



DIREITO GERAÇÃO 10

Ideias atuais dos alunos da
Faculdade de Direito do Recife

André Lucas Fernandes

ORGANIZADOR

DIREITO GERAÇÃO 10

ideias atuais dos alunos da
Faculdade de Direito do Recife

André Lucas Fernandes (Org.)

DIREITO GERAÇÃO 10

ideias atuais dos alunos da
Faculdade de Direito do Recife

Editora
Universitária  UFPE

Recife, 2012

Universidade Federal de Pernambuco

Reitor: Prof. Anísio Brasileiro de Freitas Dourado.

Vice-Reitor: Prof. Sílvio Romero Marques.

Diretora da Editora UFPE: Prof^a Maria José de Matos Luna.

Editora associada à



Comissão Editorial

Presidente: Prof^a Maria José de Matos Luna.

Titulares: Ana Maria de Barros, Alberto Galvão de Moura Filho, Alice Mirian Happ Botler, Antonio Motta, Helena Lúcia Augusto Chaves, Liana Cristina da Costa Cirne Lins, Ricardo Bastos Cavalcante Prudêncio, Rogélia Herculanio Pinto, Rogério Luiz Covaleski, Sônia Souza Melo Cavalcanti de Albuquerque, Vera Lúcia Menezes Lima.

Suplentes: Alessandro da Silva, Arnaldo Manoel Pereira Carneiro, Edigleide Maria Figueiroa Barretto, Eduardo Antônio Guimarães Tavares, Ester Calland de Souza Rosa, Geraldo Antônio Simões Galindo, Maria do Carmo de Barros Pimentel, Marlos de Barros Pessoa, Raul da Mota Silveira Neto, Sílvia Helena Lima Schwamborn, Suzana Cavani Rosas.

Editores Executivos: Edigleide Maria Figueiroa Barretto, Rogério Luiz Covaleski, Sílvia Helena Lima Schwamborn.

Capa: Ildembergue Leite de Souza.

Revisão: José Iedo Cavalcanti Ferraz Filho.

Impressão e acabamento: Editora Universitária da UFPE.

Catálogo na fonte:

Bibliotecária Joselly de Barros Gonçalves, CRB4-1748

D598 Direito geração 10 : ideias atuais dos alunos da Faculdade de Direito do Recife /
[organizador] André Lucas Fernandes. – Recife : Ed. Universitária da UFPE,
2013.

98 p. – (Coleção Novos Talentos).

Inclui referências.

ISBN 978-85-415-0172-9 (broch.)

1. Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito – Estudantes. 2.
Direito. 3. Estudantes de direito – Recife (PE) – Vida intelectual. I. Fernandes, André
Lucas (Org.). II. Coleção Novos Talentos.

340

CDD (23.ed.)

UFPE (BC2013-013)

COLEÇÃO NOVOS TALENTOS

É com grande satisfação que a Editora Universitária (EdUFPE) e as Pró-Reitorias para Assuntos Acadêmicos (Proacad) e de Gestão de Pessoas e Qualidade de Vida (Progepe) apresentam ao mercado editorial a *Coleção Novos Talentos*. Trata-se de mais uma iniciativa da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) pela democratização do acesso ao conhecimento, desta feita por meio do incentivo à publicação de obras inéditas, produzidas por seus servidores técnico-administrativos e estudantes em nível de graduação.

O nome escolhido não poderia ser outro, pois, como indica, há, entre graduandos e quadro funcional da universidade, novos talentos à espera de uma oportunidade editorial. Em 2012, lançamos o edital de inscrição de propostas e, na primeira fase de publicação, vêm a lume nada menos que 17 títulos, cobrindo diferentes áreas de conhecimento, como literatura, música, teatro, pedagogia, gastronomia, administração pública e tecnologia. A diversidade de temas e o bom número de aprovações demonstram que a UFPE acertou ao perceber a necessidade de uma nova linha editorial para setores tão importantes da comunidade universitária, ampliando, assim, o compromisso de democratização editorial, que já contava com outras séries como *Teses e Dissertações* e *Livro-Texto*.

Outros editais da *Coleção Novos Talentos* virão. Outros estudantes e técnico-administrativos serão incentivados a transformar em livros suas habilidades para a produção do conhecimento. E, assim, essas duas partes vitais da nossa comunidade universitária colaborarão ainda mais com a missão social da UFPE em ser uma fonte de soluções para a melhoria da sociedade.

Maria José de Matos Luna
Diretora da EdUFPE

*Agradecemos aos nossos pais, aos nossos orientadores
pelo apoio e especialmente aos professores Ana
Cristina Fernandes e Mauro Siqueira pela
disponibilidade e comprometimento com esta obra.*

APRESENTAÇÃO

Quando, ainda na graduação, os estudantes demonstram iniciativa e empreendedorismo, garimpando e correndo atrás das oportunidades de reconhecimento, como a rara oportunidade de publicação de um livro, cabe à comunidade acadêmica aplaudir e incentivar tais iniciativas. Muitos desses alunos, já engajados em investigações ligadas aos órgãos oficiais de fomento à pesquisa científica.

A coletânea de artigos apresentados a seguir busca analisar conteúdos atuais em diversas áreas jurídicas. Os autores expressam suas visões sobre técnicas legislativas voltadas para a punição para usuários de drogas no Brasil; tráfico internacional de pessoas; a problemática da judicialização da saúde em Pernambuco; a concepção de uma dogmática penalista e sobre a pesquisa em história das ideias no Brasil.

A iniciativa de discutir temas de importante repercussão prática, tanto no caráter científico, como na vida cotidiana dos profissionais e aplicadores do direito, precisa ser divulgada para inspirar outros alunos em tão valorosa atividade que é a produção literária especializada.

Prof^a Ana Cristina Fernandes
Especialista em Planejamento e Gestão Pública

01

O efeito da opacidade na história das ideias brasileiras: ou o observador como um manipulador de lentes culturais

André Lucas Fernandes¹

SUMÁRIO: 1.1 O observador manipulador de lentes: aquele que opera com metáforas. 1.2 Especialização e entrecruzamento da opacidade: mitificação, depreciação, subalternidade, descon-textualização e escamoteamento. 1.3 O caso observado de Pontes de Miranda. 1.4 Conclusão: cristalização, efeito catacrético. Referências.

1.1 O observador manipulador de lentes: aquele que opera com metáforas

O “operador de metáforas” é uma figura cultural que surge na sociedade complexa atual, pois é uma reação flagrante ao alto grau de fluidez, da diluição do seu entorno social e da fragmentação que caracterizam o nosso tempo. Assim, o sujeito-observador pós-moderno convive em um entorno de constantes propostas e provocações. Dessa forma, certos valores como a subversão serão de grande valia para a exposição aqui colocada.

A descrição de um operador atual revela seu ápice na conjugação dessas operações, cujo limite proposto até aqui é equiparar a uma ideia de “fé” – e por isso de uma defesa de uma retórica mais aprimorada, complexa, refinada. Em tempos de simplificação e retalhamento epistemológico, imperatividade de uma cultura de massas e embrutecimento pela comodidade, o presente

¹ É aluno da graduação da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista Pibic Facepe/CNPq. Estuda a vida e obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Fundador do grupo de estudo em Teoria Geral e Filosofia do Direito, *Direito em Foco*. Membro do grupo de pesquisa *As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. Membro do grupo de pesquisa *Direito, Tecnologia e Efetivação da Tutela Jurisdicional*.

ensaio inicia prescrevendo uma descarga de responsabilidade e enriquecimento cultural.

O operador é também uma metáfora, uma metáfora que emite metáforas. Mas o que é uma metáfora? Metáfora é a capacidade humana de deslocar significados de seus eixos preestabelecidos em construções culturais anteriores. A metáfora então é, em si, uma constante novidade. Os sentidos estabelecidos são meras construções metafóricas que foram engessadas. O que era energia dinâmica morre, sendo fixada numa história vencedora através de símbolos cujo conjunto forma, em primeira análise, o fenômeno da tradição.

Si estamos en lo cierto al sugerir que nuestro sistema conceptual es en gran medida metafórico, la manera en que pensamos, lo que experimentamos y lo que hacemos cada día también es en gran medida cosa de metáforas. (LAKOFF; JOHNSON, 1998, p. 39).

O operador de metáforas é, também, um hábil manipulador de lentes. É a qualificação da lente (opaca, cristalina, côncava, convexa) que modifica o modo de ação social do sujeito, tudo isso a partir de uma perspectiva metafórica que reconstrói o mundo a partir de esquemas, de imagens.

Pelo jogo de lentes, é possível ao homem construir diversas combinações sociais com ilimitadas possibilidades, pois as lentes também são modificáveis. Temos então o ator social. Age como uma unidade operante dentro de um todo organizacional, com independência, mas dentro das margens de um *script* pretérito cujas linhas mestras foram demarcadas pela construção cultural da geração anterior – geração que projetou seu arcabouço simbólico sobre o mundo em que atua a geração do hoje.

Sobre que pressupostos gnosiológicos este ensaio pretende construir suas conclusões? Determinismo e possibilidades ou conjugação sujeito-objeto? A visão da metáfora poderia dar a entender que o sujeito que opera suas lentes executa uma ação sem limites. Não é esse o sentido aqui proposto. Existem limites dúplices na relação gnosiológica: de um lado se impõe o objeto, do outro a empece o sujeito.

A Filosofia contemporânea, no que se refere ao problema da “fundação do conhecimento”, apresenta a tendência bem acen-

tuada de superar compreensões mais ou menos unilaterais, que ora se verticalizam no sentido do sujeito cognoscente, ora no do objeto conhecido, exagerando a participação de cada um desses elementos no ato de conhecer. (REALE, 2000, p. 45).

Endossou a opinião, anos antes, Pontes de Miranda, herdeiro brasileiro do positivismo lógico do Círculo de Viena, cuja obra é caso exemplificativo do presente ensaio, demonstrando a forma de conjugação das lentes e um de seus efeitos mais perversos que é a opacidade.

1.2 Especialização e entrecruzamento da opacidade: mitificação, depreciação, subalternidade, descontextualização e escamoteamento

A opacidade é a adjetivação do substantivo lente, aqui como um instrumental-metafórico que ilustra a maneira como os sujeitos observadores constroem suas questões. O fenômeno da opacidade pode se especializar em cinco formatos diferentes que levam em conta a interferência do sujeito na apreciação do objeto.

A mitificação faz referência ao efeito da opacidade que constrói em torno do objeto observado um relato laudatório, mistificando e, ao mesmo tempo, tornando inacessíveis as ideias de qualquer pensador. A metáfora das lentes aqui compreende uma lente opaca que direciona uma quantidade enorme de luz. A mitificação é uma opacidade candente.

A **depreciação** é a lente opaca e toldada. É a antípoda da **especialização** anterior. O pressuposto da opacidade depreciativa é o “não ver”, sua conformação se dá a partir do momento em que o observador seleciona determinados trechos das ideias do pensador observado para criar um relato limitado. A depreciação é o efeito inverso do pensamento holista, contudo seu reducionismo é intencional. Ao selecionar as ideias de outra pessoa, é comum que se deprecie a obra analisada: o filtro do sujeito pode ser suprimido, mas nunca elidido. Uma seleção cuja retórica estratégica esteja direcionada para o descrédito utilizará uma lente opaca depreciativa (ADEODATO, 2011, p. 19).

A especialização da subalternidade é aquela que cria uma hierarquia entre as ideias dos pensadores. Uma especialização mais complexa, pois pressupõe um modelo dúplice de lentes opacas. A primeira, do observador, observa

outra, que faz referência às ideias de um autor A. Aqui esse autor é chamado “hiperpotente”. Através desse jogo de lentes é que um segundo autor, autor B, é observado. A subalternidade não necessariamente é ruim, mas pode ser metodologicamente eficaz. Seu maior risco está quando conjugada com as anteriores e a subsequente.

A **descontextualização** é uma especialização dúplice, tal qual a anterior. Aqui a observação não atravessa duas lentes, mas conjuga inconsistências: uma lente opaca para observar o autor e outra lente, também opaca, para observar um contexto diferente daquele do autor. A descontextualização pode acontecer por foco dúplice desviante ou pela falta de ressalvas: a primeira se perfaz quando o autor expressamente descontextualiza as ideias do entorno em que elas foram produzidas; a segunda aparece quando a descontextualização não recebe as devidas ressalvas metodológicas.

O **escamoteamento** é a especialização de efeito mais nefasto. Escamotear é efeito que está em qualquer observação opaca do mundo. Pressupõe o mero uso de lentes opacas desguarnecidas de luz adequada. Essa especialização retira da “cultura média” as ideias de determinado autor ou período histórico sem que isso cause estranheza. De componente psicológico, o escamoteamento funciona como a capa do mágico que faz desaparecer, sem apresentar para o auditório uma explicação procedente.

Toda especialização pode ser conjugada com outra. O caso que apresentaremos no ponto seguinte ilustrará a questão. Assim é que, tal qual lentes físicas, as lentes culturais do observador da história das ideias podem ser conjugadas umas com as outras, gerando novos efeitos e ampliando o potencial cristizador de determinada observação.

1.3 O caso observado de Pontes de Miranda

Em pesquisa realizada em 2011 e 2012², foi utilizado o conceito instrumental-metafórico, aqui explicitado, da opacidade para analisar os efeitos que

2 Trabalho de Iniciação Científica produzido como colaboração ao Grupo de Pesquisa *As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. O grupo, pertencente à Faculdade de Direito do Recife/UFPE, recebeu apoio da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco (Facepe), na modalidade Pibic/Facepe/CNPq.

consolidaram um relato específico acerca da obra do jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

As conclusões às quais o trabalho chegou demonstraram um verdadeiro abismo entre aquilo que “era dito” sobre Pontes de Miranda e o que efetivamente estava “escrito” em suas obras. A iniciar pela classificação filosófica do jurista, consolidada como “positivista lógico” e, posteriormente, “nominalista crítico”. Sendo uma verdade a herança do pensamento vinda do Círculo de Viena, o outro lado é totalmente falso: Pontes de Miranda excedeu às expectativas e modos de pensar o mundo daquele grupo filosófico.

Assim também quanto ao nominalismo crítico. A teoria do conhecimento que Pontes de Miranda aborda em seu ensaio *O Problema Fundamental do Conhecimento* (1999) não pode ser entendida como adesão ao nominalismo, ainda que crítico. Existe uma confusão, especialmente no que envolve a **equação jetiva**³, entre o modelo científico, explicativo, logístico que Pontes de Miranda propõe para “rastrear” o conhecimento e a ideia de que os universais são simplesmente nomes, sem correspondência no mundo real.

Livros e livros sobre história das ideias filosóficas e jurídicas nacionais compartilham de um mesmo padrão que lembra uma espécie de zeitgeist restrito a algumas décadas do século XX no Brasil e que podem ser destacados historicamente como uma unidade – assim da década de 20 até a década de 70. O nominalismo não admite a existência do universal nem no mundo da experiência, nem do pensamento – ele é mera flatus vocis. A ruptura de Pontes de Miranda é o esforço de todo o livro. Começa por propor um novo nome, “o jeto”, e não o universal – o que, em nosso trabalho, identificamos como retoricamente estratégica –, e prossegue ao abrir um caminho “pelo meio”: o jeto é extraído de uma operação que relaciona os dois aspectos – não é realista, não é conceptualista. A operação da extração, a operação mental, necessariamente, perpassa pelos dois polos: o objeto e o sujeito. Afastado um, cai por terra toda a construção modelizante. A sugestão proposta foi uma nova categoria chamada cientificismo espiritualista.

A revisão da ciência e da teoria do conhecimento modernas, sua persecução retificável aos “objetos do mundo” e sua relação complexa com os sujeitos

3 Sujeito – Objeto/(su)jeito – (ob)jeto/jeto – jeto.

foram suficientes para as conclusões pragmáticas, retoricamente autorreferentes, daquele trabalho. A ontologia ponteana é uma “ontologia” provisória atenta aos limites da ciência. “Ontologia” com aspas, nesse trabalho, difere fundamentalmente de Ontologia, sem aspas. Conceitualmente diferentes, a primeira está presa ao princípio da relatividade, tão abordado pela ciência desde Einstein, ao ponto de restar a pergunta estratégica do uso do termo ontologia levando em conta todo um acervo histórico que o termo carrega.

A teoria dos jetos, ao “falhar” em alcançar o “grau de cientificidade adequado” – expressão aspeada por conter enorme vagueza –, serve enormemente a esquemas explicativos da superação metodológica das ciências. Falhar, pois um ensaio não tem compromisso científico. Nesse sentido, a opacidade funciona como um diferencial na observação quando falamos de história das ideias. Pontes de Miranda sempre foi conhecido pelo projeto de construção de uma ciência brasileira, mais especificamente de uma ciência do direito brasileira. Essa catadura científica atribuída, com razão, ao jurista alagoano perfez o fenômeno tratado na exposição destas ideias. Assim como na sociologia, a opacidade opera um efeito da inclusão pela exclusão, em relação cíclica: a obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda recebe o filtro da opacidade que a qualifica como “genial”, “científica”, “ontológica”.

É justamente através da mitificação, efeito de especialização da observação, que a opacidade se constituiu e cristalizou, excluindo a verdadeira e objetiva apreciação do que escreveu Pontes de Miranda. As consequências são – e foram – as mais nefastas. Pelo fenômeno da opacidade, diversos enganos acerca do pensamento ponteano se deram, impedindo uma visão equilibrada que reconhecesse as limitações, mas que percebesse o verdadeiro pensamento de Pontes de Miranda.

O caso ponteano permite demonstrar como as especializações das lentes opacas podem se conjugar. Além da mitificação, outra especialização esteve presente: o escamoteamento. Conjugada ao efeito mitificador, a lente do escamoteamento alcançou efeito máximo de cristalização ao extrair e estabilizar sentidos que nada fazem justiça à obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Em outros trabalhos, pretendemos demonstrar como o pensamento ponteano era mais complexo e vanguardista do que os relatos sobre sua obra

fazem parecer. Tal conclusão não funciona a partir da “genialidade”, mas da objetividade com que um dado – a obra de Pontes de Miranda – é tratado.

O escamoteamento também encobriu o aspecto político, didático e prescritivo da obra ponteana, que, a todo o momento, insiste na possibilidade de, a partir da adoção daquelas ideias, construir um futuro melhor para o homem. As lentes opacas são uma estratégia refinada de observação, mas não podem escapar de um denominador comum: atuam sempre com maior eficiência quanto maior for o desconhecimento da obra sobre a qual seus efeitos incidem.

1.4 Conclusão: cristalização, efeito catacrético

Toda estratégia de observação por lentes opacas e suas especializações geram um efeito refringente, cujo ápice é a cristalização. Adeodato (2011) trataria a cristalização por um “relato vencedor”, como aquele que venceu historicamente e assim está consolidado.

Nesse sentido, o esforço metafórico “morre” ao dar origem a uma catacrese – figura de linguagem que representa o fim ou diminuição acentuada do poder metafórico e consolidação de um sentido para determinada expressão. A catacrese não mais desloca espaços de significação socialmente construídos, ela é um espaço duro, imobilizado pela aceitação do uso. A comparação aqui feita é com um catalisador que potencializa determinada reação, mas se desfaz ao realizar esse trabalho: a metáfora do observador que opera com lentes é um “catalizador” que realiza uma otimização da observação – ainda que não seja objetiva – da história das ideias jurídicas nacionais, mas que, ao realizar esse trabalho, perde seu poder metafórico, cristalizando determinado relato vencedor. Pontes de Miranda é, para a história das ideias jurídicas brasileiras, um gênio cristalizado pela mitificação. É um gênio cuja vasta obra é pouquíssimo conhecida: combinação da mitificação com o escamoteamento.

