



# A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v. 3, n. 4, p. 1-92, maio 2010

Belém/Pará  
2010

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJPA, Des.º Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.  
— Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .  
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

# Sumário

EDITORIAL.....	5
ENTREVISTA.....	6
Eugênio Pacelli de Oliveira	
REPORTAGEM.....	13
Especial sobre o Prêmio Innovare e as práticas que melhoram a Justiça no país	
João Gandini, um juiz por uma causa justa	
ARTIGOS	
A interface da prevenção ao uso de drogas e o Poder Judiciário, em uma perspectiva de sustentabilidade .....	20
Adriana Accioly Massal	
Roberto Portugal Bacellar	
Acumulação de cargos públicos .....	30
Ana Maria Barata	
Milhas, trilhas e atalhos do Processo Civil.	
A exegese dos artigos 330, 331 e 450 e 451 do CPC.	
Uma abordagem dogmática e pragmática. ....	40
Elder Lisboa Ferreira da Costa	
Poder e violência: a relação processual penal e os limites da racionalidade jurídico-positiva para abordar as relações constituídas nas varas criminais .....	50
Hélio Luiz Fonseca Moreira	
Ficha suja e eleições .....	60
José Augusto Torres Potiguar	
Reflexiones y propuestas sobre rehabilitación: referencia a cárceles de Argentina y Brasil.	
¿Es posible un plan eficaz de inserción social?.....	66
Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro	
Francinete Maria Hounsell Almeida	
Adriana Nilda Rossini	
O transexual e o direito de família .....	74
Tereza Rodrigues Vieira	
CONTO	
Angelina e Maria da Penha .....	82
Manoel Alberto Rebêlo dos Santos	
POEMAS	
Coisas do Judiciário / Coisas do Judiciário II / Coisas do Executivo / Coisas do Legislativo / Coisas do Sono / Coisas do Amor .....	84
Newton De Lucca	
RESENHAS	
Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	88
por Raimundo Wilson Gama Raiol	
Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.....	90
por Fredie Didier Jr.	



Esta nova edição de *A Leitura* promove a continuação de uma louvável iniciativa editorial da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará projetada para ampliar e robustecer o repertório bibliográfico das publicações destinadas a, também, proporcionar aos estudiosos e pesquisadores de todos os tempos textos sobre os universos jurídico, social e cultural de nossa época, compatibilizando a memória contemporânea com a visão do futuro. Cumpre, assim, fielmente, o destino inerente às obras em que caráter literário está a serviço da informação de natureza especial e específica, expressada através das entrevistas, dos artigos e de outras manifestações do pensamento que o projeto editorial contempla.

Faz-se oportuno registrar que a atuação da ESM do TJPA na função de qualificar cada vez mais magistrados, cultores do Direito e operadores da Justiça, para melhor exercerem suas atividades e, assim, mais efetivamente contribuírem na administração dos direitos e deveres da cidadania, incorpora, além disso, a produção de material que se junta ao acervo de fontes capazes de satisfazer à constante sede de saber de quantos se aplicam a esse propósito. A disponibilidade de *A Leitura* nas estantes e bibliotecas será, assim, um instrumento sempre aberto a tão nobre utilidade.

Tanto assim que, nesta edição, iniciamos a abordagem de temas atualíssimos entrevistando o Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG e Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público, Procurador Federal Eugênio Pacelli de Oliveira, sobre as críticas quanto ao novo Código de Processo Penal Brasileiro. A reportagem com o Juiz João Gandini, vencedor do Prêmio Innovare de 2009, traz a lume uma visão diferente de magistrados que acreditam que a justiça não será mais eficiente apenas julgando mais celeremente um número maior de processos. Ele tem um projeto que pretende erradicar as favelas da cidade paulista de Ribeirão Preto e sua experiência é reveladora de que o envolvimento nas questões sociais pode, sim, valorizar mais ainda o conceito da justiça e do judiciário perante a comunidade.

Os artigos selecionados para ilustrarem este número focalizam matérias que abordam desde a acumulação de cargos públicos até a relação transexual com o direito de família, perpassando por análises de processo civil, prevenção ao uso de drogas, relação processual penal e os limites da racionalidade jurídico-positiva, reabilitação penal e as eleições brasileiras com o novo dispositivo das “fichas sujas”. Um excelente repertório, valorizado pelo naipe de notáveis juristas que os subscrevem.

Cada componente desse conteúdo infere a vivência e os estudos que o credenciaram para as responsabilidades funcionais e pessoais, passando, a partir de agora, a valer como referência da cultura jurídica e do pensamento sociológico e humanístico, que emergem do conhecimento e do prestígio de cada um, legando para sempre sua preciosa contribuição, o que somente é possível àqueles que se devotam à construção e à valorização da sociedade.

Em breves palavras, eis o significado e o alcance deste novo número. Eis, simplesmente, um número novo da *Leitura*: um compromisso que continua!

Des.<sup>or</sup> MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE  
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

## Editorial





# Entrevista

Eugênio Pacelli de Oliveira\*

Por: Lorena Souza

Jornalista, chefe da Divisão de Editoração e Publicação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA)

Integrante da Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal para rever o Código de Processo Penal brasileiro, Eugênio Pacelli de Oliveira ajudou a escrever o novo texto, configurado em seis livros, 133 páginas e 702 artigos. Coordenada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, a comissão espera, agora, a aprovação final do documento pelo Congresso Nacional. Nesta entrevista, o jurista e relator do anteprojeto – que esteve em Belém em evento da ESM-PA, onde debateu “Propostas de mudanças: um novo olhar sobre o Código de Processo Penal (CPP)”, em abril último – revela o que vai mudar nos dispositivos da lei e responde às críticas mais comuns quanto ao novo CPP brasileiro.

A Leitura – O senhor faz parte da Comissão Externa de Juristas instituída em 2008, por iniciativa do Senado Federal, com o objetivo de apresentar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Reconhecidamente um código defasado – foi instituído por decreto-lei em 1941 pelo então presidente Getúlio Vargas – e tendo sofrido apenas modificações parciais com o passar do tempo, o CPP ora vigente já não é adequado à realidade de um Brasil contemporâneo?



“ Lei alguma transforma o mundo ou a sociedade, por si só. Leis penais, menos ainda. O que um processo penal pode fazer é garantir o devido processo para a apuração de responsabilidades, preservando-se os atributos da cidadania, na mais ampla dimensão dos direitos fundamentais. ”

**Eugênio Pacelli de Oliveira** – O problema sequer reside no tempo (entre o CPP e os dias atuais), mas, essencialmente, na modificação de estrutura política e jurídica, a partir da Constituição da República, de 1988. O modelo do CPP de 1941 foi inteiramente atingido pelo estabelecimento das garantias individuais previstas no texto constitucional. Não só por isso, mas, também por isso, há que se modificar a legislação ora em curso.

A.L. – Depois de ter sido aprovado em votação simbólica em dezembro de 2009 por uma comissão especial do Senado e de ter passado pela Comissão de Constituição e Justiça, o projeto de reforma do Código de Processo Penal só depende agora de votação em plenário para se converter em lei. O tempo gasto entre a tarefa de rever o CPP e os trâmites para a sua aprovação pode ser considerado célere? A sociedade pôde opinar ao longo do processo? De que maneira?

**E.P.O.** – A elaboração do anteprojeto foi inegavelmente muito célere. Mas esse foi um dos propósitos que moveu a Comissão por ele responsável. Podíamos fazer um projeto inteiramente diferente, com muitas e radicais modificações, sobretudo de rito e de redução de conflitos na via processual e torcer para que as novidades fossem bem assimiladas. No entanto, diante da necessidade premente de modificação da ordem atual das coisas, e, mais, levando-se em conta a recente aprovação, no ano de

\* Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Procurador Regional da República no Distrito Federal, membro do Ministério Público Federal e Professor do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

2008, de inúmeras modificações no CPP, a Comissão houve por bem adaptar as mudanças recentes, com reparos aqui e acolá, atendo-se mais à modificação estrutural do Código, do que resultou o juiz das garantias, os prazos máximos de prisão cautelar e o realinhamento do habeas corpus, este último, como eficaz instrumento de redução de atividades judicantes nos tribunais, com otimização da celeridade do processo. Embora a Comissão não tenha, efetivamente, participado de audiências públicas e consultas específicas, há que se observar o seguinte: boa parte da Comissão, senão a maioria, exerce não só atividades profissionais (advocacia, ministério público, magistratura etc.), mas tem amplo trânsito na vida acadêmica brasileira, participando, sistematicamente, de eventos, congressos e seminários jurídicos, o que permite uma permanente interlocução com este setor. Assim, não se pode dizer que seus integrantes não estivessem inteiramente atualizados com as diversas reivindicações teóricas e práticas advindas das instituições públicas mais presentes no dia a dia do direito brasileiro. Não bastasse, inúmeras sugestões foram enviadas por diversos setores da sociedade brasileira, tendo sido devidamente apreciadas pela Comissão. Até a sugestão de pena de morte recebemos.

A.L. – Pode-se dizer que o objetivo dessa reforma é tornar o novo Código consoante com os princípios da Constituição de 1988 e a Justiça mais eficaz. Para isso, o anteprojeto propõe novas figuras jurídicas, mecanismos alternativos e proporciona mais controle ao andamento processual. Que pontos poderiam ser destacados entre os mais significativos nessa mudança? Foram recepcionadas as últimas reformas ocorridas na legislação processual em 2008 e 2009?

**E.P.O.** – Como dito, as recentes reformas foram incorporadas no texto do anteprojeto; afinal como apresentar ao Congresso Nacional um novo texto, após a aprovação ainda recente de inúmeras alterações? Fizemos apenas alguns ajustes em alguns pontos de estrangulamento e de perda de efetividade comprovadas na prática judiciária. As mudanças feitas pela Comissão são essenciais, parece-me: o juiz das garantias, sobretudo nas comarcas de grande porte, otimizará em muito a atividade judicante; os prazos máximos de prisão cautelar alinham-se com a necessidade de se manter preso apenas quando indispensável; o desafogo dos tribunais, com o redirecionamento do habeas corpus para os casos de risco de efetiva prisão; a redução de inúmeros conflitos de competência, com o estabelecimento de regras processuais mais claras e operacionais sobre a matéria; o fim da ação penal

privada, absolutamente inadequada a um universo jurídico que conta com um aparelho estatal bem estruturado, como é o caso de MP; a facilitação de composição de conflitos, com a extinção da punibilidade, reduzindo o espaço de atuação estatal, daí resultando uma melhoria de atuação para os casos mais graves. Enfim, há ótimas modificações, que não se reduzem ao juiz das garantias e seus problemas operacionais, como se vem discutindo por aí.

A.L. – Durante a fase do inquérito policial haverá a aplicação dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa? Caso positivo, quais benefícios adviriam dessa modificação?

**E.P.O.** – Não. Mantivemos a estrutura anterior, à falta de um horizonte mais claro a respeito de possíveis modificações naquela área. Para que o contraditório se instalasse na fase de investigação, seria necessária, penso eu, a criação de um juizado tipicamente de instrução, a fim de se poder valorar os elementos de prova colhidos naquela fase (de investigação). É dizer: para que a prova colhida na investigação pudesse ser valorada, não bastaria o contraditório e nem a ampla defesa. Seria necessária também a presença de um juiz durante a sua produção. De outro lado, se não fosse para se autorizar a valoração de tais elementos de prova (colhidos na investigação) no processo, a medida seria um retrocesso, com o inevitável prolongamento das investigações.

A.L. – A reforma aponta para dois pontos básicos: um que alterou a sistemática processual sobre a maneira de produção e apreciação das provas no processo criminal – tornando o texto legal compatível com a Constituição – e outro que implementou significativas mudanças no Tribunal do Júri – que cuida apenas dos crimes dolosos contra a vida (homicídio, aborto etc.). Essa afirmação é correta? Fale um pouco a respeito disso.

**E.P.O.** – Relativamente ao Tribunal do Júri, pensamos que aquele órgão deve ficar restrito ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sua razão e justificativa no texto de 1988, salvo quando inseparável o exame dos outros delitos, como ocorre na continência, hipótese em que se dá a unidade de conduta, com dois ou mais resultados. Com isso, permite-se a aceleração do julgamento dos crimes conexos aos dolosos contra a vida, que estavam sempre na dependência da tramitação do júri. Já quanto ao papel do juiz na produção de provas, penso que as mudanças não são tão grandes e nem tão radicais. Na verdade,

pessoalmente, jamais fui contra a iniciativa probatória do juiz, desde que justificada pela dubiedade da prova efetivamente produzida. Penso, no particular, que o que deve ser evitado é a substituição do Ministério Público pelo juiz, o que já ocorreu, e muito, no passado. Cabe ao Ministério Público a prova da acusação. Não há aqui nenhuma novidade. O que o PLS 156 veda é que o juiz, diante da morosidade ou inércia do Ministério Público, assumo os ônus processuais da acusação, revirando o inquérito policial em busca de melhores alternativas probatórias. Essa, sim, é uma conduta a ser evitada. Mas, não acho que o Projeto tenha acolhido a figura do juiz inerte. Esse, não há em lugar nenhum do mundo. O juiz pode e deve esclarecer a prova produzida, podendo livremente inquirir as testemunhas, depois que as partes o fizerem, e mesmo indicar a produção de uma prova, desde que a partir daquelas produzidas pelas partes e cujo esclarecimento se revele indispensável.

A.L. – O senhor acredita que, quanto à reforma do júri, especificamente, a concentração da instrução em audiência única, a restrição a eventuais formalidades e a adoção de novos mecanismos para evitar adiamento de julgamentos trarão economia de tempo e recursos, que poderão ser disponibilizados para a tramitação de outros feitos, tornando a administração da Justiça mais ágil?

**E.P.O.** – Felizmente, a sua pergunta, inteiramente pertinente, veio já com a resposta. Nem a celeridade processual é sinônimo de eficiência da jurisdição, como, tampouco, é ela (celeridade) incompatível com as garantias individuais. O problema é encontrar o ponto de equilíbrio. E, no particular, penso que o PLS 156 apresenta boas alternativas, absolutamente viáveis do ponto de vista da praxis processual. Um questionamento possível seria a adoção de um verdadeiro acordo de pena, no rito sumário. De fato, é sempre problemático, quando não dramático, aplicar-se pena sem o devido processo legal. Contudo, o projeto esteve atento a todas essas variantes, prevendo que o acordo somente se fizesse a partir de uma confissão, livre e espontânea, sobre os fatos, seguida de uma proposta concreta e respectiva aprovação, com possibilidade de substituição da pena privativa e até mesmo de sua redução abaixo do mínimo legal. Observe-se, mais, que esse acordo pressupõe uma ação penal já em curso, ao contrário da transação feita nos Juizados Especiais Criminais. É dizer: o processo já se encontrará em tramitação. Se não for feita ou aceita a proposta, deve o juiz instruir o feito e sentenciar. Inúmeros processos poderão ser resolvidos com essa medida.

A.L. – Os crimes que mais mobilizam a sociedade brasileira e para os quais ela exige punição, de modo geral, são crimes violentos e aqueles envolvendo a criminalidade econômica (“colarinho branco”, corrupção etc.). Esses últimos devem merecer maiores cuidados na legislação?

**E.P.O.** – Pessoalmente, penso que um dos grandes problemas de aplicação do Direito Penal no Brasil, abstraídas maiores considerações de ordem criminológica, decorre de uma certa seletividade da clientela do sistema, não ao nível da incriminação, mas no âmbito da própria aplicação. Basta ver os índices irrisórios de condenação criminal nos chamados crimes do colarinho branco. E a seletividade a que eu me refiro se estende por todas as camadas envolvidas. Os acusados de tais crimes sempre dispõem dos melhores profissionais da advocacia criminal; os tribunais superiores, de modo geral, talvez em razão de uma certa pedagogia judiciária que envolve seus julgamentos, são mais permeáveis a alguns discursos estrategicamente articulados para deslegitimar os atos do poder público, particularmente em relação às nulidades processuais e à ilicitude da prova; as questões debatidas em tais processos são de maior complexidade; e, por fim, com grande repercussão nos processos, os acusados de tais delitos não são vistos com o mesmo olhar de reprovação destinados aos acusados de crimes de sangue ou de violência. Há aqui um problema de ordem sociológica que atravessa o século: o Estado brasileiro, não cumprindo suas missões sociais básicas, fomenta um tipo de cultura do “vale tudo”, em termos de aquisição patrimonial e financeira, inclusive, ou principalmente, sonegar tributos.

A.L. – Segundo alguns críticos, a inovação mais controvertida é a que introduz dois magistrados na condução das ações criminais. Um seria responsável pela instrução do processo e ficaria encarregado de decidir as medidas cautelares pedidas durante as investigações. O outro ficaria com a atribuição de prolatar a sentença, não podendo requerer a produção de novas provas. Esse mecanismo reforça a isenção e a imparcialidade do julgamento ou os únicos beneficiados com a duplicação de tarefas na condução das ações penais são os réus com recursos para contratar bons advogados?

**E.P.O.** – Há aqui uma divergência entre alguns membros da Comissão. Particularmente, como já antecipei, não acho que a atuação do juiz na fase de investigação determine o

seu comprometimento para o processo. Pode ser que ele ocorra. Mas também pode ser que não ocorra. A exigência de fundamentação das decisões judiciais presta-se a conter o arbítrio e o juízo de pura subjetividade. Se determinada compreensão prévia sobre algo não pudesse jamais ser modificada no tempo, não poderíamos sequer pensar no processo hermenêutico. A pré-compreensão seria sempre a definitiva. O juiz de garantias, para mim, significa um grande avanço na otimização da função jurisdicional, ainda que possa, também, implicar um ganho na garantia de imparcialidade. Mas, repito, o seu maior mérito será especializar a atividade jurisdicional, permitindo uma tramitação mais célere da fase de investigação. Nesse ponto, acredito que deveríamos ter garantido uma regra de exceção quanto ao impedimento do juiz, nas comarcas em que houver apenas um único juiz com competência penal. Em tais situações, não vejo como manter a eficiência investigativa e jurisdicional, com critérios de substituição do juiz. Aqui, na minha opinião, poderá haver um estrangulamento da Justiça criminal em tais locais.

A.L. – Como esse dispositivo funcionará na prática, numa realidade em que 50% das comarcas no País possui apenas um juiz? No interior de algumas regiões, como é o caso aqui do Norte e do Nordeste, há casos de um único magistrado ter de responder por comarcas distantes mais de 110 quilômetros uma da outra. Isso não exigiria a contratação de uma grande quantidade de novos magistrados em tempos de restrições orçamentárias?

E.P.O. – Precisamente é essa uma das razões pelas quais antevjo um estrangulamento da atividade jurisdicional.

Parece-me incontornável a situação, a não ser que não haja mais uma única comarca em tal situação no país, o que não acredito que ocorra em um prazo razoável. E, por isso, já houve modificação no PLS 156, prevendo a implementação do juiz das garantias apenas no prazo de seis anos. Não posso deixar de registrar: no particular, a Comissão deu um tiro no pé, deixando absolutamente em risco a implementação futura do juiz das garantias, que traria um grande ganho ao Poder Judiciário criminal.

A.L. – Outras inovações polêmicas são a autorização para que bens apreendidos possam ser alienados antes do julgamento de mérito e a revisão do número de recursos judiciais. Seria uma forma de evitar a utilização de medidas processuais protelatórias por parte dos advogados de defesa e agilizar a tramitação das ações penais. Mas, para muitos processualistas, essas alterações, dependendo de como forem implementadas, poderão comprometer o direito de defesa e pôr em risco o princípio de presunção da inocência dos réus. O que o senhor pensa a respeito?

E.P.O. – Não vi no projeto nenhum dispositivo nesse sentido. Não diminuimos recursos, à exceção dos embargos declaratórios. Mais ainda: o estabelecimento de prazos máximos de duração das medidas cautelares está inteiramente alinhado com o princípio da não-culpabilidade e o da duração razoável do processo. O único ponto mais sensível seria em relação ao redirecionamento do habeas corpus para a tutela específica do direito de locomoção, quando efetivamente em risco. Atualmente, como não é previsto



qualquer recurso contra a decisão de recebimento da denúncia, utiliza-se o habeas corpus em larga e indevida escala. Os tribunais estão abarrotados de habeas corpus, que, como se sabe, tem preferência no julgamento. Não vejo problema em aceitar o manejo do habeas contra o recebimento da denúncia. O problema se encontra é na ordem de preferência de julgamento. Ora, se o réu está solto, porque a preferência na apreciação da viabilidade de uma ação penal (inépcia da denúncia etc.), em prejuízo de inúmeras outras ações penais já em curso? Se se quiser manter a utilização do HC, que seja a partir desta distinção: se há réu preso, ou ordem de prisão expedida, que dê preferência no julgamento; se não houver, não. Apenas com tal providência, tenho certeza que se reduzirá enormemente o número de impetrações.

A.L. – O anteprojeto pretende desafogar as lotadas penitenciárias brasileiras. Para isso, o texto regulamenta as prisões preventivas e temporárias e aumenta o leque de medidas cautelares. A expectativa é que, entre prender e soltar, o juiz possa ter soluções intermediárias?

**E.P.O.** – Exatamente. A legislação atual amarra demasiada e perigosamente o juiz brasileiro. Ele não tem saída: ou solta ou mantém preso. Para além da necessidade de modificação do cenário penal brasileiro, com redução da pena privativa da liberdade, é possível diminuir a incidência da prisão no âmbito do próprio processo penal, evitando-se a custódia cautelar como primeira e mais eficaz medida de controle de qualidade do processo. Os ganhos serão de grande monta, certamente. Nesse ponto, estamos apenas nos alinhando com a prática do direito comparado, à exceção do direito

norte-americano, em que a prisão pode ser contabilizada como votos e como dólares.

A.L. – O senhor considera essa reforma motivo de comemoração, ela representa um avanço social? Que ganhos reais o novo código vai trazer para a sociedade?

**E.P.O.** – Que se trata de ganho, não resta a mais mínima dúvida. Pior do que está, não seria possível. No entanto, não se pode vender ouro aos tolos. Lei alguma transforma o mundo ou a sociedade, por si só. Leis penais, menos ainda. O que um processo penal pode fazer é garantir o devido processo para a apuração de responsabilidades, preservando-se os atributos da cidadania, na mais ampla dimensão dos direitos fundamentais. Pode também ser técnico, de modo a depurar os inconvenientes de qualquer tramitação processual. Na medida do possível, o PLS 156 realizou a contento essa missão. Só a diminuição de conflitos de competência, com o esclarecimento de determinadas questões, além da instituição de regras para a extinção do processo, com e sem resolução de mérito, já seriam um grande ganho. Há mais: fim da ação penal privada; extinção da punibilidade pela composição civil etc.

A.L. – Assim que for sancionado e passar a vigorar o novo Código de Processo Penal, será possível para o cidadão acreditar na eficácia da Lei?

**E.P.O.** – Diria que será possível acreditar que a nova legislação processual penal será muito superior à atual. O bom uso dela dependerá de vários outros fatores, fora do âmbito da simples normatização.





# THE HISTORY OF THE

## REIGN OF

### GEORGE THE THIRD

BY

JOHN BAKER

OF THE MIDDLE TEMPLE

ESQ.

IN TWO VOLUMES.

LONDON,

PRINTED BY R. BENTLEY, IN ST. MARTIN'S LANE.

MDCCLXXIII.

1773.

THE HISTORY OF THE

REIGN OF

GEORGE THE THIRD

BY

JOHN BAKER



# Reportagem

Especial sobre o *Prêmio Innovare* e as práticas que melhoram a Justiça no país

# João Gandini, um juiz por uma causa justa

*Ele ganhou o Prêmio Innovare, em 2009, com um projeto que pretende erradicar as favelas da cidade de Ribeirão Preto (SP). O juiz João Gandini acredita que o envolvimento nas questões sociais do município já é uma forma de valorizar a Justiça perante a comunidade.*

**Lorena Souza**  
Jornalista



Um juiz de Ribeirão Preto, no interior de São Paulo, acredita que para tornar a Justiça mais eficiente não basta apenas julgar processos. João Agnaldo Donizete Gandini foi além dos limites de seu gabinete e hoje é responsável por um projeto que busca dar condições de vida dignas aos moradores das favelas de sua cidade. O Projeto Moradia Legal rendeu ao magistrado, em 2009, o Prêmio Innovare, que reconhece a importância de práticas que melhoram o funcionamento da Justiça no país. A conquista deu visibilidade nacional a um trabalho desenvolvido pelo juiz e um grupo de pessoas da sociedade civil local, mas a preocupação com as populações em áreas de risco nasceu muito antes, tendo também o magistrado experimentado situações de extrema pobreza na infância.

João Gandini nasceu em uma cidadezinha chamada Adolfo, próxima de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, em 1956. Ali morou até os dez anos, quando se mudou, com a família, para Araçatuba, no mesmo

Estado, onde seu pai, analfabeto, foi trabalhar como servente de pedreiro, o mesmo ocorrendo com seus dois irmãos mais velhos. Enquanto sua irmã trabalhava como empregada doméstica, ele, ainda muito jovem, foi vender sorvetes, bananas, e recolher papelão, que era o que se reciclava na época.

As dificuldades foram inúmeras e a família, depois de alguns anos, se deslocou para a capital. “Meu pai foi ‘furar’ poço e eu fui trabalhar na feira, em banca de cereais, vender bilhetes de loteria, trabalhar como camelô. Morávamos, inicialmente, num porão; depois, nos mudamos para um cortiço. Sempre estudando, claro. Aos quatorze anos ingressei na economia formal, como empacotador em um supermercado”, relembra o magistrado. Depois de trabalhar em várias empresas, por fim, ingressou, quase ao mesmo tempo e por concurso, na Caixa Econômica Federal e na USP (Largo São Francisco), mesmo tendo estudado sempre em escolas públicas. Quando terminou o curso, prestou imediatamente o con-

curso de ingresso para a Magistratura e foi aprovado, iniciando a carreira como Juiz Substituto, em Piracicaba, em 6 de janeiro de 1984.

Quando assumiu a 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, em agosto de 2005, João Gandini encontrou um acervo de aproximadamente 35.000 processos, sendo cerca de 29.000 deles relativos a execuções fiscais. Muitas ações em andamento se referiam a ocupações irregulares (favelas). “Eu já tinha feito um trabalho semelhante ao que se denominou posteriormente Projeto Moradia Legal em Jaboticabal, onde fui juiz por quase sete anos. Lá, conseguimos eliminar a única favela que tínhamos. Os efeitos benéficos foram imediatos”, conta o juiz. Em Ribeirão Preto, Gandini procurou repetir a experiência, agora adaptada aos novos tempos e à realidade da cidade, uma quase metrópole. “Aglutinamos pessoas, universidades, clubes de serviço etc., e formamos cinco núcleos temáticos (jurídico, social, comunitário, financeiro e físico territorial). Também

criamos um Grupo Gestor, formado por um coordenador geral, um vice e pelos coordenadores dos cinco núcleos”, explica.

Coordenador geral do Projeto, Gandini conta que o grupo nasceu da sociedade civil organizada, pois, na época, o poder público local não tinha políticas de habitação popular. “Depois de darmos uma certa organicidade ao Projeto, procuramos o Prefeito, a Câmara e os Promotores de Justiça que tinham atuação na área de habitação e meio ambiente e falamos de nossas ideias”, relata o juiz, que sobrevoou a cidade toda e fotografou os 34 núcleos de favelas. Em seguida, foi desenvolvido um estudo social completo em todos os núcleos, em parceria com a Secretaria de Assistência Social, sendo publicado no Diário Oficial os quantitativos relativos a cada núcleo. As informações mais importantes também foram impressas em um outdoor, que foi posto na entrada de cada favela. “So-

mente recentemente a iniciativa privada, depois de muito diálogo, aderiu ao Projeto, assumindo a responsabilidade por um dos núcleos, com 44 famílias

(os empresários deram a área, a infraestrutura e construirão as 44 casas de alvenaria)”, revela Gandini. Ele conta que também está sendo iniciada uma campanha de doação de materiais de construção, em parceria com o setor



João Gandini (ao centro) e outros membros do Projeto Moradia Legal percorrendo a favela Monte Alegre.



O juiz sobrevoou a cidade e fotografou os 34 núcleos de favelas existentes em Ribeirão Preto.

privado, sobretudo construtoras e lojas especializadas.

Ao longo do processo, tudo é discutido com as comunidades. Segundo

Gandini, sempre são feitas reuniões, onde são discutidas as ideias e os projetos, ajustando ambos, sempre que possível, aos reclamos da população. Isso faz com que a comunidade participe e sinta-se co-autora dos projetos. Para o juiz, o “Moradia Legal” acaba com a noção de que as pessoas vão apenas “ganhar uma casinha”, como uma espécie de favor político ou proposta assistencialista. “Elas pagam pelas casas ou terrenos, pela luz, pela água etc. Sentem-se integrantes plenas da cidade. As pessoas passam a se interessar pela ampliação das casas, por ter eletrodomésticos mais modernos, por recolher adequadamente o lixo, por manter os filhos na escola e por inscrevê-los nos programas de saúde. Passam, enfim, a ter esperança. Tratamos os drogados, os alcoólatras, as prostitutas infantis e propiciamos cursos (pedreiro, electricista, encanador, pintor, padeiro, costureira etc.). Tudo com critérios previamente estabelecidos”, explica.

