

**ISSN 2175-2176**



**IAB** *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

# Revista Digital

**Ano IV - Número 17**  
**Janeiro a Março de 2013**

## Conselho Editorial

---

### Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

### Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - Ba

Alexandre Brandão Martins Ferreira - Rj

Claudia Lima Marques - Rs

Claudio Araújo Pinho - Mg

Ester Kosovski - Rj

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - Rj

José Ribas Vieira - Rj

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - Rj

Vitor Sardas - Rj

**INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.**

**REVISTA DIGITAL**

**Rio de Janeiro: IAB, 2013.**

**Ano IV – Número 17. Janeiro a Março de 2013**

**Periodicidade:** Trimestral

**Acesso:** <http://www.iabnacional.org.br>

**ISSN 2175-2176**

FICHA CATALOGRÁFICA

## Índice

---

### **4 PALAVRA DO PRESIDENTE**

#### **PARECER**

#### **6 Silva, José Afonso**

**Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2011 “ Indicação 017/2013**

#### **DOCTRINA**

#### **17 Magalhães, André**

**Internações compulsórias e o sni das drogas**

#### **29 Zippin Filho, Dalio; Silva, Carolina Miranda do Amaral e**

**Direitos sexuais das pessoas privadas de liberdade: o acesso à justiça e segurança cidadã**

#### **45 Velloso, Carlos**

**Embargos infringentes na ação penal originária**

#### **48 Silva, Leila Maria Bittencourt da**

**Direito e política na biografia de Hannah Arendt**

#### **70 Castellar, João Carlos**

**Crime de manipulação de mercado: considerações acerca da competência**

## Palavra do Presidente

### Confusão Digital na Justiça

Presidente Fernando Fragoso

Para reduzir gastos com processos judiciais e buscar alternativas para a morosidade da Justiça brasileira, que soma atualmente 90 milhões de processos em andamento, os tribunais determinaram o cumprimento da Lei do Processo Eletrônico (nº 11.419), promulgada em 2006. A decisão obriga os 700 mil advogados brasileiros a aprender a operar os diferentes sistemas dos tribunais do país, em todos os níveis.

Vivemos em um país com condições que variam de região para região. Muitos profissionais não têm estrutura financeira para adquirir as ferramentas tecnológicas adequadas, ou não possuem intimidade com sistemas digitalizados. Diante disso, não podemos defender que a exigência de tal habilidade seja juridicamente correta, pois representa um obstáculo de acesso à justiça brasileira. Ainda que a informatização seja o futuro desejável, acredito que a sua implantação deva ser feita gradativamente, permitindo a participação das classes envolvidas.

Encaminhei, recentemente, um ofício ao presidente do Tribunal Superior do Trabalho protestando contra a distribuição de ações trabalhistas exclusivamente por meio eletrônico, iniciada no mês de março. Buscando a união de forças com o Conselho Federal e a OAB/RJ, apresentamos nossa posição em relação à dificuldade de acesso desta maneira.

Outro ponto fundamental é a necessidade de unificação do processo eletrônico. É inadmissível que o Poder Judiciário não tenha pensado na harmonização dos sistemas já em uso. Diversos organismos da advocacia, inclusive o Instituto dos Advogados Brasileiros, têm se manifestado nessa direção. Para alcançarmos uma utilização eficiente do sistema é preciso que o Judiciário adote regras padronizadas e elabore um modelo único nos tribunais de todo o país.

O Poder Judiciário é um serviço público destinado à solução de conflitos entre os cidadãos e seu acesso deve ser amplo, como garante a Constituição Federal. O processo eletrônico precisa ser uma ferramenta acessível, e não mais uma dificuldade. No entanto, suas exigências extrapolam a previsão legal. A informatização do sistema é um caminho inevitável, mas não é possível implantá-la de forma imediata e sem preparação prévia, como está sendo feito. Uma fase experimental, que proporcione um prazo para que os advogados se atualizem e se preparem para a nova realidade, seria a decisão mais acertada neste momento.

O cidadão brasileiro é o verdadeiro usuário do sistema de Justiça, tendo, em seu advogado, o principal recurso para chegar até ela. É inaceitável que estes profissionais tenham que se adequar a diferentes sistemas em cada parte do país. Isto torna a Justiça ainda mais distante e menos acessível para a sociedade.

Fonte: Publicado no jornal O GLOBO em 31/05/2013

## Parecer

### INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS-IAB

#### INDICAÇÃO 017/2013

A Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros-IAB submete à minha consideração e parecer a seguinte Indicação:

*“A CCJ da Câmara aprovou a admissibilidade da PEC 33/11, do deputado Nazareno Fonteles, que prevê a alteração da quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais.*

*“De acordo com a PEC, a aprovação de 9 dos 11 ministros, quatro quintos, do STF é necessária para a publicação da súmula, que deverá ser remetida ao Congresso Nacional para aprovação, por maioria absoluta, de seu efeito vinculante, em até 90 dias. Caso a decisão não seja feita no prazo, a súmula terá efeitos vinculantes. A proposta enfatiza que a súmula deve se basear somente nas decisões precedentes, sem extrapolar para outras possíveis situações.*

*“Em sentido parecido, a proposta se refere às ADIns e às ADCs. Sendo que, para que produzam efeito vinculante e eficácia contra todos, deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional o qual deverá se manifestar em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de 90 dias ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do STF.*

*“O relator na CCJ, deputado João Campos, disse que a medida vai prevenir a hipertrofia do STF. “Ao valorizar a soberania popular, a proposta contribui para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo e preserva a separação dos poderes”, afirmou. “A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular”, finalizou o deputado Nazareno”.*

É certo que o diálogo institucional é um requisito essencial para cumprir a cláusula constitucional da harmonia entre os poderes, configurada no art. 2º da Constituição, e é exigência salutar para a vigência da democracia. Mas esse diálogo não se realiza, mediante proposta que, sobre ser inconstitucional, recende a mágoa, senão revide.

## PARECER

## 1. As questões

1. A Justificação da PEC 33 faz considerações que são procedentes, outras, ao contrário, não o são.

1.1. Assim, é justa quando reconhece que a judicialização das relações sociais é um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, visto que dispomos de uma Constituição analítica que interfere no cotidiano das pessoas. Na verdade, nem é um fenômeno típico do Brasil, mas do desenvolvimento do constitucionalismo social. É procedente também o reconhecimento de certas posturas adotadas por magistrados, que, na solução das controvérsias, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador. Isso se deu no julgamento da ação popular identificada como PET 3388/RR (Caso das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol), quando o Plenário do STF acolheu as chamadas salvaguardas propostas pelo voto do Min. Menezes Direito, num julgamento nitidamente *extra petita*, criando regras para além de sua função jurisdicional. Situação que a Justificação tem como ativismo judicial, mas não é, como veremos adiante.

1.2. Procede também a observação sobre o procedimento inadequado na formulação e uso das súmulas vinculantes. Vamos voltar a esse tema mais adiante, quando formos examinar o conteúdo da proposta de nova redação do art. 103-A.

2. Há, porém, considerações da Justificação que nos parecem improcedentes.

2.1. O conceito de ativismo judicial dado por ela é correto, ao entendê-lo como “um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário”, mas nem sempre o enquadramento de certos julgamentos do STF nesse conceito é justo. Em função de seu resultado podemos distinguir quatro formas de interpretação:

a) uma é *interpretação pura e simples*, como atividade corriqueira da jurisdição constitucional, pela qual se busca desvendar o sentido dos enunciados constitucionais, extraíndo assim do texto dos dispositivos a norma a ser aplicada aos casos concretos;

b) outra é a da *construção constitucional*, pela qual o tribunal parte de indicações gerais da Constituição e daí constrói institutos jurídicos constitucionais. A mais famosa construção constitucional que se conhece se deu com a decisão do Justice Marshall, que, fundado em dados gerais da Constituição norteamericana, no julgamento de um caso concreto, construiu o sistema de

controle de constitucionalidade; no Brasil, foi fértil a construção da doutrina do *habeas corpus* e a da figura do interventor federal sob a Constituição de 1891.<sup>1</sup>

Trata-se de um “processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais permanentes à realidade em transformação constante. O juiz não pode ser um aplicador frio da letra das leis”, pois, “sob o impacto de circunstâncias não previstas pelo legislador, há de ver na lei não uma letra morta, mas um tecido vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes”.<sup>2</sup>

Pois bem, é nesse contexto que se inclui a decisão do STF no caso da fidelidade partidária, que gerou a hipótese de perda de mandato parlamentar, referida na Justificação da PEC 33, partindo da consideração de que, no caso da representação proporcional do sistema eleitoral brasileiro (art. 45 da CF), os votos captados por candidatos individualmente ou pela legenda partidária se destinam a formar o cociente eleitoral e, por conseguinte, não pertencem ao candidato como tal, mas ao respectivo partido político. Trata-se de interpretação correta, porque compatível com o sistema constitucional adotado.

c) uma terceira forma é a do *ativismo judicial*, que consiste na interpretação constitucional criativa, que pode chegar até à constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação construtiva. É por essa forma de interpretação criativa que os Tribunais Constitucionais europeus e a Corte Suprema dos Estados Unidos têm produzido constitucionalizações de direitos enriquecedoras da democracia. As Cortes Constitucionais da Espanha, da Itália e da Alemanha são baluartes da vigência e eficácia dos direitos fundamentais em seus países. Mas não é o caso de descer a pormenores aqui. Basta lembrar dois exemplos de constitucionalização de direitos que demonstram quanto à interpretação criativa é capaz de penetrar no âmago da Constituição para de seu contexto revelar o mais fundo significado, para além do seu conteúdo manifesto, sem, no entanto, ultrapassar os limites que sua pauta de valor circunscreve. Refiro-me a atuação da Corte Suprema dos Estados Unidos, especialmente pela destacada atuação do Chief Justice Warren e do Chief Justice Burger que desenvolveu a doutrina do devido processo legal substantivo, com base na qual foram constitucionalizados direitos substantivos, como, entre tantos, o direito à intimidade, não expressamente previsto na Constituição. Assim também a atuação do Conselho Constitucional da França pela qual se construiu “bloco de constitucionalidade” fértil

---

<sup>1</sup> Para pormenores, cf. José Afonso da Silva, “Mutações constitucionais”, em *Poder Constituinte e Poder Popular*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 291s, e bibliografia ali referenciada.

<sup>2</sup> Cf. Milton Campos, in *RF*, 187/21, apud José Afonso da Silva, ob. Cit., p. 293.



na criação de direitos. São exemplos de um ativismo judicial no melhor sentido, com o qual se operou profunda revolução social.<sup>3</sup>

d) uma quarta forma é a do *abuso no exercício da função jurisdicional*, que é tão inconstitucional como o abuso das funções executiva e legislativa, tipo de interpretação que Umberto Eco chama de “superinterpretação”,<sup>4</sup> pela qual se exerce um ativismo judicial exacerbado. Permitimo-nos reproduzir aqui considerações que emitimos em parecer jurídico:

“O que se extrai dessas breves considerações é que não há função de poder ilimitada. A função legislativa, como a executiva e a jurisdicional, está sujeita a limites. E quando o ato respectivo é produzido sem observância desses limites, torna-se arbitrário e inválido. Os limites são formais ou substanciais. *Formais* quando o órgão criador do ato — legislativo, executivo/administrativo ou judicial/jurisdicional — não observa as regras de competência e, assim, invade campo de outro órgão. *Substanciais* quando o conteúdo do ato se contrapõe ao conteúdo de princípio ou norma constitucional”.<sup>5</sup>

2.2. É nessa forma de interpretação ilegítima ou de ativismo judicial distorcido que se encaixa a interferência judicial no processo legislativo. Grave nesse sentido são as interferências na tramitação de matéria legislativa por decisão monocrática por via de concessão de medida cautelar, como se deu no caso da distribuição do percentual do produto de petróleo (decisão do Min. Luiz Fux), o bloqueio pelo Min. Gilmar Mendes da tramitação do projeto de lei em debate no Senado sobre as regras de acesso dos partidos políticos à TV e ao fundo partidário e a decisão inusitada do Min. Dias Toffoli exigindo explicação da Câmara dos Deputados acerca do que estava sendo discutido na CCJ, como se a Câmara devesse alguma satisfação ao magistrado ou mesmo ao Poder Judiciário a esse respeito. As observações de Virgílio Afonso da Silva sobre a decisão do Min. Gilmar Mendes serve para os outros casos.

“Já a decisão do ministro Gilmar Mendes, ... é algo que parece não ter paralelo na história do STF e na experiência internacional. Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo ‘devido processo legislativo’, sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e

<sup>3</sup> Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 170.

<sup>4</sup> Cf. *Interpretação e Superinterpretação*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, sobretudo pp. 53s e 129s.

<sup>5</sup> Cf. José Afonso da Silva, “O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa”, *RDA*, 220/345.

estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão, foi na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre o procedimento”.<sup>6</sup>

2.3. Não se trata, em tais casos, de ativismo judicial, mas de abuso. O abuso de direito, o abuso de funções como o abuso de poder são sempre condenados. Os magistrados, por exercerem uma função de solução de controvérsias pela qual reconhecem direitos a uns e os negam a outros, precisam ser muito ponderados, muito sóbrios, para que possam ser justos. Um Tribunal Supremo, como o STF, de modo especial, tem que exercer sua magistratura ainda com maior atenção e sobriedade, porque, sendo supremo, não há quem possa corrigir suas decisões menos ponderadas. No entanto, não raro, o Tribunal, ou pelo menos alguns de seus ministros, parecem imbuídos de que detêm um super poder acima do bem e do mal, com posturas que a Constituição não lhes reconhece, e o pior, muitas vezes praticadas com arrogância, o que não é próprio de um Tribunal constitucional. O governo dos juízes é tão danoso quanto a ditadura do Executivo.

2.4. Essas distorções precisam ser corrigidas, mas o modo pretendido pela PEC não parece adequado. Pois se as distorções apontadas ofendem o princípio da divisão de poder, a pretensão da PEC não é menos ofensiva, como se verá. Ora, no caso de abuso praticado em decisões monocráticas, sua correção deve ser procurada mediante recurso ao Plenário do Tribunal. Como alerta, Virgílio Afonso da Silva, no artigo citado:

“Nesse momento em que o Legislativo passa por uma séria crise de legitimidade, não parece ser a hora de tentar recuperá-la da forma como se tentou”.

2.4. Enfim, postos esses pressupostos, podemos passar ao exame do mérito da PEC 33, cuja ementa sintetiza seus objetivos:

“Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”.

---

<sup>6</sup> Cf. “Não cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar o ritmo do processo legislativo”, em o *Valor Econômico*, Sexta-feira e fim de semana, 3, 4 e 5 de maio de 2013, p. A18.

## 2. Quórum para a declaração de inconstitucionalidade

3. Artigo 1º da PEC propõe nova redação ao art. 97 da Constituição Federal de 1988 com a finalidade de alterar para *quatro quintos de votos* dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, em lugar da *maioria absoluta* do texto original em vigor. Essa alteração de caráter geral tem, na verdade, a pretensão de atingir o quórum de declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, já que a proposta está toda ela voltada especialmente para ele, como se comprova pela argumentação da Justificação.

“A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepôr a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular.

.....

“No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional. Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte”.

A argumentação é sedutora, quando apela para a “legitimidade popular”, mas isso não pode ocultar a *legitimidade constitucional*, que provém da atuação do poder constituinte originário que conferiu legitimidade ao Supremo Tribunal Federal para o exercício da jurisdição constitucional na forma mais elevada. Não se trata de confrontar legitimidade popular com legitimidade institucional, porque, em última análise, esta também provém da soberania popular incorporada na Constituição.

4. Seja como for, não encontramos inconstitucionalidade a apurar na alteração do quórum decorrente da nova redação proposta para o art. 97. Não nos parece que essa alteração interfira com a separação de poderes de que trata o art. 60, §4º, III, da Constituição.

A questão que se põe se insere no campo da conveniência e oportunidade, qual seja a de saber se vale a pena alterar uma regra que vem sendo aplicada há cerca de oitenta anos, sem questionamento, sem prejuízo para os direitos em geral e os direitos fundamentais. Se o sistema vigente tem sido adequado, sua alteração se torna inteiramente desnecessária e inconveniente. As mudanças constitucionais frequentes têm sido um fator de enfraquecimento da força normativa da Constituição, e vão chegando às raias do abuso do exercício do poder de reforma constitucional.

Mas, inconveniência e inoportunidade não são inconstitucionalidades, de sorte que não vemos inconstitucionalidade na proposta de alteração do quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais.

### 3. Súmula vinculante

5. Sempre fui um crítico das súmulas vinculantes, com a observação de que elas restringem o direito de acesso à Justiça constante do inc. XXXV do art. 5º da Constituição, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*. Ora, a *apreciação* da lesão ou ameaça de direito revela o conteúdo jurídico da norma. “O Poder Judiciário aprecia emitindo juízo de valor. ‘Apreciar’ (de *apreço*, valor, dar valor) significa definir o valor de alguma coisa. Quando isso é feito pelo Judiciário, o que se tem é um julgamento, pelo qual se decide o sentido do objeto da apreciação... É no signo ‘apreciação’ que se centra a garantia individual consubstanciada na norma constitucional”. Ora, as súmulas vinculantes tolhem a apreciação do magistrado no sentido largo previsto constitucionalmente.<sup>7</sup>

6. Isso não quer dizer que estamos de acordo com a PEC 33, quando, no seu art. 2º, dá nova redação aos dispositivos do art. 103-A da Constituição. A proposta modifica a redação do art. 103-A introduzindo diversas alterações e inovações.

6.1. Assim é que propõe modificar a redação do caput daquele artigo, para alterar o quórum de aprovação das súmulas vinculantes para *quatro quintos*, em lugar dos dois terços em vigor.

Não vemos inconstitucionalidade nessa modificação de quórum.

6.2. O mesmo já não se pode dizer dos §§ 4º, 5º e 6º que a PEC pretende introduzir no art. 103-A, pelos quais o efeito vinculante das súmulas fica sujeito à provação por maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão conjunta (§4º). Aqui está o núcleo das modificações propostas para esses parágrafos, de sorte que os §§5º e 6º são consequências.

A questão, portanto, é esta: *o controle das súmulas pelo Congresso Nacional*. A Justificação é a de que:

“Aproximadamente sete anos após sua aprovação, é necessário que o Congresso Nacional promova uma avaliação do uso desse instrumento.

“A nosso ver, a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco” posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes. Um desses necessários ajustes resulta do desapego do Supremo aos contornos dos casos precedentes, bem como à necessidade de reiteradas decisões para que se edite uma súmula vinculante.

---

<sup>7</sup> Cf. José Afonso da Silva, “Acesso à Justiça e Cidadania”, em *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 155, citando Carmen Lúcia Antunes Rocha, “Sobre a súmula vinculante”, *RDA* 210/142.

“A apreciação do Congresso Nacional sobre a súmula proposta pelo STF avaliará a observância dos casos precedentes reiteradamente decididos e os eventuais “excessos legislativos”.

Quer dizer, em última análise, eleva-se o Congresso Nacional a uma espécie de instância revisora de decisões e atos do Supremo Tribunal Federal, contra todas as regras e princípios constitucionais sobre a repartição de poderes.

6.3. Ainda que eventualmente se reconheça possam existir desvios até inconstitucionais na formulação das súmulas, o modo de corrigi-los não há de ser por meio de outras inconstitucionalidades, porque a exigência de submeter as súmulas ao controle do Congresso Nacional ofende inequivocamente o princípio da separação de poderes. O proponente, percebendo-o, faz prévia defesa, sustentando “que a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional e, portanto, a presente proposição não viola o princípio da separação de poderes”.

6.4. Sequer importa saber qual a natureza das súmulas vinculantes. Pois, o certo é que, se não são atos jurisdicionais típicos, são atos judiciais, conexos, no mínimo, com a jurisdição, produzidos por órgão competente no exercício de suas funções constitucionais. O que é insofismável, além disso, é que elas se inserem no contexto da *autonomia* do Supremo Tribunal Federal, essencial ao princípio da separação de poderes, de sorte que sua ofensa importa inconstitucionalidade. As funções administrativas ou normativas internas dos poderes integram o princípio de sua independência orgânica, que dá relevo ao princípio da separação de poderes, e, por isso, têm que ser respeitadas pelos demais poderes, sob pena de inconstitucionalidade.

6.5. Mas não é só por esse aspecto que ocorre a inconstitucionalidade. Esta também se dá no simples fato de se prever o controle do Congresso Nacional sobre atos de qualquer natureza do Poder Judiciário, especialmente sobre atos do Supremo Tribunal Federal, de vez que o Poder Legislativo não é órgão de revisão de decisões e atos judiciais, de qualquer natureza.

