto aos elementos dos jogos, colhe-se da lição de Sartini et al. (2004, p. 5-6):

O elemento básico em um jogo é o conjunto de *jogadores* que dele participam. Cada jogador tem um conjunto de *estratégias*. Quando

cada jogador escolhe sua estratégia, temos então uma *situação* ou *perfil* no espaço de todas as situações (perfis) possíveis. Cada jogador tem interesse ou preferências para cada situação de jogo. Em termos matemáticos, cada jogador tem uma *função utilidade* que atribui um número real (o ganho ou *pay-off* do jogador) a cada situação de jogo.

Embora tenha origem na Matemática, a teoria dos jogos pode ser igualmente aplicada a outras searas, como a Administração, a Economia ou as Ciências Militares, bem assim ao estudo de questões de natureza comportamental, como as que são objeto do Direito.

Nesse sentido, Rosa (2014, p. 15) refere que, na concepção de Gregorio Robles, “o direito é comparável aos jogos já que em ambos aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado juiz”.

Há diversos critérios quanto à classificação dos jogos, sendo certo que dado jogo poderá se amoldar a mais de um deles simultaneamente. Carvalho (2007, p. 213-234) aponta os seguintes critérios de classificação dos jogos: a) quanto aos resultados; b) quanto ao modo de interação; c) quanto ao número de interações; d) quanto à forma de movimentação; e) quanto ao conteúdo da estrutura do jogo; f) quanto à extensão da informação.

No que tange aos resultados obtidos, o jogo pode ser de soma zero, quando um jogador ganha exatamente o que o outro perde, ou de soma não zero, quando é possível que dois ou mais jogadores simultaneamente ganhem ou percam. Se houver ganho, o resultado é positivo, se houver perda, negativo (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Quanto ao modo de interação, o jogo pode ser cooperativo, quando o resultado somente for favorável no caso de os jogadores agirem em cooperação, se compromissando uns com os outros, ou não cooperativo, quando não há tal compromisso, ocorrendo

perdas ou ganhos menores para um jogador em face do outro (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

No que toca ao número de interações, há jogos estáticos, quando há um só momento de interação (par ou ímpar, por exemplo), e dinâmicos, quando há mais de uma interação (xadrez, por exemplo) entre os jogadores (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Quanto à forma de interação, os jogos são simultâneos, quando os jogadores tomam suas decisões ao mesmo tempo e sem conhecimento da escolha do outro jogador (par ou ímpar, por exemplo), ou sequenciais, quando os movimentos acontecem em sequência, numa ordem preestabelecida, e com a ciência da escolha do outro jogador no momento anterior à escolha (xadrez, por exemplo) (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

No que tange ao conteúdo da estrutura do jogo, há jogos de informação completa, em que cada jogador tem todas as informações relevantes para escolher sua jogada antes dessa escolha, e jogos de informação incompleta, em que não há essa disponibilidade (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Por fim, quanto à extensão da informação, o jogo pode ser de informação perfeita, quando os agentes conhecem a evolução do jogo desde seu início antes de realizar suas escolhas, ou imperfeita, quando antes de fazer sua escolha não há possibilidade de o jogador conhecer a história do jogo desde seu princípio (CARVALHO, 2007, p. 213-234).

Em suma, outra vez na linha de Carvalho (2007, p. 213-234), a vantagem da teoria dos jogos é possibilitar a previsão e consequente avaliação das estratégias adotadas pelos jogadores, o que enseja a adoção de posturas para evitar ou atenuar conflitos, podendo dela o Estado se utilizar para desempenhar suas funções.

Assim, a atuação estatal, exercida por órgãos como o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, seja na área da saúde (objeto deste estudo) ou em outras searas como

educação, previdência social ou segurança pública, pode ser compreendida a partir da teoria dos jogos.

Nessa linha, a teoria dos jogos constitui “um valioso instrumento de projeção dos efeitos gerados pela multiplicação de várias decisões individuais, proferidas em casos concretos nos mais diversos juízos e tribunais do País, sobre as relações sociais e econômicas da coletividade” (ALCÂNTARA, 2012, p. 90).

Feitas essas considerações gerais acerca da teoria dos jogos e sua aplicabilidade ao campo do Direito, traçam-se alguns apontamentos acerca do problema da judicialização da saúde.

3. Apontamentos acerca da judicialização da saúde

A matéria afeta à judicialização da saúde, compreendida, para efeito deste estudo, como a proliferação de ações judiciais demandando a concessão, pelo poder público, de prestações (ações e serviços) de saúde de caráter individual, mais comumente o fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos e internações não fornecidos pelo SUS ou, quando fornecidos, com demora ou sem previsão de prazo para entrega (o que faz com que diversas pessoas pretendam ir a juízo para “furar a fila” do atendimento pelo SUS), vem ganhando importância no meio jurídico, como se colhe da lição de Alcântara (2012, p. 89:

O aumento exponencial do número de demandas tem provocado questionamentos e reflexões na comunidade jurídica, além de profunda revolta nos gestores públicos. Argumenta-se que, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania e para a realização do direito fundamental à saúde (MENDES, 2009), de outra parte, o elevado número de ordens judiciais enseja grandes impactos financeiros à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, em prejuízo das políticas de saúde já devidamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda coletividade.

Com efeito, uma vez que a Constituição da República previu a saúde como direito de todos (art. 6º e art. 196) e dever do Estado (art. 196), coube a este garanti-lo mediante ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, reservando determinado montante de recursos públicos para esse fim.

O direito à saúde, na dicção de Rezende e Trindade (2003, p. 136-137), pode ser considerado polimorfo, no sentido de que se reveste, do ponto de vista de sua natureza jurídica, das mais diversas formas, como segue:

a) um direito fundamental do homem, previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil é firmatário. Em consequência, é um direito auto-aplicável, consoante o art. 5º, § 1º, CF/88.

b) um direito de primeira geração, uma vez que a saúde se relaciona com a vida, constituindo-se em um direito individual nascido da singularidade do próprio sujeito com a qualidade de ser oposto ao Estado. Nesse sentido, relaciona-se à saúde curativa.

c) um direito de segunda geração, uma vez que é também um direito social, conforme o art. 6º, da CF/88. Um direito de exigir do Estado prestações positivas de saúde. Nesse aspecto, relaciona-se com a saúde preventiva, conforme o art. 196, CF/88, e a Lei nº 8.080/90.

d) um direito de terceira geração, porquanto se configura como transindividual, coletivo e difuso. Direito difuso na medida em que não há determinação de seus titulares e também relativo ao Direito do Consumidor, art. 81, I. Como tal, relaciona-se com a promoção à saúde.

e) um direito de cidadania, porquanto insculpido no art. 25, da Declaração dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é participante, e na Constituição Federal, art. 1º, II.

f) um direito do consumidor, protegido pela Lei nº 8.078/90 (art. 6º, I).

g) um direito público subjetivo oponível contra o Estado, independentemente de previsão em legislação ordinária, passível de reclamação via judicial e/ou administrativa.

h) um direito fundamental auto-aplicável e de eficácia imediata (art. 196, CF/88).

i) uma cláusula pétrea. O direito à saúde, relacionando-se à preservação da vida (art. 60, §4º, CF/88), adquire ainda o caráter de cláusula pétrea, uma cláusula de real limite implícito à reforma constitucional, uma cláusula proibitiva de retrocesso social sanitário.

j) o direito à saúde, como direito social, é possuidor de uma característica positiva de obrigar o Estado a fazer, a agir, a prestar o serviço, mas ao mesmo tempo é portador de uma característica negativa na medida em que o Estado tem o dever de deixar de fazer, de abster-se de atos que possam vir a causar danos aos direitos sociais ou a prejudicar a saúde dos cidadãos. Possui, a um só tempo, um *status positivus* e um *status negativus*.

k) um direito de solidariedade. De fato, o direito à saúde também comunga da solidariedade. Essa dimensão comunitária, que leva à construção de uma ordem jurídica e social com fundamento na solidariedade, configura um direito à qualidade de vida (art. 225, CF/88).

Assim, até como decorrência de sua natureza jurídica multifacetada, o direito à saúde admite, para sua proteção, o emprego de diversos instrumentos processuais, individuais e coletivos, majoritariamente dirigidos, por iniciativa do cidadão ou de órgãos públicos legitimados, ao Poder Judiciário, tendo Rezende e Trindade (2003, p. 136) elencado como mais relevantes os seguintes:

I) Instrumentos de Proteção Individual

a) direito de petição – art. 5º, XXXIV, CF/88

b) *Habeas Corpus* – art. 5º, LXVIII, CF/88

c) Mandado de Segurança Individual – art. 5º, LXIX, CF/88

d) Mandado de Injunção Individual – art. 5º, LXXI, CF/88

e) *Habeas Data* – art. 5º, LXXII, CF/88

f) Representação Individual ao Ministério Público

g) Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.0078/90

h) Recurso Individual aos Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, como, por exemplo, a Corte Internacional de Direitos Humanos.

II) Instrumentos de Proteção Coletiva

- a) Mandado de Segurança Coletivo – art. 5º, LXX, CF/88
- b) Mandado de Injunção Coletivo – modalidade reconhecida pelo STF para defesa dos direitos sociais, como os direitos à saúde
- c) Ação Popular – art. 5º, LXXIII, CF/88, e Lei nº 4.717/65
- d) Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90
- e) Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85
- f) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – art. 103 c/c art. 102, CF/88.

Dessa forma, o direito à saúde foi assegurado a todos pela Constituição da República e pelas leis de regência, que também dispuseram sobre os meios processuais para a busca de sua promoção em juízo por qualquer dos legitimados a tanto (o próprio indivíduo titular da pretensão, o Ministério Público, a Defensoria Pública etc.).

Embora pela ordem jurídica tenha sido enunciado esse direito e garantidos diversos meios processuais para sua satisfação, a previsão de recursos financeiros destinados a fazer frente às despesas correspondentes nos orçamentos dos diversos entes públicos responsáveis pelo atendimento à saúde é evidentemente limitada.

Assim, cabe adequar à matéria a hipótese de aplicação da teoria dos jogos chamada “tragédia dos comuns”, caracterizada por Rosa (2014, p. 44) nestes termos:

A tragédia dos comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso

finito terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua *superexploração*.

Conforme Alcântara (2012, p. 90), a “tragédia dos comuns” foi pensada pelo biólogo norte-americano Garrett James Hardin da seguinte maneira:

Imaginou ele a situação em que vários fazendeiros dividem um mesmo pasto para alimentar suas vacas. Analisando estrategicamente as suas opções, cada um dos fazendeiros percebe que a melhor opção individual é colocar o maior número possível de cabeças de gado no espaço comum. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: todos soltam um número menor de animais no pasto, e permanecem usufruindo os recursos de maneira sustentável (HARDIN, 1968, p. 1243-1248).

Preferem, no entanto, não cooperar. Como não têm conhecimento nem ingerência sobre o que os outros vão fazer, optam por maximizar os seus ganhos, colocando mais vacas no pasto. O resultado para todos é o pior possível: destruição do pasto e morte dos animais (Idem).

Tal elaboração deu origem ao conceito de “tragédia dos comuns”, que foi assim resumido por Hardin: *nisto está a tragédia. Cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites – num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos comuns* (Idem).

Ficaram assim demonstrados, segundo a mesma autora, os efeitos negativos decorrentes de condutas não cooperativas em ações coletivas.

Essa inteligência é em tudo aplicável à judicialização da saúde.

Com efeito, à vista, por um lado, da extensão subjetiva conferida ao direito à saúde pela Constituição da República, que o deferiu a todos, e, por outro lado, da disponibilidade limitada dos recursos financeiros exigidos para custeá-lo, caso cada pessoa

queira maximizar a satisfação de seus interesses individuais na área da saúde, valendo-se para tanto de demandas judiciais (o que de fato ocorre no cotidiano forense), não haverá numerário bastante nos cofres públicos para atender à pretensão de todos, ainda que o aporte de valores por parte do erário cresça substancialmente.

É que, embora as importâncias disponibilizadas pelos poderes públicos para atendimento de demandas por saúde (judiciais ou não) sejam ascendentes, a busca dos particulares por ações e serviços de saúde prestados pelo Estado é infundável, haja vista, por exemplo, a constante evolução das ciências médicas e a expressiva quantidade de novos fármacos e tratamentos disponíveis no mercado, de modo que, apenas se os recursos públicos fossem infinitos (o que evidentemente é impossível) todas as pretensões poderiam ser satisfeitas (e talvez nem assim o fossem).

Desse modo, à vista da escassez de recursos (ainda que venham sendo disponibilizados em volume crescente pelo poder público) e da infinitude das necessidades a serem satisfeitas, há que se adotar critérios objetivos para a dispensa daqueles valores ao atendimento destas necessidades.

De início, tem-se que a adequação da prestação jurisdicional em demanda individual relativa ao fornecimento gratuito e imediato de medicamento ou tratamento médico deve ser ponderada não só à vista das necessidades do postulante ou substituído, mas em face dos interesses de toda a coletividade, representada pelos demais beneficiários do Sistema Único de Saúde, sob pena de violação do princípio da isonomia, também estampado na Constituição da República (art. 5º, caput), em preceito que tem, ressalte-se, a mesma estatura do que garante o direito à saúde (art. 196).

Outrossim, por acesso universal e igualitário à saúde (art. 197 da Constituição da República) deve-se compreender a imposição de que as ações e os serviços de saúde sejam dirigidos à população como um todo, sem discriminação ou vedação de acesso de

qualquer ordem. Em outros termos, as ações e serviços de saúde devem, na medida do possível, estar distribuídos em todo o país e atingir a todos os que deles necessitarem.

Impõe-se reconhecer, destarte, que, máxime numa demanda judicial que tutela interesse individual à promoção da saúde, inexistente compromisso do poder público (que figura no polo passivo da relação processual) de fornecer somente ao indivíduo (que figura no polo ativo da relação processual, por si ou substituído pelo Ministério Público) o medicamento ou tratamento de que necessita, aquinhoando-o com o impossível e olvidando todos os demais cidadãos, mesmo porque, como visto, os recursos orçamentários são escassos e não de ser harmonizados, de resto, com outras prioridades, na seara da saúde ou mesmo fora dela (segurança pública, educação etc.).

Essas algumas considerações, também de natureza geral, acerca da judicialização da saúde, havendo que se examinar, neste ensejo, a atuação do Ministério Público em face da matéria.

4. Ministério Público e judicialização da saúde

Em face do princípio da inércia, que norteia o exercício da jurisdição no país (art. 2º, caput, primeira parte, do CPC), deve-se desde logo reconhecer, por óbvio que seja, que a judicialização da saúde é questão que não surge no próprio Poder Judiciário, mas é provocada pelos legitimados a deflagrar sua atuação, entre os quais, como visto, o próprio indivíduo titular da pretensão deduzida, a Defensoria Pública e o Ministério Público, cingindo-se o presente estudo ao exame do papel deste órgão no contexto da matéria em questão.

Embora o Ministério Público atue, na área da saúde ou em qualquer outra que lhe caiba intervir, em razão da natureza do interesse jurídico tutelado (interesses sociais ou individuais

indisponíveis, conforme o art. 127, caput, da Constituição da República) e não em face das condições de maior ou menor fortuna do interessado (como faz a Defensoria Pública, na forma do art. 134, caput, da Constituição da República, quanto aos necessitados), há que se estabelecer que, ao menos no que tange à matéria de saúde, objeto deste estudo, não é bastante verificar apenas a natureza do interesse protegido para que possa o órgão ministerial officiar em dado caso que se lhe apresente.

Com efeito, ademais da natureza do interesse jurídico tutelado (social ou individual indisponível), para que se justifique a atuação do *Parquet* há que se verificar, sem prejuízo das atribuições da Defensoria Pública, as condições concretas de fortuna do interessado, vale dizer, se este é ou não economicamente hipossuficiente, embora em alguns lugares tal medida possa se mostrar ineficaz como “filtro” para a atuação ministerial, à vista do estado de penúria de parcela majoritária da população local.

É que, em que pese o direito à saúde seja titularizado por todos os cidadãos indiscriminadamente, a escassez de recursos e a amplitude e diversidade das demandas sociais impõem que se deva atender, prioritariamente, aos desprovidos de recursos financeiros para, por si mesmos, suprir suas necessidades no âmbito da saúde.

Assim, apenas se demonstra, por documentos (comprovante de rendimentos ou declaração de imposto de renda ou de isenção deste do postulante e de seus familiares próximos) ou perícia social, a hipossuficiência econômica do requerente, é de ser intentada medida judicial para concessão de ações e serviços de saúde via SUS.

Outro aspecto, talvez até mais relevante que este último, a ser cumulativamente considerado, é a necessidade de identificar quem é, concretamente, o indivíduo titular do interesse relativo à saúde a ser tutelado, vale dizer, deve-se perquirir se a pretensão é ostentada por algum sujeito que, em circunstâncias outras (demandas judiciais de

natureza cível em geral), seria também substituído pelo Ministério Público, quando este figura como órgão agente, ou ensejaria, por sua presença na relação processual, a atuação ministerial como órgão interveniente, sendo certo que esses conceitos quanto à atuação ministerial (órgão agente e órgão interveniente) não serão aqui desenvolvidos, por constituírem categorias apriorísticas.

Nessa linha, o primeiro grupo de pessoas em favor de quem a atuação do Ministério Público está expressamente prevista e autorizada é a de crianças e adolescentes, na forma do art. 11, §2º, c/c art. 201, III e V, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo grupo é o dos idosos, em favor de quem a atuação do Ministério Público está expressamente prevista e autorizada pelo art. 15, *caput* e §2º, c/c art. 74, I e III, ambos do Estatuto do Idoso, devendo-se aditar que a tutela, pelo órgão ministerial, dos interesses dos idosos individualmente considerados, relativamente à saúde, afigura-se cabível apenas quanto àqueles que estejam em situação de risco, na forma do art. 43 da Lei n. 10.741/2003.

O terceiro grupo é o das pessoas com deficiência, em favor de quem a atuação do Ministério Público está expressamente prevista e autorizada pelo art. 2º, parágrafo único, II, c/c art. 3º, *caput*, da Lei n. 7.853/89. Nesse caso, a atuação do órgão ministerial é admissível quando a ação ou serviço de saúde postulado tenha relação direta com a deficiência da pessoa.

Devem também estar presentes, para autorizar o afastamento excepcional, pelo Poder Judiciário, do procedimento exigido de todos os cidadãos para o acesso à saúde pela via do SUS, a urgência e a indispensabilidade do medicamento ou tratamento médico, ou seja, deve estar provado o iminente risco de agravamento da situação de saúde do postulante devido à não disponibilização das ações e serviços de saúde almejadas.

Destarte, ausente a prova da urgência e indispensabilidade da medicação ou tratamento pretendido, não é de ser buscada

pelo Ministério Público sua concessão pela via jurisdicional. Tal comprovação deve se dar, inicialmente, por documentos (atestados médicos, exames, laudos, receituários etc.), a serem exigidos pelo órgão ministerial, em sede de procedimento extrajudicial, do indivíduo a ser substituído. Posteriormente, as informações constantes desses documentos acerca da moléstia e da urgência e indispensabilidade do fármaco ou tratamento pretendido devem ser confirmadas (ou infirmadas) por perícia judicial, a ser realizada na fase instrutória da demanda.

Para a busca da concessão judicial de ação ou serviço de saúde a indivíduo é necessário, ainda, que se examine sua adequação e eficácia para debelar a moléstia.

Tem-se utilizado como critério para aferir o preenchimento de tal requisito a exigência de que a medicação ou tratamento pretendido tenha sido indicado por médico do SUS e em atendimento efetuado no âmbito do sistema.

É que não se pode atribuir a receituário/atestado subscrito por médico particular, para fins de concessão de medicamento ou tratamento pela via jurisdicional, o mesmo valor que a um receituário/atestado oriundo de médico do SUS, pois aquele tem compromisso apenas para com o bem-estar de seu paciente, que lhe paga os honorários profissionais, e não com as carências de toda a coletividade, como este deve ter.

Assim, indispensável, em princípio, que o medicamento ou tratamento requerido tenha sido receitado no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Por fim, a prévia negativa de fornecimento da ação ou serviço de saúde na via administrativa também é inafastável, não só porque caracteriza resistência à pretensão deduzida, necessária para fazer presente o interesse de agir do órgão ministerial, mas porque demonstra que, antes de recorrer ao Poder Judiciário, o postulante sujeitou-se ao procedimento exigido de todos os cidadãos para

obter o almejado atendimento à saúde (princípio da isonomia) e não obteve êxito.

Caso a Administração Pública se recuse a fornecer diretamente ao paciente a negativa de prestação das ações e serviços de saúde pretendidos, como já ocorreu em casos concretos, deve o órgão ministerial, valendo-se de seu poder requisitório, no âmbito do inquérito civil (art. 129, VI, da Constituição da República, art. 26, I, b, da Lei n. 8.625/93, art. 8º, II, da Lei Complementar n. 75/93, art. 83, I, b, da Lei Complementar Estadual n. 197/2000, de Santa Catarina), exigir que o poder público manifeste, diretamente ao Ministério Público (e agora não ao paciente interessado), a negativa em questão, o que estará o agente público responsável obrigado a fazer, sob as penas da lei (art. 10 da Lei da Ação Civil Pública).

Destarte, segundo se propõe neste estudo e na prática, o autor tem adotado em sua atuação funcional apenas se cumulativamente presentes esses requisitos mínimos, cujo reconhecimento deve ser efetuado pelo órgão ministerial no caso concreto que se lhe apresenta, é que estaria o Ministério Público autorizado a dirigir ao Poder Judiciário demanda vetorizada a obter determinação endereçada à Administração Pública para o fornecimento de dada ação ou serviço de saúde a beneficiário individualizado.

E não se considere que ao adotar tal inteligência o órgão ministerial descure da proteção de direito individual indisponível à saúde (como também já se pretendeu alegar em casos concretos): primeiro porque, como referido, o direito à saúde tem perfil multifacetado, sendo também social/coletivo, e não apenas nem propriamente individual; depois porque tais interesses ou direitos fundamentais (sociais, coletivos, individuais) têm igual estatura constitucional, devendo ser, assim, compatibilizados no caso concreto, e, ao menos em princípio, a forma de fazê-lo é aplicar, para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos excepcionais ao postulante individual pelo SUS, os critérios antes referidos; por fim, porque ao Ministério Público cabe não só a defesa dos

interesses individuais indisponíveis, mas também dos interesses sociais/coletivos, nos termos do art. 127, caput, da Constituição da República, titularizados por todos os demais beneficiários do SUS, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia.

Em suma, os requisitos mínimos que, segundo se propõe, devem estar cumulativamente presentes para que o órgão ministerial possa propor demanda judicial postulando ação ou serviço de saúde a beneficiário individualizado (ou manifestar parecer pela procedência do pedido em ação judicial dessa natureza proposta pelo próprio interessado ou outro legitimado) são os seguintes: natureza do interesse jurídico tutelado (social ou individual indisponível), hipossuficiência econômica do beneficiário, titularização do interesse por criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, prova documental da urgência, indispensabilidade, adequação e eficácia, para debelar a moléstia, da ação ou serviço de saúde pretendido, mediante receituário emitido no âmbito do SUS, e negativa, pela Administração Pública, de seu fornecimento.

5. Ministério Público, judicialização da saúde e teoria dos jogos

Todavia, não se pretende que essa fórmula esteja pronta e acabada ou seja a única definitiva. Nessa linha, acerca da atuação ministerial na área da saúde, merece destaque a seguinte lição de Oliveira (2014, p. 97):

A definição da forma de atuação do Ministério Público diante de uma demanda relacionada ao direito à saúde não é trivial e comporta variadas possibilidades. Como visto, de um lado, o ordenamento jurídico põe à disposição dos membros da instituição diversos instrumentos de atuação. De outro, esses agentes públicos dispõem de variadas garantias, que lhes asseguram independência e liberdade para eleger a medida que se apresenta como a mais adequada ao caso concreto.

Portanto, a despeito da independência funcional do órgão ministerial de execução (art. 127, §1º, parte final, da Constituição da República), mostra-se relevante ponderar o que segue:

Desempenhando suas atribuições constitucionais de velar pela integridade do sistema de saúde e pela efetividade do direito à saúde, o Ministério Público precisa reconhecer a insuficiência do conhecimento jurídico para lidar na área, assim como suas limitações como instituição do Estado. Com efeito, a gestão da saúde é feita com o concurso dos três entes da federação e participação da sociedade, assim como de diversos outros atores sociais, como profissionais de saúde, gestores, usuários, prestadores de serviço, entidades do terceiro setor, entre outros segmentos (OLIVEIRA, 2014, p. 103).

Assim, embora se proponha devam ser observados os parâmetros acima delineados quando do ajuizamento de demanda para a tutela do direito à saúde, a fim de conferir maior racionalização à atuação ministerial nessa seara, notadamente quando esta se dá em atendimento a interesses individuais, “não é recomendável que a judicialização das demandas que versam sobre direito à saúde seja a primeira providência adotada pelo membro do MP”, impondo-se “que o membro do MP procure estratégias alternativas e procedimentos que levem à potencialização de seus resultados na busca pela efetividade do direito à saúde em consonância com a Constituição” (OLIVEIRA; ANDRADE; MILAGRES, 2015, p. 156-157).

Nessa linha, a atuação judicial do *Parquet* em defesa do direito à saúde em sua dimensão individual, embora relevante, “até porque frequentemente o Ministério Público é a única alternativa para efetivar o direito individual indisponível à vida e à saúde” (LEHMANN, 2014, p. 184-185), deve ser reservada tão somente para a hipótese de fracasso do emprego dos meios de atuação extrajudicial (inquérito civil, recomendações, requisições, audiências públicas, reuniões, ajustamentos de conduta etc.), como *ultima ratio*, mesmo porque importa entregar a decisão acerca da

matéria a outro sujeito, o Poder Judiciário, o que acarreta a perda do controle da solução do caso pelo órgão ministerial.

Outrossim, na esteira do entendimento de Leonardo Henrique Marques Lehmann, há que se reconhecer que “a atuação do Ministério Público compatível com a pós-modernidade deve ser aquela que privilegie a consolidação do SUS, com a visualização da saúde não como mero acesso a bens e serviços, mas como propriedade coletiva extrapatrimonial que é” (LEHMANN, 2014, p. 181).

O autor prossegue aduzindo o seguinte:

A propriedade da saúde é da comunidade e não do Estado. Este apenas a gerencia, por meio do Sistema Único de Saúde. Mas o Estado não é o dono. A dona da saúde pública é a comunidade. E isso faz toda a diferença no momento de visualizar-se qualquer querela envolvendo saúde, de individuais a coletivas (LEHMANN, 2014, p. 184-185).

E conclui:

Mesmo nas hipóteses de sucesso jurídico na atuação ministerial, deve o membro do Ministério Público ter o cuidado de não desestimular, com sua ação, a mobilização da comunidade ou mesmo dos órgãos estatais responsáveis pela solução do problema, sob pena de criar-se um perigoso curto-circuito social, em que, ao menor sinal de perigo aos bens coletivos extrapatrimoniais, ou aos direitos individuais indisponíveis, acorra-se diretamente ao gabinete ministerial, sem qualquer tentativa prévia de solução democrática do problema (LEHMANN, 2014, p. 193-194).