É premissa de todo o grupo envolvido no trabalho que ninguém discute política partidária e orientação religiosa dentro do Projeto, e que as pessoas

procurem ser o menos vaidosas possível. Isso levou à participação das diversas igrejas, das universidades, de clubes de serviço, da maçonaria e de vereadores de partidos diferentes. Essa postura também contribuiu para a continuidade do Projeto mesmo depois da mudança de chefe do Executivo e de metade da Câmara municipal nas últimas eleições. “Procuramos fazer com que todos ‘puxem a corda para um lado só’. E temos conseguido”, festeja o magistrado.

Dessa forma, o “Moradia Legal” já conseguiu reurbanizar uma das favelas, com 420 famílias, levando a ela água encanada, esgoto, asfalto, guias etc. A concessionária de energia elétrica local comprou a ideia e deu a todas as famílias o poste e o relógio de luz, a fiação, lâmpadas econômicas e um chuveiro e uma geladeira novos. “Construímos um núcleo de 102 casas e outro de 29 unidades; estamos construindo mais 692 moradias para atender as famílias da região do aeroporto e mais 384 apartamentos destinados às famílias da favela das Mangueiras. Já com a ajuda da iniciativa privada construiremos 44 casas para atender as famílias que moram (muitas delas há cinquenta anos) na favela Faiane”, enumera. Além disso, há projetos do “Minha Casa Minha Vida”, do Governo Federal, para mais cerca de 2.000 moradias, destinadas a famílias que têm renda per capita de zero a três salários mínimos e outro tanto para famílias cuja renda vai de três a dez salários mínimos.

Quando perguntado sobre a meta final do Projeto Moradia Legal, Gandini é categórico: “vamos erradicar completamente as favelas de Ribeirão Preto, que são (eram) 34 e onde moram (moravam) aproximadamente 20.000 pessoas, resgatando, nelas, noções de dignidade humana e cidadania”. Numa ação preventiva, o Projeto também pretende ocupar todas as áreas passíveis de ocupação irregu-

lar, sobretudo com projetos de meio ambiente.

Quem pensa que o trabalho de coordenação do “Moradia Legal” ocupa todo o tempo do magistrado se engana. Gandini é envolvido com o Direito em inúmeras vertentes. Além de sua Vara, o juiz é membro do Juizado de Pequenas Causas e do Colegiado Recursal; é professor de graduação, pós-graduação e cursos preparatórios (OAB, Magistratura, Ministério Público); coordena os cursos de pós-graduação em Direito da Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP); é Diretor de Interiorização da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), e pertence à Associação Brasileira de Magistrados Espíritas. Como cidadão engajado, Gandini também participa da ONG Ribeirão Preto pela Paz; coordena um grupo de estudo dos problemas nacionais e locais (Grupo Agora); dá palestras espíritas; coordena um grupo que busca formas eficientes de fornecimento de medicamentos à população carente com menor custo e outro que recentemente zerou o déficit de transporte de cadeirantes na cidade de Ribeirão Preto, além de desenvolver um sistema de arrecadação de tributos

Favela Monte Alegre antes da intervenção. Abaixo, início e conclusão da construção de conjunto com 102 unidades.





que proporcionou a duplicação do orçamento do município nos últimos quatro anos. Como se não bastasse, o magistrado ainda se dedica à publicação de livros técnicos e escreve poemas nas horas vagas. “Quando dá, durmo, pesco, ando de motocicleta e oro para dar conta de tudo isso”, brinca Gandini.

O reconhecimento por todo esse trabalho veio em 2009, quando o Projeto Moradia Legal recebeu o Prêmio Innovare. Ano da sexta edição da premiação e quando esta iniciava uma nova fase. Com a criação do Instituto Innovare e com a parceria com a Associação Nacional dos Procuradores da República e com as Organizações Globo, foram recebidas 505 práticas sobre o tema Justiça Rápida e Eficaz. Um recorde absoluto na história do Prêmio Innovare, que foi alcançado a partir da maior divulgação do tema e do período de inscrições e com o engajamento dos membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia. O Instituto Innovare realizou, ainda, um convênio com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para

disseminar as boas práticas identificadas por todas as edições do Prêmio Innovare.

Movido pela crença de que o envolvimento, por si só, de magistrados, nas questões sociais do município já é uma forma de valorizar a Justiça perante a comunidade, Gandini acha que o nível desse envolvimento, por outro lado, alimenta a confiança da população na Justiça e desmistifica a ideia de que na favela “só há bandido”. “Ao contrário, mostra que na favela há seres humanos que não têm, muitas vezes, o mínimo para a sobrevivência e que, no entanto, trabalham e lutam como os demais brasileiros. As mudanças sociais que o Projeto Moradia Legal propõe e empreende transformam o favelado em cidadão, tentando fazê-lo menos pobre e mais esperançoso”, sentencia Gandini.

Para o juiz, “a comunidade em geral aprova e reverencia a atitude de magistrados que deixam suas togas e seu isolamento e vão ao encontro das pessoas de carne e osso; magistrados que percebem que os processos não são apenas números, mas o relato de dramas humanos; de magistrados que procuram, sempre, servir ao próximo, pondo-se próximos dele; de magistrados que anseiam por mudanças, mas não ficam esperando que outrem as façam”.

Para as novas gerações de juízes em formação, o ganhador do Prêmio Innovare 2009 manda uma mensagem: “Trabalhem arduamente, procurem sentir as dificuldades que as pessoas enfrentam, colocando-se, mentalmente, no lugar delas e sirvam ao próximo com todas as suas forças. Lembrem-se de que a Justiça não é apenas uma instituição, mas um valor sagrado, a ser defendido sempre. Lembrem-se de que apenas estão juízes e que o poder é transitório e que dele se pedirão contas. Desejo que, como eu, sejam muito felizes na profissão que abraçaram e que façam dela o mais nobre dos ofícios”.







# Artigos



Adriana Accioly Massal

Roberto Portugal Bacellar

A interface da prevenção ao uso de drogas e o Poder Judiciário,  
em uma perspectiva de sustentabilidade

#### Resumo

O uso de drogas pode ser considerado uma epidemia mundial e certamente preocupa os mais variados sistemas sociais. No que se refere ao Poder Judiciário, uma nova visão está sendo construída com relação ao usuário de drogas ilícitas. A privação de liberdade não é, certamente, a melhor opção para a reintegração social. A justiça tradicional, que atua de forma retributiva, tratava do uso de drogas ilícitas com penalização e privação de liberdade. Novas perspectivas, neste campo sócio-jurídico, começam a surgir juntamente com um novo paradigma de justiça restaurativa, principalmente no âmbito dos Juizados Especiais. No referencial teórico há uma breve discussão das aplicações destas medidas judiciais relacionando-as às políticas sobre drogas e a experiência dos Juizados Especiais Criminais de Curitiba, com programas preventivos, de caráter sócio-educativo, em uma perspectiva de justiça restaurativa. Esta proposta preventiva utiliza-se da rede social e da participação da comunidade para sua efetividade, objetivando maior qualidade de vida para população e principalmente, a pacificação social, contribuindo assim, com o desenvolvimento sustentável local.

#### Palavras-chave

Prevenção do uso de drogas. Justiça restaurativa. Políticas sócio-jurídicas. Sustentabilidade.

#### Abstract

The use of drugs may be considered a global enemy and it certainly worries the most varied social systems. In respect to the Judiciary Power a new view is being built to deal with the user of illicit drugs. The deprivation of freedom is certainly not the best alternative for social reintegration. Traditional social justice which acts in a compensation basis used to treat the illicit drug usage with penalties and freedom deprivation. New perspectives in the socio-judicial field start to flourish together with a new paradigm of reinstatement justice, mainly in the sphere of the Small Claims Court. The theoretical references cover a brief discussion of the application of such judicial measures relating them to the policies on the drug issue and the experience of the Small Criminal Claims Court in Curitiba, with its social educational preventive programs, in a reinstatement justice perspective. This preventive proposal relies on the social network and the participation of the community for its effectiveness aiming at a better life quality for the population and mainly at the social peace fostering sustainable local development.

#### Key words

Drug use prevention. Reinstatement justice. Socio-judicial policies. Sustainability.

# A interface da prevenção ao uso de drogas e o Poder Judiciário, em uma perspectiva de sustentabilidade

The interface of drug usage prevention and the judiciary power, through a perspective of sustainability

Adriana Accioly Massal\*  
Roberto Portugal Bacellar\*\*

\* Assistente Social, Mestre em Organizações e Desenvolvimento, Acadêmica de Direito pela FESP-PR, Especialista em Dependências Químicas e em Terapia Familiar. ago@tjpr.jus.br

\*\* Juiz de Direito Substituto de 2.º Grau, MBA em Gestão Empresarial e Mestre em Direito Econômico Social. Professor de Direito da PUC-PR. rob@tjpr.jus.br

## Introdução

O consumo de drogas é, sem dúvida, um fenômeno de preocupação sócio-política e de saúde pública que afeta os mais variados sistemas sociais, como a família, as escolas, a polícia e o governo.

O antigo modelo doença/jurídico utilizado para o enfrentamento do uso de drogas ilícitas no Brasil não reduziu o número de usuários, ao contrário, houve um aumento significativo. Novos modelos foram estudados e, em 2005, foi atualizada a Política Nacional Sobre Uso de Drogas no Brasil, com uma postura mais descentralizadora e fundamentada no princípio da responsabilidade compartilhada para o enfrentamento dessa questão. A partir dessa recontextualização, várias práticas foram aparecendo e, no âmbito do Judiciário Paranaense, uma proposta de alternativa penal, de cunho sócio-educativo, respaldada em um novo paradigma restaurativo e não mais punitivo, foi adotada, visando prevenir o uso de drogas, como forma de precaver as consequências sociais relacionadas a esse uso, e favorecendo o desenvolvimento de uma sociedade mais saudável.

No decorrer desse artigo procurar-se-á demonstrar, por meio da descrição de ações já realizadas nos Juizados Especiais Criminais de Curitiba/PR, os benefícios das práticas

sócio-jurídicas restaurativas, em contraposição àquelas retributivas, concernentes ao uso de drogas ilícitas e, ainda, suas contribuições para o desenvolvimento sustentável do país.

## A Justiça Brasileira

A necessidade de uma justiça mais próxima das demandas sociais é, atualmente, uma questão central na proposta de uma democracia participativa. A estrutura jurídica formal, por si só, não atende aos reclames da sociedade, apesar de possuímos mecanismos legais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição da República, que buscam garantir direitos fundamentais.

O conceito de Estado Democrático de Direito Social pode ser entendido como uma estrutura jurídica e política e como uma organização social e popular, em que os direitos sociais seriam tratados como direitos fundamentais.

Exige-se hoje uma tutela jurídica justa, efetiva e eficaz e, ainda assim, em tempo razoável (célere). A morosidade do Poder Judiciário nas resoluções de lides implica a vulnerabilidade de sua legitimidade, abalando a confiança e a expectativa da sociedade em recorrer a um órgão oficial de soluções de conflitos. A Lei n.º 9.307/97, ao instituir a arbitragem, faculta a solução extrajudicial dos conflitos.

Se, por um lado, a arbitragem é estimulada como método extrajudicial de resoluções de controvérsias, por outro, existe a preocupação de buscar outros mecanismos para a superação de conflitos, nem sempre lícitos. São muitos os exemplos de “anomia formal” em agrupamentos sociais – que se tem denominado de Estado Paralelo ou Estado Transversal.

No que concerne às políticas criminais atuais, como formas de controle social do Estado, elas ainda se encontram presas ao paradigma retributivo, cerceado dos conceitos de punibilidade, com privação de liberdade, resultando na ineficiência da construção de um “indivíduo-cidadão”, considerando as limitações do acesso às políticas sociais e a própria seletividade das políticas penais.

A tendência à exclusão dos aspectos relacionados ao fenômeno da criminalidade, enfrentados pela sociedade, por meio da privação de liberdade, mesmo tendo-se conhecimento da ineficiência do sistema penitenciário, faz emergir a necessidade da construção de políticas públicas mais efetivas nesta área.

Ao invés de punir o criminoso, a ideia de reparar ou amenizar os danos gerados pelo crime já vem sendo construída por meio da justiça restaurativa.

A justiça restaurativa pode ser entendida como um novo paradigma que busca restaurar relações conflituosas, por meio do consenso e com a participação da comunidade, amparado por uma rede social, que participa ativamente na construção de resoluções de conflitos, buscando a cura das feridas sociais, dos traumas e das perdas causados pelo crime.

As redes sociais representam pessoas que se reúnem periodicamente para discutir e propor soluções para os problemas que afetam sua região, conscientes de que são elas próprias os atores principais do seu desenvolvimento.

Para Pedro Scuro Neto et al (2006, v. 1), o modo de fazer justiça, em uma perspectiva restaurativa, consiste em dar uma resposta às infrações e às suas consequências, contando com a participação de todos os envolvidos, inclusive a comunidade, na resolução dos conflitos. As práticas de justiça com o objetivo restaurativo identificam os males infligidos e influem na reparação dos danos, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes. A ideia é restaurar os relacionamentos ao invés de concentrar-se na determinação de culpa.

A justiça restaurativa representa, também, um modelo para se alcançar a democracia participativa, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade participam do processo decisório, na busca construtiva de resoluções de conflitos, objetivando a pacificação social.

Esse processo que procura resolver o problema de fundo do conflito de forma cooperativa e integrada, em forma de rede social, ampliando as possibilidades de se construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito Social, desmonopoliza o papel do Estado que por enquanto atua somente de forma retributiva, retribuindo o mal pelo mal.

Esse novo paradigma talvez consiga restabelecer a aproximação entre o direito e a sociedade, que vivem, atualmente, o risco de uma possível separação, por ser o direito uma dimensão muito distante da população (GROSSI, 2006).

## Prevenção do uso de drogas no âmbito judicial

A Política Nacional sobre Drogas (PNAD), atualizada e aprovada por resolução em 27 de outubro de 2005, tem o propósito de construir uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas.

A PNAD está fundamentada no princípio da responsabilidade compartilhada, concentrando esforços dos mais diversos segmentos sociais e governamentais em prol da efetividade de ações que venham reduzir a oferta e o consumo de drogas.

O Realinhamento da Política Nacional Antidrogas deu-se no sentido de facilitar a participação popular e atualizar a anterior Política Nacional Antidrogas, em caráter democrático e participativo, visando à sustentabilidade de suas ações.

As metas da PNAD consistem na interação entre governo e sociedade, na promoção da saúde, no respeito aos direitos humanos e na inclusão social, como fatores fundamentais para a construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas, sendo, também, em uma dimensão ampliada, uma proposta de desenvolvimento socialmente sustentável.

O empenho atual das instituições sociais e governamentais ainda não está voltado em ações profiláticas, mas sim, imediatistas, frente à problemática social. A questão que isso aponta é que tais propostas não levam à construção de uma rede conecta de medidas protetoras à sociedade, perpetu-

ando os problemas sociais e reforçando as ações paliativas e pontuais, que não atacam o problema na sua essência.

No que concerne, principalmente, à prevenção do uso de drogas, ainda opera a ineficiência da efetiva aplicação das políticas públicas voltadas para a infância e para a adolescência – saúde, educação e assistência social –, o que resulta sem dúvida no aumento de sistemas ilícitos, como o narcotráfico, e na crescente onda de violência que consterna o país.

Com o advento da Lei n.º 11.343 sancionada em 23 de agosto de 2006, o usuário de substâncias entorpecentes ilícitas não mais será privado de liberdade e, sim, submetido a medidas preventivas de caráter sócio-educativo, sendo esta proposta consonante com a PNAD, fomentando a necessidade da conexão entre Judiciário, Executivo e demais segmentos sociais.

A nova Lei sobre drogas (n.º 11.343/06) separou de maneira elogiável o uso para consumo pessoal (usuário) do traficante. Ao usuário – justiça restaurativa – e ao traficante – justiça retributiva –, com agravamento de penas e eliminação de benefícios.

Os Juizados Especiais estão lidando com uma nova realidade e, diferindo da justiça tradicional, que penaliza atos ilícitos, a Lei dos Juizados Especiais é despenalizadora, pois adota medidas alternativas às penas, que devem ter o cunho sócio-educativo visando à pacificação dos conflitos e à prevenção da reincidência.

## Fatores sociais do uso de drogas no Brasil

A cultura do consumo e do hedonismo aumenta o vazio e leva os indivíduos a não encontrar um sentido mais amplo para a própria existência, fato que pode ser exemplificado pelo caráter efêmero em que se encontram as relações e pelos apelos publicitários de satisfação imediata dos desejos, já que não há necessidade de esperar para conquistar a felicidade o que, em síntese, se tornou sinônimo de acúmulo de bens e prazeres momentâneos.

Promete a droga um alívio para este desconforto da modernidade, porém este alívio é temporário, e, além disto, embota a capacidade do indivíduo de caminhar em busca da própria maturidade. Quanto mais se busca este prazer imediato, efêmero, maior dificuldade terá o indivíduo de avaliar a própria realidade.

Segundo Maluf et al (2002, p.17), os determinantes sociais contribuem para o uso de drogas, porém os fatores são múltiplos e podemos caracterizar a dependência química como uma doença multideterminada. No tocante aos determinantes sociais, “as pessoas recorrem às drogas porque a organização social atual não está sendo capaz de atender suas necessidades”.

Os seres humanos construíram as instituições sociais com a finalidade de satisfazer suas necessidades em prol da própria existência e “diminuir sua dependência em relação aos fenômenos fortuitos que se produzem ao seu redor” (DELVAL, 2001, p. 16).

As mudanças sociais acarretam um desequilíbrio nas instituições, pois o aumento da complexidade das relações humanas e a construção de novos esquemas comportamentais fazem emergir modificações na atuação das instituições sociais, ou seja, geram um processo de desenvolvimento à adaptabilidade de novos modelos (DELVAL, 2001).

Os programas de prevenção do uso de drogas já estão sendo adotados em algumas escolas brasileiras, porém ainda em proporções pequenas. O investimento em trabalhos profiláticos é relevante no sentido de preparar a sociedade para o enfrentamento dos problemas advindos do uso de drogas. A capacitação de professores e o envolvimento da escola é uma proposta que pode minimizar os fatores de risco ao uso de drogas, ou seja, aqueles fatores que podem aumentar a probabilidade do uso.

Sabe-se que a evasão escolar é significativa no contexto brasileiro e segundo um levantamento domiciliar realizado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) em 2001 pôde ser observado que no Brasil o número de entrevistados analfabetos e os que têm o primeiro grau incompleto atingem pelo menos um terço da amostra pesquisada.

Ampliar o espaço da educação para além da sala de aula pode possibilitar uma construção de esquemas protetores à sociedade, incluindo a todos até mesmo os excluídos socialmente. Sendo assim, o investimento na educação preventiva torna-se fundamental e, segundo Maluf (2002), é necessário criar “condições que permitam o desenvolvimento da autoestima, valorizando um sujeito crítico, ativo e construtor de sua vida e suas relações”.

## A prevenção do uso de drogas

Investir na prevenção ao uso de drogas é investir na educação para a vida, ou seja, é ensinar o indivíduo a conviver com drogas lícitas e ilícitas com condições de optar por uma vida mais saudável e lúcida e como afirma Maluf (2002, p.19), prevenir é “todo e qualquer ato que tem como objetivo chegar antes que determinado fato aconteça, ou seja, precaver”.

A prevenção ao uso de drogas pode ser direcionada a qualquer indivíduo, desde a mais tenra idade, e os programas de prevenção podem ser aplicados em escolas, universidades, empresas, na comunidade, na família, enfim, nas mais diversas instituições sociais (MALUF, 2002).

Distingue-se a prevenção do uso de drogas em três níveis: a prevenção primária, que tem por objetivo retardar ou evitar que o indivíduo experimente o uso de drogas; a prevenção secundária, que é realizada em indivíduos que já fazem uso de qualquer droga e tem por finalidade evitar que esse uso se torne nocivo; a prevenção terciária, que corresponde ao tratamento do uso nocivo ou da dependência e prioriza ações voltadas para a manutenção da abstinência (NICASTRI, 2001).

A relação entre o indivíduo e as drogas pode ser classificada em uso, abuso e dependência. Essa classificação leva em consideração a maneira de utilização das drogas que também pode ser definida mais detalhadamente:

Experimentação: uso ocasional, para satisfazer a curiosidade ou integrar-se a um grupo; uso: consumo moderado que não expõe o indivíduo ou o grupo a situações de risco para a sua saúde física ou psicológica e do qual não advém problema social; abuso: situação em que o consumo causa danos à saúde física, psíquica ou social do indivíduo ou o expõe a riscos; dependência: uso compulsivo, priorização do seu consumo em detrimento dos danos que causa e de outros interesses pessoais, sociais ou profissionais (MALUF, 2002, p. 23-24).

A dependência resulta de uma série de fatores psicológicos, hereditários, familiares e sociais, e expõe o indivíduo ao preconceito e à rejeição, destruindo sua auto-estima e tolhendo suas oportunidades, uma vez que a sociedade encara o uso de drogas como algo condenável e que deve ser punido.

Apesar dos problemas clínicos relacionados ao uso de drogas, o indivíduo, muitas vezes, mantém esse consumo, fato que pode evidenciar um conjunto de sintomas disfuncionais cognitivos, comportamentais e fisiológicos e/ou estágio de dependência química propriamente dita (LEITE, 2001).

As escolas têm priorizado o trabalho preventivo ao uso de drogas, voltado à prevenção primária. Já os hospitais e instituições de saúde, que atendem à saúde mental, preconizam a prevenção terciária. E, enfim, ainda há poucos investimentos na prevenção secundária, que, no entanto, são de grande importância profilática no âmbito social e da saúde pública.

A educação preventiva pode facilitar a socialização, ou seja, possibilita a ampliação da rede social do indivíduo, ampliando dessa forma a complexidade do processo de desenvolvimento interpessoal, o que, segundo Vigotski (1998), auxilia no desenvolvimento cognitivo, pois a ação transformadora do processo intrapessoal se dá através do desenvolvimento do relacionamento interpessoal.

Os modelos de prevenção também são variados e têm como propósito atingir a população para o não uso de drogas, atuando de diversas formas, como, por exemplo: pelo medo, quando se enfatizam aspectos negativos do uso de drogas; pela informação somente; por regras rígidas que proíbem o uso de drogas e punem aqueles que burlam estas regras; por propostas alternativas voltadas para a saúde através de atividades que dão prazer, como exercício físico e alimentação saudável. Porém, o modelo mais efetivo de prevenção é o da educação afetiva que enfatiza o desenvolvimento inter e intrapessoal, a autonomia, a ampliação da rede social, sendo que as drogas são mais um assunto a tratar (MALUF, 2002).

Segundo Becker (2003), é somente nas relações interpessoais que o indivíduo desenvolve a autonomia, por um processo de diferenciação. Para tanto, a ampliação da rede social, principalmente quando se trata de usuários de substâncias psicoativas, é fundamental, para garantir a construção de uma rede de relações mais saudáveis e conseqüentemente seu desenvolvimento pleno.

## A prevenção de uso de drogas em uma proposta de sustentabilidade

Conquistar e manter o desenvolvimento sustentável significa construir sociedades que satisfaçam suas aspirações e necessidades no presente, sem diminuir as chances de iguais privilégios para as gerações futuras.

Os princípios que tornam o desenvolvimento sustentável aplicável, segundo Silva (2006), são: a interdependência, a reciclagem, a parceria, a flexibilidade e a diversidade.

O desenvolvimento sustentável se resume como o processo político, participativo que integra a sustentabilidade econômica, ambiental, espacial, social e cultural, sejam elas coletivas ou individuais, tendo em vista o alcance da manutenção da qualidade de vida, seja nos momentos de disponibilização de recursos, seja nos períodos de escassez, tendo como perspectivas a cooperação e a solidariedade entre os povos e as gerações.

A prevenção do uso de drogas é uma ação que contribui para a sustentabilidade do país, pois atua na construção do autodesenvolvimento e da autoconfiança, construindo novas práticas e valores individuais, grupais e coletivos.

O trabalho profilático criado e, atualmente, realizado no Juizado Especial Criminal de Curitiba é inédito e difere positivamente do realizado pela justiça tradicional (eminentemente retributivo), pois busca integrar o usuário a um programa sócio-educativo cooperativo que lhe possibilita a autonomia de optar pela melhor forma de se abster das drogas, objetivando a pacificação social (eminentemente restaurativo).

O trabalho preventivo realizado no âmbito do Judiciário utiliza-se da rede social para sua efetividade, envolvendo a comunidade em um processo participativo, buscando a redução e prevenção do uso de drogas e proporcionando melhor qualidade de vida para a população e principalmente, consolidando a pacificação social.

Políticas de prevenção do uso de drogas atendem também aos objetivos do milênio, pois na prevenção o ponto central é a melhoria da qualidade de vida, intensificando ações que proporcionem a otimização dos fatores de proteção ao uso de drogas, como trabalho, educação, espaços livres de cultura e lazer e principalmente a baixa disponibilidade de psicoativos.

Investir em prevenção é reduzir o número de usuários de drogas e conseqüentemente a oferta do produto, prevenindo as conseqüências sociais e tornando a sociedade mais saudável.

## Os Juizados especiais criminais de Curitiba e o trabalho de prevenção ao uso de drogas

Em 2005, ainda antes da nova lei sobre drogas, buscou-se identificar o perfil do usuário dos Juizados Especiais Criminais de Curitiba/PR, quando da aplicação da medida despenalizadora da transação penal. O uso de drogas foi a infração que apresentou o maior índice percentual de transacionados. Verificou-se, também, que mais de setenta por cento dos casos de reincidência envolvia o uso de substâncias psicoativas ilícitas.

Posteriormente, foi realizado um levantamento, por meio de questionários, da população em cumprimento de medidas alternativas por uso de drogas. Pode-se observar que a faixa etária destes usuários era de 18 a 25 anos e que grande parte deles estavam desempregados e, ainda, com um alto índice de evasão escolar.

Constatou-se que a droga ilícita mais utilizada entre esta população era a maconha, seguida do crack. Essa realidade é condizente com o V Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre estudantes de ensino fundamental e médio da rede pública de ensino nas 27 capitais brasileiras, realizado pelo CEBRID, que verificou na região Sul as drogas ilícitas mais utilizadas pelos estudantes, excetuando-se álcool e tabaco, foram: a maconha e a cocaína.

Verificou-se, ainda, um alto índice de descumprimento das alternativas penais acordadas na transação penal, que até então, era em sua maioria a prestação de serviços comunitários junto a instituições filantrópicas.

Nas prestações pecuniárias pôde-se observar que quando cumprida alternativa penal proposta, comumente era paga por algum familiar do transacionado. Em análise, verificou-se que esse procedimento revelava a co-dependência do sistema familiar.

A co-dependência abrange todas aquelas pessoas que se envolvem em uma relação dependente e que tem como característica principal a extrema "ajuda" ao outro, sem ajudar-se, tomando para si uma responsabilidade que não é sua (FORWARD; BUCK, 1990).

Constatou-se a partir daí, que a ausência de um trabalho específico para usuários e dependentes de drogas possibilitava a inadequabilidade das medidas alternativas propostas em audiência.

Essa inadequabilidade foi resultado da aplicação dos mesmos modelos de alternativas penais para todas as infrações, ressaltando que no caso do uso de drogas devem-se considerar os padrões interacionais que são estabelecidos na busca de substâncias psicoativas. Caracteriza-se o dependente como

um indivíduo que se encontra diante de uma realidade objetiva ou subjetiva insuportável, realidade essa que não consegue modificar e da qual não pode se esquivar, restando-lhe como única alternativa à alteração da percepção dessa realidade. (SILVEIRA FILHO; GORGULHO, 1996, p.7).

Destaca-se ainda, que a dependência química resulta de uma série de fatores psicológicos, hereditários, familiares e sociais e expõe o indivíduo ao preconceito e à rejeição, destruindo sua auto-estima e tolhendo suas oportunidades, uma vez que a sociedade encara o uso de drogas como algo que deve ser punido e condenável (COTRIM, 1998).

Foi criado então, em outubro de 2005, nos Juizados Especiais Criminais de Curitiba/PR, o programa de atenção sócio-jurídica às pessoas envolvidas com uso de substâncias psicoativas, com o objetivo de prevenir a manutenção do uso de drogas e não penalizar o indivíduo, pelo uso.

A abordagem adotada para este programa foi a do acolhimento inicial dessa população, utilizando-se da entrevista motivacional, baseando-se no princípio de que uma pessoa está sofrendo, deseja alívio, e espera poder contar com a outra pessoa para ajudá-la.

Com a vinculação da pessoa no programa, as ações adotadas foram:

- **Ampliar a rede social do indivíduo que faz uso de drogas;**
- **Possibilitar a identificação de seu padrão uso de drogas,** através de avaliações individuais e grupais;
- **Possibilitar a vivência em grupos que visem à obtenção de prazer através de comportamentos saudáveis;**
- **Oferecer suporte social para o pleno exercício da cidadania,** através da garantia dos seus direitos sociais;
- **Promover ações político-sociais voltadas para o enfrentamento do uso de substâncias psicoativas.**

Porém, para a adequação de alternativas penais voltadas aos usuários de substâncias psicoativas e como forma de resolver o “problema de fundo” no qual o usuário se encontra, foi criada a Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas, como alternativa penal de caráter sócioeducativo, condizente a realidade e necessidades por eles apresentadas.

A Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas realizada no Juizado Especial Criminal da Comarca de Curitiba tem duração de 13 horas, com cinco encontros que acontecem semanalmente. Fazem parte da Oficina uma equipe multidisciplinar voluntária, composta por médicos, psicólogos, sociólogos, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais, especialistas em dependências químicas.