#### **4. Controle congressual sobre declaração de inconstitucionalidade**

7. O art. 3º da PEC 33 pretende acrescentar três novos parágrafos (§§ 2º-A, 2º-B e 2º-C) ao art. 102 da Constituição com o fim de estabelecer um controle sobre as declarações de inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. Basta lermos o pretendido novo §2º do seguinte teor, porque os outros dois são decorrentes:

*“§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular”.*

É sedutor esse apelo à consulta popular, se não fosse inadequada na espécie por ofender princípios constitucionais, já que o sistema de jurisdição constitucional é essencialmente uma função do Poder Judiciário, não função popular.

7.1. Além do mais, o texto revela mais uma pretensão de interferir na competência jurisdicional do STF, o que mais uma vez importa ofensa ao princípio da separação de poderes. E não é só, porque aqui esse pretense controle acaba conferindo ao Congresso Nacional uma função jurisdicional, o que é uma invasão de competência. E mais, as decisões do STF nas ações direta de inconstitucionalidade adquirem a qualidade de coisa julgada imediatamente após sua publicação, de sorte que sua submissão ao controle do Congresso Nacional com previsão de sua rejeição, ofende o disposto no inc. XXXVI do art. 5º da Constituição porque prejudica coisa julgada.<sup>8</sup> Demais, se aprovado, isso importa, no caso, em transformar o controle jurisdicional e controle político, com prejuízo para o princípio da supremacia constitucional.

7.2. Enfim, convém lembrar que essa media se inspira em providência da ditadura Vargas, cuja Carta, de 1937, continha um dispositivo que estabelecia que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento, se este confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (art. 96, parágrafo único). Não é certamente um bom modelo.

Sempre que se começa a restringir função dos Tribunais, abre-se caminho para regimes ditatoriais. O Congresso Nacional há de conscientizar-se de que não é o Poder Judiciário que o oprime e o diminui. Quem se superpõe a ele, é o Poder Executivo imperial que nos rege. Seu

---

<sup>8</sup> Tenha-se em conta que a palavra “lei” do dispositivo se refere a qualquer ato do Poder Público.

desprestígio não provém do exercício da função jurisdicional, mas de sua própria incapacidade de produzir a tempo e a hora as leis de que o País necessita.

## 6. Consequências

8. Temos, por enquanto, apenas uma proposta de emenda constitucional em tramitação perante a Câmara dos Deputados, que pode rejeitá-la ou apenas corrigir as inconstitucionalidades que apresenta. Se isso não acontecer, a proposta tem ainda que ser apreciada pelo Senado Federal com a possibilidade de sua rejeição ou de correção de seus vícios.

9. O certo é que, enquanto a proposta não for aprovada definitivamente, não há nada a ser feito, jurisdicionalmente falando, porque não temos controle prévio de inconstitucionalidade. Se ela for aprovada com as inconstitucionalidades apontadas e outras supervenientes durante sua tramitação, aí sim, cabe a interferência do Poder Judiciário, pelo método difuso, e, especialmente, pelo método concentrado, para decidir sobre os vícios de invalidade.

10. Mas sabidamente isso depende de interposição de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, já que também não existe no nosso sistema o conhecimento de inconstitucionalidade direta de ofício.

11. Supondo que se chegue a isso, ou seja, à declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional decorrente da PEC 33, um problema se erguerá e devemos enfrentá-lo já, qual seja a possível pretensão do Congresso Nacional de aplicação do disposto no novo §2º-A, no sentido de que essa declaração seja submetida à sua apreciação.

Desde já, fique claro que isso não terá cabimento, a emenda assim não tem aplicação no caso da declaração de sua própria inconstitucionalidade, porque esta declaração a invalidará imediatamente.

## 7. Conclusão

12. a) não encontramos inconstitucionalidade na alteração dos quóruns previstos no art. 97 e no art. 103-A da Constituição;

b) entendemos inconstitucional a criação de mecanismos de controle das súmulas vinculantes constantes do §§ 4º, 5º e 6º que a PEC pretende introduzir no art. 103-A;

c) igualmente parecem-nos inconstitucionais os mecanismos de controle das declarações de inconstitucionalidade das emendas constitucionais na forma previstas nas alterações e inovações introduzidas no art. 102 da Constituição pelo art. 3º da PEC.

É o nosso parecer.

São Paulo, 1º de junho de 2013.

-----

OAB/SP 13.417

RG 1.410.813-6

CPF 032 588 748-91



## Doutrina

### Internações compulsórias e o sni das drogas

André Magalhães \*

Já há algum tempo, venho acompanhando o projeto de lei sobre as internações compulsórias pelos noticiários. Defensores dos direitos humanos mostravam preocupação em relação à proposta. Entretanto, subitamente, a mesma recebeu 344 favoráveis na Câmara dos Deputados para que tramitasse em regime de urgência, de maneira que o sinal de alerta acendeu evidenciando a força do atual biopoder punitivo. Historicamente, nossas relações sociais de bases monarquistas e escravocratas formaram uma elite profundamente violenta, que construiu, depois da abolição da escravidão, uma das piores distribuições de renda do mundo num país de profundas desigualdades sociais e regionais. A tal ponto que a própria Constituição Federal entre seus objetivos têm os seguintes no inciso III do artigo 3º:

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

.....

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

..... "

Nesse contexto, nossas primeiras forças policiais foram formadas pelos capitães-do-mato. A relação entre os fazendeiros e os caçadores de recompensa – em sua captura de negros que fugiam em busca de liberdade – estava desgastada. Estes capitães-do-mato, força repressiva de domínio privado, frequentemente aplicavam golpes nos proprietários que passavam, pouco a pouco, a se desinteressar por este mecanismo de repressão. No início do século XIX, desembarcou, em plena Praça XV, a Coroa Portuguesa, acompanhada de 15 mil fugitivos das tropas francesas de Napoleão. Assustados com as ruas repletas de negros, os portugueses recém chegados trouxeram os primeiros cartórios policiais. Em 1808, era

implantada a Intendência Geral de Polícia. Em 1809, criava-se a Guarda Real de Polícia cuja função era manter a tranquilidade da ordem pública e o patrulhamento da cidade. Seus integrantes, escolhidos pelo tamanho e truculência, começavam a substituir a função dos capitães-do-mato, mas seus membros eram os mesmos. Assim nasceu a polícia brasileira (HOLLOWAY,1997).

Ao longo de uma extensa acumulação de poder punitivo, sobre raízes racistas, à nossa história, já marcada por ditaduras, renúncias e golpes, somou-se mais um, o golpe de 1964. A ditadura militar transformou o país num quartel e acabou com a democracia. Atos Institucionais e Decretos-Leis legalizaram torturas, mortes e desaparecimentos enquanto uma política de Estado, onde "subversivos", "comunistas", viraram os inimigos na nação. Criava-se uma guerra para justificar todas as práticas assassinas do Estado de Exceção instaurado. O Decreto-Lei 898/1969, foi a "Lei de Segurança Nacional" que mais tempo vigorou durante o regime ditatorial. Consistiu na base legislativa com a qual os agentes da repressão atuaram. O Decreto dava poderes a um encarregado de polícia de prender qualquer pessoa sem mandado judicial e flagrante, podendo ser renovada a prisão por mais 30 dias, apenas comunicando a autoridade competente, que não era judicial. Permitia-se a incomunicabilidade por 10 dias, durante os quais a tortura estava institucionalizada, como demonstra o artigo 59 da legislação do Estado de Exceção (BARROS DA SILVA, 2000):

*"Art. 59. Durante as investigações policiais, o indiciado poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Êste prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou.*

*§ 1º O Encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até dez dias, desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.*

*§ 2º Se entender necessário, o Encarregado solicitará dentro do mesmo prazo ou de sua prorrogação, a prisão preventiva do indiciado, observadas as disposições do art. 149 do Código da Justiça Militar."*

A memória do sanguinário e monstruoso aparato do “Serviço Nacional de Informações”, não pode ser apagada de forma alguma. Citamos alguns instrumentos jurídicos que sustentaram todas as barbaridades praticadas nos calabouços da ditadura, a fim de demonstrar a semelhança, dos nomes e intenções, entre o SNI e o projeto de internação em tela.

Como o Decreto-Lei da ditadura militar, o projeto de lei 6773/2010 estabelece que qualquer pessoa poderá ser internada compulsoriamente sem ordem judicial e flagrante delito. Trata-se de proposta de legislação de exceção incompatível com o Estado Democrático de Direito. A denominação do capítulo IV do projeto é emblemática: *“Do Sistema Nacional de Informação Sobre Drogas”*. A sigla quase idêntica vem ressuscitar o espírito do SNI, mostrando que ainda estão presentes e ainda têm poder, justamente no momento em que a Comissão da Verdade luta para contar a história recente do país e as atrocidades cometidas durante a ditadura militar.

Na referida proposta, é instituído um aparato de fiscalização, cadastro e controle dos usuários de drogas para o país. Através de uma rede nacional, centralizada hierarquicamente e coordenada pela União, objetiva-se criar sistemas estaduais e municipais integrados, sob a fiscalização de um poder central, ferindo a autonomia dos entes federados. À União ficaria reservada a competência de elaborar o Plano Nacional de Políticas Sobre Drogas, instituindo e mantendo um Sistema Nacional de Informação, um SNI(D), com prestação de assistência técnica e suplementação financeira aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios. Cabe destacar o parágrafo único do artigo 16 do capítulo IV:

*“CAPÍTULO IV: Do Sistema Nacional de Informação Sobre Drogas*

*Art 16.*

.....

*Parágrafo único.*

*As instituições de ensino deverão fazer o preenchimento da ficha de notificação, suspeita ou confirmação de uso e dependência de drogas e substâncias psicoativas ilegais para fins de registro, estudo de caso e adoção de medidas legais. (NR)”*

Como se não bastasse um sistema centralizado na União, suas diretrizes políticas, determinações e métodos já estão traçados no projeto de lei. Cabe destacar que seu

artigo 8º obriga os órgãos educacionais a se transformarem em pequenos tribunais de exceção e seus agentes em informantes deste novo SNI:

#### “SEÇÃO V

##### *Das Diretrizes quanto à Educação*

*Art 8º - K É obrigatório que os agentes públicos ou privados observem as seguintes diretrizes na elaboração e na execução dos planos de políticas sobre drogas na educação:*

*I – promover que os regimentos escolares e os regimentos internos das entidades de atendimento definam as ações preventivas, as medidas disciplinares e as responsabilidades dos que atuarem de forma direta ou indireta, por ação ou omissão na ocorrência de uso e dependência de drogas;*

*II – habilitar os professores a identificarem os indicadores relativos à ingestão abusiva de álcool e à dependência de drogas e dar o devido encaminhamento nos casos previstos*

Os colégios são, ou melhor, deveriam ser, espaços de formação da cidadania, de acolhimento, amizades e cooperação. O projeto visa transformar nossos estabelecimentos de ensino em locais de inquisidores e delatores. O inciso I do artigo 8º citado obriga os educadores a elaborarem regimentos disciplinares para responsabilizar a todos, por ação ou omissão, de forma direta ou indireta, quer dizer, por qualquer conduta, pois só pode ser uma ação ou omissão. E o que significa de forma direta ou indireta? Para ser condenado ou preso, alguém deve ter praticado alguma conduta tipificada em lei, ou seja, esta deve estar previamente definida, por exemplo, matar, ofender, lesionar, subtrair, dentre outras ações. O presente projeto, absolutamente inconstitucional, fere os direitos humanos de primeira geração, como definiu Norberto Bobbio, que são garantias da liberdade previstas na Carta Política. É uma legislação típica de estados de exceção inconcebível numa democracia (BOBBIO, 1992).

Na formação desse aparato de punição, informação e controle, torna-se obrigatório fomentar parcerias com as já bastante tendenciosas, em sua maioria, instituições religiosas, conforme se lê no artigo 8º-J, inciso IV:

*“Art 8º-J - É obrigatório que os agentes públicos ou privados observem as seguintes diretrizes na elaboração e na execução dos planos de políticas sobre drogas na atenção à saúde do usuário ou dependente de drogas:*

*.....*

*IV – fomentar as parcerias com instituições religiosas, associações e organizações não-governamentais na abordagem das questões do abuso de drogas;*

*.....”*

Deste modo, segundo esta proposta, os agentes públicos e privados serão obrigados a fazer parcerias religiosas vedadas, por sua vez, pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal:

*“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; .....”*

A proposta prevê, ainda, a criação de Conselhos Nacional, Estadual e Distrital e Municipais formados por, respectivamente, 20, 16 (estaduais e distrital) e 10 membros. Todos serão remunerados e a previsão dos recursos necessários ao pleno funcionamento do Conselho constará da respectiva lei orçamentária, tudo previsto no artigo 8º-I. Em outras palavras, objetiva montar as bases financeiras e remuneratórias de um verdadeiro aparato nacional de perseguição aos estigmatizados “drogados”.

O capítulo IV traz toda sanha punitiva ao estabelecer que o desrespeito, mesmo que parcial, e o não cumprimento integral das diretrizes e determinações do projeto, sujeitam, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, bem como da Lei de Improbidade Administrativa, os gestores, operadores e entidades governamentais, ou não, à advertência, afastamento de dirigentes, fechamento de unidade, interdição de programas, suspensão e cassação de funcionamento.

Justificados pelo discurso do medo e do perigo da guerra, os métodos de delação, informação, provas secretas e punição, por meio de um sistema centralizado na União, eram políticas de Estado aplicados contra os “subversivos” durante a ditadura militar. Esse projeto de lei possui as mesmas características, porém, apontando, agora, aos já estigmatizados “drogados”, concebidos como um perigo, incutindo-se na sociedade o medo deles, como se pudessem surgir de qualquer lugar. No meio de uma guerra contra os “perigosos drogados”, se justificariam legislações e ações características de estados de exceção. O sistema, estruturalmente espalhado pelos municípios em redes, é centralizado em ordens do poder federal por diretrizes estabelecidas em lei. Trata-se de uma lei anti-democrática, pois não quer debater a amplitude e a complexidade do tema em questão, visando criar um aparato nacional excludente de internação. A visão da abstinência e do isolamento como únicas formas de tratamento de supostos viciados e dependentes desemboca nas camisas de força que podem ser tanto mecânicas – prender, amarrar, acorrentar - quanto químicas, tais como nas situações de prescrição de fortes medicações psiquiátricas, inclusive por via venosa, a fim de dopar o interno.

Este assunto é tão notório que farto acervo literário e cinematográfico já trataram desse tema com brilhantismo. Como listar todas as obras primas fugiria a nosso escopo, podemos citar três exemplos emblemáticos de épocas distintas: “O Alienista” do genial Machado de Assis, publicado em 1882, os filmes “Frances” (EUA, 1982), de Graeme Clifford e “Bicho de Sete Cabeças”, de Laís Bodanzky, de 2001.

O projeto destrói completamente o espírito da Lei 11343/2006. Dela, o título II, “Do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”, seria transformado em “Da Articulação Federativa para o Enfrentamento às Drogas, da Rede e do Sistema Nacionais de Políticas sobre Drogas”. Segundo o último, um método nacional obrigaria todos os agentes públicos e privados, sob pena de responsabilidades e punições administrativas, a delatarem e perseguirem os estigmatizados “drogados”, através de uma articulação nacional de enfrentamento. A proposta pretende manter a mesma lei 11343/2006, porém, totalmente desfigurada por este novo sistema, algo completamente monstruoso. A estratégia para aprovação é a inclusão de uma nova lei dentro de outra lei que não se coadunam. Se fosse este o caso, o que se deveria propor seria a revogação da Lei 11343/2006. Entretanto, sem enfrentar o debate aberto, seus mentores fazem uma proposta dissimulada, introduzindo claramente sua fúria controladora, proibicionista e punitiva.

No caso em tela, o conceito de enfrentamento remete à política da “guerra às drogas”, cujo evidente fracasso o Rio de Janeiro vem testemunhando, pois é a cidade do mundo onde mais morrem jovens, negros e pobres por arma de fogo. Como diz o próprio

nome, essa política pública busca transformar uma questão pertencente à esfera da saúde pública em guerra, construindo uma articulação federativa de enfrentamento aos “drogados”.

Cabe destacar que essa política proibicionista foi aprofundada nos anos 80, tendo ganhado fôlego por ocasião da Convenção de Viena, em 1988. Por volta de 1989, quando caiu o muro de Berlim, a “Guerra Fria” foi substituída pela “Guerra às Drogas”. Enquanto isso, o inimigo, antes, o comunista, passava a ser o “drogado”. A defesa de um mundo sem os comunistas, com o comemorado porém inexistente “fim da história”, transformava-se na defesa inimaginável de um mundo sem drogas nem “drogados”. Querem trazer o mesmo aparato nacional de informação usado para enfrentar os “subversivos” comunistas, com toda a experiência punitiva acumulada do biopoder elitista, discriminador e racista. Com esta mentalidade, baseada numa política de abstinência, esse projeto de lei visa um país sem “drogados”.

Segundo o projeto de lei, o único tratamento oferecido pela internação é a “abstinência”. Entretanto, em documentos públicos, a própria Prefeitura do Rio de Janeiro já admite a ineficácia desse tratamento em mais de 70% dos casos. Assim, vão de encontro às eficazes políticas de redução de danos adotadas tanto pelo nosso Ministério da Saúde quanto por diversos países do mundo.

O psiquiatra Dartiu Xavier da Silveira, da Universidade Federal de São Paulo, apresentou um estudo sobre a política de redução de danos, onde 50 viciados deixaram o crack com o uso da “maconha”. No que tange a “maconha” é importante registrar que mais de 18 Estados americanos e o Distrito de Columbia, onde fica a capital, Washington, já legalizaram em plebiscito seu consumo para fins medicinais e alguns, inclusive, para fins recreativos. A planta é receitada para o tratamento do cancer, AIDS, glaucoma, anemia, dores e enjôos em geral. Holanda e Portugal legalizaram a “maconha” para combater a heroína, política de redução de danos que alcançou enorme sucesso. O governo do Uruguai apresentou um projeto de legalização da “maconha”, onde o Estado terá o monopólio da venda de 30 gramas, por mês, por consumidor, para combater o poder dos traficantes e reduzir o grande consumo de “crack”. Trata-se de planta milenar. Todas as velas e cordas das caravelas que descobriram o Brasil eram feitas de “maconha”, anagrama de cânhamo. A primeira Constituição dos Estados Unidos da América foi feita de “maconha”. As primeiras Bíblias impressas por Guttemberg, também, foram feitas de cânhamo e um de seus exemplares está na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro. Henri Ford construiu um carro inteiro de “maconha”. Rabelais, escritor do século XVI, de grande importância para a formação da língua francesa e

da própria França como nação, em seu célebre livro “Bom Pantagruel”, escreveu que o cânhamo, “maconha”, era a rainha dos vegetais na floresta, por suas múltiplas funções. Seu pai, inclusive, era advogado e tinha vários campos de plantação de cânhamo. A “maconha” era chamada pelo célebre escritor da língua francesa de Pantagruelion. O Rio de Janeiro, inclusive, registra a primeira lei do mundo que criminaliza a “maconha”. Foi em 1830, o § 7º da lei de posturar municipais, de cunho claramente racista, pois criminalizava o escravo, que fumasse “maconha”, com três dias de cadeia. Todas as denominações sobre a “maconha” têm cunho racista, como, por exemplo, “fumo de Angola”, pois foram os negros escravizados que trouxeram as primeiras sementes e o hábito de fumar “maconha” para o Brasil. Rodrigues Dória, médico legista e psiquiatra brasileiro, no início do século XX, chegaram a escrever que a “maconha” era usada pelos negros como vingança contra os brancos pela escravidão. É importante fazer esses registros, pois muito preconceito carrega a planta milenar.

Cabe destacar que parecer do Ministério da Saúde considerou equivocada a compreensão do projeto em tela a respeito do problema das drogas. Recordamos que a Lei 10.216/01 (conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica Brasileira) dispõe sobre a “proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental no país”. Fruto de amplo debate na sociedade e da luta antimanicomial, esta lei foi considerada um avanço, à medida que deixou de preconizar o modelo asilar, indiscutivelmente violador de direitos humanos e ineficazes sob o ponto de vista clínico, para constituir, ao contrário, um modelo de promoção da cidadania e autonomia do usuário, com resultados significativos para a saúde (Área Técnica de Saúde Mental, Álcool e outras drogas DAPES/SAS/MS). Há algumas décadas, no Brasil e no mundo, a cultura da violência institucional gratuita e desumana apresentada como tratamento veio sendo desmascarada e deslegitimada. No entanto, ainda se faz necessário resistir aos retrocessos e promover ações para desmontar as práticas de exclusão voltadas para grupos sociais marginalizados – dependentes de drogas, idosos, negros, imigrantes, ciganos, jovens e desempregados (Amarante, 2008).