A elevada intensidade do efeito refringente se alimenta da ignorância, como já dito, e a incentiva. É um efeito recursivo em que, ao produzir determinado “relato”, a observação incorpora o relato como um código, re-produzindo uma sequência aprisionante de relatos num processo programado para parar

e morrer numa catacrese histórica – como uma máquina que se degrada ao realizar trabalho em determinado período de tempo.

Como quebrar o relato vencedor e sua cristalização? Através do revisionismo histórico, do mergulho na obra analisada, associado ao seu contexto.⁴ Nisso é fundamental a noção do funcionamento do aparelho cognitivo humano, que, na visão aqui exposta, é metafórico por excelência. A exposição deste ensaio pretende apresentar ferramentas linguísticas de categorização. São ferramentas que facilitam uma observação objetiva.

No homem essa arte do disfarce chega a seu ápice; aqui o engano, o lisonjear, mentir e ludibriar, o falar-por-trás-das-costas, o representar, o viver em glória de empréstimo, o mascarar-se, a convenção dissimulante, o jogo teatral diante de outros e diante de si mesmo, em suma, o constante bater de asas em torno dessa única chama que é a vaidade, é a tal ponto a regra e a lei que quase nada é mais inconcebível do que como pôde aparecer entre os homens um honesto e puro impulso à verdade. (NIETZSCHE, 1999, p. 54).

4 Eficiente é a metodologia retórica empregada por Adeodato (2010, 2011), cuja divisão entre método, metodologia e metódica, associada à também tripartite retórica material, retórica estratégica e retórica analítica, permite ao pesquisador trabalhar com níveis de autorreferência eficazes.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

LAKOFF, George. JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. 4. ed. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Obras incompletas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. 2. ed. revista. Campinas: Bookseller, 2000.

A inconstitucionalidade da criminalização do usuário de drogas no Brasil

Fernando Henrique de Andrade Melo Ribeiro⁵

SUMÁRIO: 2.1 Preliminar epistemológica 2.2 Introdução ao desenvolvimento da temática 2.3 Breve histórico do tratamento penal de condutas relacionadas às substâncias entorpecentes no Brasil 2.4 Constituição e supremacia constitucional 2.5 O bem jurídico como objeto da proteção do direito penal e a suposta tutela da saúde pública através da criminalização do uso de entorpecentes 2.6 A invasão da esfera de liberdade individual através da criminalização do consumo 2.7 O usuário como ser perigoso e daninho a sociedade ou como doente que precisa de tratamento compulsório. 2.8 Conclusão. Referências.

2.1 Preliminar epistemológica

“A mente não é um museu mobiliado *a priori*. O mundo não é um museu mobiliado *a priori*. A linguagem não é um sistema ontológico nem classificatório. Todos os objetos de conhecimento são objetos de discurso.”

As quatro orações com que iniciamos este texto, trazidas da obra de Luiz Antônio Marcuschi (2007, p. 129), foram colocadas neste local para que aqueles que leiam estas palavras, bem como quaisquer outras, nunca as tomem como verdades ontológicas, apriorísticas, desligadas do espaço-tempo. Devem servir também para que o leitor mergulhe um pouco na incerteza e precariedade do mundo comunicado, abandone o terreno das obviedades e do mundo

5 É aluno da graduação da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco) e técnico judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

simples e preparado, um mundo “fast-food”⁶ de conceitos prontos para etiquetarem um dado objeto.

Queremos dizer, com estas considerações, que o que é dito, inclusive neste texto, como verdade, obviedade, conceito objetivo ou subjetivo, fatos, entre outros, não passa de uma construção linguística e, portanto, sociocultural. São “coisas” acordadas através de anos e anos de “jogos de linguagens” que procuram categorizar o mundo conforme as relações de poder que permeiam uma dada comunidade de mentes em um dado espaço-tempo.

Dessa forma, e de forma especial neste texto por conta do tema “sensível” que será trabalhado aqui, o “certo” e o “errado” não podem ser tomados de um ponto de vista ontológico como qualidades intrínsecas a um dado comportamento discursivamente analisado/produzido. Devem ser interpretados dentro da perspectiva dos “jogos de linguagem”, e, portanto, de qualidades intersubjetivamente acordadas. São qualidades precárias, em nada imunes à ação de outras conjunturas socioculturais que modifiquem as “regras do jogo”, às vezes, de uma forma tão radical que não saberemos mais de que “jogo” participamos.

Com isso, o “consumo de drogas” e a figura do “usuário” não passam de um “comportamento” e de uma “etiqueta” colocados sobre objetos de diversas formações discursivas, que buscam, à sua maneira, produzir saberes, sejam científicos ou não, de organizar e até mesmo ontologizar os conceitos produzidos intersubjetivamente em torno das figuras supracitadas. Nesse sentido, vale a pena trazer à colação um trecho de um artigo de André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy (2008, p. 10):

A cegueira ontológica e axiológica do debate acerca das drogas impõe um alargamento de horizontes, uma abertura para outras concepções, uma necessária e fundamental imersão em ideias que, em princípio, seriam desconsideradas de *per se*. É preciso discutir, debater, valorar e analisar, com seriedade de verdadeira perspectiva científica, mas sem qualquer pretensão *ex professo*,

6 “Fast-food” é nossa metáfora para representar o estágio atual de desenvolvimento das relações humanas, pautadas por um apelo a simplificação de conteúdos para que sejam consumidos mais facilmente. Uma cultura que preza por fórmulas, que quando não sejam entregues prontas, estejam, no mínimo pré-fabricadas, de preferência com um manual de instruções que facilite a montagem final. Tudo como em uma boa loja de *fast-food*.

outras experiências, tudo para um melhor enfrentamento do problema atinente a criminalização do usuário de drogas.

Esqueçam, pois, leitores, do mundo fácil dos valores considerados em si mesmos, das etiquetas do “certo” e “errado”, do “bem” e do “mal”, aprioristicamente postas, e procurem, ainda que de forma precária, como este autor, duvidar de sua própria linguagem e experimentar um pouco da complexidade do mundo. Atributo que é, provável e paradoxalmente, o mais interessante e incômodo do mundo que tentamos, a todo custo, mobiliar a partir da intersubjetividade, o verdadeiro fundamento das queridas “objetividades” e “verdades”.

2.2 Introdução ao desenvolvimento da temática

Superada nossa “preliminar epistemológica”, utilizada neste texto como um convite a adotar uma postura aberta para novas perspectivas teóricas e a esquemas mentais menos “fast-food”, bem ao gosto da grande mídia, partimos para uma breve exposição das ideias que serão desenvolvidas nas próximas linhas.

A tese central deste texto, seu principal objetivo teórico, é a defesa da inconstitucionalidade da criminalização da figura do “usuário de drogas”. A perspectiva, portanto, será acentuadamente dogmática, procurando, entretanto, adotar posicionamentos criminológicos, ainda que de forma pontual, que possam sustentar as ideias aqui defendidas. Dessa forma, defendemos posição descriminalizadora em relação ao tratamento dado pelo Estado ao usuário. Desde logo, reconhecemos a dificuldade de sustentar tal posicionamento quando o próprio STF, o “guardião da Constituição” dentro da divisão de poderes consignada na Constituição Federal de 1988, adota entendimento oposto⁷, no que é acompanhado pelo STJ⁸.

Contudo, neste ponto, adotamos uma lição clássica e irônica de Rui Barbosa: o STF tem o “direito de errar por último”, lição esta lembrada pelo pró-

7 Citamos como exemplo o RE 109619/SP; relator: ministro Octávio Gallotti; órgão julgador: 1ª Turma; publicação: DJ 19/09/1986.

8 Citamos como exemplo o REsp 612604/MG; relator: ministro Félix Fischer; órgão julgador: 5ª Turma; publicação: DJ 01/07/2004.

prio ministro Celso de Mello em algumas oportunidades⁹. Dessa forma, *data venia*, nos reservamos o direito de discordar do STF e defender nosso ponto de vista.

Outra dificuldade de tal tese, embora bastante ligada à supracitada, é encontrada no seio de uma sociedade que volta e meia nos brinda com posicionamentos que não deixam a dever ao Nazismo em questões penais. A sociedade e sua autodeclarada “representante”, a mídia corporativa¹⁰, certamente formam uma resistência muito maior em termos de aceitação do que os tribunais superiores. Com efeito, a demonização e o exorcismo de comportamentos julgados “diferentes” é uma constante, em qualquer sociedade de qualquer tempo e lugar, mas, neste país, manifesta-se de forma perigosa em diversos momentos. Afinal, qualquer avanço que os Poderes da República deem no sentido de um tratamento penal diverso ao usuário será ferozmente combatido, e o Poder Legislativo, que é peça fundamental do processo legislativo constitucionalmente determinado, sofre de uma crise de legitimidade que o leva a “flutuar” ao sabor das emoções de momento. Emoções perigosas, que criam um verdadeiro “Direito Penal de Emergência” com uma tendência a tornar determinados cidadãos inimigos sociais, com todas as consequências que esta etiqueta carrega¹¹.

Faremos, antes de adentrar nos argumentos propriamente “inconstitucionalistas”, uma passagem histórica sobre o tratamento penal das substâncias entorpecentes no Brasil. Começando pelo Código Penal republicano de 1890, que não continha dispositivo no sentido de incriminar a conduta do usuário. Chegaremos, por fim, à Lei 11.343/2006, que estabeleceu uma nova “forma” de apenar o usuário em seu Art. 28. Faremos também, ainda que de forma breve, uma “passagem” através do que entendemos por Constituição e o atual estágio da doutrina constitucional quanto à força normativa da mesma.

A inconstitucionalidade da criminalização do usuário será sustentada, basicamente, através de três pontos: a) a falta de uma efetiva lesão ou perigo

9 Como no julgamento do MS 25.647-8/DF em 23/11/2005.

10 Para uma visão mais aprofundada das relações entre mídia e sistema penal recomendamos a leitura do artigo *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio* da autoria de Nilo Batista.

11 As relações do Direito Penal com o “inimigo” são analisadas de forma brilhante por Eugenio Raúl Zaffaroni em sua obra *O inimigo no Direito Penal*.

de lesão ao bem jurídico supostamente tutelado pela norma incriminadora do Art. 28 da Lei 11.343/2006; b) a impossibilidade de o Estado interferir de forma tão grave na esfera privada do indivíduo e a própria insignificância penal da conduta e d) verdadeiro direito penal de autor que considera, muitas vezes, uma “potencial periculosidade do usuário” na defesa de criminalização de sua conduta.

Cada argumento será precedido de uma breve explanação dogmática e sempre que possível criminológica dos conceitos e princípios respectivamente relacionados.

2.3 Breve histórico do tratamento penal de condutas relacionadas às substâncias entorpecentes no Brasil

O Código Penal de 1890 possuía, em seu Art. 159, a seguinte redação:

Expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários. Pena: multa de 200 a 500 mil réis.

Não era, portanto, um dispositivo especificamente voltado para a questão das substâncias entorpecentes, talvez porque a doutrina da época não vislumbasse as “drogas” como uma questão penal.

Posteriormente, por influência da Convenção de Genebra de 1936, o Brasil começa a ingressar no modelo internacional de combate às drogas, através do Decreto-Lei nº 891/1938 que regulou de forma bastante ampla os entorpecentes no Brasil, abordando tópicos como a utilização “lícita” dos mesmos, o rol de substâncias e espécies vegetais proibidas, entre outras disposições. Previa a criminalização do tráfico e do usuário no *caput* de seu Art. 33, com a seguinte redação:

Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar,

colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

O Código Penal Brasileiro de 1940 (Decreto-Lei nº 2848/1940) abordava, em seu Art. 281, o crime de “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente” com a seguinte redação:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

Portanto, a redação original do dispositivo supracitado não incriminava a conduta do usuário. Em 1968, porém, o Decreto-Lei nº 385 alterou a redação do Art. 281 do CPB, equiparando a conduta do usuário e do traficante. Mais uma alteração legislativa é procedida em 1971 com a Lei nº 5.726, que passava a tratar de maneira mais severa os crimes por ela tipificados, mas que ainda equiparava o tráfico e o uso.

Já a Lei nº 6368/1976 separa as condutas da posse para consumo pessoal (Art. 16) do tráfico de entorpecentes (Art. 12), dando tratamento mais brando para o usuário de drogas e ainda reconhecendo a figura do “dependente” (Art. 19). A incriminação do usuário possuía a seguinte redação legal:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A figura do dependente poderia até mesmo implicar em um tratamento penal não incriminador. Em 2002, surge a Lei 10.409, que, entretanto, teve os

dispositivos de direito material vetados, de modo que apenas suas disposições processuais foram vigentes.

Finalmente, em 2006, surgiu a Lei nº 11.343, que atualmente é a legislação vigente no Brasil sobre drogas, revogando expressamente, em seu Art. 75, as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002. Continua com a separação entre as figuras do usuário e do traficante. Estabeleceu, contudo, um tratamento penal que se pode dizer *sui generis* ao usuário, conforme se depreende do dispositivo:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Como se verifica, o tratamento dispensado ao usuário variou bastante ao longo das sucessivas modificações da regulação penal dos entorpecentes no Brasil. Passou de conduta atípica, chegando ao extremo de uma equiparação completamente irracional com a figura do traficante. Por fim, foi erigido a delito autônomo em relação ao tráfico e, com a legislação mais recente, não possui, em seu rol de penas, a privação de liberdade, a tecnologia sancionatória mais marcante do Direito Penal.

Defenderemos, entretanto, que, apesar da “despenalização”¹² procedida pelo legislador em relação à conduta do uso de entorpecentes, ainda assim, a criminalização revela-se inconstitucional e, com as novas penas, tornou-se uma verdadeira aberração penal. A “advertência” como pena não satisfaz um mínimo de qualquer função que possa ser atribuída à pena, seja a simples retribuição ou uma prevenção geral ou especial. As penas de “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” podem parecer interessantes, mas não possuem um mínimo de coercibilidade, posto que seu descumprimento é penalizado com sanções

12 Termo utilizado no julgamento da Questão de Ordem no RE 430.105-9/RJ pela Primeira Turma do STF, publicado no DJ de 27/04/2007. A controvérsia suscitada no julgamento foi justamente se o Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 provocou a *abolitio criminis* da conduta descrita anteriormente pelo Art. 16 da Lei nº 6378/1976. A Turma acatou os argumentos postos pelo Relator no sentido de que a conduta, embora sem a tradicional pena privativa de liberdade, continua com caráter criminoso. Nas palavras do próprio Ministro Relator Sepúlveda Pertence: “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo das penas privativas de liberdade”. Ainda por parte do Ministro Sepúlveda Pertence: “O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento – antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88. Art. 225, §3º; e Lei 9605/98, arts. 3º; 21/24) – da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal”. Existem, ainda, mais duas correntes sobre o tema: uma propondo que houve verdadeira descaracterização da conduta como infração penal, passando a se tratar de mera infração administrativa e outra, defendida por Luiz Flávio Gomes e citada pelo Relator em seu voto, no sentido de que foi criada uma infração penal “*sui generis*”.

específicas no §6º do artigo comentado, que não prevê a possibilidade de prisão do infrator. A multa como sanção é ineficaz, pois sabemos que, em geral, as vítimas dos processos de criminalização não possuem recursos materiais suficientes para serem executadas, além do que, a própria Fazenda Pública não possui uma estrutura suficiente para executar todas as sanções pecuniárias aplicadas pelo Estado.

Estas considerações permitem afirmar que o Art. 28 da Lei nº 11.343/2006 possui verdadeiro caráter de Direito Penal simbólico incompatível com um Estado Democrático de Direito.

2.4 Constituição e supremacia constitucional

Adotamos, para os fins propostos neste ensaio, um conceito formal de Constituição, defendido por José Afonso da Silva em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais* (2012, p. 38). A Constituição será vista, portanto, como um conjunto de disposições escritas, alteráveis por processos específicos previstos no seu próprio texto, solenemente estabelecidas por um poder constituinte. Não importa aqui o conteúdo nas normas escritas, mas o fato de estarem reunidas em um ou mais “textos constitucionais”.

Esse conceito permite enxergar a Constituição como norma jurídica plenamente eficaz e que irradia sua normatividade por todo o ordenamento jurídico. A Constituição é o fundamento de validade das demais normas de um dado sistema jurídico positivo, as normas infraconstitucionais são legítimas na medida em que respeitam os ditames formais e materiais da Constituição.

Feita esta precária consideração, encontramos-nos em condições de adentrar propriamente na proposta deste ensaio, que é discutir a constitucionalidade da criminalização do uso de entorpecentes, representada atualmente pelo Art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

2.5 O bem jurídico como objeto da proteção do direito penal e a suposta tutela da saúde pública através da criminalização do uso de entorpecentes

A doutrina tradicional, que é a concepção majoritária no Brasil, confere ao Direito Penal a missão de proteção de bens jurídicos fundamentais do indivi-

duo e da coletividade. Traga-se, por exemplo, a lição de Cezar Roberto Biten-court (2011, p. 37):

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de nem [sic] algum”. O bem jurídico pode ser definido “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”, e, como o ponto de partida da estrutura do delito é o tipo de injusto, representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido.

O “bem jurídico” surge, na dogmática penal, em princípios do século XIX, ligado à ideia de direito subjetivo e, a partir daí, desenvolve-se em outras direções como “interesse juridicamente protegido” de Von Liszt, chegando até a concepções ético-sociais, como a de Welzel. Podemos afirmar, portanto, que a noção de “bem jurídico” é inseparável das construções axiológicas de uma determinada comunidade. O bem jurídico ocupa, desta forma, lugar central na Dogmática Penal, já que funciona como um conceito de legitimação do Direito Penal, principalmente no atinente à seleção de condutas objeto de tipificação.

Estabelecer uma noção de “bem jurídico” é de extrema importância para qualquer trabalho relacionado à seara penal, pois como conceito legitimador do Direito Penal pode, dependendo do conceito adotado, servir como fonte tanto de um Direito Penal liberal, ligado a concepções políticas de respeito às garantias que o Estado Democrático de Direito oferece ao indivíduo, ou como fundamento de um Direito Penal do terror e do arbítrio que desconsidere garantias individuais e sociais em nome de uma “defesa da sociedade”. O Direito Penal Nazista é um excelente exemplo, talvez o mais marcante, de como o “bem jurídico” pode ser manejado discursivamente para legitimar um sistema autoritário, pois, adotando uma concepção social do bem jurídico, fundada em um “dever coletivo para com a sociedade”, foi capaz de sustentar as atrocidades daquele regime. A partir dessas considerações, é importante considerar que o “bem jurídico” não é um dado válido por si mesmo ou algo

que deva ser encarado através de uma perspectiva puramente legislativa. O “bem jurídico” deve ser visto através de uma lente que o vincule às contradições existentes dentro da sociedade, pois a postura tradicional pressupõe uma homogeneidade social inexistente. As relações de poder dentro da sociedade, traduzidas na prática legislativa e na doutrina do Direito, tendem a mistificar o “bem jurídico” como algo necessariamente seguro e critério de justiça no Direito Penal. Nas palavras de Nilo Batista (2011, p. 113):

Podemos, assim, ao ouvirmos dizer que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que numa sociedade dividida em classes o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações. Questionar uma função tutelar ou protetiva de bens jurídicos (não só pelo proverbial “atraso” com o qual o direito penal chega aos conflitos, mas também porque numa sociedade de classes tais bens jurídicos são concebidos para a reprodução de relações de dominação) não significa transigir com a exigência central do princípio da lesividade: não pode haver crime sem ofensa a um bem jurídico. Efeitos sociais não declarados da pena (estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes expiatórios, retroalimentação de autoritarismos etc[sic]) também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do Direito Penal.