A linha metodológica adotada para o atendimento a usuários de drogas é a sistêmicoconstrutivista, visando um entendimento mais amplo dos fatores de risco ao uso de drogas e promovendo a sua inclusão a fatores de proteção, como família, estudo, atividades de lazer/esporte e profissionalização. Na mediação, como método autocompositivo, buscou-se ferramentas que auxiliam no empoderamento, ou seja, é ele o usuário quem tem o poder de decisão sobre o seu comportamento.

A Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas estimula também a autocrítica e possibilita a construção e ampliação da rede social pessoal de cada participante, através de dinâmicas e montagens.

O universo relacional do indivíduo compreende todo o contexto no qual ele está inserido. As redes sociais pessoais referem-se à soma de todas as relações que ele percebe como significativas, contribuindo para a construção de sua auto-imagem, e desempenhando um papel fundamental na construção da sua identidade (SLUZKI, 1997).

As necessidades apresentadas nas Oficinas estão diretamente correlacionadas a dificuldade de acesso a recursos da comunidade, principalmente àqueles ligados a saúde, assistência social e educação.

A ênfase neste programa é trabalhar com o indivíduo sob o prisma biopsicossocial e espiritual, linha que já vem sendo adotada cientificamente na área da dependência química.

Além disso, o enfoque do trabalho profilático, realizado nas Oficinas com os usuários de substâncias psicoativas, está classificado no nível secundário de prevenção.

É realizada constantemente a integração das redes de tratamento a dependência química da Comarca de Curitiba e Região Metropolitana junto ao Juizado Especial Criminal, para a adequada prevenção terciária, quando verificada a necessidade de tratamento. Concomitantemente, a construção de uma rede social mais ampla, em que os participantes são pessoas e organizações envolvidas e motivadas pela prevenção, como um caminho para o desenvolvimento de uma sociedade mais saudável.

## Conclusões

A pretensão desse artigo era demonstrar a eminente necessidade de novos paradigmas sócio-jurídicos para o enfrentamento e realinhamento das políticas criminais concernentes ao uso de drogas, haja vista as consequências desse fenômeno no contexto social.

Apresentou como exemplo, o modelo de justiça aplicada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais de Curitiba, que se utilizando de uma proposta preventiva, de caráter sócio-educativo, transforma a justiça criminal em um grande “hospital de relações humanas”, com o intuito de promover, de forma descentralizadora e por meio de redes cooperativas, a pacificação social, propiciando ao jurisdicionado autonomia e a restauração de suas relações sociais conflituosas ao invés da perda da liberdade.

Demonstrou ainda, que as diretrizes políticas sobre drogas no Brasil fundamentam-se na responsabilidade compartilhada, ou seja, na construção de redes cooperativas voltadas à redução da oferta e do consumo de drogas, porém, na prática percebe-se a falta da integração de outras políticas que envolvem também esta temática.

A integração e ampliação de redes sociais voltadas à prevenção possibilitam a troca de experiências que funcionam e a construção de novos modelos que possam contribuir para uma maior qualidade de vida da população.

Investir em prevenção é reduzir o número de usuários de drogas e conseqüentemente a oferta do produto, prevenindo as conseqüências sociais e construindo uma sociedade sustentavelmente mais saudável, por meio da educação promotora do autodesenvolvimento e da auto-confiança.

## Referências

- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. 286 p.
- BEATTIE, Melody. **Co-dependência nunca mais**: pare de cuidar dos outros e cuide de você mesmo. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- BECKER, Fernando. **A origem do conhecimento e a aprendizagem escolar**. Porto Alegre: Artmed, 2003. 116 p.
- \_\_\_\_\_. Percursos piagetianos. **Educação & Sociedade**, v. 19, n. 62, abr. 1998. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73301998000100012&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73301998000100012&script=sci_arttext&tlng=pt) >. Acesso em: 08 setembro 2005.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 1050 p.
- COTRIM, Beatriz Carlini. **Drogas**: mitos e verdades. 3. ed. São Paulo: Ática, 1998.
- DELVAL, Juan. **Aprender na vida e aprender na escola**. Porto Alegre: Artmed, 2001. 118 p.
- EDWARDS, Griffith; DARE, Christopher. **Psicoterapia e tratamento de adições**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. 247 p.
- FORWARD, Susan; BUCK, Craig. **Pais tóxicos**: como superar a interferência sufocante e recuperar a liberdade de viver. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1990. 324 p.
- GALDURÓZ, J.C.F.; NOTO, A.R.; FONSECA, A.M.; CARLINI, E.A. - **V levantamento nacional sobre o consumo de drogas psicotrópicas entre estudantes do ensino fundamental e médio da rede pública de ensino nas 27 capitais brasileiras** - 2004. São Paulo: CEBRID; 2005.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 200 p.
- LEITE, Marcos da Costa et al. **Dependência química**: novos modelos de tratamento. São Paulo: Roca, 2001. 184 p.
- MALUF, Daniela Pinotti et al. **Drogas**: prevenção e tratamento: o que você queria saber e não tinha a quem perguntar. São Paulo: CLA Cultural, 2002. 95 p.
- MORIN, Edgar. Epistemologia da complexidade. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. 294 p., p. 274-289.
- NICASTRI, Sergio; RAMOS, Sergio de Paula. Prevenção do uso de drogas. **J. Bras. Dep. Química**, v.2, supl.1, p.25-29, 2001.
- ORFORD, Jim. Em busca de uma síntese no estudo da natureza da dependência de drogas: enfrentando as complexidades. In: EDWARDS, Griffith; LADER, Malcolm (Org.). **A natureza da dependência de drogas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.
- REZENDE, Manuel Morgado. **Curto-circuito familiar e drogas**: análise das relações familiares e suas implicações na farmacodependência. Taubaté: Cabral, 1997. 128 p.
- SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. 152 p.

SCURO, Pedro et al. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. v.1, p. 543-567.

SILVA, Christian Luiz da (Org.). **Desenvolvimento sustentável**: um modelo analítico integrado e adaptativo. Petrópolis: Vozes, 2006. 176 p.

\_\_\_\_\_; MENDES, Judas Tadeu Grassi (Org.). **Reflexões sobre o desenvolvimento sustentável**: agentes e interações sob a ótica multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2005. 196 p.

SILVEIRA FILHO, Dartiu Xavier da; GORGULHO, Mônica. **Dependência**: compreensão e assistência às toxicomanias: uma experiência do PROAD. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996.

SLUZKI, Carlos E. **A rede social na prática sistêmica**: alternativas terapêuticas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

VYGOTSKY, Lev Semenovich. **A formação social da mente**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 191 p.





Ana Maria Barata  
Acumulação de cargos públicos

### Resumo

O presente artigo objetiva traçar algumas considerações jurídicas sobre a acumulação de cargos, empregos e/ou funções, visando ao debate sobre alguns pontos polêmicos sobre a matéria. À primeira vista, o tema aparenta não comportar grandes digressões jurídicas quando se parte para a leitura simplificada das regras constitucionais sobre o assunto. Porém, quando, diante do caso concreto, deparamo-nos com hipóteses geradoras de conflitos entre o servidor e a administração pública, alguns pontos passam a merecer cuidadoso estudo, para a pacificação ou para a descoberta de quantas dificuldades o tema pode provocar. Dessa forma, a proposta é encontrar subsídios para algumas questões provocativas, visando à reflexão sobre tema importante que poderá gerar aos servidores públicos que incidam nessa figura graves problemas de permanência nos cargos públicos. A proposta está longe de esgotar o assunto que, a cada dia, diante da casuística, vem acumulando problemas, apontando para dificuldades de soluções.

### Palavras-chave

Acumulação. Cargo técnico e científico. Profissionais de saúde. Professor. Remuneração. Interpretação restritiva. Processo sumário. Demissão.

### Abstract

The present paper aims at providing some juridical analysis on the practice of overlapping positions, jobs and or functions, with the purpose of promoting debates over some controversial topics on this issue. At first sight, the topic seems not to convey relevant judicial digressions as you head for a simplified reading of the constitutional dispositions on the topic. However, when we come over the concrete cases and face some hypothesis, which generate conflicts between the government clerk and the public administration, some aspects start to elicit careful study in order to reach either a dispute resolution or to re discover the amount of difficulties the topic is able to encompass. This way, the proposal is to find support for some intriguing questions by promoting critical thinking over such an important topic which might seriously affect government clerks who fall on this illegal practice causing difficulties for themselves to remain in their public jobs. We are aware that this proposal is still far from performing a thorough scan of the issue – a rampant problem that proves more frequent each day – accumulating problems and pointing at difficulties for solutions to be found.

### Key words

Accumulation. Technical and scientific position. Health professionals. Professor Wages. Restrictive interpretation. Declaratory action by summary. Demission.

# Acumulação de cargos públicos

## Overlapping public jobs

A vedação de acumulação de cargos tem sido reiteradamente prevista em nossas Constituições. Assim ocorreu com a Carta de 1891 que, em seu artigo 73, vedava as acumulações remuneradas e com a Lei n.º 28, de 8 de janeiro de 1892. A vedação da acumulação foi ratificada pela Constituição de 1891, nos artigos 73 e 79, pela Carta de 1934, no artigo 172, §§ 1.º a 4.º, pela de 1937 no artigo 159, pela Constituição de 1946 no artigo 24, e pela de 1967, originária, no artigo 185 – depois, com a reforma constitucional de 1969, foi prevista a acumulação no artigo 99. Finalmente, a vedação de acumulação de cargos foi estabelecida pela Carta de 1988, em seus artigos 37, incisos XVI e XVII, e 38, e ainda pelos §§ 1.º e 2.º do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Inicialmente, a Carta de 1988, no âmbito das exceções, permite que o servidor possa acumular cargos, empregos e funções públicas, mas, estabelece condições para que essa acumulação seja permitida, centrada sempre na necessidade de compatibilidade de horários.

A acumulação contemplou profissões de cujos ocupantes a sociedade precisa dispor de número significativo para o atendimento de necessidades mais expressivas.

## Ana Maria Barata\*

\* Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora Assistente da UFPA. Consultora Jurídica da Defensoria Pública do Pará. Advogada. Assessora do Ministério Público do Pará. Autora de inúmeros artigos jurídicos.

Assim, dois grupos profissionais ficaram sujeitos à possibilidade de acumulação, no caso, os profissionais da área de educação e saúde. Ao lado disso, o eixo da acumulação levou em conta os ocupantes de cargos **técnicos e científicos**. A conjugação dos significados desses termos passou a gerar uma série de indagações sobre a amplitude do conceito, o que levou o intérprete a reduzir a fluidez desses significados, elaborando uma identidade mais técnica.

Há a necessidade de aprofundamento do estudo, pois a falta de regulamentação mais precisa sobre a matéria faz com que a jurisprudência consolide algumas tendências interpretativas.

## A acumulação no atual regime constitucional brasileiro

A Constituição Federal (CF) de 1988 garantiu capítulo específico traçando as principais diretrizes balizadoras da administração pública brasileira em uma sequência lógica estrutural do corpo político-administrativo.

No artigo 37, estabeleceu os princípios explícitos da administração pública. Essa localização não os reduziu apenas àquela regra, outros princípios daqueles decorrentes pou-saram na Carta de 88, como princípios implícitos que se

constituem como gênese do conteúdo normativo regeedor da administração pública.

Assim, outros princípios legais afloram do ordenamento jurídico, tão importante quanto os constitucionais, como aqueles oriundos das constituições estaduais e das leis infra-constitucionais. Exemplo gratificante são os princípios elencados na lei de processo federal – Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que rege o processo administrativo na esfera federal –, fartamente conhecidos na administração pública. Destaque-se a necessidade de os Estados disporem de leis próprias que regulem o processo administrativo em seu âmbito, haja vista sua utilidade para a segurança da atuação da administração e para a garantia do administrado.

Dentre essas regras constitucionais, surge o princípio da incompatibilidade dos cargos, empregos e funções, porém a Carta promoveu exceções expressas nos incisos XVI e XVII do artigo 37, bem como o disposto no artigo 38 e os §§ 1.º e 2.º do artigo 17 do ADCT.

Dentro desse perfil constitucional passamos a analisar as hipóteses de acumulações permitidas.

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

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

§ 1.º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2.º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

Inicialmente, a Carta expressa a regra geral da incompatibilidade de cargos, isto é, dentro do comando proibitivo os servidores públicos não podem acumular cargos, empregos e funções.

Porém, no rol das exceções, o constituinte permitiu que algumas categorias profissionais pudessem acumular cargos e empregos. É de se notar que, nesse conjunto de incisos permissivos, a regra cuida apenas de **cargos**, e só se refere a **emprego** na alínea “c”, cujo termo foi incluído pela Emenda n.º 34/01, que também substituiu a palavra “médicos” por “saúde”. Extrai-se assim que a permissão de acumular se restringe apenas a cargo ou emprego, e este só nos casos da alínea “c”, isto porque cargo e emprego são providos por concurso público, extraído-se a ilação de que funções temporárias não estão acobertadas nas exceções.

#### Da compatibilidade de horários

O primeiro ponto de destaque, nesse contexto constitucional para permitir a acumulação, acarreta muitas dúvidas e reside na exigência do binômio “**cargo remunerado**”.

A questão que se coloca é saber se, para escapar da acumulação ou da incompatibilidade de horários, o servidor poderá pedir licença sem vencimentos de um cargo para assumir outro de seu interesse, tendo em vista a exigência para a acumulação que os **cargos sejam remunerados**.

Duas correntes se posicionam. Uma entende que o afastamento obsta a acumulação porque o servidor continua no cargo, mantendo assim seu vínculo funcional, embora não o esteja exercendo em dado momento. Outra corrente se posiciona no sentido de que se a Carta exige **cargos remunerados**, não estando o servidor em um deles (não sendo, portanto, remunerado), não haveria a acumulação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), pela Súmula 246<sup>1</sup>, determina que o licenciamento sem vencimentos não exclui a acumulação, pois defende que a CF quis evitar a acumulação de vínculos e não necessariamente de remunerações. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posiciona-

<sup>1</sup>-O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta e indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pela Constituição Federal.\*

do nesse mesmo sentido, portanto a situação parece já bem definida com a leitura dessa regra constitucional pela Corte Suprema<sup>2</sup>. Nesse aspecto, essa interpretação induz à preocupação com a defesa do interesse público, pois, mesmo que o servidor se licencie sem vencimentos, o cargo permanece ocupado, ensejando que a administração fique sem o serviço.

A natureza jurídica da acumulação é exigir que o servidor exerça bem e se dedique ao cargo público, sem que se assoberbe com outro cargo. Ora, se ao servidor foi deferida a licença sem vencimentos, efetivamente não está em um dos cargos. Mesmo provisoriamente, aparentemente, não se enquadraria na acumulação. Dessa opinião comungam Ivan Barbosa Rigolin (2003, p. 4), Edmir Araújo (2005) e José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 203)<sup>3</sup>.

A permissão de acumular cargos só ocorre quando houver compatibilidade de horários. Nesse aspecto surgem algumas situações.

A compatibilidade de horários significa que entre as jornadas de trabalho, seja de 4 (quatro), de 6 (seis) horas ou de 8 (oito) horas, o servidor deve cumprir rigorosamente as jornadas de cada cargo acumulável, sendo isso controlado pelo registro de ponto dos respectivos órgãos. Nas jornadas de 4 e de 6 horas, a acumulação pela compatibilidade de horários se materializa com facilidade, porém nas jornadas de 8 horas uma delas só será possível se for exercida no período noturno.

Há órgãos federais que limitam a carga horária, vedando para quem detenha carga horária cumulativa de 60 a 80 horas<sup>4</sup>. Sobre esse aspecto os Tribunais vêm defendendo a acumulação, desde que o servidor comprove a compatibilidade; nesse caso o órgão não poderá vedá-la.

Um problema a ser enfrentado diz respeito à dedicação exclusiva: quem tem dedicação exclusiva, e apenas nessa hipótese, pode acumular cargos? Em tese, essa modalidade

de jornada extensiva por si só veda a possibilidade de outro vínculo. Em termos de horário, as categorias que possuem jornada noturna reduzida, em tese, poderiam acumular cargo, mesmo com dedicação exclusiva. Em nosso pensar, a CF garantiu a acumulação, e havendo a compatibilidade de horários (noturno), nada impediria essas jornadas. Entretanto, os órgãos vêm vedando essa possibilidade em razão da exclusividade da dedicação, não permitindo qualquer discussão quanto à existência de outro vínculo. A decisão da 4.<sup>a</sup> Turma do Tribunal Regional Federal foi de considerar ilegal a acumulação de cargo de médico com outro de professor, se um deles for exercido em dedicação exclusiva, porém, ressaltou a permissão em caso de aposentadoria no cargo com dedicação exclusiva (DE). Nesse mesmo sentido tem decidido o TCU<sup>5</sup>.

Há leis<sup>6</sup> que permitem que o servidor detentor de dedicação exclusiva possa manter apenas um vínculo como professor.

#### Acumulações de dois cargos de professor

A primeira acumulação permitida diz respeito a dois cargos de professor. A indagação é se o cargo de professor abrange toda a área do magistério (secretário, diretor, coordenador etc.) ou se a acumulação se destina apenas ao professor em sala de aula. Em nosso ver, a expressão “professor” quer significar a espécie do gênero magistério, ou seja, aquele que está efetivamente em sala de aula, pois a Carta autorizou a acumulação de cargos de professor e não de magistério. Apesar disso, a acumulação poderá ocorrer entre um cargo de professor e um cargo de magistério, desde que este seja considerado técnico.

A acumulação incidirá sobre cargos, empregos e funções em qualquer esfera de governo, sendo comum a elas. Desse modo, os cargos de professor independem da esfera governamental. A incidência recairá sobre qualquer cargo de distintas esferas de governo.

<sup>2</sup> STF-RE n.º 399.475-RE 300.220- RE 496.246.

<sup>3</sup> \* Note-se que a vedação se refere à acumulação remunerada, inexistindo, pois, impedimento legal à acumulação de cargos, empregos e funções, se não houver duas remunerações.

<sup>4</sup> Parecer AGU n.º GQ 145, estende a vedação de acumulação e servidor que esteja sujeito a carga horária de 80 horas semanais.

<sup>5</sup> Acórdão 2388/2006-Plenário.

<sup>6</sup> Lei n.º 6.872/06 do Estado do Pará.

### Acumulações de um cargo de professor com outro técnico ou científico

A segunda hipótese comporta a acumulação de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico. A dúvida colocada incide no significado de cargo técnico, isto é, se “cargo técnico” poderá abranger o nível médio ou se só será considerado aquele de nível superior.

Em época mais remota, o Decreto de Regência, de 8 de junho de 1822, da lavra de José Bonifácio, já vedava a acumulação de cargos.

O Decreto Federal n.º 35.956, de 2 de agosto de 1954<sup>7</sup>, estabelecia que cargo técnico fosse aquele de aplicação de conhecimentos de nível superior.

A Orientação Normativa n.º 43/79-SIPEC<sup>8</sup> também estabeleceu que o grau superior fosse determinante para o conceito de cargo técnico-científico para fins de acumulação, certamente o entendimento se vinculava na vigência da Carta de 67/69. Entretanto, o Ofício Circular n.º 07/90 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no item V, já menciona a hipótese de acumulação com cargo de magistério, cargos ou empregos de nível médio, desde que as atribuições lhe emprestem características de “técnico”.

Edmir Araújo (2005, p. 288) entende que cargo técnico exige formação de nível superior, e o cargo científico se vincula ao campo da pesquisa científica.

Leandro Cadenas Prado (2005, p. 139-140) entende que o cargo técnico ou científico pode ser de nível médio ou superior, desde que o cargo lhe empreste a característica de técnico. Nesse mesmo entendimento se filia Antônio Flávio Oliveira (2006, p. 16), afirmando que o cargo pode ser superior ou médio, e neste exige qualificações técnicas para que assim seja considerado para fins de acumulação. Edimur Faria (2000, p. 144) defende que os profissionais de segundo grau integrantes de carreiras regulamentadas são técnicos para efeitos de acumulação.

A discussão é ampla, pois de início se afirma que cargo científico só poderá ser aquele no mínimo de nível superior, o que é verdade. A partir disso se obteria a ilação de que todo cargo superior é científico e, por essa interpretação, todos os cargos de nível superior e os de pós-graduação estariam nesse grupamento, o que levaria a interpretar que o cargo técnico seria o de nível médio.

Entretanto, nem todo cargo de escolaridade média é técnico. Para que seja preenchido o perfil constitucional de cargo técnico, mister se faz que esse cargo seja não só de nível médio, mas que ele precise obter, em seu processo de formação, qualidades e especificidades que justifiquem lhe dar essa condição, pois, na maioria dos casos, temos cargos de nível médio que efetivamente não são técnicos, haja vista que para o seu exercício não é exigida qualquer outra condição especial.

O que vai determinar se um cargo é técnico ou não é o seu processo de formação e principalmente as atividades que nele vão ser desenvolvidas, de modo a exigir conhecimentos técnicos para o desenvolvimento das funções do cargo. Não basta formalmente o cargo estar declarado como técnico, ou obter certificação como médio, mas a atividade a ser desenvolvida deve ser efetivamente técnica, como quando se trata, por exemplo, de técnico em edificações, em informática, em enfermagem, entre outros.

O STF vem entendendo que cargo técnico pode ser de nível médio<sup>9</sup>.

Desse modo, adiro à corrente que entende que o cargo técnico tanto pode ser de escolaridade média quanto superior. Aliás, diferentemente da Carta de 34, que grafou o termo “técnico-científico”, a atual Constituição separou os termos, grafando-os como **técnico ou científico**, ou seja, duas situações distintas.

Essas definições e identificações são fundamentais para que se conclua se a acumulação está sendo exercida nos contornos da Constituição ou não.

<sup>7</sup> Art. 3.º - Cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino.

<sup>8</sup> Todo cargo para cujo provimento se exija grau superior de escolaridade se inclui no conceito técnico-científico a que alude a legislação concernente à acumulação.

<sup>9</sup> STF. MS. 24.540-9 (19.02.04) - RE-182.811.1-1 - RO- 351.905.1(24.05.05)

Acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas

Essa regra foi alterada pela Emenda Constitucional (EC) n.º 34/01 que substituiu o termo “médicos” por “profissionais da área de saúde”. Essa hipótese já era uma reivindicação antiga desses outros profissionais da área da saúde que ainda não estavam contemplados com tal garantia, pois essas categorias eram tão necessárias quanto a dos médicos. Também, porque o artigo 17, § 2.º do ADCT trouxe essa permissão para médicos militares e para os profissionais da área da saúde que até 4 de outubro de 1988 estivessem acumulando cargos, portanto promovia tratamento desigual.

A questão crucial era saber quem são os profissionais da área da saúde. Algumas categorias se mostram indubitavelmente como pertencentes a essa área, como médicos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos, psicólogos etc. Porém, outras categorias requisitaram sua inclusão nesse rol, como veterinários, assistentes sociais, engenheiros sanitários, peritos, professores de educação física etc.

Os órgãos vinham dirimindo o problema pela atividade, pois se desconheciam leis específicas que promovessem o enquadramento formal e muitas dessas situações foram parar no Judiciário.

A Resolução n.º 287, de 8 de outubro de 1988, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), relaciona algumas profissões de saúde de nível superior<sup>10</sup>. Entretanto, essa norma não é definitiva para regular o assunto para fins de acumulação,

porém serve de baliza à identificação de profissões dessa área. Desse modo, sempre que a situação acarretar dúvidas quanto a esse conceito faz-se necessário buscar indagações nos Conselhos respectivos, para que não se alargue novos destinatários dessa regra que tem consistência restritiva.

## Extensões da acumulação

O inciso XVII estende a proibição de acumular empregos e funções às autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

A regra se mostra radical quanto à restrição de acumulação, abrangendo não só a administração direta, mas também a indireta, envolvendo subsidiárias dos entes paraestatais e suas subsidiárias, ou seja, restringiu a oportunidade de burlar a Constituição, por meio de empresas fora do foco direto do Executivo, ainda que estas tenham conotação meramente econômica.

Nesse aspecto, também há dúvidas quanto à interpretação ampliada ofertada por alguns, de que a permissão de acumulação, além daquelas estabelecidas nas alíneas do inciso XVI, estende-se também a empregos e funções.

Inicialmente é preciso observar que no caput e nas alíneas a regra constitucional se refere a cargos (de professor, técnicos ou científicos e os da área de saúde). Quanto ao emprego, a permissão foi apenas para aqueles privativos da área de saúde. Diante disso, a pergunta é: pela regra do inciso XVII, a Carta também permitiu o vínculo de emprego de professor, de técnico, ou só os que se enquadrarem na área de saúde?

Há quem defenda que a permissão de acumulação se estende não só a cargos, mas também a empregos, desde que de professor, técnico e científico, e da saúde, pela interpretação operada pelo inciso XVII.

Não comungamos dessa ideia. Para nós a Carta estabeleceu no inciso XVI as permissões de acumulação para cargos públicos; para empregos, apenas aqueles da área da saúde, haja vista que a interpretação não deve ser alargada para outras hipóteses além daquelas estabelecidas e vinculadas pela Constituição, enquanto no inciso XVII a regra é de proibição, ou seja, de vedação, visando a coibir que o intérprete pudesse ampliar o rol de permissões para empregos, além daqueles da área de saúde, e das funções, no caso de funções decorrentes de contratações temporárias.

<sup>10</sup> | – Relacionar as seguintes categorias profissionais de saúde de nível superior para fins de atuação do Conselho:

1. Assistentes Sociais;
2. Biólogos;
3. Biomédicos;
4. Profissionais de Educação Física;
5. Enfermeiros;
6. Farmacêuticos;
7. Fisioterapeutas;
8. Fonoaudiólogos;
9. Médicos;
10. Médicos Veterinários;
11. Nutricionistas;
12. Odontólogos;
13. Psicólogos;
14. Terapeutas Ocupacionais.

II - Com referência aos itens 1, 2, 3 e 10, a caracterização como profissional de saúde deve ater-se a dispositivos legais e aos Conselhos de Classe dessas categorias.

A Constituição nas acumulações privilegiou o concurso público, daí que se referiu a cargos públicos e a empregos da área de saúde, isso porque os empregos só foram admitidos mediante concurso público, repise-se, apenas da área de saúde.

Quanto às funções a que se refere o mencionado inciso XVII, também estão proibidas, logo, não entraram no rol das acumulações permitidas.

Essa interpretação, a princípio, pode parecer restritiva, porém como as acumulações estão no rol das exceções, não pode ser promovida interpretação de caráter ampliativo. Nesse aspecto, não se pode dizer aquilo que a Constituição não disse.

No mesmo sentido, Luiz Claudio Fritzen (2008, p.16) afirma:

As exceções como se nota das alíneas do inciso XVI do art. 37, só se referem a cargos; como se trata de exceção ao princípio da inacumulabilidade é de ter-se o texto como excepcionando exclusivamente em relação a cargos, não se permitindo acumulações com empregos ou funções.

A jurisprudência quando aborda as hipóteses de acumulação se refere, de um modo geral, a cargos, empregos e funções, não abordando casos concretos com as hipóteses do inciso XVII como meio permissivo.

Assim, em nosso sentir, como a acumulação é regra de exceção – logo, restritiva –, ela só se legitima para cargos públicos, empregos, e estes apenas para os da área de saúde, não abrangendo os empregos em outras áreas, ainda que sejam de professor, técnico ou científico, como também não se estenderam às funções, salvo as funções gratificadas que a própria Constituição permitiu a acumulação de cargo efetivo com função gratificada, a teor do disposto no inciso V do artigo 37<sup>11</sup>.

## Os cargos em comissão

A Constituição, ao regular a vedação de acumulação, mencionou o termo “cargos públicos” e, nesse aspecto está a se referir não só aos cargos efetivos, mas também aos cargos comissionados, significando que cargos públicos são aqueles

criados por lei, cujas espécies são efetivos e comissionados. Desse modo, a acumulação alcança também o cargo em comissão, ou seja, a acumulação do cargo em comissão só pode ocorrer com um cargo de professor, jamais dois cargos em comissão. A permissão só contempla os cargos comissionados de caráter técnico ou científico, se neste (científico) houver essa possibilidade, cuja atividade é determinante para saber se o cargo é técnico ou não. Cargos em comissão, que qualquer pessoa possa ocupar, não são considerados técnicos, pois estes exigem profissionalização técnica, em regra de nível superior. Ressalte-se mais uma vez, que a acumulação de cargo em comissão só será possível quando este for cumulado com um cargo de professor, com compatibilidade de horários, enquadrando-se na alínea “b”, inciso XVI, artigo 37.

Os servidores efetivos, ao ocuparem cargos em comissão no âmbito da lei estadual do Pará<sup>12</sup>, recebem apenas a gratificação de representação de 80% do cargo em comissão, se assim optarem, para que não incidam em acumulação, conforme explicita essa lei.

## Do teto para as acumulações

A Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 19/98, ao fixar o teto remuneratório, incluiu também os casos de acumulação, ensejando o entendimento de que a soma das remunerações em sistema de acumulação deveriam estar submetidas ao teto constitucional, conforme grafa no inciso XI do artigo 37, ao determinar as espécies remuneratórias percebidas cumulativamente ou não aos subsídios ali discriminados.

Ocorre que a permissão de acumular, obviamente com a percepção de duas remunerações, foi garantida pela Constituição de 1988, não podendo uma Emenda modificar o direito já adquirido com fundamento na Carta originária.