Portanto, na ação judicial relativa ao fornecimento individual de ações e serviços de saúde, não devem ser considerados jogadores só o Ministério Público, como demandante (substituto processual do indivíduo), e o poder público, como demandado (obrigado à prestar ações e serviços de saúde), mas também, ainda que indiretamente, toda a coletividade.

É que, embora não possa, por si mesma, tomar decisões (fazer jogadas) no âmbito do processo judicial, a coletividade tem (e deve

mesmo ter) seus interesses considerados tanto pelo jogador órgão ministerial autor (interesse público primário), quanto pelo jogador poder público réu (interesse público secundário), uma vez que é afetada pelas decisões/jogadas de ambos.

Ainda, embora tampouco seja reputada julgadora, posto que é ocupado pelo Estado-juiz, a coletividade também deve ter seu interesse considerado pelo Poder Judiciário (que na decisão deve avaliar todos os aspectos dos diversos interesses em discussão), por cujas decisões é atingida, a fim de que todo o sistema público de saúde não acabe caindo na “tragédia dos comuns” acima exposta.

Por fim, à luz da teoria dos jogos, a judicialização da saúde por iniciativa do Ministério Público pode ser classificada, segundo os parâmetros anteriormente indicados, da forma seguinte:

a) quanto aos resultados, de soma não zero, pois é possível que os jogadores (inclusive a coletividade) simultaneamente ganhem ou percam;

b) quanto ao modo de interação, cooperativo, uma vez que o órgão ministerial e o poder público, no curso da demanda judicial e mesmo antes dela (fase de inquérito civil), atuam em cooperação (v.g. troca de informações acerca de medicamentos e condições pessoais - de saúde ou econômicas - do substituído);

c) quanto ao número de interações, dinâmico, porque admite mais de uma interação, também no curso da demanda judicial (notadamente na fase postulatória e instrutória do processo) ou antes dela (fase de inquérito civil, v.g. com a informação, pelo poder público, de que dado medicamento é ou não fornecido pelo SUS, o que afirma ou infirma o interesse de agir do Ministério Público);

d) quanto à forma de movimentação, sequencial, porquanto os movimentos acontecem em sequência, com prévia ciência do outro jogador (o inquérito civil e as diversas fases da marcha processual são lógica e cronologicamente organizados);

e) quanto ao conteúdo da estrutura do jogo, de informação completa, pois cada jogador tem todas as informações à disposição antes de definir sua próxima jogada;

f) quanto à extensão da informação, de informação perfeita, uma vez que cada jogador conhece a realidade do jogo desde seu princípio antes de fazer escolhas.

Assim, propõe-se que a atuação do órgão ministerial na matéria afeta à judicialização da saúde deva ter em conta, em face da teoria dos jogos, todos os diversos aspectos acima alinhados, sem prejuízo de outros que a prática cotidiana vier a exigir.

6. Considerações finais

Ao término deste estudo, cumpre fazer as seguintes considerações finais:

a) a teoria dos jogos, compreendida como a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica;

b) por jogo há que se compreender a forma como são representadas as interações estratégicas entre os jogadores, eliminando-se o fator sorte, e seus elementos são os jogadores, as estratégias e os resultados;

c) a teoria dos jogos, com gênese na Matemática, pode ser aplicada a outras searas, como a Administração, a Economia ou as Ciências Militares, bem assim ao estudo de questões de natureza comportamental, como as que são objeto do Direito, podendo dela o Estado se utilizar para desempenhar suas funções;

d) os jogos podem ser classificados conforme os seguintes critérios: 1) quanto aos resultados; 2) quanto ao modo de interação; 3) quanto ao número de interações; 4) quanto à forma

de movimentação; 5) quanto ao conteúdo da estrutura do jogo; 6) quanto à extensão da informação;

e) a judicialização da saúde pode ser compreendida como a proliferação de ações judiciais demandando a concessão, pelo poder público, de prestações (ações e serviços) de saúde de caráter individual;

f) a Constituição da República previu a saúde como direito de todos (art. 6º e art. 196) e dever do Estado (art. 196), e coube a este garanti-lo mediante ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, de modo que o direito à saúde pode ser considerado polimorfo, no sentido de que se reveste, do ponto de vista de sua natureza jurídica, das mais diversas formas, podendo ser defendido em juízo por variados instrumentos processuais, individuais e coletivos;

g) a previsão de recursos financeiros destinados a suportar as despesas com saúde é restrita, de modo que, à vista da extensão subjetiva conferida ao direito à saúde pela Constituição da República, que o deferiu a todos, e ante o risco de os interesses individuais ilimitados terminarem por comprometer o uso daqueles recursos públicos finitos, afigura-se aplicável à matéria a hipótese da “tragédia dos comuns”, pertinente à teoria dos jogos;

h) à vista da escassez de recursos públicos e da infinitude das necessidades a serem satisfeitas, há que se adotar critérios objetivos para a dispensa daqueles valores ao atendimento das diversas necessidades, notadamente no âmbito das demandas judiciais propostas pelo Ministério Público;

i) tais critérios objetivos são, sem prejuízo de outros, os seguintes: natureza do interesse jurídico tutelado, hipossuficiência econômica, titularização do interesse por criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, prova documental da urgência, indispensabilidade, adequação e eficácia, para debelar a moléstia, da ação ou serviço de saúde pretendido, mediante receituário

emitido no âmbito do SUS, e negativa, pela Administração Pública, de seu fornecimento;

j) a judicialização da saúde não deve ser a primeira providência adotada pelo Ministério Público, ficando reservada para a hipótese de fracasso do emprego dos meios de atuação extrajudicial (inquérito civil, recomendações, requisições, audiências públicas, reuniões, ajustamentos de conduta etc.), vale dizer, deve ser adotada como ultima ratio, mesmo porque importa entregar a decisão acerca da matéria a outro sujeito, o Poder Judiciário, o que acarreta a perda do controle da solução do caso pelo órgão ministerial;

k) a atuação do Ministério Público deve privilegiar a consolidação do SUS, com a visualização da saúde não como mero acesso a bens e serviços, mas como propriedade coletiva extrapatrimonial;

l) na ação judicial relativa ao fornecimento individual de ações e serviços de saúde, não são jogadores só o Ministério Público, como demandante (substituto processual do indivíduo), e o poder público, como demandado (obrigado a prestar ações e serviços de saúde), mas também, ainda que indiretamente, toda a coletividade;

m) a judicialização da saúde pelo Ministério Público pode ser classificada, quanto aos resultados, como de soma não zero; quanto ao modo de interação, como cooperativo; quanto ao número de interações, como dinâmico; quanto à forma de movimentação, como sequencial; quanto ao conteúdo da estrutura do jogo, como de informação completa; e quanto à extensão da informação, como informação perfeita.

Referências

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos**. Revista CEJ, Ano XVI, n. 57, Brasília, maio/agosto 2012.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 15, n. 59. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr.-jun. 2007.

LEHMANN, Leonardo Henrique Marques. **Saúde e Ministério Público na pós-modernidade: contribuições para a efetivação do SUS por meio da participação popular**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Lola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista. In **Revista de Direito Sanitário**, v. 15, n. 3. São Paulo. Nov. 2014-fev., 2015.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. *Direito sanitário e saúde pública*. Volume II. **Manual de Atuação Jurídica em Saúde Pública e Coletânea de Leis e Julgados em Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARTINI, Brígida Alexandre e outros. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. Trabalho apresentado na II Bienal da SBM – Sociedade Brasileira de Matemática. Universidade Federal da Bahia, 25 a 29 de outubro de 2004.

A utilização das vagas especiais em estacionamentos privados por pessoas idosas e pessoas com deficiência

José Kasuo Otsuka¹

Resumo

O texto aborda os aspectos legais sobre as normas reguladoras que permitem aos idosos e pessoas com deficiência terem vagas reservadas nos estacionamentos privados. A preocupação como esclarecimento desses conteúdos se deve ao constante desconhecimento de agentes atuantes em áreas estratégicas do direito e da comunicação. Existem riscos de se propagar informações inverídicas sobre as normas reguladoras. O texto, em uma perspectiva crítica, aborda os aspectos legais e sua fiscalização nos espaços privados de estacionamento, destacando o direito dos idosos e pessoas com deficiência.

Palavras-chave: *Idoso; Pessoa com deficiência; Lei; Estatuto.*

Resumen

El texto presenta las normas reglamentarias que permitan a las personas mayores y discapacitadas a tener plazas reservadas en los aparcamientos privados. Hay una preocupación por evidenciar a estos contenidos frente al constante derecho y de la comunicación pública. Siempre hay riesgos de difundir falsa información sobre

¹ Promotor de Justiça Aposentado do MPE/TO e Mestre em Gerontologia Social pela PUC/SP.

las normas reglamentarias. El texto, tras una perspectiva crítica, aporta com los aspectos legales y su fiscalización de los espacios reservados em los aparcamientos privados, evidenciando los derechos de los ancianos y discapacitados.

Palabras clave: *Persona mayor; Persona discapacitada; Ley; Estatuto.*

1. Introdução

O presente texto objetiva ampliar as informações, sob o aspecto legal, do uso das vagas especiais destinadas à pessoa idosa e à pessoa com deficiência nos estacionamentos privados e públicos, e, ainda, em condomínios diante do coletivo da área. Usufruir esse direito tem sido assumido como privilégio, sobretudo com a propagação de informações desencontradas por meio da mídia. O exercício da fiscalização por parte do ente público, as consequências da má utilização das vagas especiais, tanto por parte daqueles a que se destinam, como por parte daqueles que não são contemplados para o uso dessas vagas. Dessa forma, o texto além aos Membros, servidores e estagiários do MP, como suporte reflexivo e informativo, para disseminação de tão importante conteúdo.

2. Vagas especiais e pessoas idosas

A necessidade da existência de número de vagas especiais em estacionamentos de uso coletivo deve obedecer a uma proporcionalidade quanto ao total das mesmas. Apesar de sua pertinência, este texto não abordará o plano dos direitos e garantias fundamentais, tratados pela Constituição Federal em seu título II, mormente no capítulo I, ou mesmo a dignidade da pessoa humana, inserta como princípio fundamental pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal.

O cerne da discussão se aterá à acessibilidade, em especial, da parcela da população em que se inserem a pessoa idosa, a pessoa com deficiência ou a pessoa com locomoção limitada ou reduzida.

Observa-se que o conceito legal do termo idoso no Brasil não adveio com a Lei nº 10.741/2003², como também não se encontra na Constituição Federal de 1988. Anteriormente, autores defendiam a ideia de se considerar unicamente o fator cronológico. Para outros, contudo, “a qualidade do idoso deveria ser analisada caso a caso, dependendo das condições biopsicológicas de cada ser humano” (FREITAS JUNIOR, 2011, p. 10).

Em 1994, com a edição da Lei nº 8.842/1994, que implantou a Política Nacional do Idoso, *pessoa idosa* passou a ser definida como aquela com idade superior a 60 anos, superando, assim, toda e qualquer discussão. O Estatuto do Idoso, igualmente, utilizou o critério biológico para classificar *idoso* como a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, como se observa na lei: “Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. (BRASIL, Lei nº 10.741, 2003).

Dentre os vários direitos assegurados pela Lei nº 10.741/2003, prevê o artigo 41, visando melhorar a acessibilidade, por que não, uma comodidade do idoso, que vagas nos estacionamentos públicos e privados lhes sejam asseguradas, na proporção de 5% do total, as quais devem estar posicionadas de tal forma a garantir a melhor comodidade ao idoso. Portanto, devem estar próximas do estabelecimento privado ou das repartições públicas.

Art. 41: É assegurada a reserva, para idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso.

Estabelecimento privado abrange shopping center, cinema, teatro, centros de convenções, parques, estádios de futebol, dentre

² Estatuto do Idoso.

outros. A norma refere-se à reserva de vagas, não porta consigo a questão de preferencialidade, com isso, elas somente podem ser ocupadas por idoso. Na sua ausência, em hipótese alguma poderá ser utilizada por pessoa com idade inferior a 60 (sessenta) anos, de modo que a vaga deve permanecer disponível. Ressalve-se que no caso de edifícios públicos, a reserva de vagas só incide no estacionamento posto ao público, não prevalecendo sobre o estacionamento restrito.

A única exigência, evidentemente, além da idade, para ocupar a vaga especial, é que o idoso seja portador de uma credencial, denominada “Cartão do Idoso”, obtido junto ao município, e que a mesma seja colocada sobre o painel do veículo, com a frente voltada para cima.

O Conselho Nacional de Trânsito editou a Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2008, regulamentando a forma de sinalização das vagas reservadas para idosos. A resolução estabeleceu o modelo de credencial a ser utilizado, com validade em todo o território nacional, sendo emitida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito do município de domicílio do idoso.

Art. 1º As vagas reservadas para os idosos serão sinalizadas pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via utilizando o sinal de regulamentação R-6b “Estacionamento regulamentado”, com informação complementar e a legenda “IDOSO”, conforme Anexo I desta Resolução e os padrões e critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

Art. 2º Para uniformizar os procedimentos de fiscalização, deverá ser adotado o modelo da credencial previsto no Anexo II desta Resolução. § 1º A credencial confeccionada no modelo definido por esta Resolução terá validade em todo o território nacional. § 2º A credencial prevista neste artigo será emitida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito do Município de domicílio da pessoa idosa a ser credenciada. (RES. CONTRAN nº 303/2008).

Estabelece-se, ainda, que a credencial, sob pena de suspensão ou cassação, deverá ser utilizada no seu original, vedando-se o uso de cópia obtida por qualquer meio; que não esteja rasurada ou falsificada,

e, pelo seu uso não regular, v.g. se constatada que a vaga especial não foi utilizada por idoso, embora portando a credencial.

Art. 3º Os veículos estacionados nas vagas reservadas de que trata esta Resolução deverão exibir a credencial a que se refere o art. 2º sobre o painel do veículo, com a frente voltada para cima.

Art. 5º A autorização poderá ser suspensa ou cassada, a qualquer tempo, a critério do órgão emissor, se verificada quaisquer das seguintes irregularidades na credencial: I - uso de cópia efetuada por qualquer processo; II - rasurada ou falsificada; III - em desacordo com as disposições contidas nesta Resolução, especialmente se constatada que a vaga especial não foi utilizada por idoso. (RES. CONTRAN nº 308/2008)

A credencial deve ser renovada periodicamente, visto possuir prazo de validade. Em Palmas, TO, a credencial deverá ser solicitada no “Resolve Palmas”, com a apresentação do documento de identidade e comprovante de endereço, local onde também poderá ser feita a renovação da credencial.

Por época da edição do Estatuto do Idoso, e até bem recentemente, cobrava-se uma fiscalização mais eficaz por parte dos agentes públicos, das vagas reservadas aos idosos, localizadas em estacionamentos públicos e, principalmente, os privados, onde o desrespeito é praticamente absoluto, com as vagas reservadas sendo ocupadas indevidamente por pessoas com idade inferior a 60 (sessenta) anos ou, ainda, por idosos sem a credencial.

O estacionamento privado carecia de fiscalização diante da ausência de competência dos órgãos do trânsito para tal mister, situação que a Lei nº 13.146, de 6.07.2015³ modificou quando alterou a redação do parágrafo único do artigo 2º, do Código de Trânsito Brasileiro⁴, para considerar vias terrestres as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas e as vias e áreas de estacionamento de estabelecimentos privados de uso coletivo.

³ Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

⁴ Lei nº 9.503, de 23.09.1997.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Código, são consideradas vias terrestres as praias abertas à circulação pública, as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas e as **vias e áreas de estacionamento de estabelecimentos privados de uso coletivo**. (Grifo nosso) (BRASIL, Lei nº 13.146/2015)

Entendem-se como estabelecimentos privados: supermercado, shopping centers, cinema, teatro, parques, casa de shows, dentre outros. Com isso, os estacionamentos desses estabelecimentos se encontram sob a fiscalização dos órgãos públicos de trânsito, em consequência, devem obedecer à regulamentação contida na Resolução nº 303/2008/CONTRAN, quanto à reserva de vagas e sinalização exigida, possibilitando o uso por pessoas idosas devidamente credenciadas.

Inexiste qualquer impedimento para que os agentes públicos de trânsito exerçam seu mister no tocante à ocupação das vagas reservadas ao idoso, em estacionamentos privados, principalmente aqueles oferecidos de forma graciosa ou onerosa pelos supermercados, shopping centers, e identificados na forma determinada pela resolução supramencionada.

Devem, ainda, por razão do ofício, autuarem aquele que indevidamente ocupe a vaga reservada ao idoso, em razão de caracterizar infração conforme dispõe o Código Brasileiro de Trânsito, em seu inciso XX do artigo 181, incluído pela Lei nº 13.281, de 04.05.2016,

Art. 181. Estacionar veículo:

I -

XX - nas vagas reservadas às pessoas com deficiência ou idosos, sem credencial que comprove tal condição:

Infração – gravíssima;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - remoção do veículo

(...)

(BRASIL, Lei nº13.281/2016)

Atualmente, a infração de natureza gravíssima impõe ao infrator a perda de 7 (sete) pontos na carteira nacional de habilitação, com a imposição de multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos), e, cumulativamente, remoção do veículo para recolhimento ao pátio oficial ou local reservado para tanto.

3. Pessoa com deficiência e disponibilidade de vagas

É fundamental apresentar o conceito de pessoa com deficiência e não pessoa portadora de deficiência e/ou pessoa com necessidades especiais, visto grassar denominações empregadas de forma equivocada e/ou mesmo ignorante, quando a pretexto de evitar a discriminação que ao contrário, a evidencia. A expressão **pessoa com necessidade especial** poderia ser utilizada na área da educação, contudo não há nenhuma referência de sua existência, enquanto que **pessoa portadora de deficiência**, embora empregada em outras épocas, não tem razão de existir, mormente diante das atuais legislações nacionais e internacionais.

A Convenção da Guatemala, de 28 de maio de 1999⁵, descreve que “o termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.” (artigo I, 1), que à época referia-se à pessoa com deficiência como portadora de deficiência, tanto que a exata denominação da convenção é Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

⁵ Adotada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 3.956, de 8.10.2001.

Atualmente, o termo pessoa com deficiência que pode ser física, mental, sensorial ou múltipla, encontra-se empregada na Lei nº 13.146/2015⁶, conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial,.. (BRASIL, Lei nº 13.146, 06.07.2015, art, 2º) (Grifamos)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem seu fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 06.12.2006, através da resolução A/61/611, ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e, promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

As definições de deficiência encontram-se no Decreto nº 3.298/1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24.10.1989⁷.

Art.3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Sendo que as diferentes deficiências estão definidas no mesmo decreto, com as alterações produzidas pelo Decreto nº 5.296/2001⁸,

6 Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

7 Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência.

8 Regulamenta as Leis nº 10.048, 8.11.2000 (prioridade de atendimento), e, 10.098, 19.12.2000 (estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida).

4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II- deficiência auditiva perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Com a finalidade de não provocar dúvidas quanto à vigência das leis que tratam de pessoas com deficiência, diante da novel legislação, Farias, Cunha e Pinto (2016, p.23) esclarecem que:

Não há que se falar em revogação tácita ou expressa da Lei 7.853/1989, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque o Estatuto, quando pretendeu revogar antigas disposições, o fez de forma expressa, como consta do art. 123, listando leis que não foram recepcionados pelo diploma novel.

A Constituição Federal apresenta, em seu artigo 6º, a educação, dentre outros elementos, como direito social, e no artigo 208, III, como dever do Estado, o qual será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como o decreto que regulamentou a Lei nº 7853/1989, não faz nenhuma referência à expressão *pessoa com necessidade especial*, ou mesmo a apresenta, entretanto, coloca a educação como direito fundamental no capítulo IV, art. 27, ao dispor:

Art. 27 A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação. (Art. 27, Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Com relação aos entes públicos, o Estatuto explicita:

Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta e indireta responsáveis pela educação dispensarão tratamento prioritário e adequado aos assuntos objeto deste Decreto, viabilizando, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoa portadora de deficiência capazes de se integrar na rede regular de ensino;

I - a inclusão, no sistema educacional, da educação especial como modalidade de educação escolar que permeia transversalmente todos os níveis e as modalidades de ensino;

III- a inserção, no sistema educacional, das escolas ou instituições especializadas públicas e privadas;

IV- a oferta, obrigatória e gratuita, da educação especial em estabelecimentos públicos de ensino;

V o oferecimento obrigatório dos serviços de educação especial ao educando portador de deficiência em unidades hospitalares e congêneres nas quais esteja internado por prazo igual ou superior a um ano; e

VI- o acesso de aluno portador de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, transporte, merenda escolar e bolsas de estudo. (art. 24, Decreto nº 3.298, de 20.12.1999)

Outras legislações infraconstitucionais de igual forma tratam, tão somente, da educação inclusiva: Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, Política Nacional dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista¹⁰, o regulamento da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência¹¹.

A Lei nº 7.853, de 24.10.1989¹² descreve como crime a conduta de recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de

9 Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (art. 54, III, Lei nº 8.069/1990).

10 À educação e ao ensino profissionalizante (art. 3º, IV, 'a', Lei nº 12.764/2012).

11 As instituições hospitalares e congêneres deverão assegurar atendimento pedagógico ao educando portador de deficiência internado nessas unidades por prazo igual ou superior a um ano, com o propósito de sua inclusão ou manutenção no processo educacional. (art. 26, Decreto nº 3.296/1999).

12 Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social. CORDE.

sua deficiência, passível de pena restritiva de liberdade com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Finalmente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) dispõe sobre educação especial.

Como se verifica, as legislações tratam da Educação Especial, visando a inclusão da pessoa com deficiência, tanto que sempre se referem a atendimento, preferencialmente, em rede regular de ensino. A especialidade se resume no atendimento educacional, talvez, diferenciado ou especializado à pessoa com deficiência.

A educação especial visa atender específica e exclusivamente educandos com certas ou determinadas necessidades especiais. Portanto, existe diferença em denominar a pessoa com deficiência como pessoa com necessidade especial, há dicotomia entre as denominações, visto que está última está intimamente ligada e, por que não afirmar, exclusivamente, com a área educacional.

Alerta-se para o uso equivocado do termo “pessoa portadora de necessidades especiais”. Esse termo é próprio para a área da educação, introduzido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que designa não só as pessoas com deficiência mas os superdotados, obesos, idosos, autistas, pessoas com distúrbios de atenção, emocionais e outros. Alerta-se, por fim, para a impropriedade do uso de siglas como ppd (pessoa portadora de deficiência), sd (pessoa com Síndrome de Down), dm (deficiente mental), ou para termos inventados como siglas. ... Siglas devem se restringir às marcas, tão bem utilizadas como recurso de comunicação e propaganda e não para designar pessoas, sujeitos de direitos. (GUGEL, 2007, p. 83)

Em toda documentação legal, seja nacional ou estrangeira, que norteia ou fundamenta a prática e as políticas educacionais do Brasil, não há nenhuma referência ao termo pessoa com necessidades especiais, mas sim a Educação Especial, que inclui crianças deficientes e superdotadas, crianças de rua e que trabalham, crianças de origem remota ou de população nômade, crianças pertencentes a minorias linguísticas, étnicas ou culturais, e crianças de outros grupos desvantajados ou marginalizados.

Conforme dispõe a Declaração de Salamanca, “Qualquer pessoa portadora de deficiência tem o direito de expressar seus desejos com relação à sua educação, tanto quanto estes possam ser realizados”.

A Educação Especial retrata uma pedagogia em que todas as crianças possam se beneficiar.

Enorme o equívoco da utilização do termo Pessoa com Necessidades Especiais ou Pessoa Portadora de Necessidades Especiais ao se referir a Pessoa com Deficiência, pois mesmo na área da educação especial a menção é de Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, igualmente ao Estatuto do Idoso, visando e garantindo a acessibilidade, dispõe que nas áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, na proporção de 2% (dois por cento) do total das vagas existentes, garantindo-se ao menos uma vaga, na impossibilidade de ocorrer a proporcionalidade, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados.(art. 47).

As observações apontadas quanto às áreas privadas, estabelecimentos privados, área pública e da reserva de vagas especiais destinadas às pessoas idosas, são igualmente aplicáveis à pessoa com deficiência. Com isso, a garantia de vagas especiais em estacionamentos de shopping center, cinema, teatro, centros de convenções, parques, estádios de futebol, dentre outros, deve ocorrer.

E não há que se cogitar o termo *preferencial* em relação às vagas especiais. Assim, tais vagas somente podem ser ocupadas por veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade. Na ausência desta, em hipótese alguma poderá ser utilizada por outro veículo que não atenda ao disposto no artigo 47 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo que a vaga deve permanecer disponível. Ressalve-se que no caso de edifícios públicos,

a reserva de vagas só incide no estacionamento posto ao público, não prevalecendo sobre o estacionamento restrito.

A condição para o veículo que transporte pessoa com deficiência com mobilidade reduzida para ocupar a vaga especial é que a pessoa com deficiência esteja devidamente credenciada junto ao órgão de controle de trânsito, ou seja, portadora do “Estacionamento Vaga Especial”, e que a credencial seja colocada sobre o painel do veículo, com a frente voltada para cima.

O Conselho Nacional de Trânsito editou a Resolução nº 304, de 18 de dezembro de 2008, que dispôs sobre as vagas de estacionamento destinadas exclusivamente a veículos que transportem pessoas com deficiência com mobilidade reduzida, e estabeleceu o modelo de credencial a ser utilizado, com validade em todo o território nacional, sendo emitida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito do município de domicílio da pessoa com deficiência.

Art. 1º As vagas reservadas para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência e com dificuldade de locomoção serão sinalizadas pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via utilizando o sinal de regulamentação R-6b “Estacionamento regulamentado” com a informação complementar conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 2º Para uniformizar os procedimentos de fiscalização deverá ser adotado o modelo da credencial previsto no Anexo II desta Resolução.

§ 1º A credencial confeccionada no modelo proposto por esta Resolução terá validade em todo o território nacional.

§ 2º A credencial prevista neste artigo será emitida pelo órgão ou entidade executiva de trânsito do município de domicílio da pessoa portadora de deficiência e/ou com dificuldade de locomoção a ser credenciada.

Estabelecem, ainda, que os veículos estacionados nas vagas reservadas aos veículos que transportem pessoas com deficiência com mobilidade reduzida deverão exibir a credencial sobre o painel do veículo, ou em local visível para efeito de fiscalização.

Art. 3º Os veículos estacionados nas vagas reservadas de que trata esta Resolução deverão exibir a credencial que trata o art. 2º sobre o painel do veículo, ou em local visível para efeito de fiscalização.

Por fim, a credencial deve ser renovada periodicamente, visto possuir prazo de validade.

A validade da credencial prevista neste artigo será definida segundo critérios definidos pelo órgão ou entidade executiva do município de domicílio da pessoa portadora de deficiência e/ou com dificuldade de locomoção a ser credenciada. (art. 2º, §3º)

Em Palmas, TO, a credencial deverá ser solicitada no “Resolve Palmas”, com a apresentação do documento de identidade, comprovante de endereço e laudo médico que comprove a deficiência com dificuldade de locomoção, local onde também poderá ser feita a renovação da credencial.