O artigo 28 da Lei 11343/2006, que significou um grande avanço, com o fim da pena privativa de liberdade para os consumidores de drogas, está ameaçado de sofrer grave retrocesso. Exatamente no momento em que se aproxima o julgamento do Recurso Extraordinário 635659, onde o Supremo Tribunal Federal deve acompanhar decisões de demais Cortes Constitucionais da América do Sul e julgar inconstitucional a criminalização do próprio artigo 28 da Lei 11343/2006, por este violar o princípio da ofensividade, já que a conduta não atinge direitos de terceiros. Seria uma autolesão no caso do uso recreativo, mas a lei não criminaliza a tentativa de suicídio. A criminalização ofende também o direito à igualdade, pois as drogas que mais matam e causam doenças são as legais: o álcool e o



cigarro. Por outro lado, embora criminalizada, não se tem conhecimento de um caso de overdose de maconha. Além disso, viola os princípios da intimidade e da vida privada, requisitos fundamentais à dignidade da pessoa humana. Fere a liberdade de escolher, de consumir o que puder ou quiser comprar.

O STF já decidiu, ao final de 2011, em Plenário Virtual, que existe repercussão geral da questão constitucional suscitada no RE 635659, pois atinge grande número de interessados e o tema é de manifesta relevância social e jurídica. Já o referido projeto, ao contrário, visa criar uma espécie de prisão domiciliar para os "drogados" e lhes proibir a diversão por até 24 meses com a proibição de frequentarem determinados lugares, como casas de prostituição. Invade o poder discricionário do juiz sentenciante em dispositivos teratológicos, ao determinar que o magistrado deve designar um responsável para acompanhar o usuário na Sentença. Chega ao ponto de atribuir ao juiz a tarefa, impossível, de acompanhar o atendimento individualizado dos usuários de droga:

"Art. 28

.....

*§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo de 6 (seis) a 12 (doze) meses.*

*§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) meses.*

.....  
.....

*§ 6º*

.....

*III – restrição de direitos relativos à frequência a determinados lugares ou imposição ao cumprimento de horários.*

.....  
...

*§ 8º Em qualquer das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, o Poder Público está obrigado a acompanhar o desenvolvimento, registrar o cumprimento e avaliar o progresso do usuário ou dependente de drogas nas atividades atribuídas, de acordo com o seguinte:*

*I –a sentença judicial designará um responsável por acompanhar o desenvolvimento das atividades pelo usuário ou dependente de drogas;*

*II –o juiz competente será informado pelo responsável pelo plano de atendimento individual acerca da avaliação do progresso realizado no cumprimento das atividades do programa, com sugestões sobre ações futuras.”(NR)*

Um dos aspectos mais terríveis do projeto é a internação involuntária, assim definida no artigo 23-A, inciso II, letra “b”:

“Art. 23-A

.....

*II - .....*

*b) internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do usuário, a pedido de familiar ou, na absoluta falta deste, de servidor público que constate a existência de motivos que justifiquem a medida;*

.....

*§ 2º A internação involuntária:*

*I –a internação involuntária deve ser precedida da elaboração de documento que formalize a solicitação do familiar ou, na absoluta falta deste, de servidor público e deve conter a exposição dos motivos que a justifica.*

*II–é realizada após a formalização da decisão do médico responsável;*

*III–perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, dentro do período máximo de 180(cento e oitenta) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;*

*IV –o solicitante da internação pode requerer ao médico a interrupção do tratamento.”*

Trata-se, na realidade, de uma internação compulsória, criando-se uma nova espécie da extrema medida de segurança de internação. No entanto, esta medida será decidida por apenas um médico, que não precisa ser perito judicial e nem mesmo psiquiatra. Hoje, num processo judicial comum, para ser aplicada medida de segurança, é necessário um Laudo de Exame de Sanidade Mental, com quesitos da acusação e da defesa, assinado por dois

peritos psiquiatras. Medida esta que só pode ser aplicada para alguém que tenha praticado um crime com pena privativa de liberdade.

Ocorre que não existe mais a pena privativa de liberdade para o crime de consumo de drogas no artigo 28 da Lei 11343/2006, nem tampouco no projeto em tela. Deste modo, é ferida a mais importante garantia individual, o princípio da reserva legal, insculpido nos artigos 5, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal. Para uma pessoa sofrer medida de segurança, primeiro deve ser analisado se ela praticou um fato típico, ilícito, culpável - excluindo-se neste momento da análise a inimputabilidade - e punível. Como não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ninguém pode ser internado compulsoriamente por conduta onde não é mais prevista a pena privativa de liberdade.

Por fim, a teratologia do projeto de lei chegou ao extremo na questão da sanção por tráfico de drogas. A vedação à conversão das penas privativa de liberdade em restritivas de direitos no caso de tráfico de drogas foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva no Habeas Corpus nº 97256/RS. Logo, tal proibição foi riscada do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343/2006 pelo Senado Federal, através da Resolução nº 5, de 2012. Portanto, um réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, pode ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços. Já que a pena mínima para o tráfico é de 5 anos, neste caso, o juiz deve aplicar a causa de diminuição e a pena, que não ultrapassará 4 anos, será convertida em restritiva de direitos. Observa-se que o projeto aumenta a pena mínima visando cortar esses avanços e amordaçar o juiz sentenciante. Quer impedir, no caso concreto, que o juiz se movimente com discricionariedade no momento da dosimetria da pena e substitua a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

A irracionalidade da proposta é tamanha que estabelece uma pena mínima de 8 anos para o tráfico, superior à pena mínima de 6 anos para homicídio doloso. A principal razão da superlotação das cadeias brasileiras reside na prisão de pequenos e ocasionais traficantes, bem como de

consumidores condenados como traficantes. Isto, mesmo com a pena mínima vigente de 5 anos de reclusão. Chega a ser difícil imaginar uma superlotação ainda maior caso a pena mínima fosse de 8 anos! O projeto em tela é uma catástrofe anunciada das nossas já desumanas penitenciárias.

O projeto de lei nº 7.663, de 2010, recebeu os seguintes apensos, PLs nos 7.665/10, 440/2011; 1.144/2011, 1.575/2011, 1.693/2011, 1.905/2011, 1.931/2011, 2.372/2011, 2.600/2011, 2.922/2011, 2.930/2011, 3.167/2012, 3.365/2012, 3.450/2012, e um Substitutivo. Em parecer apresentado em sessão do IAB, após indicação do consócio Fernando Maximo de Almeida Pizarro Drummond, o plenário deste Instituto votou, por unanimidade, pela rejeição do referido projeto, apenso e substitutivo, por absoluta inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

### Referências Bibliográficas

AMARANTE, Paulo. Saúde Mental, Formação e Crítica. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008.

BARROS, André. *A Acumulação do Poder de Punitivo no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Cândido Mendes, 2006.

BARROS DA SILVA, Fernando. *Prisão em Flagrante*. Uma visão Sociopolítica. Dissertação (Mestrado em Direito). 83 fls. Núcleo de Pesquisa e Pós-Graduação. Instituto Metodista Bennet, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

HOLLOWAY, Thomas. *Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

\*ANDRÉ BARROS, advogado, mestre em ciências penais, membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

## Doutrina

### **Direitos sexuais das pessoas privadas de liberdade: o acesso à justiça e segurança cidadã**

Dalio Zippin Filho\*

Carolina Miranda do Amaral e Silva\*\*

A sexualidade é uma parte integrante da personalidade do ser humano, que se constrói ao longo da vida, a partir da infância, de histórias pessoais e do ambiente no qual se vive, em contato com ideologias e visões diferenciadas do mundo (Bretãs & Pereira, 2007). Ou seja, além de seus aspectos biológicos, está ligada aos aspectos afetivos, a história de vida e aos valores culturais, os quais contribuem para a formação da identidade geral e para os componentes da identidade sexual: identidade de gênero, papel de gênero e orientação sexual (Costa et al., 2001).

Desta forma, o bom funcionamento sexual no ser humano depende da interação e integridade de 3 dimensões: o biológico, o sociocultural e o psicológico. O aspecto biológico considera além da capacidade biológica de um indivíduo completar o ciclo de resposta sexual, dar e receber prazer sexual. O psicológico contempla as emoções e a cognição. Já o aspecto social envolve o papel social de gênero, comportamento de uma pessoa, segundo a expectativa dos grupos que essa pessoa faz parte, e o papel sexual, modo como se mostra aos outros e a si próprio, sensação de se sentir homem ou mulher. E nessa relação com o meio se deve incluir, além do comportamento sexual, o relacionamento sexual.

A Organização Mundial de Saúde (OMS, 1993) considera a sexualidade como um aspecto fundamental na qualidade de vida de qualquer ser humano, estando patente em tudo o que somos, o que sentimos e o que fazemos. Apresenta a saúde sexual como uma

experiência processual que comporta bem-estar físico, psíquico e sociocultural (WHS, 2004). O desenvolvimento total da sexualidade é essencial, pois se a saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual é um direito humano básico e universal baseado na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos (WAS, 1999). Desta forma, para assegurar o direito do homem a partilhar uma sociedade com um desenvolvimento saudável ao nível das questões sexuais, a Associação Mundial de Sexualidade (WAS, 1999), com o apoio da Organização Mundial de Saúde, emitiu a Declaração dos Direitos Sexuais onde são evidentes:

1. **O direito à liberdade de expressão sexual** – Possibilidade de expressar o potencial sexual, excluindo toda forma de coerção sexual, exploração e abuso em qualquer época ou situação de vida.
2. **O direito à autonomia sexual, à integridade sexual e à segurança física** – Autonomia sobre a própria vida sexual em um contexto ético pessoal e social. Também inclui controle e prazer do corpo, livre de tortura, mutilação e violência de qualquer espécie.
3. **Direito à privacidade sexual** – Tomar decisões e comportamentos individuais sobre intimidade, de forma a não interferir nos direitos sexuais de outros.
4. **O direito à igualdade sexual** – Liberdade de todas as formas de discriminação, independentemente de sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião ou deficiência física e emocional.
5. **O direito ao prazer sexual** – Fonte de bem-estar físico, psicológico, intelectual e espiritual.
6. **O direito à expressão sexual emocional** – Expressar a sexualidade através da comunicação, toques, expressões de carinho e amor.
7. **O direito à união sexual** – Possibilidade de casar ou não, ao divórcio e ao estabelecimento de outras formas de união responsável.
8. **O direito à tomada de decisões relativas à reprodução e à contracepção** – Decidir por ter ou não filhos, número e espaçamento entre filhos e o direito de pleno acesso aos meios de regulação da fertilidade.

9. **O direito à informação científica** – A informação sexual deve ser produzida por processos de investigação científicos e éticos propagados de forma apropriada a todas as classes sociais.
10. **O direito à educação sexual** – Processo que ocorre ao longo da vida, desde o nascimento e que deve envolver todas as instituições sociais.
11. **O direito à saúde sexual** – Os cuidados com a saúde sexual devem fazer parte de tratamentos de prevenção, preocupações, problemas e desordens sexuais.

A Declaração traz ainda que quando se refere às pessoas com incapacidades, assegura uma postura de igualdade de direitos e determina que, dado que esses indivíduos possuem necessidades especiais e podem estar em situação de vulnerabilidade biopsicosocial, a sua educação sexual deve ser prioritária (WAS, 1999).

Anos depois da declaração, durante o I Congresso Internacional de Sexualidade e Educação Sexual, realizado na Universidade de Aveiro, Portugal, em novembro de 2010, expressou-se através da Carta de Aveiro:

*"A necessidade de um esforço conjunto dos poderes públicos, nacionais e internacionais, organizações não governamentais e agentes da sociedade civil, no desenho de linhas de ação que encorajem o trabalho colaborativo entre as várias áreas de saber, para a promoção da saúde sexual, no respeito pela igualdade de gênero, multiculturalidade e diversidade sexual".*

Os Congressistas declararam ainda "a sexualidade como uma dimensão intrínseca ao ser humano; que os direitos sexuais são direitos humanos e universais; que a privação ou negação da sexualidade é um fator gerador de degradação humana (Carta de Aveiro, 2010)". Reforçando as considerações da Associação Mundial de Sexualidade e da Organização Mundial de Saúde. E é neste momento que uma indagação assombra. Todos, sem exceções, tem vivido, realmente, estes direitos?

Se o foco desta declaração fosse apenas heterossexual, indubitavelmente estes fariam parte da regra vivida pela sociedade. Contudo, nem todos os vivem. Em pleno século XXI ainda se vive entre resquícios da Idade das Trevas. Para Dias (2003), essas relações são repudiadas e alimentadas pelo preconceito dos segmentos conservadores, por carregar as marcas da herança religiosa, que nega o prazer e renega o que não dá frutos. Entra em cena as

minorias sexuais que sofrem processos de estigmatização e discriminação, resultando em formas de desigualdade e exclusão. Retrata-se aqui não só uma minoria sexual, mas também uma minoria social: os homossexuais e as pessoas privadas de liberdade.

A prisão é um dos processos mais cruéis de assujeitamento, onde os indivíduos são privados de seu valor maior, a liberdade. Foi no século XVIII que a prisão passou a ser usada como pena, acompanhando o fortalecimento do estado laico, como forma de regulamentação social (Daufemback, 2012). Cabe lembrar que,

*"Com a condenação de alguém, cria-se especial vínculo de subordinação que se positiva por complexa relação jurídica entre o Estado, que passa a tutelar o preso, por isso mesmo, com deveres para com este, e este, a par do Estado, passa a ser portador de especiais direitos, por força dessa mesma relação (Piedade, 2005, p.61)".*

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito devem estar sempre de acordo com as normas constitucionais, dentre os quais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que esta, umbilicalmente ligado aos Direitos Humanos, fundamental para um Estado Democrático de Direito como o nosso. Entre os Direitos e Garantias Fundamentais são assegurados pela Carta Magna que *todos são iguais perante a lei* (art. 5º) sendo que *os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* (art. 5º, I), que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante* ( art. 5º, III), bem como *são invioláveis a intimidade e a vida privada* (art. 5º, X) e que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais* (art. 5º, XLI), que *não haverá penas cruéis* (art. 5º, XLVII), sendo *assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral* ( art.º 5, XLIV). Estabelece ainda, dentre os Direitos Sociais, *o da educação e da saúde* (art. 6º) sendo que este último *é direito de todos e dever do Estado* (art. 196).

Os Direitos Constitucionais são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis e principalmente, para as pessoas privadas de liberdade, devem ser respeitados, pois estas, com a sentença condenatória só perdem a liberdade, mas não a dignidade e, muito menos, os direitos que não foram atingidos pela decisão. O Estado tem o direito de executar a pena imposta e seus limites são os contidos na decisão condenatória, nascendo desse direito o do condenado de não executar qualquer pena diferente da aplicada na sentença.



Contudo, o descaso quanto às assistências garantidas ao preso é visível em relação a educação, saúde e segurança intrínsecas ao direito do ser humano privado de liberdade (Vasquez, 2011). Então, se saúde, educação e segurança são alguns dos direitos humanos fundamentais, como poderemos dizer que um preso também está assegurado de seus direitos vivendo em uma condição de vida atroz?

Preocupados com essas questões, as Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos (ONU, 1955) e a Resolução nº 45/111 (ONU, 1990) confirmaram determinados Princípios Básicos estabelecendo direitos fundamentais aos reclusos, os quais devem ser tratados com o respeito devido à dignidade e valor inerentes ao ser humano, sem qualquer espécie de discriminação. Portanto,

*"Com exceção da necessária limitação à liberdade de movimento, todos os reclusos devem gozar dos direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais universalmente reconhecidos"* (Maia Neto, 2003, p.980).

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Resolução nº 14/1994), (Brasil, 1994), estabeleceu as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil (Kuehne, 2011). A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) preceitua que *a mesma será aplicada igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar (art. 2º, § único) e ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º)* estendendo desta forma, a dignidade e a humanidade da execução (Kuehne, 2011). É Princípio também da humanidade da pena, que o preso deve cumprir a sua pena o mais próximo dos seus familiares, para que os laços afetivos não sejam rompidos, pois esses são essenciais, à recuperação, ressocialização e reintegração das pessoas privadas de liberdade, finalidade principal da pena, adotada pelo nosso Sistema Punitivo através da Teoria Mista ou Unificadora.

Vamos um pouco além dessa questão. Quais direitos a sexualidade teria uma pessoa privada de liberdade?

A Resolução nº 14/94 do CNPCP que estabeleceu as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil, disciplinou o Sistema de Recompensas (art.º 55) nos seguintes termos:

*"Em cada estabelecimento prisional será instituído um sistema de recompensas, conforme os diferentes grupos de presos e os diferentes métodos de tratamento, a fim de motivar a boa conduta, desenvolver o sentido de responsabilidades, promover o interesse e a cooperação dos presos (Brasil, 1994)".*

Assim, a Resolução nº 4, de 29 de junho de 2011 do próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais que fosse assegurado o direito à 'visita íntima' a pessoas presas, recolhidas nos estabelecimentos prisionais (Brasil, 2011).

Mas o que é a 'visita íntima'? E para que serve? O ser humano possui um desejo, quanto ao sexo, na maioria das vezes controlado e, em outras, incontrolável. A abstinência de tais práticas pode levar a atos de extrema violência e rebeldia, principalmente dentro dos estabelecimentos prisionais. Afirma o CNPCP que a 'visita íntima' é um direito constitucionalmente assegurado à pessoa presa, que deve usufruí-lo, sem qualquer distinção, pois todos são iguais perante a lei.

*"A visita íntima é entendida como a recepção da pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de conjuge ou de outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas". (art.º 1º)*

Estabelece ainda que a 'visita íntima' deve ter uma periodicidade, pelo menos, mensal (art.º 3º) e que a mesma não pode ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar (art.º 4º).

A Federação Internacional de Planejamento Familiar (IPPF, 2008) em sua Declaração sobre os direitos sexuais afirma que: "os direitos sexuais são Direitos Humanos. Os direitos sexuais são compostos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas" e quando trata do artigo 5º sobre o Direito à Autonomia Pessoal e Reconhecimento Perante a diz o seguinte: *"Todas as pessoas sob custódia, têm o direito à proteção contra a marginalização e a ter visitas íntimas regulares (Kuehne, 2011)".*

A Lei de Execução Penal estabelece no Inciso X do artigo 41 o "direito a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados", mas, não se refere às "visitas íntimas" (Kuehne, 2011). O Estatuto Penitenciário do Estado do Paraná regula como

um dos favores que pode ser concedido ao preso o da 'visita íntima' nos seguintes termos: *"Visita íntima' do cônjuge ou companheira, nas condições estabelecidas pela administração (Kuehne, 2011)".*

Desta forma, o Sistema de Recompensas é para estimular a boa conduta do preso ou internado "que podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (Brasil, 1969)". Lamentavelmente, o direito constitucional e humano do exercício da sexualidade é tratado, na nossa legislação infraconstitucional, como um favor que pode ser restringido ou retirado por ato discricionário da administração penitenciária, mesmo violando normas legais.

O direito de realizar atos sexuais, não é um direito caçado pela sentença penal condenatória, e o ato discricionário não tem o poder de banir esse direito convertendo-se em um ato arbitrário e abusivo. Em razão da inexistência de um direito regulamentado à 'visita íntima' a norma constitucional da "igualdade de todos perante a lei" é constantemente violada já que não se estende a TODAS AS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE.

Em princípio só as pessoas do sexo masculino, privadas de liberdade, que são casadas ou vivem uma relação estável é que tem o direito à 'visita íntima', direito que é negado aos presos solteiros, às mulheres, aos homossexuais e aos menores submetidos a medidas sócio-educativas. Igualmente aos militares, recolhidos em Organizações Militares, em prisão provisória ou cumprindo penas, não é permitido o direito constitucional da 'visita íntima' sob a alegação de que esses estabelecimentos militares estão voltados para a consecução da missão constitucional das Forças Armadas e das Auxiliares, não estando incluída a garantia da 'visita íntima'.

Os únicos locais onde os presos militares têm o direito da 'visita íntima' é quando estão recolhidos em Presídios Militares ou nos estabelecimentos sujeitos à jurisdição ordinária. Foureax (2012) defende a visita íntima em estabelecimentos militares.

*"A visita estaria amparada pelos princípios da dignidade humana, na medida em que o desejo sexual é natural a todo ser humano. A sua abstinência, pode causar aflição, sofrimento psicológico e emocional, além de atos de violência nos detentos, inclusive a ausência de visitas íntimas ou a proibição destas seria um dos principais motivos de estupros ocorridos em celas do Brasil (Foureax, 2012)".*

Maior restrição ainda sofrem os militares homossexuais presos tendo em vista, que o Código Penal Militar estabelece no artigo 235 o crime de pederastia ou a pratica de ato sexual de libidinagem em lugar sujeito à administração militar (Jorge, 2012).

Surge então a seguinte indagação: Que direitos à sexualidade têm um preso homossexual? A estigmatização é algo extremamente enraizado nestas minorias que aqui se unem: homossexualidade e prisão. A homossexualidade faz parte da realidade dos presídios, talvez muito mais do que se possa imaginar. Os presos homossexuais sofrem grande discriminação por sua orientação sexual tendo em vista que, a nossa sociedade é homofóbica por excelência. E é verdade que a sociedade não está preparada para nenhuma delas, que dirá para o conjunto.