Em nossa análise, o teto constitucional deveria ser para cada cargo, apenas para aqueles que já estavam em acumulação até a data de vigência da EC n.º 19/98. Decisão correta nesse sentido foi a prolatada pelo colegiado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso<sup>13</sup>, que manteve a irredutibilidade das remunerações de dois cargos de médico com fundamento no

<sup>11</sup> V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

<sup>12</sup> Lei n.º 5.820/82, art. 8.º - único artigo ainda vigente nessa lei.

<sup>13</sup> MS n.º 102582/2008 - 1.ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des. Maria Helena Gargaglione Povoas - 5.5.09.

direito adquirido, porque a ocupação dos cargos se efetivou antes das modificações ocorridas pelas emendas constitucionais, pois a situação desse servidor já se encontrava consolidada antes dessas alterações.

## As acumulações transitórias

Vale riscar algumas linhas sobre as acumulações do artigo 17 ADCT que dispõem:

§ 1.º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

Antes da Carta de 1988, algumas acumulações vinham sendo praticadas à margem da Constituição e o constituinte de 88 resolveu dar anistia aos que estavam nessa prática.

Nesse rol se encontravam os médicos militares, entretanto só foram alcançados por essa norma aqueles que até 5 de outubro de 1988 estavam nessa situação. Os que atuaram a partir dessa data não estavam amparados, portanto deveriam optar entre os cargos.

A indagação é se, atualmente, após a Emenda Constitucional n.º 34/01, que estendeu a acumulação aos profissionais da área da saúde, estão envolvidos os atuais médicos militares.

Se se considerar esse profissional como militar, a acumulação não poderá ocorrer, pois a alínea "c" se destina aos servidores públicos civis, e o militar não está nessa categoria.

Essa situação já foi definida pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 1541-9, cuja decisão apontou que aos militares não se aplicam as permissões de acumulação do artigo XVI, porém a estes se aplicam as vedações do inciso XVII do artigo 37 da CF, à exceção do médico militar abrangido pelo artigo 17 ADCT.

Entretanto há quem entenda que o médico não é militar no sentido estrito da palavra, portanto poderia se valer da regra geral do artigo 37, alínea "c". No caso de militar já na reserva, em tese, poderia acumular com um cargo de professor.

Relativamente a esse assunto, há Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 215/03 em que aprova autorização para acúmulo de cargos por militares nas áreas de educação e saúde. Desse modo, só mediante a inclusão dessa hipótese na Carta é que o militar poderá acumular cargos, e isso certamente se restringirá às áreas da educação e saúde.

A interpretação é a mesma para o § 2.º do artigo 17 ADCT, com um diferencial para os que ingressaram no serviço público após a vigência da Emenda, que poderão se valer da regra introduzida pela EC 34/01 porque são servidores civis.

§ 2.º - É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

## Das sanções para as acumulações ilícitas

No âmbito do serviço público, as acumulações ilícitas geram infração disciplinar punível com a pena de demissão, caso esteja comprovada a má-fé.

Nesse aspecto a Lei n.º 8.112/90 criou o processo administrativo disciplinar sumário, com procedimento simplificado, a teor do artigo 133, para, caso comprovada má-fé, aplicar a pena de demissão. Entretanto, diante da complexidade que o tema comporta, a administração garantiu ao indiciado que, até o último dia de prazo para a defesa, possa este fazer a opção por um dos cargos em acumulação, ficando assim comprovada a boa-fé, ensejando arquivamento do processo. Caso isso não ocorra, o servidor poderá ser demitido.

## Conclusão

A vedação à acumulação de cargos, empregos e funções no serviço público se justifica de modo que estes possam ser exercidos com competência e dedicação, para que a atuação administrativa seja eficiente e eficaz na prestação dos serviços públicos.

A Constituição, excepcionalmente, elegeu algumas categorias profissionais, cujas atividades possam ser exercidas em acumulação. No caso, as atividades de professor, da área de saúde, técnicas e/ou científicas. Dessa forma, os intérpretes não podem dar elasticidade aos conceitos expressos na Carta, cabendo aos aplicadores do direito analisar os casos concretos para dar plenitude jurídica razoável aos contornos constitucionais.

As entidades públicas devem estar bastante atentas, inclusive com sistema de informações cruzadas com outros entes para detectar servidores em acumulação, como faz a União que promoveu cruzamento entre a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e o Sistema Integrado de Administração e Recursos Humanos (SIAPE) promovendo esse controle, pois o excesso de jornadas atinge, não só o serviço público,

como também a saúde do trabalhador, o que não é raro constatar a corrida de servidores entre jornadas para garantir salários compatíveis com suas necessidades. O ideal é que os trabalhadores públicos obtenham salários compatíveis com a sua qualificação para que se sintam bem recompensados pelo serviço que prestam à administração pública.

Nesse aspecto, esperamos ter abordado algumas questões instigantes sobre o tema, objetivando ampliar a discussão.

## Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.288.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.144.

FRITZEN, Luiz Claudio. Excepcionalidade na acumulação de cargo do servidor público militar na área de saúde. **Revista de Direito Militar**, v. 12, n. 70, p. 16, mar./abr. 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

OLIVEIRA, Antônio Flávio. Acumulação de cargos. In: SAYAD, Jamile (Org.). **Servidor público: questões polêmicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 16.

PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores públicos federais: Lei n. 8.112/90**. Niterói: Impetus, 2005. p. 139/140.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Acumulação não remunerada de cargos. A pouco compreensível Súmula n.º 246 do E.TCU. Ainda sobre a necessária clareza das normas. **JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal**, Salvador, v. 8, n. 4, p. 4, abr. 2003.





Elder Lisboa Ferreira da Costa  
Milhas, trilhas e atalhos do Processo Civil.  
A exegese dos artigos 330, 331 e 450 e 451 do CPC.  
Uma abordagem dogmática e pragmática.

#### Resumo

O presente texto aborda as questões processuais dos artigos 331, 450 e 451 do Código de Processo Civil (CPC), sob o prisma dogmático-pragmático, e de sua aplicação nos feitos em que é parte a Fazenda Pública, como autora ou como ré, vislumbrando aplicabilidade de acordo com os ditames da doutrina e jurisprudência, sem esquecer o aspecto prático que norteia a matéria. Evidencia a fragilidade do pensamento de alguns doutrinadores que argumentam sobre a possibilidade de aplicação do artigo 331 do CPC, quando não evidenciada a possibilidade de transação ou quando os direitos foram indisponíveis. Na prática, quando aplicado referido instituto, tem se verificado atraso na tutela jurisdicional, tornando o feito mais lento, colidindo com a verdadeira função do processo, qual seja aplicar justiça no caso concreto. A doutrina favorável à aplicação do dispositivo nesses feitos demonstra inadequação em seus argumentos, quando confrontada com a demanda de quem atua nos feitos em que é parte a Fazenda Pública, quer como autora, quer como ré.

#### Palavras-chave

Celeridade. Processo. Fazenda pública. Economia processual. Revelia. Direitos indisponíveis. Transação.

#### Abstract

The present text deals with the procedural questions comprised in the articles 331, 450 and 451 of the Civil Procedure Code (CPC), analyzed from a dogmatic- pragmatic perspective, and its application in feats where the Public Treasure takes part either as the author or defendant, foreseeing the applicability in conformity with the principles of the doctrine and jurisprudence, bearing in mind the practical aspect which guides the subject matter. It brings to evidence the feebleness of the argumentations sustained by some doctriners who discuss the possibility of applying article 331 of the CPC when the possibility of transaction is not clear enough or when there are unalienable rights. In practical terms, when such institute is applied, a delay in the jurisdictional guardianships is observed, making the feat even slower, thus coming into conflicts with the actual role of the procedure which is to apply the justice in concrete cases. The doctrine which favors the application of the disposition in such feats shows inadequacy in its points when compared to the demand of those who perform in feats where the Public Treasure takes part either as an author or defendant.

#### Key words

Celerity. Procedure. Public Treasure. Procedural Economy. In default. Unalienable rights. Transaction.

# Milhas, trilhas e atalhos do Processo Civil. A exegese dos artigos 330, 331 e 450 e 451 do CPC. Uma abordagem dogmática e pragmática.

Routs, tracks and shortcuts of the Civil Procedure. The exegesis of articles 330, 331, 450 and 451 from the CPC. A dogmatic and pragmatic approach.

Com muita honra aceitei mais um convite da Escola Superior da Magistratura (ESM-PA), para escrever um artigo jurídico para a revista *A Leitura*, que tem se tornado um compêndio obrigatório para quem labora na seara jurídica. É, portanto, com muito gosto que dou minha contribuição de forma singela.

Primeira questão a ser resolvida: Qual a temática? Decerto que a dúvida foi plantada para que, em momento oportuno, se pudesse decidir.

Hodiernamente, vivemos uma praticidade na qual, em determinadas situações, a questão política tem dado lugar à judicialização da política. O fenômeno tem se tornado cada vez mais frequente. O debate jurídico realizado por meio de escritos jurídicos serve para aprimorar cada vez mais o processo judicial e, conseqüentemente, a busca incessante de justiça.

Conversei a respeito com diletos professores, entre eles o Dr. Jaciel Papaleo, da UNAMA, que, depois de uma conversa franca e proveitosa, em meio a palavras de alento, disse “escreva que será de grande valia”. E aqui estou a digitar estas linhas, esperando contribuir para o debate jurídico que envolve o tema.

A dúvida se dissipou e resolvi centrar a temática em enfrentar assunto tão tormentoso no campo do direito, precisamente em matéria processual civil, e tudo veio a calhar

Elder Lisboa Ferreira da Costa\*

---

\* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Diploma convalidado pela Universidade Federal do Pará (UFPA), por meio da resolução do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE) n.º 3.925/09. Doutorando em Direitos Humanos da Universidade de Salamanca. Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Universidade Estácio de Sá. Juiz de Direito da 1.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belém-PA. Autor de diversos livros e artigos jurídicos voltados para a área do Direito e História do Direito. elderlisboacosta@hotmail.com

por conta de minha recente remoção para 1.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belém, onde me deparei com novas angústias e desafios à frente da nova tutela jurisdicional para a qual fui designado, em uma vara com em torno de 8.000 (oito) mil processos.

Escrever um artigo sobre temas civis com reflexos processuais é difícil, visto que a doutrina e a jurisprudência em determinados pontos são vacilantes. Em alguns assuntos, a matéria ainda é duvidosa e o desenvolvimento da tutela jurisdicional prestada pelo meio adequado – o processo civil – tem se mostrado penoso, com feitos intermináveis, com uma gama de recursos procrastinatórios, tomando capenga a aplicação da justiça, pois, parafraseando o autor e mestre Rui Barbosa, “justiça tardia não é justiça”.

Fazendo um paralelo entre o Processo Criminal e o Processo Civil<sup>1</sup>, detecta-se que barreiras são enfrentadas, e que a resposta pode estar a nossa frente – o processo civil possui tan-

---

<sup>1</sup> A comparação é inevitável, pois alguns institutos jurídicos são aplicados de forma diversa como, por exemplo, a revelia, que existe no processo penal, embora seus efeitos não sejam aplicados, como sói acontecer no processo civil quando não estiver em um dos polos a Fazenda Pública, por exemplo. Na análise dogmática de alguns feitos, a exemplo da revelia, verifica-se que alguns aplicam erradamente a exegese sobre o tema.

tos detalhes e caminhos que o tornam muitas vezes penoso e a tutela jurisdicional morosa e angustiante.

E daí vêm necessariamente os inúmeros porquês. Quais as razões para a demora na prestação da tutela jurisdicional? A problemática no deslinde na prestação jurisdicional centra-se em bases teóricas onde, no olho do furacão<sup>2</sup> do debate, está a legislação. Daí nova pergunta: a lei é interpretada de forma errônea pelos advogados<sup>3</sup> ou pelos juízes? O aparelhamento dos órgãos que compõem o tripé da justiça contribui para a morosidade jurisdicional?

Neste ensaio, procurei analisar os artigos 330, 331, 450 e 451 do CPC e dar algumas pinceladas sobre o instituto da revelia, artigos 319 e 320 do citado diploma, norteando o debate para os feitos em que é parte a Fazenda Pública.

Busquei sintetizar os caminhos formadores das milhas, trilhas e atalhos percorridos em busca de uma prestação jurisdicional efetiva e que atenda aos interesses dos jurisdicionados, não só sob o aspecto dogmático, como também sob o aspecto prático.

De tudo ficou uma certeza: as milhas percorridas, às vezes, não são as melhores, as trilhas são as mais penosas possíveis e os atalhos tomados pelos juízes e pelos advogados no curso da ação, às vezes, nos fazem voltar ao ponto de partida<sup>4</sup>.

O artigo está dividido em três partes.

A primeira propõe uma panorâmica sobre o processo ordinário, sua característica e desenvolvimento.

Na segunda parte, nos pautamos sobre a exegese e aplicabilidade dos artigos 319, 320, 330 e 331 do Código de Ritos Processuais, em feitos em que é parte a Fazenda Pública, bem como seus consectários delineadores, buscando a funcionalidade do processo.

Na última parte, será feito o confrontamento dos artigos 450 e 451 e seguintes do diploma adjetivo civil e sua consequente utilização no tocante à audiência de Instrução e Julgamento, sua verdadeira utilização e finalidade. A posteriori, em linhas gerais, proceder-se-á a análise sobre o instituto da revelia nos processos em que é parte a Fazenda Pública e como manejá-lo corretamente e dogmaticamente.

Sabe-se que um dos maiores desafios enfrentados pelo Poder Judiciário é a morosidade processual<sup>5</sup> (atribuída aos atores do processo ou à estrutura do próprio órgão julgador), mormente na atualidade, quando foram estabelecidas metas, no âmbito do Poder Judiciário<sup>6</sup>, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A morosidade processual tem sido objeto de atenção redobrada do CNJ, com uma política de nivelamento nacional, que aprecia seus elementos fundantes e estabelece metas que venham a combater a permanência ad eternum de processos nas prateleiras do judiciário.

## O acesso à Justiça e a prestação jurisdicional

A atividade jurisdicional é exercida pelo Estado-Juiz com o escopo de fazer justiça às partes<sup>7</sup>, daí a necessidade de utilização do processo como via adequada para dirimir conflitos e averiguação da pretensão das partes e, ao final, corporificação por meio do provimento jurisdicional (sentença) que deve ser aplicada ao caso concreto.

Daí se utilizar do processo para fazer valer o seu direito e este só pode ser exercido por meio de um órgão imparcial, onde a justiça possa ser alcançada, sem pressões de qualquer natureza.

<sup>2</sup> A expressão deve ser entendida metaforicamente. O olho do furacão é de onde vem a sua força. Devemos entender e demonstrar onde está a morosidade da prestação jurisdicional e deixar de lado questões inúteis que não se verificam na prática.

<sup>3</sup> Já me manifestei em inúmeros cursos jurídicos. Quem cria a jurisprudência na verdade são os advogados cujas teses brilhantes são aceitas posteriormente pelos Tribunais, até se chegar à Suprema Corte.

<sup>4</sup> Voltar ao ponto de partida é como ter uma vitória de Pirro. Pirro era um General grego. Guerreou na Batalha de Ásculo, onde obteve vitória contra os soldados de Roma, com um número expressivo de mortes. Após a batalha, recebeu os louros; todavia, preocupado com o número de mortes, disse a seguinte frase: "mais uma vitória como esta, e eu estou perdido". Não adianta, às vezes, indeferir uma prova dentro do processo civil, pois se houver cerceamento de defesa o feito volta à estaca zero. O atalho às vezes nos leva ao abismo.

<sup>5</sup> Não há simetria entre a morosidade jurisdicional e uma tutela rápida que venha a desaguar na Justiça. A segunda não significa necessariamente que a justiça foi feita, daí não concordamos que as metas possam ser equiparadas como aplicação da justiça. No máximo pode significar que foi resolvida no âmbito processual a demanda. Todavia chegar-se à conclusão de que comparar isso à aplicação efetiva da justiça em qualquer hipótese pode parecer um tanto simplório.

<sup>6</sup> Com o advento da emenda constitucional 45/2004 que instituiu o CNJ, houve uma política de nivelamento nacional sem levar em conta o regionalismo. O futuro dirá se o ordenamento de tal prática é o mais adequado para uma justiça do século XXI.

<sup>7</sup> Já me reporte em outras ocasiões em meus escritos. O escopo maior do processo não é a aplicação do Direito, mas a busca da Justiça.

No entender de Cintra; Grinover; Dinamarco (2010, p. 29, grifo dos autores):

Pela Jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

Portanto, a finalidade do processo em sentido amplo não é aplicar o direito, mas acima de tudo fazer com que prevaleça a justiça.

Tal assertiva é tão verdadeira que, em um caso concreto, pode o magistrado ir contrariamente a uma norma posta e buscar apoio para uma decisão com base nos princípios, desde que a norma esteja em desacordo com a justiça que se procura alcançar.

No âmbito do processo, a solução da demanda passa pelo procedimento civil, que, pela lei brasileira, é o comum que se subdivide em ordinário e sumário.

O legislador estabelece que o procedimento ordinário reger-se-á segundo as disposições dos livros I e II do CPC.

O artigo 275 do mesmo diploma trata do Procedimento Sumário com seu rol de aplicabilidade.

A primeira indagação que deve ser respondida é se esse rol dogmaticamente é *numero apertus* ou *numero clausus*. No âmbito processual já começam as dúvidas e divagações.

Parlamentando na UNAMA com o grande processualista Dr. Jaciel Papaleo e indagando sobre sua posição dogmática, chegamos à conclusão de que o dispositivo se refere a uma enumeração exemplificativa, já que o próprio legislador na alínea g estabelece: “Nos demais casos previstos em lei”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Na Universidade, vários processualistas civis se achegaram à mesa onde conversávamos sobre o artigo 275 do CPC, posto ser as disposições do código exemplificativas, solicitei então aos colegas que tentássemos descobrir uma demanda que pudesse ser abarcada pelo procedimento sumário, que não estivesse no rol e não estivesse disposta em legislação especial. Voltamos à estaca zero e não conseguimos nenhum exemplo.

Resumo da ópera: o jurisdicionado tem um leque de opções para adequar sua lide ao procedimento sumário como estabelecido em lei, desde que a demanda esteja em consonância ao estabelecido pelo legislador.

Começamos a adentrar na tipologia dos tipos processuais sobre os quais nos propomos tecer comentários neste ensaio. O jogo de damas está pronto para ser jogado, com todas as peças colocadas no tabuleiro.

Ao analisar a teleologia do artigo 330 do CPC verifica-se que sua redação remonta desde à Lei n.º 5.925, de 1973, quando o juiz conhece diretamente do pedido proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de se produzir prova em audiência, e, ainda, quando ocorrer a revelia.

Nos processos em que é parte a Fazenda Pública, é importante notar que o Instituto da Revelia ocorre quando não é apresentada resposta à demanda<sup>9</sup>. Todavia, se tal possibilidade ocorrer nos feitos Fazendários, os efeitos da revelia não se corporificam.

Trata-se, dogmaticamente, do que entendemos por efeitos materiais e formais da Revelia.

Os efeitos materiais dizem respeito à decretação do Instituto da Revelia pelos seus próprios fundamentos. Os efeitos processuais dizem respeito ao que a doutrina compreende como hipótese de aplicação do artigo 330 inciso II, qual seja: o julgamento antecipado da lide, pois seu consectário natural deságua na presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor in exordial. Este último efeito é que é incabível nos feitos fazendários.

Este é o entendimento da Jurisprudência.

5. A inatividade processual da Fazenda Pública, muito embora não descomprometa o juiz da investigação dos fatos e do direito, interdita o julgamento por presunção de veracidade, tal como ocorre, em regra, nas causas que gravitam em torno dos direitos patrimoniais disponíveis, na forma do caput do artigo 319 do CPC, também não alforria a entidade pública contumaz a criar no juízo do apelo questões novas porquanto a instância recursal é de controle e não de criação, consoante

<sup>9</sup> Incluem-se aqui todas as formas de resposta do réu do artigo 297 do CPC.

resta claro da doutrina insuperável de Barbosa Moreira, nos seus memoráveis Comentários aos arts. 515, 516 e 517 do CPC que versam o efeito devolutivo dos recursos, em extensão e profundidade, expresso na máxima *tantum devolutum quantum appellatum*.” (REsp 541.239/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09.11.2005, DJ05.06.2006 p. 235).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA PELA FAZENDA PÚBLICA. PROVAS. PRODUÇÃO. DESNECESSIDADE. REEXAME NECESSÁRIO. ABRANGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

6. A não-aplicação dos efeitos da revelia à Fazenda Pública não pode servir como um escudo para que os entes públicos deixem de impugnar os argumentos da parte contrária, não produzam as provas necessárias na fase de instrução do feito e, apesar disso, busquem reverter as decisões em sede recursal. Precedentes: REsp 541.239/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.06.2006; REsp 624.922/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 07.11.05.

11. “Recurso especial conhecido em parte e não provido.” (REsp 635.996/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 17.12.2007 p. 159) PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 35 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETOS-LEIS N.ºS 91/69, 1.724/79, 1.722/79, 1.658/79 E 1.894/81. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. [...]

4. Revelia em primeiro grau da Fazenda Pública a qual, não obstante, não operou integralmente os seus efeitos, posto indisponíveis os interesses em jogo, na forma do art. 320, II, do CPC que assim dispõe:

“Art. 320 - A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

#### A jurisprudência sumulada n.º 256 do TRF disciplina:

A falta de impugnação dos embargos do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos da Revelia. No mesmo sentido, principalmente sob o fundamento de serem indisponíveis os direitos da Fazenda Pública. STJ- 6.ª T. REs. 817.402- AgRg. Min. Jane Silva.

Note-se que a nova redação do artigo encontra-se no mesmo dispositivo sem qualquer mudança quando o magistrado profere decisão antecipadamente. Ou seja, desde o século passado, o dispositivo traz a possibilidade legislativa que temos agora.

É uma forma de solução da lide em que o magistrado conhece diretamente do pedido. Deve ter o cuidado de, no bojo dos autos, não indeferir uma prova requerida e com isso ver a futura decisão prolatada vir a ser anulada pelo tribunal ad quem.

Ao verificar a antiga redação do artigo 331 do CPC, observa-se que, com o perpassar do tempo, o artigo mudou substancialmente, com a suposição de atender à demanda e de tornar o trâmite processual mais célere. Vejamos a antiga redação do dispositivo, alterado pela Lei n.º 5.925 de 1.º de outubro de 1973, que rezava textualmente:

Art. 331 - Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo:

1. Decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos;

2. Designará audiência de Instrução e Julgamento, deferindo as provas que nela não de produzir-se.

A nova disposição legislativa processual inovou e dispõe, com as suas alterações, in verbis:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1.º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2.º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de Instrução e Julgamento, se necessário.

§ 3.º Se o direito em litígio não admitir a transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2.º.

Com a cena de teatro posta, vemos que o artigo 331 do CPC tem sido mal interpretado, às vezes, pelos advogados das partes, bem como pelo magistrado presidente do processo.

Vale esclarecer a título dogmático que referido dispositivo é uma forma de saneamento<sup>10</sup> do processo que poderá ocorrer em meio à Audiência Preliminar.

Todavia, nada impede que tal providência possa ser adotada por escrito, por meio de um despacho saneador, quando se verificar que, na audiência, não haverá conciliação, sendo essa providência, a meu ver, mais adequada, pois a pauta do magistrado ficará desobstruída para outros processos.

Ao deparar-se com o dispositivo, nesta fase, o juiz, além das providências estabelecidas no referido artigo, fixará os pontos controvertidos. Que fique bem claro que tal dispositivo (art. 331) refere-se a direitos que forem disponíveis e aplica-se quando a causa debatida admitir a transação.

A teleologia do artigo 331 do CPC refere-se ao estabelecimento dos pontos relacionados às teses apresentadas pelas partes e que serão debatidas mais adiante na audiência de Instrução e Julgamento, não se confundindo com os pontos controvertidos do artigo 451 do CPC, que veremos mais adiante.

Alguns autores defendem o posicionamento de que os pontos controvertidos fixados nos artigos 331 e 451 são os mesmos, com o que, data vnia, discordo, e me explico. A incidência dos pontos controvertidos do artigo 331 refere-se às teses debatidas pelas partes. A referência ao ponto controvertido do artigo 451 diz respeito à incidência da prova. São, portanto, distintos. Naquele, as partes irão estabelecer as teses controvertidas; neste, a incidência estará na prova que deverá ser produzida. Claro, então.

É um assunto que deve ser batido e rebatido para que não paire dúvidas. A audiência a que alude o artigo 331 é de fato aplicável nos feitos onde a Fazenda Pública esteja na qualidade de autora ou ré? Há necessidade da sua utilização? Com a aplicação do dispositivo o processo torna-se mais ágil ou sua utilização provoca atraso na prestação jurisdicional?

Nos processos em que é parte a Fazenda Pública, a aplicação do artigo 331 aos feitos distribuídos à vara com

competência específica para julgá-los deve ocorrer de forma remota, quando o magistrado verificar que as partes podem vir a transacionar. A aplicação desse dispositivo indistintamente poderá ocasionar atraso na prestação jurisdicional<sup>11</sup>. Na prática sua incidência é quase nula, por duas razões: a uma, pela natureza do feito; a duas, porque, envolvendo o erário, a possibilidade de transação é difícil.

Tal entendimento é reforçado pela simples leitura do dispositivo em comento, visto que a audiência poderá ser dispensada, quando a causa versar sobre direitos indisponíveis (direitos que não admitem transação), nos termos do artigo 331, caput, do CPC, e quando as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a obtenção do acordo, segundo a redação conferida pela Lei n.º 10.444/02 ao § 3.º do artigo 331 do Código Adjetivo Civil<sup>12</sup>.

Ora, existem questões de ordem administrativa que não podem ser superadas e que facilmente podem ser detectadas, chegando-se à conclusão de que a incidência do artigo 331 sobre as ações que tramitam nas Varas Fazendárias é quase nula, pois o operador do direito que atua no âmbito dessas Varas encontra óbices administrativos e estatutários<sup>13</sup> para realizar acordo.

Portanto, entendo que o uso do artigo 331 do CPC, nos processos que não admitem transação e, notadamente, nos de competência das Varas Fazendárias, acarreta atraso à prestação jurisdicional.

Para reforçar nosso entendimento de que a audiência do 331 é dispensável, fazemos a exegese do artigo 448 do CPC, no qual o magistrado, antes de iniciar a instrução, tentará conciliar as partes. Chegando a um acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Haverá, portanto, nova possibilidade de transação processual.

<sup>11</sup> A constatação não é somente dogmática, mas no exercício da atividade jurisdicional como Magistrado de uma Vara Fazendária a aplicação do dispositivo provoca atraso na resolução dos processos.

<sup>12</sup> Em sentido contrário está Candido Rangel Dinamarco (2004, p. 558) quando assevera que "a indisponibilidade dos direitos não tem razão de ser no sistema e sua aceitação é fruto da má compreensão dos objetivos da audiência preliminar instituída no Código Modelo. Mesmo que a causa verse sobre direitos indisponíveis, não sendo admissível a conciliação, a audiência preliminar teria muita utilidade em razão das atividades descritas no § 2.º do Art. 331".

<sup>13</sup> No exercício da jurisdição verifiquei que quando perguntado sobre a possibilidade de acordo em audiência a resposta é sempre negativa, pois o Procurador Judicial da Administração direta ou indireta atuante na vara, por questões administrativas necessita de anuência do Procurador Geral para referendar a transação.

<sup>10</sup> O saneamento aqui se deve entender como o ato de tornar o processo pronto para a produção da prova, com as questões prejudiciais analisadas pelo magistrado. Na língua portuguesa seu significado está atribuído a tornar habitável, higiênico.

Pelo exposto, provado está que, dentro do procedimento ordinário é perfeitamente possível a tomada de acordo, sem a necessidade da utilização da audiência a que alude o artigo 331 do CPC, podendo isso ser feito por simples petição assinada pelo Procurador Estatal *latu sensu*, referendado pelo Procurador Geral.

## Fixação dos pontos controvertidos

A aplicação dos pontos controvertidos é outra questão que deve ser enfrentada e que vem causando uma série de transtornos à prestação jurisdicional, já que sua incidência como instituto jurídico tem provocado distorções.

Existem duas hipóteses, no Código Adjetivo Civil, em que os pontos controvertidos são delineados pelo juiz presidente do feito: a primeira, a prevista no artigo 331, por ocasião da audiência preliminar; a segunda, a contemplada no artigo 451 do mesmo diploma legal, por ocasião da audiência de Instrução e Julgamento. Entretanto, há diferença ontológica na sua aplicação processual.

Doutrinariamente e jurisprudencialmente, sabe-se que são várias as possibilidades em que a conciliação não é possível, e, daí vou mais longe, mesmo em alguns processos onde não é parte a Fazenda Pública e não se admite a transação, como por exemplo, quando um dos patronos não possui poderes expressos para transigir, ou mesmo quando uma das partes não comparece à audiência de tentativa de conciliação<sup>14</sup>.

Mesmo que essas hipóteses pudessem ser aventadas, não precisaríamos de uma audiência só para essa finalidade<sup>15</sup>, uma audiência em que todo o aparato judicial é utilizado para a consecução daquela providência (conciliação). Bastaria que as partes atravessassem uma petição, nos autos, pugnando pela conciliação, não necessitando da intervenção do magistrado.