E, finalmente, para o benefício do uso da vaga especial, a pessoa com deficiência com mobilidade reduzida, titular da credencial, deve estar presente no momento em que o veículo estiver utilizando a vaga especial.

As vagas reservadas aos veículos que transportam pessoas com deficiência com mobilidade reduzida, notadamente as localizadas nos estacionamentos privados, são absolutamente desrespeitadas, sendo ocupadas indevidamente por veículos que não estão transportando pessoa com deficiência com mobilidade reduzida ou, que não possuem a credencial.

A partir da edição da Lei nº 13.146, de 6.07.2015¹³, passam a ser consideradas vias terrestres as vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas e as vias e áreas de estacionamento de estabelecimentos privados de uso coletivo, tais como supermercados, shopping centers, cinema, teatro, parques, casa de shows, dentre outros.

13 Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Como consequência, os estacionamentos desses locais passam a ser fiscalizados pelos órgãos públicos de trânsito e obedecem à regulamentação contida na Resolução nº 304/2008/CONTRAN, no que tange à reserva de vagas e sinalização exigida, o que possibilitou o uso por pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida devidamente credenciadas.

Assim, cabe aos agentes públicos de trânsito exercer seu mister no tocante à ocupação das vagas reservadas à pessoa com deficiência com mobilidade reduzida, em estacionamentos privados, principalmente, oferecidas de forma gratuita ou não pelos supermercados, shopping centers, e identificados na forma determinada pela resolução supramencionada.

Por razão do ofício, devem proceder à autuação daquele que indevidamente ocupe a vaga reservada à pessoa com deficiência e mobilidade reduzida, por caracterizar infração, conforme dispõe o Código Brasileiro de Trânsito, em seu inciso XX do artigo 181, incluído pela Lei nº 13.281, de 04.05.2016.

Desde maio de 2016, estacionar o veículo em vagas destinadas a pessoas com deficiência ou idosos passou a ser considerada infração de natureza gravíssima, punida com sete pontos na carteira nacional de habilitação e imposição de multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos) e, como medida administrativa, a remoção do veículo.

4. Considerações finais

As vagas especiais reservadas ao idoso e às pessoas com deficiência com mobilidade reduzida não se traduzem em simples comodidade, mas, antes de tudo, constituem uma garantia de acessibilidade para que essa parcela da população possa exercer plenamente a sua cidadania.

Para a utilização das vagas especiais existem regras, principalmente, o cadastramento em órgão público municipal de trânsito que expede a credencial, a ser utilizada como identificador, não bastando a idade mínima, no caso da pessoa idosa, nem tampouco a simples ocorrência da deficiência ou dificuldade de locomoção para franquear o uso da vaga reservada e exclusiva.

Por isso, a utilização da credencial, além de identificar o beneficiário, possibilitará a fiscalização das vagas especiais dispostas em estacionamentos públicos e privados, que deve a rigor ser realizada, não ocorrendo qualquer óbice legal, e, no exercício do poder de polícia, os órgãos de trânsito podem e devem impor as sanções (multas e remoção do veículo) previstas em legislação específica, no caso, o Código de Trânsito Brasileiro.

Por força das novas legislações, em especial o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e diante do uso indiscriminado das vagas especiais em estacionamentos privados e da ausência de educação por parte dos condutores de veículos automotores, faz-se necessário que a fiscalização seja realizada pelos agentes de trânsito, nos estacionamentos localizados ou oferecidos ao público nas áreas mencionadas, punindo-se os infratores conforme determina a legislação específica.

Enfim, que se determine a sinalização dessas vagas, conforme emanam as resoluções números 303 e 304 do Contran, ambas editadas no ano de 2008, em referência à pessoa idosa e à pessoa com deficiência, respectivamente.

Referências

a) Livros

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodvum, 2016.

FREITAS JÚNIOR, Roberto M. **Direitos e garantias do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

b) Leis, Decretos, Súmulas

BRASIL, Decreto Legislativo n. 3.956, de 8 de outubro de 2001 – Promulga a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadora de Deficiência. - publicado no DOU de 9.10.2001.

BRASIL, Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999 – Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Publicado no DOU de 21.12.1999.

BRASIL, Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de

deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Publicado no DOU de 3.12.2004.

BRASIL, Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989 – Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Publicado no DOU de 25.10.1989.

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicado no DOU de 16.7.1990, retificado em 27.9.1990.

BRASIL, Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994 – Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Publicado no DOU de 5.1.1994.

BRASIL, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Institui o Código Brasileiro de Trânsito. Publicado no DOU de 24.9.1997, retificado em 25.9.1997.

BRASIL, Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012 – Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Publicado no DOU de 28.12.2012.

BRASIL, Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 – Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Publicado no DOU de 7.7.2015.

BRASIL, Resolução CONTRAN nº 303, de 18 de dezembro de 2008 – Dispõe sobre as vagas de estacionamento de veículos destinadas exclusivamente às pessoas idosas. Disponível em: www.denatran.gov.br/download/.../republicacao_resolucao_contran_303_08.pdf. Acessado em: 10 de dez. 2016.

BRASIL, Resolução CONTRAN nº 304, de 18 de dezembro de 2008 - Dispõe sobre as vagas de estacionamento de veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência e com dificuldades de locomoção. Disponível em: www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/RESOLUCAO_CONTRAN_304.pdf. Acessado em: 10 de dez. 2016.

CONVENÇÃO DE GUATEMALA (Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência). Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_UNU_PD.php. Acessado em: 15 de dez. 2016.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. (Princípios, Políticas e Práticas em Educação Especial) . Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_UNU_PD.php. Acessado em: 15 de dez. 2016.

Abreviaturas e siglas

AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência.

CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito.

CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

DENATRAN – Departamento Nacional de Trânsito.

DOU – Diário Oficial da União.

MP – Ministério Público.

A importância do ensino da Língua Brasileira de Sinais para o Ministério Público

Keila Fernandes Santos¹

Resumo

O artigo enfatiza a importância do ensino da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) para a capacitação dos servidores oriundos do Ministério Público. Delineamos, no presente texto, contextos importantes para as comunidades surdas na busca de reconhecimento de direitos fundamentais e garantias governamentais de inclusão social por meio de recorte histórico sobre as pessoas com deficiência. Paralelamente, realiza-se uma descrição sucinta sobre quais seriam as abordagens para a definição das pessoas surdas e como ocorre o atendimento dessas pessoas em setores públicos e, por fim, as propostas de cursos livres de capacitação de servidores públicos sobre a Língua Brasileira de Sinais.

Palavras-chave: *Libras; Cursos; capacitação; decreto; Ministério Público.*

Resumen

El artículo destaca la importancia de la enseñanza de Lengua Brasileña de Señales (LIBRAS) para la capacitación de los

¹ Intérprete de Libras e Professora da Educação Básica. Licenciada em Letras pela UNIFEG. Especialista em Linguística e Língua Portuguesa pela Falbe.

funcionários integrantes del Ministerio Público. Fué esbozado en el texto contextos importantes para las comunidades sordas en la búsqueda de reconocimiento de sus derechos fundamentales y garantías de inclusión social por las políticas públicas gubernamentales a través del enfoque histórico acerca por meio de un recorte histórico sobre las personas con discapacidad. Paralelamente se realizó una descripción sucinta sobre cuáles serían los enfoques para la definición de las personas sordas y cómo ocurre la atención de esas personas en sectores públicos y, finalmente, las propuestas para los cursos gratuitos de LIBRAS en sectores de formación y capacitación.

Palabras clave: Libras; Capacitación; Formación; Decreto; Ministerio Público.

1. Introdução

A linguagem utilizada pelas comunidades surdas no Brasil é a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS). A LIBRAS é uma língua na modalidade visual e espacial semelhante às línguas orais, visto que são comparáveis nas estruturas morfossintáticas, apesar das diferenças na formação e utilização pelos usuários. Os usuários dessa linguagem se expressam por meio de gestos e movimentos não-aleatórios com conteúdos em diversas áreas como filosofia, literatura, política, direito, além de termos relacionados a funções estéticas como poesia, teatro, textos humorísticos e fatos comuns da vida cotidiana. A expansão dessa linguagem na sociedade civil e entre os servidores de órgãos públicos é uma das responsabilidades delegadas aos órgãos e entidades públicas pelo Decreto no 5626/05, decreto que regulamenta a Lei no 10.436, ou seja, Lei de LIBRAS.

A demanda vem sendo atendida progressivamente pelos órgãos e, em 2016, essas entidades demonstraram um interesse maior em, de fato, realizar ações de capacitação dos servidores públicos, a exemplo da oferta de cursos livres sobre Língua de Sinais.

Para a elaboração do texto, utilizamos as contribuições teóricas de Andrei Gesser, Ronice Quadros, Aline Pizzio e Mailce Mota e o levantamento de dados a partir das informações fornecidas pelos projetos pedagógicos dos cursos de LIBRAS ofertados pelos Ministérios Públicos Estaduais de cada estado do Brasil, incluindo o Distrito Federal. Ainda há uma grande dificuldade em se obter informações sobre a aprendizagem da Língua de Sinais por ouvintes, o foco se dá mais na educação de surdos, pois a discussão e abordagem são únicas.

No Brasil, as comunidades das quais as pessoas surdas e ouvintes participam passaram a ter maior expressividade nas duas primeiras décadas do século XXI. Diversos fatores políticos, sociais, midiáticos, jurídicos e pedagógicos continuam a contribuir para a expansão dessas comunidades. As comunidades surdas, atualmente, têm a oportunidade de participar de diversos segmentos da sociedade, garantida por lei. Dessa forma, a língua está em constante movimento e pode ser encontrada em uso em sindicatos, associações, centros religiosos, contextos escolares e grupos de estudos vinculados às Instituições de Ensino Superior. A novidade da oferta de cursos livres sobre Língua Brasileira de Sinais para capacitação de servidores públicos torna-se uma área de estudos importante atualmente e, principalmente, os desafios a serem alcançados pelos profissionais envolvidos na produção desses contextos de ensino foram pouco explorados até o momento.

2. Contexto histórico

Para que o Brasil conseguisse chegar ao patamar de um dos poucos países enaltecidos pelas Organizações Mundiais como país que reconhece os direitos das pessoas surdas e que promove a expansão da Língua Brasileira de Sinais dentro das entidades e órgãos públicos, foi preciso que grupos organizados, ao longo dos anos, participassem de lutas políticas.

A trajetória da luta político-social das pessoas com deficiência traçada por Lanna Júnior (2010) iniciou-se no século passado e foi impulsionada pelo cenário internacional com o advento da Declaração Internacional dos Direitos Humanos a partir de 1948. No Brasil, os debates ganharam um fôlego maior nas discussões das comissões da Constituinte, que garantiram o direito a cidadania às pessoas com deficiência. Organizadas em movimentos sociais, estas tiveram sua voz no processo de redemocratização que o país passara, incluindo-se nas discussões além das esferas do campo da Assistência Social.

Até a década de 70, as discussões em relação às pessoas com deficiência se concentravam em debates principalmente na área educacional ou obras assistencialistas. A história das pessoas surdas, por exemplo, era contada a partir da adaptação ou aceitação das pessoas com deficiência na convivência social. A vida sociopolítica das pessoas com deficiência auditiva na Antiguidade limitava-se, geralmente, aos direitos de propriedade, visto que os surdos eram vistos como pessoas que não podiam compreender o mundo, isto é, o universo das palavras faladas, pois se expressavam por meio de sinais. Em determinados casos, como na Roma ou Grécia, essa deficiência lhe custava até a vida. Já na Idade Média, a Igreja Católica difundiu que os surdos eram sujeitos sem alma, porque não conseguiam emitir todos os sacramentos em linguagem oral. Dessa forma, eram excluídos do convívio social, além de enfrentar grande preconceito, descrédito e perda de direitos.

Com o fim da Idade Média, a ideia difundida anteriormente começa a ser substituída, devido ao aparecimento de técnicas de ensino para o desenvolvimento da linguagem entre as pessoas surdas, entretanto, geralmente surdos de famílias com condições de pagar por um preceptor tinham acesso aos estudos da escrita e oralização da língua oficial. A partir dessa etapa, o paradigma anterior começa a ser repensado e oportunidades de desenvolvimento pessoal das pessoas surdas começam a surgir em contextos sociais. Temos como marco, no Brasil, a abertura de uma escola para pessoas

surdas, na época Imperial, Instituto de Surdos-Mudos (1855), atualmente Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES). No Brasil Império, somente os surdos e cegos tinham ações públicas vigentes, mas elas contemplavam somente a área da educação e estavam concentradas na capital.

Devido ao déficit de ações públicas voltadas para atendimento das pessoas com deficiência, segundo Lanna Junior (2010), grupos como as Sociedades Pestalozzi (1932) e as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) (1954) ou Centros de Reabilitação para atendimento das pessoas acometidas de poliomielite, a exemplo da Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (1954), surgiram para garantir o mínimo de acesso à educação e saúde a essas pessoas. Além desses grupos, em São Paulo, grupos filantrópicos, como a Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD/1950) organizaram-se no contexto da epidemia de poliomielite para reaver a lacuna deixada pelas estruturas governamentais.

Os primeiros movimentos sociais que possibilitaram a mudança do paradigma assistencialista para um nível de discussão social iniciaram com a declaração divulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas Deficientes (1975). Esses movimentos se articularam em Comissões Nacionais e Regionais, além de Encontros nacionais e regionais, para discutir aspectos sociais, econômicos e políticos para a integração das pessoas com deficiência no meio social com cidadania plena.

A partir dessas discussões, surgem agrupamentos por área de deficiência, visto que cada deficiência exigia um tipo de reivindicação específica, voltada para a deficiência do participante. Dessa forma, a partir de 1977, dentro das comunidades surdas, surge a Federação Nacional de Educação e Integração de Deficientes Auditivos (FENEIDA), atualmente conhecida como Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (FENEIS), que começa a protagonizar discursos em busca dos direitos sociais da comunidade surda pelos próprios surdos.

A plena participação das pessoas com deficiência nas subáreas da Constituinte garantiu a continuação das discussões, até aquele momento iniciadas, abordando temas como igualdade de direitos, discriminação, acessibilidade, trabalho, prevenção de deficiências, habilitação e reabilitação, direito à informação, educação básica e profissionalizante não de forma assistencialista, mas de forma igualitária. A partir da garantia constitucional, as estruturas governamentais começam a se organizar para inserir as pessoas com deficiência nas políticas públicas.

O interesse público em relação aos direitos das pessoas com deficiência foi reconhecido na estrutura do Estado brasileiro com a criação da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), em 1986, e da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em 1989. A partir de então, os interesses dessas pessoas ganharam cada vez mais espaço na estrutura federal. Houve fluxos e refluxos nesse processo. Desde 2003, a política para a pessoa com deficiência está vinculada diretamente à Presidência da República, por meio da pasta de Direitos Humanos. Em outubro de 2009, a CORDE foi elevada à Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Mais recentemente, em agosto de 2010, alcançou o status de Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. (LANNA JUNIOR: 2010, p. 73)

Com o recorte histórico traçado por Lana Junior (2010), podemos compreender os caminhos percorridos pela comunidade surda até o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais como língua oficial por meio da Lei 10.436 de abril de 2002, Lei de LIBRAS. Essa lei reconhece a LIBRAS como língua natural e oficial utilizada pelas comunidades de pessoas surdas no Brasil. Esse reconhecimento foi necessário devido à necessidade de acesso à informação pela comunidade, que já havia sido determinada pela Lei de Acessibilidade, Lei no 10.098, de dezembro de 2000.

Os meios legais viabilizaram um atendimento diferenciado necessário aos surdos para a inclusão na vida sociopolítica do país. Em 22 de dezembro de 2005, é publicado o Decreto no 5626/05, que regulamenta a Lei no 10.436/02 e Lei no 10.098/00. O Decreto

deixa claro o papel do poder público na expansão da Língua Brasileira de Sinais, com ações efetivas destinadas à sociedade civil e corpo de servidores, ratificado pela Resolução CNMP no 81, de janeiro de 2012.

Art. 26. A partir de um ano da publicação deste Decreto, o Poder Público, as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta devem garantir às pessoas surdas o tratamento diferenciado, por meio do uso e difusão de Libras e da tradução e interpretação de Libras -Língua Portuguesa, realizados por servidores e empregados capacitados para essa função, bem como o acesso às tecnologias de informação, conforme prevê o Decreto no 5.296, de 2004.

§ 1º As instituições de que tratam o caput devem dispor de, pelo menos, cinco por cento de servidores, funcionários e empregados capacitados para o uso e interpretação da Libras.

§ 2º O Poder Público, os órgãos da administração pública estadual, municipal e do Distrito Federal, e as empresas privadas que detêm concessão ou permissão de serviços públicos buscarão implementar as medidas referidas neste artigo como meio de assegurar às pessoas surdas ou com deficiência auditiva o tratamento diferenciado, previsto no caput. (Decreto nº 5626, 2005)

Art. 3º, IX, § 4º A Administração Superior do Ministério Público da União e dos Estados deve realizar a habilitação de servidores em cursos oficiais de Linguagem Brasileira de Sinais, ministrados por professores oriundos de instituições oficialmente reconhecidas no ensino de Linguagem Brasileira de Sinais, a fim de assegurar o pleno acesso dos deficientes auditivos às suas dependências. (Resolução CNMP nº 81/2012)

Em 2006, institui-se como década das Américas pelos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência, estabelecido em reunião em São Domingo, República Dominicana, pela Organização dos Estados Americanos (OEA) a Declaração do Decênio das Américas das Pessoas com Deficiência (2006-2016). Durante esse período, os países participantes, incluindo o Brasil, devem promover a integração das pessoas com deficiência nos contextos sociais e políticos de forma digna com cidadania plena, promovendo ações na educação, saúde, assistência social, acessibilidade, participação política, participação

de atividades artísticas, desportivas e recreativas dentre outras. Dessa forma, em esfera federal, estadual e municipal, as ações públicas vêm sendo desenvolvidas por diversas entidades, com vistas à promoção e bem-estar das pessoas com deficiência na garantia de direitos.

3. A pessoa com deficiência e os setores públicos

Muito se tem avançado na inclusão das pessoas com deficiências nos setores públicos, tanto na área de atendimento quanto na inclusão de cotas, por meio de concursos e seleções públicas. Entretanto, mesmo com a naturalização do processo, algumas ações importantes ainda não aconteceram em grande parte dos setores públicos, ou seja, como no caso das pessoas surdas, atividades ligadas à expansão do conhecimento da Língua de Sinais entre os servidores dos órgãos públicos ainda são ações em desenvolvimento. A barreira da comunicação gera problemas tanto para os servidores, que precisam prestar atendimento de qualidade aos usuários de LIBRAS, quanto aos próprios surdos, que veem de certa forma seus direitos não serem respeitados como descrito em legislação específica.

O desconhecido gera desconforto. Lidar com pessoas que necessitam de atendimento especializado requer, além de conhecimento específico de formação dos sujeitos, conhecimento teórico para auxiliá-los dentro dos contextos necessários. Dessa forma, é importante lembrar que são consideradas pessoas surdas, de acordo com Lei no 5.626/05, art. 2º, parágrafo único, as que possuem perda auditiva bilateral, parcial ou total de 41 (quarenta e um) decibéis ou mais em sua capacidade auditiva.

Em um dos seus estudos, a professora Gesser (2008) descreve sua preocupação em definir a nomenclatura a ser utilizada para definir os surdos em seus trabalhos e os significados que as palavras podem denotar, dificuldade que também se observa no dia a dia com os servidores públicos, que diante de um atendimento presencial de pessoa surda, não conhecem o modo como nomear essas pessoas,

visto não ter o conhecimento necessário para realizar tal ato, que gera uma comunicação precária e desconforto.

O fato é que, na minha visão inicial, a palavra surdo conotava mais preconceito e parecia que não era um uso sequer politicamente correto. Não tinha ideia, também, por outro lado, da carga semântica que os termos deficiente-auditivo, surdo-mudo, e mudo conotavam, constantemente observados em muitas falas de pessoas leigas na discussão e/ou de especialistas dentro de uma posição que toma a surdez como uma patologia (GESSER, p. 225, 2008).

As formas de abordagem livres de preconceitos, assim como as nomenclaturas utilizadas para abordagens presenciais ou não das pessoas surdas, são formas de conhecer as comunidades surdas. Existem abordagens clínicas e sociais que buscam definir a surdez e as pessoas surdas, o que pode auxiliar na abordagem correta dos surdos em atendimentos presenciais ou em ambientes de trabalho. As abordagens clínicas, ou seja, da área da saúde, são as mais utilizadas socialmente, embora uma abordagem de cunho mais social venha a ser defendida pelas comunidades de pessoas surdas, visto que, de acordo com as comunidades, essa abordagem respeita seus direitos sociais que foram alvo de lutas durante um grande período.

Nas abordagens no âmbito da saúde, os surdos são considerados como deficientes auditivos devido à perda temporária ou permanente de umas das capacidades físicas. Uma pessoa para ser considerada sem problema de surdez deve conseguir ouvir sons graves e agudos até 20 (vinte) decibéis. Em uma concepção social, o termo deficiente auditivo é utilizado para pessoas que dispõem de uma parte da audição e possuem condições para o desenvolvimento oral da linguagem. A palavra Surdo, com letra maiúscula, é usada para nomear a pessoa geralmente com perdas severas e profundas, ou seja, sujeitos geralmente usuários da Língua Brasileira de Sinais. Essas pessoas, como os ouvintes, possuem limitações parecidas, visto que tanto os ouvintes quanto os Surdos não podem exercer integralmente os papéis sociais existentes na sociedade. Contudo, o Surdo é considerado como deficiente devido a sua incapacidade física de ouvir os sons, mas nada

os impede que possam alcançar independência e, a partir do uso de suas próprias capacidades e uso da própria língua, desenvolver-se como cidadão para realizar qualquer atividade sociopolítica.

Diante dessa diferença de abordagens, lidar com o que não conhecemos e não entendemos não é uma tarefa fácil, visto que entender a cultura das pessoas surdas vai além de cortesia e solicitude. Conhecendo tal problemática, a cartilha do Conselho Nacional do Ministério Público traz em seu texto algumas regras básicas importantes para atendimento inicial dessas pessoas:

Procure falar de maneira clara, palavra por palavra, sem exageros.

Fale com velocidade normal, a não ser que lhe peça para falar mais alto ou mais devagar.

Fale diretamente com a pessoa, não de lado ou atrás dela.

Faça com que sua boca fique visível para facilitar a leitura labial.

Seja expressivo. As expressões faciais são importantes para que entenda o que você comunicar.

Se quiser falar com uma pessoa com deficiência auditiva, chame sua atenção através de sinais ou tocando sua mão ou braço.

Ao conversar, mantenha contato visual, caso você olhe para o lado, a pessoa com deficiência visual pode pensar que a conversa terminou.

Se sentir dificuldades para entender a fala de uma pessoa com deficiência auditiva, peça para ela repetir o que disse. Se você ainda não entender, peça-lhe para escrever.

Caso a pessoa com deficiência auditiva esteja acompanhada por um intérprete, fale diretamente à pessoa com deficiência e não ao intérprete. (CNMP, 2014, p.14)

No estado do Tocantins, de acordo com o censo do ano de 2010, IBGE, a população que possui alguma deficiência auditiva gira em torno de 66.140 pessoas, dentre aqueles que declararam possuir nenhuma audição ou alguma dificuldade auditiva. Não se tem dados precisos quanto ao número de usuários da Língua Brasileira de Sinais, entretanto, temos uma estimativa de que aproximadamente 1.970 pessoas sejam usuárias ou potenciais usuárias da língua, visto que

são pessoas que possuem perda severa da audição, a sofrer variações devido ao fato de os dados não serem recentes.

Dessa forma, a atenção dada pelo CNMP em sua cartilha atende a uma parte da comunidade surda do estado, devido às variedades de identidades pessoais das pessoas participantes. Há surdos que tiveram acesso à oralização, mas conhecem a LIBRAS, dessa forma possuem as duas formas de comunicação; há surdos filhos de pais ouvintes que tiveram acesso à oralização, mas fazem a opção pela experiência visual da linguagem, dessa forma são usuários da LIBRAS; há surdos que procuraram somente a experiência oral da linguagem e conseguem fazer leitura labial e há surdos que não possuem nem a oralização nem a comunicação por meio da LIBRAS. São situações que individualizam o desenvolvimento e identidade dessas pessoas.

Diante da situação e necessidade de comunicação entre ouvintes e surdos, entre servidores e usuários, os cursos de formação dos servidores para conhecer a Língua de Sinais são tão importantes atualmente.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou, em 31 de janeiro de 2012, a Resolução nº 81, disciplinando o desenvolvimento de ações que garantam a plena inclusão da pessoa com deficiência no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. A inclusão, neste caso, não se restringe à questão da acessibilidade ao meio físico ou à informação, mas ao pleno reconhecimento da dignidade e cidadania dessa parcela da população, garantido-lhe o acesso a todos aos espaços e serviços da Instituição. (CNMP, 2014, p.05)

Os Ministérios Públicos Estaduais vêm desenvolvendo projetos pilotos de cursos de capacitação de servidores públicos sobre a Língua de Sinais em muitos estados, mas devido à oferta do curso ser interna, há pouca divulgação de dados em seus sites para possíveis análises. Em 14,81% dos estados não há informações públicas para consulta; 25,93% dos estados possuem informações incompletas; 40,75% dos estados possuem informações públicas de cursos, mas ainda não ofertaram o curso e não há previsão de oferta e, por fim, 18,51% disponibilizam todo o projeto do curso para consulta pelo público em

geral. Embora as informações ainda sejam escassas, os cursos sobre LIBRAS já estão presentes nas listagens de formação dos servidores, como forma de garantir aos cidadãos surdos seus direitos descritos em legislação pertinente.

4. Cursos de formação desenvolvidos pelo MPE

As Escolas Superiores do Ministério Público e/ou Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional são setores do Ministério Público que têm como objetivo o aprimoramento profissional dos membros e servidores da Instituição, elevando, assim, o conhecimento científico e técnico para melhoria das atividades prestadas. A esses órgãos competem a elaboração, a organização de cursos de aperfeiçoamento, assim como demais eventos que promovam a capacitação dos servidores públicos. Dessa forma, coube, em todo o Brasil, a esses setores o desenvolvimento das ações para capacitação dos funcionários públicos no conhecimento da LIBRAS, uso e interpretação.

Em relação à LIBRAS, não se têm estudos teóricos que apontem a melhor ou a mais apropriada teoria de ensino e nem tampouco a melhor metodologia de aprendizagem dos ouvintes, entretanto, há forte tendência do uso de modelos comunicativos como parâmetro de organização dos cursos de capacitação desenvolvidos, principalmente nas áreas da educação e saúde. Partindo desse pressuposto, as práticas de ensino ora derivariam de práticas voltadas para a forma normativa da língua, ora para a prática de uso dela.