Desmistificado de forma breve o “bem jurídico”, propomos uma concepção que, reconhecendo as implicações político-ideológicas necessariamente carregadas pelo conceito, traduzidas na ligação do mesmo com as relações de poder desenvolvidas na sociedade, procure uma base compromissada com os ideais democráticos que devem tutelar a coletividade brasileira. Dessa forma, o “bem jurídico” deve ser relacionado a valores e princípios constitucionais, que, como dissemos, devem nortear todos os aspectos do ordenamento infraconstitucional. Os “bens jurídicos”, objeto da proteção penal, devem, portanto, ser selecionados através de uma análise global da Constituição, vista através da

perspectiva supracitada no item anterior deste ensaio. Oportuno trazer, neste momento, as palavras de Cláudio Brandão (2010, p. 14-15):

Todavia, deve-se concluir com esse alerta: a tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se forem observados os requisitos impostos pelo Estado de Direito (v. g., Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima). Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional, isto é, se se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio etc.) ou supraindividual (meio ambiente, ordem econômica etc.).

A proteção de bens jurídicos é a base sobre a qual se assenta o princípio da ofensividade, um dos princípios norteadores de um Direito Penal democrático e, portanto, é princípio presente na Carta de 1988. O princípio exige que uma conduta tipificada como crime seja capaz de, no mínimo, provocar um perigo concreto ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

A “saúde pública”, dentro da ótica constitucional brasileira, pode ser selecionada como bem jurídico. A Constituição Federal de 1988 assegura que a saúde é um direito social (Art. 6º), portanto pressupõe, de acordo com a doutrina constitucional, uma atitude positiva do Estado no sentido de garantir que todos, sem qualquer discriminação, tenham acesso à mesma. Nesse sentido, podem existir condutas que coloquem a saúde pública em um risco que reclame a intervenção penal do Estado, como, por exemplo, o tipo penal epidemia, previsto no Art. 267 do Código Penal de 1940.

Postos estes termos, a função do direito penal como proteção de “bens jurídicos” que devem ser analisados sob uma lente constitucional e que a “saúde pública” é um dos ditos bens merecedores de atenção penal, passamos a uma análise da incriminação do usuário, atualmente feita através do Art. 28 da Lei nº 11.343/2006, através da lente do princípio da ofensividade.

A grande questão é que tipo de perigo ao bem coletivo “saúde pública” representa o usuário? Não é possível vislumbrar no mero usuário qualquer

perigo concreto ou dano à saúde pública, no máximo, é possível enxergar um dano à saúde do próprio usuário, que é um bem individual. Não é possível, em um contexto democrático, a criminalização de uma conduta que não produz o dano requerido para afetar a saúde pública. Esta posição é defendida na seguinte passagem de André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy (2008, p. 17):

O que importa é demonstrar, contra a opinião dominante, a ausência de razoabilidade, eficiência e justiça na punição do consumidor de drogas, seja o usuário eventual, seja o dependente. Não há ofensividade ou resultado desvalioso decorrente de sua conduta.

Segundo a Lei de Drogas, o bem jurídico a ser protegido quando da punição do usuário seria a “saúde pública”. Mas qual a “saúde pública” que é agredida, senão a própria integridade física do usuário?

“Saúde pública” é bem coletivo e as condutas passíveis de incriminação para protegê-la devem ser tais que tenham, pelo menos, a potencialidade de atingir um número incerto de pessoas. Algumas das condutas tipificadas no Código Penal Brasileiro como lesivas à “saúde pública” chegam mesmo ao *status* de verdadeiros “filmes de ação hollywoodianos”. Na lição de Maria Lúcia Karam, citada por Charles Emil Machado Martins (2008, p. 69):

Assim, enquanto houver destinação pessoal para a posse da droga e enquanto seu consumo se fizer de modo que não ultrapasse o âmbito individual, não haverá afetação da saúde pública. Ter algo para si próprio é o oposto de ter algo expansível a terceiros. Aqui se têm condutas privadas, em que ausente a concreta afetação de um bem jurídico de terceiros, condutas que como tal, não podem ser objeto de qualquer forma de criminalização.

A conduta descrita no Art. 28 da Lei nº 11.343/2006, certamente, não possui tal dignidade. Considerar o usuário como perigo para a saúde pública é presumir uma periculosidade que não existe. Com muito esforço, podemos tentar identificar em um dependente de entorpecentes um risco para a “saúde”

de sua família ou qualquer outra pessoa próxima, por conta do desgaste que as mesmas podem sofrer com a situação do dependente, mas, ainda assim, é um fato que se circunscreveria a um âmbito de relações particulares.

Dessa forma, não há como sustentar a legitimidade da punição do usuário debaixo da ótica da proteção da “saúde pública”, já que tal bem não é atingido por uma conduta que se circunscreve ao indivíduo. Não pode haver, no sistema jurídico brasileiro, regido pela Constituição de 1988, um tipo penal que não atenda a sua missão, que é a proteção de bens jurídicos.

6. A invasão da esfera de liberdade individual através da criminalização do consumo

A questão da liberdade¹³ é problema de matriz filosófica e até mesmo metafísica. É palavra que carrega grande carga ideológica e está na ordem do dia de grande número de controvérsias, principalmente no tocante à tensão que haveria entre a autoridade e a liberdade. Todavia não enxergamos uma contradição profunda entre autoridade e liberdade como se fossem duas posições completamente excludentes. O problema da liberdade, em nossa opinião, refere-se diretamente às contradições existentes no tecido social, dividido em classes e submetido ao domínio de determinados grupos sobre outros¹⁴. O grupo “dominante” estabelece sua autoridade e seleciona, a partir de sua perspectiva axiológica, determinados comportamentos como ofensivos ao tecido social como um todo – não raro tais comportamentos são selecionados predominantemente dentro do grupo dominado. A liberdade de ação, qualquer que seja a “ação”, é restringida pela “autoridade” em nome da defesa da sociedade ou do indivíduo, sendo justificada, muito frequentemente, através de um sentimento de “dever coletivo” do indivíduo para com todos os demais, fabricado de acordo com o manual de condutas “corretas” da classe dominante. Limitar

13 Para uma leitura mais profunda da liberdade como valor constitucional consultar José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*.

14 Não se trata aqui de defender uma simples tensão entre ricos e pobres, capitalistas e trabalhadores, embora esta seja a tônica maior de nossos tempos. Trata-se de considerar que em cada sociedade, ou qualquer outro núcleo humano, desenvolvem-se relações de poder que implicam em uma dominação, ainda que exercida da forma mais democrática possível, de um grupo mais “privilegiado” sobre outro, de acordo com as condições discursivas produzidas naquele espaço-tempo.

essa “seletividade” é uma das questões mais importantes dentro de um Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, enxergamos a obediência aos ditames constitucionais como importante fundamento para o exercício legítimo do poder de selecionar condutas proibidas. Assim, mais uma vez, remetemos o problema para a Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 proclama o Estado Democrático de Direito logo em seu Art. 1º e elenca, em seu texto, principalmente no Art. 5º, uma série de garantias do cidadão contra o poder estatal e até mesmo outros cidadãos. O fundamento geral das diversas liberdades no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no inciso II do Art. 5º (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). Outros dispositivos tratam especificamente sobre cada uma das liberdades (de expressão, locomoção, associação, entre outras), sobre os limites da liberdade, bem como sobre a “eliminação” desta por parte do Estado, através da proibição de determinados comportamentos, por meio da promessa de uma sanção cível, administrativa ou penal.

Uma das barreiras que o Estado encontra na imposição de comportamentos, em um Estado Democrático de Direito, ocorre na esfera puramente privada do indivíduo, aqueles comportamentos e opiniões que não ultrapassam os limites do individual, que não atingem a esfera de terceiros, como é o caso do uso de entorpecentes. Criminalizar o usuário é, a nosso ver, uma posição que privilegia uma tutela de valores provenientes de uma moral tradicional, que não enxerga a si mesma como apenas uma das opções possíveis na constelação de discursos e saberes intersubjetivamente produzidos. Já tivemos oportunidade de afirmar no presente ensaio que a conduta do usuário não afeta um direito alheio, mas apenas sua própria saúde individual e não há como sustentar que o Estado possa responsabilizar penalmente um indivíduo por conta de um comportamento abrigado no poder de disposição da própria saúde. O uso de entorpecentes é, dessa maneira, a utilização de uma liberdade, consistente em um “direito de discordar” de determinadas posições valoradas negativamente por outros. Mais uma vez, a lição de Maria Lúcia Karam, citada por Charles Emil Machado Martins (2008, p. 69), mostra-se interessante:

Faz parte da liberdade, da intimidade e vida privada a opção por fazer coisas, que pareçam para os outros – ou que até, efetivamente, sejam – erradas, “feias”, imorais ou danosas a si mesmo. A dignidade da pessoa humana, reconhecida desde as origens do Estado Democrático de Direito, impede a transformação forçada do indivíduo. Enquanto não afete direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem lhe aprouver. O que os outros – e, portanto, também o Estado – podem fazer, nestas circunstâncias, é apenas tentar mostrar ao indivíduo, que, supostamente, está se prejudicando, que seu comportamento não está sendo bom, jamais, podendo, no entanto, obrigá-lo a mudar este comportamento, ainda mais através da imposição de uma pena, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão.

Como dito anteriormente, uma das formas de limitação da liberdade individual é através da tipificação penal de condutas. Como o Direito Penal é a “seleção” mais grave de que se vale o Estado, é justamente aquela em que mais limites são postos. A *ultima ratio* que é o Direito Penal exige que a seletividade procedida pelo Estado não ultrapasse determinados limites, que constituem verdadeiras garantias do cidadão frente ao *ius puniendi* estatal.

A conduta do usuário, compreendida no interior da órbita privada do indivíduo, e, ainda por cima, carente de qualquer ofensividade ao bem jurídico “saúde pública”, não atinge significância suficiente para ser posta dentro do âmbito do Direito Penal. A insignificância penal¹⁵ de tal conduta, verda-

15 O princípio é utilizado aqui de forma bastante distinta da adotada doutrinariamente. O sentido empregado pela doutrina penal é de que a insignificância penal, também conhecida como princípio de bagatela, serve como uma espécie de “orientação hermenêutica” na valoração da adequação da conduta ao descrito na norma incriminadora e excluiria a própria tipicidade do fato. Neste sentido deve haver uma proporcionalidade entre a conduta criminosa e a necessidade (ou não) da aplicação de uma pena a partir da consideração da extensão da lesão produzida com a conduta do agente. A doutrina, ainda, considera que não é o simples fato de uma conduta ser descrita como de menor potencial ofensivo (Art. 98, I da CF; Art. 61 da Lei nº 9099/1995) que a enquadra automaticamente dentro do princípio em comento. Neste sentido é, por exemplo, a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 51): “Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram a valoração do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as consequências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes.”

deira tutela penal de atividades individuais, não pode continuar prosperando no ordenamento pátrio, supostamente seguidor dos direitos e garantias individuais.

A opção pelo uso ou não de drogas deve ser lícitamente exercida pelo indivíduo, conforme a escala de valores desenvolvida através das práticas interacionais a que foi submetido. O Direito Penal não deveria se ocupar de conduta tão pessoal, demonstrando evidente autoritarismo do Estado, travestido sob a forma de “despenalização” da conduta. Repetimos, não pode o Estado interferir, através da sanção penal, qualquer que seja a sua natureza, na esfera privada do indivíduo.

2.7 O usuário como ser perigoso e daninho à sociedade ou como doente que precisa de tratamento compulsório

Uma das grandes justificativas para a criminalização da conduta do usuário de drogas é uma forma de “tutela coletiva” da sociedade contra o perigo que o usuário representa para o corpo social. Nesse sentido, encontram-se duas ideias, muito divulgadas pela mídia, a primeira fundada em um conceito de perigosidade que considera o usuário como um futuro “bandido”, como uma espécie de futuro traficante ou assaltante ou, pelo menos, como um “financiador do tráfico”, e a segunda de que o usuário precisa de tratamento, pois é um doente. As duas, cada qual com sua maneira, legitimam a punição do usuário, mesmo que alguns de seus adeptos procurem retirar do rol de penas cominadas a privação da liberdade, que seria uma medida “muito extrema” e que acabaria por “auxiliar” no processo necessário de “degeneração social” do usuário. Ambos os discursos, portanto, são fundados em uma presunção de periculosidade, em um determinismo cego que não consegue ultrapassar considerações básicas de que há mais opções na vida daquele que usa drogas do que simplesmente cometer delitos para sustentar o vício ou que enxerga no Direito Penal uma forma de proteger o “doente” de si mesmo, desconsiderando que esta função não pode ser ocupada por um ramo do Direito essencialmente repressor. Considerar o usuário como financiador do tráfico, culpando-o pela existência do mesmo e, muitas vezes, defendendo um retorno

da “penalização”¹⁶ da conduta, é entendimento que desconsidera que o consumo de entorpecentes é uma manifestação bastante comum na história da humanidade e, dependendo do entorpecente, é até mesmo socialmente aceita, caso do álcool, por exemplo. Considera ainda que a relação demanda/produção é linear e centrada no “só existe produção porque há consumo”, raciocínio bastante simplista para uma economia de mercado como a nossa – sim, o tráfico é uma forma ilícita, é verdade, de organizar relações de produção, obedecendo a mecanismos de mercado, ainda que, muitas vezes, os traficantes não passem de “microempresários”.

Todas essas ideias preconcebidas sobre o usuário desconhecem que as “caixinhas” conceituais do traficante potencial ou doente não funcionam na prática. Traçando um paralelo com o uso do álcool, podemos seguramente dizer que nem todos que alguma vez consumiram o mesmo tornaram-se dependentes ou criaram uma compulsão para “vender” bebidas alcoólicas como uma forma de sustentar seu próprio consumo. O usuário não é uma espécie de programa de estágio do traficante ou do futuro “assaltante da esquina”, “ladrão de objetos domésticos”, “agressor descontrolado”, entre outras estigmatizações. Antes de estabelecer tais etiquetas de um determinismo pobre, devemos checar o quanto de tais comportamentos que possam ser verificados não advém da própria marginalização que o usuário sofre por causa da penalização de sua conduta, penalização que, convenhamos, atinge principalmente os sujeitos que podem, no máximo, tentar esconder sua pedrinha de *crack* e tentar utilizá-la em algum lugar insalubre, longe dos olhos atentos das agências executivas estatais ou dos amedrontados habitantes da cidade, resumindo, aqueles que na fase “líquida”¹⁷ do capitalismo não possuem a condição de cidadãos, já que não se inserem plenamente dentro do mercado “lícito” do consumo de *shopping centers*.

16 Consideramos “penalização” como o contrário de “despenalização”, cujo entendimento já foi exposto na nota nº 6.

17 A chamada “liquidez” é a metáfora utilizada por Zygmunt Bauman (2001) para se referir a uma nova forma de organização das relações de produção e dominação humanas, pautadas por um capital que pretende tornar-se cada vez mais “leve” para circular através do globo e despreocupado com as tensões sociais que gera. Uma época em que as próprias relações afetivas são pautadas pela lógica do imediatismo consumista. Para um panorama mais completo recomendamos a leitura de: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

O discurso midiático reforça tais ideias no corpo social. Todos os dias, assistimos a notícias sobre a epidemia do *crack* nas urbes brasileiras, inclusive as pequenas e tranquilas cidades do interior, assistimos a viciados furtarem objetos de casa ou até cometerem homicídios e latrocínios por conta do efeito das drogas. O perigo do usuário é reforçado, desta forma, por um discurso que Zaffaroni (2011, p. 15) chama de *völkisch*¹⁸.

A irracionalidade do discurso *völkisch* é sua grande marca, não há, absolutamente, nenhuma grande preocupação em racionalizar a “demonização” dos entorpecentes, apenas se reproduz diariamente a “guerra contra as drogas” como mais um produto disponível nas prateleiras do mercado dos discursos fáceis sobre a segurança pública.

O discurso da criminalização do usuário, e, repetimos mais uma vez, mesmo pautado na “despenalização” da conduta sob a falácia de “ajudar” o usuário a ser reinserido na sociedade, pauta-se por um conceito de perigosidade que não pode ser admitido em um Direito Penal liberal de um Estado Democrático de Direito. O conceito de “perigoso” remete à ideia de “inimigo”, entidade que não possui “vocação” para atrair garantias para si e, em geral, é tratado de forma bélica pelo poder punitivo dos Estados.

A legitimação penal da criminalização do usuário realizada por uma concepção que ora o enxerga como um doente, ora como um potencial traficante, incluindo as ideias sobre o “financiador do tráfico”, ora como um futuro delinquente para sustento do vício não podem prosperar sob a luz de um Direito Penal pautado em garantias constitucionais. O binômio dependente-criminoso, que marca as visões autoritárias da sociedade sobre aquele que usa entorpecentes, presumindo um perigo para a sociedade, atenta diretamente contra dois princípios extremamente importantes em um Estado Democrático de Direito, a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade.

18 É o discurso popularesco da grande mídia e que alimenta a sociedade com visões simplistas sobre o “fato” do crime e a pessoa do criminoso, marcado por um elevado nível de autoritarismo que influencia perigosamente a política criminal, pois gera uma pressão social pela “prisão”. Legitima-se exclusivamente por ser um discurso de fácil “consumo”, puramente publicitário que domina corações e mentes na frente das telas de TV que transmitem as “imagens” do crime e da ação policial. Transforma vítimas e criminosos em objetos publicitários, prontos para serem consumidos pelo grande público, tomado pela crescente insegurança.

De fato, através da presunção de inocência (Art. 5º, LVII da CF), devemos rechaçar qualquer tipo de argumento legitimador pautado tão somente em uma “presunção de periculosidade”. Através do princípio da culpabilidade, devemos afastar punições pautadas por uma responsabilidade objetiva ou mesmo em um dever geral de responsabilidade para com o corpo social. Valores sociais certamente serão levados em conta no estabelecimento da sanção penal, contudo devem ser cotejados sempre em relação ao indivíduo concreto. O nexo de causalidade supostamente existente entre o “usuário-financiador” e os crimes que estejam associados à figura do traficante não resiste às considerações do princípio da culpabilidade. E, mesmo assim, ainda devemos perguntar: quantos dos crimes associados ao tráfico de entorpecentes não são resultado de uma política que considera a “guerra” como o tratamento mais adequado para o problema?