Não é o que se entende com base na leitura do dispositivo em comento. A interpretação teleológica do dispositivo jamais afastou a possibilidade do magistrado estabelecer os

pontos controvertidos, em despacho, fora da Audiência Preliminar. Seria engessar o desempenho do magistrado e a finalidade do processo.

Para reforçar meu entendimento, o ensinamento de Wagner Junior (2009) é elucidador:

A nosso ver, a dispensa da realização da audiência preliminar poderá revelar-se importante aliado na busca de um prazo razoável de duração do processo, uma vez que a experiência forense vinha mostrando que, não raras vezes, os advogados e as partes eram intimados a comparecerem na referida audiência, designada para período distante, em razão da dificuldade de ser encaixada em extensa e concorrida pauta do juízo, e quando lá chegavam, em menos de cinco minutos, percebia-se que não havia qualquer possibilidade ou intenção de se realizar um acordo. A essa altura, porém, todos já haviam perdido, uma vez que o processo já havia permanecido parado por vários meses aguardando a data da referida audiência.

Neste caso, entendo que, nos processos em trâmite nas Varas Fazendárias, o juiz poderá sanear o processo e decidir sobre a produção da prova, como forma de celeridade e economia processual, já que nos processos estão sendo discutidos interesses do ente público cujos direitos são indisponíveis.

O entendimento é reforçado quando verificada a posição jurisprudencial a respeito da não realização da audiência preliminar, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

**Não importa nulidade** do processo a não **realização da audiência de conciliação**, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC, visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento. STJ – 2.ª T., REsp 148.117, Min. Castro Meira, j. DJU. 13.605)

Para reforçar o entendimento sobre a introdução da audiência preliminar, invoco o posicionamento de Costa Machado (2007, p. 346) acerca do tema:

Por fim, queremos deixar consignada a nossa dúvida a respeito da eficiência dessa audiência preliminar para desafogar o judiciário, uma vez que a figura ora instituída representa duplicação de atos, complicação, e não simplificação do procedimento. Desconfiamos, sobretudo, porque, dada a inexistência de sanção – que não poderia mesmo existir –, o réu, já em pleno clima de beligerância por causa da contestação e da réplica, e por isso mesmo não muito interessado em acordo a essa altura, com maior ou menor frequência não comparecerá à audiência.

<sup>14</sup> A parte muitas vezes não comparece porque não há sanção pela ausência na referida audiência. Na prática, a designação de uma audiência inócua revela-se despropositada. É utilizado em alguns casos todo o aparato judicial, a exemplo: expedição de mandado para ser cumprido por oficial de justiça, expedientes da Direção de Secretaria etc. Com isso, a pauta revela-se abarrotada. Constatado isso, o magistrado perde tempo deixando de julgar processos conclusos em seu gabinete para presidir uma audiência em que não haverá transação.

<sup>15</sup> Reconheço que a audiência do 331 tem uma triplíce finalidade, mas na prática devemos admitir que sua incidência tem provocado atraso na tutela jurisdicional.

Todas essas providências, no meu entender, devem ser tomadas por ocasião do prefalado despacho saneador, que tem natureza de decisão interlocutória, inteligência do artigo 162, § 2.º, do CPC.

Há uma diferença ontológica nos artigos 331 e 451 do CPC, e me explico.

O artigo 331, § 2.º, estabelece que “Se por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos”.

Depois desse ato, o juiz decidirá sobre as questões pendentes<sup>16</sup>, decidindo de forma terminativa sobre a atividade relativa à relação processual do artigo 267, incisos I, IV, V, VII, VIII e XI, do CPC, ou mesmo sobre as questões relativas à ação propriamente dita, artigo 267 VI, ou mesmo nos casos em que se admite o julgamento antecipado da lide, artigo 330.

Nesse diapasão, é pertinente o ensinamento de Machado (2007) sobre as providências adotadas, devendo se fazer quatro observações.

Na primeira hipótese, o magistrado decide tais questões, afastando preliminares, tais como: nulidade de citação, inépcia da inicial, carência de ação.

Daí o nosso entender de que a aplicação do malgrado artigo 331 estará mais uma vez afastada, pois se acolhida essas preliminares, jamais teremos a aplicação do artigo 331, e sim a incidência do artigo 329 do diploma adjetivo civil. Entendo que é uma consequência lógica. A má interpretação dos dispositivos pelos magistrados provoca atraso nos feitos de índole fazendária.

Na mesma esteira de raciocínio de Machado (2007), se o juiz declarar expressamente incabível a aplicação do julgamento antecipado da lide, não deve utilizar, em seu despacho, o artigo 331; deverá ser obrigatoriamente aplicado o artigo 330, inciso I, que remete à hipótese de que não há necessidade de se produzir a prova, se a matéria for unicamente de direito, bem como se for de direito e de fato.

<sup>16</sup> As questões processuais no dizer de Machado (2007, p. 347) ficam excluídas da fase de saneamento do processo relativas à prescrição e à decadência. Faz sentido a conclusão, visto que as matérias aventadas são questões de mérito, inclusive fulminando o pedido com a extinção COM julgamento do mérito, artigo 269 do CPC.

O artigo 451 do mesmo diploma estabelece: “Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”.

De acordo com o dispositivo transcrito, a exegese do artigo 331 indica que a finalidade é a fixação dos pontos controvertidos da demanda, que estão relacionados à discussão da causa em si. São as teses segundo as quais o magistrado verifica a inicial e seu pedido, fazendo o mesmo em relação à resposta do réu (quando houver), abstraindo o magistrado o centro de discussão da causa.

Para tanto, discordo do posicionamento dos que entendem que a redação do artigo 451 foi tacitamente revogada com o advento da Lei n.º 8.952/94, quando deu nova redação ao artigo 331, § 2.º, do CPC, segundo o qual teríamos duas fases de fixação dos pontos controvertidos.

Já me reportei a essas questões: o artigo 331 trata da fixação dos pontos controvertidos em relação à demanda, são as teses. A exegese do artigo 451 é relativa à fixação dos pontos controvertidos em relação à obtenção da prova.

Daí não haver o prefalado deslocamento para um momento posterior da fixação dos pontos controvertidos, como observado por Theotônio Negrão (2010, p. 494)<sup>17</sup>. Não há nova fixação dos pontos controvertidos. O artigo 331 é em relação à demanda. O artigo 451 refere-se ao ponto controvertido em que se fixará a prova.

Nessa fase, entendemos que esses pontos devem ser suscitados pelo magistrado por meio de despacho reservado, sem pressões, para julgar com cuidado, a fim de não prejudicar o bom andamento do processo.

Daí entendermos que, nos processos fazendários, quando não houver a conciliação pelas razões já explicitadas, pode haver a abolição do malgrado dispositivo, em busca da celeridade processual.

Pela teleologia do artigo 451, a fixação dos pontos controvertidos incide sobre a prova em si, vencidas todas as questões incidentais de que trata o artigo 331 do CPC.

<sup>17</sup> O entendimento é de Theotônio Negrão que defende que há deslocamento onde se cogitaria de uma nova fixação de pontos controvertidos. Entendemos de forma diversa como já explicado ao longo deste texto.

Em suma, nos processos que não admitem transação e naqueles que tramitam nas varas da Fazenda Pública, é providencial a aplicação do despacho saneador, dispensando-se a audiência preliminar e aplicando-se as regras dos artigos 450 e 451 do CPC, em busca da maior celeridade e economia processual.

## Conclusão

A finalidade de trazer à tona tal debate é importante. Primeiro, estabelecendo que, nos processos em trâmite nas varas de Fazenda Pública os direitos são indisponíveis pela própria natureza do ente estatal, chegamos às seguintes conclusões:

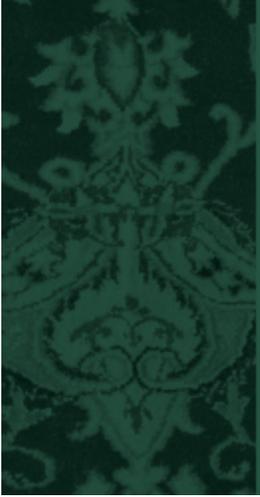
- 1 - A audiência, a que alude o artigo 331, em processos das Varas Fazendárias deve ser revista, pois tem se verificado atraso na tutela jurisdicional.
- 2 - Como juiz da 1.º Vara da Fazenda Pública, posso dizer que a prática tem demonstrado que a designação da audiência a que alude o artigo 331 representa demora na prestação jurisdicional em processos da vara da Fazenda Pública.
- 3 - A Nova redação do artigo 331 não afasta a possibilidade da fixação dos pontos controvertidos por decisão interlocutória, cabendo, portanto, recurso de agravo.
- 4 - Nos processos Fazendários, onde os direitos são indisponíveis, a transação, por vezes, é ineficaz e, às vezes, pode causar danos ao erário.
- 5 - A fixação dos pontos controvertidos do artigo 331 refere-se à tese debatida entre as partes no processo. A fixação dos pontos controvertidos do artigo 451 refere-se à prova. São aspectos, portanto, distintos.
- 6 - A aplicação da revelia nos processos fazendários é perfeitamente possível quando a Fazenda Pública perde o prazo, o que não se operam são os efeitos da revelia, entre eles não se presumindo aceitos os fatos articulados, bem como julgamento antecipado do feito.
- 7 - Ao contrário de alguns doutrinadores, na prática, a incidência e a persistência da audiência, a que alude o artigo 331 do CPC, têm provocado atraso na tutela jurisdicional.
- 8 - Há diferença ontológica para a aplicação do instituto da revelia. Nos feitos Fazendários, ocorre o efeito material,

todavia, o efeito processual não se opera face ao caráter de bens indisponíveis.

## Referências

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 389 p.
- DINAMARCO. Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2007. 1620 p.
- NEGRÃO. Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 42. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2010. 2020 p.
- WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo civil: curso completo**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 855 p.





Hélio Luiz Fonseca Moreira

Poder e violência: a relação processual penal e os limites da racionalidade jurídico-positiva para abordar as relações constituídas nas varas criminais

#### Resumo

Este artigo é resultado parcial do projeto de pesquisa "Violência e Dignidade Humana: a relação processual penal e as limitações da racionalidade jurídico-positiva nas varas criminais de Belém", desenvolvido pelo autor. Seu objetivo é produzir uma reflexão sobre a relação processual e os limites da racionalidade jurídico-positiva para abordar as relações constituídas nas varas criminais.

#### Abstract

This article is research project partial result "Violence and Human Dignity: The penal lawsuit relation and the juridical-positive rationality limitations in Belém criminal justice", developed by the author. Your goal is to produce a reflection on the penal lawsuit relation and the juridical-positive rationality limits to analyze the relations constituted in the criminal justice.

#### Palavras-chave

Administração da justiça criminal. Violência simbólica. Poder simbólico.

#### Key words

Criminal justice administration. Symbolic violence. Power symbolic.

# Poder e violência: a relação processual penal e os limites da racionalidade jurídico-positiva para abordar as relações constituídas nas varas criminais

Power and violence:  
the penal lawsuit relation and the juridical-positive  
rationality limits to board the relation constituted  
in the criminal justice

Hélio Luiz Fonseca Moreira\*

\* Advogado, sociólogo e professor de Direito Penal, Criminologia e Metodologia Jurídica do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenador de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA). helfm@yahoo.com.br

## Introdução

O objetivo do presente artigo é promover uma reflexão sobre a relação processual penal, deslocando seu eixo analítico da esfera do sistema de racionalidade jurídico-positivo para recolocá-la na esfera da sociologia jurídica, partindo do pressuposto de que a literatura jurídica constrói uma realidade, cujo conhecimento é relativamente desvinculado das relações sociais concretamente edificadas no cotidiano da justiça criminal.

Do ponto de vista jurídico-positivo, o Estado de Direito pressupõe um pacto em que todos se submetem às leis hierarquicamente dispostas, que devem ser respeitadas, defendidas e obedecidas. Fundado nesse pressuposto, a constituição do sistema judiciário repousa no objetivo ético-moral de promover a justiça pública, competindo-lhe o papel de assegurar o cumprimento eficaz do sistema normativo, representando simbolicamente o interesse universal, em contraposição ao particular<sup>1</sup>. Todavia, a inobservância rigorosa desse objetivo inviabiliza faticamente o princípio da digni-

dade humana e a igualdade de direitos no interior de uma sociedade.

A existência de leis, ora rigorosamente cumpridas, ora concebidas com permissividade, paralelamente à existência de leis que “não pegam” e leis que se resumem à “letra morta”, gera o descrédito do sistema normativo oficial e, conseqüentemente, do próprio judiciário.

## As varas criminais e as limitações da racionalidade jurídico-positiva

As varas criminais configuram-se como espaços institucionais onde é possível observar a constituição de relações sociais fundadas em uma lógica contrária às normas legalmente instituídas, potencializando a intimidação, o constrangimento, o medo e, particularmente, a instituição da violência e do desrespeito à dignidade humana.

Do ponto de vista ontológico, a relação processual penal realiza-se como relação de poder, constituída entre homens vivos, dotados de sentimentos, pré-conceitos e vaidades, formalmente reduzidos a constructos abstratos e funcionais, tais como juiz, promotor, defensor, acusado, vítima e testemunha.

<sup>1</sup>Para compreender a concepção jurídica do aparato judicial, particularmente na esfera processual penal, consultar Nucci (2006), Capez (2003), Tourinho Filho (2004) e Mirabete (2004), entre outros.

As relações de poder concretamente edificadas no cotidiano das varas criminais são pouco estudadas entre os juristas e sociólogos brasileiros. Há, ainda, poucas pesquisas de base empírica abordando essas relações, tornando escassa a literatura brasileira fundada na observação participante<sup>2</sup>. Evidentemente que isso não significa declarar a inexistência de referência bibliográfica sobre o assunto, pois dispomos de um acervo literário expressivo abordando a relação processual penal, que segue orientações bem distintas, tais como a formalista, delineada na dogmática jurídica tradicional, e a instrumentalista, delineada no estruturalismo sociológico de orientação marxista.

É na esfera da dogmática jurídica tradicional que encontramos o maior acervo de produção literária. Todavia, essa literatura é dedicada fundamentalmente ao estudo do sistema processual penal em si, com a finalidade de esclarecer e ordenar as relações constituídas entre indiciados, delegados, vítimas, testemunhas, acusados, promotores de justiça, defensores, juízes e demais agentes que se incorporam às fases da apuração e julgamento de um crime.

Embora apresente vasta produção, com títulos variados e grande circulação no universo forense, a literatura jurídica tradicional revela-se limitada para abordar a complexidade das relações vivas constituídas nas varas criminais à medida que constrói uma visão idealista dessas relações, reduzindo-as a um abstrato sistema de racionalidade jurídico-positiva.

O direito positivo funda-se na operação de uma linguagem tecnicamente sofisticada, inacessível à comunicação cotidiana do senso comum, impondo-se aos cidadãos, aos grupos e à sociedade. A operação dessa linguagem comple-

xa dá a impressão aos magistrados, promotores, advogados e defensores, entre outros, de que para conhecer o direito faz-se necessário apenas o domínio das normas jurídicas, da doutrina, dos princípios e da jurisprudência. Ou seja, conhecer a lógica jurídica e seu funcionamento, sem precisar estudar sociologia, antropologia, economia, ciência política, ou psicologia.

Essa compreensão extremamente dogmatizada do direito, destituindo as normas jurídicas de seu conteúdo político, de suas referências de tempo, espaço e história, é designada por Miguel Reale (2003) como de fetichismo da forma. Nesse sentido, D'Élia (1996) ressalta que o fetichismo formal cria um mundo ideal, conduzindo legisladores e operadores do direito a tentar organizar a sociedade, ou equacionar os problemas sociais e os conflitos intersubjetivos a partir da elaboração e operacionalização de normas jurídicas.

Para esse autor, a grande ilusão criada pelo fetichismo do ordenamento jurídico-positivo é promover idealmente a harmonia em uma sociedade fraturada, conferindo unidade e coerência ao diverso e ao fragmentário. Assim, no campo jurídico as cisões sociais são momentaneamente superadas, por meio da criação de categorias universais como "igualdade", "imparcialidade" e "bem comum". Dessa forma, o campo jurídico torna-se um mundo controlável, podendo ser unificado em suas diferenças sociais, econômicas e políticas.

Indubitavelmente a consulta à produção jurídica de orientação formalista revela-se importante para compreender como formalmente são estruturadas as relações constituídas no curso da administração da justiça criminal. Contudo, para elaborar um quadro mais nítido da microtessitura que compõe a complexidade das relações sociais construídas nos caminhos da administração da justiça criminal, revelando como a violência e o poder simbólico se realizam nas varas criminais, a melhor via a ser seguida não será a de estudá-las com base exclusiva na consulta da legislação processual penal e sua doutrina jurídica correspondente. Isso porque as práticas cotidianas edificadas nas varas criminais transcendem os limites legalmente determinados para o exercício das funções de promotor, juiz ou defensor.

Já a literatura sociológica de orientação marxista aborda a relação pré-processual e processual penal em sentido oposto à abordagem fundada na dogmática jurídica tradicional, promovendo críticas contundentes às instituições policiais

<sup>2</sup> No Brasil, a administração da justiça criminal em suas fases inquisitorial e processual tem constituído objeto de reflexão de sociólogos, antropólogos, filósofos e juristas, dando origem a uma série de estudos com análises dimensionando particularmente as relações estabelecidas na fase do inquérito policial e no tribunal do júri, tais como o estudo de Lenio Streck (1998) que, em perspectiva antropológica, analisa o tribunal do júri concebendo-o como um rito de passagem, ordenador da trajetória ritualística do acusado na sociedade. Em outra dimensão, há os estudos de Rinaldi (1999) e de Castro (1999) que concebem o Tribunal do Júri como instrumento de controle social, no qual se expressam as fraturas sociais. Os trabalhos de Bicudo (1988, 1994), Mingardi (1992), Kant de Lima (1995), Adorno (1994) e Rudnick (1999) destacam o emprego da coação policial para obtenção de provas contra o suspeito que embora juridicamente não sejam admitidas, geralmente são empregadas no tribunal na formação do livre convencimento do juiz. Já os estudos de Schuch (2003) descrevem a rotina de uma delegacia de adolescentes em confronto com a lei e suas trajetórias no juizado da infância e juventude. Apesar dos importantes estudos já realizados, há ainda no Brasil poucos estudos de base empírica que abordem a relação processual penal construída concretamente e nas varas criminais brasileiras.

e judiciárias, relacionado-as à luta de classes, apreendendo a polícia e a justiça como aparelhos repressivos a serviço das classes ou grupos dominantes, ou de interesses de classes.

Essa literatura, em geral, critica o processo de criminalização na sociedade capitalista, as ações truculentas praticadas por policiais contra as populações pobres, as manifestações de trabalhadores, os meros suspeitos da prática de furto ou de roubo. São trabalhos que denunciam as batidas ilegais, as invasões de domicílios, as prisões arbitrárias, os maus-tratos e as execuções ocorridas nas periferias das grandes cidades.

Nessa perspectiva, a prática dessas ações pelo poder opressivo está intimamente associada a necessidades da manutenção e reprodução da estrutura de dominação econômica e política sob a qual vivem as classes dominadas. Ou seja, ao invés da visão idealista produzida pela literatura jurídica tradicional, aqui se constrói uma visão nitidamente instrumental que reduz a polícia e a justiça criminal a instrumentos de dominação de classe.

Ocorre, porém, que se a literatura jurídica é limitada para compreender empiricamente a complexidade das relações constituídas nos caminhos da administração da justiça criminal, essa última, por sua vez, revela-se insuficiente para apreender determinados modelos de relações que fazem parte do cotidiano policial e judicial.

Embora seja visível a submissão do acusado ao poder institucional da autoridade judicial nas relações constituídas nas varas criminais, os conflitos de interesses juridicamente protagonizados pelas partes conflitantes não configuram necessariamente casos em que a violência das ações seja direcionada às classes subalternas, com o fim de manter uma estrutura de dominação política e econômica. Há também conflitos de interesses interindividuais, intraclasses e interclasses com características específicas que transcendem a abordagem impressa pela dogmática jurídica tradicional, bem como pelo referencial sociológico que reduz o direito, a polícia e a justiça a um instrumento de manutenção e reprodução da dominação política e econômica.

A observação da relação processual penal revela que as instituições da administração da justiça criminal ressentem-se do respeito às normas jurídicas e aos valores sociais. Ressentem-se dos limites da “civilidade forense” para ordenar o mundo das autoridades judiciais e policiais. Esse

ressentimento de civilidade gera no espaço da delegacia policial e das varas criminais um ambiente propício para que as autoridades constituídas construam experiências de violência, muitas vezes contrária ao mundo jurídico, embora referente a ele.

A literatura que aborda a violência, dimensionando sua natureza instrumental nos oferece importantes contribuições, particularmente no âmbito da filosofia e da sociologia, tais como, a profícua reflexão elaborada por Arendt (1989) sobre o processo de constituição do totalitarismo e sua reprodução nos regimes democráticos atuais; a concepção elaborada por Althusser (1992) ao dimensionar a instrumentalidade dos aparelhos ideológicos e repressivos de estado; a construção de Elias (1996) demonstrando a relação entre a violência e o direito no processo civilizatório; as contribuições de Foucault (2002), que em suas reflexões desloca a violência e o poder para a esfera da microtessitura social; as importantes contribuições de Bourdieu (1989), que em seus estudos concebe a violência em dimensão simbólica.

Importantes também são as contribuições de autores brasileiros, cujos estudos enfocam a instrumentalidade da violência na realidade brasileira dimensionando diversos aspectos histórico-sociológicos da violência policial e judiciária<sup>3</sup>. Em seu estudo, Adorno (1994) estabelece um contraponto entre a justiça social e a igualdade jurídica, alertando para o fato de que nas sociedades modernas essa experiência não se verificou ou não se consolidou, pois o princípio da igualdade jurídica permaneceu não raro contido em sua expressão simbólica. Segundo o autor, em situações como essa, a distribuição da justiça acaba alcançando alguns cidadãos em detrimento de outros, uma vez que o acesso da população aos serviços judiciais é dificultado por razões de diversas ordens, e muito dificilmente as decisões judiciais, particularmente na justiça criminal, deixam de ser discriminatórias.

Na mesma linha que estabelece uma diferença entre direito penal do réu e direito penal do fato, Adorno (1994) destaca que a manifestação judiciária contém peso não desprezível de preconceitos sobre a população suspeita de ser

<sup>3</sup> Tais como Arns (1985), Bicudo (1988, 1994), Adorno (1994, 1995), Mingardi (1992), Cancelli (1994), Kant de Lima (1989, 1991, 1995, 1996), Bretas (1997), Cardia (1997), Cardia; Schiffer (2002), Pinheiro (1997), Santos (1999), Streck (1998), Schuch (2003).

perigosa e violenta. Assim, somados esses preconceitos à forma de produção das provas na fase inquisitorial criam-se condições objetivas para se produzir decisões que não se atenham a critérios técnico-jurídicos. Pois há o deslocamento do julgamento dos fatos, à luz da legislação penal, para a pessoa do réu, à luz do seu comportamento, ante os modelos considerados dignos e normais.

Para Marilena Chauí (1998), a violência se realiza como relações sociais e intersubjetivas, definidas pela opressão ou intimidação; pelo medo ou terror, que permeia o mundo contemporâneo em todas as instâncias, manifestando-se de formas variadas. Destarte, é equivocado pensá-la diretamente vinculada à pobreza, aos grandes centros urbanos ou a campos específicos, pois sua manifestação não se restringe aos espaços determinados, classes sociais, faixas etárias ou épocas.

A violência está na destruição física do adversário; na imposição do silêncio pela perda do acesso à linguagem; na desistência forçada pela impossibilidade de manter o conflito ante o esmagamento psicológico que mina a confiança na capacidade de lutar ou crer na possibilidade de existirem regras justas.

Nas delegacias policiais e nas varas criminais, a violência instala-se cotidianamente ganhando vida nas pequenas ações de alguns juízes, promotores, defensores, delegados e escrivães de polícia que refletem a frieza, a indiferença e a incivilidade em relação ao outro, que se vê reduzido a objeto, apontando para práticas socialmente instituídas em que a insensibilidade torna-se um hábito.

Na esfera relacional dos agentes que se movimentam no campo jurídico, as linhas da convivência entre os mesmos vão tecendo a trama de experiências cuja origem não está necessariamente associada ao projeto da instituição judiciária ou policial. Ou seja, vão construindo e reconstruindo um espaço, com relações ordenadas de modo independente das instituições, podendo até contrariar os fins institucionais. E esse espaço onde as instituições judiciárias e policiais não conseguem “civilizar” é o território das experiências (COSTA, 1984).

Diversamente do que pensam os juristas que concebem a justiça como um campo de recorte técnico-operativo, dotado de meios e fins factuais, vinculado aos preceitos da cidadania, a lisura das normas jurídicas e a solução das lides equacionadas sob manto da neutralidade, a justiça con-

figura-se como um paradoxo da unidade e desunidade, um campo jurídico onde é plenamente possível que em determinado julgamento um magistrado seja subornado e atue apenas como um “prolatador de decisões”, cometendo “erros” propositais para favorecer uma das partes em litígio.

Decerto que essa hipótese poderá ser considerada exótica, mas situações similares já foram amplamente divulgadas no âmbito do sistema judiciário brasileiro. O problema maior é que essas situações ganham foros de legitimidade e se consagram como procedimentos “normais”.

Nessa hipótese, apesar do inconformismo da parte prejudicada e a possibilidade de recurso à instância superior, não se pode negar que legalmente houve um julgamento e que a decisão foi legítima. Assim, temos, concretamente, uma justiça despida do seu ideário humanístico à medida que, uma vez prolatada, a sentença se impõe como uma decisão legítima e racional, embora se realize apenas como miragem da justiça que, simultaneamente, serve para justificar uma decisão (que por si só constitui uma forma de violência) e obscurecer as contradições do campo jurídico.

Consoante observa Bourdieu (1989), por meio da operacionalização de um corpo doutrinário e códigos normativos, o sistema judiciário é idealmente convertido em um mundo racional, passível de controle e unificador das diferenças políticas, econômicas e sociais. Nesse mundo, a diversidade é momentaneamente superada a partir da possibilidade de resolução dos conflitos de pretensões juridicamente opostas, com a criação de categorias universais, tais como, “justiça pública”, “bem comum”, “igualdade entre as partes”, “ampla defesa”, “contraditório”, e “imparcialidade da decisão judicial”. Todavia, os conflitos e contradições presentes no campo jurídico são facilmente percebidos na observação do cotidiano judiciário.

A ideia convencional da jurisdição como função neutra, protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes foi completamente refutada por estudos sociológicos e antropológicos. Todavia, percebe-se nitidamente no discurso de juízes e promotores a resistência tanto a essa ideia, como à permeabilidade do Direito por outros campos do conhecimento, particularmente a Sociologia e a Antropologia.

Conforme já referido, na esfera jurídica a normalidade da conduta dos agentes que se movimentam nos caminhos da administração da justiça criminal constitui objeto de regulação do Direito, que busca disciplinar a ação desses agentes estabelecendo a ordem de obediência desejada, mediada pela racionalidade dos limites de variação previsível do comportamento desejável e indesejável no interior desse campo.

Logo, dimensionar a relação processual penal em sua lógica interna configura uma realidade. Redimensioná-la materialmente em suas múltiplas determinações constitui outra bem distinta. Pois, a dogmática jurídica revela apenas a camada mais tênue do substrato social, a partir do qual emergem os elementos mais complexos e dinâmicos de concreção da organização social.

Partindo desse pressuposto, conclui-se que uma análise minuciosa da relação processual penal, dimensionando a violência, a dignidade humana e os limites da racionalidade jurídico-positiva nas varas criminais, nos remete, necessariamente, para a operacionalização de conceitos que transcendem a pura dogmática jurídica, tais como os conceitos de campo jurídico, capital simbólico e poder simbólico elaborados por Bourdieu (1989).

Conforme observa esse autor, as varas criminais configuram-se como campo jurídico relativamente autônomo, em que os agentes atuam de maneira relativamente independente, no qual pode se observar como uma variedade de fatores extrajudiciais, tais como o status social da vítima e do acusado, as interações entre os agentes, o ânimo da comunidade, os valores e preconceitos dos jurados, a competência técnica da acusação e defesa, as vaidades de promotores, juízes e defensores, o medo e a coerção, revelam as limitações da "civilidade forense".

Nessa perspectiva, deve-se abordar a relação processual penal situando-a como elemento do campo jurídico, o que significa reconhecer a vara criminal como um campo estruturado de forças, fragmentado por múltiplas possibilidades de inserir e posicionar os sujeitos sociais no mundo em que se inscrevem. Pois, relação processual penal se realiza como relação de conflito, de antagonismo, de dominação, de busca de uma "verdade real" em um campo em que se insiste em ocultá-la, omiti-la ou desfigurá-la.

## As varas criminais e o campo jurídico

O Direito permeia todas as esferas da atividade humana, repercutindo nas relações intersubjetivas, políticas, econômicas, familiares, patrimoniais e trabalhistas, submetendo os homens a um sistema de regulamentação jurídica, com o fim de produzir a relativa estabilidade das relações interpessoais e a pacificação social.

Segundo Elias (1996), o processo civilizatório e a consolidação da democracia nas sociedades ocidentais resultaram na monopolização estatal da violência como mecanismo de resolução dos conflitos interpessoais, intergrupos, ou interclasses. Essa monopolização, por sua vez, promoveu a constituição de uma nova economia moral capaz de inibir a violência gratuita e de oferecer garantia de segurança a um maior número de pessoas. Garantias essas convertidas em direitos, tais como o direito à vida, à liberdade, e o acesso à justiça.