Uma vez definida a abordagem norteadora, é necessário fazer uma análise do contexto de realização do curso, com levantamento de dados sobre a “política educacional, número de aulas por semana, recursos físicos e humanos; e, aspectos individuais dos aprendizes: interesses, necessidades, motivações, fantasias, desejos, conhecimento prévio, disponibilidade de tempo, etc.” Estas informações levantadas permitirão a identificação dos objetivos, que por sua vez, podem ser categorizados como linguísticos, educacionais, psicológicos, culturais e práticos. Os objetivos não

devem ser muito universais, nem tampouco devem controlar o limite de necessidades do aprendiz. As unidades do curso passam a ser elaboradas, contando com os aspectos anteriores, e amostras da língua-alvo em forma de temas, tópicos, atividades, funções comunicativas, itens gramaticais, vocabulário, aspectos culturais, etc. são introduzidas. (GESSER, 2010, p. 93).

Como cursos pilotos na área de ensino de Língua Brasileira de Sinais para ouvintes, as propostas das estruturas pedagógicas como ensino, aprendizagem, tipos de avaliação, metodologia, objetivos, material didático e construção de currículos e profissionais envolvidos são objetos possíveis para um levantamento de dados das ofertas realizadas pelo Ministério Público Estadual no sentido de garantir capacitação adequada aos servidores da Instituição, visto que outras análises de aprendizagem necessitariam de um período de observação e avaliações dos cursos que ainda não possuem dados suficientes para análise. Dentre os dados disponíveis para consulta, podemos delinear uma tendência de oferta dos cursos sobre Língua Brasileira de Sinais pelos Ministérios Públicos Estaduais, tanto na forma de estruturação do projeto do curso quanto na escolha dos conteúdos programáticos entre as unidades federativas, incluindo o Distrito Federal.

Tendências pedagógicas de oferta do curso de LIBRAS:

1. Vocabulário básico;
2. Vocabulário específico;
3. Gramática da LIBRAS;
4. Contexto sócio-histórico;
5. Estudo teórico sobre a língua;
6. Práticas de tradução;
7. Práticas de interpretação;
8. Carga horária do curso em oferta;

9. Instrutor surdo como professor titular do curso;
10. Intérprete de LIBRAS como professor titular do curso;
11. Oferta presencial;
12. Oferta na modalidade a distância.

Estado	Vocabulário Básico	Vocabulário específico	Gramática da LIBRAS	Contexto sócio-histórico	Estudo teórico sobre a língua	Práticas de tradução	Práticas de interpretação	Carga horária	Instrutor Surdo	Intérprete de LIBRAS	Modalidade de oferta	Módulos
Estado 1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	Presencial	2
Estado 2	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Não	80	Sim	Sim	Presencial	2
Estado 3	-	-	-	-	-	-	-	40	-	-	Ead	2
Estado 4	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não	25	Não	Sim	Presencial	1
Estado 5	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não	60	Não	Sim	Presencial	1
Estado 6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	Presencial	2
Estado 7	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	Ead	1
Estado 8	-	-	-	-	-	Sim	Sim	-	-	-	Presencial	1
Estado 9	-	-	-	-	-	-	-	40	-	-	Ead	1
Estado 10	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	21	Não	Sim	Presencial	1
Estado 11	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	Presencial	1
Estado 12	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	60	Não	Sim	Ead	1

Figura 1. Tendências pedagógicas da oferta do curso de LIBRAS (divisão por Estado que possui dados publicizados)

A partir da leitura da figura 1, podemos levantar algumas considerações importantes sobre as ofertas dos cursos de Língua Brasileira de Sinais:

- mesmo com 25,93% dos estados apresentando informações incompletas sobre os cursos em oferta ou ofertados, pode-se deduzir que o vocabulário básico de LIBRAS foi disponibilizado em todos os cursos;
- o vocabulário específico para atendimento dos setores do Ministério Público Estaduais não é uma preocupação inicial;
- há uma preocupação maior em abordar estudos gramaticais e teóricos sobre a LIBRAS do que contextualizações sócio-históricas sobre as comunidades surdas;

- as práticas de interpretação são mais exploradas nos cursos em relação às práticas de tradução;
- é inexpressiva a participação de instrutores surdos nos cursos de capacitação de servidores do Ministério Público;
- 40 horas por módulo, foi a carga horária comum entre as ofertas dos cursos de capacitação em LIBRAS;
- 66,6% dos cursos em oferta ou ofertados são na modalidade presencial e 33,4% dos cursos em oferta ou ofertados são na modalidade a distância;
- 33,3% dos cursos possuem continuidade nos estudos, com oferta de mais de um módulo, e 66,7% são cursos de módulo único.

De acordo com os levantamentos de dados, os cursos de Língua de Sinais ofertados se preocupam, em sua maioria, em apresentar vocabulário básico para os estudos iniciais sem um aprofundamento da linguagem voltado para a área de atuação do servidor público, público-alvo dos cursos. Essa é uma das grandes preocupações dos profissionais que atuam nessa área, visto que tanto o levantamento de sinais básicos quanto de sinais utilizados em contextos mais teóricos possuem variações regionais e no caso específico da área jurídica, não temos uma padronização dos sinais, visto que atualmente os sinais-termos utilizados pelos intérpretes de LIBRAS em traduções e interpretações estão em fase de produção de glossários que ainda não foram divulgados em todo o país. Além disso, somente a apresentação de sinais básicos, introduzirão o servidor na nova linguagem, mas não o tornará apto a gesticulação de sentenças básicas importantes do dia a dia de sua atuação profissional.

Certos sinais podem ser gesticulados de formas diferentes entre as comunidades surdas do Brasil, mas a grande dificuldade reside na padronização de vocabulários específicos de cada área, como no caso do Ministério Público, a linguagem jurídica. Há grupos formados principalmente de intérpretes que atuam na área para a formação

de glossários que podem auxiliar nas interpretações do Português para LIBRAS, como é o caso do Projeto Varlibras, vinculado à Universidade de Brasília, entretanto, não há textos divulgados ao público até o momento, dificultando assim os trabalhos que vêm sendo desenvolvidos nas demais localidades do Brasil.

Sabe-se que embora oficializada, a padronização da LIBRAS é ainda incipiente, e a falta de um código escrito, por exemplo, contribui para que não haja tantas restrições para a diversidade. No entanto, essas restrições existem e é na interação de uso de linguagem que elas são manifestadas. (GESSER, 2006, p.178)

Além do levantamento de léxicos, de acordo com o perfil levantado na figura 1, os cursos, em sua grande maioria, privilegiam a gramática da Língua de Sinais e estudos teóricos sobre a língua e deixam para segundo plano o contexto sócio-histórico da comunidade surda. Essa escolha pode prejudicar o contato necessário do ouvinte (servidor público) com a comunidade surda, visto que como a grande maioria dos instrutores são ouvintes, o contato com o nativo e a inserção na cultura das pessoas surdas não ocorrerá. Além disso, o desenvolvimento de habilidades mais complexas, que necessitam de um conhecimento profundo sobre a cultura surda, é prejudicado, como por exemplo, a aprendizagem sobre as estruturas classificadoras, a troca de papéis em uma narrativa e o uso do espaço na hora da sinalização. Apesar da problemática da falta de contato com um falante nativo da língua, a participação do intérprete de Libras ou professor habilitado como o professor responsável pode minimizar esse problema e auxiliar o servidor público em seu desenvolvimento comunicativo.

De acordo com os estudos de Gesser (2006), o desenvolvimento comunicativo de um adulto em salas de aulas presenciais passa por estágios de aprendizagem, visto que inicialmente a mistura entre a língua portuguesa e a LIBRAS é muito comum devido à necessidade de tradução dos primeiros sinais, em muitos casos mediada da tradução simultânea ou consecutiva por um Intérprete de LIBRAS. A modalidade visual e espacial da Língua de Sinais dificulta, nos

primeiros estágios, a aprendizagem, visto que a necessidade de escrever tudo o que ocorre tira a atenção do aprendiz.

A modalidade visual e espacial cobra do estudante o desenvolvimento de memória visual e geralmente os ouvintes não estão preparados para isso. As primeiras associações geralmente feitas em aprendizagens de línguas orais, a exemplo da associação de semelhanças fonéticas e fonológicas que são realizadas na aprendizagem de línguas estrangeiras orais, não podem ser utilizadas na aprendizagem da LIBRAS, visto que o que geralmente ocorre é a transposição da gramática da Língua Portuguesa para a sinalização em LIBRAS, configurando o que chamamos de Português sinalizado. Nesse momento, a presença desse profissional é necessária para que o aluno consiga desenvolver as habilidades necessárias.

Nesse contexto híbrido, ou seja, espaço onde ocorre a mistura da Língua Portuguesa com a LIBRAS, o servidor deverá ser auxiliado por um Intérprete de LIBRAS, visto que deverá ser inserido em um contexto o mais próximo possível dos falantes nativos da língua de sinais para que possa começar a realizar o aprofundamento nos estudos e desenvolver conhecimento linguístico adequado, ou seja, utilização mínima de sua linguagem natural nas gesticulações em Sinais. Para melhorar esse desenvolvimento, práticas de interpretação e tradução deveriam ser inseridas nos cursos de capacitação, entretanto, vê-se que uma parcela mínima dos cursos se preocupam com essas temáticas, visto que tais práticas necessitariam de módulos com carga horária maior. Cursos básicos dificilmente desenvolvem habilidades de tradução e interpretação, pois trabalham somente com frases curtas e pequenas conversações.

A aprendizagem linguística de um adulto em uma segunda língua é gradativa, assim, capacitações ou eventos com carga horária pequena não conseguem suprir a necessidade prevista no Decreto no 5.626/05. A maioria dos adultos que entram em contato com a Língua Brasileira de Sinais sofrem uma espécie de estranhamento, em virtude da diferenciação das modalidades da linguagem. Entrar em contato

com a língua de sinais somente em pequenos módulos não torna esses adultos aptos para o uso da LIBRAS e para o atendimento de surdos nativos ou surdos usuários da língua de sinais em conversações básicas e até mesmo naquelas mais complexas. Provavelmente, o que ocorrerá serão conversações truncadas, sem desenvolvimento comunicativo. Dessa forma, há necessidade de aprofundamento nos estudos e dedicação por parte dos alunos envolvidos no processo para que a aprendizagem ocorra de fato.

Diante de tantos desafios, de acordo com o levantamento de dados da figura 1, os cursos sobre a Língua de Sinais possuem um aliado na sua expansão: a modalidade a distância. Além de possuírem recursos didáticos e tecnológicos que serão ferramentas facilitadoras na aprendizagem da LIBRAS, essa nova modalidade alcançará um grande número de servidores de diversas localidades que, devido ao escasso tempo disponível para capacitação, à dificuldade de locomoção do interior para capital em período de trabalho e ao número reduzido de profissionais capacitados para ministrar as aulas de forma presencial, não teriam a oportunidade de realizar o curso.

Embora o material didático também auxilie nesse quesito, ele não estabelece um contato direto entre o professor e o aluno e entre aluno e demais servidores que estiverem matriculados no mesmo módulo de estudos, processo tão importante nos contextos educacionais. Dessa forma, os cursos atenderão servidores tanto da capital quanto do interior, visto que as promotorias de justiça não estão localizadas somente nas capitais.

5. Considerações finais

As propostas de cursos ofertados pelos Ministérios Públicos em todo o Brasil constituem um grande avanço para as comunidades surdas, visto que as lutas geradas para o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais não foram em vão. O processo de expansão da LIBRAS é gradativo, assim, não se espera que ouvintes, oriundos de

órgãos públicos, passem a utilizar a Língua de sinais sem um processo de adaptação. O percentual obrigatório é um número significativo para treinamento, o que provavelmente não ocorrerá de forma imediata, mas poderá trazer resultados positivos.

As propostas curriculares abrem caminhos para possíveis análises e considerações relevantes para trilhar desafios futuros de melhoria e adaptação. O novo cenário requer aprofundamento nos estudos teóricos com auxílio das Universidades e grupos ligados à surdez para que o ensino de LIBRAS para ouvintes tenha, de fato, uma expansão na sociedade civil e servidores de órgãos ou entidades públicas, mesmo sem contato com a comunidade surda, possa ter o conhecimento da língua necessário para o atendimento das pessoas surdas.

Os cursos ofertados pelo Ministério Público ainda se encontram em sua fase inicial, devido à não normatização de sinal-termos (sinal criado para designar uma palavra pertencente à área específica de estudo) relacionados à área jurídica, grande novidade de inserção de cursos livres e, principalmente, o desafio de adaptar da melhor forma possível as propostas pedagógicas. O desenvolvimento do trabalho ainda demandará tempo de análise, avaliação e autoavaliação de todos os momentos pedagógicos propostos. As propostas são de grande valia diante do longo caminho para se cumprir o Decreto no 5626/05, de modo que ainda há muito trabalho, dedicação e estudo na área a se cumprir.

Referências

BRASIL. Decreto no 5626 de 22 de dezembro de 2005.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução no 81 de 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Todos juntos por um Brasil mais acessível: O MP e a pessoa com deficiência.** Brasília: CNMP, 2014.

GESSER, Andrei. **Um olhar no professor surdo e outro na caneta: ouvintes aprendendo a língua de sinais.** Tese (Doutorado em linguística aplicada). UNICAMP: 2006.

_____. **Metodologia de Ensino em LIBRAS como L2.** Florianópolis: UFSC, Centro de Comunicação e Expressão, 2010.

_____. **Do patológico ao cultural na surdez: para além de um e de outro ou para uma reflexão crítica dos paradigmas.** Trab. Ling. Aplic., Campinas, 47(1): 223-239, Jan./Jun. 2008.

LANNA JUNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MOTA, Mailce Borges. **Aquisição da Língua de Sinais.** Florianópolis: UFSC, Centro de Comunicação e Expressão, 2008.

PIZZIO, A. & QUADROS, R. **Aquisição da Língua de Sinais.** Florianópolis: UFSC, Centro de Comunicação e Expressão, 2011.

A atuação preventiva e extrajudicial do Ministério Público e a importante participação das Corregedorias

Pedro Evandro de Vicente Rufato¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da atuação preventiva e extrajudicial do Ministério Público. A Constituição Federal de 1988 conferiu inúmeras atribuições ao Ministério Público, alçando-o à condição de protagonista na tutela dos direitos difusos e coletivos, consagrando dois modelos de atuação: a) o Ministério Público que atua perante o Poder Judiciário, de viés demandista; b) o Ministério Público que atua na esfera extrajudicial, como intermediador da pacificação social, visando a resolução consensual dos conflitos e controvérsias. Diante da pouquíssima efetividade do perfil demandista, sobretudo em decorrência do grande volume de processos em tramitação no Poder Judiciário, fez-se necessário visitar a forma de atuação, valorizando e priorizando o modelo resolutivo, com ênfase na atuação extrajudicial, preventiva e consensual. Nesse contexto, é de fundamental importância a participação das Corregedorias, que, valendo-se de sua faceta de orientação, devem estabelecer um diálogo franco e horizontal com os membros do Ministério Público, fomentando-os a adotar

¹ Promotor de Justiça no Estado do Tocantins, Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público, Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUC de Minas Gerais, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC de Minas Gerais, Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

o modelo de atuação resolutivo, sempre em busca da máxima efetividade. Somente dessa forma, o Ministério Público se consolidará como órgão de transformação social.

Palavras-chave: *Corregedoria; Ministério Público; Prevenção; Efetividade.*

Resumen

Este estudio tiene como objetivo demostrar la importancia de la actuación preventiva y extrajudicial del Ministério Público. La Constitución Federal de la República de Brasil, de 1988, ha conferido innumerables atribuciones al Ministério Público, elevándolo a la condición de protagonista en la protección de los derechos difusos y colectivos, consagrando dos modelos de funcionamiento: lo que actúa ante el Poder Judicial, de sesgo demandista y lo que se hace presente en la esfera extrajudicial, como intermediario de la pacificación social, buscando la resolución consensuada de los conflictos y controversias. Ante la escasa efectividad del perfil demandista, resultante de bajo volumen de los procesos en tramitación en el Poder Judicial, se hizo necesario revisar la forma de actuación, valorizando y priorizando el modelo resolutivo, con énfasis en la actuación extrajudicial, preventiva y consensual. En este contexto, es de fundamental importancia la participación de las Corregidurías, como instancias orientadoras. Ellas deben establecer un diálogo franco y horizontal con los miembros del Ministerio Público, fomentándolos la adopción de un modelo de actuación resolutiva, en la constante búsqueda de su máxima efectividad. Solamente así, el Ministerio Público se consolidará como órgano de transformación social.

Palabras clave: *Corregiduría; Ministério Público; Prevención. Efectividad.*

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, precisamente no artigo 127, a configuração do Ministério Público voltado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos direitos fundamentais, erigindo-o à condição de defensor da sociedade.

A partir de então, o cidadão depositou esperanças renovadas no Promotor de Justiça, a quem passou a recorrer não somente para solucionar conflitos ligados a temas convencionais (divórcio, alimentos, separação, criança em situação irregular, litígio entre vizinhos e outros), mas sobretudo para denunciar as mais graves ofensas aos direitos difusos e coletivos (meio ambiente, urbanismo, habitação, patrimônio público, consumidor e outros).

No afã de bem tutelar esses interesses, o Ministério Público adotou postura demandista, passando a ajuizar inúmeras ações civis públicas, crente de que o uso do instrumental previsto na Lei nº 7.347/85 fosse eficaz o bastante para a concretude dos direitos coletivos. Ocorre que, na prática, seja pelo elevado congestionamento processual existente no Poder Judiciário (que atingiu a cifra de mais de 110 milhões de processos em tramitação), seja pela própria dificuldade de grande parte dos juízes em lidar com a matéria (tutela coletiva), o método não funcionou.

Foi preciso revisitar a forma de atuação, de modo que o perfil demandista cedeu espaço ao perfil resolutivo, com a consequente valorização da atuação preventiva, extrajudicial e proativa do Ministério Público. Assim, no cumprimento de sua importante missão constitucional, diante da inarredável constatação de que a via processual não vem dando a resposta esperada, não há outro caminho a ser trilhado pelo Ministério Público senão buscar a resolução negociada, consensual e extrajudicial dos conflitos sociais. E para tanto, não lhe faltam instrumentos legais, merecendo destaque ao

longo do estudo o atendimento ao público, as audiências públicas, o inquérito civil, a recomendação e o temo de ajustamento de conduta.

É nesse contexto que as Corregedorias assumem papel preponderante. Mais que órgãos orientadores e fiscalizadores da atuação funcional dos membros do Ministério Público, devem fomentar e estimular a atuação dos Promotores de Justiça na tutela dos direitos fundamentais, aferindo a correta, adequada e eficiente utilização dos mecanismos extrajudiciais e preventivos de solução de conflitos, sempre em busca de resultados concretos socialmente relevantes.

Esses são os principais pontos a serem abordados no decorrer do presente trabalho, sempre com os olhos voltados à resolutividade dos conflitos, à efetividade das medidas e ao perfil social e democrático conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.

2. A resolução preventiva e extrajudicial dos conflitos

De acordo com o perfil que lhe foi atribuído pela Constituição Federal de 1988, o Ministério Público foi alçado à condição de defensor da sociedade, verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito. Sua função precípua é lutar para a concretização dos objetivos fundamentais da República, catalogados no artigo 3º da Magna Carta², buscando sempre a mudança da sociedade para melhor.

Nessa árdua missão, é imprescindível que o Ministério Público priorize a resolução dos conflitos pela via extrajudicial, através do

2 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

diálogo e da conciliação, já que a velha prática de transferir o encargo ao Poder Judiciário, mediante o aforamento de ações civis públicas, não se mostrou eficiente, sendo elucidativas sobre o assunto as palavras de Zenkner:

É, pois, com base nessa moderna concepção que deve ser encarada, também, a atividade do Ministério Público no cumprimento de sua missão constitucional. Pode-se dizer, assim, que, passados quase trinta anos de vigência da atual Constituição, o Ministério Público brasileiro já se encontra em sua terceira fase de evolução (“Fase Resolutiva”), empregando cada vez mais de formas extrajudiciais de resolução de conflitos como instrumentos de acesso à Justiça, diante da inarredável constatação de que via processual não vem dando a resposta que dela se esperava. (2016, p. 211)

Além disso, é fundamental priorizar a tutela preventiva, cuidando para evitar a ocorrência do ilícito, sua continuidade ou repetição. Não bastasse a pouca efetividade das medidas repressivas, sob a ótica da recomposição dos danos, “a prevenção pressupõe a solidificação dos padrões éticos, exigindo a implementação de uma política educacional apta a atenuar as mazelas atuais e a depurar as gerações futuras” (GARCIA, 2006, p. 04), o que é o mais importante nesse processo.

Aliás, a priorização da atuação preventiva na tutela dos direitos coletivos em geral é uma diretriz já consolidada no âmbito do Ministério Público Nacional:

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/1988). Por intermédio da tutela jurídica preventiva, poderá ser atacado, em uma das suas dimensões, diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva, mais precisamente a ressarcitória. Ocorre que muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente, a saúde do consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a saúde pública etc.), não são passíveis de reparação in natura. Portanto, só restaria, nesses casos, uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica

apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/1988).

Ora, se ao Ministério Público, como instituição, incumbe a defesa do regime democrático, a ele incumbe prioritariamente a defesa preventiva da sociedade, pois é essa, repita-se, a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito. Contudo, como é cediço, a atuação na instituição no país ainda é predominantemente repressiva, que se dá em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social.

É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica. Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é fundamental, principalmente quanto ao ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, evitando-se, assim, a prática do ilícito, sua continuidade ou repetição. (CNMP, 2015, pp. 102/103)

Na área criminal e de segurança pública, considerando o alarmante aumento dos índices de criminalidade vivenciado nos últimos tempos, não é suficiente somente uma atuação repressiva e burocrática do Ministério Público. “É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito a partir dos indicadores sociais e de diagnósticos sociais” (CNMP, 2015, p. 112). É imprescindível a inserção do Promotor de Justiça no seio social, para que saiba as verdadeiras causas da criminalidade e exija políticas públicas específicas do Poder Público (ALMEIDA, 2016, p. 68).

Nessa linha, não basta apenas analisar o inquérito policial, oferecer a denúncia e participar das audiências judiciais. Muito mais do que isso, o parquet tem que voltar suas ações para prevenir a ocorrência do crime, cobrando do poder público o aumento do efetivo policial, lutando pela criação das guardas municipais, mapeando as regiões onde os índices de criminalidade são mais acentuados, exercendo com efetividade o controle externo da atividade policial e participando de audiências públicas. É o que apregoa a doutrina mais abalizada:

Dentre as finalidades de controle merece especial atenção a participação do Ministério Público na área de prevenção de delitos. A atividade é incipiente, porque a atuação do órgão na área criminal concentra-se na movimentação da ação penal, na fase posterior ao cometimento do delito, para a aplicação de sanção penal pelo Judiciário. A estrutura e a organização do Ministério Público na área criminal estão moldadas para o fato consumado, em virtude do exercício da sua função corresponder principalmente à análise da investigação criminal e realização de acusação criminal no processo de apuração e julgamento do crime, por fato ocorrido e com consequências já operadas na sociedade.

Entretanto, a situação da segurança pública brasileira está exigindo uma alteração de rumo institucional, diante da necessidade social cada vez maior de que o Ministério Público volte as suas atenções e os seus esforços institucionais para a melhoria da área de segurança pública, um dos serviços mais importantes para a vida em sociedade de forma civilizada e normal. Essencial a participação do Ministério Público brasileiro na fixação da política de segurança pública, com a apresentação de propostas e sugestões, tomando parte das discussões dos planos, metas e estratégias, tendo em vista que a sociedade exige que o seu órgão de acusação participe dessas ações, atualmente restritas ao Executivo, que não tem se desincumbido adequadamente do trabalho de planejamento e execução das medidas necessárias, para a prevenção e repressão ao crime. (SANTIN, 2004, pp. 206/207)

A nosso sentir, não concretiza o interesse social apenas a atividade tradicional do promotor de Justiça: trabalho dedicado em dois turnos, realização de infinitas audiências, confecção de peças processuais de técnica e vernáculo irreprocháveis, sem que, para além do domínio formal de seu trabalho visível, o promotor conheça a realidade dos jurisdicionados e exerça uma atividade crítica, inclusive que lhe permita estabelecer prioridades, o que inclui uma análise séria e ao mesmo tempo sensível e humanística de situações formalmente típicas. E mais, o promotor de Justiça da contemporaneidade não pode se encastelar em seu posto; deve, antes, servir de vetor a contribuir para a integração das polícias e interferir, contribuindo com sua experiência e visão profissional, no processo de planejamento e execução de políticas de segurança pública. Para isso, deve estar disponível para o debate, nem sempre livre de divergências, com as demais instituições vinculadas à persecução penal – e mesmo vocacionado para fomentá-lo. (MORAES, 2016, p. 322)

Na tutela do patrimônio público e da probidade administrativa, muito embora necessário o aforamento de ações judiciais em muitas situações, também é possível uma atuação preventiva e extrajudicial, podendo ser mencionados os seguintes exemplos: a) a expedição de recomendação para retificar as regras editalícias de um concurso público; b) a celebração de termo de ajustamento de conduta visando compelir o poder público a realizar concursos públicos, rescindir os contratos temporários e exonerar os servidores comissionados; c) a expedição de recomendação preconizando a exoneração de parentes de autoridades públicas (combate ao nepotismo).

Outra razão para valorizar a atuação preventiva é a enorme dificuldade em se recuperar os recursos públicos desviados do erário, conforme destacado por Almeida:

Além de combater repressivamente os atos de improbidade administrativa, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público (2016, p. 68).

Na área de saúde pública não é diferente. Tendo ciência da omissão do poder público em fornecer medicamentos ou garantir o tratamento fora do domicílio a que faz jus um cidadão, é muito mais produtivo e adequado tentar o Promotor de Justiça resolver o imbróglio de forma consensual e administrativa, a aforar de plano uma medida judicial. Alguns casos são solucionados com um singelo ofício recomendatório encaminhado ao gestor, atitude que denota equilíbrio, ponderação e sensibilidade do Promotor de Justiça e o credencia para o diálogo e a interação que rotineiramente deve manter com o poder público.

Na tutela do meio ambiente, urbanismo, habitação e demais direitos difusos e coletivos, é de fundamental importância que o

Ministério Público dialogue com a sociedade e interaja com o poder público. Com a sociedade, para que saiba os anseios da comunidade e as áreas sensíveis em que a atuação ministerial deve ser prioritária. Com o poder público, para que possa exercer o papel de indutor de políticas públicas, apontando o melhor caminho a ser seguido diante da discussão de temas relevantes, como por exemplo, a aprovação do plano diretor da cidade ou mesmo de um loteamento. E o sucesso dessa empreitada depende, invariavelmente, da realização de reuniões e audiências públicas, do desenvolvimento de projetos sociais e da constante interlocução com a sociedade.

Evidente que em algumas situações é inevitável ajuizar uma ação civil pública, seja, por exemplo, para responsabilizar um agente público por improbidade administrativa, seja diante da relutância do causador de um dano ambiental em realizar um acordo. Isso é normal e ocorre cotidianamente, porém não pode ser tida como a única possibilidade de atuação do Ministério Público. Muito ao contrário, devem ser valorizados e priorizados os instrumentos extrajudiciais de resolução do litígio.