2.8 Conclusão

Esperamos, nestas poucas palavras, providenciar alguma “luz” na questão do tratamento do usuário de drogas no Brasil, atualmente incriminado por força do Art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Não foi de graça que iniciamos o texto com uma advertência sobre o modo “ontológico” de enxergar o mundo, que, repetimos, não foi nos dado *a priori*, desconsiderando o poder dos discursos na construção da “realidade”. Dentre esses discursos, a “guerra contra as drogas” de matriz norte-americana, que influencia de maneira marcante o cenário internacional e que enxerga no usuário uma ameaça social, não consegue cuidar do “problema” que procura combater e ainda gera um saldo de mortos que apenas cresce a cada ano.

Dessa forma, apesar do esforço “despenalizador” feito através do Art. 28, a inconstitucionalidade da incriminação do usuário no âmbito da ordem jurídica nacional persiste. Não importa que a prisão não constitua alternativa, o que importa é que o Direito Penal foi chamado em uma situação que não possui “dignidade” suficiente para merecer sua intervenção. Aquele que é apenado com drogas para consumo próprio enfrenta um processo penal, mesmo que sua conduta esteja submetida às disposições processuais relativas aos crimes de menor potencial ofensivo. Ao final, se condenado, será, para todos os

efeitos, um criminoso¹⁹ e todos sabem o que o ordenamento jurídico reserva para aqueles que “erram” uma segunda vez.

Precisamos que o Poder Judiciário tenha coragem de rever seu posicionamento e assuma uma postura mais comprometida com os valores constitucionais que pretender guardar. Precisamos que os juízes e promotores percebam que o Direito Penal é a *ultima ratio* de que o Estado deve se valer na proteção da Constituição e não pode interferir nas opções puramente individuais das pessoas e nem se render à utilização de suposições de “perigosidade”.

Precisamos, acima de tudo, encarar nossos próprios preconceitos e ideias e entender, finalmente, que não passam de relatos discursivos, produzidos a partir da intersubjetividade e, portanto, extremamente precários e parciais. Ou seja, “certo” e “errado” não podem ser medidos por si mesmos, mas apenas quando comparados a outros relatos. Nesse sentido, devemos observar atentamente a experiência de um país vizinho ao Brasil, chamado Uruguai²⁰, como uma nova forma de enxergar a questão das drogas.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

19 O seguinte trecho da ementa do HC 242.064/SP, publicado no DJ do dia 01/08/2012, é esclarecedor: “1. Condenação anterior pelo crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 deve ser considerada para fins de reincidência, uma vez que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 405105 QO/RJ, rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis*, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização.

20 O presidente do Uruguai José Mujica apresentou projeto ao Congresso daquele país no sentido de regulamentar a produção de maconha no país, realizando um controle estatal sobre a produção e a venda, que seria limitada a uma quantidade mensal por usuário.

BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Edição 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Coleção de Leis do Brasil. 31/12/1890. p. 2664. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 891/1938, de 25 de novembro de 1938. Coleção de Leis do Brasil. 31/12/1938. p. 148. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=19639&norma=34785>>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de novembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 5. set. 2013.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 5 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 25.647-8/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Cezar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 30/11/2005. Publicado no DJ de 15/12/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394908>>. Acesso em: 8 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 109619/SP. Relator: Min. Octavio Gallotti. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento 19/08/1986. Publicado no DJ de 19/09/1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200819>>. Acesso em: 8 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO. Relator: Min. Sepúlveda Perence. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento 13/02/2007. Publicado no DJ de 27/04/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 8 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 242064/SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 26/06/2012. Publicado no DJe de 01/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=22802860&num_registro=201200955537&data=20120801&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 8 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 612604/MG; relator: ministro Félix Fischer; órgão julgador: 5ª Turma; publicação: DJ 01/07/2004.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Uso de drogas, eficiência e bem jurídico. In: _____. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 9-20.

MACHADO MARTINS, Charles Emil. Uso de Drogas: Crime? Castigo?. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 63-86.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Cognição, linguagem e práticas interacionais**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Uma observação dos princípios básicos do Direito Penal sob uma perspectiva da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito

João Amadeus Alves dos Santos²¹

SUMÁRIO: 3.1 Introdução: como os princípios básicos do direito penal serão tratados. 3.2. O princípio da legalidade. 3.3 O princípio da intervenção mínima. 3.4 O princípio da lesividade. 3.5 O princípio da humanidade. 3.6. O princípio da culpabilidade. 3.7 Um direito penal subjetivo? 3.8 A missão (fins) do direito penal. 3.9 A ciência do direito penal. Referências Bibliográficas.

3.1 Introdução: como os princípios básicos do direito penal serão tratados

Este ensaio pretende situar-se no liame entre a zetética e a dogmática no direito, em outras palavras, quer se ocupar das perguntas que são suscitadas e das possíveis repostas que o direito – nomeadamente do direito penal – as dá a partir do tratamento ao tema dos princípios básicos desse ramo jurídico.

Partindo do pressuposto de que toda legislação positiva tem certos princípios gerais, a busca destes, dentro do direito penal, representa sua caracterização e delimitação. Existe um núcleo dentro do direito penal composto por certos princípios que têm um caráter quase que “universal” e trespassam os ordenamentos quase que por completo, pelo menos considerando esse “uni-

21 É aluno da graduação da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco. Membro do grupo de pesquisa *As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*.

verso” como sendo o âmbito de influência dos ordenamentos de características romano-germânicas. Por outro lado, tais princípios básicos também cumprem função programática, ou, como versa João Maurício Adeodato (2010, p. 206-212), como ideal a ser perseguido, constituindo a plataforma, uma base, sobre a qual se estruturará o resto do ordenamento penal.

Apesar da origem diversificada, objetos diferentes e estruturas díspares, tais princípios básicos foram aglutinados em um núcleo. Isso se deu pelo fato de sua axiomatização, como diz Ulfrid Neumann (2009, p. 339-342), a qual faz os princípios tornarem-se pressupostos, axiomas, dogmas, fundamentos. Portanto, não cabe sua demonstração ou dedução de outros princípios, contrariando as diversas tentativas de vários grandes autores. A partir daí, observa-se sua amplitude de expansão lógica através da atuação dos princípios utilizados como “topos”. Sua arbitrariedade não é desafiada, dado seu conteúdo moral e político intrinsecamente satisfatório aos anseios ontológicos do homem.

Tratando do papel caracterizador dos princípios básicos sobre o direito penal, é preciso evitar certos raciocínios. Primeiro, o caráter totalizador desse ramo jurídico, o qual defende a sua interferência sobre todos os outros ramos o ordenamento. E também é preciso se livrar da perspectiva reducionista ao estudo da pena. Apesar de ser uma característica única do direito penal, não é só a sanção que faz a norma penal.

Nossa análise contemplará cinco princípios básicos do direito penal: da legalidade (reserva legal ou intervenção legalizada), da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade.

3.2 O princípio da legalidade

Nossa análise agora recai sobre o princípio mestre do direito penal. Surgido com a Revolução Francesa, tal princípio, também conhecido por “princípio da reserva legal” ou “princípio da intervenção legalizada”, representa o marco transitório entre os períodos do Terror e o Liberal no direito penal. Ao mesmo tempo em que dá segurança ao indivíduo, esse princípio restringe ao Estado a atuação sobre a matéria penal. Cesare Beccaria (1993, p. 13-19) versa que tal princípio é, ao mesmo tempo, meio e fim de um direito penal liberal.

Nossa análise afirma que é um pressuposto para qualquer sistema penal ser justo e racional.

Absorvido por muitos documentos, tal princípio teve sua sistematização na obra de Feuerbach, assim dito por Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21-22), apesar de ele não ter criado a fórmula em latim (*nullum crimen nulla poena sine lege*) e de não ser o primeiro a tratar do princípio. Sua concepção traz “prevenção geral”, isto é, coação psicológica vinda da constante possibilidade de aplicação da pena como característica do princípio da legalidade, assegurando o Estado frente ao criminoso e vice-versa. Essa segurança está em relação com a fé, talvez até ingênua, sobre a separação dos poderes, que havia no Iluminismo de maneira mais evidente, mas que hoje já foi posta “em xeque” por muitos, tal qual João Maurício Adeodato (2010, p. 213-226). Além dessa visão de seguridade, está presente o “sentimento de segurança pública” que emana do uso de tal princípio. Além de excluir as penas não cabíveis, o princípio da legalidade tem outra função, a de criação, constituição da ordem penal, identificando as condutas criminosas. A partir de sua formulação geral, há quatro desdobramentos condizentes com garantias individuais.

A primeira é a de garantir a irretroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), isto é, não haverá pena aplicada caso a conduta seja identificada como criminosa após seu acontecimento, como diz Toledo (1994, p. 23-24). É a garantia histórica contra as arbitrariedades do Período do Terror no direito penal.

Outro desdobramento é afastar a maleabilidade do direito consuetudinário do direito penal, ou seja, proibir a criação de leis pelo costume, justamente por este ser um conceito de contornos não muito claros. O tipo penal deve ser escrito (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), isto é, estar presente no ordenamento. Mas isso não quer dizer que não haja a participação do costume no direito penal; este é invocado para elucidar certos conceitos presentes dentro dos tipos criminais, não para defini-los absolutamente, como, por exemplo, o conceito de “mulher honesta”.

Falar na influência do costume no direito penal é tocar na questão das fontes. No campo material, há muitas visões; uma diz que o costume é manifestação da consciência histórica do povo, numa clara influência do conceito do *folksgeist* de Savigny, esclarecido por Aftalión e Vilanova (1988, p. 263);

outra segue a linha marxista, no contexto sociológico das fontes no direito, tratado por Adeodato (2010, p. 102-110), e põe a vontade da classe dominante em evidência. No campo formal, o produto deste desdobramento do princípio da legalidade é a lei, a mais importante dentre as fontes deste campo.

Tratando da reserva legal, no âmbito constitucional, há duas questões: a absoluta e a relativa. A “reserva absoluta” é a adequação da produção da lei penal aos procedimentos parlamentares pressupostos, na qual só o legislativo seria responsável por toda a tipificação legal. Já a concepção de “reserva relativa” defende que a tipificação penal não está condicionada exclusivamente ao legislativo, o qual somente traça contornos gerais, isto é, normas penais em branco, sobre as quais se apoiarão outras leis ou atos normativos de menor posição hierárquica, numa complementação heteróloga, responsável pela especificação penal. Seja qual das duas perspectivas for adotada, a ideia de haver uma previsão anterior em lei não desaparece. Toda a questão ainda continua subordinada ao princípio da legalidade.

Uma terceira vertente de tal princípio exprime a proibição de analogia para criar crimes (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), ou seja, não se admite atuação do direito penal sobre certo ato que se pareça com a conduta tratada em lei, muito embora haja a exceção para a analogia que beneficie o réu (*in bonam partem*). É bem verdade que, como diz Adeodato (2006, p. 192-198), toda palavra é vaga e ambígua em certo grau, portanto, há certo sentido em dizer que toda adequação da conduta à ilicitude é uma analogia. Tal visão vem da incorporação da filosofia da linguagem presente em Waismann e Wittgenstein ao direito por Herbert Hart, quem diz ser o direito um sistema de regras, nas quais há sempre uma “região de penumbra” responsável pela nunca absoluta clareza na tipificação; assim é apontado por Noel Struchiner (2002, p. 35-41).

O quarto e último desdobramento visa a proibir incriminações sem contorno claro definido (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), isto é, é necessária uma clareza denotativa na tipificação das condutas criminosas. Quando se instala um regime autoritário, é comum a legislação utilizar-se de tipos não claros para fins políticos. Quando há a tipificação sem clareza semântica, ocorre a violação das garantias fundamentais, bem como se ofende o princípio da legalidade. O direito penal deixa de realizar com sucesso sua função

“preventiva geral”. Também é necessário esclarecer os limites de agravamento e atenuação dentro das penas, sendo competência da lei estabelecer os limites claros da “moldura” de Kelsen, assim colocado por Ferraz Jr. (1988, p. 261-264.), o que reforça o princípio da legalidade ao mesmo tempo em que estabelece mais garantias individuais na graduação das penas e dos delitos.

É possível, ao debruçar-se sobre os textos legais, distinguir vários tipos de violação do princípio da legalidade, os quais atacam certas partes do tipo delituoso. Pode ocorrer a ocultação do verbo que denota a ação, impedindo a clareza na identificação do ato criminoso; também há o emprego de elementos sem precisão semântica como complementos de uma ação criminosa; bem como é perigosa a exemplificação, uma vez que exemplo não é a mesma coisa que conceito, entre estes há uma relação de correspondência, não de igualdade. Tal postura de exigência de clareza no direito penal é posta em “xeque”, diz Adeodato (2006, p. 186-192), quando se aborda a questão do abismo gnosiológico, uma vez que a eterna incompatibilidade entre a conduta criminosa (fato), o tipo penal (significante) e a culpabilidade (significado) não é extinta pelo princípio da legalidade, o qual cessa sua função na tentativa de redução de tal abismo eterno.

3.3 O princípio da intervenção mínima

Apesar de não constar explicitamente no ordenamento jurídico do Brasil, esse princípio é presente e traduz uma ideia, vinda desde os romanos e consolidada na ascensão da burguesia, de que o direito penal só é acionado em caso de extrema necessidade, descriminalizando o desnecessário, ao contrário da abrangência que este tinha na ordem feudal, como diz Rogério Greco (2007, p. 63-64). Tal concepção se baseia na exaltação de liberdade do indivíduo, presente nos pilares do pensamento burguês, sendo a pena de privação dessa liberdade a última consequência que o Estado pode impor ao criminoso, deixando violações menos graves dos bens jurídicos para outros ramos do direito.

O princípio da intervenção mínima se relaciona com a “fragmentariedade” do direito penal, sobre a qual existem duas correntes: a mais antiga é a concepção absoluta, que tenta acabar com o caráter fragmentário do direito penal

numa pretensão de totalidade deste. Modernamente, essa concepção deu espaço para as de caráter relativo, nas quais se reconhecem as vantagens políticas de um sistema penal ser fragmentado, sendo descontínuo. Isso decorre da seleção dos bens jurídicos que serão tutelados pelo direito penal.

Outra característica relacionada a tal princípio é a “subsidiariedade” do direito penal. Partindo da “fragmentariedade” pressuposta, a pena como remédio legal extremo só deve ser aplicada quando outros meios, postos por outros ramos do direito, não são eficazes em evitar a conduta criminosa. Tal característica toca na questão da autonomia do direito penal, na qual há duas linhas gerais de raciocínio. A primeira, predominante no Brasil, diz que o direito penal é “constitutivo”, isto é, peculiar e autônomo, mesmo ao tratar de matérias presentes em outros ramos do direito. A segunda, predominante na doutrina em geral, trata do caráter “sancionador”, ou seja, o direito penal é o “braço armado” do ordenamento, impondo sua sanção característica aos bens “vitais” do ordenamento.

Defendemos que há falhas nas duas concepções. A primeira tenta individualizar o direito penal, alegando a exclusividade deste sobre a pena, esquecendo que esta é a sanção e não algum preceito geral. Também diz haver conteúdos que, quando também tratados em outros ramos, são geridos de forma diferente do âmbito penal, mas isso mostra não uma individualização, mas, sim, uma relação entre os ramos. Por último, alega que existem conteúdos exclusivos tratados pelo ramo penal, porém são exemplos extremos e escassos. Na segunda concepção, há o risco de instrumentalização do direito penal, a qual ocorre na questão dos “subintegrados” e “sobreintegrados”, trazida por Marcelo Neves (1993, p. 336-342) ou na atuação quase exclusiva do direito penal sobre a maioria desfavorecida para privilegiar uma minoria dominante, como trata Boaventura de Sousa Santos (1980, p. 107-117).

3.4 O princípio da lesividade

Esse princípio trata da questão filosófico-jurídica de separação entre os foros interno e externo, ou alteridade e exterioridade, tratada por Puffendorf, Thomasius e Kant, como esclarece Norberto Bobbio (1995, p. 147-155).

Cabe à moral tratar das atitudes interiores do indivíduo e ao direito recair sobre as condutas que colocam pelo menos dois sujeitos em relação. Para o direito penal ser acionado, há de se constituir uma lesividade, isto é, lesão de bem jurídico protegido pelo ordenamento penal, não simples atitude condenada pela moral ou por algum dado não incorporado à tipificação penal. Mas aí se adentra na questão de dificuldade em definir um conceito de bem jurídico. Há muitas divergências presentes na doutrina, que flutua suas concepções sobre vários enfoques.

Fica clara a diversidade dos bens jurídicos, trazendo à tona a intenção do legislador em preservar certas relações sociais. Isso mostra que o bem jurídico faz do direito penal garantidor, em maior ou menor grau, de uma ordem da classe social dominante, pretendida plena. Mas, independentemente dessa influência, o bem jurídico cumpre certas funções de extrema importância: indicar valores presentes na atuação do legislador (axiológica), servir de “tijolo” para a construção sistemática penal (sistemático-classificatória), elucidar o elemento central do preceito para a atuação da metodologia (exegética), trazer subsídio epistemológico para a teoria do direito penal (dogmática), bem como dar a possibilidade de atuação da opinião popular sobre o legislador, uma vez que o bem jurídico, cuja proteção é fabricada por ele, é exposta na lei.

Por fim, expomos as funções do princípio da lesividade: primeiramente, proíbe a incriminação de atitudes condizentes com o foro interno do indivíduo, isto é, sua individualidade mental, muito embora tais características internas, quando relacionadas às manifestações externas, possam contribuir para a averiguação do dolo. Também proíbe a incriminação de atos que condigam apenas ao autor; mesmo que se manifeste intenção criminosa, só haverá punição com sua consumação. Em terceiro lugar, proíbe a incriminação do “ser” do homem, isto é, deve o criminoso ser caracterizado pelo que faz. Por último, proíbe a incriminação de condutas que ferem apenas a moral coletiva e não algum bem jurídico, ou seja, dá direito de existirem as diferenças.

3.5 O princípio da humanidade

Este postula uma racionalidade e uma proporcionalidade na aplicação das penas, numa estreita relação com todos os princípios abordados anterior-

mente, numa limitação, sob o horizonte humanístico, das penas; assim é lecionado por Greco (2007, p. 83-87).

É bem verdade que, no período do Terror no direito penal, as penas constrangiam muito o sentimento de humanidade, quiçá até removê-lo por completo do acusado, através de castigos desproporcionais, visando ao sofrimento e não à disciplina do condenado. O princípio da humanidade traz a necessidade de reconhecer, ou melhor, posto em análise pessoal, de não se esquecer a humanidade do réu. A proporcionalidade também persegue o ideal de dar penas semelhantes a condutas criminosas parecidas, muito embora, num direito como expressão de uma vontade de certo grupo vencedor da “luta pela justiça”, numa abordagem a Jhering (2007, *passim*), isso pode vir a ser desvirtuado.

A pena deve ser racional, isto é, não tratar da retributividade como fim, e, sim, como meio para se atingir um ideal maior: a correção, sem deixar de dar oportunidade à possível autorregulação intrínseca ao ser humano.

3.6 O princípio da culpabilidade

Este, como juízo de valor acerca da conduta criminosa, assim dito por Cláudio Brandão (2008, p. 200-203), constitui o repúdio da conduta criminosa, seja em sua ação, ou em seu resultado. Muito embora, sobre a intenção ou não de resultado remontar à questão das várias teorias da ação, a reprovabilidade da conduta constitui o núcleo para a construção da pena, como diz Assis Toledo (1994, p. 90-105).