A prisão além de ser um ambiente hostil, aonde se permanece por um longo período de tempo, tem caráter exclusivamente masculino. Até a instituição das 'visitas íntimas', que, no Brasil, ocorreu em 1987, para homens e somente, em 2001, para as mulheres, os presos homossexuais tinham grande importância e utilidade. Principalmente, em prisões masculinas, onde além de ritos de passagem marcando a entrada, ocorriam (e ainda ocorrem) inúmeras relações de dominação através da posse sexual (Dias & Silva, 2009). Nunca a salvo da discriminação e preconceito

As praticas homossexuais, no ocidente, nem sempre tiveram o carater pejorativo típico da homofobia. Estavam inseridas em muitos contextos históricos de maneira integrada e não patológica (Dias & Silva, 2009). Para Welzer-Lang (2001), não a prática, mas a categoria 'homossexual' é recente. Essa categorização faz parte da modernidade, onde designa-se uma categoria desviante para, em seguida, criar seu corolário, visto como a heterossexualidade. O discurso sobre o corpo construído pela *scientia sexualis*, que associa a dinâmica dos jogos e prazeres sexuais à reprodução, acabou por instituir o heterossexismo (Dias & Silva, 2009). Termo este proposto por Stephen Morin, em 1977, referindo-se a ideia de que a heterossexualidade é o padrão natural e normal para a orientação sexual. Contrapondo-se, assim, a ideia de que outras orientações sexuais sejam um desvio à norma e reveladoras de perturbação.

A busca incessante do discurso científico por distinguir o normal do patológico caracterizou o sexo como um campo de batalha onde se confundem a moral cristã, os interesses econômicos da burguesia e a própria ciência (Dias & Silva, 2009). Ao considerar a heterossexualidade como natural, remete-a a algo inato e instintivo, sem necessidade de ser ensinada ou aprendida. Consequentemente, o que foge da determinação ortodoxa reprodutiva é tido como excluído da sociedade 'normal e sadia' (Foucault, 2002). Desta forma, vê-se a homossexualidade, ou melhor, as diversas formas de sexualidade.

Ao pensar em dois sexos, macho e fêmea, a referência logo é o modelo heterossexual, criando-se a falsa estática da monossexualidade. E ao dividir a sociedade em dois papéis sociais, homem e mulher, recaí-se no mesmo modelo. Todo ser humano é cercado por modelos heterossexuais, em diferentes contextos. Alfred Kinsey já dizia "o mundo em que vivemos é contínuo em todos e em cada um dos aspectos (Kinsey et al., 1948)". Ele e seus colaboradores apresentaram uma escala para descrever o comportamento sexual de uma pessoa ao longo do tempo e em seus episódios num determinado momento. Para os autores não se pode classificar a sexualidade dos seres humanos em apenas duas categorias, mas sim através de diferentes graus de uma ou outra característica extrema:

- 0 – Exclusivamente heterossexual
- 1 – Predominantemente heterossexual, apenas eventualmente homossexual
- 2 – Predominantemente heterossexual, embora homossexual com frequência
- 3 – Bissexual
- 4 – Predominantemente homossexual, embora heterossexual com frequência
- 5 – Predominantemente homossexual, apenas eventualmente heterossexual
- 6 – Exclusivamente homossexual
- X – Assexual

Essa escala mostra a orientação sexual de forma menos estática e monossexual. Foge um pouco a categorização e rótulos. Mesmo isso sendo descrito há mais de 50 anos, ainda não se conseguiu excluir a categorização e o estigma.

Após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a união estável de homossexuais como uma entidade familiar, diversos Estados se apressaram em regulamentar as 'visitas íntimas' para presos e presas com orientação homossexual, inclusive com distribuição de preservativos e gel lubrificante.

As mulheres, sempre discriminadas, sofrem ainda mais a ausência do direito à 'visita íntima', pois quando são casadas ou vivem uma relação estável, seus maridos e companheiros logo deixam de visitá-las, pois preferem mulheres sem problemas e quando são solteiras ou vivem uma relação homossexual são impedidas do exercício da sexualidade em razão de recato ou de preconceito. E os menores submetidos a medidas sócio-educativas, em plena explosão hormonal, com a libido à flor da pele, igualmente não tem direito ao exercício da sua sexualidade sob o argumento de que não estão privados de liberdade e sim submetidos a medidas sócio-educativas, como se por esse fato, não tivessem direito a 'visita íntima', não sendo casados e sem relação estável, mesmo com o pleno exercício dos seus direitos sexuais antes da privação da liberdade.

Inúmeros Projetos de Lei foram apresentados, mas não votados, porque, essa questão do exercício da sexualidade e dos direitos sexuais, ainda é um tabu em nossa sociedade altamente preconceituosa. A Portaria nº 1.190 de 19 de junho de 2008 do Ministro de Estado da Justiça regulamentou a 'visita íntima' no interior das Penitenciárias Federais, como uma REGALIA, e não como um DIREITO, constitucionalmente assegurado (Jorge, 2012). O Procurador do Estado do Ceará, César Barros Leal afirmou que:

*"A questão sexual é reconhecidamente um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões, especialmente daquelas nas quais predomina a promiscuidade das relações interpessoais. Aliado de seu ambiente familiar e social, o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras próprias impostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou envolver-se voluntariamente ou sob coação, em práticas homossexuais (Leal, 2000)".*

O esclarecimento, através de informações atualizadas e baseadas em conhecimento científico, torna-se essencial para que se reconheça a diversidade da sexualidade humana e o respeito pelo outro. Deve-se clarificar que homossexualidade não é perturbação, sequer anomalia. E que tanto as mulheres quanto os homens devem ter os mesmos direitos, segundo

a Carta Magna, podendo ainda, de acordo com a Declaração dos Direitos Sexuais, expressar seu potencial sexual, excluindo toda forma de coerção sexual, exploração e abuso em qualquer época ou situação da vida.

Como mudar esta realidade? Por que não usar neste espaço de cárcere práticas educativas humanizadoras para combater o preconceito e a discriminação tanto entre reclusos, como entre os profissionais que 'cuidam' desses? Por que tornar a visita íntima um direito genuíno, onde além de um ambiente propício e digno, possa ser praticada a sexualidade de maneira saudável?

A educação é um direitos de todos, além disso, sua funcionalidade não é reduzida à transmissão formal de conhecimentos, é também um espaço público para promover cidadania. Através da educação se pode superar os processos de discriminação socialmente estabelecidos, para transformar a realidade em sua diversidade (Lionço & Diniz, 2009). Este direito fundamental pode ser usado no combate a estigmatização da minoria sexual e social aqui representada. No Brasil, diversos parametros normativos afirmam o compromisso da educação com a igualdade, tais como: Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional, Plano Nacional de Direitos Humanos e Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Contudo, ao formar um espaço estratégico para a cidadania e transformação social através da construção e transmissão do conhecimento, também se fabrica sujeitos e subjetividades (Junqueira, 2009). Este espaço "reproduz padrões sociais iníquos, perpetua concepções e valores hegemonicos, naturaliza relações autoritárias, reitera hierarquias opressivas, sanciona clivagens sociais e legitima a acumulação desigual de recursos, poder e prestígio (Junqueira, 2009, p.161-162)." Portanto, faz-se necessária a desestabilização da produção de hierarquias, opressões e clivagens concernentes tanto aos padrões heteronormativos, quanto às dinâmicas que produzem diferenças e desigualdades. Neste contexto, a educação deve favorecer a cultura dos direitos e promoção do respeito e reconhecimento da diversidade, ainda compreender os direitos sexuais. Isso se traduz em um trabalho que ultrapassa a lógica de combater a violência homofóbica.

Avanços significativos só serão sentidos quando os direitos humanos deixarem de ser vistos de maneira simplista, descartando-se os direitos sexuais, como acontece atualmente

(Junqueira, 2009). Não existe lugar mais contraditório para trabalhar estes avanços do que a prisão, espaço onde ocorre a (maior) desumanização do ser humano. Para Skykes apud Santos (2011), o cotidiano na prisão é marcado pelo medo, pelas incertezas e dores, pondo a vida em perigo. Não existe o reconhecimento da identidade do sujeito preso. Inclusive as características peculiares da instituição prisional “propiciam a formação de um sistema social com valores, normas e procedimentos que lhes são próprios (Santos, 2011, p.120).” A rotina rígida, as regras restritivas e asfixiantes acabam por acentuar a privação dos sujeitos, o que implica na desadaptação a vida livre e na adaptação aos padrões impostos (Santos, 2011).

Entretanto, o sujeito privado de sua liberdade social, não está privado de sua liberdade sexual. Se todo ser humano tem como direito a vivência de sua sexualidade de uma maneira saudável e digna, o preso também a tem. E independentemente de orientação sexual, pois a igualdade sexual também é um direito. Segundo Rios (2000), alimentar o desrespeito ou prejuízo pela orientação sexual, significa conceder tratamento indigno a um ser humano.

O preconceito sempre existiu e continuará a existir. Mas, alguém já perguntou qual a origem de sua heterossexualidade? Não existe certo ou errado, é necessário que esse padrão seja desconstruído e se possa encarar os aspectos possíveis na diversidade das expressões na sexualidade humana.

E para que isso efetivamente aconteça, como expresso na Carta de Aveiro é necessário um esforço conjunto de poderes que encorajem o trabalho colaborativo entre as diversas áreas do saber. De nada adiantará a distribuição não-planejada de camisinhas ou uma visita íntima com minutos contados em ambientes improvisados e desagradáveis. Antes de mais nada é preciso valorizar a sexualidade humana e conhecer seus diversos benefícios. Compreender a sexualidade é um processo educacional que não se inicia pelos meios. É formador de opinião e não excludente de direitos, aliás os fortalecem.

Há necessidade urgente de regulamentar as ‘visitas íntimas’, com acesso pleno à Justiça a todas as pessoas privadas de liberdade, provisórios ou definitivos, homens ou mulheres, militares, menores e homossexuais, casados ou solteiros, com relação estável ou não. Hoje no Brasil, a maioria dos quinhentos de sessenta mil presos é de jovens pobres, semialfabetizados, negros ou pardos e solteiros, que não tem direito a ‘visita íntima’, como se



o direito sexual, constitucionalmente assegurado, pudesse ser negado, proibindo-se o exercício pleno da sexualidade, com violação dos seus direitos fundamentais.

Para que os direitos sexuais revigorem, suas bases precisam estar fortalecidas. Volta-se à três direitos fundamentais já discutidos: saúde, educação e segurança. Através da garantia de saúde e do trabalho em educação não só para promovê-la, mas também para a conscientização da diversidade e igualdade sexuais, propõem-se segurança em um ambiente devastado de civilidade. Aliado a isso, vê-se a visita íntima, independente de categorização, como uma maneira de promover o contato social além da superficialidade e combater formas de coerção e agressão sexual promovendo mais segurança entre os detentos. Para Reich apud Mantega (1979), a maioria dos instintos socialmente perturbadores são consequências da repressão sexual imposta pela sociedade, ou seja, a sociedade que esteriliza instintos de prazer é a grande responsável pela violência e agressividade da humanidade.

A partir do momento que houver a garantia de Justiça em prol dos Direitos Humanos, inclusive dos Direitos Sexuais, para pessoas privadas de liberdade, conseqüentemente, haverá mais segurança não só para estas pessoas, mas também para toda a sociedade. A sexualidade “trata-se de um poder invisível, subterrâneo, que age na penumbra, e pode ser tão eficiente quanto à polícia ou as instituições judiciárias (Mantega, 1979, p.11).”

E os únicos deveres dentro desta declaração estão nas mãos daqueles que regem os direitos, o Estado e daquele que os asseguram, a Justiça. Dever de IGUALDADE e DIGNIDADE frente ao exercício dos direitos sem resistências a todo e qualquer ser humano. A Constituição Cidadã de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil, é um Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus Fundamentos *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) e como Objetivos Fundamentais *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art.º 3º, I) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV) (Brasil, 1988). E de acordo com Hans Kelsen, a Constituição “é a norma jurídica suprema e coloca-se no ponto mais alto da escala legal-hierárquica de um Estado (Kelsen apud Piedade, 2005, p.61)”.

Portanto, através dos direitos sexuais assegurados pela Justiça, como a todo e qualquer cidadão, com a promoção de saúde para o exercício saudável da sexualidade e da educação para a diversidade e combate a estigmatização dentro das prisões, pode-se resignificar a segurança e dignidade tão fragilizadas neste ambiente (des)humano.

## Referências Bibliográficas:

BRASIL. 1969. Código Penal Militar.

\_\_\_\_\_, 1988. In Sabatoski, E. & Fontoura, I. (org.) **Constituição Federal do Brasil**. 10ª edição. Curitiba: Editora Juruá.

\_\_\_\_\_, 1994. **Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil**. Resolução nº 14/1994, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

\_\_\_\_\_, 2011. **Regras Mínimas para Tratamento de Presos no Brasil**. Resolução nº 4/2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Bretãs, J. R. S. & Pereira, S. R. 2007. **Projeto de extensão universitária**: um espaço para formação profissional e promoção da saúde. Trabalho, educação e saúde; 5(2), 317-327.

Carta de Aveiro, 2010. In: **I Congresso Internacional de Sexualidade e Educação Sexual**. Disponível em <http://www.fpce.up.pt/ciie/ciieinforma/4/3/CartaAveiro.pdf> [consultado em 20/01/2013].

Costa, C. O. M., Lopes, C. P. A., Souza, R. P. & Patel, B. N. 2001. **Sexualidade na adolescência: desenvolvimento, vivência e propostas de intervenção**. Jornal de Pediatria; 77(2), 217 -224.

Daufemback, V. 2012. **Mais do mesmo?** Diálogos; 9(8), 30-35.

Dias, C. C. N. & Silva, V. C. 2009. Segregação, contaminação e utilização do corpo como espaço: A posição dos homossexuais na nova figuração do poder nas prisões paulistas. In: 33º Encontro ANPOCS. **Anais...** Disponível em [http://www.esedh.pr.gov.br/arquivos/File/gt\\_8\\_crime\\_violencia\\_e\\_punicao\\_Camila\\_Nunes\\_e\\_Valter\\_Cardoso\\_da\\_Silva\\_1\\_.pdf](http://www.esedh.pr.gov.br/arquivos/File/gt_8_crime_violencia_e_punicao_Camila_Nunes_e_Valter_Cardoso_da_Silva_1_.pdf) [consultado em 20/01/2013].

Dias, M. B. 2003. Homoafetividade: **O que diz a justiça!**: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Federação Internacional de Planejamento Familiar. 2008. **Direitos Sexuais**: Uma Declaração da IPPF/2008. Londres: BEMFAM/CEDOC.

Foucault, M. 2002. **Os anormais**: curso no College de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes.

Foureaux, R. 2012. **A visita íntima em estabelecimentos prisionais militares**. Disponível em: [HTTP://recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790](http://recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790) [consultado em 20/01/2013].

Jorge, C. A. 2012. **Novas considerações sobre o direito à visita íntima na justiça militar**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/jorgecesarassis/2012/04/10/novas-consideracoes-sobre-o-direito-a-visita-intima-na-justica-militar/> [consultado em 20/01/2013].

Junqueira, R. D. 2009. Políticas de educação para a diversidade sexual: escola como lugar de direitos. In: Lionço, T. & Diniz, D. (org.) **Homofobia & Educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: Letras Livres, EdUnB.

Kinsey, A. C., Pomeroy, W. R. & Martin, C. E. 1948. **Sexual Behavior in the Human Male**. Philadelphia: WB Saunders.

Kuehne, M. 2011. **Lei de Execução Penal & Legislação Complementar**. 9ª ed. Curitiba: Editora Juruá.

Leal, P. C. B. 2000. **Um direito do preso**: visita íntima. Revista Jurídica Consulex; 41.

Lionço, T. & Diniz, D. 2009. Qual a diversidade sexual nos livros didáticos brasileiros? In: Lionço, T. & Diniz, D. (org.) **Homofobia & Educação**: um desafio ao silêncio. Brasília: Letras Livres, EdUnB.

Maia Neto, C. F. 2003. **Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira**, São Paulo: Editora Forense.

Mantega, G. 1979. **Sexo e poder nas sociedades autoritárias**: a face erótica da dominação. In: Mantega, G. (coord.) **Sexo & Poder**. São Paulo: Editora Brasiliense.

Organização das Nações Unidas. 1955. **Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisoneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html> [consultado em 20/01/2013].

Organização Mundial da Saúde. 1993. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**. Porto Alegre: Artmed.

Piedade, H. Jr. 2005. **O Direito do Preso**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal de Penitenciária; 18(1), p.61.

Rios, R. R. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

Santos, S. 2011. O espaço administrado da prisão e a escola como lócus de resistência. In: Lourenço, A. S. & Onofre, E. M. C. (org.) **O espaço da prisão e suas práticas educativas**: enfoques e perspectivas contemporâneas. São Carlos: EdUFSCAR.

Vasquez, E. L. 2011. Educação Prisional no Brasil: Discursos, Práticas e Culturas. In: Lourenço, A. S. & Onofre, E. M. C. (org.) **O espaço da prisão e suas práticas educativas**: enfoques e perspectivas contemporâneas. São Carlos: EdUFSCAR.

Welzer-Lang, D. 2001. "A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia". Cadernos Pagu, 9(2), 460-482.

World Association for Sexology. 1999. **Declaration of Sexual Rights** – Adopted in Hong Kong at the 14th World Congress of Sexology, Agosto [em linha]. Disponível em <http://www.worldsexualhealth.com/content/sexual-rights-0> [consultado em 20/01/2013].

World Health Organization. 2004. **Sexual health** – a new focus for WHO. In: **Progress in reproductive health research**, Nº 67 [em linha]. Disponível em:

[http://www.redactivas.org/media/uploads/public/1\\_Sexual\\_health\\_a\\_new\\_focus\\_for\\_WHO.pdf](http://www.redactivas.org/media/uploads/public/1_Sexual_health_a_new_focus_for_WHO.pdf) [consultado em 20/01/2013].

\* Advogado Criminalista formado em 1968, pela Universidade Federal do Paraná. Presidente do Conselho Penitenciário do Paraná e membro da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor da disciplina Execução Penal na Universidade Tuiuti do Paraná.

\*\* Psicóloga formada pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Sexualidade pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Mestre em Sexologia pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (Pt). Membro da Sociedade Portuguesa de Sexologia Clínica. Professora do Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão.

## Embargos infringentes na ação penal originária

Carlos Velloso\*

Indaga-se se seriam cabíveis, no Supremo Tribunal Federal, embargos infringentes em ação penal originária. Alguns juristas, porque a Lei 8.038, de 1990, que institui normas procedimentais para a ação penal originária, teria silenciado a respeito, concluem pela inexistência deste.<sup>[1]</sup>

Mas a questão não se resolve dessa forma.

Primeiro que tudo, é preciso reconhecer que a Lei 8.038, de 1990, institui normas para os processos que especifica, perante o STJ e o Supremo Tribunal Federal. O processo da ação penal originária é um desses processos especificados na Lei 8.038/90, artigos 1º a 12. Passo a passo, a lei estabelece o procedimento a ser observado: o prazo que ao Ministério Público é concedido para o oferecimento da denúncia (art. 1º); diligências complementares poderão ser deferidas pelo relator, com interrupção do prazo concedido para a denúncia (§ 1º); se o indiciado estiver preso, o prazo para a denúncia será de cinco dias (§ 2º, "a"), as diligências complementares não interromperão o prazo, salvo se o relator, ao deferi-las, determinar o relaxamento da prisão (§2º, "b").

E segue a lei disciplinando o processo da ação penal originária, minuciosamente, até o findar da instrução, quando estatui, no art. 12, regras a serem observadas no julgamento, estabelecendo: "o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte: I – a acusação e a defesa terão sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação; II – encerrados os debates, o Tribunal passará a proferir o julgamento, podendo o Presidente limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir."

Tem-se, então, que a Lei 8.038, de 1990, disciplinou o processo da ação penal originária no Supremo Tribunal. Não o fez, entretanto, integralmente, mas até o julgamento da ação (Lei 8.038/90, art. 12).

É conferir: finda a instrução, segue-se o julgamento, na forma determinada no regimento interno – art. 12 da Lei 8.038 -- observando-se, no julgamento, além do regimento interno, as regras dos incisos I e II do mesmo art. 12 da Lei 8.038. Aos atos

subsequentes ao julgamento, porque com relação a eles a lei nada dispôs, aplica-se o regimento interno, parece-nos evidente.

Verifica-se, portanto, que a Lei 8.038, de 1990, não extinguiu, no ponto, recursos inscritos no regimento interno do Supremo, como afirmado por alguns. Ao contrário, silenciou-se a lei.