Na sociedade moderna o uso da violência pelo particular só é admissível em circunstâncias determinadas, mediante a estrita observância da lei, uma vez que a legalidade constitui o fundamento de um sistema jurídico confiável, cuja funcionalidade e operações garantem previsibilidade de ações dos indivíduos e resolução de conflitos segundo regras reconhecidas como legítimas. Assim, todos devem ser submetidos de forma igual às leis, independentemente de sua classe social, sexo ou opção sexual, cor da pele, religião ou condição sócio-econômica.

Foi fundada nesse pressuposto, inscrita no contexto das reformas penais ocorridas em praticamente todas as sociedades do mundo ocidental, a partir da primeira metade do século XIX, que se sustentou a criação dos órgãos componentes da administração da justiça criminal, entre eles a polícia, a justiça criminal e as prisões modernas (ELIAS, 1996). Nesse sentido, configurou-se, modernamente, um sistema de justiça criminal fundado na racionalização de um direito penal, capaz de promover a responsabilidade individual da pena; na formação jurídica especializada; na profissionalização das funções judiciais; na ideia de que todo cidadão acusado da prática de um crime tem direito à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência.

Em seu estudo, Elias (1996) demonstra que o processo civilizador converteu o Direito na referência mais impor-

tante da vida civilizada ao substituir os vínculos sociais de grupo, raça, nacionalidade, credo religioso ou descendência por um novo tipo de vínculo fundado nas relações de subordinação racional legal. Ressalta esse autor que a constituição de um corpo de “doutos”, formado por legisladores, magistrados, promotores, advogados e professores, a instituição de órgãos judiciais fundados essencialmente na sistematização do saber jurídico e o desenvolvimento de um sistema de ensino destinado à promoção do estudo e da legitimação técnico-científica dos institutos jurídicos permitiram à ordem jurídica se impor dispensando a legitimação da autoridade religiosa e se sobrepor à tradição de tal forma que no mundo civilizado o Direito passou a se distinguir por sua considerável autonomia em relação à política, à religião e às instituições não-jurídicas.

No mesmo sentido, Bourdieu (1989) esclarece que ao abordar elementos do campo jurídico como objeto de estudo, ao pesquisador é indispensável compreender as relações construídas nas varas criminais dimensionando a força do direito, a estrutura dos sistemas simbólicos imanente ao campo jurídico, bem como a forma específica do discurso jurídico e os fundamentos sociais de sua autonomia.

Bourdieu (1989, p. 212) compreende o campo jurídico como

um lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito [...] no qual se defrontam agentes investidos ao mesmo tempo de competência social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre e autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.

Nessa ótica, as varas criminais configuram-se concretamente como campo jurídico. Pois, no interior dessas instituições, a divisão do trabalho possui sua lógica fundada na concorrência estruturalmente regulada entre advogados, juízes, promotores, defensores, acusados, vítimas, testemunhas e demais agentes estruturalmente ligados a esse campo.

Nas falas dos advogados criminalistas, defensores públicos, juízes e promotores, os mesmos se revelam como uma categoria profissional do campo jurídico, cuja linguagem e postura estão marcadas por um ponto comum: todos são excelências e doutos em ciências jurídicas, argumento usado com regularidade para diferenciá-los das vítimas, réus, testemunhas e outros agentes que circulam no espaço judicial.

Este saber técnico constitui a fonte da competência jurídica dos operadores do direito e, conseqüentemente, a fonte legitimadora do exercício do poder no campo jurídico. Conforme definição de Bourdieu (1989), a delimitação do espaço da justiça implica a constituição fática de uma fronteira entre os especialistas, aqueles autorizados e legitimados a utilizar e decodificar o saber jurídico e os não-especialistas agentes desqualificados e ilegítimos para participar e influenciar os procedimentos adotados no campo jurídico.

O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo (BOURDIEU, 1989, p. 229).

Bourdieu (1989) destaca, ainda, a importância de se observar a hermenêutica no campo jurídico, pois esta tem a finalidade de orientar o direito para fins objetivos e adequados à determinação de efeitos práticos. Dessa forma, mantém-se o relativo equilíbrio do campo jurídico à custa da restrição da sua autonomia. Portanto, as divergências entre os “intérpretes autorizados”, bem como as ações por eles desenvolvidas são limitadas por um sistema normativo que regula o campo jurídico, embora na leitura do texto jurídico esteja em jogo o confronto entre agentes, posto que a interpretação do texto configura-se como uma forma de “apropriação da força simbólica” que nele se encontra em estado potencial.

O tecnicismo jurídico cria uma “atmosfera de oficialidade”, funcionando como instrumento de “neutralização” da ação legalmente praticada, ou da decisão proferida pelo magistrado, ao mesmo tempo em que imprime relativa uniformidade à argumentação dos operadores do direito. Esse saber técnico, ou discurso argumentativo e dogmático constitui a fonte da competência jurídica dos operadores do direito e, por conseguinte, a fonte da violência simbólica, pois as diferentes formas de atuação adotadas por delegados, promotores e juízes refletem, indubitavelmente, distintas formações, opiniões políticas e funções ocupadas no decorrer da vida.

É evidente que não se deve estudar a constituição das relações socialmente instituídas nas varas criminais sem considerar suas relações com os processos de exploração e domi-

nação capitalista. Todavia, esse fator, por si só, não explica os mecanismos de sujeição e construção da subjetividade, no interior desses espaços, pois as singularidades subjetivas revelam-se como formas possíveis de diferenciação, derivadas das possibilidades delineadas no mundo circunjacente no qual se inscrevem os agentes que nele se movimentam.

Nesse sentido, Foucault (2002) esclarece que o poder não está localizado em pontos fixos e exclusivos da estrutura social, mas se expande como uma rede por toda a sociedade, assumindo formas regionais, concretas, da qual não se escapa, pois, as relações de poder são modalidades relacionais baseadas em diferentes técnicas de dominação e controle social, que penetram na vida cotidiana dos indivíduos, caracterizando-se como microestruturas de poder.

As relações de poder não devem ser entendidas apenas em uma dimensão institucional, posto que se efetivam em todas as relações estabelecidas na microtessitura social, à medida que as diferentes formas pelas quais juízes, promotores e defensores pensam, dispõem e organizam o espaço cotidiano das relações nas varas criminais estão marcadas pelas condições de existência numa sociedade fraturada, atravessada pelas microrrelações de poder.

Foucault (2002) observa que as práticas disciplinares têm papel fundamental na construção das normas de comportamento. É o olhar que vigia, classifica, estabelece padrões de comportamento e controla de forma sutil. Esse olhar que quadricula espaços, individualiza e disciplina os corpos possibilitando sua observação, torna-se invisível ao interiorizar-se nas pessoas, fazendo com que elas sejam agentes de reprodução desse poder que disciplina as práticas cotidianas na igreja, na sala de aula, na mesa de refeições, ou mesmo nas varas criminais.

Assim, a construção da subjetividade constitui-se como produção social mutável e fragmentária, expressando faces de sujeitos, em que a própria produção do inconsciente deriva de um processo de subjetivação dominante e cristalizada a partir das relações de poder simbólico.

Consoante Bourdieu (1989, p. 8-9), “[o] poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo o exercem”. Assim, para esse autor, o universo simbólico constitui-se, paralelamente, como instrumento de compreensão e edificação

do mundo objetivo. Uma vez que o universo simbólico é, ao mesmo tempo, estruturado e estruturante da realidade, assumindo funções política e ideológica ao dar sentido ao mundo social.

O poder simbólico é vivificado no plano da concreção pelas relações de comunicação e pelos conflitos simbólicos desenvolvidos pelos agentes que se movimentam cotidianamente nas varas criminais, criando condições objetivas para o exercício da dominação através da manipulação da subjetividade e do consentimento ativo. Assim, há de se considerar a natureza particular das relações sociais edificadas no cotidiano das varas criminais, pois, embora sofram a influência do contexto macroestrutural, desenvolvem traços peculiares com dimensões subjetivas próprias.

Partindo desses vetores analíticos, no âmbito do cotidiano e em perspectiva empírico-dialética, as varas criminais deverão ser incorporadas ontológica e epistemologicamente ao processo de pesquisa como espaço físico de natureza material e espaço humano-social construído na experiência de vida de seus agentes, permeado por relações de poder, lutas políticas e ideológicas, bem como por complexas redes de relações de trocas simbólicas, que influem significativamente na edificação da vida social estruturadas nesses espaços.

Portanto, as varas criminais constituem microsistemas sociais, bem visíveis e relativamente isolados, nos quais é possível observar e participar diretamente das interações e conflitos desenvolvidos nesses espaços. Nesses espaços, a relação processual penal deve ser compreendida na totalidade das possibilidades de suas experiências, relacionando-se de modo sensível o sentido entre as ações legalmente permitidas e as legalmente proibidas desenvolvidas no campo jurídico.

## Considerações finais

Embora o sistema de racionalidade jurídico-positivo reflita um modo de imaginar a realidade (GEERTZ, 1997), os caminhos que levam às conexões entre direitos e representações culturais são complexos e nem sempre coincidentes. Todavia, quando o universo da juridicidade satisfaz-se somente com suas referências internas, “[o] existir do direito se dá longe do mundo: como em uma confraria impenetrável, a tecnicidade faz com que as normas percam sua ligação com o mundo sensível” (D’ÉLIA, 1996, p. 57).

Nesse universo, a racionalidade jurídica converte uma relação vertical em uma relação horizontal, obscurecendo a existência de “desiguais” no campo jurídico, fazendo com que juízes, defensores e promotores percamos de vista o sentido de opressão inscrito no trabalho que realizamos, uma vez que atuamos como se de fato todos fossem iguais, ao servirmos de mediadores de uma realidade que não é a sua (STREK, 1998).

Dessa forma, a racionalidade jurídico-positiva torna-se incapaz de apreender as relações que se desenvolvem nos caminhos da administração da justiça criminal, dimensionando-as em uma sociedade fraturada, marcada pelas contradições das condições de existência material. Daí decorre a necessidade de se pensar a relação processual penal, deslocando-a da esfera jurídico-positiva para recolocá-la na esfera da sociologia, da antropologia e da psicologia. Indubitavelmente esse deslocamento proporcionará um salto qualitativo na compreensão da relação processual penal.

## Referências

- ADORNO, Sérgio. Cidadania e administração da justiça criminal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 6, p. 121-148, jul./dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 132-151, 1994.
- \_\_\_\_\_. A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada. **Sociedade e Estado**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 299-342, jul./dez. 1995.
- ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos de estado**: notas sobre os aparelhos ideológicos de estado. Rio de Janeiro: Graal, 1992.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 562 p.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. 114 p.
- ARNS, Paulo E. Prefácio. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Brasil nunca mais**. Petrópolis: Vozes, 1985.
- BICUDO, Hélio. **Do esquadrão da morte aos justiceiros**. São Paulo: Paulinas, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Violência**: o Brasil cruel e sem maquiagem. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1994. 120 p. (Polêmica).
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. 311 p.
- BRETAS, Marcos Luiz. Observações sobre a falência dos modelos policiais. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 79-94, maio 1997.
- CALDEIRA, Tereza P. **Cidade de muros**. São Paulo: Edusp, 2000. 400 p.
- CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência**: a polícia da era Vargas. 2. ed. Brasília: UNB, 1994. 227 p.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 650 p.
- CARDIA, Nancy. O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 249-265, maio 1997.
- \_\_\_\_\_. SCHIFFER, Sueli. Violência e desigualdade social. **Ciência e Cultura**: Revista da Sociedade Brasileira de Desenvolvimento e Progresso da Ciência, v. 54, n. 1, p. 25-31, jul./set. 2002.
- CASTRO, Kátia de. **O júri como instrumento de controle social**. Porto Alegre: Fabris, 1999. 159 p.
- CHAUÍ, Marilena. Ética e violência. **Teoria & Debate**, São Paulo, v. 11, n. 39, p. 32-41, out./dez. 1998.
- \_\_\_\_\_. Sobre o medo. In: NOVAES, Adauto. **Os sentidos da paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- COSTA, Jurandir Freire. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- COSTA, Paula Martins. Sobre a posição da polícia judiciária na estrutura do direito processual penal brasileiro da atualidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 26, p. 213-220, abr./jun. 1999.
- D'ÉLIA, Otávio. Duas formas de apreensão do fenômeno jurídico. In: COHEN, Cláudio; FERRAZ, Flávio C.; SEGRE, Marco (Org.). **Saúde mental, crime e justiça**. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 55-62.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: a formação do estado e civilização. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996. v. 2.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. A administração de conflitos no Brasil: a lógica da punição. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Orgs.). **Cidadania e violência**. Rio de Janeiro: UFRJ; FGV, 1996. 367 p., p. 165-177.
- \_\_\_\_\_. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 4, n. 10, p. 65-84, jun. 1989.
- \_\_\_\_\_. Ordem pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada (Inquérito e jury system). **Anuário Antropológico**, Brasília, n. 88, p. 21-44, 1991.
- \_\_\_\_\_. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro**: seus dilemas e paradoxos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 164 p.
- MINGARDI, Guaracy. **Tiras, gansos e trutas**: cotidiano e reforma na polícia civil. São Paulo: Página Aberta, 1992.
- MIRABETE, Júlio F. **Processo penal**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. 849 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1024 p.

PINHEIRO, Paulo S. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v.9, n. 1, p. 43-52, maio 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. 415 p.

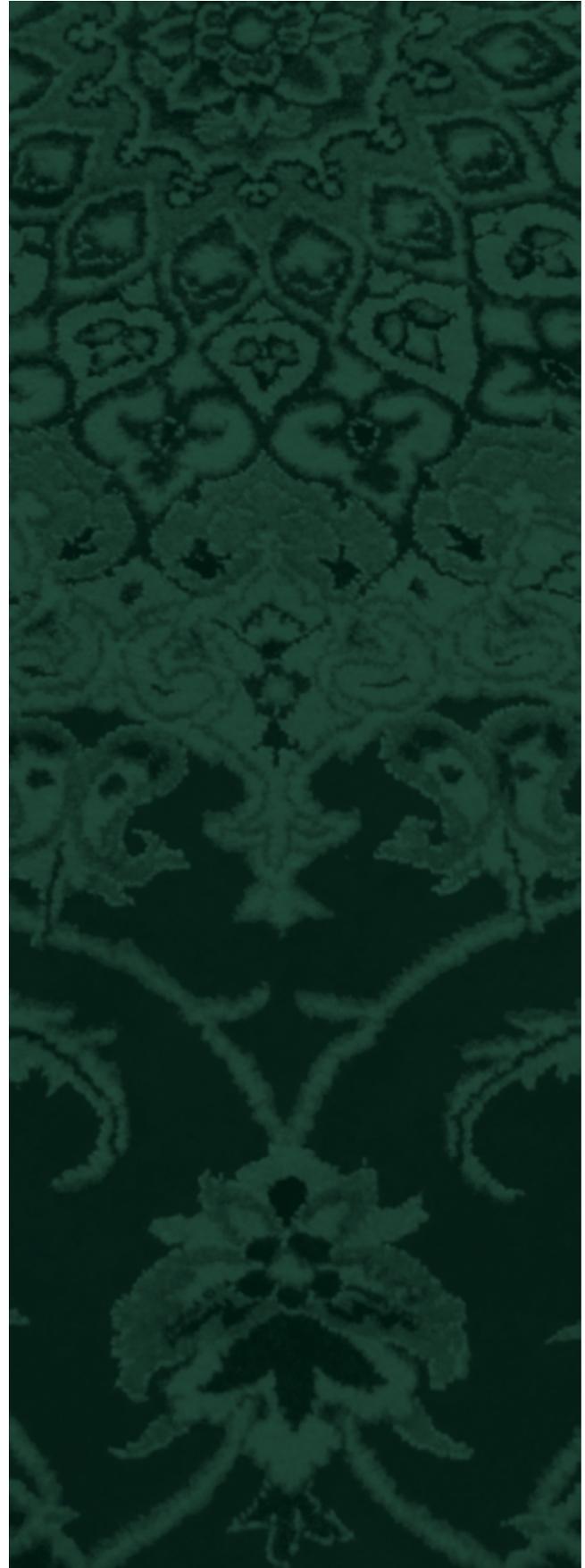
RINALDI, Alessandra A. **Dom, iluminados e figurões**: um estudo sobre a representação da oratória no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: U.F.F. 1999. 112 p.

RUDNICK, Dani. Prisão, direito penal e respeito aos direitos humanos In: SANTOS, José Vicente Tavares dos (Org.). **Violências no tempo da globalização**. São Paulo: Hucitec, 1999. 570 p.

SCHUCH, Patrice. Tramas de significado: uma etnografia sobre sensibilidades jurídicas e direitos dos adolescentes no Plantão da Delegacia do Adolescente Infrator e no Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS. In: KANT DE LIMA, Roberto. (Org.). **Antropologia e direitos humanos 2**. Niterói: EDUFF, 2003. p. 157-202.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 187 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Prática de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.





José Augusto Torres Potiguar  
Ficha suja e eleições

#### Resumo

Trata do projeto de lei, de iniciativa popular, que visa a tornar inelegível a cargo político o candidato cognominado de "ficha suja". Alude à pressão popular para que o Congresso Nacional aprove o candidato para as eleições de 2010. Analisa as hipóteses de inelegibilidade, previstas no projeto, a serem motivadas pela condenação por abuso de poder econômico ou político, ou de outros crimes, bem como em caso de renúncia ao mandato por parlamentar, em face de representação para a abertura de processo para a perda do cargo, ou ainda por força de rejeição de prestação de contas pelo órgão competente, salvo se a decisão nesse sentido vier a ser suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.

#### Palavras-chave

"Ficha suja". Inelegibilidade. Popular. Eleições. Mandato. Renúncia. Cassação.

#### Abstract

The paper deals with the law project, derived from the popular initiative that aims to turn the "criminal – record" candidates ineligible. It alludes to the popular pressure so that National Congress approves the candidate for the 2010 elections. It analyses the hypothesis of ineligibility, foreseen in the Project to be motivated by the conviction resulting from abuse of economic or political power, or from other crimes. It also deals with cases in which a member of the parliament renounces a mandate in face of the representation procedure for job loss or for rejection to render accounts by the organ in charge, except if the decision, in this sense is cancelled or voided by the Judiciary Power.

#### Key words

"Criminal record". Ineligibility. Popular. Elections. Mandate. Renounce. Disfranchisement.

# Ficha suja e eleições

## Criminal record and elections

Em matéria eleitoral discute-se atualmente sobre a possibilidade de impedir pessoas que tenham sofrido algum tipo de condenação judicial de participar de eleições em todos os níveis. Seria mais uma causa de inelegibilidade.

O exercício de direitos políticos é garantia estrutural de um Estado Democrático de Direito, posto que é através dele que o cidadão pode participar da formação do Poder, seja na função executiva, seja na função legislativa. E como garantia que é, somente pode ser retirada em situações excepcionais previstas ou amparadas na própria Constituição Republicana. Tais exclusões formam os chamados direitos políticos negativos através das inelegibilidades.

É certo que as disposições constitucionais que tratam das regras definidoras de inelegibilidades não incluem em seu rol a situação do chamado "ficha suja". Contudo, o preceito inserido no parágrafo nono do artigo 14 da Constituição Federal (CF), ao estabelecer que lei complementar definirá "outros casos de inelegibilidade", aponta desde logo para a princiologia em que se fundamentam todas as regras de direito político negativo, inclusive as referidas expressamente no texto constitucional.

A princiologia das inelegibilidades está fundamentada na probidade administrativa e na moralidade para desempenho

## José Augusto Torres Potiguar\*

\* Procurador Regional da República em Belém e professor de Direito Tributário e de Proteção aos Interesses Difusos na Universidade Federal do Pará (UFPA). Formado em Direito pela UFPA, com mestrado em Direito Tributário pela UFPA, atua no Ministério Público Federal desde 1982. Foi Procurador Regional dos Direitos do Cidadão de 1993 a 1998. Atuou como Procurador Regional Eleitoral no Pará entre 1998 e 2002, e também nos anos de 2006 a 2008. Foi Procurador-chefe do Ministério Público Federal (MPF) no Pará de 2002 a 2004 e, agora reconduzido ao cargo, chefia a Procuradoria da República no Pará no biênio 2008/2010.

de mandatos, considerando-se para tanto a vida progressa do candidato. E a não está exigida a condenação judicial em qualquer esfera. Daí o entendimento de que é possível impugnar-se um registro de candidatura demonstrando que a vida progressa do cidadão contém fatos demonstradores de afronta à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, como na hipótese de candidato que responde a diversas ações penais por crime contra a Administração Pública e outras tantas pela prática de atos de improbidade administrativa, além de já ter tido mandato anterior cassado. Não seria, pois, adoção de critério subjetivo, mas sim a demonstração patente da realidade, que deve sempre ser considerada independente de aspectos formais, notadamente no Direito Eleitoral, no qual também se deve aplicar o princípio da verdade real.

É certo que o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a matéria exige regulamentação em sede legislativa. Tal decisão acelerou campanha popular organizada dentre outras instituições pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), visando o apoio dos cidadãos no sentido de apresentação de projeto de lei de iniciativa popular, projeto esse finalmente apresentado no mês de setembro/2009 ao Congresso Nacional com mais de um milhão e trezentas mil assinaturas.

A iniciativa popular já foi adotada no Brasil em matéria eleitoral através da Lei n.º 9.840/99, que trouxe diversos mecanismos de defesa do regime democrático e purificação do processo eleitoral visando sempre o respeito à verdadeira vontade do eleitor manifestada livre e soberanamente, sem mecanismos viciados decorrentes do poder econômico ou político. Foi ela que introduziu a possibilidade de cassação de registros ou mandatos em alguns dos casos de prática de conduta vedada. Mas, foi a introdução do artigo 41-A na Lei das Eleições a grande contribuição da população brasileira, passando a coibir a captação ilícita do sufrágio – a compra de votos. Na comemoração do primeiro decênio de vida da Lei n.º 9.840/99, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) divulgou que mais de seiscentos e vinte políticos já tiveram seus mandatos cassados em tal período graças ao artigo 41-A. É um número triste porque demonstra o quanto estamos longe da principiologia das inelegibilidades, mas é gratificante pela demonstração de validade do mecanismo adotado na defesa do regime que pretende ser verdadeiramente democrático.

O projeto de lei visando punir o “ficha suja” certamente que sofreu profundas resistências no Congresso Nacional, eis que diversos de seus membros respondem a ações penais ou de improbidade administrativa. Mas a pressão popular certamente ensejará sua aprovação ainda para as eleições de 2010, como fruto da pressão popular e da sensibilidade de alguns congressistas que buscam a purificação da espécie. Fruto de negociação política, o projeto popular que leva o n.º 518 na última versão datada de 10 de março de 2010, estabelece diversas alterações no campo das inelegibilidades.

A primeira delas, e com grande repercussão prática, envolve a fixação de prazo mais longo para a inelegibilidade resultante de condenação da Justiça Eleitoral por abuso de poder econômico ou político que passa a ser de oito anos contados da eleição em que se deu o fato, o que é um grande avanço, pois a legislação atual estabelece um prazo de três anos, que na prática não atinge nenhum dos condenados.

Passa a ser inelegível o cidadão que tenha alguma condenação pela prática de diversos crimes (e o rol deles foi ampliado) por órgão colegiado ou singular. O recurso interposto contra a sentença não afasta a inelegibilidade, pois não há a exigência de trânsito em julgado da decisão. Este ocorrendo, obviamente, acarreta a cristalização do

efeito consistente na inelegibilidade. Trata-se de critério objetivo para evidenciar a vida pregressa. Tal regra, se transformada em lei (como se acredita que será) vai criar um enorme desafio ao poder judiciário comum representado pela extrema necessidade de aceleração das tramitações processuais e prolação das decisões. E aí, outras regras do sistema jurídico serão necessárias, como a reforma do Código de Processo Penal (CPP), já em fase adiantada de tramitação no Congresso Nacional.

Estabelece, ainda, o Projeto de Lei (PL) n.º 518 que a renúncia de mandato por parlamentar sujeito à perda do cargo em razão de oferecimento de representação capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, constituirá causa de inelegibilidade para as eleições a serem realizadas no restante do prazo do mandato e nos oito anos seguintes ao término da legislatura. Tal regra acabará com a renúncia como forma impeditiva de cassação de mandato.

A aprovação do projeto de lei de iniciativa popular que combate o “ficha suja” será um grande avanço no aperfeiçoamento do regime democrático brasileiro, primeiro porque efetivará os princípios inseridos na Constituição Republicana, segundo porque evidencia a satisfação do anseio da população que não suporta mais ver seu dinheiro, transformado em receita pública, ser apropriado por pessoas inescrupulosas. Que venha logo.

O “ficha suja”, porém, já sofre alguma restrição, eis que a Lei das Inelegibilidades já afasta do processo eleitoral todo e qualquer agente público que tenha sua prestação de contas rejeitada pelo órgão competente, salvo quando tal decisão estiver sob apreciação do Poder Judiciário, conforme disposto no artigo 1.º, inciso I, alínea “g” da Lei Complementar (LC) n.º 64. Para tanto, o artigo 11, parágrafo 5.º da LC n.º 64 determina que os Tribunais de Contas encaminhem à Justiça Eleitoral a relação dos agentes que tiveram contas rejeitadas.

Nos momentos iniciais de aplicação da LC n.º 64 diversas foram as ações levadas ao Judiciário Eleitoral com a finalidade de impedir registro daqueles cujas contas foram rejeitadas pelo órgão competente. Na iminência de se verem afastados do processo eleitoral, aqueles que tiveram seus pedidos de registro impugnados, usando de errônea

interpretação da lei, ajuizavam ações anulatórias das decisões que rejeitaram suas contas, e defendiam-se nas impugnações a registro com o argumento de que estavam alcançados pela exceção contida na regra acima indicada.

As discussões sobre a real interpretação da lei, quando faz ressalva dizendo “salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário”, ganharam as instâncias superiores, pelo que o TSE editou sua primeira súmula consagrando o entendimento que beneficiava o “ficha suja”. Diz a Súmula 01-TSE: “proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a ineligibilidade”. O TSE firmou a interpretação de que “submeter à apreciação do Poder Judiciário” seria tão somente a mera protocolização de petição inicial da ação desconstitutiva, ainda que fosse ela inepta, eis que não se exigia nenhum tipo de verificação por parte do magistrado da justiça comum.

A Súmula 01-TSE representava, na prática, um atestado em branco para que o “ficha suja” pudesse continuar a disputar eleições, e negava a independência do Poder Judiciário comum, eis que o juiz nada poderia fazer para impedir carreiras políticas profundamente nefastas para sociedade, porque seus despachos não eram considerados para se entender a extensão do verbo apreciar.

O Direito, porém, é dinâmico e tem sempre a possibilidade de ser discutido, permitindo a revisão de decisões e evolução da jurisprudência. Por conta disso sempre insisti em sentido diverso do TSE.

Para melhor interpretação da ressalva legal, mister se faz, primeiramente, situar o significado do verbo apreciar e da palavra “APRECIAÇÃO”, usada pelo legislador. Segundo o dicionário Michaelis, “apreciar” significa “1. Dar apreço a; estimar, pregar. 2. Avaliar, julgar. 3. Considerar”, e “APRECIAÇÃO” significa “Ato ou efeito de apreciar. 2. Estimação do valor da coisa; avaliação. 3. Ligeira crítica literária, artística ou científica. 4. Análise, exame”.

O egrégio TSE deu interpretação diversa do próprio significado da palavra ao editar a Súmula 01, segundo a qual essa apreciação significa tão somente a protocolização da petição inicial de ação judicial para reformar a decisão que rejeita as contas. Ora, e data máxima vênia, a APRECIAÇÃO no contexto jurídico posto pela LC n.º 64 significa análise, exame da decisão rejeitando as contas, o que só pode ser feito através de uma ação ajuizada no foro competente, mediante observação de todas as condições exigidas para as ações em geral, e com despacho concedendo a ressalva da lei. Para que essa ação possa produzir efeitos previstos da LC n.º 64 é necessário que o magistrado faça análise, inclusive das próprias condições da ação e requisitos de elaboração de uma petição inicial. É que a existência de uma ação judicial somente se opera com o recebimento e aceitação da peça de ingresso, o que só pode ser feito mediante despacho do magistrado, conforme se infere da regra posta no artigo 267, I, do Código de Processo Civil (CPC). Na hipótese de indeferimento da inicial, como permite esse dispositivo legal, o processo é declarado extinto. Isso demonstra, aliás, a importância desse despacho para a aceitação daquela peça e conseqüente existência da ação judicial.

A afirmativa feita acima resulta, inclusive, dos próprios conceitos fundamentais em teoria geral do processo, envolvendo a “ação, processo e procedimento”. **Ação:** para a Teoria Eclética, incorporada ao sistema processual civil brasileiro ex-vi do artigo 267, VI, do CPC, o direito de agir tem requisitos representados pelas chamadas condições da ação, que, se ausentes, determinam a extinção do processo sem julgamento do mérito. **Processo:** com a sua natureza jurídica melhor definida pela teoria da Relação Processual, e sabendo-se que o conceito não se confunde com a identificação da natureza, registra-se a lição de Alexandre Câmara, para quem “o processo (jurisdicional, entenda-se) é o procedimento em contraditório animado pela relação jurídica processual”. Assim, ação somente é considerada existente quando o magistrado analisa o atendimento das condições exigidas pelo artigo 267, VI, do CPC, além, da observância dos requisitos exigidos para elaboração da peça inicial.