Nele também há uma pressuposição de responsabilização pela subjetividade do ato, averiguada através de manifestações externas de intenção, as quais se expressam através do modo pelo qual se executa o ato criminoso. Também há a responsabilidade penal, da qual se derivam duas consequências. A primeira é a intranscendência da pena, isto é, a punição só recai sobre o autor do crime, não se estendendo sobre pessoa próxima a este, por exemplo, quando o condenado é pobre e sua família depende de seu trabalho, o Estado fornece um auxílio-reclusão para que os entes familiares não pereçam frente à punição que diz respeito somente ao criminoso. A segunda é a individualização da pena, a qual prega sua aplicação a quem de fato foi endereçada judicialmente.

Atualmente, o debate acerca deste tema gira em torno da “cocolpabilidade”, a qual traz ao juízo de reprovação a consideração não apenas da conduta ilícita, mas também as condições em que foi produzida. Também coloca ao lado do réu, a sociedade em que este está inserido, para, assim, se fazer um juízo mais equilibrado.

3.7 Um direito penal subjetivo?

A questão de existir ou não um direito penal subjetivo encontra favoráveis e contrários na doutrina. No Brasil, de um modo geral, sustenta-se sua existência a partir de dois momentos: o legislativo e o judicial. Quanto ao primeiro, supor um direito subjetivo já constatado no ato de legislar pressupõe um regresso ao contrato social (seja este o de Hobbes, Locke ou Rousseau), como mostra Francisco Weffort (1998, p. 53 et seq., 90 et seq., 201 et seq.), ou regressar a uma concepção jusnaturalista, assim alertado por Adeodato (2006, p. 132-137), o que não é de modo algum inegável, pois esta concepção resta apenas “adormecida”, é um “fantasma” na atualidade positiva do direito. Quanto ao segundo momento, atestar um direito subjetivo durante a punição judicial é enxergar uma relação jurídica que obriga o Estado e o criminoso ao mesmo tempo. Ora, a aplicação penal não é um contrato (no sentido jurídico civil da palavra), o réu não é obrigado a submeter-se à pena, ele é submetido absolutamente, não existe uma “troca” entre o criminoso e o Estado, e, sim, uma relação de imposição de sanção.

3.8 A missão (fins) do direito penal

Primeiro, cabe aqui separar os fins da pena dos fins do direito penal. Os fins da pena tratam de um acontecimento pós-crime, cuja função é atribuição de um mal proporcional ao atentado contra o bem jurídico protegido. Essa sua função social “negativa” a constitui como uma amarga necessidade. É perigoso usar os fins da pena como fins do direito penal como um todo, por se tratar de uma inversão que põe o particular à frente do geral.

A pena é tratada nas teorias absolutas (de prevenção geral), teorias relativas (prevenção especial) ou teorias mistas (ecletismo entre os dois tipos

anteriores) de uma maneira ideológica ou idealista, pois é concebida como restauradora da justiça, numa limitação do conhecimento. Há outros fins para a pena não reconhecidos por essas teorias, como, por exemplo, nas penas de privação da liberdade: garantir a sustentação de uma ideologia, proteger a propriedade privada e manter o controle político nas mãos dos dominantes, num reconhecimento materialista ou político-econômico.

Pensamos ser bem verdade a necessidade de se discutir os fins da pena em conjunto, inseparavelmente, da missão do direito penal, mas sem incorrer numa mistura. Os fins do direito penal recaem sobre a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado; na defesa da sociedade, ao garantir a segurança jurídica e fazer valer as normas presentes no ordenamento, há aí um claro sinal positivo, diferente da pena, seja a ênfase dada ao combate ao crime, à proteção de valores sociais ou à regulação da convivência humana. Essa proteção de bens pode dar-se como garantia dos interesses de uma classe dominante, quando há uma disparidade no quadro social; ou, numa perspectiva mais utópica, pelo menos em relação ao Brasil, de identidade (e não contradição) entre as classes, de igualdade real, unidade social e liberdade individual. Através da cominação, aplicação e execução da pena, o direito penal cumpre sua missão: proteger os bens jurídicos, seja numa intenção classista, quando há disparidades causadoras de conflitos de interesse entre as classes e até outros “fins secretos”, seja numa concepção mais de caráter de “ideal a ser perseguido” de igualdade na disputa por justiça, como quer Ernst Tugendhat (1997, p. 54 et seq.).

3.9 A ciência do direito penal

Também tratada por “jurisprudência” ou dogmática, fazendo a ressalva para o uso dos dois termos (“jurisprudência” como conhecimento acerca do jurídico e “dogmática” como metonímia), a ciência penal trabalha com rota definida, mas fica entre dois polos: o dogmático cego e o científico atuante.

Tendo por objeto o ordenamento jurídico-penal e por fim a aplicação equitativa do direito penal, a ciência jurídica penal combate a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação, as quais, caso empregadas, feririam os princípios tratados anteriormente. Como traz Ferraz Jr. (1988, p. 83-91), é impor-

tante levar em conta a inegabilidade dos pontos argumentativos de partida, o que constitui princípio do método dogmático, e o conceito de “sistema” (agrupamento de elementos em torno de núcleo comum), o qual retirou o caráter de compilação na codificação penal, este que reduzia a tarefa do cientista penal à de simples glosador. Também é de suma importância observar a lei de “proibição da contradição”, ressaltada por Neumann (2009, p. 349-350), que, ao tratar de princípios jurídicos, mostra a importância desta para uma fundamentação dialógica da lógica jurídica. Observados esses pressupostos, a dogmática penal segue alguns passos: primeiramente se delimita o universo de interesse, catalogando os textos legais de vigência em tal área; daí há uma prévia organização não definitiva, agrupando as leis segundo semelhanças após uma análise individual de cada uma delas; então há a elaboração de “tópicos” de categorias, formando grandes grupos que servirão de ponto de partida para princípios organizacionais; por fim, ocorre a reconstrução dogmática, numa recodificação para novo entendimento sobre a matéria já existente, mas, a partir de então, tratada de outra forma. Pessoalmente, identifico uma possível simplificação do método ao aproximá-lo do que Paulo Freire (2005, p. 100-110) aplica à Pedagogia: a realidade está codificada de certa maneira não propícia ao entendimento; analiticamente se faz uma descodificação esmiuçando e reagrupando seus elementos, para, por fim, recodificar a realidade apresentada, concebendo um novo entendimento e ampliando as possibilidades de ação.

É exatamente sobre a ação da dogmática, ou melhor, sobre a falta dela, que se baseiam as críticas a esta. Não pode haver uma ciência jurídica penal fechada em si. Metodologicamente tratando, a “logificação” de princípios jurídicos é um ato que aproxima uma concepção esvaziada de conteúdo (lógica) de uma que o pressupõe (jurídica), como adverte Neumann (2009, p. 339-342 e 347-351). Os mitos de uma pretensa ciência neutra, bem como de um legislador neutro, também o da completude do direito, apontam para a dogmática se portando a serviço da classe dominante.

A dogmática deve, defende-se aqui, não ignorar a realidade ao importar dados desta, tal qual faz o tecnicismo de justificação e descrição do ordenamento penal. O sistema dogmático penal deve ser aberto e estar em permanente comunicação com o mundo e constante renovação e criação, sempre

valorizando suas características históricas e críticas. Esse é o desafio do jurista penal brasileiro na atualidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**: conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada. 13. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.]

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 41. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (artigos 1º a 120 do Código Penal). Niterói: Impetus, 2007. v. 1.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEUMANN, Ulfrid. *Lógica Jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneos**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 327-351.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e Suas Implicações na América Latina. In: II Encontro Internacional de Direito Alternativo. Florianópolis, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e Direito**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980. p. 107-117.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Petrópolis: Vozes, 1997.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998. 2 v.

A judicialização da saúde em Pernambuco: reflexões a partir da teoria dos sistemas²²

Marcelle Virgínia Araújo Penha²³

SUMÁRIO: 4.1 Judicialização da saúde – bases para uma reflexão. 4.2 O direito à saúde em pernambuco – construção dos sentidos de legalidade e igualdade. 4.3 A maior eficácia do medicamento pleiteado – das relações entre direito e ciência. 4.4 Observações conclusivas – ampliação dos espaços comunicativos. Referências.

4.1 Judicialização da saúde – bases para uma reflexão

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado – partindo dessa premissa, estabelecida no art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), popularizaram-se, nos últimos anos, as demandas judiciais para que o Estado custeie tratamentos e medicamentos de alto custo. Não há, a respeito, dados oficiais para todo o Brasil, mas estima-se que, apenas em Minas Gerais, entre 2004 e 2007, houve um aumento de 1030% no número de ações para a concessão de medicamentos (RIZZO, 2008 apud GONTIJO, 2012, p. 607). Já em São Paulo, o Secretário de Saúde informou à imprensa que, em 2007, o estado gastou R\$ 400 milhões para cumprir 8 mil ordens judiciais; em 2010, os gastos foram de R\$ 700 milhões para 25 mil ações (BASSETTE, 2011). A interferência

22 Pesquisa desenvolvida com apoio da Fundação de Amparo à Ciência e à Tecnologia do Estado de Pernambuco (Facepe), mediante bolsa da modalidade Pibic, no período de 2011 a 2012, sob orientação do Professor Artur Stamford da Silva (UFPE).

23 É aluna da graduação da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, membro do Grupo de Pesquisa *Moinho Jurídico: Mostruário de Observação Social do Direito*. Foi pesquisadora Pibic-UFPE entre os anos de 2010 e 2011 e Pibic-Facepe entre os anos de 2011 e 2012.

dessas decisões judiciais no funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS costumou-se chamar de Judicialização da Saúde.

Não é sempre que esses conflitos atingem o Judiciário, eis que a necessidade do cidadão por medicamentos, muitas vezes, é satisfeita na via administrativa - SUS. Contudo, é possível que o medicamento pleiteado não esteja previsto na lista do Ministério da Saúde, entre os disponibilizados gratuitamente na rede pública (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, conforme Portaria nº 2.981/2009 do Ministério da Saúde), ou, mesmo estando previsto, não seja a doença do paciente tratável por aquele medicamento específico, segundo os protocolos e diretrizes terapêuticas do governo. Nesses casos, após ver negado administrativamente o seu pedido, o paciente recorre ao Judiciário para pleitear o medicamento de que necessita.

Não é elevado apenas o número de demandas com esse fundamento: notável também é a quantidade de julgamentos favoráveis aos pacientes, com consideráveis impactos orçamentários. Tomemos Pernambuco como exemplo: utilizando “medicamentos” como termos de busca, encontramos 74 acórdãos referentes ao ano de 2010, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do estado. Todas as decisões encontradas ordenaram o Estado a pagar o medicamento pleiteado pelo paciente; dessas, apenas uma não foi unânime.

Em Pernambuco, não foram encontrados dados completos sobre a quantia despendida com o fornecimento judicial de medicamentos, mas a análise dos acórdãos disponíveis no sítio do Tribunal permite algumas observações. Ressalte-se que não é possível calcular o custo total dos medicamentos concedidos, pois são prescritos em diversas posologias, muitas vezes, não informadas nos relatórios. Mas, consultando um sítio eletrônico que compara preços de medicamentos no mercado (CONSULTA REMÉDIOS, 2012), foi possível observar que as drogas pleiteadas variaram entre R\$ 72,34 (Lyrica, pré-gabalina, do laboratório Pfizer; preços entre R\$ 72,34 e 122,03) e R\$ 24.194,10 (Zavesca, Miglustat, do laboratório Actelion). A maior parte dos medicamentos, contudo, está na faixa compreendida entre três e oito mil reais, como o Lucentis (princípio ativo: ranizumabe; laboratório Novartis; preço: R\$ 4.173,83), o Velcade (princípio ativo: Bortezomib; laboratório Janssen-Cilag; preço: R\$ 4.200,00) e o Sprycel (princípio ativo: desatinibe; laboratório B-ms; preço: R\$ 6.278,93).

Assim, como as drogas pleiteadas são de custo elevado, nos tribunais, o debate oscila entre fornecer medicamento não previsto na lista do Ministério da Saúde, por questões humanitárias, ou negá-lo, para não prejudicar as ações do SUS destinadas à toda coletividade, pois os recursos públicos são limitados.

A despeito disso, é perceptível uma tendência do Judiciário nacional em conceder os medicamentos pleiteados àqueles que comprovarem a impossibilidade financeira de arcar com seus custos, mesmo que não estejam previstos na lista do Ministério da Saúde. No estado de Pernambuco, a matéria é, inclusive, sumulada (Súmula 18): “É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2012).

Apesar dessa tendência, a Administração Pública prossegue negando-se a fornecer medicamentos não previstos na lista do Ministério da Saúde. Insatisfeitos, os pacientes recorrem ao Judiciário, o qual frequentemente determina que o poder público forneça as drogas pleiteadas. Assim, forma-se um ciclo, que encharca os tribunais nacionais com demandas repetitivas.

À primeira vista, a Administração Pública, a Medicina e o Judiciário parecem estar em descompasso, trabalhando em sentidos opostos. Esse ciclo desequilibra o orçamento com a compra de medicamentos não previstos e ainda eleva os custos para o erário pela mobilização de diversas entidades, como defensorias públicas, promotorias, procuradorias e tribunais. A Administração Pública prossegue formulando a lista dos medicamentos que podem ser fornecidos gratuitamente, lista essa que é repetidamente ignorada pelo Poder Judiciário ao decidir. Isso porque novos medicamentos surgem – mais caros e supostamente mais eficazes – e os juízes determinam sua concessão gratuita aos pacientes, sem ter reais condições de afirmar se a nova droga é, de fato, mais eficaz.

Para analisar esse fenômeno, a presente pesquisa partiu da concepção da sociedade como sistema social, cuja operação base é a comunicação, desde a teoria de Niklas Luhmann. A compreensão desse pressuposto epistemológico passa pela definição de sociedade não como um objeto, mas, sim, como uma distinção, uma forma de dois lados: a sociedade e seu ambiente ou entorno

(LUHMANN, 2007, p. 42). Quando se discute sobre sociedade, portanto, o outro lado da forma, o entorno, é simultaneamente pressuposto.

Uma das consequências dessa definição é que o sistema sociedade não é caracterizado nesta pesquisa por uma determinada essência, um princípio ou uma moral, mas, sim, por uma operação que continuamente se reproduz: a comunicação (LUHMANN, 2007, p. 48).

A presente reflexão pressupõe também que o sistema sociedade se diferenciou em diversos sistemas-parte ou subsistemas, como o direito, a economia, o poder, a educação, a ciência, etc. Os subsistemas sociais também são definidos como distinções: são contínuas comunicações sobre determinado código – lícito/ilícito, poder/não-poder, verdadeiro/falso – que, assim, se diferenciaram do seu entorno, o qual engloba os demais subsistemas e o entorno da própria sociedade (LUHMANN, 2007, p. 473).

Na questão da judicialização da saúde, é possível, numa primeira análise, identificar comunicações de diversos subsistemas sociais, além do direito. A Portaria do Ministério da Saúde de nº 2.981/2009 (BRASIL, 2009), por exemplo, é observada como uma comunicação do subsistema do poder, uma vez que determina quais medicamentos as Secretarias de Saúde podem ou não podem fornecer administrativamente. Observe que o administrador público está sujeito a sanções caso conceda medicamentos não previstos na portaria, como as previstas na lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, 1992), ou aquelas impostas pelos Tribunais de Contas. Assim, a portaria é uma decisão sobre as ações dos administradores públicos (LUHMANN, 2007, p. 277); é, pois, uma comunicação do sistema do poder. São observáveis, também, comunicações do subsistema da ciência, já que existem estudos e publicações científicas a respeito da maior ou menor eficácia de determinados medicamentos.

Observe que o fato de o subsistema da ciência ter por verdadeiro que determinada droga é a mais eficaz no combate de uma enfermidade não implica que o administrador é obrigado a concedê-la aos pacientes ou que é ilícito negar seu fornecimento. Da mesma forma, ser o administrador impedido de fornecer determinado medicamento não significa que a droga não tem eficácia ou que é ilegal. Isso ocorre porque os subsistemas sociais, assim como o sistema sociedade, são fechados operativamente.

Fechamento operativo significa dizer que o sistema produz um tipo de comunicação exclusiva – científica, jurídica, econômica, etc. – que não se processa com as comunicações exclusivas dos demais subsistemas (LUHMANN, 2010, p. 102-103). Assim, uma comunicação de um subsistema apenas pode ser impulsionada por outras comunicações do mesmo sistema. Um exemplo simples seria afirmar que uma sentença só pode ser impulsionada por uma petição inicial, e que a mesma sentença precisa referir-se a outras decisões jurídicas em sentido amplo: a constituição, as leis, a jurisprudência, etc.

Nada obstante, afirmar que os subsistemas sociais são operativamente fechados não implica total isolamento. Aqui, dependência e independência em relação ao entorno não são características mutuamente excludentes (LUHMANN, 2007, p. 44); ao contrário, na concepção de sistemas sociais adotada, apenas os sistemas operativamente fechados podem construir uma complexidade tal capaz de especificar sob que aspectos o sistema pode reagir ao entorno (LUHMANN, 2007, p. 47).

Assim, o sistema está aberto ao seu entorno no plano das informações, ou seja, uma comunicação de um dado subsistema pode conter informações sobre os demais. Por exemplo, uma decisão jurídica pode fazer referência a trabalhos científicos e a fatores econômicos, sem, com isso, prejudicar o fechamento do sistema do direito, porquanto a abertura realizada para entorno não é operativa, mas, sim, cognitiva (LUHMANN, 2007, p. 71).

Mais concretamente, vejamos um exemplo do Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 212079-0/01, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em que o desembargador relator fez referência a um estudo científico ao votar:

Estudo publicado pela revista médica ‘The Lancet’ revela que, ao cabo de pesquisas em grupos focais, o número de mortes por câncer de mama, em pacientes tratadas pelo Herceptin foi 1/3 (um terço) menor. Em um grupo de mulheres tratadas com aquela droga, verificou-se que, após dois anos da finalização do tratamento, o índice de sobrevivência foi superior a 92%. Tratando-se de doença tão nefasta, terror ainda longe de ser superado pela Medicina, é de se franquear à impetrante esse refrigério de esperança de sobrevivência, ministrando-lhe uma droga largamente

recomendada e prescrita, reiteradas vezes, a ela, conforme testificam os autos. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010f).

Como se observa, a decisão contém informações que fazem referência a uma comunicação científica (um estudo publicado em uma revista especializada). Tal referência, no entanto, não prejudica a autonomia do sistema jurídico, eis que o índice de sobrevida constatado pelo uso do remédio não implicou na licitude de sua concessão gratuita para o paciente. O que ocorreu foi o processamento da informação de maneira autônoma pelo sistema do direito, que decidiu a partir de seus próprios critérios.

Mais especificamente no campo das operações, é necessário responder à pergunta sobre como o sistema se relaciona com o meio. Para tanto, é necessário deixar de lado as explicações em que as estruturas dos sistemas são determinadas externamente, por mudanças ou variações no meio (LUHMANN, 2010, p. 129), levando-se em consideração que aqui se pressupõe que o sistema se auto-organiza e autoproduz (autopoiese).