Outros -- que não são do ramo -- invocam a Constituição, afirmando que ela também é silente. Ora, a Constituição jamais cuidou de recursos internos. Ela dispõe a respeito, apenas, dos recursos constitucionais: (i) o recurso extraordinário (C.F., art. 102, III e alíneas) e (ii) o recurso ordinário constitucional (C.F., art. 102, II e alíneas).

É oportuno invocar, no ponto, relativamente à Lei 8.038, o velho brocardo jurídico *"ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit"* – quando a lei quis, determinou, sobre o que não quis, silenciou-se; ou este outro: *"lex, si aliud voluisset, expressisset"* – a lei, se o quisesse, o expressaria claramente.<sup>[2]</sup>

Os brocardos jurídicos, anota Vladimir Passos de Freitas,<sup>[3]</sup> invocando Orlando Gomes, representam "uma condensação tradicional de princípios gerais."<sup>[4]</sup> Os brocardos, leciona Miguel Reale, lembra Vladimir, "se nem sempre traduzem princípios gerais ainda subsistentes, atuam como ideias diretoras, que o operador do direito não pode *a priori* desprezar."<sup>[5]</sup>

O Regimento Interno do Supremo Tribunal estabelece que cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma que julgar procedente a ação penal (art. 333, I) e que "o cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta." (Art. 333, parágrafo único). Sessão secreta, após a Constituição de 1988, não há mais, felizmente. (C.F., art. 92, IX).

O Supremo Tribunal, "sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "c"), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010; RTJ 151/278), (...)."<sup>[6]</sup>

Ora, conforme vimos, a Lei 8.038, de 1990, disciplinou o processo da ação penal originária apenas até o término da instrução. Finda esta, "o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno" (art. 12), observando-se, no julgamento, o disposto nos incisos I e II do citado art. 12. É dizer, a partir daí, a partir do julgamento, aplicam-se as disposições do Regimento Interno, estando entre elas a que estabelece os embargos infringentes.

Na era dos direitos, dos direitos garantidos,<sup>[7]</sup> seria inconcebível interpretação restritiva, voluntarista, em detrimento do direito de defesa, da liberdade, assim do devido processo legal, uma das mais relevantes garantias constitucionais (C.F., art. 5º, LV). A propósito, convém assinalar que, em termos de garantir direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal jamais falhou.

---

\* Carlos Mário da Silva Velloso, professor emérito da UnB e da PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público, é advogado.

[1] Por todos, Streck, Lênio Luiz, "Não cabem embargos infringentes no Supremo", CONAMP, em [www.conamp.org.br/lists/artigos/dispsform.aspx](http://www.conamp.org.br/lists/artigos/dispsform.aspx).

[2] Freitas, Vladimir Passos de, "Os pouco conhecidos e lembrados brocardos jurídicos", em "Consultor Jurídico, " 24.03.2013, [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br).

[3] Idem, idem.

[4] Gomes, Orlando, "Introdução à Ciência do Direito", Forense, p. 50.

[5] Reale, Miguel, "Lições Preliminares de Direito", Saraiva, p. 315

[6] AI 727.503-AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJE de 06.12.2011, em [www.stf.jus.br/jurisprudência](http://www.stf.jus.br/jurisprudência).

[7] Bobbio, Norberto, "A Era dos Direitos", Ed. Campus, 1992.

## **Direito e política na biografia de Hannah Arendt**

\*Leila Maria Bittencourt da Silva

Em Hannover, Alemanha, nasceu Hannah Arendt, em família de judeus assimilados, intelectualizados e politizados, hoje objeto de teses de Direito, Filosofia e Política.

Martha Arendt, sua mãe, que era militante de esquerda, próxima do grupo radical de Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo (assassinados em 1919), depois no grupo espartakista liderado por Kurt Blunmenfeld, levava a filha às manifestações de rua e repetia, segundo JOUNG-BRUEHL( 1999): "Guarde bem isso aqui. Você está vivendo um momento histórico." 1

Hannah admirou Rosa de Luxemburgo pela sede de liberdade, individual e pública, como princípio absoluto da vida em conjunto, razão da luta de ambas, mas tinha desconfianças em relação à revolução e gosto pelo real que a faz preferir o reformismo à ruptura com a tradição.<sup>1</sup>

Nem sempre a biografia interfere na obra, mas em Arendt são indissociáveis. Tudo influiu na crítica à filosofia política ocidental e às bases dos direitos humanos: a esquerda em família, prisões, das quais, uma delas, ocorreu junto com sua mãe, horrores do nazismo, comunistas que abrigou em seu apartamento de Paris, dificuldades financeiras, de 1933 a 1951 sem cidadania, refugiada, sem voz, fora da comunidade política, paixão intensa por Heidegger e amor pelo segundo marido que era militante comunista. A própria autora assinalaria mais tarde que não pode haver processo de pensamento que não seja o resultado de uma experiência pessoal.

Ela pertenceu à geração de intelectuais judeus, pensadores que anteciparam uma crítica cultural do racionalismo moderno, proveniente da Europa Central, mas formada no seio da cultura alemã, como Franz Kafka, Walter Benjamin, Elias Canetti, Norbert Elias, Rosa Luxemburgo, e que, à exceção de Kafka, amargaram na carne, conforme ela, o desterro, ou pereceram, vítimas do regime nazista.



Ela estudou filosofia e teologia ao mesmo tempo e tenta responder como compreender o judaísmo e o cristianismo em aproximação com a verdade. O sofrimento do ser, a melancolia surda e a ausência de lugar no mundo preparam Arendt para analisar a obra de Heidegger.

Não se preocupou quando a rotularam de ser de esquerda e de direita. Ela cantou mesmo o hino da liberdade, de agir e pensar sem amarras, assumiu em suas teorias o amor mundi, nem liberal ou conservadora, nem marxista, afastada de escolas acadêmicas, partidos políticos e linhas ideológicas, com fama de rebelde desde menina ao liderar um boicote contra o professor que a destragara, venceu e foi suspensa da escola. Foi sua relação com a judeidade, o fio condutor de sua vida pessoal e intelectual e nos comentários anti-semitas nas ruas, segundo ela, a palavra lhe “foi pela primeira vez revelada”, fazendo-a esclarecida desde então.

Hannah, delicada, intelectual angustiada, aos dezenove anos conhece a paixão nos braços de Martin Heidegger, 35 anos, casado, pai de dois filhos, seu orientador da tese sobre O conceito de amor em Agostinho. Na primavera de 1925 os amantes superam-se na filosofia, em trocas intelectuais produtivas às obras de ambos e ao mesmo tempo na história de amor de dar inveja aos casais. Hannah, sensível e melancólica, põe fim ao romance em 1929. Antes disto, em 1927 encontra no novo orientador Karl Jasper, amigo de Heidegger, a segurança intelectual.

Heidegger, Don Juan ressuscitado, que escolhia entre alunas as suas presas, vivia os interesses acima da paixão para salvar a aparente dignidade e o seu caráter duvidoso, para manter a ligação, impõe condições humilhantes, dentre elas, que Arendt fosse amiga de sua mulher. Jamais uma palavra pública à grandeza intelectual ou ao talento expresso nos livros da aluna, que foi sua primeira interlocutora e revisora de O Ser e o Tempo, que difundiu sua obra nos EUA, amiga e confidente que esperava lhe atendessem sempre.

Não se nega a paixão de Heidegger, que de 1925 a 1933 escreveu 42 cartas do patético ao apaixonado e Arendt apenas 3 naquele período. Heidegger ciente do noivado de seu aluno, Günther Stern, e a amada, que desabrochou liberta e virou o jogo passando a conduzir o professor, restou desesperado e confessou estar confuso. O casamento de Arendt com filósofo judeu, Günter, ocorre em 1929.<sup>2</sup>

Os amantes retomam a ligação, sem contato físico, quando Arendt, já casada pela segunda vez, visita a Europa, depois de 1950, sob a convicção de serem almas gêmeas. Por cinquenta anos o laço amoroso e intelectual amalgamou vínculos espirituais profundos e incompreensíveis ao olhar de senso comum. O amor de Hannah superou o egocentrismo do

amante ao lidar com o mundo e a adesão ao partido de Hitler, sobre o qual ele não confessou arrependimento público depois que se desiludiu.

Arendt nutriu interesse por Nietzsche, influência moral e política dos clássicos, da filosofia cristã de Agostinho, de Kant, do existencialismo de Kierkegaard, Husserl e Heidegger, e foi amiga de Walter Benjamin.

Após defesa de tese sobre Agostinho, de quem herdou o conceito de comunidade, Arendt interrompe o seu destino com a ascensão nazista, abandona a filosofia para engajar-se em lutas políticas lideradas por Kurt Blunmenfeld, amigo de sua mãe e um pai por afeição.

Em 1933 na Alemanha, Hitler chega ao poder. Daí em diante a Europa espiritual caputla. A invasão da barbárie com técnica aprimorada ocupa os corpos e os espíritos.

O governo examina projeto de lei que exclui os judeus da profissão de advogado.

Ocorre o incêndio do Reichstag, seguido de uma onda de prisões preventivas pela Gestapo (polícia secreta do Estado), quando Hannah Arendt decide, por uma única vez, entrincheirar-se no ativismo político porque se sente responsável e oferece seus serviços à Organização Sionista Alemã através de Karl Blumenfeld, seu presidente.

A decisão é política, mais do que fruto da inquietação pessoal de judia alemã, provocada pelas circunstâncias políticas vigentes, argumenta ARENDT(1993): "Quando nos atacam como judeus, temos que defender-nos como judeus".

Arendt insiste na distinção entre o compromisso político e a identidade pessoal. Não considerava reduzir a existência judia a problema pessoal nem pretendia solucioná-lo no plano individual. Tratava-se de uma questão eminentemente pública e, portanto, política.

Hannah almoça com sua mãe Martha, no centro de Berlim, quando ambas são presas. Detida por oito dias enquanto a polícia tenta decifrar o caderninho que carregava, escrito em grego, com referencia a documentos comprometedores, Hannah diz ser uma costureirinha, que portara documentos sem saber o teor, e diante da história insensata que inventa, o policial acredita e lhe diz : "eu a coloquei aqui e vou tirá-la daqui". Assim saiu da prisão. (ADLER, 2007)

Hannah perde documentos e a ingenuidade, foge da Alemanha com sua mãe, à pé e à noite, pela floresta até uma casa na fronteira com a Tchecoslováquia, vai à Praga e à Genebra, onde trabalha na Organização Internacional do Trabalho, depois à Paris onde vive com o marido .

Miseravelmente, anda pelos bistrôs, rejeitada pelo grupo marxista-comunista da intelitgentia, indesejada pelo franceses, acuada sem dinheiro para subsistência, recebe subsídios de organismos de ajuda.

Ninguém imagina a miséria material e o isolamento moral dos exilados contranazistas na França, país berço da liberdade, igualdade e fraternidade; era a impossibilidade física, material e moral de viver e ser tolerado. Um desespero expresso e claro nas correspondências. Miséria e apatia dominam. Günter faz palestras e leciona alemão. Vivem sob o mesmo teto, embora separados fisicamente. Antes de dormir os dois leem Kafka. Raymon Aron ajuda, acolhe encontrando trabalho para os exilados, conforme relata ADLER. (2007)

Em Paris Arendt convive com Walter Benjamim, a personificação dessa segurança entorpecida, cujo ceticismo em face de todas as tradições culturais e convenções sociais dota-lhe de uma especial habilidade para perceber as falsidades das identidades sociais, e com outros alemães, judeus e comunistas. Ela conhece Heinrich Blücher, militante comunista, oriundo de Berlim, membro refugiado da Liga Espartaquista de Rosa Luxemburgo e filósofo autodidata, com quem se casa em 1940, poucos meses antes da entrada do exército alemão na França. A minúscula moradia de Benjamin em Paris converte-se em um ponto de encontro de um pequeno grupo de intelectuais refugiados para discussões políticas. O casamento dura até a morte dele, apesar de inúmeras traições, depois que se torna professor e faz de suas alunas o mesmo que Heidegger. Por outro lado as correspondência de Hannah testemunham ter havido uma paixão entre Hannah e Hild Frankel, que era a amante do escritor Paul Trillir

Henrich e Hannah com histórias pessoais diferentes, ele autodidata, de origem pobre, mas se amam loucamente em Paris e convivem com muitos intelectuais.

Walter Benjamim vira mendigo e Hannah tenta de todas as formas ajudá-lo

Ela consegue uma ocupação, que era preparar, educar e enviar à Palestina crianças judias para alojá-los em Kibutzim. Engaja-se no trabalho social e educativo e continua a escrever sobre o problema judaico, que para ela, o pertencimento ao judaísmo era claramente um problema puramente político. (ADLER, 2007, p. 236)

Hannah é presa e libertada em dezembro de 1939. Seu marido fica muito doente no campo de internamento e então inicia uma via crucis, de sacrifícios inenarráveis para libertá-lo.

O casal retorna à vida juntos, mas interrompida em maio de 1940, quando Hannah é detida pelas autoridades francesas como estrangeira inimiga e enviada, com outros refugiados

procedentes da Alemanha, ao campo de internamento de Gurs, nos Pirineus, que foi uma triste lembrança na memória dos refugiados da Guerra Civil espanhola. O casal é separado quando ambos são levados pela polícia francesa aos campos de internamento para estrangeiros. Ela ironizaria, que a história contemporânea criara um novo gênero de seres humanos: aqueles que tinham sido levados aos campos de concentração por seus inimigos e aqueles levados aos campos de internamento por seus amigos. (Arendt 1993).

Cada um para campos de internação distintos, condições precárias e insalubre, miséria, humilhações, o inferno de Gurs leva Arendt em breves momentos pensar em suicídio. Eram 25 mil pessoas que se moviam e morriam cotidianamente, 4 mil crianças tentando sobreviver junto com 9 mil mulheres e 150 mil homens com mais de 70 anos. (ADLER,2007)<sup>2</sup>

Por sorte, o caos provocado pela ingresso do exército alemão na França possibilitou fugir. Hannah foge com uma escova de dentes, que era tudo que possuía. Ela era uma sem alojamento, sem documentos, sem dinheiro, sem pátria, sem direitos.

Vai para Montauban, com reumatismo pela caminhada longa, procurar a amiga Lotte, mas a força do amor força o destino e ela encontra casualmente o marido Henrich no meio da multidão e dois se abraçam como uma linda história de amor mas real, história de coragem, dignidade, superação, que lhe propicia o desejo de pensar o acontecimento e portanto não sofrê-lo e ambos tentam pelo viés da filosofia política entender o que lhes aconteceu.

Em maio de 1941, junto com o um grupo, empreende o caminho para o exílio.

Após privações e sob risco de deportação, fogem para o sul, rumo à Espanha.

Benjamin chega um dia antes do grupo, encontra a fronteira fechada para a Espanha, sem esperança e cansado, comete suicídio, mas deixara com Hannah textos inéditos, dentre eles, o célebre trabalho Teses sobre a História, para entregar ao amigo Adorno em Nova York.

No dia seguinte ao suicídio, o grupo, com Arendt e o marido, encontra a fronteira aberta. Todos atravessam a Espanha, vão para Lisboa e pegam um navio rumo aos EUA, país onde reside até morrer.

Os primeiros anos de exílio são difíceis. Sua consciência de pária torna-se mais profunda e seu dom de agregar pessoas faz com que o casal Arendt-Blücher seja rodeado por intelectuais de esquerda e amigos fiéis. No entanto, suas relações com as organizações e com a comunidade judaica são ambivalentes.

Hannah não deixa de participar direta e intelectualmente pela criação do Estado Palestino, e em 1948 o delegado das Nações Unidas responsável pelas negociações palestinas propõe a mediação de seu movimento, caso seja aceito uma tutela da ONU a Israel e pede que ela seja a presidente do Comitê, o que ela recusa sob alegação expressa de não ter muitas das qualidades de que precisa um presidente, mas continua militante.

Arendt publicou o livro *As origens do Totalitarismo* no ano de aquisição da cidadania americana, em 1951, ganhou notoriedade, fez conferências pelo mundo, inclusive retornou à Paris e Alemanha.

Trata-se de uma obra em que Hannah realça o direito a ter direitos e que é pela cidadania que se participa da comunidade juridicamente organizada. Discorre sobre a liberdade pública e cidadania, como precondição da igualdade e que a viabilidade da esfera pública exige a redistribuição redutora das diferenças sociais. Assim os indivíduos conseguiriam praticar a lógica da ação, pois sem as condições para os interesses ligados à vida, a ação na esfera pública fica impedida de ser exercida. Os direitos do homem tornaram-se prova de idealismo fútil ou de tonta e leviana hipocrisia. Ao subtrair dos apátridas e minorias, os direitos que são invioláveis e universais, os Estados-nações começam a deixar de ser Estados de direito. É preciso julgar um regime a partir da sua capacidade de respeitar os direitos do homem, dando-lhe uma significação política.

Portanto ela coloca no cerne do debate político, o apátrida que representava, a seu ver, o fenômeno mais novo da história contemporânea daquela época, o sintoma mais grave de toda a política.

Ser privado dos direitos do homem é ser privado de um lugar no mundo. Este lugar no mundo foi obsessão e dificuldade ao mesmo tempo existencial, psicológica e intelectual que a perseguiu por toda a sua vida, mas que já estava presente na tese sobre Santo Agostinho.

Sua obra suscitou críticas, em especial, pelo paralelismo entre o totalitarismo nacional-socialista e o stalinismo, bem como por algumas simplificações históricas, que os críticos de esquerda pouco compreenderam quanto ao efeito político que o pacto de não-agressão entre Hitler e Stalin tivera para os judeus alemães na desqualificação do projeto comunista.

Hannah percebe que as categorias conhecidas de teoria política eram insuficientes diante dos horrores do extermínio nazista e buscou explorar novas abordagens. Daí ser um clássico do pensamento político no século XX.

Ela mostra que regimes totalitários não foram formas exacerbadas de autoritarismo, que a situação política em Alemanha e União Soviética de Stalin, mas foi condicionada por uma

ruína das instituições políticas tradicionais que mantinham a autoridade política; que a crise da religião e da tradição do pensamento antecede a falência dos sistemas políticos do século XX. O totalitarismo, por essência um movimento dinâmico, perpétuo, não fixável, alimentado pela propaganda, foi recarregado pelas massas.

ARENDT (1989) mostrou que, o sentimento de desamparo do mundo experimentado na atualidade, não se deve, apenas, por não se ter disponível critério seguro para dar conta da realidade e intervir, mas pelo fato de que o mundo perdeu estabilidade. Nota-se que a experiência totalitária demonstrou que a capacidade de ação do homem pode ser anulada por um movimento de mobilização de massas, no qual cada um perde a sua individualidade.

ARENDT (1989) desafia interpretações convencionais sobre o extermínio dos judeus europeus, pois a solução final, de aniquilamento dos judeus, idealizada e executada com requinte de crueldade e eficácia pelo nacional-socialista alemão, ainda que sem precedentes, não foi historicamente inevitável, nem constituiu um fenômeno excepcional no mundo moderno. Tratou-se de um protótipo de privação total de direitos a uma população, que encontra antecedentes no assassinato administrativo praticado pelo imperialismo colonial europeu.

O que se notou aterrorizante e novo na eliminação física sistemática de milhões de prisioneiros, homens, mulheres e crianças judias e outros grupos humanos declarados inimigos da nação alemã e internados nos campos de concentração pelo regime nazista, estava na sua fria execução burocrática, desprovida de qualquer dimensão moral.

O avanço da técnica que permitiu matar à distância, em incontestável ruptura com a história europeia contribuiu para o caráter amoral do holocausto. Segundo ARENDT, o extermínio dos judeus não foi produto de um anti-semitismo eterno, nem radicava em algum fato diferenciado das vítimas. O que tornou possível o holocausto foram as novas circunstâncias sociopolíticas e ideológicas que acompanharam a formação do Estado nacional moderno no século XIX, e que deram origem a uma sociedade progressivamente atomizada e burocratizada, favorecendo o abandono das massas a estreitas satisfações pessoais e a manipulações políticas.

O ódio de outrora aos judeus, de cunho religioso, tinha se transformado de modo radical ao longo do século XIX, convertendo-se, no século XX, em uma forma extrema de nacionalismo que respondia a uma necessidade interna ao regime totalitário de forjar uma imagem inimiga ameaçadora.

ARENDT não usa o argumento, aventado na atualidade, de uma suposta propensão do ser humano à rejeição do estranho. De modo diverso, ela desenvolve uma lúcida análise crítica da lógica exclusivista do próprio Estado nacional moderno. Os judeus, assim como os ciganos, prestavam-se à encarnação dessa ficção de inimigos por jamais se terem integrado plenamente à nação.

ARENDT nega a existência de um conflito de interesses econômicos entre a maioria alemã e a minoria judia, como argumento de causalidade para explicar a perseguição destes últimos. Ao contrário, os judeus assimilados, ao batizarem-se por não aceitarem sua condição judia, tinham contribuído para que seu antigo pecado religioso de ser judeu se transformasse em um vício inerente, que somente poderia ser extirpado mediante seu aniquilamento.