Portanto, firmar o entendimento de que a ressalva da LC n.º 64 se materializa com a simples protocolização da peça inicial da ação, é inobservar os conceitos básicos acima demonstrados.

Por outro lado, cabe destacar que a prevalecer a continuidade de aplicação da Súmula 01 TSE na parte relativa à configuração da suspensão da inelegibilidade, implica negar ao Judiciário a aplicação de preceito contido no artigo 273 do CPC que criou, através da Lei n.º 8.952/94, o instituto da tutela antecipada visando acelerar a manifestação jurisdicional mediante detida ANÁLISE ou APRECIACÃO da questão posta em petição inicial de ajuizamento de uma ação. É mister destacar que o instituto em questão é posterior à edição da Súmula 01 TSE, o que evidencia a necessidade de reparo nesta, eis que, se era certo concluir na forma da Súmula, tal entendimento decorria da inexistência de um instrumento processual eficaz que garantisse a real apreciação pelo magistrado, eis que anteriormente tínhamos somente o poder geral de cautela. Com a instituição da Antecipação de Tutela, aplicável a toda e qualquer ação, a parte autora de uma demanda possa obter de modo célere e eficiente a manifestação jurisdicional acerca da ressalva contida na LC n.º 64.

Assim, não se pode pretender aplicar a parte final do dispositivo contido no artigo 1.º, “g” da LC n.º 64 sem que se exija uma MANIFESTAÇÃO JURISDICIONAL que conceda a parte a suspensão da decisão rejeitando a prestação de contas.

Aliás, o próprio TSE, já após a Súmula 01, ainda que de forma implícita já havia decidido na linha aqui sustentada, senão vejamos:

Pacífica a Jurisprudência da Corte tem sido no sentido que não basta a existência de ação judicial voltada a desconstituir a decisão da Câmara Municipal, para Ter-se como presente a ressalva da parte final do art. 1, I, “G” da Lei de Inelegibilidades, é imprescindível que a ação judicial ataque todos os fundamentos que embasam o decreto de rejeição, além do que, a medida deve anteceder a ação de registro de candidato (TSE, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, Revista do TSE, v. 6-04, p. 21).

O acórdão em questão, datado de 5 de agosto de 1994, demonstra que a simples protocolização da inicial de ação não tem o condão de afastar a inelegibilidade, sendo necessário QUE O MAGISTRADO ANALISE A PEÇA VESTIBULAR para ver se a mesma ataca todos os fundamentos da decisão. Aí, complete-se, que a conclusão do magistrado há de estar escrita em uma decisão que

reconheça a exigência acima e conceda o efeito desejado, qual seja, a suspensão dos efeitos da decisão administrativa.

Ademais, no momento atual de avanços das regras eleitorais a partir da criação do artigo 41-A da Lei n.º 9.594, a qual foi aperfeiçoada com a edição da Lei n.º 11.300, em busca da moralização do eleitoral, o que encontra consonância com a regra do artigo 37 da Constituição Federal, é um contra senso se admitir que a decisão de um órgão competente que rejeitou uma prestação de contas, seja afastada com a mera protocolização de uma petição inicial, a qual, muitas vezes, sequer poderia ser recebida, e sem nenhum fundamento capaz de permitir uma ANÁLISE ou APRECIACÃO que afaste a decisão administrativa.

Esses argumentos foram por mim levados ao plenário do Tribunal Regional do Pará no pleito de 2006, e a Corte, por maioria, acatou as ações de impugnação a pedido de registro de candidatura, em decisão inédita, antes mesmo do TSE flexibilizar a aplicação da Súmula 01 e se posicionar no sentido de que o “ficha suja” só afastará sua inelegibilidade decorrente de rejeição de contas quando obtiver uma medida judicial no âmbito de ação desconstitutiva, pois somente assim se pode compreender o uso da palavra “apreciação”.

O projeto de lei n.º 518, em sua última versão, consagra o entendimento aqui sustentado ao afirmar que a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas somente ficará afastada “se houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário”.

Assim, a luta da sociedade para expurgar o “ficha suja” das disputas eleitorais tem trazido resultados, ainda que a muito custo, mas certamente com muito ânimo para os que querem eleições cada vez mais verdadeiras, e que produzam bons resultados em favor da sociedade, porque somente assim é que se pode admitir a existência do Estado.





Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro

Francinete Maria Hounsell Almeida

Adriana Nilda Rossini

Reflexiones y propuestas sobre rehabilitación: referencia a cárceles de Argentina y Brasil.

¿Es posible un plan eficaz de reinserción social?

#### Resumen

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre nuevas propuestas en torno del tema de la reinserción de personas que se hayan involucrado con delitos, a pesar de que tenemos conciencia plena de la complejidad y de las variables involucradas. Tenemos la certeza de que cualquier programa o proyecto de reinserción, rehabilitación o reeducación, necesita de un conocimiento profundizado y bien fundamentado de las múltiples causas vinculadas a la trasgresión de la ley, las características del entorno sociocultural, las condiciones económicas, el momento histórico que deseamos operar, entre tantas otras cuestiones. Es indudable que las investigaciones en las distintas áreas que involucran el tema deberían conducir a la construcción de nuevos paradigmas aplicables en una realidad concreta en que debemos operar no dejando de priorizar la prevención también como una forma de reinserción del sujeto en su sociedad. Trataremos de abordar algunas propuestas que conocemos, otras que son de investigaciones hechas por otros profesionales de diversos campos y las que resultan de nuestras propias investigaciones, para luego reflexionar en nuevas bases para una propuesta de reinserción social como política criminal.

#### Palabras clave

Reinserción. Reintegración. Reeducación. Política criminal. Criminalidad.

#### Abstract

The objective of this work is to promote reflection over the new proposals on the issue of reintegration of people who have been involved with crimes even though we have total consciousness of the complexity and the variables involved. We are sure that every program or project on the topic of reinsertion, rehabilitation or prisional re-education, requires a profound and sediemted knowledge of the multiple causes related to the transgression of the law, as well as the characteristics of the sociocultural surroundings, the economic conditions, the historical moment, Just to illustrate some among a myriad of other factors. There is no doubt upon the fact that the investigations in the distinct areas that involve the new subject should to lead to the construction of new applicable paradigms within a concrete reality in which we must operate without disregarding the priority of prevention as a form of reintegration of the subjects in their societies. We will try to approach some proposals that we know of, others which ensue from investigations made by other profisionals of diverse fields and some that resulted from our own investigations, so that a deeper reflection, in new bases for a proposal of social reintegration like criminal policy may take place.

#### Key words

Social reintegration. Rehabilitation. Prisional re-education. Political criminal. Criminality.

# Reflexiones y propuestas sobre rehabilitación: referencia a cárceles de Argentina y Brasil. ¿Es posible un plan eficaz de reinserción social?

Reflections and proposals on the rehabilitation issue: reference to prisons in Argentina and Brazil. Is an effective social re-insertion plan possible to achieve?

Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro\*  
Francinete Maria Hounsell Almeida\*\*  
Adriana Nilda Rossini\*\*\*

\* Abogado. Doctor en Ciencias Empresariales. Profesor Adjunto IV de la Universidad Federal de Pará (UFPA). Docente de Derecho Penitenciario. Profesor Visitante de la Universidad del Museo Social Argentino (Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales) y de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Doctorado en Derecho – Orientación Derecho Privado).  
jorgepinheiro44@gmail.com

\*\* Licenciada en Psicología. Doctoranda de Psicología en la Universidad del Salvador. Profesora en la Facultad Ypiranga y Universidad Estadual Vale do Acaraú – Pará – Brasil. fhounsell@gmail.com

\*\*\* Psicóloga. Doctoranda en Psicología de la Universidad del Salvador. Perito Forense en Asesoría Pericial de San Martín, Dep. de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Supervisora de Casos Clínicos y Forenses del Colegio de Psicólogos distrito XV. arpsic@gmail.com

## Introducción

Cuando reflexionamos e intentamos desarrollar ideas en torno al tema de la “reinserción” a la sociedad, de sujetos que han cometido delitos, somos conscientes de que ello involucra un sin número de variables altamente complejas.

Sabemos que cualquier programa o plan de rehabilitación o reinserción, requiere de un conocimiento profundo de las múltiples causas vinculadas a la transgresión de la ley, de las características específicas del entorno socio-cultural, de condiciones económicas, del momento histórico en que queremos operar, entre tantas otras cuestiones.

También sabemos, que – al menos en nuestros países – respondemos con frecuencia a las consecuencias, a los hechos y problemas consumados, dejando de lado la prevención, que en realidad debiera ser lo prioritario.

Las investigaciones en las diferentes áreas, momentos y contextos conducen o debieran conducir, a la construcción de nuevos paradigmas aplicables a la realidad concreta en que nos proponemos operar. Es así que, si bien desde cada área específica podemos aportar ideas, no hay programa

abarcativo y viable, que pueda resultar relativamente eficaz, si no es elaborado en forma interdisciplinaria. De modo que nuestras propuestas guardan esa limitación y apuntan a ser articuladas con otros estudios y propuestas que compartan un marco teórico coherente.

Sin embargo, debemos tener por lo menos una utopía como Garrido y Redondo (1997): “La psicología del corazón de una utopía: comprender al ser humano y diseñar formas de prevención y tratamiento que nos acercaran a una sociedad sin delito”.

Argentina cuenta con pocas experiencias con buenos resultados y lo mismo pasa en Brasil y en otros países con los que mantenemos muchas similitudes.

Trataremos de abordar escuetamente algunas que conocemos, otras que proceden de investigaciones realizadas por otros profesionales de diversos campos y las que resultan de las propias investigaciones realizadas por nosotros en el presente trabajo; para luego pensar, en las posibles bases para una nueva propuesta más eficaz.

Para recapacitar en estos temas, no podemos dejar

de considerar, la problemática vinculada a “violencia”, “inseguridad”, “derechos humanos”, términos altamente ideologizados, susceptibles por tanto a interpretaciones diversas, a partir de los cuales – a nuestro criterio – se han desarrollado falsas dicotomías o bien teorías facilistas, proclives sólo al incremento de las penas, a la “eliminación” de los delincuentes (¿de cuáles?, nos preguntamos) y no a indagar las múltiples causas de los delitos, para tender a su erradicación; por ejemplo, disminuyendo los efectos negativos que producen la violencia social de quienes están expuestos a la marginación, al hambre, al hacinamiento. Ello sin duda incrementa la violencia a la que estamos sujetos a diario.

### Limitaciones de la pena privativa de libertad

Amigos de los “versus”, los argentinos oponemos la pena a la rehabilitación, cuando en realidad no habrá posibilidades de una mejor convivencia, si no tomamos en cuenta los valores y modelos sociales desde arriba para abajo, el papel de la educación y las condiciones de vida de la población.

Cuanto expresamos, no es en desmedro de la pena, sino que pensamos que la misma además de constituir una reparación social e individual, para la víctima – sea quien sea el productor del delito – debe incluir la oportunidad de un cambio para quien lo comete. A ello se refieren las garantías de “uno” y “otro” lado y los derechos humanos, si son para todos.

La denuncia y la pena son indefectibles una vez cometida la transgresión, pero reiteramos, ¿acaso no se protegen mejor los derechos humanos (incluyendo a todos) si se aplica un eficaz plan de prevención?

Sin temor a equivocarnos y teniendo en cuenta los aportes y observaciones de Diego Guardia (2005) o los aportes de Carolina Zurita Leão (2005), podemos afirmar que en la mayor parte de los casos, las cárceles argentinas y brasileras, no cumplen con las condiciones mínimas que establecen nuestras constituciones, caracterizándose por el hacinamiento, las malas condiciones de higiene y por escasa integración de los detenidos en planes educativos y laborales tendientes a su rehabilitación. Tampoco, los tratamientos que se sugieren desde los exámenes periciales en un alto porcentaje, no se efectivizan. Más del 80% de los examinados relatan que no hacen ninguna actividad y cuando realizan alguna, en general se trata de cocina y

limpieza; existen cupos limitados para educación y no suelen brindarse cursos o talleres formativos de oficios y profesiones que el mercado laboral demanda en la actualidad.

Es así que, la mayor prueba de que la pena de prisión *per se*, como viene siendo estructurada, presenta graves limitaciones para la reinserción social, es el alto índice de criminalidad y reincidencia que asola a nuestras sociedades. El hombre preso, no pasa – en general – por un eficaz proceso de recuperación social, en altos índices al egresar de la prisión vuelve a la delinquir, incluso con mayores herramientas de las que contaba para hacerlo. No basta punir, es preciso que ocurra una concientización de la sociedad civil en relación a la necesidad de reintegrar socialmente al sujeto que perdió la libertad a través de una condena del Estado.

Infelizmente las cárceles reflejan los valores que en la sociedad se distorsionan; el producto de una sociedad cada vez más incapaz de resolver sus conflictos. La modalidad con que se aborda a los detenidos en los regímenes penitenciarios suele generar más violencia. El incremento de las medidas represivas, dan lugar al efecto inverso, como decíamos y desgasta las instituciones y la credibilidad en las mismas.

Entonces, ¿Por qué la ejecución de nuestros sistemas penitenciarios genera reiteración de hechos de violencia, abuso y se crean verdaderas escuelas del delito, cuando toda la reglamentación del sistema penitenciario y la Ley de Ejecución Penitenciaria apuntan a disminuir los niveles de conflicto y erradicar la idea de venganza?

Si verdaderamente se quiere rehabilitar al preso y si esto es factible, sólo será posible a partir de la creación de un ámbito que estimule la responsabilidad sobre sus actos, desarrolle sus capacidades, y se centre en la formación de valores de respeto por el otro. Debemos confiar en su capacidad de rehabilitación.

Por lo tanto, hay dos funciones diferenciadas, que debe cumplir el Estado:

1. La “prevención” donde debemos ver todos los lineamientos necesarios para evitar que un sujeto, concluya dentro de su actividad vital, en la comisión de actos antisociales, que quedan encuadrados dentro de la norma penal.

2. El “tratamiento” que corresponde aplicar al sujeto que ha realizado actos ajenos al derecho, denominado delitos.

No bastan las numerosas reglamentaciones, se requieren

una nueva idea, la elaboración de un estudio y de un plan de ejecución, la creación de una nueva gestalt, completa y acorde a las circunstancias.

La rehabilitación es posible si pensamos desde la resolución de conflictos, más que desde lo punitivo, que no solo es un imperativo jurídico, es además un imperativo ético.

Luego de un proceso de formación y reeducación se puede lograr un intercambio entre población carcelaria y el resto de la sociedad, con la colaboración de entidades locales y la cooperación de los detenidos.

## Nuevas experiencias

Para la construcción de una propuesta, tendremos en cuenta nuevos paradigmas y experiencias – no por aisladas menos importantes –, llevadas a cabo en Argentina y en Brasil, que resultan eficaces para la reinserción y permiten sustentar nuestras expectativas de un plan de aplicación posible a niveles cada vez más amplios.

En cuanto a la experiencia argentina, encontramos resultados positivos en la Colonia Penal de Santa Rosa (La Pampa), donde se alojan 285 internos varones. La metodología aplicada se sustenta en la Ley 24.660, distribuyendo trabajos: carpintería, herrería, mecánica de autos chapa, y pintura, imprenta, mampostería, panadería, apicultura, cría de cerdos, conejos, ganado vacuno. Asimismo se imparte educación sistemática y se dictan cursos de formación en computación, inglés, música y taller de braille. La Unidad 4 del Servicio Penitenciario Federal posee una Biblioteca con 3000 ejemplares. Se realizan tratamientos psicológicos, a cargo de dos psicólogos y reuniones grupales periódicas, coordinadas por asistentes sociales.

Otra experiencia destacable, es la que se lleva a cabo en la Unidad 24 de Marcos Paz, también del Servicio Penitenciario Federal, destinada a alojar jóvenes adultos con una franja de edad de 18 a 21 años, donde se aplica la “Metodología Pedagógica Socializadora”, hace 10 años.

Con el objetivo de aportar medios que posibiliten internalizar normas básicas de convivencia, así como de contrarrestar la subculturación y el deterioro productos del encierro, esto es, la prisionalización, se ha diseñado una metodología terapéutica que pretende encarar las características predominantes de la población penitenciaria: la tendencia a la actuación, la escasa capacidad de reflexión,

la impulsividad y baja tolerancia a la espera y la frustración, así como la dificultad para reconocer las consecuencias de las propias acciones.

Las acciones terapéuticas conforman un microsistema de aprendizaje social que tiende a la incorporación de pautas de comportamiento, a la reducción de conductas impulsivas, al desarrollo de un proceso interior de reconocimiento y expresión de sentimientos, mediante una adecuada verbalización, y a la revisión de la relación individual con el marco global de anomia social propio de la sociedad urbana actual, entendiendo anomia en el sentido Durkheimiano, como la carencia de un sistema de convicciones morales y pautas sociales arraigadas colectivamente.

En este sistema se pretende llegar a la solidaridad orgánica grupal mediante la distribución y asignación de roles y responsabilidades para fines comunes, la interdependencia recíproca y un derecho restitutivo y cooperativo.

La Metodología Pedagógica Socializadora consiste en un proceso orgánico que pretende contrarrestar la situación originaria mediante:

1. Un sistema normativo rígido,
2. Un decálogo explícito basado en principios que se ejerciten en actividades cotidianas de participación grupal:
  - a) El aprendizaje normativo de pautas en las cuales la higiene y el orden conforman un sistema disciplinario en sí.
  - b) El empleo positivo de la presión del grupo sobre el individuo.

La Unidad 24 en la actualidad cuenta con 155 internos, de los cuales alrededor de 90 participan de las cuatro fases, que constituye el proceso destinado a la re-socialización.

Es similar a las experiencias ya descritas, por cuanto imparte educación y cuenta con actividades como huerta, hay una plantación de soja que produce 127.000 kg, lo cual permite el intercambio con el medio a través de la venta de su producción a empresas. Allí también se crían animales.

Según el caso, se derivan los internos al nivel de educación correspondiente y a cursos de peluquería, electricidad, computación, carpintería, primeros auxilios, siniestros, de chef, mecánica de autos etc. Como actividad laboral fabrican parrillas a los fines de su venta.

Contrariamente a lo que ocurre en la mayoría de las Unidades, la comida proviene de un servicio tercerizado y

también las tareas de limpieza. En este caso y como rasgo excepcional, se observa una constante presencia activa del psicólogo y del asistente social, dando apoyo a los internos en la Unidad.

La Unidad 26, también de Marcos Paz, es un CRD (Centro de Recuperación de Drogadictos) que dentro de dicha metodología abordan a los sujetos adictos con terapia cognitiva.

En todos los casos se reúnen semanalmente en una Asamblea, al estilo de los hospitales colonias de Laborterapia. Conforme a los datos aportados por el psicólogo de dicha Unidad – a partir de un trabajo de investigación – desde 25/08/1997 hasta el 23/05/2005 egresaron en la Metodología Pedagógica Socializadora 318 jóvenes adultos, de los cuales reingresaron 30 de los mismos, representando un índice de reincidencia del 9,4% y con los que no se integraron a la metodología el índice es de 27,6%.

Pasamos ahora a relatar una experiencia positiva que se realiza en Brasil. Como dice Julio Mirabete (2000, p. 24):

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior (...) A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção de estrutura social de dominação.

Allí existe una metodología empleada por los Centros de Recuperación de APAC: Asociación Para la Ayuda al Condenado, respetando todas las garantías constitucionales y con un índice de reincidencia de solo un 7%, distinta de otras metodologías en casi todas las instituciones penitenciarias, en la que ronda en un 80%.

La filosofía de APAC, se expresa: "Matar el criminal y salvar al hombre". APAC nació en São José dos Campos (SP), en 18 de noviembre de 1972, elaborada por el abogado Mário Ottoboni y un grupo de amigos cristianos que se unieron con el objetivo de mitigar las constantes aflicciones vividas por la población carcelaria de la alcaldía de esa ciudad.

En 1974 la Asociación, que existía apenas como grupo de la Pastoral Carcelaria, logra personería jurídica y comienza actuar en el Presidio Humaitá de la misma ciudad, donde permanece desarrollando y ampliando su método de humanización.

Así, la Asociación de Protección y Asistencia a los Condenados, es una entidad civil de derecho privado, con personería jurídica propia, dispone de un método de valorización humana y evangelización, para brindar al condenado condiciones de recuperarse, y tiene aún el propósito de proteger a la sociedad, la promoción de la justicia y socorrer a la víctima.

Amparada por la Constitución Federal para actuar en los presidios, posee su Estatuto resguardado por el Código Civil y por la Ley de Ejecución Penal brasilera.

Es una cárcel que combina el sistema cerrado, con dependencias individuales y estricto régimen de conducta, el cual a través de méritos se va pasando a un sistema mas abierto, terminando en la libertad.

En alusión a ese proceso, aludiremos a la frase de un sujeto en recuperación: "La libertad en la APAC no se gana ni se compra. Se Conquista". (Heleno Francisco de Queiroz, en libertad condicional).

La principal diferencia entre la APAC y el Sistema Carcelario Común, es que en la APAC los propios presos son co-responsables por su recuperación. Además en su organización cuanto a los aspectos humanos trabajados dentro de la cárcel reciben asistencia espiritual, médica, psicológica, jurídica y labor terapia brindada desde la comunidad.

Los aspectos humanos trabajados fuera de la cárcel son:

1. Familia – Con el trabajo, fundamental, de asistentes sociales que trabajan con las familias preparándola para el egreso del interno.

2. Padrinos – Con un grupo de personas con vocación de servicio, dispuestas a ayudar al interno. Desde el ingreso del mismo al recinto penal se le nombra un padrino el cual esta encargado de asistirlo en todo momento, dentro de las posibilidades. Tiene por fin, que la sociedad se comprometa con la tarea de resocializar al interno y de ayudar a asistirlo en el momento que más necesita apoyo.

Es interesante observar la mirada de Romeo Falconi (1998, p. 163) sobre el tema:

A reinserção passa (...) pelo aprimoramento sócio-cultural do condenado, enquanto naquela condição. Ali, deverá receber tratamento para as eventuais doenças psicossomáticas, treinamento profissional e condicionamentos elementares à vida em uma sociedade aberta. Quando libertado, deverá ter à sua disposição ampla e eficaz infraestrutura para que materialmente se realize tudo aquilo que formalmente lhe foi transmitido. Para tanto nunca é demais repetir, torna-se imperiosa a criação material desses órgãos já previstos, mas não devidamente implantados, quando não é o caso de sequer iniciado o programa de implantação, como é o caso dos patronatos.

Mas allá de frecuentar los cursos acelerados y técnicos, los que están en proceso de recuperación poseen actividades variadas evitando el ocio. Una diferencia importante del Método APAC, es la valorización del ser humano y de su capacidad de recuperación.

Desde el punto de vista organizacional, cabe destacar la municipalización de la ejecución penal. El condenado cumple su pena en presidio de pequeño porte, con capacidad para alrededor de 100 (cien) recuperandos, tomando en cuenta que los mismos permanezcan en su tierra natal y/o donde vive su familia.

Presentando índices de reincidencia en torno al 7%, sin registro de rebeliones o motines, fugas escasas, reducción en los índices de criminalidad en las municipalidades con APAC – el método socializador empleado por la APAC alcanzó gran repercusión en Brasil y en el exterior.

En 1986, APAC se ha afiliado a la PFI (Prison Fellowship Internacional) órgano consultivo de las Naciones Unidas para temas penitenciarios. A partir de esa fecha, el Método ha pasado a ser divulgado mundialmente.

Hoy, son aproximadamente 100 unidades distribuidas en todo el territorio nacional. Otras ya fueron implantadas en ciudades de varios países, como Quito y Guayaquil (Ecuador), Concordia (Entre Ríos, Argentina), Arequipa (Perú), Estados de Iowa, Texas, Kansas y Minnesota (EUA), Noruega, Nueva Zelandia, Colombia, Latvia, Alemania, Bulgaria, Inglaterra, Bolivia, Puerto Rico, Holanda, Corea del Sur, Singapur, Gales, Australia, Escocia, Chile y otras en fase de implementación.

## Conclusión

Haverá de surgir o momento em que o bom-senso prevalecerá, quando se entenderá quão profunda é a problemática do sistema penitenciário no particular, presidial e no geral e a permanência de soluções sérias e eficazes. Fatalmente, haveremos de entender que o tratamento do preso não pode ser tão-só um discurso lacônico (...) A pena, mantendo como mantém, características de punição, não acrescenta qualquer benefício ao trabalho da reeducação e da ressocialização, via crucis por onde, inquestionavelmente, haverá de passar o destinatário da reinserção social (FALCONI, 1998, p. 116-117).

Por lo menos es el pensamiento de la gran mayoría de los investigadores.

Pero si verdaderamente vamos a seguir los lineamientos que la Ley marca para la aplicación de la pena, si verdaderamente se quiere “resocializar” al “reo” y si esto es factible, sólo podrá ser posible creando un ámbito donde podamos verlos como hombres auténticos responsables de sus actos, donde puedan tener las posibilidades, y por sobretodo debemos creer en ellos, porque si esta creencia nos falla es porque abandonamos o no tenemos la idea del dialogo, de la reflexión y de la comunicación.

Como dice Ferreira (2002, p. 34):

É preciso acabar com as masmorras medievais que se tornaram nossos presídios. Esperar somente o poder público é cómodo demais – ou a sociedade participa na recuperação dos presos ou então passará lamentando o resto dos dias de que os presos têm um tratamento melhor do que merecem, da sustentação ociosa dos criminosos, que pode a qualquer instante, nas fugas, resgates ou rebeliões voltarem à cena e fazer vítimas em circunstâncias cada vez mais animalescas.

A nuestras reflexiones críticas sobre el modelo dominante de la situación carcelaria en la actualidad, quisimos contraponer las experiencias positivas relatadas; a partir de las cuales, podemos pensar en un Plan de Re-socialización, cuyas características habiliten al sujeto a reinsertarse, con una actitud e instrumentación cualitativamente diferente de las que lo llevaron a delinquir.

A partir de nuevos paradigmas, de los resultados observados a partir de dichas metodologías y de otras experiencias; así como del intercambio que surja de los aportes con otros profesionales en reuniones científicas o a través de artículos, persistimos en el propósito de

aportar una nueva propuesta, o sea de construir un Plan de Resocialización más eficaz y amplio; sin desmedro de la prevención, que constituye para nosotros una prioridad.

## Referencias

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial: reinserção social?**. São Paulo: Icone, 1998.

FERREIRA, Edson Raimundo. **Principais instrumentos legais para uma atuação com respeito aos direitos humanos: orientação de uso de armas de fogo**. São Paulo: Loyola, 2002.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; REDONDO ILESCAS, Santiago. **Manual de criminología aplicada**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

GUARDIA, Diego. La comisión de cárceles de la defensoría general de la nación: un eficaz instrumento de control sobre las unidades penitenciarias federales de la República Argentina. In: PINHEIRO, J.A.M. (Comp.) **Criminalidad y ciencia penitenciaria**. Buenos Aires: JAMP, 2005.

LEÃO, Carolina Sequeiro Zurita. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la masacre en la casa de detención Carandirú. In: PINHEIRO, J.A.M. (Comp.) **Criminalidad y ciencia penitenciaria**. Buenos Aires: JAMP, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-1984**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 728 p.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC a revolução do sistema penitenciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.





Tereza Rodrigues Vieira  
O transexual e o direito de família

#### Resumo

O presente artigo objetiva levantar a problemática e efetuar reflexões concernentes à relação do transexual com o direito de família, uma vez que a adequação de nome e sexo exerce influência sobre as relações familiares, sobretudo através do casamento, divórcio, guarda dos filhos, adoção e reprodução assistida. Este ensaio é baseado em nossa pesquisa especializada em decorrência da exclusividade nesta prática advocatícia em São Paulo (Brasil). As normas devem ser mutáveis no tempo, acompanhando as transformações sociais, e construídas a partir das discussões com a sociedade, ratificando a responsabilidade e o compromisso com a cidadania.

#### Palavras-chave

Transexual. Bioética. Família. Casamento. Adoção.

#### Abstract

This article aims to raise discussions on the issue and make considerations regarding the relationship with the transsexual family law, since the adequacy of name and gender influences family relationships, especially through marriage, divorce, child custody, adoption and reproduction. This essay is based on our specialized research due to the exclusiveness acquired in this law practice in Sao Paulo (Brazil). Norms must be in constant changing movement throughout time, accompanying social changes, and must be constructed from the discussions with society, ratifying responsibility and commitment to citizenship.

#### Key words

Transsexual. Bioethics. Family. Marriage. Adoption.

# O transexual e o direito de família

The transsexual and the family law

Tereza Rodrigues Vieira\*

\* Pós-Doutorado em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)/ Université de Paris. Especialização em Bioética pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP). Professora e Pesquisadora do Mestrado em Direito na Universidade Paranaense (UNIPAR). Livros publicados: *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. *Bioética e Direito*. *Bioética e Sexualidade* (org.). *Bioética nas Profissões* (org.). *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. *Ética no Direito* (co-autoria com João Paulo N. P. Martins). *Nome e Sexo*. *Ensaio de Bioética e Direito* (org.). *Identidade Sexual e Transexualidade* (org. com Luiz Airton Saavedra de Paiva). terezavieira@uol.com.br

## Introdução

Com o presente artigo pretendemos levantar algumas reflexões bioéticas e tecer considerações acerca da relação do transexual com o direito de família, uma vez que a adequação de sexo exerce influência sobre as relações entre os membros da família. O amor habita o coração e a mente do transexual, o qual tem sentimentos e anseios e, como qualquer pessoa, também deseja se unir a alguém com a finalidade de constituir uma família.