3. Os instrumentos extrajudiciais à disposição do Ministério Público

A legislação brasileira tipifica diversos instrumentos que podem ser utilizados pelo Ministério Público em sua atuação extrajudicial e preventiva. São ferramentas ligadas ao diálogo, à interação (com a sociedade e o poder público) e ao consenso, mostrando-se úteis e eficientes na prevenção do ilícito e na resolução da conflituosidade social. Dentre elas, merecem apontamento o atendimento ao público, as audiências públicas, o inquérito civil, as recomendações, o termo de ajustamento de conduta e a mediação, assumindo o Ministério Público, com o uso de tais instrumentos, função pedagógica de educação da coletividade para o exercício da cidadania.

Por meio do atendimento ao público, o Promotor de Justiça toma conhecimento dos principais problemas e conflitos vivenciados pela comunidade onde atua, podendo interagir com o cidadão na busca da solução mais adequada ao caso concreto. Grande parte desses problemas podem ser resolvidos com uma conversa e uma orientação, ao passo que outros demandam a instauração de procedimentos investigatórios relevantes, que podem significar, na prática, combate aos atos de corrupção, ressarcimento ao erário, reparação de danos ambientais e defesa de direitos indisponíveis. Seja como for, o atendimento ao público deve ser valorizado e priorizado, pois, nas palavras de Mazzilli, todas as funções do Ministério Público são nele exercidas, “recorrendo-se a todos os campos do Direito, em matérias processuais ou extraprocessuais” (2007, p. 92).

As audiências públicas têm por finalidade a discussão de fato determinado e a consequente apresentação de propostas e reclamações por parte das pessoas que dela participam. Devem ser realizadas para ouvir a população sobre assuntos relevantes, constituindo-se no “mecanismo constitucional fundamental de participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo” (CNMP, 2015, p. 107). Na medida em que permitem a participação popular, elas se tornam um importante instrumento de diálogo e interação na busca de soluções para os conflitos sociais.

O inquérito civil é o procedimento investigatório de natureza administrativa de utilização exclusiva do Ministério Público. Por intermédio dele, o Ministério Público apura e investiga as lesões aos direitos difusos e coletivos em geral, podendo o Promotor de Justiça que o preside expedir notificações e requisições, ouvir testemunhas e investigados e produzir as provas lícitas necessárias para apuração dos fatos. Em algumas situações, a instauração do inquérito civil, por si só, seguida de uma requisição ou de um pedido de informações, é o bastante para fazer cessar um ato ilícito. Dessa forma, mais do que instrumento de coleta de provas destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública, o inquérito civil, numa

leitura contemporânea, deve ser entendido como uma ferramenta de resolução de litígios.

As recomendações, consideradas um dos mais efetivos instrumentos de prevenção de ilícitos, são orientações emanadas do Ministério Público e direcionadas, via de regra, aos agentes públicos, visando fazer cessar ou evitar a prática de atos contrários à lei e às normas administrativas. Se bem utilizada, com razoabilidade e sem exigências infundadas, muitos conflitos podem ser por ela prevenidos e solucionados e, além disso, muitas demandas judiciais evitadas. Embora não tenham força vinculante e obrigatória, as recomendações são dotadas de grande força de persuasão e coerção, sendo, no mais das vezes, cumpridas pelos destinatários.

Os termos de ajustamento de conduta são acordos firmados pelo Ministério Público visando a prevenção ou reparação de danos causados à ordem urbanística, ao meio ambiente, ao consumidor e aos demais direitos difusos e coletivos. Tem como finalidade impedir a continuidade da situação de ilegalidade, prevenir sua prática ou reparar o dano já causado. Tal qual os demais, se constitui em importante ferramenta extrajudicial de resolução de conflitos, devendo, de tal forma, ser priorizado na atuação cotidiana do Promotor de Justiça.

Recentemente, com o objetivo de reforçar aos membros do Ministério Público a importância da resolução extrajudicial dos conflitos e das práticas restaurativas, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 118/14, que dispõe sobre a política de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público. Por intermédio dela, visa-se fomentar a criação de programas de mediação e negociação que tenham como objetivo prevenir ou fazer cessar o ilícito através de uma atuação isenta e imparcial na esfera extrajudicial. O documento é importante, pois reconhece expressamente que a negociação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, prevenção e resolução de litígios.

4. A participação das Corregedorias

As Corregedorias são órgãos destinados a orientar e fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos membros do Ministério Público (artigo 17 da Lei nº 8.625/93). O termo deriva do latim corrigere e significa corrigir, tornar certo, emendar, sendo que sua existência tem como escopo principal uma adequada prestação dos serviços públicos, de acordo com o princípio constitucional da eficiência.

Em casos de infração ao dever funcional, é obrigação legal das Corregedorias exercer seu papel de órgão repressor, buscando a responsabilização administrativa do Promotor de Justiça. Todavia, em tempos atuais, é fundamental a valorização do caráter orientador das Corregedorias, isso no sentido de exercerem uma função pedagógica que priorize o amplo e maduro diálogo institucional, sem aquele viés de intimidação, inserindo-se no planejamento estratégico, interagindo com os Centros de Estudos e fomentando o cumprimento das metas institucionais, sendo valiosas nesse sentido as palavras de Godinho:

Embora se afigure como órgão controlador por excelência, não é a atuação repressiva a função exclusiva ou mais proeminente das Corregedorias. Com efeito, também os órgãos administrativos de controle possuem relevante função preventiva, seja por meio de recomendações, seja por meio do fomento e do protagonismo nos debates institucionais, especialmente se conferir aos dados estatísticos de que são destinatárias um eficiente instrumental para o aperfeiçoamento da atividade finalística.

...

Nesse contexto, as Corregedorias também não devem ser vistas apenas sob a perspectiva repressiva ou sancionadora, mas também deve ser pensada por sua função preventiva ou orientadora, constituindo-se em um importante componente para debate e aperfeiçoamento institucionais. Seja por meio de recomendações, uso efetivo dos dados estatísticos de que dispõe, fomento de discussões e busca de integração e orientação dos membros dos Ministérios Públicos, trata-se de órgão administrativo com grande potencial para auxiliar na atuação finalística institucional. (2016, pp. 154/155 e 158)

Nesse cenário, devem as Corregedorias, em conjunto com os Centros de Apoio e os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, incentivar a atuação dos membros do Ministério Público na tutela dos direitos difusos e coletivos, cuidando para que essa atuação seja proeminentemente preventiva e extrajudicial, sempre em busca da máxima efetividade. Para tanto, curial que editem atos de cunho orientador, norteando o caminho mais eficiente a ser seguido na defesa do patrimônio público, meio ambiente, urbanismo, habitação, consumidor e demais direitos difusos e coletivos. “Essa postura preventiva das Corregedorias decorre da própria constatação de que a atuação preventiva é mais eficiente e consentânea com a moderna visão do processo administrativo e do próprio Ministério Público” (GODINHO, 2016, p. 155).

Bem por isso, em setembro de 2016, durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foi aprovada a Carta de Brasília, visando modernizar o controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público. Na carta, foram estabelecidas várias diretrizes às Corregedorias, dentre as quais se destacam: a) renovação dos métodos de avaliação, orientação e fiscalização da atividade-fim e das atividades administrativas, para aferir a atuação resolutiva do Ministério Público e a sua relevância social; b) aferição da utilização eficiente de mecanismos de resolução consensual com a priorização dos mecanismos de resolução extrajudicial dos conflitos, controvérsias e problemas; c) superação do critério de priorização da atuação judicial e da limitação da fiscalização ao cumprimento dos prazos procedimentais; d) verificação, nas correições e nas inspeções, da regularidade e da resolutividade da atuação do Ministério Público na atividade extrajudicial, analisando, entre outros, o cumprimento do Planejamento Estratégico, do Plano de Atuação e dos Projetos Executivos, levando-se em conta os procedimentos extrajudiciais instaurados, as audiências públicas realizadas, os termos de ajustamento celebrados, as recomendações expedidas e a participação em projetos sociais, dentre outras atividades; e) avaliação da

atividade-fim, considerando a totalidade dos mecanismos de atuação extrajudicial, inclusive com a realização de audiências públicas e a adoção de medidas de inserção social como palestras, reuniões e atuação por intermédio de Projetos Sociais.

Assim, observa-se que o protagonismo das Corregedorias no assunto, mais que uma mera baliza idealística, é uma imposição do Conselho Nacional do Ministério Público, formalizada na Carta de Brasília. Ademais, é justamente priorizando o perfil orientador e fomentar a atuação preventiva, extrajudicial e resolutiva dos membros, que a Corregedoria, além de livrar-se da pecha de órgão eminentemente repressor, irá ao encontro dos mais contemporâneos anseios da sociedade, sendo enriquecedor lançar sobre o tema os ensinamentos da doutrina mais contemporânea:

Nesse contexto, as atribuições da Corregedoria, tanto no viés fiscalizatório quanto orientador da conduta funcional dos membros do Ministério Público, traduzidas nos diversos instrumentos de atuação, como correições, inspeções, recomendações, são destinadas à indução e ao fomento da atuação dos membros para o propósito maior de realização do dever constitucional da Instituição, de defesa da cidadania e da consequente concretização dos direitos fundamentais. (DAHER, 2016, p. 296).

Justamente em razão dessa diferenciada responsabilidade, é essencial que as Corregedorias compreendam muito bem o contexto sociojurídico em que atua o Ministério Público na tutela dos direitos fundamentais neste século, tanto à luz do movimento do acesso à Justiça e do modelo constitucional como, mais recentemente, dos planejamentos estratégicos elaborados pela Instituição. De igual modo, impende que compreendam muito bem os desafios específicos da Instituição e que os analisem sob uma perspectiva prática de busca de soluções institucionais de que podem se valer esses órgãos superiores para induzir uma atuação institucional que se alinhe ao paradigma jurídico emergente e que se direcione para o essencial sob a perspectiva da sociedade: a produção e a entrega de resultados socialmente relevantes. Com efeito, sem uma atuação institucional alinhada ao novo paradigma jurídico, equivale dizer, mais informal, negocial e participativa, e verdadeiramente comprometida com a entrega para a sociedade – a “cliente” da qual o Ministério Público é o principal “advogado” defensor – de crescente efetividade dos

direitos fundamentais de cuja defesa está incumbida a Instituição, afigura-se-nos mais difícil

vislumbrar um futuro promissor para a Instituição. (GAVRONSKI, 2016, p. 113).

5. Considerações finais

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a atuar como protagonista na tutela dos direitos difusos e coletivos e o Promotor de Justiça, outrora considerado mero parecerista, se consolidou como o defensor da sociedade. Isso somente deu-se em virtude da luta de muitos promotores que, na prática, já antes de 1988, se comportavam como tal, recebendo em seus gabinetes as reclamações dos cidadãos e adotando as providências pertinentes a bem do interesse público.

Na condição de defensor da sociedade e visando bem tutelar esses direitos difusos e coletivos, de modo a fazer diferença no seio social, o Ministério Público, de início, logo após a promulgação da Constituição de 1988, adotou um perfil demandista, esmerando-se no ajuizamento de ações civis públicas, no que, conforme visto, não obteve êxito.

Diante da pouca eficácia da prática adotada, foi preciso reorientar sua forma de atuação, de modo que o Ministério Público priorizou o perfil resolutivo, se incumbindo ele próprio, por intermédio de instrumentos preventivos e extrajudiciais (audiência pública, inquérito civil, recomendações, negociação, mediação e outros), de solucionar os conflitos coletivos e sociais, evitando-se a transferência do ônus ao Poder Judiciário.

Para concretização desse perfil resolutivo (que parece ser o mais adequado), deve o Ministério Público se aproximar da sociedade, valorizando o diálogo, a interação e as formas consensuais de composição de litígios. Deve o Promotor de Justiça

atuar como indutor de políticas públicas, intermediador e pacificador dos conflitos sociais

E a priorização da tutela preventiva, extrajudicial e consensual, na forma acima preconizada, também deve ser fomentada e incentivada pelas Corregedorias do Ministério Público, a quem cabem superar o método essencialmente repressor (de pouca eficiência) e assumir uma postura proativa e orientadora em sua relação com os membros da instituição, relação essa que deve ser essencialmente horizontal e dialogada.

Somente dessa forma, trilhando pelo caminho do consenso, da mediação e do diálogo, o Ministério Público Brasileiro consolidar-se-á como agente de transformação social e esteio da democracia participativa, na forma idealizada pelo legislador constituinte de 1988.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito.** In: MPMG jurídico. Ano 1, Edição 1, 2005, Belo Horizonte, Minas Gerais.

_____. *As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça.* In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público**, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano; MARTINS, Luciano Luz Badini. *As Corregedorias e a política nacional de incentivo à autocomposição de conflitos no Ministério Público.* In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público**, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público.** Brasília: CNMP, 2015.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público.* In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público**, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **O controle da administração pelo Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. **Improbidade administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *As corregedorias e a tutela dos direitos fundamentais pelo Ministério Público no século XXI: do movimento do acesso à justiça à configuração constitucional e o compromisso estratégico com a produção de resultados socialmente relevantes*. In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional**: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

GODINHO, Robson Renault. *As corregedorias e a atuação repressiva do Ministério Público*. In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional**: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

ISMAIL FILHO, Salomão. *A importância da atuação preventiva do Ministério Público Ombudsman em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa*. In: **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**: improbidade administrativa / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015.

LAURIA, Mariano Paganini; SANTOS, Marcelo de Oliveira. *Aspectos da Avaliação de Resolutividade na atuação extrajudicial dos membros pela Corregedoria Nacional*. In: **Boletim Informativo da Corregedoria Nacional**. Ed. nº 02/2016. Brasília: julho de 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Corregedoria e atuação do Ministério Público na área criminal*. In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional**: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério

Público, vol. I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública:** eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZENKNER, Marcelo. *Corregedoria e efetividade do Ministério Público: a necessidade de revisitar a atuação demantista*. In: **Revista Jurídica Corregedoria Nacional:** o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol I. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016.

A Corregedoria orientadora como propulsora dos ideais institucionais do Ministério Público

Ruth Araújo Viana¹

Resumo

O presente artigo visa destacar a competência orientadora da Corregedoria, que para além de seu caráter fiscalizador e controlador, de extrema importância à atividade ministerial, visa também revolucionar o papel dos membros do Ministério Público em ordem nacional. A Corregedoria zela por uma atuação una e coesa, cuja meta é garantir o interesse público primário e amadurecer o Ministério Público como poder essencial à função jurisdicional do Estado e defensor da ordem jurídica.

Palavras-chave: *Ministério Público; Corregedoria; Corregedoria orientadora.*

Resumen

El presente artículo destaca la competencia orientadora de la Corregeduría (Inspección Ministerial), que además de su carácter fiscalizador y controlador, de extrema importancia a la actividad ministerial, pretende revolucionar el papel de los miembros del

¹ Promotora de Justiça no Estado do Tocantins (2014). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Ceará (2012). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios Piauí (2012). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios Piauí (2014); Graduada em direito pela Universidade de Fortaleza (2010).

Ministerio Público en orden nacional. La Corregiduría se alza por una actuación una y cohesiva, cuya meta es garantizar el interés público primario y madurar el Ministerio Público como poder esencial a la función jurisdiccional del Estado y defensor del orden jurídico.

Palabras clave: *Ministerio Público; Corregiduría; Inspección fiscal orientativa.*

1. Introdução

Como Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins, um dos maiores desafios em exercer a atividade funcional é compatibilizar a atuação jurídica com as normas legais, ao passo que enfrentamos obstáculos estruturais e funcionais para melhor atendermos a sociedade Tocantinense.

Neste sentido, dispor de um órgão orientador que tenha capacidade de estabelecer uma coesão na atividade funcional é ideal para auxiliar os Promotores de Justiça na sua atividade finalística. No caso do Ministério Público, quem tem essa função de orientar e guiar a atividade funcional é a Corregedoria.

A Corregedoria é um dos órgãos de maior importância na atividade finalística do Ministério Público, detendo competência fiscalizadora e orientadora da atividade ministerial. Assim, o presente artigo científico visa trazer à tona a competência orientadora da Corregedoria para delinear que, além de seu caráter fiscalizador e controlador, este Órgão visa também revolucionar o papel dos membros do Ministério Público em ordem nacional, zelando por uma atuação una e coesa, cuja meta é garantir o interesse público primário e amadurecer o Ministério Público como poder essencial à função jurisdiccional do Estado e defensor da ordem jurídica.

Nesse sentido, a Corregedoria será analisada como órgão dirigente, dando voz à sua competência orientadora que por vezes é esquecida na atuação correcional. Primeiramente, será estudado

o Ministério Público e a competência ministerial. Em seguida, será estudada a Corregedoria como órgão fiscalizador e orientador, exemplificando suas competências institucionais e sua missão. Por fim, será analisada a aplicação em concreto da função orientadora da Corregedoria, apresentando exemplo efetivo de uma gestão cuja finalidade principal é tornar o Ministério Público cada vez mais preparado para garantir e efetivar os direitos da sociedade brasileira.

Objetiva-se sopesar a responsabilidade da Corregedoria do Ministério Público ao exercer a sua função orientadora com o mesmo zelo e relevância com que atua em uma ação fiscalizadora para fins de melhor desenvolver a atividade ministerial e solucionar problemas rotineiros enfrentados pelos membros do Ministério Público. Busca-se, também, demonstrar a relevância da presente discussão para o amadurecimento do Ministério Público, uma vez que a capacidade orientadora da Corregedoria não é utilizada com a frequência necessária para estabelecer uma atividade coesa dentro do Órgão Ministerial.

2. O Ministério Público e suas funções institucionais

A democracia implantada pelo Estado de Direito deve lutar por uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, devendo ser exercido em seu proveito. Portanto, ela não pode ser meramente utópica, mas, sim, instrumento legal para adotar as providências cabíveis para a proteção do interesse público. Assim, institucionalizou-se o Ministério Público como um órgão independente e autônomo que tem como objetivo proteger, garantir e satisfazer o interesse público, conforme determina a Constituição Federal de 1988².

2 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.;

O Ministério Público, apesar de ser reconhecido no Constitucionalismo Contemporâneo como um órgão essencial à justiça, nem sempre foi uma instituição autônoma. No período colonial e imperial o Ministério Público não era instituição e somente detinha parcela das atribuições que hoje lhe são conferidas, estas desempenhadas por Promotores de Justiça de livre nomeação e exoneração do Poder Executivo.

Pode-se afirmar que a evolução da independência funcional e a consolidação dos direitos e prerrogativas dos Promotores de Justiça teve campo fértil no Estado Democrático de Direito. A Democracia foi quem institucionalizou e conferiu autonomia ao Ministério Público e reconheceu neste órgão a capacidade de fortalecer e proteger a sociedade brasileira dos poderes basilares, Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com o fim de alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa brasileira³.

Para melhor desempenhar o controle e gerência social para fins de proteção e garantia de direitos fundamentais, foram reconhecidas algumas atribuições ao Ministério Público, dentre elas a capacidade para ser parte tanto no processo penal quanto no cível. No processo penal, o Ministério Público é o responsável por perseguir o jus puniendi e fiscalizar o bom andamento processual. Já no processo cível, o Órgão ministerial pode atuar como parte ou como fiscal da ordem jurídica. O Ministério Público também é responsável por

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

proteger os direitos difusos e coletivos da sociedade, buscando sempre a concretização do interesse público primário.

O *Parquet* é, portanto, essencialmente democrático, apesar de ter seus membros integrados por concurso público, uma vez que se aproxima do povo para tutelar seu interesse, seja na saúde, na educação, no meio ambiente, na proteção do patrimônio público e inúmeros outros⁴.

O que se extrai do texto Constitucional é que o Ministério Público em sua essência é o maior legitimado para buscar a concretização da justiça. É ente assegurado do Estado Democrático de Direito. Para alcançar essa finalidade, o Ministério Público tem

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;

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

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

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

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

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

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

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

em sua sedimentação três princípios institucionais: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Entende-se em relação aos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público que os membros do *Parquet* integram um só órgão, sob única chefia de um Procurador-Geral, e, por essa razão, não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as regras legais, sem nenhum prejuízo para o processo. Pode-se aferir, neste contexto que o princípio da indivisibilidade decorre do princípio da unidade, sendo a atuação dos membros do Ministério Público a atuação do próprio Órgão ministerial.

Já o princípio da independência funcional, maior delineador da segurança jurídica da atuação ministerial, consiste em afirmar que os membros do Ministério Público não são subordinados a nenhum dos Poderes da República e, portanto, são capazes de agir contra os poderes instituídos em prol da sociedade quando entenderem que houve abuso de poder. Este mesmo princípio é vigente no âmbito interno do Ministério Público, já que os membros não são subordinados aos seus superiores hierárquicos, uma vez que estes não podem ordenar como agir em um determinado processo. A hierarquia existente dentro do Ministério Público tem natureza administrativa, ou seja, de gestão e operacionalização e não funcional. Em outras palavras, o Ministério Público, representado pelo membro ministerial, não é vinculado aos comandos de terceiros, mas somente ao imperativo da Constituição Federal de 1988, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁵.

⁵ Inobstante a segurança trazida ao membro pela consagração do princípio da independência funcional, este não permite a atividade ilimitada do Promotor de Justiça. Veja: Ementa MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTABELECIDO NO ART. 130-A, INC. I, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A independência funcional garantida ao Impetrante pelo art. 127, § 1º, da Cons-

Estes três princípios constitucionais visam, portanto, constituir a força necessária aos representantes do Ministério Público para que estes possam atuar de acordo com sua convicção e a lei para efetivar os direitos dos cidadãos brasileiros.

Aliado aos princípios elencados, algumas prerrogativas foram conferidas por lei aos membros do Ministério Público para o melhor desempenho do seu papel na concretização dos interesses sociais, como gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional; examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, entre outras.

Em contrapartida a todas essas garantias, estão previstos deveres aos membros do Ministério Público, como, por exemplo, manter ilibada conduta pública e particular; zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções; indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal; obedecer aos prazos processuais; assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença; declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções; adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face da irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo; tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e tuição da República não é irrestrita, pois o membro do Ministério Público deve respeito à Constituição da República e às leis.

2. Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, conforme dispõe o inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição da República.

3. Segurança denegada (STF - MANDADO DE SEGURANÇA : MS0 28408 DF, julgamento: 18/03/2014; Acesso em 21/08/2016 Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133162/mandado-de-seguranca-ms-28408-df-stf>).

auxiliares da Justiça; residir, se titular, na respectiva Comarca; prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição; identificar-se em suas manifestações funcionais; atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes; acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

No presente estudo precisa ser dada especial atenção ao dever insculpido no art. 43, inciso VI, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que afirma que o membro ministerial deve **“desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções”**, que em outras palavras exige do membro ministerial uma atuação resolutiva e eficiente na condução do caso em concreto.

O Estado de Direito determina que aquele que exerce poder é submisso ao ordenamento jurídico adotado. Em outras palavras, quem tem poder é limitado pelas normas vigentes, pois também se submete ao império da lei. Nesse sentido, o Ministério Público, na mesma proporção que é legitimado para proteger a sociedade, também é responsável por uma atuação eficiente. Ora, de nada resolve conferir legitimidade ao Órgão Ministerial para tutelar o interesse público primário se este não o faz, seja porque é omissivo, lento ou ineficaz.

O Ministério Público está vinculado ao estabelecido por lei, tendo nela como interesse precípua alcançar o interesse público. Assim, a hermenêutica a ser extraída sobre o verdadeiro papel do Ministério Público, que tem como missão a concretização idealista do Estado Democrático, enquanto protetor do ordenamento jurídico e tutor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro de maneira proativa, efetiva, célere e eficiente necessita de um órgão dirigente e capaz de garantir a melhor atuação dos membros do Ministério Público. Para alcançar essa qualificação, sobressai a competência orientadora da Corregedoria.

3. A competência orientadora da Corregedoria

Na medida em que todo poder possui independência e autonomia para agir em nome da sociedade, deve esse também ser responsabilizado diante de suas atuações e omissões. Assim, no caso do Ministério Público, faz-se necessário o uso da fiscalização, controle e orientação pela Corregedoria, com o fito de impedir eventuais desvios de finalidade pelos seus membros.

A Corregedoria é, portanto, órgão de orientação, fiscalização e controle da atuação ministerial e da conduta dos membros individualmente considerados. A atividade correcional envolve-se em um sistema complexo de decisões que busca alcançar o interesse público e otimizar o trabalho institucional do Ministério Público. Nesse diapasão, a sua responsabilidade perante o Ministério Público cresce proporcionalmente aos poderes que lhe foram conferidos, viabilizando o controle dos atos ministeriais no âmbito interno do órgão e o controle em âmbito nacional a ser exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público foi instituído com o objetivo de fortalecer a atuação ministerial. De acordo com Constituição Federal de 1988, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Nesse sentido, o site do Conselho Nacional do Ministério Público (*on line*) informa: “O Conselho Nacional do Ministério Público, em cuja estrutura se encontra a Corregedoria Nacional, possui a missão de fortalecer e aprimorar o Ministério Público brasileiro, assegurando sua autonomia e unidade, para uma atuação responsável e socialmente efetiva”.

Ainda, dentro do Conselho Nacional do Ministério Público se estabeleceu a necessidade de emergir o órgão correcional de âmbito nacional, responsável pela atividade fiscalizatória e orientadora do

Ministério Público. Assim, o art. 130-A, § 3º, da Constituição Federal de 1988, estabelece:

Art. 130-A § 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

Mediante análise da sua função fiscalizadora e controladora, pode-se afirmar que a Corregedoria é o órgão responsável por instaurar e, muitas vezes, por presidir processo disciplinar contra membro do Ministério Público. Para o exercício dessa competência funcional, a Corregedoria deve realizar inspeções e correições; propor ao Conselho Superior do Ministério Público na forma da lei orgânica o não vitaliciamento de membro ministerial; instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da administração superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da instituição, algumas vezes presidindo e aplicando sanções administrativas cabíveis na forma da lei orgânica; encaminhar ao Procurador-Geral de Justiça os processos administrativos disciplinares que, na forma da Lei Orgânica, incumbam a este decidir, entre outros.

A correição pode ser entendida sob dois aspectos: a ordinária e a extraordinária. A ordinária ou geral é a atividade de fiscalização desempenhada habitualmente pela Corregedoria em decorrência de suas obrigações funcionais e sem motivo específico. A correição extraordinária consiste na fiscalização realizada pela Corregedoria após tomar conhecimento de fato particular, geralmente denunciado por pessoa interessada.

A Corregedoria, por consequência, torna-se instrumento inibidor da atividade institucional ineficiente e indisciplinada, porém não é sua principal função quando se fala do Ministério Público. Primeiramente, entende-se que o Ministério Público resguarda em sua natureza constitucional um interesse social ímpar de zelo pela sociedade, ou seja, que visa preservar e garantir os direitos dos cidadãos brasileiros.

Dessa forma, inconcebível seria imaginar que a Corregedoria tem como sua função principal intimidar a atuação ministerial. Seria até contrassenso entender que os membros do Ministério Público agiriam em desconformidade com a conduta ilibada que lhes é exigida ao adentrar no Concurso Público. Porém, entendendo que toda regra pode comportar exceções, faz-se imprescindível a fiscalização e a aplicação de punição quando do desvio ou abuso de função por membro do Ministério Público.