Um antecedente dos campos de morte foi a esterilização ou o assassinato de alemães considerados defeituosos, em câmaras de gás. Para levar a cabo a eliminação física dos judeus alemães e daqueles residentes nos territórios incorporados ao Reich, consoante a sua lógica nacionalista, o regime totalitário precisou, antes de tudo, de distinguir a minoria perseguida, negando-lhe sua condição de sujeitos de direitos, privando-os de sua nacionalidade e convertendo-os, assim, em apátridas que, como a própria Arendt, tinham perdido seu Heimat.

Na esteira de ARENDT nota-se que o regime que impeça a articulação de um mundo comum entre os indivíduos, configurador da política e do Direito, que pretenda a concentração do poder em uma só pessoa está fadado a entrar em crise, posto que não há governo que possa permanecer sem base de sustentação. Vale dizer que, mesmo que todos os homens se tornem um homem apenas, que o governante se intitule o representante do povo, limitando o povo através da adoção do ideal de uma sociedade transparente, unificada, sem diferenças, sem conflitos, tal governo não passa de abstração, um mito em face da artificialidade e fragilidade do consenso que o sustenta, e não está baseado em convicções, mas na vacuidade, na ausência do pensar, o que leva à submissão à regra pela regra, a uma absolutização da lei, que se for radicalmente alterada em eventual mudança de regime, levará consigo o apoio dos adeptos do regime anterior. (ARENDT, 1989)

Em Arendt, todas as experiências indicam que os membros da sociedade respeitável, aqueles que não tinham sido afetados pela comoção intelectual e moral dos primeiros estágios do período nazista, foram os primeiros à rendição. Eles trocaram um sistema de valores por outro. Os não participantes foram aqueles cuja consciência não atuava assim, automática, como um conjunto de regras aprendidas ou inatas que se aplica caso a caso, de modo que toda nova experiência ou situação já é prejudgada.

Segundo ARENDT (1988), o sentido da política é a liberdade. A ideia de política e de coisa pública surge pela primeira vez na polis grega considerada o berço da democracia. O

conceito de política nasceu em Atenas e intimamente ligado à ideia de liberdade, que era a própria razão de viver.

A política baseia-se no fato da pluralidade dos homens, logo, ela deve organizar e regular o convívio dos diferentes e não dos iguais. Para os gregos não havia distinção entre política e liberdade, ambas associadas à capacidade do homem de agir, mas agir em público, que era o local original do político.

ARENDT, apesar de conhecer os horrores nazistas, acreditava na ação do homem e na sua capacidade de fazer o improvável e o incalculável.

A tarefa e objetivo da política para ela é a garantia da vida no sentido mais amplo, diretamente ligada à aspiração maior do homem moderno: a busca da felicidade.

Todos são responsáveis politicamente, no sentido grego da palavra, na luta por justiça social e uma sociedade democrática para todos.

Nota-se uma perspectiva inclusiva ao pregar o pluralismo político como um dos conceitos básicos, em cuja vigência a igualdade política e a liberdade se manifestariam naturalmente entre as pessoas, com tolerância e respeito às diferenças.

Agentes com disposição e capacidade específica devem ter atuação prática em leis, convênios e acordos de natureza política. Em consequência deste tipo de ideia, ela privilegiava a democracia direta ou um sistema de conselhos em detrimento de formas de democracia representativa, em relação às quais adotava uma postura claramente crítica.

Ela não deslembrou, ao ressaltar que Robespierre, Thomas Jefferson, Marx e Lenin que pelo menos de início conceberam a revolução como irrupção da liberdade, associada à máxima espontaneidade, que identifica o momento de uma nova ordem política., conforme análise de JARDIM.(2011)

França e EUA, no século XVIII, e Rússia, do século XX, acreditavam que a história estava começando, era o elemento novidade na concepção moderna de revolução e esta se afirma na liberdade. Porém na prática os processos revolucionários desencadearam sacrifício de anseios do povo em nome de uma ordem política estável e com durabilidade, o que foi provado por décadas depois. (JARDIM, 2011)

ARENDT(1994) discute especialmente os comentários dos fundadores da república norte-americana neste conflito entre o novo revolucionário e a estabilidade. Ela comenta a



busca de Jefferson por instituições políticas que fossem capazes de salvaguardar o princípio norteador da revolução para instaurar uma nova ordem política. Ele defendeu a revisão periódica da Constituição para oferecer a cada geração o direito de escolher para si a forma de governo que acreditasse a melhor para promoção da felicidade.

Era comum afirmar que a política não vale grande coisa, pode levar à destruição da humanidade e que é preciso conformar a política à moral, mas a pensadora da política polemiza no ensaio “O que é liberdade?”, na obra *Entre o Passado e o Futuro*.

Foi possível um exame crítico da política porque Hannah Arendt não estava comprometida com nenhuma doutrina previamente estabelecida e assim pode abordar aspectos não suscitados nas obras do passado, à luz da crise da tradição, nas lições de EDUARDO JARDIM (2011).

Na antiguidade, extraída a noção de autoridade, a política foi concebida como técnica.

Na segunda vertente, a cristã, que elegeu a liberdade com assunto principal como atributo individual, segundo Hannah impedindo-se assim o reconhecimento de seu aspecto político, público e plural, e por isso ela visou desvincular a liberdade da vontade e indicar os limites que separam dois campos de experiência, moral e política.

A reconstrução da história da liberdade mostra que na antiguidade, a liberdade não foi questão para a filosofia, mas estritamente a vida política. Ser livre para eles era estado do homem capaz de se mover e estabelecer contato com seus iguais por palavras e ações. Somente com Paulo e Agostinho, o vínculo da liberdade passa a ser tema dos filósofos, como expressão volitiva.

Hannah chamou a atenção para o fato da liberdade identificada com o livre-arbítrio, tem sede em cada indivíduo e na alma, e portanto o seu exercício seria privado e individual. A política envolve uma pluralidade de agentes, logo ela deverá ter sempre manifestação pública.

Os critérios para existência da ação então são a publicidade, que possibilita tudo apareça com visibilidade, e a pluralidade.

Um abismo separava política e liberdade, nos tempos do totalitarismo, porque a liberdade não era protegida contra o Estado, mas Hannah persiste na ideia que o sentido da política é a liberdade.

A liberdade, conforme tradição do pensamento político, no qual Thomas Hobbes considerou a ausência de impedimentos externos, cada um tem de fazer o que quer, resulta na época de guerras religiosas e pretendia apresentar solução, daí a guerra de todos contra todos ameaçando a civilização. Cabia ao Estado estabelecer segurança, e não se pensou proteger o homem contra o Estado.

Surgem duas doutrinas políticas: 1-de um lado os indivíduos devem defender atividades intelectual, religiosa, econômica, sem interferência do Estado; 2-do outro lado, defensores da concepção positiva da liberdade ressaltam a associação da liberdade com a política, a qual é vista como instrumento de libertação dos homens na direção de sua plena realização.

ARENDT avalia criticamente a vida política, muito deferente dos pensadores de sua época por várias razões, pois não concordava com a ótica liberal que dissociava liberdade da política. Fora leitora de Aristóteles quando aluna de Heidegger e aprendeu que liberdade é exercício dos homens em interação, que ocorre quando estão em condição de igualdade, que o ingresso na vida política tem como pré-requisito solução das carências sociais, econômicas, etc. Ela está de acordo com Aristóteles ao considerar que são muitas as formas de associação humana, para garantir a sua segurança, mas apenas uma delas visa uma nova forma de vida melhor: a associação política.

ARENDT não se filia aos pensadores do século XX, dentre eles, progressistas e revolucionários, que separam liberdade e política. Para eles a experiência política é instrumento de libertação dos homens dos obstáculos ao seu aperfeiçoamento em determinada direção e reconhecem uma finalidade que orientaria a política. Mas Hannah discorda da crença em um princípio diretor ou de finalidade da política, que é obstáculo para a apreensão da dimensão da espontaneidade, que é parte da experiência política. Para ela a ação, isto é, atividade da política "deve ser livre, por um lado, de motivos, e, por outro, do fim intencionado como efeito previsível", mas ressalta que "isso não quer dizer que motivos e objetivos não sejam fatores importantes em todo ato particular, mas eles não são seus fatores determinantes, e a ação é livre na medida em que é capaz de transcendê-los". (Entre o passado e o futuro, p.198)

Não apenas os especialistas, mas todos, segundo Arendt, são capazes de pensar e de realizar o imprevisível, o improvável, isto é, todos são responsáveis até pela ausência de ação, pela servidão voluntária a que o homem tenha se submetido a si mesmo, que pensar e ser livre é uma questão de escolha, de coragem de se valer do próprio entendimento, como diria Kant cabendo, enquanto sujeitos marcados pelo devir, refutar o argumento do Grande Inquisidor de Dostoyevski de que seja desejo eterno e unânime da Humanidade encontrar alguém diante do qual se curve.

No pensamento de arendtiano a política é concebida como criação do novo, do inesperado, como ação plural, resultado do amor ao mundo e não como violência, apresenta-se como alternativa, algo realizável, inerente à condição humana, mas também uma necessidade, pois é condição para a constituição do indivíduo e da comunidade político-jurídica, na qual todos se movem, vez que o reconhecimento do outro em sua diversidade não somente repercute na confirmação do sentido da vida, mas antes é essencial para a existência daquilo que transcende o homem, que o precedeu e que provavelmente não desaparecerá após o seu fim.

Vale dizer que o mundo comum, as instituições, o Direito, tudo aquilo que se queira realizar, a mediação entre homens, à luz muito mais da pluralidade e que do deserto, com mais compartilhamento e menos isolamento, só pode ser construído se a política for sinônimo de liberdade.

ARANDT não considera a vida política fundada no direito, fazendo do direito e dos direitos humanos, a política. Para ela a relação entre direito e política foge às considerações tradicionais, pois não se enquadra sob a medida da crítica do direito como instância formal do encobrimento e legitimação das desigualdades sociais conforme o marxismo nem reduz o direito à expressão da violência originária instituidora do poder soberano, conforme o decisionismo.

Há complementaridade entre Direito e Política para compreensão da obrigação política. O Direito é constitutivo e regulador da ação política, requer consenso e tem fundamento na promessa, categoria que ARENDT (2010) reelabora na análise da ação juntamente com a do perdão.

A promessa traça um limite estabilizador à imprevisibilidade e à criatividade da ação. Daí, a relevância na interação humana do *pacta sunt servanda*, no qual se fundamenta o Direito. ARENDT(1994), ao analisar a experiência norte-americana mostra que uma Constituição, como metáfora exemplar do poder constituinte originário, tem duas dimensões que esclarecem a relação entre Direito e Política de maneira mais concreta. São elas : 1-a da construção pelo *homo faber* do espaço público; 2-a da obtenção do acordo para o agir conjunto, por meio da promessa.

A Constituição é um construído convencional, no qual a contingência do consenso, cuja autoridade deriva do ato de fundação, é uma virtude, pois a verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política, que ensaja a gramática da ação e a sintaxe do poder.

As comunidades políticas não são produto do pensamento, mas resultado da ação, da vida activa, as constituições não têm existência independente. Não são apenas uma obra de técnica do homo faber, do grande legislador. Estão sujeitas a outros sucessivos atos e dependem deles para subsistir. É por essa razão que é preciso preservar as condições para a gramática da ação e para a sintaxe do poder, a fim de que haja obediência à lei.

Para ARENDT(2010) o público é simultaneamente o comum e o visível. Assim a transparência do público por meio do direito à informação, ligado à democracia, como forma de vida e de governo, requer a cidadania apta a avaliar o que se passa na res publica para dela poder participar. Sem o direito à informação, não se garante a sobrevivência da verdade factual, a verdade da política, na qual se baseia a interação e o juízo político, abrindo-se margem incontrolada para a mentira e os segredos conservados pelos governantes. Mentiras e segredos corrompem o espaço público. A transparência do público através de uma informação honesta e precisa é condição para o juízo e a ação numa autêntica comunidade política.

Compreende-se, então, porque ARENDT considera a liberdade e a ação política como sinônimas, porque não é enclausurando-se em si mesmo, utilizando-se somente da capacidade de pensar ou de querer, que um indivíduo passa a ser livre, posto que a liberdade existe onde a condição plural do homem não seja desconsiderada, sendo nada mais que ação. Vale dizer que o indivíduo só é livre enquanto está agindo, nem antes, nem depois. Ressalte-se que a ação política só pode ser entendida como liberdade se não sofre qualquer forma de funcionalização, de instrumentalização.

Sem a mediação do Direito, enquanto liberdade e igualdade, só há poder que absorve a si mesmo. A dimensão principiológica e simbólica do Direito é negada por um regime totalitário, que leva a considerar a perpetuação da exceção, a exemplo de eventuais criações de leis positivas que não conferem legitimidade aos regimes de terror.

Assim sendo, conclui-se que se não existe política tal como Arendt a concebe, também não há Direito em regimes totalitários. Ainda que ocorra a formalização jurídica em um regime totalitário e embora Hitler tenha adquirido o poder mediante procedimentos legais, com o partido nazista obtido aproximadamente 13 milhões de votos nas eleições de julho de 1932, e apesar de aprovada a denominada Lei de Autorização, que permitiu ao gabinete governar em situações de emergência sem submeter seus atos à apreciação do parlamento, não se pode considerar, ao contrário do que pensava Kelsen, que tal regime fosse um Estado de Direito.

ARENDT(1989) considera a figura do tirano aquele que comanda isolado dos negócios políticos, que a tirania foi vista até na Antiguidade, como forma de organização política, assim como a ideia de soberania foi concebida.

ARENDT considerou que pensar é um ato subversivo e anti-social, porque é ato que ameaça todas as versões oficiais do direito e da ordem. Por isso os sistemas totalitários, que impõe a verdade única, pensar livremente é crime.

Aqueles que gostam de acreditar que as ideias dos outros são sempre mentirosas e que só as suas próprias são verdadeiras, não se sentem confortáveis com o conjunto da obra de ARENDT, especialmente com o fato de ela conseguir manter a filosofia fora do alcance dos interesses políticos ou partidários, quaisquer que sejam.

Ela persiste com pensamento aberto, distante da imputação dogmática, pois a autoridade sempre exige obediência e é confundida com alguma forma de poder e violência. Contudo a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção, porque onde a força é usada, a autoridade como tal fracassou.

O poder legitima-se na ação em concreto, em que a palavra e o ato não se divorciam, palavras não são vazias e atos não são brutais, e o poder tem de ser reatualizado em atos e palavras.

Argumentos de que ARENDT não se preocupou com a aquisição e a manutenção do poder, nem com o seu uso pelos governantes, mas sim com o que a isto antecede, isto é, a sua geração pelos governados, o poder entendido como a aptidão humana para agir em conjunto. Daí o destaque do direito de associação para uma comunidade política, pois é a associação que gera o poder de que se valem os governantes. Por isso, em última instância, a questão da obediência à lei não se resolve pela força, conforme aponta a tradição, mas sim pela opinião e pelo número daqueles que compartilham o curso comum de ação expresso no comando legal. Em conclusão, o cerne da questão não é por que se obedece a lei, mas por que se apoia a lei, obedecendo-a.

O poder não precisa de justificação, mas de legitimidade, que a pensadora em comento, vincula à autoridade, categoria que ela examina, ao mostrar as suas origens romanas. Deriva do início da ação conjunta, do ato de fundação da comunidade política (*ab urbe condita*). O tema da gênese do nós de uma comunidade política, que ARENDT também enfatizou – chamando atenção para a discussão que Kant empreende na *Crítica da razão pura* a respeito do início espontâneo de uma nova série de coisas ou situações – é relevante para o entendimento, no mundo moderno, da Revolução como um evento sem precedentes. (ARENDT, 1972)

Todas as doutrinas antigas e modernas ao postularem a existência de uma única direção da ação, de um só autor da história ou de um sujeito soberano concentrador de poder, não levaram em conta a dimensão plural do agir humano, sendo para ela antipolíticas.

A ação política nunca se realiza no isolamento, mas depende dos agentes diversos, que criam uma teia de relações. Por isso não há um autor apenas, ainda que toda ação precise de alguém que a inicie.

A ação é que garante que a identidade de uma pessoa transcenda, em importância, tudo que ela possa fazer ou produzir, neste sentido é um elemento indispensável da dignidade humana

Em ARENDT (2010) a política tem o poder da revelação do agente no discurso e na ação e é aí que o indivíduo se revela. A ação é compartilhada por uma pluralidade de agentes, sem pluralidade não haveria possibilidade de reconhecimento da personalidade de cada indivíduo e o contexto deste reconhecimento é a esfera pública.

No processo produtivo tudo que pode ser construído pode ser destruído. Fabricar e destruir são da mesma natureza, por isto a teoria da ação de Hannah não mantém qualquer referência à violência, que totalmente relegada ao domínio instrumental, o poder emanado da associação política dos homens é essencialmente não violento. Segundo o argumento de ARENDT(1994), a tendência comum nos movimentos de esquerda dos anos 1960 para legitimar a violência como instrumento de libertação das populações exploradas do terceiro mundo e dar continuidade, por via radical, às reivindicações da revolta estudantil de maio de 1968, só conduziria ao esvaziamento do seu conteúdo político. Daí por este critério, a sua avaliação dos descaminhos das grandes revoluções francesa e a russa.

Nesta esteira reprovou Maquiavel por seu realismo político, que validava o recurso à violência como instrumento do poder do príncipe.

O trabalho é movido pela busca de uma objetivo, a ação é pura espontaneidade ( fazer e agir) O homem ao agir não está condicionado pela expectativa de uma situação futura, conforme a fabricação. A ação é intensificada pela experiência presente, é instantânea

O perdão ao carregar uma origem religiosa dificultou o seu reconhecimento no âmbito político, embora esteja entre os governantes na comutação da pena de morte, poupar a vida dos vencidos na guerra, na natureza das anistias, ele é mera reação à situação, mas um novo ato, que liberta quem perdoa e quem é perdoado e contrário à vingança que aprisiona ao passado.

A manifestação da ação envolve acordo entre uma pluralidade de agentes, os quais confiando-se apenas em sua palavra, reagem à ordem sempre incerta e surpreendente dos negócios humanos.

ARENDT (2010) questionou as modificações da esfera pública que a história humana sofreu para permitir no século XX uma concepção da vida pública e a vida comum, subjacente ao fenômeno: os campos de extermínio. Questões do pensamento jurídico e da teoria dos direitos humanos serviram de base para temas atuais sobre conflitos étnicos, crimes contra a humanidade, medidas de reparação, tribunais internacionais de julgamento de crimes coletivos.

Para ela, ser expulso da humanidade, a perda do status civitatis, implica em questionar a relação entre aqueles não inseridos na unidade estatal, sem o benefício dos Direitos Humanos, pois estes tinham como finalidade resolver a convivência na comunidade política. Critica Rousseau porque o homem não nasce livre e igual, opondo-se a tudo que é misteriosamente dado por nascimento, pois para ela os direitos humanos não são direitos naturais, mas são o construído e a política tem ligação direta com a construção de um mundo comum por pluralidade de homens preocupados em edificar o artifício humano.

Com erros e acertos, é atual para o pensamento jurídico na crítica inerente ao lugar no mundo, condição e dignidade humana para o direito de ter direitos, especialmente quanto aos excluídos, aos fora de acesso à justiça, refugiados, deslocados, minorias, dentre outros.

Em 1968 ARENDT publica uma coletânea de bibliografias, que intitulou Homens em Tempos Sombrios, dentre elas, Karl Jasper, Martin Heidegger, Bertolt Brecht, que foi seu amigo, Rahel Varnhagen, Lessing, de quem herdou a liberdade de pensar por conta própria e Rosa de Luxemburgo, que retratou doce, corajosa, franca, controvertida, mais realista que marxista e figura moral da esquerda não corrompida.

Dos tempos com Heidegger levou o pensar apaixonado, o amor pela poesia e a visão crítica sobre a filosofia para o indivíduo em isolamento, que foi uma das preocupações em relação à modernidade: a tentação do ser humano para a interiorização e perda do espaço público ou do que chamou de dignidade da política, apesar de na maturidade ter contestado o mestre em alguns aspectos.

Celso Lafer (1988), único aluno brasileiro de ARENDT, primeiro a difundir sua obra no Brasil, mostrou a inadequação dos direitos humanos em dois sentidos: os direitos humanos pressupõem a cidadania como meio para a sua proteção e estão sujeitos a contingência da cidadania no âmbito da comunidade; a cidadania não é meio ou fato para se atingir os direitos humanos, mas um princípio, pois a privação de cidadania afeta substantivamente a condição humana.

ARENDT(2000) ainda suscita questões do julgamento de , que além de violar a soberania da Argentina ao capturar Eichmann, a Corte de Israel não observou princípios,

dentre eles: a função de uma Corte é fazer justiça e não oferecer às vítimas um direito à vingança.