O direito de estabelecer e de manter relações afetivas com outras pessoas está compreendido pelo direito ao respeito pela vida privada, para o desenvolvimento e satisfação de sua própria personalidade. A vida sexual integra a vida privada, e merece proteção.

Inúmeros são os questionamentos concernentes à matéria. Indaga-se: O transexual deve informar ao seu futuro cônjuge a sua condição transexual? Deve o casamento ser contraído apenas entre pessoas com sexo genético diferentes? A operação de adequação de sexo realizada por um dos cônjuges é motivo para a dissolução do casamento? Pode o celibato ser imposto como condição para a realização da cirurgia? Podemos condicionar a realização de uma

cirurgia apenas a pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas? Em sendo casado, o consentimento do cônjuge faz-se necessário? Sendo a Igreja Católica contra o divórcio, qual seria o seu posicionamento quando da realização da cirurgia na constância do matrimônio? Deverá o médico informar o futuro cônjuge sobre a cirurgia transexual descoberta por ocasião do exame pré-nupcial? Pode o transexual adotar? Pode o transexual recorrer à reprodução assistida? Devemos nos inquietar pelo futuro dessa criança? O casamento daquele que faz a cirurgia deve ser anulado contra a vontade dos cônjuges?

Destarte, deve a família ser sensível às contingências e às circunstâncias da vida, não ignorando as modificações culturais e científicas acerca do presente tema.

## Direito do transexual ao matrimônio

Conforme assevera a jurista Maria Helena Diniz (2002, p. 7),

Somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento das suas virtualidades e a consecução e gozo de suas necessidades sociais, ao regular a possibilidade objetiva das ações humanas.

Ao admitir a adequação do sexo o direito deve ser coerente e reconhecer ao transexual o direito de contrair matrimônio.

Como qualquer pessoa, o transexual também aspira a uma vida organizada, com casamento e filhos. As normas jurídicas não podem se distanciar dos fatos sociais. Assim, o amor, a fidelidade, a solidariedade e o afeto que unem duas pessoas no casamento tradicional têm o mesmo vigor que a união onde figure um transexual.

O casamento possui um valor simbólico e, evidentemente, as uniões com transexuais não irão desestabilizar a instituição.

Com o fito de proteger o direito de terceiros, principalmente o futuro cônjuge, é que se defende a menção da adequação de nome e do sexo no livro do Registro Civil. Argumenta-se que os direitos dos transexuais e de terceiros estarão muito mais explicitamente assegurados se, no livro do Registro Civil (apenas nele) constar a alteração ocorrida. No entanto, não deverá ocorrer qualquer referência à citada alteração em nenhum outro documento, devendo constar apenas o prenome e o sexo reconhecidos judicialmente como os verdadeiros. O Tribunal de Justiça do Pará (PROCESSO n.º 2007.3.004934-0), através da 3.ª Câmara Cível Isolada, tendo como Relator o Des. Leonam Gondim da Cruz Jr., manifestou-se totalmente favorável à adequação do nome e do sexo “no registro civil do apelante, conforme pleito, não devendo o motivo da mudança ser averbado no mencionado documento, a fim de garantir a dignidade e privacidade do apelante”. O Superior Tribunal de Justiça, por duas vezes no final de 2009 (Relatora Nancy Andrighi - RE n.º 1.008.398 - SP - 2007/0273360-5 e Relator João Otávio de Noronha - RE n.º 737.993 - MG -2005/0048606-4) autorizou a alteração do nome e do sexo. Além disso, a Ministra Andrighi asseverou: “Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual”. A seu turno, o Relator Ministro João Otávio de Noronha determinou a modificação do prenome, de Romar para Bruna, do sexo, de masculino para feminino, e “a averbação, apenas no livro cartorário e à margem do registro civil, de que as alterações são oriundas de decisão

judicial; vedada qualquer menção nas certidões do registro público, sob pena de manter a situação constrangedora e discriminatória”.

Excepcionalmente, mas já é voto vencido, há quem autorize a mudança do nome e do sexo e solicita que se inscreva a observação na Certidão de Nascimento, inscrição “registro feito na forma da lei”, “contém averbações à margem do termo”, sem detalhes constrangedores (VIEIRA, 2009, p. 299).

No tocante à não informação ao futuro cônjuge, o Desembargador Mauricio Vidigal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, como nós, entende que, caso não informe, o consorte poderá anular o casamento, com base no art. 1.556 do CC, se ainda dentro do prazo decadencial de três anos, a contar da data do casamento.

A incapacidade de procriação não pode ser considerada um empecilho, visto que não constitui uma das condições de validade do casamento. Deve o casamento ter por base o amor e não a reprodução. Ademais, o casal poderá se valer da reprodução assistida ou da adoção.

Querer impedir o casamento do transexual é obrigá-lo a uma união estável, enquanto que seu desejo insistente é a regularização de sua situação pelo casamento.

### Adequação de sexo realizada na constância do casamento

Apesar de casados e de possuir filhos, há indivíduos que manifestam o desejo incontestado de adequação de sexo. Nesse caso, há quem defenda que dificilmente o cônjuge poderá invocar a anulação do casamento baseando-se na intervenção cirúrgica sofrida pelo cônjuge transexual, considerando que à época da formação do liame conjugal, a identidade de sexo não existia. No tocante ao divórcio, a situação também não é clara, visto que nenhuma falta poderá ser alegada considerando que a cirurgia a que se submeteu o transexual teve um fim legítimo, qual seja, o restabelecimento da sua saúde (SHINDLER-VIGUE, 1989, p. 34).

Existe quem defenda que, se um dos cônjuges realiza a adequação de seu sexo, a dissolução do casamento se impõe. A nulidade está excluída, tanto por erro, quanto pela identidade de sexo. Não se pode considerar que havia identidade de sexo, quando da celebração do casamento e

a mudança de sexo é operada sem retroatividade. Exclui-se, igualmente, um divórcio por injúria grave, pois não é possível considerar como injuriosa uma mudança que se tornou necessária por uma predisposição. O divórcio por consentimento mútuo e o divórcio por separação de fato, segundo Henri de Page (1948, p. 160), são as duas possibilidades que restam. No entanto, prefere ele a previsão legal de uma causa objetiva (da mesma natureza da separação de fato) de divórcio fundada na adequação de sexo. Contudo, parece mais razoável, no tocante a esta matéria, figurarem os cônjuges como mestres de seus direitos.

A saída vista pelo direito sueco e pelo direito alemão obriga o cônjuge que deseja adequar seu sexo a divorciar-se previamente, visto que a ausência de um liame conjugal é exigida. Podemos condicionar a realização da cirurgia apenas a pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas?

Sobre o assunto, entende Bénabent (1984, p. 53) como duvidoso que um casamento possa ser pronunciado ou mantido quando um dos cônjuges sai de uma operação com o mesmo sexo que o outro, mesmo que seu estado civil não possa ser retificado. Poderá o divórcio ser requerido se a operação tiver sido dissimulada pelo outro cônjuge. Todavia, não poderá o cônjuge (não transexual) recorrer a essa via quando houver aprovado a intervenção.

A seu turno, assevera Jugnet (1986, p. 41) que a obrigação de sinceridade, inerente ao casamento, é violada a partir do momento em que a qualidade de transexual é dissimulada ou simplesmente não revelada. Contudo, a boa fé deve ser presumida.

Para nós, ninguém pode impedir os esposos de prosseguir sua vida em comum. Os cônjuges é que devem optar ou não pela dissolução do casamento.

Postulam Patti; Will; Mantovani (1983, p. 11) como necessário intentar uma ação autônoma para obter-se a declaração judicial de dissolução do vínculo, tão logo seja produzida a sentença que aprova a adequação de sexo. Alguns entendem que o interessado deva requerê-la, expressamente, dentro da mesma ação de adequação de sexo. Esta, aliás, foi a postura abraçada pelo Tribunal de Roma, após a promulgação da lei italiana de 14.04.1982. Outros, no entanto, pregam solução oposta. Para estes, o tribunal é quem deve prover de ofício a dissolução do vínculo, sem

que o recorrente a solicite. Aqui a dissolução do vínculo não deve ficar à mercê da vontade das partes.

Muito dificilmente as tendências transexuais são supervenientes ao matrimônio. Geralmente, o que poderá ocorrer após o casamento é a sua revelação. Contudo, entendemos que o celibato não deva ser imposto como condição para a realização da cirurgia. Visando, portanto, evitar desarranjos constrangedores ao cônjuge e à prole, o reconhecimento jurídico da adequação de sexo deve ser concedido apenas ao transexual solteiro, divorciado ou viúvo. Estando ainda o indivíduo sob a égide do casamento, assentimos que a cirurgia de adequação de sexo é motivo para a dissolução do vínculo, pela identidade de sexo dos cônjuges. O consentimento do cônjuge, vale ressaltar, não se faz necessário para a realização da intervenção cirúrgica, uma vez que se trata de um problema de saúde.

A sentença que ordenar a retificação do sexo possui efeitos *ex nunc*, não possuindo efeito retroativo. No entanto, não está o transexual isento da obrigação de prestar alimentos ao ex-cônjuge e aos filhos.

## A transexualidade e o erro essencial

Existe a hipótese de um indivíduo casar-se com um transexual operado ou não, na qual aquele desconheça essa circunstância. Indaga-se: a transexualidade se apresenta como uma causa de anulabilidade do casamento, podendo ser considerada como um erro essencial sobre a pessoa do cônjuge?

A teoria do erro é relevante em matéria de casamento. O art. 1.557 do Código Civil brasileiro nos seus quatro incisos define o que a lei entende por erro essencial para macular a vontade matrimonial, propiciando a anulação do casamento. O erro essencial deste artigo é o mesmo erro substancial mencionado no art. 139, II, do mesmo diploma legal.

Proclama o Código Civil sobre o assunto:

Art. 139, II – O erro é substancial quando:

I – [...]

II – Concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante.

Art. 1.556 – O casamento pode ser anulado por vício da vontade se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557 – 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; II – [...] III – [...] IV – [...].

Pode o cônjuge enganado invocar erro sobre a identidade sexual do seu parceiro. Argumenta o cônjuge de boa-fé que esposou pessoa aparente, mas não fisicamente, de sexo contraposto ao seu. O erro deve ser considerado essencial para a generalidade das pessoas, e de acordo com as concepções dominantes na época. O cônjuge que alegar o erro deverá provar que, se houvesse conhecimento de tal qualidade, não teria contratado casamento. Esse caráter determinante do erro pode resultar de manobras dolosas por parte do cônjuge.

Entendemos que, mesmo que um médico, por ocasião do exame pré-nupcial, venha a descobrir a condição do transexual (operado), o segredo profissional deve ser respeitado.

Frise-se aqui que não somos contrários ao casamento entre transexuais ou homossexuais com heterossexuais. Repelimos sim, a dissimulação de tal situação quando se percebe que o cônjuge, se conhecesse tal situação, desaprovava. Para justificar a anulação do casamento, deve o cônjuge comprovar que o conhecimento do fato foi posterior ao matrimônio. Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, particularmente quanto à sua identidade psíquica, moral e social, a ponto de tornar insuportável a vida em comum.

Somente o cônjuge enganado poderá demandar a anulação do casamento, nos casos previstos no art. 1.557 do Código Civil. Adverte Almada (1978, p. 131) que o cônjuge lesado pode sanar o erro essencial, por meio de indulgência do amor, “daquele sentimento que, no sábio opinar do Apóstolo dos Gentios, tudo sofre, tudo espera, tudo suporta e nunca falha”.

É válido o casamento de transexual que foi reconhecido com seu novo sexo e não ocultou sua condição do cônjuge antes do matrimônio. Se ocultar, e o cônjuge só vier a descobrir depois de ultrapassado o prazo legal para anulação, resta-lhe o divórcio.

## Filiação e adoção por transexual ou ex-transexual

Inúmeros são os problemas a serem enfrentados pelo transexual ou ex-transexual no tocante à filiação e ao direito à adoção. Devemos nos inquietar pelo futuro de uma criança adotada por transexual? A incerteza sobre a posição a tomar acerca da existência de filiação anterior às adequações, o recurso à procriação assistida e a adoção, continuam dividindo opiniões.

No que concerne à existência de uma filiação anterior às adequações, ou seja, nos casos em que o transexual tenha tido filhos antes da cirurgia e da adequação no Registro Civil, suas relações devem ser regidas pelo princípio da irretroatividade da mudança de estado. O transexual masculino que adequou seu sexo continua como pai, e o inverso vale para a mãe. Trata-se de casos raríssimos, mas passíveis de ocorrer.

As pressões sociais podem levar alguns indivíduos ao casamento heterossexual. O amadurecimento sexual e o arrependimento não tardam a chegar, compelindo-os ao desfazimento da relação.

A adequação do sexo de um dos cônjuges não modifica as condições dos filhos deste, principalmente no que atine à filiação.

É em relação ao sexo que o transexual possuía na ocasião do nascimento da criança que devem ser aplicadas as regras relativas à filiação paterna ou à filiação materna. Podemos mesmo ir até mais longe, retroagindo ao momento da concepção. Senão imaginemos a hipótese da cirurgia de adequação do sexo e do Registro Civil terem sido realizadas durante os nove meses de gestação do outro cônjuge.

Por outro lado, o transexual mantém os direitos provindos da autoridade paterna, que lhes foram atribuídos pela lei ou por decisão do juiz, ou ainda por uma convenção, como aquela preliminar ao divórcio consensual.

As relações permanecem imutáveis entre o transexual que obtém uma sentença favorável, o cônjuge e os filhos. A mesma regra é aplicável ainda em relação aos filhos adotivos do transexual, posto que tenham sido adotados antes do trânsito em julgado da sentença.

A alteração da indicação do sexo não tem consequência quanto às relações familiares e aos direitos e obrigações

que lhe são ligados. O transexual conserva a obrigação alimentar em relação a sua antiga esposa e ao filho natural não reconhecido.

Cumpre não olvidar que os pais transexuais ou homossexuais não são melhores nem piores que os heterossexuais. Aliás, homossexuais são filhos de heterossexuais. Deve-se colocar a criança acima de seus próprios conflitos e carências. O pai transexual, se for o caso, deve procurar orientação psicológica especializada, visando encontrar o momento certo para a revelação da verdade ao filho.

O melhor interesse do menor sempre deve ser observado. O fato de ser o pai transexual não significa que este possua uma vida dissoluta e depravada. Ele pode conduzir uma vida respeitável, comportando-se de forma comedida e discreta, não causando qualquer dano moral ou material à criação e à educação dos filhos.

Qualquer que seja a solução concernente à guarda dos filhos, o pai que não a possui pode fazer valer o seu direito de visita, mesmo em se tratando de um transexual.

Os conflitos são ainda maiores quando um casal, após a cirurgia de adequação de um dos cônjuges, deseja ter um filho. Com a consumação da cirurgia de adequação, o transexual renuncia à sua capacidade de procriar, pelo menos dentro do atual estágio da Medicina. No entanto, os médicos não descartam a possibilidade de isto vir a ocorrer um dia. Em geral, a capacidade *generandi* do transexual antes da cirurgia é mínima ou inexistente, em decorrência dos fortes desarranjos hormonais que lhe são característicos desde o nascimento, obstando tal função.

Ante a impossibilidade de procriação, os casais optam pela adoção. Muitos afirmam que um filho irá preencher a lacuna que existe em suas vidas. Esta também é uma das poucas possibilidades que se apresenta para os transexuais.

Inegáveis são os benefícios da adoção, entretanto, uma dúvida se opõe quando um dos pretensos candidatos a adotante é transexual, operado ou não. O fato de o transexual ser casado (após a operação) modifica suas possibilidades?

A conjuntura aqui apresentada é diferente daquela em que o transexual submete-se à cirurgia após o casamento e o advento da prole. Portanto, seus filhos já estavam habituados à figura externa masculina do pai, que vem, posteriormente, apresentar-se com configuração feminina. Há uma mudança.

No caso da adoção, as circunstâncias são outras. Quando a criança conhece e ingressa no lar do adotante transexual, ela já encontrará uma “mamãe” com aspecto que não se alterará posteriormente (VIEIRA, 2009, p. 321).

A transexualidade, por si só, não retira do indivíduo a idoneidade e a aptidão para instruir uma criança. Tal circunstância não depõe contra a índole moral do indivíduo, nem vai de encontro aos interesses do adotado.

Perante a incerteza do acolhimento do pedido de adoção, preferem alguns se lançar em direção à inseminação artificial ou a uma mãe de substituição (mãe de aluguel), variando conforme o tipo de transexualidade, masculina ou feminina. No caso da transexualidade feminina é a companheira que recorre à inseminação com doador.

Destarte, posicionamo-nos favoravelmente à adoção por parte de um transexual e não estamos levando em conta apenas o exorbitante número de crianças abandonadas, mas, sobretudo, a capacidade daquele em dar à criança a família que lhe falta. Concluímos que, nos pedidos de adoção, por parte dos transexuais, deve-se aplicar as mesmas disposições destinadas aos demais cidadãos. Tais lares são ambientes normais e não afetam a educação da criança. Desde que possuam atmosfera social e psicológica, poderão proporcionar um bem-estar afetivo ao menor. Os valores transmitidos por esta nova família não serão diferentes daqueles preconizados pela família heterossexual.

Na realidade, a questão reside na não aceitação da transexualidade por parte da sociedade que desconhece a cientificidade do problema, isolando o transexual.

## Considerações finais

Nossa função como agente do direito é buscar a justiça solidarizando-se com aqueles cuja voz não é ouvida, em razão do preconceito. Ignorar as novas descobertas científicas, bem como desmerecer o sofrimento do transexual é contribuir para a infelicidade de alguém que espera um tratamento igualitário e humanista. O direito de ser diferente deve ser reconhecido, como expressão da identidade.

As normas devem ser mutáveis no tempo, acompanhando as transformações sociais, e construídas a partir das discussões com a sociedade, ratificando a responsabilidade e o compromisso com a cidadania.

## Referências

ALMADA, Ney de Mello. **Manual de direito de família**. São Paulo: Hemeron, 1978. 565p.

BÉNABENT, Alain. **Droit civil**: la famille. Paris: Litec, 1984.

DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge**. Bruxelas: Bruylant, 1948. v.1, t. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1, p. 7.

JUGNET, F. **Droit e transexualisme**. Mémoire pour le diplôme d'Études Approfondies de Droit et Science Politique (mention droit privé), session d'octobre. [S.l. :s.n.], 1986.

PATTI, S.; WILL, M. R.; MANTOVANI, F. Mutamento di sesso e tutela della persona. Nome in materia di rettificazione si attribuzione di sesso. **Nuove leggi civile commentata**, 1983.

SHINDLER-VIGUE, S. **Corrigé de la note de synthese de 22 avril 1989**. Année 1988-1989. [Paris]: Institut d'Études Judiciaires de Paris II, 1989.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 352 p.



# Conto

# ANGELINA E MARIA DA PENHA

Manoel Alberto Rebêlo  
dos Santos\*

“Irene preta, Irene boa,  
Irene sempre de bom humor.  
Imagino Irene entrando no céu:  
– Licença, meu branco.  
E São Pedro, bonachão:  
– Entra, Irene, você não precisa pedir licença”.

O que cantou Manuel Bandeira de Irene pode-se dizer de Angelina, que se pecado tem é o de fornecer-nos pretexto para o cometimento do pecado da gula. Angelina boa, suave, pura, simples, ingênua, sempre alegre e bem-humorada, de uma comovente ternura e boa vontade e, em suas poucas luzes, sagaz e inteligente.

Estava eu sentado à mesa da cozinha com minha mulher. Em dado momento, alertando-a sobre um fictício mosquito que teria pousado em seu cabelo, perguntei-lhe se poderia matá-lo. Diante de sua resposta afirmativa, distanciei a mão, fingindo que iria aplicar-lhe um tapa na cabeça com toda a força. Angelina, percebendo a brincadeira, sorriu, e, ante meu comentário de que parecia despreocupada com o que estaria prestes a acontecer, advertiu-me:

– O senhor conhece a Lei Maria da Penha, não conhece?

À minha resposta evidentemente afirmativa, acrescentou com candura:

– Pois é, não precisa bater, basta ameaçar...

Angelina é do povo, Angelina conhece a Lei Maria da Penha, o povo conhece a Lei Maria da Penha. Se há, pois, entre nós, como se costuma criticar, “leis que pegam” e “leis que não pegam”, dessa se pode seguramente dizer que “pegou”. Que o diga Angelina.

\* Desembargador, Diretor-geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).



# Poemas

## COISAS DO JUDICIÁRIO

pautar  
pautar  
pautar  
sempre  
mais  
mais  
e mais...  
pautar  
pautar  
pautar  
até não acabar  
mais...

quantidade AH!!!  
qualidade BAH!!!

## COISAS DO JUDICIÁRIO II

juizite graúda  
magistrose crônica  
ministrite aguda...  
  
artrite/artrose  
de gente  
miúda  
ou simples inflamações  
de alguns egos  
(cegos)?...

## COISAS DO EXECUTIVO

imposto provisório  
medida provisória  
recolhimento compulsório...

palco ilusório  
de uma estranha glória:  
entrar para a história  
tratando o auditório  
como reles acessório  
qual mero repositório  
da pior escória...

## COISAS DO LEGISLATIVO

CPIs em andamento!!!  
CPI s em andamento!!  
CPI s em andamento!  
CPI sem andamento...

## COISAS DO SONO

em cada dia  
o medo  
(discreto)  
de nossa própria sorte...

e em cada noite  
o arremedo  
(secreto)  
de nossa própria morte...

## COISAS DO AMOR

“Um não sei que, que nasce não sei onde  
Vem não sei como e dói não sei porque...”

(Camões)

de repente  
na alma brota  
algo que a abarrotta  
e que pouco a pouco  
impõe à Razão  
a inevitável derrota...

Newton De Lucca\*

\* Desembargador Federal. Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.ª Região. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

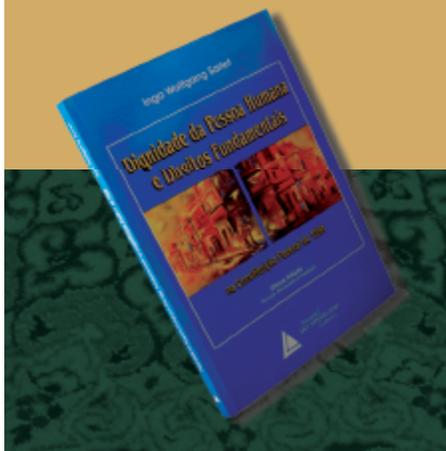




# Resenhas

# DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Por Raimundo Wilson  
Gama Raiol\*



SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 182 p.

No deslindamento do assunto, a obra traça o perfil evolutivo da noção de dignidade. Traz a lume que, no Antigo e no Novo Testamento (Bíblia), há referência de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, donde a premissa do cristianismo de que o ser humano é dotado de valor próprio, que lhe é intrínseco e não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. Informa como essa noção era percebida na antiguidade clássica, quando estava relacionada à posição e ao reconhecimento social do indivíduo, bem como na renascença e no limiar da Idade Moderna, quando se advogou que a racionalidade era a qualidade que possibilitava ao ser humano construir de forma livre e independente sua existência e seu destino. Destaca, nesse quadrante histórico, a importância do pensamento de São Tomás de Aquino de que a dignidade se funda na criação do homem à semelhança divina e na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana.

Refere-se, ainda, a obra a Immanuel Kant, com sua concepção de dignidade a partir da autonomia ética do ser humano ao pensamento jusnaturalista, que concebia a autonomia ética como fundamento da dignidade humana e o seu entendimento de que a autonomia da vontade (faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis) é atributo apenas encontrado nos seres racionais e, portanto, constitui-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

Analisa mais entranhadamente o pensamento de Kant, desvendando que preconizava que os homens, por serem racionais, existem como fins em si mesmos e são chamados de pessoas, não podendo ser alvo do arbítrio de outras vontades, ao contrário dos seres irracionais, que, como valor relativo, se chamam coisas, cuja existência depende da natureza e não da vontade humana, bem como salienta que a pessoa humana é peculiar e insubstituível e, portanto, não tem preço, nem equivalente, donde provém sua dignidade, que lhe confere qualidade de espírito infinitamente acima de todo preço, sob risco de ser ferida sua santidade. Alardeia que esse entendimento kantiano, ainda hodiernamente, serve à fundamentação e conceituação da dignidade da pessoa humana, bem como que, ao considerar a pessoa como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

De outra parte, no bojo da obra, há crítica à concepção de que a dignidade seja atributo exclusivo do homem, argumentando-se que sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, especialmente, quando se reconhece a proteção do meio ambiente como valor fundamental, isto é, a preservação de todos os recursos naturais, inclusive, todas as formas de vida existentes no planeta, a despeito de que essa proteção da vida em geral signifique exigência de vida humana e vida humana com dignidade.

Depreende-se do que leciona o autor que a dignidade diz respeito e abrange o absolutamente incapaz (portador de grave deficiência mental) e o nascituro e,

\* Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA / Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

além disso, alberga até os criminosos e as pessoas que pratiquem as ações mais indignas e infames.

De outra monta, colhe-se dos ensinamentos em que se lastreiam a obra que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável. Existe em cada ser humano e lhe é tão inerente, que não pode cogitar de ser criada, concedida ou retirada. Além disso, em nome dessa qualidade, cada ser humano se faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

O autor averba que a dignidade da pessoa humana, enunciada no art. 1.º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, tem a condição de princípio (e valor) fundamental e a função instrumental integradora e hermenêutica, servindo de parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais e ainda de todo o ordenamento jurídico.

Na esteira disso, deixa que se perceba a interligação entre esse princípio e o da liberdade e o da igualdade, bem como em relação ao respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) da pessoa, disso decorrendo a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e a utilização em experiências científicas.

Alude à possibilidade de tal princípio valer como proteção contra novas ofensas e ameaças, como, por exemplo, em face de excessos em sede de manipulações genéticas e de fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano.

Aborda o autor a problemática acerca de ser absoluta ou estar sujeita à relativização a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio e direito fundamental, suscitando, em meio a análise sobre essa questão, a hipótese de que a dignidade pessoal poderia ceder ante valores sociais mais relevantes, ou seja, diante da necessidade de salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos demais integrantes de uma comunidade. Sob esse enfoque, analisa as questões relacionadas ao recolhimento em prisão com problemas de superlotação de um condenado como homicida, à imposição de sanção (prisão) a uma pessoa para a proteção da vida, liberdade e dignidade das demais pessoas, à proibição de tortura para efeito de confissão, à vedação de atos degradantes e desumanos, à humilhação pelo uso de algemas, à legitimidade da prática da eutanásia e do suicídio assistido etc.

Enfim, vale enfatizar que, no desenvolvimento da obra (na qual são invocados pensamentos de Immanuel Kant, Tomás de Aquino, Ronald Dworkin, Jorge Miranda, José Afonso da Silva, Jürgen Habermas, Peter Häberle, Pérez Luño, Robert Alexy, Hannah Arendt, Fábio Konder Comparato, Clèmerson Merlin Clève dentre outros), há um eixo voltado para trazer à análise o aspecto transcendental da dignidade da pessoa humana enquanto qualidade e valor insito ao ser humano, procurando demonstrar como funciona como norma fundamental e princípio inscrito na Constituição Federal.

# APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Por Fredie Didier Jr.\*



BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Salvador: JusPodivm, 2008. 259p.

Acabou de ser lançada a versão comercial da dissertação de mestrado/Universidade Federal da Bahia (UFBA) de Paula Sarno Braga. O livro merece atenção do estudioso.

Paula é, sem dúvida, um dos principais nomes do Direito Processual baiano; trata-se de um talento, que produziu ensaios doutrinários já referidos pela doutrina nacional, tais como os estudos sobre a teoria do fato jurídico processual, publicados nessa mesma Revista de Processo, e os textos sobre a multa punitiva do parágrafo único do art. 14, publicados na Dialética de Processo e na coletânea sobre terceiros que organizei com a Prof.<sup>a</sup> Teresa Wambier.

A sua dissertação de mestrado, aprovada com nota máxima pela banca composta por mim, pela Prof.<sup>a</sup> Roxana Brasileiro Borges (UFBA) e pela Prof.<sup>a</sup> Ana Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), é, realmente, muito boa.

Trata-se de abordagem inédita sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares: defende-se e demonstra-se a existência de um processo privado de produção de normas jurídicas, que deve observar a cláusula geral do devido processo legal, em suas dimensões substancial e processual. Faz-se profunda análise sobre a teoria do fato jurídico, destacando-se o enquadramento que fez do procedimento como ato complexo (a partir das obras de Giovanni Conso, Carnelutti, Ana Paula Costa e Silva, Calmon de Passos, entre outros), e o estudo da obrigação como processo, inclusive de seu corolário: a boa-fé objetiva. Interessantíssima, também, a abordagem do consentimento informado na relação médico-paciente, sob a perspectiva do devido processo legal.

É como afirma Ana Paula Costa e Silva, na "orelha" do livro: a obra abriu "novas perspectivas na matéria".

Merece ser lida.

\* Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre - UFBA e Doutor - Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e Consultor Jurídico.