Nesse raciocínio, compreende-se que mais comprometida deve estar a Corregedoria com a sua competência orientadora, pois esta, sim, é capaz de superar o conformismo de atuações insuficientes ou aquém das necessidades sociais e dar luz a uma atuação ministerial mais resolutiva e proativa.

Em análise do caráter orientador da Corregedoria, função ainda pouco explorada e compreendida na atuação correcional, à Corregedoria compete direcionar, indicar e orientar a atuação ministerial, buscando melhor eficácia e efetividade no exercício da atividade fim, visando despertar e fortalecer o Ministério Público resolutivo. Compreendendo a importância da função orientadora da Corregedoria, assim dispõe na página virtual da Corregedoria do Ministério Público do Estado do Ceará (on line):

Entre as inúmeras atribuições da Corregedoria, sobleva-se a de **orientar e fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos membros do Ministério Público**, como preconiza a legislação. (Grifos nossos).

No desempenho de tal missão, cumpre ao órgão orientador e fiscalizador prescrutar as carências dos agentes ministeriais e envidar esforços para supri-las, seja no campo do auxílio material, fornecendo-lhes subsídios indispensáveis ao bom e frutuoso exercício da função, seja prestando-lhes o socorro moral nas horas difíceis, quando, na desincumbência do dever, portando-se como intrépidos e itimoratos zeladores do cumprimento da lei, têm de arrostar incompreensões e vinditas por parte daqueles que se escondem na sombra da ilicitude e do erro.

A política do órgão não é de obter resultados pela intimidação ou pela repressão. O seu objetivo maior é, antes de tudo, desenvolver trabalho de cunho pedagógico e, pois preventivo, através de vigilância dos atos do membro do MP no dia a dia da sua desoneração funcional, seja através de contatos informais, seja através de inspeções ordinárias, seja com recomendações específicas sobre temas de magna importância social a reclamar pronta intervenção do *parquet*. (Grifos nossos).

Assim, incumbe à Corregedoria, em sua função orientadora, fazer recomendações aos órgãos de execução, visando uma atuação direcionada e produtiva, realizar estudos sobre problemas rotineiramente enfrentados pelos membros em atividade fim, buscando a melhor solução para o caso, entre outros.

Certo é que a problemática enfrentada por cada Promotor de Justiça em sua Comarca apresenta suas próprias particularidades, seja pela precária condição estrutural da Promotoria lá localizada, seja pela ausência e insuficiência de pessoal, etc. Assim, uma atuação regular e contínua realizada pelo Corregedor-Geral, auxiliado pelos Promotores Corregedores e demais servidores da Corregedoria, é capaz de registrar os obstáculos enfrentados pela Promotoria, requerendo as providências necessárias para uma melhor atuação do Ministério Público.

O diálogo, portanto, entre a atuação individual do membro e a Corregedoria deve ser contínuo, uma vez que a perpetuidade do serviço requer uma evolução logística sobre as dificuldades enfrentadas na região. Nesse sentido, uma pesquisa elaborada pela Corregedoria, com estudo de impactos e resolução dos conflitos de

cada Comarca, analisando especificamente a problemática enfrentada pela atuação ministerial naquela região, pode ser realizada para permitir uma atuação coesa do Ministério Público e cuja continuidade se perpetuará, pois a rotatividade de membro não dificultará o prosseguimento do processo quando estabelecida qual a melhor forma de proceder naquele caso concreto.

A participação da Corregedoria na atuação institucional, fomentando ideias, instituindo recomendações, orientando e capacitando os membros na carreira é uma maneira efetiva de concretizar o interesse público pretendido. Destarte, quando a administração interna do Ministério Público é exercida pela Corregedoria e tem seus atos pautados em uma melhor atuação ministerial, o Ministério Público se engrandece, ganha a confiança da população e passa a ser legítimo representante do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, uma Corregedoria não participativa, que tem suas funções pautadas na mera fiscalização individual de membros e ordem das Promotorias, perde sua relevância, já que não alcança solução para os problemas enfrentados dentro da instituição e na relação sociedade e Ministério Público.

Ressalte-se que a atuação correcional não pode ser arbitrária, utilizando-se de seu poder instituído para legitimar pretensões de interesse individual e imediatista, bem como deve sempre avaliar o conteúdo de suas solicitações, recomendações e orientações, fazendo análise da legalidade e capacidade de efetivação das medidas a serem validadas.

A Corregedoria em sua competência orientadora deve buscar acima de tudo a solução dos conflitos de interesse público primário, em vez de tentar resolver conflitos internos de interesse individual ou coletivo dos membros. Portanto, a competência correcional não pode ficar à disposição de maiorias ou da vontade discricionária do Corregedor.

Ainda, a independência funcional do membro deve ser respeitada, não se confundindo a imposição de atuação com a orientação. De fato, a atuação da Corregedoria muitas vezes é criticada em razão do confronto entre a independência funcional dos membros e a recomendação correccional, gerando uma sensação de insegurança nos membros, pois formas de atuação, desde que atinjam o interesse social a ser protegido pelo Ministério Público, devem ser cumpridas, uma vez que cada Promotor pode ter habilidade diferenciada para lidar com as situações concretas vivenciadas em sua Comarca.

A Corregedoria orientadora não pretende impor e vincular a atuação do Promotor de Justiça, mas sim ajudá-lo a concretizar a sua atividade-fim de maneira eficiente. Neste sentido, o artigo 18, inciso X, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público afirma que “compete ao Corregedor Nacional expedir recomendações orientadoras, não vinculativas, destinadas ao aperfeiçoamento das atividades dos membros, órgãos e serviços auxiliares do Ministério Público, em processos e procedimentos que tramitem na Corregedoria Nacional”. A orientação é de ordem colaborativa e não imperativa.

O problema reside na falta de comunicação entre o Promotor de Justiça e o Órgão Correccional, pois muitas vezes o membro não compreende o porquê das exigências da Corregedoria ou, quando entende, acredita que elas são desnecessárias e geram ônus ao seu trabalho finalístico. Para fins de evitar essa resistência por parte dos membros institucionais, o Promotor deve entender o porquê da orientação e o que será alcançado caso cumpra essa determinação. Em outras palavras, as recomendações devem conter a solução para o melhor cumprimento da atividade ministerial. Neste diapasão, as ações da Corregedoria que não são voltadas aos interesses da melhora institucional em sua essência criam um deficit da sua ação institucional, tornando possível a discussão sobre a legalidade da sua atividade orientadora.

O objetivo, então, é estabilizar a segurança no Órgão Ministerial, permitindo que os membros atuem de forma coesa e com atenção

ao interesse público primário, devendo a Corregedoria, portanto, atuar de forma proativa, sempre concedendo prazos razoáveis para cumprimento das orientações, fixando metas a serem alcançadas e indicando os erros a serem corrigidos.

Destarte, a Corregedoria deve estar comprometida com a atividade finalística do Ministério Público, buscando concretizar as funções institucionais previstas na Constituição Federal de 1988, pois a atuação eficiente da Corregedoria é capaz de dar voz aos interesses da sociedade, capacitando os membros da instituição para agregar formas de atuação mais efetivas e dar respostas resolutivas aos problemas enfrentados no âmbito local de cada Promotoria.

A atuação correcional sem metas, ou seja, sem informações concretas sobre os objetivos a serem alcançados pelos Promotores de Justiça para a melhora da atuação institucional, permeia uma situação de desconforto em que se aumenta o ônus do membro ministerial de forma permanente sem o retorno do porquê estaria ele responsável por aquela obrigação, inclusive, podendo ser fiscalizado e sofrer processo administrativo disciplinar quando não cumprida a ordem determinada. Comprova-se, portanto, a importância de uma orientação de qualidade, em que as recomendações elaboradas pela Corregedoria devem conter capacidade gestora, organizadora e incentivadora da atividade ministerial.

Seguindo este raciocínio, a Corregedoria, quando orienta, deve dizer o porquê da existência da orientação e indicar sempre a meta a ser alcançada com aquela orientação, permitindo a estabilidade e a construção de um trabalho de confiança entre o Promotor e o Órgão Correcional. Confirma-se, então, que a Corregedoria não deve ser vista como limitadora da atuação ministerial, mas protetora da sua essência. Esse é o verdadeiro sentido da atuação correcional.

O exercício da competência orientadora da Corregedoria faz-se necessário no Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, para concretizar os ideais de equilíbrio

dentro do Órgão Ministerial, tornando a atuação finalística do *Parquet* mais eficaz, fazendo com que o Ministério Público deixe de ser mero cumpridor de suas funções institucionais para participar da sua gestão como otimizador e propulsor da eficiência das normas e competências que lhe são atribuídas.

A nova hermenêutica sobre o papel da Corregedoria confere o verdadeiro significado da sua capacidade de modificar e melhorar a atuação institucional, sendo capaz de efetivar a credibilidade da sociedade no Ministério Público brasileiro. Desta forma, é possível que a Corregedoria atue como órgão controlador e fiscalizador, mas, principalmente, deve ser entendido como órgão orientador e resolutivo.

Seguindo este entendimento, hoje se pode afirmar que a Corregedoria é mais do que um órgão fiscalizador. A Corregedoria Nacional (*on line*) determina que seus valores consistem em: “orientar e fiscalizar o Ministério Público brasileiro com qualidade, integração e padronização”. Denota-se, em primeiro lugar, a preocupação da Corregedoria Nacional em esclarecer e fortificar sua função orientadora ao dar ênfase que sua meta é a qualidade, a integração e a padronização do Ministério Público.

A Corregedoria tem como finalidade, portanto, a adequada prestação do serviço público, buscando o amadurecimento institucional para que os erros funcionais sejam menos frequentes e a atividade ministerial seja voltada à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros da forma mais efetiva. Neste diapasão, a Corregedoria busca corrigir, sanar, evoluir e credibilizar a instituição, uma vez que a sociedade deposita no Órgão Ministerial seus anseios e ideais democráticos.

4. Corregedoria orientadora: recomendações e direcionamentos institucionais aplicados no caso em concreto

A Corregedoria deve adotar uma atuação estratégia de orientação, resolução e metas. A lógica deste sistema surge para dar efetividade aos interesses institucionais do Ministério Público, desmistificando a Corregedoria como órgão meramente controlador e punitivo, cujas imposições de cunho resolutivo são permanentes e desconstituídas dos propósitos sociais a serem alcançados pelo Ministério Público. Neste sentido explica o Corregedor Nacional do Ministério Público, Cláudio Henrique Portela do Rego (*on line*):

Sempre que muda o Corregedor Nacional, logicamente ele deve imprimir uma marca própria para o trabalho desenvolvido, mas nós precisamos deixar algo que seja da Instituição Corregedoria Nacional, e não só do perfil do Corregedor. **Nós vamos deixar um projeto instituído de tal maneira que a gestão seguinte tenha convicção de mantê-lo, porque foi construído em prol do Ministério Público Brasileiro.** (Grifo nosso, acesso em: 16 de agosto de 2016, Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Corregedoria/Procedimentos_de_estudos_e_pesquisas/Boletim001-CN.pdf).

Ainda, segundo o Corregedor Nacional do Ministério Público Cláudio Henrique Portela do Rego (*on line*):

O Ministério Público pós 1988 tem demonstrado a sua inclinação para um perfil extrajudicial. É verdade que não podemos prescindir da demanda judicial, mas precisamos mostrar à sociedade que o nosso trabalho vai além de despachar processos, é ir aonde a sociedade está, compreender os seus anseios e buscar alternativas que efetivamente solucionem os problemas que nos são trazidos. (Acesso em: 16 de agosto de 2016, Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Corregedoria/Procedimentos_de_estudos_e_pesquisas/Boletim001-CN.pdf).

Destarte, uma Corregedoria proativa e resolutiva é aquela que ordenadamente identifica os problemas institucionais e apresenta soluções adequadas e razoáveis a serem praticadas pelos membros

ministeriais. Deste modo, uma Corregedoria atuante deseja sanar equívocos, exercendo sua atividade orientadora de forma preventiva, diminuindo a frequência de erros e permitindo a evolução para um Ministério Público mais coeso.

Assim, considerando a competência de orientação da Corregedoria em sua nova hermenêutica como atuação dirigente, responsável e propulsora do fortalecimento e amadurecimento do Ministério Público, entende-se que ao orientar a Corregedoria deve motivar, fundamentar e recomendar. E que neste último substrato deve estar presente a meta a ser alcançada com aquela orientação e o retorno evolutivo Ministerial quando do cumprimento da recomendação.

A orientação sem motivação do porquê a Corregedoria está guiando para uma linha específica de atuação resta carente de interesse institucional, gerando uma diminuição na credibilidade da atuação da Corregedoria, pois não se sabe o motivo daquela determinação, qual a carência a ser suprida, o problema a ser resolvido. Ainda, a existência de uma motivação expressa permite a continuidade da determinação para reconhecimento da conveniência e oportunidade daquela determinação pelo novo Corregedor-Geral.

Além da motivação, a orientação da Corregedoria deve ter fundamento jurídico-constitucional, levando-se em consideração a análise das normas jurídicas como um todo, uma vez que o Ministério Público é o maior defensor da ordem jurídica. Assim, a orientação deve apresentar a sua norma embasadora que deve corresponder sempre aos anseios da Lei Maior.

Por último, a orientação deve conter a recomendação. A recomendação deve ser composta tanto pela meta a ser alcançada com a orientação repassada, apresentando a solução para o problema enfrentado, quanto pelo retorno a ser atingido com o cumprimento da orientação, conseqüentemente resultando no amadurecimento e fortalecimento do Ministério Público.

Praticando esta competência de forma ímpar, a Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins expediu uma recomendação no ano de 2016, visando melhorar a atuação ministerial. A Recomendação 006/2016 da Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins serve como exemplo da orientação objetiva que contém motivação, fundamentação e recomendação, em que esta última deve englobar a meta e o retorno, a fim de assegurar o exercício da competência da Corregedoria de forma clara, coesa e precisa.

RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 006/2016

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Tocantins, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IV, do artigo 17, da Lei nº 8.625/93, e inciso VII, do artigo 39, da Lei Complementar Estadual nº 51/08 e;

CONSIDERANDO o Ofício nº 131/2016-DF da lavra da Excelentíssima Senhora Juíza Diretora do Foro de Palmas, Dra. Flávia Afini Bovo, informando que os Oficiais de Justiça mencionaram a dificuldade na localização do acusado e das testemunhas, tendo em vista a imprecisão na indicação dos endereços respectivos;

CONSIDERANDO que o artigo 41 do Código de Processo Penal prescreve que a denúncia ou queixa conterà a qualificação do acusado e o rol de testemunhas;

CONSIDERANDO que o Colégio de Procuradores de Justiça, na 100ª Sessão Ordinária, deliberou para que o Corregedor-Geral do Ministério Público expedisse a presente recomendação;

CONSIDERANDO que a não observância dos preceitos supracitados configuram, em tese, infringência ao dever funcional encartado no art. 119, V da Lei Complementar Estadual nº 51/2008;

RESOLVE:

RECOMENDAR aos membros do Ministério Público que ao qualificar o acusado e arrolar vítima e testemunhas, insiram seus endereços com a maior precisão possível, a fim de que a diligência a ser praticada pelo Oficial de Justiça logre êxito.

COMUNIQUE-SE.

CUMPRA-SE.

Palmas, 10 de maio de 2016.

No primeiro considerando, denota-se a motivação do ato de recomendação, que seria o relato dos oficiais de justiça na dificuldade da localização do acusado e das testemunhas, tendo em vista a imprecisão na indicação dos endereços respectivos nas peças acusatórias.

Na segunda perspectiva da recomendação, analisa-se a fundamentação para a mesma, uma vez que a atuação ministerial, apesar de independente, deve sempre estar pautada no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Corregedoria expressa que o artigo 41 do Código de Processo Penal prescreve que a denúncia ou queixa conterá a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, esclarecendo que a indicação do endereço está embutida dentro do conceito de qualificação dos envolvidos no processo.

Em análise da meta, a Corregedoria recomenda, portanto, que os membros do Ministério Público, ao qualificarem o acusado e arrolarem vítimas e testemunhas, insiram seus endereços com a maior precisão possível, a fim de que a diligência a ser praticada pelo Oficial de Justiça logre êxito.

Ora, precisamente a Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins indica que a meta desta orientação é alcançar a efetiva citação e intimação das partes do processo. Consequentemente, o retorno que será dado ao membro ministerial que segue esta recomendação é o maior êxito nas citações e intimações a serem realizadas pelos oficiais de justiça e, portanto, maior celeridade processual, garantindo a validade da pretensão punitiva no âmbito penal.

Com efeito, a competência da Corregedoria lhe permite ser inspiradora, ordenadora e diretora da ação ministerial, pois o equilíbrio entre gestão e atuação finalística dos membros permitem a existência de um Ministério Público democrático. Por isso, mais do que necessário se faz a inclusão do papel orientador e resolutivo da Corregedoria.

Assim, uma Corregedoria ativa e incentivadora que explora as barreiras de sua competência, mas sem transgredi-las, ganha espaço para estimular o trabalho institucional e conceder maior segurança à atuação dos Promotores de Justiça, sedimentando um Ministério Público mais forte e mais maduro, resultando no maior alcance e credibilidade social da instituição ministerial.

Logo, a Corregedoria incumbida de resguardar e fiscalizar a atuação ministerial deve atuar com uma nova concepção, desmistificando seu papel controlador e punitivo para credibilizar uma atuação mais democrática, de forma a desempenhar uma atuação, primeiramente, orientadora e resolutiva e ao mesmo tempo tornando-se mais acessível aos problemas institucionais enfrentados pelos membros ministeriais. Assim sendo, entende-se que a Corregedoria tem função incentivadora e propulsora de um Ministério Público organizado, credível, seguro e responsável com seus deveres institucionais.

5. Considerações finais

O Ministério Público tem em sua natureza a responsabilidade pela concretização e garantia dos direitos fundamentais do cidadão, porém, muitas vezes, em sua atuação finalística encontra obstáculos cuja solução não pode ser dirimida com a atuação isolada do Promotor de Justiça, necessitando de um órgão dirigente e orientador para que estabeleça os objetivos a serem perseguidos em prol da sociedade tutelada. Neste caso, a atividade orientadora da Corregedoria é capaz de fornecer os meios adequados para persecução desses objetivos.

O conhecimento privilegiado da Corregedoria sobre as deficiências do Ministério Público em âmbito nacional e estadual deve ser melhor utilizado para aprimorar e fortalecer a atuação ministerial. O aperfeiçoamento da atuação ministerial depende de uma orientação objetiva, motivada, fundamentada e cuja recomendação indique a

meta a ser alcançada e ao mesmo tempo explique o retorno evolutivo da atuação ministerial quando do cumprimento daquele objetivo.

A Corregedoria moderna não pode ser mera aplicadora da lei e fiscalizadora dos atos afetos aos membros do Ministério Público, mas deve se preocupar em orientá-lo de forma eficiente e organizada, a fim de compatibilizar as dificuldades enfrentadas pelos membros na sua atuação local com a lei e os anseios sociais.

Desta forma, apesar de ser possível afirmar que a atuação da Corregedoria com o objetivo de fiscalizar e perseguir a punição disciplinar é de extrema importância para o Ministério Público, necessita-se prestar maior atenção ao enfoque orientador da Corregedoria, pois uma vez desempenhadas de forma eficiente as orientações deste Órgão aos membros do Ministério Público, será possível otimizar a atuação ministerial com a obtenção de melhores resultados na atividade finalística dos Promotores de Justiça. Conclui-se, portanto, que a Corregedoria Orientadora contribui para um Ministério Público mais Democrático, promovendo o seu amadurecimento e fortalecimento perante a sociedade.

Referências

BRASIL. **Boletim Informativo da Corregedoria Nacional**. Ed. n. 01/2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Corregedoria/Procedimentos_de_estudos_e_pesquisas/Boletim001-CN.pdf> Acesso em: 01 de agosto de 2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em : 01 de agosto de 2016.

_____. **Corregedoria do Ministério Público do Estado do Tocantins**. Recomendação n. 006/2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/mpeto/Downloads/2016-06-16-recomendacao-cgmp-006-2016-precisao-na-indicacao-do-endereco-do-acusado-e-testemunhas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mpeto/Downloads/2016-06-16-recomendacao-cgmp-006-2016-precisao-na-indicacao-do-endereco-do-acusado-e-testemunhas%20(1).pdf)> Acesso em: 05 de agosto de 2016.

_____. **Corregedoria do Ministério Público do Estado do Ceará**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/institucional/corregedoria-geral/>> Acesso em: 03 de fevereiro de 2017.

_____. **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm> Acesso em: 01 de agosto de 2016.

_____. **Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Tocantins**. Disponível em: <[file:///C:/Users/mpeto/Downloads/2014-07-29-lei-organica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mpeto/Downloads/2014-07-29-lei-organica%20(1).pdf)> Acesso em: 01 de agosto de 2016.

_____. **Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Normas/Regimento/Regimento_Interno_do_CNMP_Nv.pdf> Acesso em: 01 de agosto de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal - STF - MANDADO DE SEGURANÇA : MS0 28408 DF**, julgamento: 18/03/2014. Disponível

em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133162/mandado-de-seguranca-ms-28408-df-stf>>. Acesso em: 21 de agosto 2016.

DARÓS, Vilson. **Papel facilitador da Corregedoria-Geral para uma justiça célere, eficaz e de qualidade.** FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO RIO. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp116386.pdf>>. Acesso em: 16 de agosto de 2016.

Aspectos históricos contextualizados sobre a atuação do Ministério Público no combate à violência contra a mulher

Vera Nilva Álvares Rocha Lira¹

Resumo

O presente texto buscou estabelecer uma análise dos aspectos específicos da atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins no combate à violência contra a mulher. O período relatado e analisado abrange a criação da unidade federativa, a realidade existente no combate à violência contra a mulher e os intentos sucessivos que culminaram com a criação do Centro de Apoio Operacional da Mulher na primeira década do século XXI.

Palavras-chave: *Mulher; Ministério Público; Violência; Combate; Lei Maria da Penha*

Resumen

El presente texto ha buscado establecer un análisis de específicos aspectos de las prácticas del Ministerio Público del Estado de Tocantins para combatir la violencia contra las mujeres. El período histórico analizado abarca la creación del Estado de Tocantins, lo que existía de acciones para enfrentamiento contra la violencia

¹ Procuradora de Justiça. Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes- SP. Especialista em Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal e Docência do Ensino Superior. Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf). Email: veranilva@mpto.mp.br

contra las mujeres y los sucesivos intentos que llevaron a la creación del Centro de Apoyo Operativo de la Mujer en la primera década de este siglo.

Palabras clave: *Mujer, Ministério Público; Violencia; Combate; Ley Maria da Penha*

1. Introdução

Este é um texto elaborado a partir de práticas vivenciadas no seio do Ministério Público do Estado do Tocantins, desde o seu nascedouro, para subsidiar as reflexões sobre a violência contra a mulher e a criação do Caop da Mulher. O texto é resultado da conferência proferida em ocasião da comemoração dos 10 anos da criação e publicação da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 (também conhecida com a Lei Maria da Penha), evento promovido pelo Centro de Apoio Operacional da Cidadania, dos Direitos Humanos e da Mulher (Caocid) com apoio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf).

Muito da história do Ministério Público do Estado do Tocantins encontra-se como memória latente, tendo se em vista que os acontecimentos com respectivas intervenções e interpretações são vividos e narrados simultaneamente. A pausa para uma reflexão teórico-analítica sobre o que foi vivido e trabalhado auxilia na manutenção da memória histórica, algo de fundamental importância em meio as atividades cotidianas inúmeras da Instituição.

Realizou-se esse exercício de resgate da memória história sobre o Centro de Apoio Operacional da Mulher (Caop da Mulher) no ano de 2008, para destacar que em um Ministério Público – cronologicamente jovem frente ao conjunto dos demais coirmãos nas unidades federativas – foi criada uma instância, inovadora naquele momento da conjuntura brasileira, para lidar com a problemática da violência contra a mulher. Hoje, o Caop da Mulher encontra-se associado ao Centro de Apoio Operacional da Cidadania, Direitos Humanos e da Mulher.

O artigo busca destacar alguns desses aspectos históricos das práticas de combate à violência contra a mulher no Ministério Público do Estado do Tocantins, respondendo as questões básicas: Qual era o contexto do Estado do Tocantins frente às ações de combate à violência contra mulher? Como foram engendradas estratégias para se trabalhar com a perspectiva do feminino e do feminismo numa sociedade de traços conservadores patriarcais? Quais foram as principais ações realizadas pelo Caop da Mulher?

Deste modo, o artigo subdivide-se em três partes que situam o leitor nas interlocuções teóricas utilizadas, na construção de um cenário da conjuntura política e sociocultural sobre a questão da violência contra a mulher e da atuação ministerial específica.

2. Pontos teóricos de partida

A reflexão sobre os termos sexo, gênero e cultura encontra-se num território pleno de posicionamentos, elaborados por correntes teóricas de grupos representantes de movimentos sociais populares e acadêmicos que congregam esforços para colocar à luz do dia as questões específicas do feminino e dos feminismos.

Nesse território, é comum encontrar grupos e tendências que se posicionam como feministas, feministas radicais e também pós-feministas. Leituras referenciais são indicadas como as de Bacci et al. (2016), Beauvoir (2009), Butler (2010; 1986), Sanderberg (2004), Scott (1990) entre outros, para auxiliar no maior aprofundamento dos leitores.

Optou-se no texto por focalizar a violência contra a mulher como um fenômeno que expressa relações sociais permeadas por embates de grupos que almejam a posse e o controle do poder. Percebe-se que estão fortemente presentes na sociedade contemporânea grupos e tendências de pensamento que admitem sexo e gênero somente em seus aspectos essencialistas metafísicos e carregados de construções ideológicas,

místicas e religiosas, de base somente fisiológico-biológica como reforço a binaridade macho e fêmea.

A questão sobre o gênero envolve um deslocamento teórico, metodológico e jurídico que transcende o reducionismo do apenas se discutir o tema na ótica do sexo para discutir a forma pela qual a própria sexualidade humana pode ser concebida, além de se refletir sobre como lidar com ela na vida cotidiana.

A violência contra a mulher exemplifica como as relações sociais se baseiam em negociações que não apenas sugerem, mas referendam a barbárie com normalidade. Além disso, mostra que o desejo de dominação de uns para com os outros é algo latente nas sociedades. Sobre a temática dos negócios humanos relacionados à violência, já alertava Arendt (1994, p.16):

Ninguém que se tenha dedicado a pensar a história e a política pode permanecer alheio ao enorme papel que a violência sempre desempenhou nos negócios humanos, e, à primeira vista, é surpreendente que a violência tenha sido raramente escolhida como objeto de consideração especial... Isto indica o quanto a violência e sua arbitrariedade foram consideradas corriqueiras e, portanto, desconsideradas; ninguém questiona ou examina o que é óbvio para todos.” (ARENDRT, 1994, p.16)

Nesses negócios humanos, a violência foi naturalizada como algo corriqueiro, como se pertencesse a algo normal nas ações e no pensamento das pessoas e das comunidades. Isso possibilita trazer também à baila a contribuição de Heller (2008) sobre a utilização de argumentos ultrageneralistas e preconceituosos para justificar e representar como não conflitiva a realidade existente.