Assim, surge o conceito de acoplamento estrutural, que reduz as relações relevantes entre o sistema e o meio, gerando um elevado campo de indiferença entre os dois. Mas por quê? Não seria possível ao sistema interpretar ao mesmo tempo todos os ruídos ou comunicações existentes no meio. Por essa razão, o acoplamento estrutural reduz o âmbito de influência entre eles, canalizando aqueles ruídos que serão processados autopoieticamente pelo sistema. Dessa forma, o sistema é capaz de se irritar a partir de tais ruídos, gerando autonomamente novas informações (LUHMANN, 2010, p. 131).

Irritação significa o processamento de uma informação dentro do sistema, uma reação a um ruído do meio. Logo, não existe transferência de irritação do meio para o sistema; a irritação é sempre uma construção própria, naturalmente posterior a ruídos existentes no meio (LUHMANN, 2010, p. 132).

Como os acoplamentos estruturais excluem outras formas de influência entre o sistema e o meio (LUHMANN, 2007, p. 74), esse conceito será de fundamental importância para refletir sobre como vêm ocorrendo as relações entre os subsistemas sociais – como a ciência, a política e o direito –, nos conflitos judiciais, para concessão gratuita de medicamentos.

4.2 O direito à saúde em Pernambuco – construção dos sentidos de legalidade e igualdade

Nesse contexto, passemos a discutir a questão da judicialização da saúde, especificamente em Pernambuco. Para tanto, analisar-se-ão decisões proferidas no ano de 2010, disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do estado, para observar os argumentos utilizados pelos Desembargadores do Tribunal, ao decidir, e pela Procuradoria do Estado, atuando em defesa da Secretaria de Saúde (Administração Pública).

Assim, foi possível observar que tanto a Administração Pública quanto o Tribunal se utilizaram do princípio da legalidade para fundamentar suas decisões e seus pronunciamentos. A Administração manejou esse princípio em 35% dos acórdãos analisados, enquanto o Tribunal o fez em 46% dos casos.

Foi observado, contudo, que a Administração e o Tribunal argumentam em sentidos opostos: aquela defende que os medicamentos não devem ser concedidos, enquanto este ordena a entrega das drogas pleiteadas, ressaltando que, como já afirmado, todos os acórdãos analisados do TJPE foram favoráveis aos pacientes. Parece um contrassenso o mesmo princípio da legalidade ter sido utilizado para sustentar posicionamentos contrários. No entanto, observa-se não haver contrassenso algum, mas, sim, a construção de diferentes sentidos de legalidade.

Ao longo dos argumentos da Administração, o sentido de legalidade construído é o do dever de obediência – principalmente – às leis e portarias, ou seja, às normas infraconstitucionais. Essa construção de sentido está presente no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0207451-9:

[...] não pode o Estado de Pernambuco ser compelido ao fornecimento dos medicamentos Insulina Lantus e Insulina Humalog ou Novorapide em qualquer caso, visto que existe um protocolo específico para tanto, expedido pelo órgão competente para tanto, qual seja, o Ministério da Saúde. Alega ainda que **cabe ao Estado observar as regras estabelecidas pelo órgão máximo federal, sob pena de manifesta agressão ao preceito constitucional da legalidade, um dos esteios do Estado Democrático de Direito, não se tratando de mera burocracia o atendimento**

aos parâmetros traçados para o SUS. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010a, grifo nosso)

Diferentemente, o sentido de legalidade manejado pelo Tribunal alcança primeiramente o dever de observância às normas constitucionais e a impossibilidade de agir esvaziando o direito fundamental à saúde de efetividade ou eficácia social, como se vê no trecho do voto do desembargador relator abaixo, ao julgar o recurso de agravo nº 212200-5/01:

De proêmio destaque-se que não há violação à separação dos poderes quando o Judiciário intervém em questões de mérito administrativo com a intenção de garantir a **observância ao princípio da legalidade**. [...] o fato de o medicamento pleiteado não fazer parte da lista de dispensação excepcional elaborada pelo Ministério da Saúde (Portaria nº 2.577/GM/2006) não isenta o poder público de seu dever de fornecimento gratuito, quando comprovada a necessidade do tratamento e a falta de condições de adquiri-lo por parte do requerente, **sob pena de abrir-se orifício de esvaziamento da garantia constitucional, insculpida no art. 196 da CF/88, pois bastaria não listar o medicamento para desobrigar-se do ônus de cobrir o seu custo.** (PERNAMBUCO, TJPE, 2010e, grifo nosso).

No trecho acima, a Constituição é observada como norma autorizadora da concessão de medicamentos, para além dos previstos na portaria do Ministério da Saúde. Desrespeitar essa norma constitucional, não concedendo os medicamentos pleiteados, segundo argumentam os desembargadores, seria violar a própria legalidade.

No entanto, esse sentido de legalidade – enquanto dever de observância às normas constitucionais – não caminha para a declaração de inconstitucionalidade da Portaria do Ministério da Saúde, segundo o Tribunal. Os desembargadores argumentam que a portaria deve ser interpretada em conformidade com a Constituição para não cercear a fruição do direito fundamental à saúde, como se observa no voto do relator no Agravo Regimental nº 213258-5/01:

A melhor interpretação das normas jurídicas é aquela procedida conforme a constituição, porque se coaduna com a integração

daquelas num sistema hierarquicamente organizado. Assim, **quando tomamos a Portaria do Ministério da Saúde, devemos considerá-la como regulamentadora, não como cerceadora de direitos fundamentais**, sob pena de conferir a uma norma auxiliar um poder que nem Emenda Constitucional teria, qual seja, de derrogar cláusula pétrea. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010c, grifo nosso).

Observa-se, assim, que os sentidos de legalidade construídos pelo Tribunal e pela Administração não são mutuamente excludentes: em nenhuma das construções argumentativas é excluído o dever de respeito às normas infra-constitucionais ou constitucionais. Ocorre que a Administração dá destaque à Portaria do Ministério da Saúde ao definir legalidade, entendendo-a como instrumento que torna possível a efetivação do direito constitucional à saúde. Já o Tribunal dá destaque à própria Constituição, e entende que os direitos à saúde e à vida sobrepõem-se a regulamentações e ao interesse financeiro do Estado.

Fenômeno análogo foi observado com o princípio da igualdade, utilizado na argumentação da Administração Pública em 32% dos acórdãos e na do Tribunal em 24% dos casos. Novamente, foi observada, nas decisões, a construção de dois sentidos para o mesmo princípio.

Ao longo dos argumentos da Administração Pública, o sentido construído de princípio da igualdade significa o dever de não beneficiar uma única pessoa em detrimento da coletividade. A Administração argumenta que, caso o Estado financie medicação de alto custo – cujo fornecimento não está previsto no orçamento – para um único paciente, prejudicará a execução de políticas públicas de saúde mais amplas, lesando toda a coletividade.

Em outras palavras, para a Administração, igualdade é não beneficiar um único indivíduo em detrimento da coletividade, como se observa em trecho do voto do relator do Agravo Regimental nº 201306-5/01:

[...] o pleito deduzido pela impetrante vai de encontro ao princípio da igualdade (CF/88, art 5º), pois permite que um cidadão isoladamente se beneficie em detrimento de toda a coletividade destinatária das ações e serviços de saúde a cargo do estado. (BRASIL, TJPE, 2010d).

Já o Tribunal, entendendo que a medicação deve ser concedida gratuitamente, constrói o sentido de igualdade enquanto impossibilidade de subordinar o direito fundamental à saúde à condição financeira do paciente. Argumentam os desembargadores que o direito à saúde deve ser fruído por todos, e não apenas por aqueles que possuem recursos para comprar os medicamentos de que necessitam, como é observável no trecho transcrito do julgamento do Mandado de Segurança de nº 147398-7:

Fere o princípio da igualdade deixar que o acesso à saúde e, assim à vida digna, seja definido pela situação financeira do doente. Se a Administração não cumpre seu mister nesse toante, a interferência do Judiciário não configura violação à Separação dos Poderes acarretando o comprometimento das ordens econômica e social, configura sim o desempenho de seu papel de assegurar a ordem jurídico constitucional. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010h, grifo nosso).

Assim, o Judiciário privilegiou o indivíduo – enquanto a Administração, a coletividade – na construção do sentido de igualdade.

Torna-se perceptível, portanto, que foram construídos sentidos distintos de igualdade e legalidade ao longo dos debates sobre judicialização da saúde, no TJPE, em 2010.

Essa pluralidade de significados para o mesmo princípio é explicável pelas identidades de sentido – que são os objetos empíricos, os símbolos, os signos, os números, as frases, etc. – serem continuamente construídas pelas comunicações da sociedade. Por essa razão, todo conceito deve ser entendido como o resultado do processamento de informações pelo sistema (LUHMANN, 2007, p. 28-30), e os princípios não fogem a essa regra.

A pluralidade de sentidos identificada, contudo, não se encontra no plano das decisões, uma vez que todos os acórdãos disponíveis referentes ao ano de 2010 concederam a medicação pleiteada pelo paciente; ela se encontra, pois, no plano dos argumentos. Faz-se, então, necessário distinguir argumentação e decisão, para o que se recorre ao conceito de validade.

Argumentação, enquanto esforço comunicativo para responder à pergunta sobre como se deve interpretar um texto (LUHMANN, 2003, p. 404), não é

capaz, por si, de modificar o direito válido, ao contrário das leis, dos contratos, dos testamentos e das decisões dos tribunais, que são exemplos de decisões jurídicas em sentido amplo (LUHMANN, 2003, p. 401).

A validade é compreendida, aqui, como um símbolo que permite a ligação entre operações do sistema jurídico, garantindo sua unidade e sua autoprodução (LUHMANN, 2003, p. 154-155). Uma operação jurídica, portanto, – como uma decisão de tribunal, por exemplo – ao referir-se à operações anteriores (válidas), como leis e contratos, torna-se igualmente válida (LUHMANN, 2003, p. 163). Diferentemente das decisões, os argumentos não transmitem validade (LUHMANN, 2003 p. 401).

Como os argumentos são esforços localizados de interpretação, alimentando-se da diversidade dos casos concretos (LUHMANN, 2003, p. 409), o contínuo processo de argumentar conduz à variedade de argumentos e de sentidos construídos. Por essa razão, a pluralidade de sentidos acima identificada é um fenômeno esperado.

No entanto, foi observado que os diferentes sentidos de legalidade e igualdade identificados são atribuíveis a duas organizações distintas: o Tribunal e a Administração Pública. Os sentidos de legalidade como dever de observância às normas constitucionais e de igualdade enquanto impossibilidade de subordinar o direito à saúde à condição financeira do paciente foram observados nos acórdãos do Tribunal. Já as concepções de legalidade como respeito, primordialmente, às normas infraconstitucionais e de igualdade como dever de não privilegiar um indivíduo em detrimento da coletividade são encontradas nas contrarrazões, informações e em outros pronunciamentos judiciais da Administração, observados nos relatórios dos acórdãos. Essas dicotomias podem indicar a necessidade de ampliar os espaços comunicativos entre as organizações envolvidas, como será analisado mais à frente.

4.3 A maior eficácia do medicamento pleiteado – das relações entre direito e ciência

Também foram registrados alguns argumentos do Tribunal com referência à eficácia dos medicamentos pleiteados e a outras questões técnico-científicas. Isso porque foi observada uma construção, ao longo das decisões, de que o

medicamento não previsto na lista do Ministério da Saúde apenas pode ser concedido caso seja indispensável para o tratamento do paciente; caso haja alguma droga similar prevista na listagem oficial, o medicamento pleiteado deveria ser, portanto, comparativamente mais eficaz.

Por essa razão, diversas foram as construções argumentativas sobre a eficácia de medicamentos. Entre elas, há o argumento, presente em 14% das decisões analisadas, que afirma não ser necessário ao médico demonstrar a utilidade, a eficácia e a imprescindibilidade do medicamento na receita, bastando prescrevê-lo. Para os desembargadores, dissertar sobre a eficácia das drogas é uma função da indústria farmacêutica e dos cientistas. A respeito, trecho do Agravo Regimental em Mandado de Segurança de nº 205466-2/01:

Em relação à suposta necessidade de demonstração de eficácia do tratamento, o médico, ao prescrever um determinado medicamento, não está obrigado a demonstrar a eficácia do tratamento. O médico deve sim envidar todos os esforços para alcançar a cura do paciente. **A demonstração da eficácia de um tratamento ou terapia cabe aos médicos estudiosos do assunto, à indústria farmacêutica fabricante dos medicamentos etc. Não há razoabilidade na exigência de demonstração da eficácia do tratamento ou medicamento prescrito pelo médico da impetrante.** E mesmo existindo outra droga ou outro tratamento, isso não afastaria a independência do médico para prescrever o tratamento mais adequado à impetrante. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010b, grifo nosso).

Acima, é observável a comunicação, pelo sistema do direito, da impossibilidade de decidir sobre a eficácia dos medicamentos pleiteados com base nas provas que são levadas ao Tribunal: os laudos médicos.

O mesmo é percebido em outro argumento, presente em 4% dos acórdãos, no qual se afirma não poder o Judiciário decidir qual o tratamento mais adequado para o paciente, pois essa é uma questão de ordem técnica. Esse argumento está presente, por exemplo, no Agravo Regimental em Mandado de Segurança de nº 214762-8/01:

A recomendação é técnica, levando em conta, naturalmente, as conquistas e avanços disponibilizados pela ciência médica, não sendo dado ao Judiciário escolher qual o tratamento mais adequado ao paciente. (PERNAMBUCO, TJPE, 2010g).

Enquanto subsistema social, o direito é capaz de observar a si mesmo e ao seu entorno (LUHMANN, 2007, p. 32). Nessa perspectiva, é perceptível, nos argumentos acima apresentados, que o direito observa a si mesmo como incapaz de decidir sobre a eficácia dos medicamentos prescritos e, ainda, observa o sistema científico como aquele habilitado para comunicar a respeito.

Assim, o sistema jurídico comunica que o medicamento não previsto na listagem oficial deve ser mais eficaz para ser financiado pelo Estado para um paciente. No entanto, ao mesmo tempo, ele comunica que os laudos médicos levados ao Tribunal não precisam demonstrar essa eficácia superior; comunica também que o Judiciário não tem capacidade, por si, de decidir qual o tratamento mais adequado ao paciente.

Certamente, o direito é cognitivamente aberto à ciência, com o é aos demais sistemas sociais, e, além disso, é eventualmente irritado por ruídos dela provenientes. Como exemplo, já foi citado um acórdão em que o desembargador cita estudo publicado na revista científica *The Lancet*. No entanto, são inúmeras as informações do sistema científico – incontáveis estudos sobre a eficácia de medicamentos, publicados em diversas revistas e periódicos – e inexistente uma estrutura que permita ao direito especificar sob que critérios o sistema deve reagir a esses ruídos nas decisões sobre concessões de medicamentos. Não existe uma estrutura que permita ao direito gerar uma zona de indiferença suficientemente densa para possibilitar que seja irritado pela ciência de forma constante (LUHMANN, 2010, p. 132).

Em outras palavras, são muitos os estudos científicos sobre a eficácia dos medicamentos pleiteados e não há uma estrutura que permita desenvolver um critério para selecionar aqueles que vão influenciar as decisões jurídicas a respeito. Caso fosse definido que, nas decisões sobre concessão de medicamentos não listados, seria necessária a emissão de um parecer de determinada organização sobre a eficácia da droga, haveria uma canalização das comunicações científicas a serem observadas pelo direito.

4.4 Observações conclusivas – ampliação dos espaços comunicativos

No presente estudo, analisando a questão da judicialização da saúde em Pernambuco, observou-se uma situação estabilizada. Não foram encontradas variações significativas nos acórdãos analisados referentes ao ano de 2010, eis que inexistiram reproduções desviantes de elementos no sistema jurídico (LUHMANN, 2007, p. 358), ao menos no âmbito das decisões. Reflexo disso é o elevado índice de acórdãos unânimes. Conceitos – como hipossuficiência relativa, mérito administrativo, reserva do possível e mínimo existencial – outrora problemáticos, não mais despertam debates e novas argumentações.

Na pesquisa, defrontou-se também com um ciclo, uma vez que a Administração sempre nega o fornecimento de medicamentos não contidos na lista do Ministério da Saúde e o Judiciário sempre ordena sua entrega. Como reflexo, verificamos que são díspares os conceitos de legalidade e igualdade utilizados na defesa da Administração em juízo e nas decisões do Tribunal. Com isso, elevam-se os gastos públicos com medicamentos não previstos no orçamento e, ainda mais, com a movimentação de entidades, como defensorias e procuradorias.

Mais que isso, também se registrou que o direito observa a si mesmo como inapto para decidir sobre a efetividade dos medicamentos pleiteados em juízo, porquanto os laudos médicos manejados como provas não demonstram porque o medicamento pedido deve ser utilizado em detrimento do listado pelo governo, restringindo-se a prescrevê-lo. Com isso, há o risco de fraudes, e o Estado pode estar custeando alguns medicamentos não listados que, a rigor, não seriam indispensáveis.

Esse estudo não objetiva solucionar a questão de forma definitiva, mas é possível concluir pela necessidade de ampliar os espaços comunicativos entre os sistemas envolvidos, através da criação de novas estruturas.

A ciência, o direito e o poder são acoplados estruturalmente, eis que mutuamente se irritam. Contudo, o que se propõe é a criação de novas estruturas

que ampliem o contato entre esses sistemas, gerando novas formas de irritação entre eles.

Já vimos que irritação significa o processamento de uma informação dentro do sistema, a partir de ruídos do entorno: surge uma perturbação e o sistema autopoiético reage a ela (LUHMANN, 2010, p. 138-139). Como isso ocorre autonomamente, não é possível prever com exatidão quais serão as consequências do maior contato entre ciência, direito e política.

Os acoplamentos estruturais não são capazes de determinar os estados dos sistemas acoplados, mas os abastecem com contínuas irritações (LUHMANN, 2010, p. 137). Não é possível afirmar que o desenvolvimento de estruturas que ampliem esse contato entre os sistemas conduzirá a uma maior “harmonia” entre eles, nem mesmo se serão concedidos mais ou menos medicamentos; mas a questão da judicialização da saúde atualmente não se encontra satisfatória e precisa ser modificada. E é certo que novas irritações darão origem a variações dentro do sistema do direito: novas informações, novos argumentos e novas decisões.

REFERÊNCIAS

BASSETTE, F. Em 4 anos, SP duplica gastos com remédios por determinação Judicial. **O Estado de S. Paulo**, 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,em-4-anos-sp-duplica-gastos-com-remedios-por-determinac/ao-judicial,805979,0.htm>>. Acesso em: 9 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.981 de 26 de novembro de 2009**. Aprova o componente especializado de assistência farmacêutica. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_gm_2981_3439_ceaf.pdf>. Acesso em: 1º de set. 2012.

CONSULTA REMÉDIOS. Disponível em: <<http://consultaremedios.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2012.

GONTIJO, G. D. A Judicialização do Direito à Saúde. **Revista Médica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 29, n. 4, p. 606-611, 2010, Disponível em: <<http://rmmg.medicina.ufmg.br/index.php/rmmg/article/view/323/309>>. Acesso em: 10 set. 2012.

LUHMANN, N. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2003.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder, 2007.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Agravo nº 212200-5/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Daniel José da Silva e outro. Relator: Desembargador Luiz Carlos Figueirêdo. Recife, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=255888>>. Acesso em 18 maio 2013.