Ela seria tópica e não sistemática. Temas foram pensados para impedir um novo Estado totalitário. Um deles, a cidadania com o direito a ter direitos, pois sem cidadania não se trabalha a igualdade que pressupõe o acesso ao espaço público, pois todos os direitos não são dados (*physei*), mas construídos (*nomoi*) no âmbito de uma comunidade política.

Outro tema é a repressão ao genocídio, que seria um crime contra a humanidade e fundamentado na tutela da condição humana da pluralidade e da diversidade que visa destruir.

Ainda outro tema é o estudo da obrigação política em conexão: 1- com o direito de associação sob a base do agir conjunto e condição de possibilidade da geração de poder; 2- com a dimensão de autoridade e legitimidade da fundação do nós de uma comunidade política e a sua relação com o direito à autodeterminação dos povos; 3-com o poder da promessa e consequentemente com o *pacta sunt servanda* enquanto base da obediência ao Direito; 4-com a resistência à opressão, através da desobediência civil, que em situações-limite pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência.

Também relevante tema é o direito à informação, condição essencial para a manutenção de um espaço público democrático, e o direito à intimidade, indispensável para a preservação do valor da vida humana na esfera privada.

ARENDT, alerta para o fato de que a pretensão jurídico-normativa de reger e codificar a criatividade das interações é asfixiante e contribui para engessar e esgotar a política na modernidade tardia. Nesta esteira é uma pensadora radical da política e não do direito. Em suas reflexões sobre a conflituosa relação entre política e direito a ação política democrática radical determina seu entendimento da função estabilizadora-criador do direito. A ação política radical é não-teleológica, isto é, um fim em si mesma, escapa da exigência racional-moral da submissão da práxis ao direito. Ela não está preocupada com as democracias existentes, mas com abertura de novos espaços para o exercício efetivo da cidadania.

ARENDT(1994) afirma que o poder não é opressão ou coerção, mas sim capacidade de agir em conjunto. As leis não devem ser só obedecidas, mas apoiadas, já que o espaço público resulta da ação de seus membros. Não há como escapar das regras do jogo social, pois já existe uma dependência dela para conseguir sobreviver na pluralidade. Uma solução ao poderio da maioria, ela encontra suporte em Tocqueville na sugestão da união das minorias para o enfraquecimento moral das majorias. Porém permanece também a verdade de que todo



fim na história constitui necessariamente um novo começo, que é promessa, a única mensagem que o fim pode produzir. Começo, antes de tornar-se evento histórico, é a suprema capacidade do homem, o que equivale, politicamente, à liberdade.

A crítica de arendtiana não busca atacar a ideia dos direitos humanos, mas ao pressuposto pelo qual tais direitos encontrariam seu fundamento na natureza humana, o que implicaria em reduzir a política à natureza.

O alerta é permanente: o fazedor de cadáveres, Hitler, ascendeu ao poder apoiado na legalidade e seu braço intelectual Carl Schmitt, autor de *Legalidade e Legitimidade*, é citado em aulas e palestras de Direito, sem mencionar este detalhe.

Por fim cumpre ressaltar que ARENDT antecipou as consequências destrutivas da ausência de um árbitro supranacional eficaz nos conflitos armados que fosse independente. Um árbitro e uma justiça universais são inviáveis enquanto os Estados exercerem poder em assuntos externos legitimados pela capa de uma divinizada soberania nacional. Há avanços mínimos a partir do princípio da extraterritorialidade de crimes cometidos contra a humanidade. Porém, enquanto o Estado nacional moderno não for colocado em questão de forma radical, a situação será sempre em conquistas isoladas. Neste aspecto ela apresenta uma fonte de inspiração vigorosa para uma crítica humanista radical do mundo.

Por fim cabe lembrar, que a noção de pária no pensamento de Hannah, ocupa lugar central, que inspira uma filosofia política na qual tenta conciliar liberdade intelectual e compromisso político, sendo subjacente a esta filosofia, uma antropologia humanista em que o núcleo é uma concepção da experiência humana compartilhada, cuja diversidade reside em uma liberdade criativa originária. Ela desafia as fronteiras e identidades exclusivas, que resultam do Estado nacional moderno para propor em seu lugar uma cultura cívica e uma justiça que ultrapasse os limites nacionais.

Para a pensadora estamos encerrados entre o passado e o futuro. Pensar é encontrar o seu lugar neste vazio entre passado e futuro, assumindo assim o papel de juiz dos casos múltiplos, O homem que pensa não é um ele e nem um alguém. A felicidade da ação não passa de um pensamento a posteriori. O homem pensa, por exemplo quando cria obras atemporais que transcendem o tempo. Analisa a vontade fundando-se em sua história, indissociável, para ela, da descoberta da interioridade. ARENDT reencontra deste modo Santo Agostinho que muito cedo na história da filosofia teve a intuição de que o que está em guerra em nós não é carne, mas o espírito, enquanto vontade, este eu mais profundo do homem no interior de si mesmo, erguido em permanência contra si mesmo.

Ela pretende criar uma obra filosófica que ultrapasse a fenomenologia, movimento de pensamento demasiado centrado no si e na existência, segundo ela, para pensar o mundo em termos de ação e liberdade, isto é, cada pessoa, quando chega ao mundo tem a possibilidade de conquistar sua liberdade e agir. O homem dispõe de autonomia enquanto ser pensante e sua independência, em relação às coisas tal como são ou tal como advieram, constitui a própria essência de sua liberdade.

A ideia de fazer da liberdade a parte essencial da filosofia emancipou o espírito humano em todas as suas relações, segundo sua obra de publicação póstuma.

O espaço comum, o Direito e as instituições, a mediação entre homens, e tudo que se queira, seja sob a égide da pluralidade e menos do deserto, mais no compartilhamento do que isolamento, ainda assim só é possível se a política for sinônimo de liberdade.

Apelada de arrogante pelos camaradas do Partisan Review, pela intimidade que tratava Kant, Platão e Aristóteles, ela escreve sobre o seu credo: "Nem diabo, nem mestre, mas Deus como árbitro supremo para pensar tão longe da ideia de bondade, de solicitude, de consideração." (Journal de Pensée, junho de 1950). Desejou ver nascer uma sociedade em que o poder poderia extinguir toda violência ao permitir a continuidade e a própria existência do viver em conjunto.

ARENDT não queria educar nem convencer, apenas compreender, e pedia para pensar no que ela dizia. A mensagem viva, atemporal, na sua perspectiva republicana e libertária, hoje serve aos três Poderes de qualquer país de sua lição perene no sentido as soluções totalitárias podem bem sobreviver à queda dos regimes totalitários na forma de fortes tentações que surgirão sempre que parecer impossível aliviar a miséria política, social e econômica de um modo digno do homem.

Para Arendt, contrário à primazia do movimento, o direito contribui para a estabilidade e a normalidade das ações. Mas a ação que caracteriza a liberdade abre alternativa para o agir. Assim, manipular fatos nos regimes totalitários, ou no caso do Brasil, em períodos autoritários, ou em qualquer período, pela mentira, impede a reminiscência do agir passado, e consequentemente a estabilidade do agir futuro. Neste campo o direito tem o seu papel de impedir a instabilidade permanente. Hannah está viva, ao chamar a atenção para os mecanismos de defesa contra a verdade factual nas sociedades modernas, a imprensa livre, a universidade autônoma, o Judiciário independente com vistas à apuração imparcial dos fatos. O pluralismo político, que é um dos seus conceitos básicos, em cuja vigência a igualdade política e a liberdade se manifestariam naturalmente entre as pessoas, com tolerância e respeito às diferenças, em perspectiva inclusiva, carrega um discurso contemporâneo.

Clareza e complementaridade entre Direito e Política, porquanto se a política favorece a diversidade da ação, o direito preserva a ação das vicissitudes ao delimitar o espaço público igualitário, vez que a ação por si mesma não sobreviveria e a política reduzida ao direito, perde a especificidade da ação, e se torna apenas instrumento de meios e fins.

Cumpramos ressaltar que o fazedor de cadáveres, Hitler, ascendeu ao poder apoiado na pretensa legalidade e seu braço intelectual Carl Schmitt em *Legalidad y Legitimidad*, é muito citado em aulas e palestras, sem mencionar este detalhe.

HANNAH ARENDT é vida apaixonada e apaixonante, controvertida, é coragem pelo existir liberto e pensar livre, independente dos limites do lugar onde viva, pode ser chamada por outros nomes: liberdade, igualdade, justiça, cidadã do mundo, potência de pensamento, esperança na força do bem e na superação de cada um por uma sociedade mais fraternal.

Ela deixou um legado: a confiança de que é possível começar de novo, fazer diferente, o improvável e o incalculável.

HANNAH ARENDT morre ao lado do último escrito, "A vida do espírito", obra de publicação póstuma, na qual a ideia de fazer da liberdade a parte essencial da filosofia emancipou o espírito humano em todas as suas relações, e uma folha em branco com título "Juízo", livro que iniciaria.

Ela mostrou em sua passagem existencial, que há pessoas que fecundam, aos cuidados da própria historicidade, valores elevados de interesse público em tempos de mediocridade política, mesmo em face de aberrações cotidianas e insuficiências da política prática.

HANNAH ARENDT morreu conforme viveu: livre, reta, altiva, ousada, independente e escrevendo.

## Notas bibliográficas

### BIBLIOGRAFIA

ADLER, Lauren. *Nos passos de Hannah Arendt*. Tradução Tatiana Salem Levy e Marcelo Jacques, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Record. 2007

AREND, Hannah. *A Condição Humana*. trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

\_\_\_\_\_. *A promessa da política*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de JANEIRO: Difel, 2008

\_\_\_\_\_. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Abranches, Antônio (org.). tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993

\_\_\_\_\_. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *Homens em Tempos Sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1987

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade e julgamento*. trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

\_\_\_\_\_. Rosa de Luxemburgo, 1871-1915 . In: *Homens em Tempos Sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1987

\_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José R. Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 2000

\_\_\_\_\_. *As origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

\_\_\_\_\_. *Sobre a revolução*. Tradução Andre Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

\_\_\_\_\_. *Sobre a violência*. tradução de Denise Bottman. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994

DUARTE, André *O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt*. Rio de Janeiro, Paz e Terra. 2000..

Jardim, Eduard. *A duas vozes: Hannah Arendt e Octavio Paz*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2007.

\_\_\_\_\_. *Hannah Arendt: pensadora da crise e de um novo início*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ARENDT, Hannah e MARTIN, Heidegger. *Correspondência 1925/1975*. LUDZ, Úrsula (Org.), trad. Marco Antonio Casa Nova. Rio de Janeiro, relume Dumará, 2001

JOUNG-BRUEHL, Elizabeth. *Hannah Arendt*. Tradução para o francês por Joel Romain e Etienne Tasinn, Calmann-Lévy, 1999

JARDIM, Eduardo e BIGNOTTO, Newton (Orgs) *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001

LAFER, CELSO. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

\_\_\_\_\_. *Hannah Arendt* – Pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\*Leila Maria Bittencourt da Silva. Mestre em Direito, especializada na área de Direito do Estado, autora dos títulos: Direitos Humanos: na teoria e na prática & Teoria da constituição. Membro da Comissão Permanente de Direito Constitucional, Direitos Humanos, Filosofia do Direito e Direitos Autorais. Professora de Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional.

<sup>1</sup> Hannah retrata em 1966, no artigo publicado The New York Review of Book, o percurso e o engajamento de Rosa , que a iluminaram desde a infância, que foi posteriormente incluído sob o título Rosa Luxemburgo, 1871-1916, na obra Homens em Tempos Sombrios.

<sup>2</sup> Correspondência:1925-1975 .A troca de correspondências entre Hannah e Heidegger é regular e assim demonstra as vicissitudes de um caloroso e fecundo relacionamento Martin Heidegger amava a Hannah, mas ama a ideia do amor, a luz e a beleza, o faziam esquecer que ela estava lá, ao seu lado, porque a própria ideia do amor o aturdiu na meditação, livre de considerações mundanas, em meio à clara alegria diante de sua existência, conforme Carta n 14 de 8/5/1925,p21 Só podem dizer , contudo que o mundo não é mais meu nem seu , mas nosso". Assim ele conduz sua graciosa ninfa da floresta", segundo Adler. 2007, de duas formas, amorosa e intelectual, conforme amante e mestre espiritual.

<sup>3</sup> ADLER ,2007, p.177; p171-172, a biógrafa relata que "dezoito mil homens são presos a pretexto único de serem alemães, os inimigos mais severos de Hitler e do nazismo são internados porque a guerra foi declarada...ao ditador. No entanto, todos querem combatê-los, mas a França não os autoriza a se juntar às fileiras do seu exército."

## Doutrina

### Crime de manipulação de mercado: considerações acerca da competência

João Carlos Castellar\*

#### 1. Introdução

O crime em de “manipulação de mercado” está tipificado no art. 27-C da Lei 6.385, de 07/12/1976, incluído pela Lei 10.303, de 31/10/2001, e tem a seguinte redação:

Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

Não será demais desde logo anotar que a mencionada Lei nº. 10.303/01, conhecida como a lei de “Reforma das S/A”, também criminalizou o “uso indevido de informação privilegiada” (art. 27-D) e o “exercício ilegal de cargo, profissão, atividade ou função”. Além disso, procedeu a profundas alterações na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404, de 15/12/1976), dando nova redação a 45 dos seus 300 dispositivos, alterando, igualmente, de modo também substancial, a Lei nº. 6.385/76, estatuo que disciplina o mercado de valores mobiliários e que criou seu órgão regulador – a Comissão de Valores Mobiliários – inserindo nove outros dispositivos, bem como alterando a redação de 19 dos seus 35 artigos.

Como salientam Carvalhosa e Eizirik, um dos aspectos mais importantes da reforma foi a “delegação de novos poderes à CVM para regular todos os mercados futuros e de commodities, alguns deles até então fiscalizados pelo Banco Central, assim como com a conferência de maior autonomia à referida autarquia, visando caracteriza-la como agência reguladora independente”. Para estes autores, “tal aumento de atribuições, embora possa contribuir para maior eficácia da atuação reguladora da CVM, deve ser analisado com cautela, uma vez que o poder excessivo e sem controles, conforme é sabido, pode ser fonte de arbítrio e de opressão aos interesses das entidades reguladas”<sup>1</sup>.

Malgrado a novel legislação dotasse a CVM de “superpoderes” para apurar infrações no âmbito do mercado de capitais e criasse figuras típicas específicas visando proibir práticas que mais gravemente poderiam ocasionar danos patrimoniais a investidores, silenciou o legislador em fixar o foro competente para processar e julgar estes crimes. Tal omissão, logicamente, não foi acidental.

Não há nada de intrigante no silêncio do legislador em fixar regra definindo a competência. Norma nesse sentido seria absolutamente despcienda, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 109, inciso VI, trata especificamente do tema, ordenando que somente “nos casos determinados por lei” os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira serão de competência da Justiça Federal.

Debalde a indeclinável inteligibilidade da norma constitucional, algumas decisões proferidas pelas Cortes Superiores do País vêm emprestando interpretação restritiva a esta norma constitucional, ao passo em que dão interpretação extensiva à regra prevista no inciso IV do mesmo artigo 109 da Carta, para determinar a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o crime de “manipulação de mercado”. O fundamento dessas decisões é a presença, em tais hipóteses, de um interesse da União no regular funcionamento do mercado de capitais, posto que se trate de um segmento do sistema financeiro nacional. Qualquer ameaça de vulneração a este sistema e à ordem econômica como um todo, desde que comprometa sua higidez, confiabilidade e equilíbrio legitima a União como interessada, deslocando a competência para a Justiça Federal.

Veja-se o seguinte acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima<sup>2</sup>:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. INTERESSE DA UNIÃO NA HIGIDEZ, CONFIABILIDADE E EQUILÍBRIO DO SISTEMA FINANCEIRO. LEI 6.385/76, ALTERADA PELA LEI 10.303/01. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO E INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O fato de tratar-se do sistema financeiro ou da ordem econômico-financeira, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, embora a União tenha interesse na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro.

2. A Lei 6.385/76 não prevê a competência da Justiça Federal, porém é indiscutível que, caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União.

3. O art. 109, VI, da Constituição Federal não tem prevalência sobre o disposto no seu inciso IV, podendo ser aplicado à espécie, desde que caracterizada a relevância da questão e a lesão ao interesse da União, o que enseja a competência da Justiça Federal.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da

Seção Judiciária do Estado de São Paulo, um dos suscitados.

Também o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, com acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou entendimento semelhante, ao afirmar que “os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça Federal – ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido –, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição”<sup>3</sup>.

São decisões isoladas, proferidas em meio a outras que adotam posicionamento distinto, conforme se verá mais adiante. De toda sorte, a falta de cuida-se de matéria controvertida, desafiando se realizem maiores debates em busca de mais segurança jurídica, bem como ensejando profunda pesquisa dogmática que leve à identificação mais clara e precisa do bem jurídico objeto da tutela penal em criminalizações de natureza econômico-financeira.

Mesmo admitindo como possível a criminalização de comportamentos que apenas abstratamente exponham a risco bens jurídicos dotados de índole difusa ou espiritualizada, há que se determinar o alcance da norma constitucional determinadora da competência em hipóteses de crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem sócio-econômica, de modo a que não se vulnere o princípio do juiz natural e se estabeleça sub-repticiamente um único juízo federal para apreciar e julgar todas as ações penais instauradas para apurar este naipe de crime, cujo cometimento se inicia, invariavelmente, com a expedição de ordens para realização de operações nas Bolsa de Valores ou na Bolsa de Mercadorias e Futuros e que se exaure na obtenção de vantagem econômica com a causação de danos patrimoniais a terceiros.

## 2. Bem jurídico

Subsistema do sistema financeiro nacional, o mercado de capitais, tal como o define a doutrina, aqui nas palavras de Osmar Brina Corrêa-Lima, “possui a conotação de substantivo abstrato”, não pressupondo, necessariamente, uma “estrutura física organizacional”. Representa apenas a “denominação global de um conjunto ou fluxo de operações negociais”, que se compõem, basicamente, de duas pontas: de um lado os que precisam captar recursos e, do outro, os que os têm a oferecer<sup>4</sup>.

Sob essa ótica, o mercado de capitais se subsume a uma associação de ideias, podendo ser descrito, segundo Valdir Lameira, como o ambiente do mercado financeiro onde “se concentram operações de longo prazo, ou de prazo indeterminado, com o objetivo de financiamento de um complexo industrial, da compra de máquinas e equipamentos, ou



obtenção de sócios ou parcerias para capitalização de empresas já existentes no mercado ou que estejam se constituindo”, tudo através da emissão de títulos padronizados de dívida (ações, debêntures etc.)<sup>5</sup>.

Deste modo, o mercado de capitais, dada sua inexorável natureza de unidade funcional sistêmica, não se constitui propriamente num bem ou valor suscetível de vulneração, não sendo passível de tutela jurídica, posto constituir-se, verdadeiramente, em mera abstração, ou de identificar-se simplesmente como o espaço criado pelos operadores para nele realizarem negócios de compra e venda de títulos mobiliários.

Por estas razões, conforme dissemos em outro trabalho, a tese que defende ser o regular funcionamento do mercado de valores o bem jurídico que se visa proteger com a criminalização prevista no tipo do artigo 27-C, da Lei nº 6.386/76, “confunde bem jurídico com função”<sup>6</sup>, sendo que esse enleio finda por provocar incontornáveis equívocos hermenêuticos e, quiçá, nulidades processuais insanáveis.

Na dicção de Juarez Tavares, só deve ser reconhecido como bem jurídico “o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, num interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis”<sup>7</sup>. Não se pode considerar, diante dessa abalizada assertiva doutrinária, que o mercado de capitais, tal como definido pela doutrina, reúna características que satisfaçam estes pressupostos dogmáticos identificadores de bens carecedores de tutela penal.

Pautando-se na mesma linha argumentativa, para Hassemer a proteção jurídico-penal de unidades funcionais, como é o caso do mercado de capitais, empobrece os pressupostos da punibilidade, na medida em que, “ao invés de uma vítima visível, ao invés de um dano e da causalidade da conduta para a produção desse dano, depende-se somente da comprovação de um comportamento perigoso”<sup>8</sup>.

A punibilidade de simples comportamentos abstratamente perigosos implica, sem dúvida alguma, em notável diminuição do conceito de bem jurídico e comprova a ineficácia das teorias funcionalistas, posto que estas partam da ideia de que a ratio do Direito Penal está situada na estabilidade da norma penal como instrumento adequado à manutenção do sistema, e não à proteção de bens jurídicos adstritos a interesses humanos concretos.

Remarcando a necessidade de dar dimensão antropocêntrica do conceito de bem jurídico, Cirino dos Santos propõe reservar sua eleição “para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da vontade de poder, de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos dos complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc.”<sup>9</sup>.