Segundo Heller (2008), o conceito de ultrageneralização é um argumento elaborado para ser aceito e difundido pelos indivíduos nas sociedades visando incutir juízos e regras sociocomportamentais por meio da repetição. A ultrageneralização se faz presente no uso repetitivo de analogias, estereótipos e modelos sem a confirmação da veracidade. O preconceito possui raízes na ultrageneralização, isto é, quando, de tanto se repetir na esfera particular individual da pessoa, o argumento ganha

força de enunciado universal, criando-se uma cadeia de falsos conceitos tidos como verdadeiros.

Ao se ter como exemplo a violência contra as mulheres, pode-se observar a existência de argumentações carregadas de ultrageneralização e preconceito no que tange à explicação errônea do fenômeno ou mesmo de seu escamoteamento. Uma grande ultrageneralização presente, já cristalizada, é encontrada nos clássicos enunciados: “isso não é da conta do fulano ou beltrano, pertence à esfera do lar”... “ninguém deve se meter, é problema do casal”.

A existência dessa ultrageneralização podia ser observada nas tentativas de explicação aos fatos violentos que ocorriam na vida cotidiana das pessoas que acorriam ao Ministério Público, ainda, na então capital provisória, Miracema do Tocantins, nos anos iniciais de criação e implantação do Estado. Num prisma da história das ideias, o falar sobre violência doméstica, naquele momento histórico, era tido como algo pertencente à esfera da vida das pessoas; ainda se era obrigado a escutar ditos populares como “briga de casal termina debaixo do cobertor, por isso é bom não se meter”.

Também como contribuição à reflexão, remete-se ao artigo publicado pela Revista Jurídica do Ministério Público, nos idos de 2012, da promotora de justiça Lindinalva Rodrigues Dalla Costa (2016), o qual explanava sobre as decisões judiciais de cunho preconceituoso e “atentatórias à dignidade e aos direitos das mulheres, evidenciando a tolerância do Poder Judiciário para a violência doméstica” (p.11).

Dalla Costa assinala os riscos causados pela presença do preconceito nas relações de gênero:

Ao continuarmos ignorando de forma ingênua ou autoritária as evidentes desigualdades do tratamento dispensado a homens e mulheres em todo os tempos e na atualidade, estaremos de forma expressa ou velada negando sem êxito a história de subjugação do feminino aos ditames masculinos e transformando gritantes diferenças culturais de gênero (masculino e feminino) em uma estereotipada e ridicularizada guerra entre sexos (homem e mulher), diante de um injustificado e

‘oculto’ receio de que o ‘mundo masculino’ esteja ameaçado pela ditadura do feminino’ (...) (2012, p. 32)

Essa visão preconceituosa para com a mulher tem suas marcas na própria história fundante do país. Ao se recortar a história para o ex-norte goiano, atual Estado do Tocantins, salienta-se que a violência (simbólica ou material) era também fomentada pelos representantes dos grupos políticos econômicos que traziam marcas discursivas carregadas de religiosidade tradicionalista (CAMPOS, 2003; CHAUL, 1998; PALACÍN; 1990) e estruturas ideológicas justificadoras da hegemonia masculina.

Esse tipo de violência foi mantido presente nos negócios sociais nas esferas da vida privada e ampliou-se para a esfera pública com o passar das décadas, impulsionada pelas políticas de interiorização de desenvolvimento e progresso. Um detalhe: a violência contra a mulher é camuflada para ser algo da esfera privada.

A violência contra as mulheres no Estado do Tocantins trazia essa característica de foro privado. A violência contra a mulher não era, especificamente, criminalizada. A lei punia de forma comum os delitos, sendo de nenhuma relevância o fato de a vítima ser do sexo masculino ou feminino, não obstante grassar solta a vitimização das mulheres no âmbito doméstico e familiar, refletindo negativamente na sociedade e na prole. A regra era a investigação e apuração através do Inquérito Policial, com oitiva de autor e vítima, de testemunhas, juntada de laudos periciais, culminando com um relatório do Delegado de Polícia. Com base nele o Promotor de Justiça instaurava a ação penal.

Concorda-se com Almeida (2007) ao salientar aspecto importante sobre a violência de gênero

(...) conquanto relacional, e construída em bases hierarquizadas, objetivando-se nas relações entre sujeitos que se inserem desigualmente na estrutura familiar e societal. Assim, enquanto tendencialmente essas relações subjugarem a categoria feminina, a violência de gênero produzira exponencialmente vítimas mulheres. Na medida em que homens e mulheres se apropriam e intervêm contraditoriamente nessas

relações, em escala reduzida, a violência de gênero pode também vitimizar homens. (p. 29)

Também na unidade federativa outros fenômenos saltavam à vista, como problemas fundiários extremadamente graves entre grandes proprietários rurais, comunidades de lavradores, comunidades indígenas; práticas extrativistas agropecuárias predatórias; processos de modernização tecnológica em gestação polarizando novo movimento migratório interno de massa populacional em busca de nova fronteira de progresso. No âmbito jurídico, uma Constituição Federal se encontrava em implantação e implementação e, nesse período, novos desafios se apresentavam.

3. Outra conjuntura de Brasil

O Ministério Público teve de aprender a conviver com a nova Constituição Federal de 1988 e com representantes de movimentos sociais e populares no cenário sociopolítico brasileiro. Novos atores sociais emergiam das associações indígenas e de lavradores, sindicatos e associações laborais reivindicavam seus espaços de identificação e representação na sociedade. Vale recordar que na região tocantinense, em 1990, ocorreu a posse dos primeiros Promotores de Justiça aprovados no 1º Concurso do Ministério Público do Tocantins. O Ministério Público nas unidades federativas, a passos mais largos em algumas e lentos em outras, teve de assimilar e adaptar-se aos novos sujeitos de direitos que batiam à porta da Instituição.

Ao se recortar a questão de gênero e violência contra as mulheres, destaca-se o crescimento das associações de mulheres em torno de problemáticas setorializadas nos espaços domésticos e nos bairros em que residiam nas grandes periferias das cidades e nos povoados do interior (mais lentamente, mas de grande força com o seguir dos dias), nos espaços laborais (das fábricas às universidades), voltadas a questões raciais e da sexualidade.

Fatos eram frequentemente apontados e utilizados, discursivamente, em espaços públicos para fins de conscientização dos grupos organizados na sociedade civil regional. Foi um período extremamente difícil de se trabalhar bases de combate à violência contra a mulher, porque esta era considerada invisível aos olhos do mundo. A história da organização política das mulheres no Brasil é um processo recente. Recordar-se que, no Brasil, somente em 1960 passou-se a usar a expressão “violência contra a mulher” como forma de se denunciar, através dos movimentos de mulheres, a invisibilidade dos atos agressivos sofridos pelas mulheres.

No final da década de 1970, a mobilização dos movimentos feministas conseguiu que esse tipo de violência de gênero fosse visualizado e considerado como “um problema social”. No entanto, faltava a adequação de políticas, bem como de procedimentos para combatê-lo. Uma década depois, foi decretado no Brasil, em 10 de outubro de 1980. O Dia Nacional de Luta contra a Violência à Mulher, resultante um movimento organizado por mulheres em São Paulo, que se formou nas escadarias do Teatro Municipal e combatia a violência praticada contra a mulher.

A década de 80 trouxe uma movimentação positiva no Brasil e na América Latina como um todo, com grupos de estudos, simpósios e conferências regionais e nacionais impulsionando junto aos processos de redemocratização de alguns países a temática de gênero. No ano de 1985, foram criados, no Brasil, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), as Primeiras Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAM) e o início, com maior rigor, da reflexão sobre a violência doméstica e familiar nas altas esferas do poder, identificando-se o seu combate como luta prioritária.

A Constituição Federal de 1988, também com os esforços do CNDM, contemplou “a igualdade de direitos e obrigações entre os sexos”, incluindo o parágrafo 8º no seu art. 226, comprometendo-se o Estado, decorrentemente, “a prestar assistência à família e a criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em 1995, a Lei no 9099, sob o critério da pena máxima não superior a um ano, conceituou várias infrações penais como “de menor potencial ofensivo” e criou, nos Estados, os Juizados Especiais Criminais - com a competência para conhecê-las, adotando procedimentos que flexibilizavam todas as formalidades, desde o procedimento na Delegacia de Polícia até o processo-crime perante o Judiciário, possibilitando, assim, a conciliação e a transação penal, que substituía a pena privativa de liberdade por penas pecuniárias ou prestação de serviços à comunidade.

A Lei no 10.259, no ano de 2001, instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal e estendeu (também para a Justiça Estadual) o conceito de “menor potencial ofensivo”, alcançando aqueles delitos a que a lei cominasse em pena máxima não superior a dois anos ou multa.

Para as mulheres, a aprovação das Leis no 9.099 e no 10.259 gerou total desproteção, haja vista que os crimes hoje considerados como “violência doméstica contra a mulher” mais praticados eram lesão corporal, ameaça e injúria. Estes se enquadravam, dado o máximo da pena prevista, como de menor potencial ofensivo, possibilitando ao infrator, geralmente, o pagamento de uma cesta básica em vez de punição com encarceramento. Isso decorria em estímulo para voltar a agredir reiteradamente a mulher, revitimizando-a, num círculo vicioso que não raras vezes culminava na sua morte.

A luta dos movimentos de mulheres se intensificou buscando a adoção de ações de combate a violência e proteção das mulheres. Na primeira década do século XXI, no ano de 2003, o Governo do Brasil atendeu a alguns dos requisitos assumidos quando da ratificação de compromissos e convenções internacionais, e criou, com status de ministério, por meio da Lei no 10.683, a Secretaria Especial de Política para as Mulheres.

A Secretaria Especial ficou vinculada à Presidência da República. Tomou posse nesta pasta a Ministra Nilcéa Freire, em 2004. O Procurador-Geral de Justiça do MPE designou para representar o Ministério Público do Tocantins como Conselheira, no Conselho

Estadual dos Direitos da Mulher – Cedim (integrante da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania) a Procuradora de Justiça Vera Nilva Álvares Rocha, que foi eleita a vice-presidente desse Conselho.

No ano de 2004, a Ministra Nilcéa Freire recebeu de um Consórcio formado por Entidades não Governamentais, que havia deflagrado importante processo de discussão sobre a violência de gênero, um Anteprojeto de Lei para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Foi instalada ampla discussão com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática, resultando na proposta de Projeto de Lei que criasse mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do parágrafo 8º do art. 226 da CFRB. Com o aval do Governo Federal, a Ministra enviou-o à Presidência da Câmara dos Deputados em 25 de novembro de 2004 (Dia Internacional de Combate à Violência contra a Mulher).

Por determinação ministerial, todos os Estados da Federação, por meio do respectivo Conselho (Cedim) deveriam realizar naquele ano suas Conferências Estaduais de Políticas para Mulheres, com vista à participação de Delegadas na 1ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres, em Brasília também naquele ano.

Figura 1: Extrato sobre a 1ª Conferência Estadual no Tocantins

Conferência Estadual de Política para as Mulheres começa hoje

27/05/2004 - Conceição Soares

A I Conferência Estadual de Políticas para as Mulheres será aberta às 19h desta quinta-feira, 27, no auditório do Tribunal de Justiça. Durante o evento, as delegadas vão analisar a realidade estadual das mulheres nos setores social, econômico, político e cultural, além dos desafios para a construção da igualdade numa perspectiva de gênero. A Conferência é promovida pela Seciju - Secretaria Estadual da Cidadania e Justiça, por meio do Cedim - Conselho Estadual dos Direitos da Mulher e deve contar com a presença da primeira-dama Dulce Miranda.

Dentro deste tema central, devem ser debatidos vários tópicos, entre os quais, enfrentamento da pobreza: geração de renda, trabalho, acesso ao crédito e à terra; superação da violência contra a mulher com prevenção, assistência, combate e políticas de segurança; promoção do bem-estar e da qualidade de vida para as mulheres nas áreas de saúde, moradia, infra-estrutura, equipamentos sociais e recursos naturais; efetivação dos direitos humanos das mulheres: civis, políticos, sexuais e reprodutivos, éticos e raciais de geração; desenvolvimento de políticas de educação, cultura, comunicação e produção do conhecimento para igualdade.

Fonte: <http://secom.to.gov.br/noticia/3103>

4. Cedim e Caop da Mulher

O Cedim, ao ser criado por lei estadual, era integrado por 26 mulheres advindas de órgãos públicos e entidades não governamentais. Realizava suas reuniões em periodicidade quinzenal. Contudo, nesses seus primórdios contava apenas com uma sala cedida nas dependências da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania. Pela provisoriade de infraestrutura para o devido funcionamento, uma das primeiras ações foi direcionada para a elaboração e envio de projeto solicitando apoio financeiro para estruturação do Conselho junto à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

Após envio e análise da equipe de planejamento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, momento também que contou com deslocamentos da equipe local em Palmas para Brasília, a fim de reforçar os pedidos realizados, o Projeto foi aprovado.

Após a aprovação do Projeto e tramitação financeira, pôde-se dar início à abertura de licitação para a aquisição de computadores, impressoras, aparelho de TV, datashow, retroprojetor, além de acervo bibliográfico, impressão de cartazes para campanhas de conscientização e impressão de material de divulgação, a exemplo da primeira cartilha elaborada por uma comissão de Conselheiras. A cartilha, com tiragem de 6.000 exemplares, tinha como objetivo a orientação das mulheres sobre seus direitos e procedimentos a serem adotados em casos de agressão.

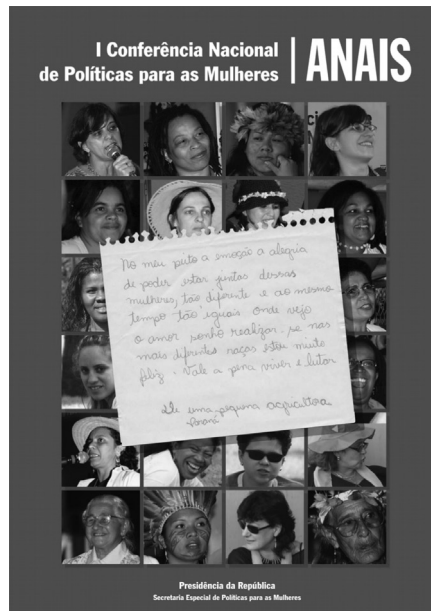
A abrangência do Conselho eram os 139 municípios tocantinenses, tendo como grande desafio propor e auxiliar a criação dos Conselhos Municipais dos Direitos da Mulher. Também, a equipe do Cedim ministrava palestras a respeito da violência de gênero nos municípios, algo que demandou, com urgência, a aquisição de veículo resistente para se chegar às mais distantes localidades. Diante dessa necessidade, um projeto foi elaborado também para a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres para aquisição deste veículo, com sua consequente aprovação.

Na preparação da I Conferência Estadual dos Direitos da Mulher, mediante várias reuniões entre Conselheiras e órgãos do Governo, elaborou-se o Regimento Interno e o Regulamento, nomeando-se Facilitadoras para os Grupos de Trabalhos, sendo a I Conferência Estadual realizada nos dias 27 e 28 de maio de 2004, no Instituto Siqueira Campos, com a participação de cerca de 400 mulheres providas de todos os municípios.

Em julho de 2004, por ocasião da I Conferência Nacional dos Direitos da Mulher, a presidência do Cedim, por meio de vários contatos e reivindicações, conseguiu um ônibus para transportar as 31

delegadas eleitas na Conferência Estadual, além dos subsídios para a alimentação e hospedagem da delegação. Cerca de 2000 mulheres, de todos os Estados Brasileiros, participaram da Conferência Nacional. Com os elementos coletados nesta Conferência, a Secretaria Especial elaborou o I Plano Nacional de Políticas para Mulheres.

Figura 2. Capa dos Anais da I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres



Fonte: <http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/anais.pdf>

Destaque-se que a violência contra a mulher passou a ser considerada crime com a Lei no 10.886/2004, que inseriu os parágrafos 9º e 10º no artigo 129 do Código Penal (lesão corporal), sob o título de “violência doméstica”. O parágrafo 9º aumentou a pena de detenção no seu mínimo (passou para 6 meses) e nada alterou quanto ao máximo da pena prevista para a lesão corporal cometida sob forma de violência doméstica. Mais uma vez o legislador em nada contribuiu para a proteção da mulher, vez que, mantendo o máximo da

pena em um ano, continuava-se aplicando a Lei no 9099/95, portanto, havendo a possibilidade da transação penal e da não aplicação da pena privativa de liberdade. A violência contra a mulher não se resumia ao crime de lesão corporal.

No ano de 2005, o Cedim/ TO realizou o Curso de Capacitação das Conselheiras Estaduais e Municipais no dia 02 de outubro, com a presença da Ministra Nilcéa Freire em Palmas. Na ocasião, a ministra proferiu palestra de abertura do curso, que foi transmitido, via satélite, por Instituição de Ensino Superior Estadual. O Cedim, previamente a este curso, contactou todos os Prefeitos para que viabilizasse o transporte das Conselheiras Municipais até o polo de transmissão mais próximo.

Em outubro de 2005, ao encerrar o mandato da presidente Vera Nilva Álvares, um relatório foi elaborado constando todas as principais atividades desenvolvidas pelo Cedim, com cópias encaminhadas para o Secretário Estadual da Justiça e Cidadania, ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor Geral do Ministério Público.

Em 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei no 11.340 (Maria da Penha), tendo o início de sua vigência no dia 22 de setembro do mesmo ano. Surgia a primeira lei específica que criminalizava, realmente, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo editada com o propósito de erradicação desta forma de violência.

A nova lei excluiu a aplicação do procedimento da Lei no 9099/95 e, portanto, a possibilidade do infrator pagar apenas uma cesta básica ou cumprir uma pena de prestação de serviços à comunidade. Doravante, os fatos criminosos cometidos sob forma de violência doméstica ou familiar seriam apurados via Inquérito Policial, sendo instaurado o processo-crime normal.

A Lei no 11.340 também trouxe a possibilidade da prisão preventiva do infrator, bem como da aplicação de medidas protetivas para a mulher e sua prole. Os Tribunais Superiores firmaram

entendimento no sentido de que, não se aplicando mais a Lei no 9099 a casos de violência doméstica, a ação penal pelo crime de lesão corporal leve passava a ser pública incondicionada. A Lei no 9099 determinava que em casos de lesões leves deveria haver a representação da vítima para que o agressor fosse processado. Logo após a entrada em vigor dessa Lei, a Secretaria Especial editou um Manual para ser distribuído à população contendo na íntegra a nova lei, tendo a Ministra elaborado por escrito, no preâmbulo, a sua apresentação.

As atribuições do Ministério Público com a Lei no 11.340 com maior destaque são: intervenção obrigatória (quando ele não for o autor da ação) nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica ou familiar contra a mulher; fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica; o cadastramento dos casos de violência doméstica; requerimento de aplicação de medidas protetivas de urgência.

4.1 Criação do Caop da Mulher no MPTO

A experiência adquirida no exercício da presidência do Cedim permitiu que a Procuradora Vera Nilva Rocha Álvares, com o aval da Procuradoria-Geral de Justiça, postulasse a criação de um Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher (Caop da Mulher). O Caop da Mulher teria a missão de auxiliar Promotoras e Promotores de Justiça na aplicação da Lei Maria da Penha. A postulação foi aprovada e o Caop foi instalado no mês de maio de 2008. Foi o primeiro Caop da Mulher no país.

Um projeto foi elaborado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, solicitando verba para aparelhar o Caop da Mulher, bem como, as Promotorias de Justiça que atuasse na aplicação da Lei Maria da Penha. Houve a aprovação e, mediante procedimento de licitação, foram adquiridos vários computadores e impressoras, três aparelhos

de datashow, aparelhos de TV, retroprojetor, e 100 exemplares de doutrinas pertinentes ao assunto, sendo que, esse material fora distribuído para as Promotorias de Justiça para auxiliar na atuação.

O trabalho inicial do Caop da Mulher ateve-se no encaminhamento, às Promotoras e aos Promotores de Justiça, de doutrinas e jurisprudências relativas à questão da violência doméstica ou familiar contra a mulher; envio de artigos publicados por juristas; ministração de palestras para divulgar a Lei Maria da Penha; entabulação de um convênio com um Laboratório Especialista em Genética Humana, de Belo Horizonte (Biolab), para realizar, a preço módico, o exame DNA para investigação de paternidade (casos de não ajuizamento de ação de paternidade), sendo que o laboratório enviava os Kits com os reagentes e o material era colhido no MP, enviando-se, após o lacre, pelo Correio, com o resultado em 10 dias. Nesse período recebemos a visita da cadeirante Maria da Penha (que emprestou o nome à Lei), a qual ficou impressionada em saber que aqui no Tocantins houve a iniciativa de criar um órgão que se preocupava com a aplicação da Lei no 11.340.

Em consequência, ocorreu o projeto para criação do Núcleo Maria da Penha, com a participação efetiva do Promotor de Justiça José Kasuo Otsuka, que laborava na aplicação da Lei Maria da Penha. Após a aprovação em 27 de fevereiro de 2012, houve, mediante procedimento de licitação, a aquisição do mobiliário e aparelhos necessários, passando a funcionar com uma equipe multidisciplinar.

Figura 3. Recorte de notícia sobre o evento

Palestras

MINISTÉRIO PÚBLICO DE TOCANTINS PROMOVE SEMINÁRIO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

🔍 Buscar
📅 27/04/12
✉️ Enviar para um amigo

📷 Galeria de Imagens
📱📧📧+



No dia 27 de abril de 2012, o Ministério Público do Estado de Tocantins, realizou na cidade de Palmas/TO o Seminário de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, ocasião em que lançou oficialmente o núcleo de combate a violência de gênero.

A promotora de justiça de Mato Grosso, Lindinalva Rodrigues Dalla Costa, Coordenadora da COPEVID, Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, recepcionada pela Subprocuradora-Geral de Justiça, Vera Nilva Álvares Rocha Lira, fez a conferência de abertura do Seminário com o tema: "A Importância da Lei Maria da Penha na Garantia dos Direitos Humanos das Mulheres".

Frente a um público de aproximadamente 200 pessoas, em sua palestra, Lindinalva mencionou a história de violência e opressão vivenciada pelas mulheres desde a Idade Média até os dias atuais, classificada como violência de gênero, e a necessidade de desconstruir este tipo de discriminação.

Apresentou os projetos desenvolvidos pelo Ministério Público de Mato Grosso: "Lá em casa quem manda é o respeito" e "Questão de gênero", bem como os resultados de sua atuação na promotoria de combate à Violência Doméstica na Comarca de Cuiabá/MT, além de abordar questões atuais da Lei Maria da Penha, como os efeitos da decisão do STF e a resistência dos operadores jurídicos em aplicar a lei e proteger efetivamente as mulheres vítimas deste tipo de violência.

E ressaltou: " Precisamos levar a sério e dar credibilidade quando uma mulher vítima de violência doméstica nos procura e pede ajuda, pois delegacia não é shopping center, e se ela não receber por parte do poder público a atenção e as providências emergenciais necessárias, ela pode se tornar uma vítima fatal nas mãos de seu agressor. Desta forma acreditamos que a humanização dos operadores jurídicos é primordial, pois a violência doméstica não tem cor, raça, escolaridade, classe social ou religião, qualquer mulher pode ser vítima"



O Seminário, organizado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CESAF) em parceria com o CAOP da Mulher e em Comemoração à instalação do Núcleo da Mulher na Capital, contou também com a palestra de Leonardo Leonel Romanelli, promotor de justiça do Ministério Público de São Paulo, que proferiu a conferência de encerramento com o tema: "Medidas Protetivas e a Concretização da Lei Maria da Penha".

Vera Nilva Álvares Rocha Lira – Subprocuradora-Geral de Justiça do MPTO e Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional pontuou que: "A palestra da Dra. Lindinalva foi excelente, muito elucidativa com a apresentação de casos de violência e imagens reais. Ela é preparada e apresenta dados históricos, conhecimento este que é fruto de muitos anos de trabalho na área e muito estudo, transmite informações valiosíssimas com propriedade, tendo prendido a atenção de um público variado e composto por promotores de justiça, delegados, procuradores, juízes e estudantes. O que se pode ver pelo comparecimento das pessoas é que a sociedade está se mobilizando para formar uma rede de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher."

Fonte: <http://www.lindinalvarodrigues.com.br/materias.phpsubcategoriald=9&id=2958>

Diante da importância e efetividade do trabalho realizado pelo Caop da Mulher no combate à violência contra a mulher e para atender mais regiões do Estado, o Núcleo Maria da Penha foi desvinculado da Promotoria de Justiça da Capital e anexado pelo Colégio de Procuradores ao Caop da Cidadania e Direitos Humanos (Caocid) para melhor atender às mulheres vítimas de violência.

5. Considerações finais

O Centro de Apoio Operacional da Cidadania, Direitos Humanos e da Mulher já possui sua história de atuação no combate à violência contra a mulher e fomentação de ações que revigoram a trajetória de trabalhos no Ministério Público do Estado do Tocantins.

Outros desafios e frentes de atuação surgem mediante as transformações advindas dos jogos de forças nos cenários político-econômico e ideológico no cenário brasileiro, também influenciado pelos movimentos de ideias e práticas conservadoras ou progressistas globalmente. Nos últimos anos, foi acentuado um refluxo nas frentes de defesa aos direitos das mulheres, fortes discursos de base conservadora procuram minar princípios e bases legais, teóricas e metodológicas resultantes da união de esforços dos grupos sociais organizados.

No panorama regional, também pode ser percebida essa tensão e resistência ao que foi conquistado. A atuação do Ministério Público do Estado do Tocantins no tocante às mulheres continua fortalecida, isto é, no sentido de evidenciar que a violência não é algo corriqueiro, bem como reforçando seu dever de questionar, examinar e fiscalizar tudo aquilo que possa causar dano aos cidadãos e às cidadãs.

Referências

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dunará, 1994.

BACCI, Claudia; FERNÁNDEZ, Laura; OBERTI, Alejandra. **De injusticias distributivas e políticas identitárias**. Una intervención con el debate Butler-Fraser. Revista *Gênero, Nuteg*, v. 4, n. 1. Disponível em: http://www.portalfeminista.org.br/artigo.phtml?obj_id=1390&ctx_cod=5.2. Acesso em: 15 nov. 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. **Direitos nacionais. Femicídio**: investigar, processar e julgar com perspectivas de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Ministério das Mulheres, Igualdade Racial e dos Direitos Humanos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

_____. Sex and gender in Beauvoir's second sex. In: **Yale French Studies**, Simone de Beauvoir: Witness to a Century, n. 72, Winter, 1986.

CAMPOS, F. Itami. **Coronelismo em Goiás**. Goiânia: Ed. Vieira, 2003.

CHAUL, Nasr Fayad. **Coronelismo em Goiás**: Estudos de casos e famílias. Goiânia: Kelps, 1998.

COSTA, Lindinalva Rodrigues Dalla. *Maria da Penha: a lei discriminada pelo operador jurídico*. **Revista Jurídica do MPE-TO**, ano 5, n. 8, Palmas, Ministério Público do Estado do Tocantins, 2012.