_____. **Agravo de Instrumento nº 0207451-9**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Leonora Costa de Godoy Magalhães. Relator: Desembargador Francisco Cerqueira Norberto dos Santos. Recife, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=247275>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Agravo Regimental nº 201306-5/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: Maria José de Medeiros Nogueira. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos. Recife, 2 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=244306>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Agravo Regimental nº 205466-2/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: Maria de Lourdes Menezes de Sá. Relator: Desembargador Francisco Edu-

ardo Gonçalves Sertorio Canto. Recife, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=245808>>. Acesso em: 18 maio 2013.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo **Regimental nº 212079-0/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: Severina Gonçalves. Relator: Desembargador Luiz Carlos Figueirêdo. Recife, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=255877>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Agravo Regimental nº 213258-5/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Aristeu Gonçalves Duda. Relator: Desembargador José Ivo de Paula Guimarães. Recife, 13 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=258049>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Agravo Regimental nº 214762-8/01**. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravada: Leônidas Borges de Lima. Relator: Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello. Recife, 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=261543>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Arquivo de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

_____. **Mandado de Segurança nº 147398-7**. Impetrante: Anália Maria dos Santos. Impetrado: Secretário de Saúde do Estado de Pernambuco. Relator: Desembargador Agenor Ferreira de Lima Filho. Recife, 22 de setembro de 2010. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/doc.asp?codproc=166355>>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Súmula nº 18**. É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/sumulas/sumulas.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

A definição de tráfico internacional de pessoas no direito internacional – um aparente consenso

Vitória Caetano Dreyer Dinu²⁴

SUMÁRIO: 5.1 Introdução. 5.2 Evolução histórica dos tratados internacionais sobre escravidão. 5.3 Evolução histórica dos tratados internacionais sobre tráfico de pessoas. 5.4. Indefinição do tema – afinal, o que é escravidão e o que é tráfico? Referências

5.1 Introdução

Devido à crescente globalização e ao aumento progressivo do intercâmbio de informações, os Estados passaram a ser cada vez mais interdependentes. Solucionar problemas de forma isolada não mais é viável; é preciso a constante colaboração entre nações, haja vista que as mazelas, agora, tornaram-se comuns.

Novos paradigmas trazem novos desafios, agora em um contexto de união entre Estados e de um processo de positivação de alguns temas do Direito Internacional. E, dentre os tantos desafios que se põem de forma conjunta a todos, pode-se notar a intensificação do tráfico de pessoas, objeto de estudo de diversas entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esta, inclusive, considera o fenômeno como uma “forma moderna de escravidão” (OIT, 2006, p. 14).

Por mais incrível que possa parecer em um primeiro momento, segundo a ONU, seria mais fácil traficar seres humanos hoje do que há 200 anos, exata-

24 É aluna da graduação da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco e foi pesquisadora Pibic-UFPE entre os anos de 2011 e 2012.

mente devido à globalização e à facilidade de ir e vir das pessoas. Na Europa, em especial, o fenômeno vivenciou um aumento drástico no que tange à exploração sexual a partir da queda do Muro de Berlim em 1989. O tráfico atual, portanto, camuflado em atividades legais, como agências de modelos, de casamento, de trabalho em geral, empresas de babás, garçonetes, dançarinas entre outras profissões, gera, com baixos riscos, um lucro anual estimado em 31,6 bilhões de dólares, sendo o lucro médio por pessoa traficada de 13 mil dólares anuais, consoante estimativas do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC, 2012).

Desta feita, com o intuito de juntar esforços para combater um crime de proporções internacionais, diversas normativas foram sendo criadas, culminando com o *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças*, de 2000, mais conhecido como *Protocolo de Palermo da ONU*, primeiro instrumento internacional mais abrangente sobre o tema, cuja proibição se confirmou como uma verdadeira norma *jus cogens*, ou seja, uma norma peremptória geral, capaz de obrigar todos os Estados.

A questão é que, muito embora tenha havido uma maior preocupação quanto ao tema, uma análise da matéria é capaz de elucidar que, em verdade, não há um consenso sobre o que seria tráfico e a sua diferenciação com a escravidão ou com os trabalhos forçados, por exemplo. Como se verá a seguir, a própria ONU mistura conceitos, situação esta prejudicial para que haja, de fato, uma efetiva cooperação internacional com vistas à repressão do crime. Ademais, os limites fluidos do conceito de tráfico de pessoas vão de encontro ao princípio da legalidade, corolário do modelo de Estado Democrático de Direito a qual tantos Estados desejam seguir.

A fim de dar início aos trabalhos, cumpre buscar como a sociedade internacional vem se ocupando do tema. Analisar-se-á, por conseguinte, sob a ótica do Direito Internacional Público e do Direito Penal, a evolução normativa quanto à escravidão e ao tráfico, temas conexos e fonte de confusão terminológica advinda de falta de cuidado epistemológico.

5.2 Evolução histórica dos tratados internacionais sobre escravidão

A escravidão, forma de utilização de mão de obra tão presente na história da humanidade, é hoje, sem dúvida, totalmente rechaçada pela sociedade internacional. Juntamente com a proibição do *apartheid* e do genocídio, a proibição da escravidão alcançou o patamar de *jus cogens* no período pós Segunda Guerra Mundial, quando ao tema foi dada bastante atenção. A questão que se

impõe, entretanto, é quanto ao conteúdo da escravidão, uma vez que ela não mais persiste como um direito de propriedade reconhecido pelo Estado sobre uma pessoa. Na falta do instituto reconhecido pelas normatizações, de uma forma geral, a escravidão vem se apresentando como de difícil definição, daí também se invocar a *jus cogens*.

Antes de se promover uma análise mais acurada sobre o conteúdo da “escravidão”, até se chegar a esse *status* de norma imperativa internacional, grande foi o desenvolvimento histórico de sua disciplina normativa. O primeiro instrumento internacional a condenar a escravidão teria sido a Declaração de 1815 relativa à abolição universal do tráfico de escravos. A partir daí, inúmeros tratados, bilaterais e multilaterais, teriam sido assinados. Entre 1815 e 1957, estima-se a formalização de cerca de 300 (ONU, 2002, p. 3), sem que houvesse o fim do problema.

De fato, normas, por si sós, ao contrário do que se encontra muitas vezes no senso comum, não solucionam os problemas. Tanto que, até hoje, a escravidão ainda é presente, muito embora ela tenha sido negada, na ilusão de que o fim do instituto legal pôs fim ao fenômeno social. A título de exemplificação, no Brasil, após a formal abolição da escravatura, os próprios penalistas refutaram a ocorrência do fenômeno, o qual se limitaria a longínquas localidades. O art. 149 do Código Penal Brasileiro, nesta diretriz, seria anacrônico. Ledo engano, uma vez que, a partir da redemocratização, passou a se dar maior visibilidade às denúncias de trabalho escravo no nosso país. O art. 149, em verdade, seria anacrônico não por ser um crime em desuso, mas por causa da indefinição da conduta²⁵, da falta de clareza na definição, primordial para o respeito à tipicidade penal (CASTILHO, 2000).

A definição de escravidão causa controvérsia, de fato, devido às consequências e às obrigações dela oriundas. Assim, conceituar escravidão passa por concepções sobre quais são os mínimos requisitos necessários para uma relação laborativa digna, luta que se trava desde a Revolução Industrial²⁶. Nesse

25 Cabe destacar que o referido artigo, diante das críticas feitas pela doutrina relativas à excessiva “abertura” da norma, foi alterado pela lei 10.803/2003. A indefinição, portanto, na legislação brasileira, teria sido superada, ao menos em parte.

26 No Brasil, por exemplo, vivencia-se todo o impasse no Congresso Nacional quanto à aprovação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 438/2001, conhecida como *PEC do Trabalho Escravo*. As diver-

aspecto, pode-se citar o conceito de superexploração, o qual não se confundiria com o de trabalho escravo; naquele, a pessoa seria livre para deixar o trabalho quando quisesse. A linha de divisão, entretanto, é muito tênue. Será que o trabalhador é, verdadeiramente, livre? Ademais, características de uma superexploração são claramente identificadas no trabalho escravo, de forma que não seria possível afastar os conceitos (CASTILHO, 2000). Não há escravidão sem superexploração, porém poderia haver superexploração em uma relação formal de emprego.

Em busca dessa tão importante definição, a Liga das Nações, precursora das Nações Unidas, formulou a primeira normativa internacional a qual definiu escravidão: a Convenção sobre Escravidão de 1926, sem, contudo, criar meios de fiscalização. Não obstante a idade deste tratado, ele representa o parâmetro seguido até os dias atuais, tendo havido alguns acréscimos não muito substanciais por outros tratados. Desta feita, “escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade”²⁷.

Simples e direta, a referida definição, embora correta, não abarcaria diversas situações de desrespeito ao direito do trabalho e aos direitos humanos. Houve, por conseguinte, a assinatura de uma Convenção Suplementar em 1956. A partir daí, começou a surgir, ou, ao menos, a se intensificar a confusão terminológica, em virtude do acréscimo de termos como formas contemporâneas de escravidão, condição análoga a de escravo, entre outros. Nas palavras

gências concentram-se exatamente na definição de escravidão ou de prática análoga à escravidão, já que a proposição prevê que aquele que estiver se aproveitando da escravidão estará sujeito ao confisco do imóvel em que houver a prática, assim como já previsto nos casos de cultivo de psicotrópicos. A redação, até o presente momento (30-09-2012), seria a seguinte (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2012):

“Art. 1º O art. 243 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com a destinação específica, na forma da lei.’ (NR)”.

27 Artigo 1º da *Convenção sobre a Escravidão* assinada em Genebra, em 25 de setembro 1926.

de Jean Allain, ao analisar a obra *Les formes contemporaines de l'esclavage*, de Emmanuel Decaux (ALLAIN, 2011, p. 286):

Decaux observa que [...] a natureza de *jus cogens* da norma de proteção contra a escravidão não parece ser contestada atualmente. Entretanto, é difícil discernir o conteúdo exato dessa norma porque “o imperativo de proteção está em risco de ser diluído pelas proibições das “formas contemporâneas de escravidão”.²⁸

A questão é que, em seu artigo 1º, a Convenção Suplementar de 1956 listou uma série de práticas as quais devem ser completamente abolidas, “quer lhes seja ou não aplicável a definição de escravatura contida no art. 1º da Convenção relativa à escravatura, assinada em Genebra, a 25 de setembro de 1926” (BRASIL, 1966). São elas a servidão por dívidas, a servidão de gleba, a promessa de mulher em casamento sem a sua anuência, a cessão de mulher pela sua família a terceiro, transmissão de mulher por sucessão e entrega de criança ou adolescente pelos pais ou tutor, com ou sem remuneração, a fim de que se explore o trabalho do menor. Em todas estas práticas, nos dizeres do art. 7º, b, da Convenção, as pessoas estariam em condição servil.

De forma paralela, haja vista que a temática também é abarcada pelas normativas de proteção internacional do trabalho, antes mesmo da Convenção Suplementar foi assinada a Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório de 1930 da OIT, a qual define trabalhos forçados como “todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo, sob a ameaça de uma pena qualquer, e para o qual esse indivíduo não se oferece voluntariamente”. Assim, consoante entendimento das Nações Unidas, a diferença entre o trabalho forçado e a escravidão estaria na questão da propriedade, presente neste, e não naquele (ONU, 2002, p. 12). De toda forma, reconhece a organização internacional que o termo trabalhos forçados é bastante amplo, e comporta uma variedade de graus de compulsoriedade no trabalho.

Também de forma paralela à assinatura das convenções de 1926 e a de 1956 – específicas sobre a temática –, surge, no contexto pós Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual assim

28 Livre tradução do original.

estatui: “Art. 4º Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”. Ou seja, houve a ratificação do caráter de *jus cogens* da proibição ao trabalho escravo. Entretanto, mais uma vez, fica o questionamento: qual o conteúdo da escravidão? A Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em seguida, em 1950, também não teria alcançado o propósito de limitar o conteúdo do fenômeno, uma vez que só proíbe escravidão, servidão e trabalhos forçados.

Por derradeiro, pode-se citar ainda o artigo 7º, 2, “c” do Estatuto de Roma:

Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

Embora tenha trazido a sua própria definição, não inovou muito em comparação com a Convenção de 1926. Ou seja, a dita convenção, como já exposto, juntamente com a Convenção complementar de 1956, se mantém como a diretriz normativa no que tange à escravidão.

5.3 Evolução histórica dos tratados internacionais sobre tráfico de pessoas

A partir da abolição da escravatura em âmbito internacional até o Protocolo de Palermo, as normativas internacionais normalmente traziam a ideia de tráfico com o propósito de prostituição e exploração sexual. Como é possível observar a seguir, os conceitos sempre vinham conectados. Foi somente com o referido protocolo que diversas outras finalidades foram inseridas na qualificação de uma conduta como tráfico.

Dentre os pioneiros esforços para a abolição do tráfico de escravos, pode-se citar o Ato de Bruxelas de 1890, o qual não se limitou a declarar que os países deveriam envidar esforços para exterminar o tráfico de negros, mas determinou um conjunto de medidas a fim de que o objetivo fosse alcançado

de fato. A partir de então, as rotas passaram a ser monitoradas, e criou-se um órgão para monitorar o processo.

No início do século XX, o disciplinamento ficou focado no tráfico de mulheres e meninas, com ou sem o consentimento, para fins de prostituição. Primeiramente, podemos citar a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Escravos Brancos, de 1910, a qual reprimia o tráfico de menores de idade para fins de prostituição, independente de consentimento.

Muito embora afirme a ONU (ONU, 2002, p. 18) que o Protocolo de Palermo trouxe a primeira definição clara do que viria a ser tráfico de pessoas, não se pode olvidar que, já em 1926, a Convenção desse ano sobre a escravidão definiu o tráfico de escravos em seu artigo 1º, § 2º (BRASIL, 1966). A questão é que, até pela época do tratado, a definição está bastante carregada por uma conotação de propriedade, como se escravo basicamente só fosse aquele que, ao menos em potencial, pudesse ser vendido ou trocado. Hoje, em tese, a venda dos escravos é bem mais rara. O que se dá é um elaborado trabalho de aliciamento, com promessas de vantagens às vítimas, a fim de que elas ingressem na rede de tráfico, e não mais um comércio de pessoas.

Em 1933, surgiu a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Adultas, a qual previu a proibição, prevenção e punição mesmo com o consentimento da vítima, além de só abranger os casos de tráfico internacional – seria essa uma demonstração de “tolerância” no âmbito nacional? Neste ponto, é salutar expor o comentário do penalista brasileiro César Bitencourt, o qual, em análise sobre o crime de tráfico internacional de pessoa para fins de exploração sexual (art. 231 do Código Penal Brasileiro), menciona uma possível “reserva de mercado” no âmbito interno (BITENCOURT, 2010b, p. 177). Talvez o comentário enquadrar-se-ia melhor para descrever a normatização proposta pela Convenção de 1933.

Ainda foi elaborada, assinada e ratificada a Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (Convenção de 1949), vigorando até a adoção do Protocolo de Palermo. O documento, porém, partiu de uma perspectiva proibicionista da prostituição, muito embora não a tenha criminalizado. Por exemplo, manteve-se a ideia de que o tráfico deveria ser punido, até com o consentimento do imigrante, com propósitos de praticar a prostituição. Malgrado esta prática, de fato, ser muitas vezes incompatível com

a dignidade humana e fonte de uma série de mazelas sociais, não se pode olvidar que há pessoas as quais, livremente e sem qualquer tipo de coação, buscam a prostituição, e vão para outros países com essa finalidade.

Como méritos da Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, em comparação a como hoje a matéria é regulada em âmbito internacional (Protocolo de Palermo), podem-se citar os seguintes: não se limitava ao tráfico internacional; nos seus termos, para que o crime se configurasse, não era necessário ser perpetrado por uma organização criminosa internacional (no mínimo, composta por 3 pessoas).

Quando surgiu a Convenção Complementar de 1956, basicamente se ratificou a definição tanto de escravidão quanto de tráfico de 1926. Cabe ressaltar, contudo, que, ao definir tráfico em seu art. 3º, houve uma retirada significativa da ideia de propriedade, como se fosse quase inerente à ideia de tráfico a venda e troca escravos. Nos termos da Convenção, no referido artigo, tráfico é “o ato de transportar ou tentar transportar escravos de um país ao outro, qualquer que seja o meio de transporte utilizado [...]” (BRASIL, 1966).

Enfim, começou a surgir o pleito de que as normativas internacionais sobre tráfico não poderiam se restringir às mulheres e à exploração sexual. Afinal, inúmeras são as formas por meio das quais milhares de pessoas, homens, mulheres ou crianças, são hoje exploradas, de forma a perderem não apenas a sua liberdade, mas também, e principalmente, a sua dignidade. Assim, foi ratificado o Protocolo de Palermo da ONU. Nele, o tráfico internacional de pessoas assim está definido, com base no trinômio *significado, método e objetivo*:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL, 2004b).

De fato, não há como negar um expressivo detalhamento na concepção de tráfico de seres humanos. O Protocolo de Palermo foi além, quando comparado a seus antecessores, no que tange aos meios em que se pode dar o tráfico, além de ampliar a finalidade, retirando-a da estreita concepção sexual. Com efeito, os avanços estão em consonância com o princípio da tipicidade penal, uma vez que a conduta tida como criminosa está com um balizamento mais firme, em respeito ao paradigma do Estado Democrático de Direito, em que os indivíduos sabem, precisamente, o porquê de estarem sendo indiciados.

Ademais, independente se a pessoa entrou no país legalmente ou não, caso se configure um dos meios de exploração do tráfico, o crime é perpetrado. E, mais importante, houve uma mudança na significação dada ao consentimento da vítima. Este é considerado irrelevante²⁹, caso reste configurado um dos meios para a realização do delito. Isso porque o tráfico de seres humanos implica em desrespeito a direitos indisponíveis, violando a liberdade e a dignidade da pessoa, levada a condições de completa humilhação e restrição de sua vontade. Não é porque alguém concordou em se prostituir em outra nação que surge uma autorização para violações à dignidade humana. Desta feita, quando nos casos de a pessoa ter ido para outro país com fins de prostituir-se ou de se submeter a outra forma de exploração sexual, se a pessoa consentir nessas práticas, crime não há – diferentemente do previsto na Convenção de 1949 –, desde que ela não seja escravizada, explorada, de forma a ter os seus mais básicos direitos violados.

Neste ponto, salutar também expor a diferença, de contornos bastante sutis, entre prostituição e exploração sexual. De forma simplificada, está-se diante de uma relação entre espécie e gênero, em que a prostituição consiste em um dos tipos de exploração sexual. Não há, contudo, parâmetros precisos de definição – algo natural quando se trata de linguagem, até por causa da textura aberta dos termos –, de forma que, normamente, é comum citar como outras formas de exploração sexual a pornografia e o casamento forçado.

Por fim, cabe elucidar a diferenciação criada nas normativas internacionais entre tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. Este seria uma das formas

29 Artigo 3º, “b” do protocolo: “b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a)”.

de traficar pessoas, porém com contornos próprios e regulação realizada pelo *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea*. Os dois protocolos – o referente ao contrabando de imigrantes e o destinado ao combate do tráfico de pessoas – foram elaborados paralelamente, sendo adotados no mesmo dia, 15 de novembro de 2000.