Em face desse quadro de indefinição doutrinária, e levando-se em conta a exigência

da garantia que tem todo cidadão de ser julgado pelo juiz competente, não se pode considerar que o papel sistêmico decorrente do mero funcionamento de uma entidade abstrata – como é o caso do mercado de capitais – possa servir de único elemento definidor da competência jurisdicional.

Deste modo, o critério para fixação da competência da Justiça Federal relativamente aos crimes praticados contra o mercado de capitais deve ser pesquisado em outra seara, que não exclusivamente na da identificação do bem jurídico ou do interesse que a União possa vir a ter na preservação desse bem. Mesmo porque, como se viu, este caminho transmite enorme insegurança ao intérprete, dada a instabilidade doutrinária de que está revestido o conceito de bem jurídico, notadamente em hipóteses de crimes da natureza dos descritos na denúncia.

Mas não é só.

Conforme lecionam os estudiosos do processo penal, para caracterizar a competência da União, necessário que ela própria ou suas entidades autárquicas e empresas públicas figurem como sujeito passivo do delito praticado, posição que lhes revestiria de interesse processual na reparação do dano que lhe tenha sido virtualmente causado pelos sujeitos ativos, tal como prevê o artigo 68 do Código de Processo Penal. Verbis:

“Transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Quando a União não se encontra claramente nessa posição processual, ou seja, quando o atingimento de interesses da União se dá de modo meramente reflexo ou mediato – e não direto e frontal – a prorrogação da competência da Justiça Estadual para a Federal implica em perigoso barateamento da garantia do Juiz Natural, uma vez que a competência da última é sempre excepcional a da primeira.

Tal como explicita Maria Lucia Karam, na “delimitação da competência da Justiça Federal, estabeleceu o constituinte, coerentemente, regra paralela à que instituíra, em matéria cível, no inciso I do mesmo artigo 109, considerando hábil a fazer incidir a atuação dos órgãos da Justiça Federal, não apenas uma distante e indireta afetação de bens, serviços e interesses relacionáveis à União, não apenas um mero interesse econômico ou uma mera ação fiscalizadora, mas sim e tão-somente a direta e específica afetação de bens, serviços e interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, da mesma forma que, a teor do disposto na referida regra do inciso I do artigo 109, não foi um interesse qualquer da União, em matéria cível, o apontado como hábil a fazer incidir a competência da Justiça Federal, mas sim e tão-somente o interesse, que se qualificando como jurídico, permitisse a ela própria, a

suas autarquias ou empresas públicas, assumir, no processo, a posição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”<sup>10</sup>.

No que diz respeito, especificamente, aos “bens jurídicos referentes a relações macrossociais (os chamados bens jurídicos coletivos e institucionais), em que a titularidade é difusa”, como seria o caso, entre outros, do sistema financeiro nacional e do mercado de capitais, anota a autora que “o que irá intervir na determinação da competência será a ocorrência ou não de um prejuízo específico para a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas”<sup>11</sup>.

Assim, somente quando verificável algum grave abalo no sistema financeiro nacional, capaz de colocá-lo em sério e concreto risco de colapso ou que provoque a interrupção do seu funcionamento de modo a provocar o descrédito da população e dos investidores nas instituições financeiras é que se pode cogitar de vulneração de algum interesse legítimo da União propiciador do deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Veja-se que a própria Lei nº 6.385/76 estabelece em seu artigo 9º, § 6º, inciso I, que só se pode alvittrar de condutas fraudulentas passíveis de apuração e punição no mercado de valores mobiliários quando seus efeitos ocasionarem “danos a pessoas residentes no território nacional”. A teor do que estabelece este dispositivo, sendo a conduta fraudulenta inócua, não há que se falar em ilícito, seja de natureza administrativa ou penal.

Significa dizer que a preocupação do legislador ao criminalizar esta classe de comportamentos esteve voltada, em primeiro plano, à proteção do patrimônio dos participantes propriamente ditos do mercado de capitais, e não ao mercado em si mesmo considerado, por se tratar apenas de uma unidade funcional do sistema financeiro nacional ou da ordem econômica de maneira geral e não um bem jurídico merecedor de tutela penal.

A confirmar o raciocínio ora desenvolvido, veja-se, por exemplo, o artigo 177 do Código Penal<sup>12</sup>. Seu topos na sistemática do Código é o Título II, estando, pois, inserido no rol dos crimes contra o patrimônio, malgrado penalize conduta fraudulenta no âmbito das sociedades por ações.

O mesmo se diga quanto às condutas previstas no § 1º, incisos I e II do mesmo artigo: potencialmente poderiam ser consideradas como vulneradoras do regular funcionamento do mercado de capitais, pois, afinal, criminalizam a falsa afirmação acerca das condições econômicas da sociedade ou a falsa cotação de ações ou outros títulos da sociedade anônima. No entanto são tidos como

Estas condutas poderiam trazer tantos riscos à estabilidade funcional sistêmica do mercado de capitais quanto a que está descrita no tipo do artigo 27-C, da Lei nº. 6538/76. Mas doutrina e jurisprudência as consideram que a objetividade jurídica do crime previsto no artigo 177 (e seus incisos) do Código Penal restringe-se ao patrimônio individual dos

investidores, dos participantes do mercado de ações, característica que direciona a competência para processo e julgamento dos casos em que ocorre sua infringência para o juízo estadual.

Veja-se a propósito, e a título de ilustração, que o entendimento de MIRABETE acerca da objetividade jurídica do crime de fraude ou abuso na fundação e administração de sociedade por ação é “o patrimônio lesado ou posto em perigo pelas condutas típicas”. Não cogita este autor de afirmar que se visa com a incriminação a proteção do mercado de capitais, em que pese se avenge de condutas fraudulentas atinentes à constituição e funcionamento de sociedades por ações e à negociação com valores mobiliários<sup>13</sup>, atividades que estão disciplinadas e são fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários, tal como estabelece o artigo 1º da Lei nº. 6.385/7614.

Não se diga que o subscritor já defendeu em trabalho científico entendimento que conflita com os argumentos ora expostos. Àquela ocasião mencionou-se que o sujeito passivo no crime de manipulação de mercado “é o Estado, na qualidade de titular do bem jurídico merecedor da tutela penal: a ordem econômica e em especial a confiança que dever permear o mercado desses valores mobiliários”.

Todavia, no caso em apreço há sensível peculiaridade que autoriza se reveja este ponto de vista, pois a denúncia cogita de prejuízos causados a pessoas (jurídicas) determinadas, o que inverteria, na situação concretamente considerada, a ordem de posicionamento do sujeito passivo, trazendo para primeiro plano – e não secundariamente como então se escreveu – “os indivíduos imediatamente atingidos com a prática criminosa, desde que indubitável [e não há dúvida disso na hipótese sob exame] tenham sofrido danos materiais decorrentes da infração, haja vista que o legislador, como se disse alhures, ao dar redação a este delito optou pela técnica de construção de tipos penais contra o patrimônio (veja-se o especial fim de agir: com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar danos a terceiros)<sup>15</sup>.

Não fossem suficientes os argumentos até então expendidos, também converge para o entendimento de que compete à Justiça Estadual o julgamento desta causa o fato de a Lei nº. 7.492, de 16/06/1986, que foi editada dois anos antes da Constituição de 1988, mencionar, expressamente, que a ação penal nos crimes nela previstos, “será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal”.

Isto quer dizer que o constituinte nada fez além de inserir na Carta um mandado ao legislador ordinário com vistas a otimizar a garantia do juiz natural nas hipóteses de crimes contra o sistema financeiro nacional, cristalizando na Constituição uma regra geral definindo aquilo que o legislador ordinário já vinha seguindo anteriormente nos estatutos disciplinadores desse sistema, isto é, a ideia de que a competência para processo e julgamento de crimes praticados em seu detrimento será sempre da Justiça Estadual, exceto nas hipóteses em que a lei ordinária determinar diversamente.

### 3. Literalidade do texto constitucional

Conforme ensinamento de BARROSO, “o intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do texto constitucional têm uma função e um sentido próprios”, recordando que “não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica”<sup>16</sup>.

Deste modo, se o constituinte, ao dar redação ao artigo 109 da Carta, estabeleceu no inciso VI que a competência da Justiça Federal, em tema de crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, somente se dará “nos casos determinados por lei”, não há que se interpretar extensivamente o inciso IV do mesmo artigo para considerar que o hipotético e secundário interesse da União a ser preservado em hipóteses de crimes contra o mercado de capitais tenha o condão de alterar o conteúdo literal do inciso VI.

Não cabe argumentar ocorrência de ambiguidade que exija o concurso da hermenêutica para supri-la. O texto constitucional é de clareza solar ao determinar que a regra de competência para ilicitudes que atentem contra a ordem econômico-financeira e o sistema financeiro nacional deverá ser expressamente determinada por lei. Há uma posição definida do legislador em determinar que a competência para processar e julgar o crime de manipulação de mercado não seja da Justiça Federal. Se quisesse fazer de outra forma, inseriria na lei este comando, pois teve todas as condições e oportunidades para fazer isso.

Como se disse alhures, eloquente demonstração do ora afirmado está na circunstância de que a inserção desse delito no ordenamento jurídico se deu em meio a uma grande reforma na Lei das Sociedades Anônimas, que se estende à lei que disciplina o mercado de valores mobiliários e cria seu órgão regulatório – a CVM. Nesse contexto, é inaceitável o argumento de que o legislador teria se enganado ou se esquecido de inserir tão relevante regra. Em verdade, a omissão do legislador quanto ao ponto em debate nada tem de acidental ou decorrente de descuido. Foi proposital e deliberada, razão pela qual a persecução do crime de manipulação de mercado, bem como seu processo e julgamento, deve ficar a cargo da Justiça Estadual.

Não é difícil, aliás, intuir que moveu o legislador a intensão de que os delitos previstos na Lei 6.385/76 fossem julgados pelo Poder Judiciário dos Estados. Veja-se, por exemplo, o artigo 12 da mencionada lei, que, ressalte-se, não sofreu qualquer modificação com a reforma. Esta norma determina que quando o inquérito administrativo sancionador “concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal”. A lei não se refere Ministério Público Federal, mas apenas a Ministério Público, indicando indubitavelmente que se trata do órgão estadual.

#### 4. Doutrina e jurisprudência

Para o Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS, não há qualquer dúvida a esse respeito, senão, vejamos<sup>17</sup>:

O artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal somente autoriza o processamento de feitos que versem sobre o sistema financeira e a ordem econômico-financeira, nos casos determinados por lei.

Ora, mantendo-se totalmente silente o legislador ordinário ao contemplar os delitos contra o mercado de capitais, não há como atrair, frise-se, lamentavelmente, a competência para a Justiça Federal: urge asseverar que constituem delitos tipicamente de interesse do sistema financeiro, de molde que incumbia ao legislador, quer consignar expressamente, quer incluí-los no teor da própria Lei nº. 7.492/86.

No mesmo sentido é o entendimento do Juiz Federal ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA<sup>18</sup>: “segundo se denota do texto constitucional, somente pertencem à competência da Justiça Federal os crimes contra o sistema financeiro nacional em que haja expressa determinação legal neste sentido”.

No Superior Tribunal de Justiça, apesar de a matéria não estar pacificada, há longa data se sedimenta o entendimento de que à Justiça Estadual compete apreciar e julgar crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, quando a lei nada dispuser sobre a competência da Justiça Federal. Entre inúmeras decisões perfilando esta linha de pensamento, veja-se a proferida no RHC nº 3550-1/SP, relator o Ministro VICENTE LEAL. Vale transcrever, por oportuno, o voto-vista do Ministro PEDRO ACCIOLI<sup>19</sup>:

É certo que, de modo geral, qualquer lesão à ordem jurídica afeta os interesses finais do estado. Todavia, a Carta magna foi precisa ao definir a competência da Justiça Federal em matéria penal: inseriu em dois incisos distintos, ‘os crimes em detrimento de bens, serviços ou interesses da união’ (art. 109, IV) e os ‘crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira’ (art. 109, VI). São situações distintas, que não podem ser confundidas com o propósito de conferir-se maior elastério à competência da Justiça Federal’.

Também no HC nº 11.462-SP, o mesmo Ministro VICENTE LEAL se pronunciou no sentido de que “a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se às hipóteses previstas na Lei nº 7.492/86, não podendo ser ampliada para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão nela previstos”<sup>20</sup>.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, desta feita pela voz do Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), decidiu

“no sentido de que os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.137/90, são, em regra, de competência da Justiça Estadual, salvo se comprovada a efetiva lesão a bens, interesses ou serviços da União, a teor do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal”.

Na hipótese versada nesse decisum, como salientado pelo Ministro RODRIGUES, “o eventual monopólio de empresas responsáveis pelo transporte interestadual de veículos novos, na verdade, somente teria o condão de causar dano às montadoras e aos consumidores finais dos automóveis, não se vislumbrando ofensa direta a interesses, serviços e bens da União. Precedente da 3ª Seção”<sup>21</sup>.

Nessa decisão, a Corte Infraconstitucional estabeleceu que a competência para processo e julgamento dos crimes contra a ordem econômica será ordinariamente da Justiça Estadual, somente se podendo cogitar de sua prorrogação para a Justiça Federal quando além de “comprovada a efetiva lesão a bens, interesses ou serviços da União” haja “ofensa direta” a esses bens e interesses.

Em idêntica direção já sinalizou o Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão da lavra do Ministro CESAR PELUSO, proferido no RE nº. 454.737-SP22. Veja-se:

COMPETÊNCIA. Criminal. Inquérito. Crime contra a ordem econômica. Comercialização de combustível fora dos padrões fixados pela Agência Nacional do Petróleo. Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91. Interesse direto e específico da União. Lesão à atividade fiscalizadora da ANP. Inexistência. Feito da competência da Justiça estadual. Recurso improvido. Precedentes. Inteligência do art. 109, IV e VI, da CF.

Para que se defina a competência da Justiça Federal, objeto do art. 109, IV, da Constituição da República, é preciso tenha havido, em tese, lesão a interesse direto e específico da União, não bastando que esta, por si ou por autarquia, exerça atividade fiscalizadora sobre o bem objeto do delito.

Neste pronunciamento da Suprema Corte, mais uma vez se menciona como fator determinante da prorrogação da competência para a Justiça Federal da presença no caso de “lesão a interesse direto e específico da União”, não bastando à satisfação da norma constitucional mera lesão reflexa ou indireta a esses interesses.

Como se vê, a regra constitucional é induvidosa, ser cometida à Justiça Comum Estadual, nos moldes em que determina o artigo 109, VI, da Constituição Federal.

## 5. Ad argumentandum tantum

Superados os argumentos acima apresentados em favor da tese de que a competência para processar e julgar o crime de manipulação de mercado é da Justiça dos Estados e partindo agora da ideia de que competente para hipóteses que tais é a Justiça Federal, ainda assim será necessário identificar qual Juízo Federal será o competente para processar e julgar cada caso concreto. Para tanto, deve-se, mais uma vez, atentar para a objetividade jurídica do delito em estudo.

Tomando em consideração que o fundamento para fixação da competência da Justiça Federal se assenta na circunstância de que tal injusto penal tem por objetivo assegurar a estabilidade e a higidez do sistema financeiro nacional e o regular funcionamento do mercado de capitais, não se pode esquecer que, secundariamente, a incriminação também objetiva proteger o patrimônio individual daqueles investidores que venham a ser lesados em virtude das operações simuladas ou manobras fraudulentas praticadas pelo agente, uma vez que estas ações, para além de terem a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de capitais, devem visar vantagem indevida ou lucro ou causar dano a terceiro.

Com efeito, na medida em que o sistema financeiro nacional (e o seu funcionamento) é alçado sujeito passivo imediato da conduta criminosa, voltando-se, assim, a competência para a Justiça Federal, sob outra ótica é inegável que remanesce na incriminação aspecto de natureza marcadamente patrimonial, que coloca os investidores, as vítimas da manipulação, como sujeitos passivos do crime, ainda que o sejam secundariamente, devendo este aspecto, de algum modo, influir na identificação do órgão jurisdicional específico da Justiça Federal competente para julgar a causa.

Argumentar-se-ia que, tratando-se de crime formal, consuma-se com a simples realização das operações fraudulentas ou com a mera execução de outras manobras fraudulentas, desde que estas estejam revestidas da finalidade específica (especial fim de agir) de alterar o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários. Mas não se pode perder de vista que o tipo em questão é anômalo. Prevê um segundo elemento subjetivo, qual seja, o especial fim do agente em obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros.

Assim, complementarmente à finalidade de alterar o regular funcionamento do mercado de capitais, há no tipo um viés patrimonial que leva o intérprete a considerar tratar-se de crime material, modelo de construção típica que somente admite a consumação ou exaurimento quando a vantagem indevida é obtida pelo agente ou quando terceiro sofre dano patrimonial.

Diante da falta de precisão redacional do tipo, que não permite sequer identificar-se com segurança o núcleo essencial da proibição, há que se estabelecer um ponto de convergência no que tange ao estabelecimento do juízo competente para processo e



julgamento das causas que tratarem de sua infringência.

A solução seria reconhecer competente a Justiça Federal, dado virtual o interesse da União na regularidade do mercado de capitais e na evitação da realização de operações ou outras manobras fraudulentas cometidas em seu detrimento, mas através do órgão jurisdicional situado na unidade federativa onde se consumou a obtenção da vantagem indevida e o dano patrimonial do lesado.

Assim sendo, admitindo-se que a conduta fraudulenta do agente, a par da desestabilização que por ventura venha proporcionar ao funcionamento do mercado de capitais, visa também, finalística e concomitantemente, a obtenção de vantagem indevida ou lucro para si ou para outrem, causando, simultaneamente, danos (ou prejuízos) a terceiros, competente para julgar a causa deve ser um Juízo Federal localizado geograficamente na unidade federativa onde ocorreu e se efetivou o prejuízo, em razão do interesse individual que a incriminação visa igualmente proteger.

Adotando-se esta sistemática, se estará considerando o interesse da União para a fixação da competência, sem descuidar do interesse do particular ou investidor que viu seu patrimônio diminuído.

## 5. Conclusão

A competência para processar e julgar o crime de manipulação de mercado é da Justiça Estadual, na medida em que se trata de delito de natureza material, contra o patrimônio, que consuma com a obtenção da vantagem indevida e realização do prejuízo. O mercado de capitais se constitui numa unidade funcional sistêmica, numa abstração, incapaz de gerar interesse processual para a União. Além disso, a lei ordinária que instituiu este delito não acometeu expressamente à Justiça Federal a competência para o processo e julgamento. Deste modo, competente o Juízo de Direito com sede no local em que se efetivou o prejuízo da vítima.

Para argumentar, considerando-se, a contrário senso, que a Justiça Federal será competente, deve caber o processo e julgamento ao Juízo Federal com sede na unidade federativa em que se efetivou a vantagem por parte do agente e se realizou o prejuízo econômico do ofendido.

---

\* O autor é Doutor em Direito (PUC-Rio) e Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros

<sup>1</sup> CARVALHOSA, Modesto & EIZIRIK, Nelson. *A Nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-5.

<sup>2</sup> STJ. Conflito de Competência 82.961-SP, DJe 22/06/2009.

<sup>3</sup> STF. RE 502.918/SP, DJe 27/01/2004.

<sup>4</sup> CORRÊA-LIMA, Oscar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2003, p. 16.

<sup>5</sup> LAMEIRA, Valdir de Jesus. *Mercado de Capitais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 8.

<sup>6</sup> CASTELLAR, João Carlos. *'Insider Trading' e os Novos Crimes Corporativos (uso indevido de informação privilegiada, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105-106.

<sup>7</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 217.

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfrid. *Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico*. O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar. GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19-20;

<sup>9</sup> CIRINO DOS SANTOS. *Op. cit.* p. 17

<sup>10</sup> KARAM, Maria Lucia. *Competência no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

<sup>11</sup> *Idem.* p. 27.

<sup>12</sup> Art. 177, do CP. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo.

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal – parte especial arts. 121 a 243 do CP*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. II, p. 329 e seguintes.

<sup>14</sup> Art. 1º. Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: I - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; II - a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; III - a negociação e intermediação no mercado de derivativos; IV - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores; V - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros; VI - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; VII - a auditoria das companhias abertas; VIII - os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.

<sup>15</sup> CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.* p. 81-82.

<sup>16</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 123.

<sup>17</sup> DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro Nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 119.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Roberto da Silva. *Competência Criminal da Justiça Federal*. São Paulo: RT, 2002, p. 93.

<sup>19</sup> STJ. RHC nº. 3550-1/SP, DJU de 20/02/1995.

<sup>20</sup> STJ. HC nº 11.462-SP, DJU de 04/12/2000

<sup>21</sup> STJ. Ag.Rg. no HC nº 166.909-RS. DJU de 08/06/2011

<sup>22</sup> STF. RE 454737/SP, Tribunal Pleno, DJe de 16/12/2008