HELLER, Agnes. **Sociología de la vida cotidiana**. Trad. J. F. Yvars e E. Pérez Nadal. Barcelona: Península, 1977.

_____. **O cotidiano e a história.** São Paulo: Paz e Terra, 2008.

PALACÍN, Luis G. **Coronelismo no Extremo Norte de Goiás:** Padre João e as três revoluções de Boa Vista. São Paulo: Loyola, 1990.

SARDENBERG, Cecília M. B. *Estudos Feministas: um esboço crítico.* In: Célia Gurgel (org.) **Teoria e práxis dos enfoques de gênero.** Salvador: REDOR-NEGIF, 2004, pp. 17- 40.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica.** Educação e Realidade. Porto Alegre, v.16, n. 2, jul./dez. 1990.

Aspectos teóricos da colaboração premiada no Direito brasileiro

Villy Guimarães Costa Borges¹

Resumo

O presente artigo visa analisar os contornos que envolvem a aplicação do instituto jurídico da Colaboração Premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, objetiva-se traçar um panorama acerca dos aspectos teóricos que envolvem a aplicação do instituto em tela no Direito brasileiro, tais como, a sua origem histórica, previsão legal no ordenamento jurídico nacional, os benefícios de que poderá se valer o denominado agente colaborador, a possibilidade de revogação do acordo firmado em caso de descumprimento, os órgãos legitimados a propor o acordo de colaboração, as condições para o seu implemento e, por fim, as discussões ético-morais que envolvem a sua aplicação.

Palavras-chave: *Colaboração Premiada; Aspectos teóricos; Benefícios; Revogação; Legitimidade.*

Resumen

Este artículo analiza los contornos que resultan de la aplicación del instituto jurídico de la Colaboración Premiada en el

¹ Auxiliar Técnico. Graduado em Direito pelo Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos – ITPAC. Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera-UNIDERP.

ordenamiento jurídico brasileño. Por lo tanto, el se pretende trazar un panorama general sobre los aspectos teóricos que involucran a la aplicación en el instituto en el derecho brasileño, tales como su origen histórico, la previsión legal en el ordenamiento jurídico nacional, los beneficios de que podrá valerse el denominado agente colaborador, la posibilidad de revocación del acuerdo firmado en caso de incumplimiento, los órganos legitimados para proponer el acuerdo de colaboración, las condiciones para su implementación, y, por último, los debates éticos y morales que resultan de la aplicación.

Palabras clave: *Colaboración Premiada; Aspectos teóricos; Beneficios; Derogación; Legitimidad.*

1. Introdução

Atualmente, vislumbram-se árduas discussões na doutrina, jurisprudência e, por via oblíqua, nos meios midiáticos acerca das nuances envolvendo a colaboração premiada, instituto jurídico que tem ganhado especial relevância diante das recentes investigações e já alguns processos criminais que apuram fatos praticados por executivos de grande porte, políticos de mais alto quilate e também agente público do alto escalão do governo federal, supostamente envolvidos em esquemas de corrupção.

Desse modo, no presente trabalho, serão analisados aspectos que envolvem a aplicabilidade da Colaboração Premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Destacaremos, ainda, os diplomas legais que tratam do referido instituto.

Nessa perspectiva, o presente estudo se propõe a analisar aspectos teóricos, tais como a origem histórica da Colaboração Premiada, em que consiste tal instituto, sua previsibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e aplicabilidade nas investigações preliminares e processos criminais que tramitam na Justiça brasileira.

Em um segundo momento, analisar-se-ão os requisitos para obtenção do chamado acordo de colaboração, bem como quem seriam os legitimados para sua propositura.

Por fim, serão tecidos breves comentários acerca do aparente conflito ético-moral imanente à utilização do instituto em estudo.

2. Origem da Colaboração Premiada

Parece não existir grande divergência na doutrina quanto ao marco fundador do instituto da colaboração premiada, o qual teria surgido na Itália, por ocasião de proposta realizada pelo *Procuratore Della Repubblica* Giovanni Falcone ao mafioso Tommaso Buscetta, integrante do grupo mafioso denominado “Cosa Nostra” que, em troca de benefícios penais, concordou em delatar seus comparsas e revelar toda a estrutura e os planos da organização criminosa, consagrando assim, a lendária operação “Mãos Limpas” (CAVALCANTE, 2015).

No Brasil, segundo Lima (2015), a colaboração premiada ganhou força em razão do reconhecimento explícito da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, e, conseqüentemente, da necessidade da colaboração premiada com vistas à obtenção de informações relevantes para a persecução penal.

Sua origem no país, continua o citado autor, está diretamente relacionada ao incremento da criminalidade violenta, a partir da década de 90, direcionada a segmentos sociais mais privilegiados e que, até então, estavam imunes a ataques mais agressivos (sequestros, roubos de estabelecimentos bancários), ao crescimento do tráfico de drogas e ao aumento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.), sobretudo nos grandes centros urbanos, o que levou o legislador pátrio, impelido pelos meios de comunicação e pela opinião pública, a editar uma série de leis penais mais severas.

Desse modo, diversas leis especiais passaram a dispor sobre a colaboração premiada, variando apenas quanto ao seu objetivo, bem

como no tocante aos benefícios concedidos pela lei ao colaborador (LIMA, 2015).

3. Conceito de Colaboração Premiada

A colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica de investigação criminal, na qual determinado coautor ou partícipe de determinado crime acorda com autoridades policiais ou judiciais o fornecimento de informações aptas ao alcance de determinados objetivos como, por exemplo, o resgate da vítima, recuperação do produto ou proveito do crime, desbaratamento de organização criminosa, bem como definição de sua estrutura hierárquica, entre outros. Em troca, o denominado agente colaborador, em caso de sucesso da colaboração, deverá obter determinados benefícios penais, os quais serão tratados em tópico próprio no presente trabalho.

Nesse sentido, ensina o festejado mestre Lima (2015, p.760):

Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Nesse diapasão, torna-se de grande relevância distinguir entre os institutos da Colaboração Premiada e Delação Premiada, o que será analisado no tópico seguinte.

3.1 Colaboração Premiada e Delação Premiada: expressões sinônimas?

Para parcela da doutrina, conforme anota Cavalcante (2015), a nomenclatura “colaboração premiada” é mais ampla, devendo

ser considerada como um gênero, do qual uma de suas espécies é a delação premiada.

Distinguindo os dois institutos, consigna o referido autor que a delação premiada ocorreria quando o autor ou investigado ‘colabora’ com as autoridades ‘delatando’ os comparsas, ou seja, apontando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais. Desse modo, a delação seria uma forma de exercer a colaboração premiada, existindo, contudo, outras espécies de colaboração.

A título de exemplo de colaboração que não se afigura como sendo delação, citamos a modalidade de colaboração na qual o autor confessa a prática do crime, não delatando, contudo, nenhum comparsa, antes, fornecendo todas as informações necessárias para que as autoridades recuperem dinheiro que tenha sido desviado com esquema criminoso, declinando, por exemplo, os números de contas bancárias abertas em paraísos fiscais justamente para ocultação dos valores obtidos de maneira ilícita.

Apenas para ampliar o rol de exemplos, sem, contudo, aprofundá-los, consigne-se a hipótese de um partícipe de sequestro, o qual firma acordo de colaboração premiada com as autoridades competentes, vindo, assim, a apontar o local onde se encontra a vítima, possibilitando o seu resgate com a sua integridade física preservada, hipótese esta, também, caracterizadora de modalidade de colaboração premiada, sem, contudo, configurar, necessariamente, uma delação premiada.

3.2 Princípio da voluntariedade/ espontaneidade

O instituto da colaboração premiada está imbuído de um espírito de voluntariedade, o qual, por meio de benefícios oferecidos ao potencial colaborador, tenta inculcar neste, as vantagens de colaborar com a justiça, a fim de que, sem nenhum tipo de coação, antes, por

vontade própria, o convida a fornecer as informações necessárias ao alcance dos objetivos do instituto em tela.

Nesse desiderato, necessário fazer-se uma distinção entre as expressões ‘voluntariedade’ e ‘espontaneidade’, aquela utilizada nos diplomas legais que tratam da colaboração premiada.

A expressão ‘voluntariedade’ afigura-se mais adequada ao espírito da colaboração, visto possuir sentido mais amplo, possibilitando que o coautor ou partícipe do crime, após convencido pela autoridade (obviamente sem a utilização de qualquer meio de coação) seja convencido a colaborar na investigação.

Noutro giro, a expressão ‘espontaneidade’ possui sentido mais restrito, pelo qual somente se admitiria a aplicação da colaboração nos casos em que o interessado, sem qualquer meio de provocação, ainda que legal, procurasse a autoridade para fornecer os elementos de colaboração.

Sobre o assunto, ensina Lima (2015, p.770):

Ato espontâneo é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia – deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais. Apesar de alguns dispositivos legais fazerem referência à necessidade de a colaboração ser espontânea (v.g., art. 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98), prevalece o entendimento de que a espontaneidade não é condição *sine qua non* para a aplicação legal dos prêmios inerentes à colaboração premiada.

Na verdade, o que realmente interessa para fins de colaboração premiada é que o ato seja voluntário. Ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, o ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, para que o agente faça jus aos prêmios legais decorrentes da colaboração premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação. Ato espontâneo, portanto, para fins de colaboração premiada, deve ser compreendido como o ato voluntário, não forçado, ainda que provocado por terceiros (v.g., Delegado de Polícia, Ministério Público ou Defensor).

Como visto, a expressão ‘voluntariedade’, no contexto de aplicação da colaboração premiada, afigura-se mais adequada que a expressão ‘espontaneidade’, esta última, escolhida pela maioria dos diplomas legais para cancelar a validade da aplicação do instituto sob estudo.

4. Previsão Legal

O instituto da Colaboração Premiada foi tratado em diversos dispositivos legais, dos quais destacam-se os seguintes:

Lei Antitruste (Lei n.º 12.529/2011 – art. 87, parágrafo único);

Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006 – art. 41);

Lei de Proteção às Testemunhas (Lei n.º 9.807/1999 – art. 13 a 15);

Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998 – art. 1º, §5º);

Convenção de Palermo (Decreto n.º 5.504/2004 – art.26);

Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990 – art.8º, parágrafo único);

Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei n.º 8.172/1990 – art.16, parágrafo único);

Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro (Lei n.º 7.492/1986 – art.25, §2º);

Código Penal (art.15,16,65,III,159,§4º)

Apesar de diversas leis extravagantes terem tratado da colaboração premiada, a doutrina moderna qualifica como “regime geral da colaboração premiada” os artigos 4º a 7º da Lei n.º 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) por ter tratado com maior riqueza de detalhes o instituto examinado.

5. Regra da corroboração

O artigo 4º, parágrafo 16, da Lei n.º 12.850/2013, traz a seguinte redação: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”.

Desse modo, referido parágrafo positiva a chamada regra da corroboração, segundo a qual exigem-se outros elementos, além das declarações do colaborador, aptas a embasarem eventual decreto condenatório em face de agentes criminosos eventualmente delatados, bem como para que se justifique qualquer medida repressora ou restritiva de direitos fundamentais em face destes.

Nessa linha de raciocínio, novamente nos valem das lições do insigne mestre Lima (2015, p.779), para quem:

(...) em sede de sentença condenatória, todavia, se nem mesmo a confissão do acusado, autoincriminando-se, é dotada de valor absoluto, não mais sendo considerada a rainha entre as provas (CPP, art.197), o que dizer, então, da colaboração premiada? Ante a possibilidade de mendacidade intrínseca à colaboração premiada, a jurisprudência firmou-se no sentido de que, isoladamente considerada, esta técnica especial de investigação não pode respaldar uma condenação, devendo estar corroborada por outros elementos probatórios. Se, porém, a colaboração estiver em consonância com as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, adquire força probante suficiente para fundamentar um decreto condenatório. Daí a importância daquilo que a doutrina chama de regra da corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações (v.g., indicação do produto do crime, de contas bancárias, localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para a identificação de números de telefones a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, etc.).

Desse modo, como visto, deve a colaboração premiada servir como meio para obtenção de provas que, por sua vez, a confirmarão, não podendo jamais, por si só, embasar um decreto condenatório.

6. Diferença entre meio de obtenção de prova e meio de prova

A colaboração premiada é instituto que se consubstancia em meio de obtenção de prova, que não se confunde com meio de prova, como se verifica a seguir:

Ensinando acerca da diferença existente entre meio de prova e meio de obtenção de prova, Gustavo Henrique Badaró Righi Ivahy (2014) aduz que a diferença existente entre meio de prova e meio para obtenção de prova reside no fato de que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão), são instrumentos para a colheita e elementos ou fonte de prova, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário “documento”, encontrado em uma busca e apreensão domiciliar).

Desse modo, extrai-se que, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de prova, entre os quais, se inclui a colaboração premiada, somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos e, assim, a depender do caso, convencer o julgador a proferir um decreto condenatório.

7. Requisitos do acordo de colaboração premiada

O artigo 6º, da Lei n.º 12.850/2013, listou os requisitos que o acordo de colaboração premiada celebrado entre a autoridade competente e o agente colaborador deverá observar para sua validade. Dispõe o referido artigo o seguinte:

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.

Doutrina e jurisprudência assinalam que os requisitados listados pelo citado artigo devem ser observados de forma cumulativa, não sendo dispensada a observância de qualquer deles, sob pena de nulidade do acordo.

Valendo-nos das preciosas lições de Lima (2015, p. 782), listamos abaixo os seus comentários acerca de cada um dos requisitos para validade do acordo de colaboração premiada ora estudados. Aduz o referido autor o seguinte:

O relato da colaboração e seus possíveis resultados (inciso I): de modo a aferir a relevância da cooperação do agente, deverá constar do acordo uma síntese das informações por ele repassadas às autoridades incumbidas da persecução penal. Por consequência, se o colaborador apontar os demais coautores ou partícipes do fato delituoso e as infrações penais por eles praticadas (Lei n.º 12.850, art.4º, I), tais informações deverão constar do instrumento do acordo. O dispositivo legal sob comento faz referência a *possíveis resultados* porquanto a eficácia objetiva das informações por ele repassadas deverá ser confirmada pelo magistrado, pelo menos em regra, por ocasião de eventual sentença condenatória. Nessa linha, dispõe o artigo 4º, parágrafo 11 da Lei n.º 12.850/2013, que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia;

As condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia (inciso II): considerando a diversidade de prêmios legais passíveis de concessão ao colaborador (v.g., diminuição de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, progressão de regimes, perdão judicial), deve constar do acordo

uma indicação específica do benefício com o qual o colaborador será agraciado na hipótese de as informações por ele repassadas às autoridades levarem à consecução de um dos resultados listados nos incisos do artigo 4º;

A declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor (inciso III): consoante disposto no artigo 4º, parágrafo 5º, da Lei n.º 12.850/2013, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá ser assistido por defensor. Por consequência, para se emprestar validade ao acordo de colaboração premiada, e até mesmo para se aferir sua voluntariedade, condição *sine qua non* para sua homologação (Lei n.º 12.850, art. 4º, §7º), faz-se necessária não apenas a declaração de aceitação do colaborador, mas também a anuência de seu defensor. Na hipótese de o colaborador ser estrangeiro incapaz de se comunicar na língua pátria, deverá ser nomeado tradutor, nos termos do art. 236, do CPP;

As assinaturas do representante do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, do colaborador e de seu defensor (inciso IV): o acordo de colaboração premiada deve ser subscrito pelo órgão do Ministério Público que detém atribuições para atuar no caso concreto, pelo Delegado de Polícia, pelo colaborador e por seu defensor, sob pena de ser considerado inexistente. Em se tratando de colaborador analfabeto, tal fato deverá ser consignado no termo, *ex vi* do art. 195 do CPP;

A especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário (inciso V): se as partes envolvidas na celebração do acordo concluírem que há risco potencial à integridade física (ou à vida) do colaborador e de seus familiares, as medidas de proteção a serem adotadas deverão constar expressamente do acordo.

Em complemento, a doutrina menciona, ainda, os requisitos extrínsecos ao artigo 6º, da Lei n.º 12.850/2013, os quais devem, também, ser observados no bojo do acordo de colaboração, mais especificamente na modalidade delação premiada, já comentada neste trabalho.

Segundo Ivahy (2014, p. 315), comentando os requisitos extrínsecos a serem observados na confecção de delação premiada, observa o seguinte:

Para ser considerada meio de prova, a delação deve ter três requisitos: 1) o corréu que fez a delação tenha confessado sua participação no crime; 2) a delação encontre amparo em outros elementos de prova existentes nos autos; 3) no caso de delação extrajudicial, que tenha sido confirmada em juízo. Sem estes requisitos e sem que tenha sido respeitado o contraditório, com possibilidade de reperguntas pelas partes, a delação não tem qualquer valor, sendo um ato destituído de eficácia jurídica.

Abaixo, citamos alguns precedentes oriundos de tribunais estaduais, bem como do Superior Tribunal de Justiça, os quais retratam fielmente a forma como o instituto da colaboração premiada tem sido aplicado na análise de casos concretos.

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DO ART. 157, § 2º, I E II, CP DELAÇÃO PREMIADA – INOCORRÊNCIA DOSIMETRIA DA PENA ADEQUADA RECURSO IMPROVIDO.

O instituto da delação premiada não deve ser reconhecido em favor do apelante, uma vez que não restou constatado qualquer ajuda relevante ou colaboração efetiva à investigação. Embora a autoridade policial que presidiu as investigações tenha declarado a cooperação do réu na investigação, essa circunstância sequer contribuiu para recuperação dos objetos roubados.

Não há que se falar em aplicação da atenuante da confissão em grau máximo, como quer a defesa, pois inexistente um limite mínimo ou máximo previsto em lei, devendo o magistrado se pautar na discricionariedade e ater-se aos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade na sua aplicação.

Recuso improvido.

(TJTO. 5ª T, 2ª CCrim. APELAÇÃO Nº. 50087488920128270000. Rel. DES. EURÍPEDES LAMOUNIER. Autuação 28/11/2012.) (Grifamos)

CONFISSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. COLABORAÇÃO EFICAZ.

O instituto da delação premiada consiste em um benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. *In casu*, embora o paciente tenha admitido a prática do crime a ele imputado, segundo as instâncias ordinárias, não houve efetiva colaboração com a investigação policial e com o

processo criminal, tampouco o fornecimento de informações eficazes para a descoberta da trama delituosa. Sendo assim, visto que a mera confissão parcial do paciente não representou auxílio efetivo na investigação e elucidação do evento delituoso, inaplicável à espécie a benesse da delação premiada. Precedente citado: (STJ. Resp 1.111.719-SP. HC 174.286-DF. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJe 13/10/2009).

SEQUESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. COLABORAÇÃO EFICAZ.

Os efeitos da delação premiada (art. 159, § 4º, do CP e art. 14 da Lei n. 9.807/1999) podem ser aplicados à espécie, porquanto o ora paciente, apesar de preso em flagrante, indicou o local do cativo e a localização dos co-autores, o que possibilitou a libertação da vítima sequestrada. Portanto sua colaboração foi eficaz e voluntária, apesar da prisão. (STJ. HC 23.479-RJ. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. julgado em 18/2/2003.).

Anote-se que, conforme se depreende dos referidos julgados, o instituto da colaboração premiada tem sido aplicado com reservas e absoluto cuidado por parte dos tribunais pátrios, visto ser medida excepcional de investigação e que importa, por vezes, na relativização do princípio da indisponibilidade da ação penal pública por parte de seu titular exclusivo, o Ministério Público (artigo 129, I, CRFB/88).

8. Direito subjetivo do colaborador

Nos termos do acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 127.483 do Supremo Tribunal Federal, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.

Segundo José Carlos Vieira de Andrade (1987, p. 163-164 *apud* TOFFOLI, 2015, p. 52 [voto do relator proferido no HC n.º 127.483, STF]):

O direito subjetivo exprime a soberania jurídica (limitada embora) do indivíduo, quer garantindo-lhe certa liberdade de decisão, quer tornando efetiva a afirmação do ‘poder de querer’ que lhe é atribuído. Poder (disponibilidade), liberdade (vontade) e exigibilidade (efetividade) são, deste modo, elementos básicos para a construção do conceito de direito subjetivo.

Para Martin Borowski, a justiciabilidade, ou seja, sua exigibilidade judicial, é a nota característica do direito subjetivo (BOROWSKI, 2003 *apud* TOFFOLI, 2015, p.52).

Assim, caso se alcancem os resultados almejados no acordo de colaboração premiada pelo integral cumprimento da obrigação do agente colaborador, terá este direito subjetivo à sanção premial decorrente da referida avença, podendo exigir tal direito judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-lo ou vier a aplicá-lo em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

9. Benefícios decorrentes do acordo de colaboração premiada

A doutrina aponta para a necessidade de se premiar aquele que tem atitude atípica no meio criminoso. Isso porque, como é sabido, é grave a punição infligida pela “justiça do crime” àquele que “cagueta” os demais participantes de determinada ação criminosa ou organização criminosa.

Desse modo, a fim de incentivar o agente a colaborar com as investigações e a cooperar para o bom andamento do processo, seja delatando comparsas, indicando a localização de vítima com sua integridade física preservada, informando onde se encontram os objetos ou proveito do crime etc, diversos são os benefícios elencados pela Lei n.º 12.850/2013, bem como demais dispositivos legais que tratam da colaboração premiada a serem concedidos ao

denominado agente colaborador desde que, frise-se, seja efetivo o resultado da colaboração.

São exemplos de “prêmios” concedidos ao agente colaborador: a) não oferecimento da denúncia; b) perdão judicial; c) redução da pena; d) substituição da pena privativa de liberdade e f) progressão de regime (ainda que não alcançado o requisito objetivo).

10. Legitimidade para o oferecimento do acordo de colaboração premiada

Questão tormentosa que surge na análise da colaboração premiada é saber quem são os legitimados para o oferecimento do acordo de colaboração premiada.

Em relação à legitimidade do Ministério Público para propositura do acordo de colaboração premiada não há discussão de nenhuma ordem, visto que, conforme disposto do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal pública, cabendo, portanto, a ele, decidir sobre a forma do exercício deste poder-dever.

Questiona-se, no entanto, a legitimidade do delegado de polícia para a propositura de acordo de colaboração premiada. A doutrina discute se a autoridade policial teria ou não legitimidade para celebração de acordo de colaboração.

Conforme anota Cavalcante (2015), a redação da Lei n.º 12.850/2013 a faz subsumir-se que, se for feito durante as investigações preliminares, por meio de inquérito policial, o acordo de colaboração premiada poderia ser celebrado entre o Delegado de Polícia e o investigado, ou seja, a autoridade policial teria legitimidade para celebrar acordo de colaboração premiada, bastando que houvesse uma manifestação (parecer) do Ministério Público a respeito da legalidade do referido acordo.

No entanto, ainda segundo Cavalcante (2015), a doutrina majoritária sustenta que a legitimidade exclusiva para celebrar o acordo de colaboração premiada é do Ministério Público, sendo que o delegado de polícia até poderia sugerir o acordo, entretanto, ao final, o membro do *Parquet* decidiria sobre a sua efetiva celebração e respectivas condições.

Com base nessa orientação, recentemente, a Procuradoria-Geral da República, atualmente chefiada pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, propôs ação direita de inconstitucionalidade (ADI 5508) questionando a constitucionalidade do artigo 4º, §2º e artigo 6º, da Lei n.º 12.850/2013, que atribuem ao delegado de polícia a iniciativa de propor acordo de colaboração premiada sem a participação do Ministério Público.

Em trecho da referida ADI, aduz o PGR que:

A legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada é privativa do Ministério Público, tendo em conta que desse instrumento de investigação criminal pode resultar mitigação da regra de indisponibilidade relativa da persecução penal.

Resta aguardar a conclusão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, a qual porá fim à discussão acerca da legitimidade para propositura de acordo de colaboração premiada.

11. Conflito ético da colaboração premiada

Parte da doutrina sustenta que a colaboração premiada seria prática execrável em uma sociedade moderna, visto que, conforme se aventa, conceder benefícios àquele que delata seus comparsas (forma de exercício mais comum da colaboração premiada), seria premiar alguém por cometer ato desprezado e combatido pela moral e pelos bons costumes, qual seja, a traição.

Em posição diametralmente oposta e em defesa da adequação do instituto da colaboração premiada ao Estado moderno e civilizado, pontua Lima (2015, p. 762):

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (*omertá*), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em *ética de criminosos* é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis. Como lembra Cássio Granzinoni, “não é incomum a chefes de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios onde cumprem pena) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer outra forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhe são contrários)? Certamente que não”.

Desse modo, como ressaltado pelo referido autor (2015, p. 762), apesar de, sob certo aspecto, a existência da colaboração premiada representar o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte propria* todo os delitos praticados, a doutrina mais acertada aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da “lei do silêncio” que vigia no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada.

12. Considerações finais

O instituto da colaboração premiada constitui importante instrumento de investigação criminal para apuração de crimes que acarretam maior dificuldade em seus deslindes, como por exemplo os delitos praticados por organizações criminosas, visto que, em tais crimes, há uma complexa estrutura hierárquica e divisão de tarefas, o que torna extremamente difícil, para não dizer,

impossível, o esclarecimento dos fatos pelos meios tradicionais de investigação, fazendo-se, portanto, absolutamente necessária a utilização de novos métodos investigatórios com vistas ao desbaratamento das mais complexas organizações criminosas, sendo sempre observados, evidentemente, os direitos fundamentais da pessoa investigada ou delatada.

No Brasil, a colaboração premiada é instituto relativamente novo, embora tenha evoluído bastante na última década, principalmente com a edição da Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que inaugurou um verdadeiro “regime jurídico da colaboração premiada”, a qual traz em seu texto: a) os requisitos para aplicação do instituto em tela; b) os benefícios decorrentes da comprovada eficácia da colaboração, os quais constituir-se-ão em direito subjetivo do agente colaborador; c) a definição dos órgãos e agentes legitimados para a propositura do acordo de colaboração premiada.

Ressalta-se, por fim, que a colaboração premiada de maneira alguma estimula uma conduta reprovável pela sociedade moderna (traição), visando, ao revés, oferecer a oportunidade de o agente colaborador contribuir com a Justiça, beneficiando-se ao possibilitar que, por meio das informações prestadas, crimes sejam resolvidos, organizações criminosas desbaratadas, bens e valores reavidos e vítimas resgatadas.

Referências

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 40-47 e 119-120 apud TOFFOLI, 2015, p.52 [Voto do relator proferido no HC 127.483, STF].

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Acórdão nº 01. Hélio Oliveira Reis. Relator: Euripedes Lamounier. Palmas, 02 de janeiro de 2014. **Diário de Justiça do Estado do Tocantins**. Palmas, 01 fev. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 495. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário Oficial da União**. Brasília.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Colaboração Premiada**. 2015. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracao-premiada.html>>. Acesso em: 14 set. 2015.

IVAHY, Gustavo Henrique Badaró Righi. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

REALIZAÇÃO



CENTRO DE
ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL

ISSN 1984-168X



9 771984 168000