Consoante definição do Protocolo sobre o contrabando de imigrantes, esta espécie de tráfico consistiria na:

[...] promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente.³⁰

Daí podem-se elencar as diferenças entre os delitos.

De logo, há que se destacar as diferenças no tocante ao consentimento: no tráfico, o consentimento da vítima é irrelevante, enquanto que, no contrabando, mesmo com todas as condições degradantes, a ação envolve o conhecimento e consentimento da vítima, a qual não fica sujeita a processos criminais. Ademais, neste, a ação termina com a chegada do migrante ao seu destino, ao passo que, naquele, ainda haverá posterior exploração da pessoa traficada. As vítimas de tráfico, portanto, tendem a ser afetadas mais severamente e necessitam de mais proteção.

5.4 Indefinição do tema – afinal, o que é escravidão e o que é tráfico?

Após essa síntese das definições presentes em alguns tratados internacionais, faz-se mister promover uma análise mais acurada e elucidar a verdadeira confusão que impera no trato do tema. Confusão esta extremamente prejudicial, uma vez que a escravidão, por exemplo, delito complexo e importante, o qual pode ocorrer como um crime de guerra – quando um Estado atua contra os nacionais de outro –, como um crime contra a humanidade – quando cometido por agentes oficiais contra qualquer pessoa, independente de situação de

30 Artigo 3º, “a” do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

guerra ou nacionalidade – e como crime internacional comum – perpetrado por agentes públicos ou pessoas privadas (ONU, 2002, p. 4) –, acaba por ficar a mercê de definições por demais abrangentes, com risco de esvaziamento de conteúdo.

De pronto, como pode a Convenção Suplementar de 1956, ao tratar de escravidão e fazer referência à definição de 1926, definir condutas as quais não necessariamente precisam se subsumir à definição de escravidão em vigor na sociedade internacional? Vejamos o que estatui o art. 1º, *caput*, do Tratado de 1956, no que tange à Convenção de 1926 (grifos nossos):

Artigo 1º

Cada um dos Estados Membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a **abolição completa ou o abandono das instituições e práticas seguintes**, onde quer ainda subsistam, **enquadrem-se ou não na definição de escravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926.**

O que seriam, então, essas práticas análogas? Por que colocar como prática análoga a servidão, a qual, em tese, já seria abrangida pela convenção de 1926? Na ânsia de abranger todas as situações, diluem-se as definições. Pode-se estar correndo o risco, como bem elucida Emmanuel Decaux, de surgir a seguinte dúvida: “A escravidão está em todo o lugar ou em nenhum lugar?” (ALLAIN, 2011, p. 287).

A dúvida, que pode, em um primeiro momento, parecer um exagero, não o é, haja vista que se deslumbra diferenças na aplicação do tema nos Tribunais Internacionais. A definição de escravidão, por exemplo, já tomou contornos diferentes em julgamentos do Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia e da Corte Europeia de Direitos Humanos, mais precisamente nos casos Kunarac e Siliadin, respectivamente. Enquanto no primeiro utilizou-se a definição da Convenção sobre Escravidão de 1926 – “A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (BRASIL, 1966) – e foram determinados os critérios de identificação desses poderes sobre alguém, no segundo caso, a Corte

determinou que a definição da Convenção de 1926 só trataria de casos em que, juridicamente, inexistia a personalidade jurídica do indivíduo. Ou seja, atualmente, com a definitiva abolição da escravatura no âmbito jurídico, a liberdade da pessoa, como direito, permanece intocada, malgrado desrespeitada na prática, o que não configuraria escravidão. Pela interpretação dada ao segundo caso, literalmente, nada pode ser escravidão.

Nota-se que o cerne da questão é a característica da escravidão da propriedade. Seria esta propriedade absoluta? Até a efetiva abolição da escravidão, os escravos eram, de fato, *res*, estando sobre o completo jugo do seu senhor. Após, será que não seria mais possível existir escravidão? Só as formas análogas?

Para Bitencourt, quando da análise do art. 149 do Código Penal, não seria apropriado se referir a uma redução à escravidão, mas, sim, a uma redução à condição análoga à de escravo, uma vez “que o *status libertatis*, como direito, permanece íntegro, sendo, de fato, suprimido.” (BITENCOURT, 2010a, p. 426). Não há mais, por conseguinte, escravidão, juridicamente falando.

A própria Organização das Nações Unidas mistura conceitos. Apesar de a definição do Protocolo de Palermo ser bastante precisa, no documento Abolindo a Escravidão e suas Formas Contemporâneas, publicado após o tratado, o tráfico de seres humanos é tido como uma forma, um tipo de escravidão. Porém, não seria a escravidão uma das finalidades a serem alcançadas pelo tráfico, pela dicção do artigo 3º do Protocolo de Palermo? Finalmente, é preciso que haja escravidão para que o tráfico subsista?

Desta forma, surge um ponto que pode suscitar dúvidas: como se dá a classificação do crime de tráfico de pessoas? Crime material ou crime formal? O resultado integra o próprio tipo penal ou ele não é necessário para a consumação? Neste último caso, é como se o resultado fosse antecipado pelo legislador (HUNGRIA, 1980a, p. 44). Muito embora, em um primeiro momento, seja possível pensar que se trata de uma questão eminentemente teórica, há, sim, implicações práticas. Isso porque, dependendo do posicionamento tomado, pode ou não haver o crime tentado e a consequente redução da pena, ou pode ou não haver a punição de mais agentes, aqueles que não teriam conseguido concretizar materialmente a exploração de terceiros.

No que tange à questão da punição, rapidamente, cabe pontuar se, de fato, ela vem ocorrendo no mundo. Segundo relatório do governo norte-ameri-

cano (OIT, 2006, p. 14), em 2003, 8.000 supostos traficantes foram julgados, e somente 2.300 condenados. Ademais, no mundo, os traficantes de drogas seriam mais severamente punidos que os traficantes de seres humanos. Todavia, cabe, aqui, uma reflexão: Trata-se, de fato, de uma questão de pena? Ou de medidas mais direcionadas para a prevenção do tráfico e esfacelamento das forças de demanda (não olvidando o princípio da proporcionalidade)? Sem esquecer, também, que não deve ser argumento para ampliar o alcance do tipo penal a falta de punição dos agentes – o fato de as instituições não funcionarem não justifica a ampliação do tipo para o alcance de mais pessoas, provavelmente elos mais fracos na cadeia criminosa.

Sobre a classificação do delito, caso ele seja material, significa dizer que, para a sua caracterização, é preciso que se efetive alguma das modalidades de exploração elencadas no Protocolo de Palermo. Em sentido diverso, bastaria o *animus*, o intuito de traficar seres humanos, para que houvesse a subsunção da prática à norma incriminadora.

Para quem entende que o tráfico seja delito material, é comum utilizar o argumento da segurança jurídica. Os crimes dessa natureza, principalmente os que dão uma conotação sexual ao delito³¹, seriam abertos demais, o que torna a punição extremamente seletiva e arbitrária por parte do Estado, segundo um viés crítico e garantista do Direito Penal. Ademais, e se, ao fim do processo, a vítima chegar ao destino final e for trabalhar com outra coisa? Como ficaria a questão da prova?

Por outro lado, há diversos argumentos em favor da classificação do delito como crime formal. Isso porque, na construção do tipo, as formas de exploração elencadas seriam elementos subjetivos especiais do tipo. Estes elementos indicam que o agente produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, dando um colorido em um determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação (WELZEL, 1987 apud BITENCOURT, 2010b, p. 186). Ou seja, pelo fato de a exploração tratar-se de um objetivo, uma intenção, ela não precisaria ser concretizada, já que não integra o dolo, vontade e consciência de agir consoante a conduta tipificada. Daí muitos advogarem que a efetiva realização da prostituição configuraria apenas o esgotamento do crime.

31 Por exemplo, no Brasil, o crime é “tráfico internacional de pessoa para fins de exploração sexual”.

A explicitação, no Protocolo de Palermo, das finalidades do tráfico constitui um forte indicativo de que, de fato, seria o crime formal. Não haveria sentido em criminalizar o tráfico de pessoas e exigir que o delito somente se configurasse após decorrido certo prazo, suficiente para que a exploração se efetivasse. As autoridades policiais vão ter que esperar desrespeitos à dignidade humana para poderem desestruturar as redes internacionais de tráfico? Todavia, é evidente que o agente só poderá ser processado se, de fato, tiver consciência da finalidade do deslocamento de pessoas para a exploração. Caso contrário, estar-se-ia diante de um caso de erro de tipo.

Não obstante a clara redação do Protocolo de Palermo, a Corte Europeia de Direitos Humanos poderia considerar o delito como crime material. Isso porque a referida Corte trabalha com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual foi inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, por sua vez, não faz referência ao tráfico (LETSAS, 2010, p. 7). Dessa forma, o art. 4º da Convenção Europeia só concede proteção às vítimas do tráfico de forma indireta, já que só proíbe a escravidão, servidão e trabalhos forçados. A falta de uma referência expressa ao tráfico, embora não impeça a condenação por este crime, acaba fazendo com que, para que o delito se configure, seja necessária, primeiramente, a presença de escravidão, servidão ou trabalhos forçados. Ou seja, seria preciso a configuração de uma das finalidades do crime para que, de fato, tenha ele sido perpetrado; o tráfico, pois, seria tido como crime material, como ocorreu no caso *Siliadin versus France*, de 2005 (ALLAIN, 2009b).

Já há, todavia, indicativos de que a Corte considere o tráfico como crime formal. Para entender como se chegou a esta conclusão, interessante observar como se dá a interpretação do art. 4º da Convenção. Em julgamento de janeiro de 2010, no caso *Rantsev versus Chipre e Rússia*³², a Corte Europeia de Direitos Humanos avaliou, de forma paradigmática, se o tráfico era abrangido ou não pelo escopo do art. 4º, tendo decidido que, em virtude de a Convenção ser um instrumento vivo, que precisa ser interpretado à luz das condições e dos valores atuais, seria desnecessário identificar, na ação do agente, escravidão, servidão ou trabalhos forçados. O fato de o tráfico de pessoas ameaçar a dignidade

32 Oxana Rantseva, uma jovem russa de 21 anos vítima da indústria sexual, faleceu em menos de 15 dias após sua chegada no Chipre.

humana e liberdades individuais já se mostra como suficiente para que o crime seja abrangido pelo escopo da norma; mesmo que não haja a palavra tráfico no art. 4º, não ampliar a interpretação iria de encontro aos valores democráticos e àqueles expressos na Convenção. Assim, o tráfico, sozinho, já ensejaria punição; seria, pois, crime formal.

Mesmo diante dessa conclusão, ainda há uma polêmica: a Diretiva 2011/36/EU, da União Europeia, estatui que serão considerados atos puníveis a instigação ao tráfico, o auxílio, a cumplicidade e a tentativa. Ora, mas não seria formal o crime, até pela definição adotada na diretiva (muito próxima da do Protocolo das Nações Unidas)? Caberia a tentativa, ou seja, a realização incompleta do tipo penal por circunstâncias alheias à vontade do agente? Em tese, há quem advogue que seria, sim, punível a tentativa em crimes formais plurissubsistentes; em regra, são unissubsistentes, constituem-se de ato único, já que a realização de uma da sucessão de atos necessários para o crime não o consumaria ainda. Seria esse o caso, por exemplo, da extorsão, quando a vítima não se submete à violência ou à grave ameaça (HUNGRIA, 1980b, p. 77). Entretanto, se está diante de posição polêmica. Talvez, ao adotar essa tese, seja possível que atos preparatórios sejam considerados crimes tentados e se dê margem excessiva para a atuação do *jus puniendi* (poder estatal de punir o infrator).

Pelo exposto, sob um véu de consenso, as definições permanecem difusas, em contrariedade à legalidade penal e a um projeto de aproximação das legislações internas em busca do efetivo combate internacional ao tráfico. A título exemplificativo, o Brasil, na normatização do crime de Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, em contrariedade ao definido pelo Protocolo de Palermo, não elenca os meios de execução do delito. No tratado, pelo contrário, os métodos utilizados para aliciar as vítimas são bastante claros, de forma a bem delinear os contornos da figura típica.

De toda forma, independente das definições legais, coerentes ou não, não se pode olvidar que, de fato, o necessário é trabalhar pelo efetivo respeito aos direitos dos explorados, coagidos por meio de dívidas, de sua situação de irregularidade, pelo isolamento social, pela violência física, moral e sexual, etc. Se a interpretação dos tratados não é, em verdade, uma análise do significado das palavras nem das intenções das partes signatárias, mas, sim, uma análise

de valores morais, e como eles restringem ou limitam os projetos dos Estados (LETSAS, 2010, p. 2), que se busque a efetivação desses valores na medida do possível, já que não há, também, consenso sobre quais são os que estão por trás dos ditos direitos humanos. Afinal, a vítima de tráfico não pode esperar.

Neste ponto, salutar expor que também se deve ter extremo cuidado para que o discurso de que as definições são difusas não leve, em verdade, a retrocessos no combate às violações de direitos humanos. Com o fito de exemplificar o ora exposto, cabe, mais uma vez, a referência a uma situação brasileira, qual seja, a discussão sobre a conhecida PEC do Trabalho Escravo.

No Congresso Nacional brasileiro, diversos parlamentares, notadamente vinculados ao agronegócio, vêm se posicionando contrariamente à expropriação de terrenos onde se constata a utilização de mão de obra escrava, principalmente porque a definição de escravidão seria vaga. Reinaria, portanto, a insegurança jurídica e a arbitrariedade na condenação dos proprietários de terra. O interessante é que, embora haja críticas sobre a tipificação do delito de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, devido à não menção aos meios para a prática do crime, no ordenamento do delito de redução a condição análoga à de escravo, o qual passou por uma considerável reforma em 2003, a definição está bem mais precisa. Ele prevê o crime em quatro situações: cerceamento de liberdade de se desligar do serviço, servidão por dívida, condições degradantes de trabalho e jornada exaustiva. Tanto que o conceito é reconhecido pela OIT e pela relatora para formas contemporâneas de escravidão das Nações Unidas, Gulnara Shahinian³³.

Desta feita, o que muito provavelmente ocorre, em verdade, é uma tentativa de proteção aos proprietários de terra, os quais desejam manter os “costumes” da região. A questão é que não há costume que se sobreponha ao respeito aos mais fundamentais direitos individuais. Por conseguinte, os Estados devem ficar atentos e se empenhar para inibir a prática desse tipo de crime que fere não só as leis do trabalho, mas os mais básicos direitos.

No que diz respeito ao crime de tráfico de pessoas e o seu disciplinamento internacional, não se pode olvidar que o Protocolo de Palermo, ao menos, trouxe uma definição estruturada e coerente para a infração. Todavia, não obs-

33 Disponível no *site* Especial: PEC 438 – PEC do trabalho escravo: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/tres-mentiras-sobre-o-trabalho-escravo>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

tante tenha esclarecido diversos pontos e ampliado a proteção internacional às vítimas de tráfico de seres humanos, a grande crítica que se tece contra o tratado é que, muito embora os países signatários tenham que, obrigatoriamente, adequar o seu ordenamento interno ao protocolo, as disposições de assistência às vítimas são facultativas e bastante abertas. Falta um meio mais eficaz de controle sobre as ações nacionais, a determinação de obrigações mais específicas, em favor de um verdadeiro combate a tão grave mazela que é o tráfico. O que se tem hoje, no âmbito das Nações Unidas, é um Grupo de Trabalho sobre formas contemporâneas de escravidão, o qual tem por função monitorar a escravidão e o tráfico em todas as suas formas e manifestações, recebendo, para tal fim, informações de Estados e organizações não governamentais.

Não obstante as críticas, também não se olvidam as dificuldades para empreender tal controle, haja vista o fato de o tráfico, atualmente, ser um “investimento” de baixos custo e risco e de grande retorno financeiro.

REFERÊNCIAS

ALLAIN, Jean. 2011. Emmanuel Decaux: les formes contemporaines de l'esclavage. **The European Journal of International Law**, Oxford, Oxford University Press, Vol. 22, nº 1, fev/2011.

_____. Silvia Scarpa, Trafficking in human beings: modern slavery. **The European Journal of International Law**, Oxford, Oxford University Press, nº 2, v. 20, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010a. v. 2.

_____. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 4.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mar. 2004 (2004a)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5016.htm>. Acesso em: 2 abril. 2012.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mar. 2004 (2004b)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 2 abril. 2012.

BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga a Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 (Publicação Original) e 10 (Retificação) jun. 1966**. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/legislacao/Dec58563_1966.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 dez. 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.803.htm>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **PEC 438/2001**. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal – Estabelece a pena de perdimento da gleba onde for constada a exploração de trabalho escravo (expropriação de terras), revertendo a área ao assentamento dos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba. Dispo-

nível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=36162>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Emenda Constitucional n. 57A (PEC do Trabalho Escravo), apresentada em 18/06/1999**. Ementa: Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=109048&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=8318241B9BBDD5F08048D8BE0A6DA765.node2?idProposicao=36162&subst=0>. Acesso em: 30 set. 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko V de. Considerações sobre a interpretação jurídico-penal em matéria de escravidão. **Estudos avançados – Trabalho escravo: hoje**, São Paulo, nº 38, v. 14, jan./abr., 2000.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIME (UNODC). **Tráfico de Pessoas**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/southerncone/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

CONSELHO DA EUROPA. 1950. Convenção Europeia de Direitos do Homem. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 2 abril 2012.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980a. v. 1.

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980b. v. 7.

LETSAS, George. Strasbourg's interpretive ethic: lessons for the international lawyer. **The European Journal of International Law**, Oxford, Oxford University Press, nº 3, v. 21, ago/2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília, DF: OIT, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Abolishing Slavery and its Contemporary Forms**. Nova York e Gênova, 2002. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryen.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2012.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2011/36/EU**. Relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. Estrasburgo, 5 abril 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

PEC 438 – PEC do trabalho escravo (*site especial*). Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.org.br/conteudo/tres-mentiras-sobre-o-trabalho-escravo>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

DIREITO GERAÇÃO 10: IDEIAS ATUAIS DOS ALUNOS
DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

FORMATO

15,5 x 22 cm

TIPOGRAFIA

Swiss 721 Cn BT

Minion Pro

Editora
Universitária  **UFPE**

Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20 | Várzea,

Recife - PE CEP: 50.740-530

Fones: (81) 2126.8397 | 2126.8930 | Fax: (81) 2126.8395

www.ufpe.br/edufpe | livraria@edufpe.com.br | editora@ufpe.br

ISBN 978-85-415-0172-9



Este é um dos 17 títulos publicados com o selo da *Coleção Novos Talentos* (edital 2012). A iniciativa é fruto de uma ação conjunta entre a EdUFPE e as Pró-Reitorias para Assuntos Acadêmicos (Proacad) e de Gestão de Pessoas e Qualidade de Vida (Progepe) e visa incentivar a publicação de obras inéditas, produzidas por servidores técnico-administrativos e estudantes em nível de graduação da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

A proposta é democratizar a possibilidade de publicação através da descoberta de novos autores que, embora ostentem inegável talento para as letras, têm difícil acesso ao mercado editorial por serem neófitos. Todos os títulos foram analisados pela Comissão Editorial da EdUFPE, composta por cientistas da UFPE com notável saber científico, e representam importantes contribuições para diferentes áreas, tais como literatura, música, teatro, pedagogia, gastronomia, administração pública e tecnologia.