



Universidades Lusíada

Carteli, Eduardo Frizon, 1993-

O tráfico ilícito de drogas na perspectiva dos direitos português e brasileiro

<http://hdl.handle.net/11067/7657>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

O presente trabalho de dissertação tem como tema o crime de tráfico de drogas ilícitas, na perspectiva dos direitos português e brasileiro. Para o desenvolvimento desta investigação, o primeiro passo foi elaborar uma análise crítica da legislação internacional acerca da matéria, reunindo os principais diplomas que nortearam a posição global sobre o controle do comércio das drogas. O passo seguinte teve como objetivo pormenorizar a política de drogas adotada pelos países estudados, com o intuito ...

The topic of this dissertation is the crime of illicit drug trafficking from the perspective of Portuguese and Brazilian law. To develop this investigation, the first step was to conduct a critical analysis of international legislation on the subject, gathering the main documents that have guided the global stance on drug trade control. The next step aimed to detail the drug policies adopted by the countries studied, with the intent of analyzing the crime of drug trafficking. This analysis was o...

Palavras Chave

Tráfico de drogas - Direito e legislação - Portugal, Tráfico de Drogas - Direito e Legislação - Brasil, Abuso de drogas - Direito e legislação - Portugal, Abuso de drogas - Direito e legislação - Brasil, Direito Comparado

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-17T14:14:41Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos português e brasileiro

Realizado por:
Eduardo Frizon Carteli

Orientado por:
Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientadora: Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Sousa e Brito
Arguente: Prof.^a Doutora Raquel Preciosa Tomás Cardoso

Dissertação aprovada em: 03 de outubro de 2024

Lisboa

2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos português e brasileiro

Eduardo Frizon Carteli

Lisboa

Junho 2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos
português e brasileiro

Eduardo Frizon Carteli

Lisboa

Junho 2024

Eduardo Frizon Carteli

O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos português e brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Ana Bárbara Pina de
Sousa e Brito

Lisboa

Junho 2024

FICHA TÉCNICA

Autor Eduardo Frizon Carteli
Orientadora Professora Doutora Ana Bárbara Pina de Sousa e Brito
Título O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos português e brasileiro
Local Lisboa
Ano 2024

CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Carteli, Eduardo Frizon, 1993-

O tráfico ilícito de drogas na perspetiva dos direitos português e brasileiro / Eduardo Frizon Carteli ; orientado por Ana Bárbara Pina de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2024. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Tráfico de drogas - Direito e legislação - Portugal
2. Tráfico de drogas - Direito e legislação - Brasil
3. Abuso de drogas - Direito e legislação - Portugal
4. Abuso de drogas - Direito e legislação - Brasil
5. Direito comparado
6. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
7. Teses - Portugal - Lisboa

1. Drug traffic - Law and legislation - Portugal
2. Drug traffic - Law and legislation - Brazil
3. Drugs of abuse - Law and legislation - Portugal
4. Drugs of abuse - Law and legislation - Brazil
5. Comparative law
6. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
7. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3092.C37 2024

À Bruna Vidal, meu amor, obrigado pelo teu incentivo. Com absoluta certeza foi fundamental para concluir essa etapa na minha vida. Faz tempo que tua presença me inspira. Te amo.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta dissertação representa um marco significativo na minha vida acadêmica e pessoal, e há muitas pessoas a quem devo expressar minha mais profunda gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente a ti, Professora Bárbara Brito, minha orientadora, pelo apoio e orientação essenciais na realização desta dissertação. Sua paciência, conhecimento e incentivo foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Agradeço também aos meus pais, cujos sacrifícios, amor incondicional e apoio constante tornaram esta jornada possível. Vocês sempre acreditaram em mim e me deram a força e a coragem para seguir em frente. Cada vitória, na verdade, é uma conquista nossa.

Aos meus amigos do Brasil, Cleo e Lucas, que mesmo à distância, nunca deixaram de estar presentes. Sei que nos últimos anos em razão da nossa distância geográfica não estivemos tão próximos, mas nos meus pensamentos sempre guardei um carinho muito grande por vocês.

Por fim, um agradecimento especial aos amigos que fiz em Lisboa: Cami e Gabi, Vini e Tami, Jeriel, Irineu e Milena. Vocês tornaram esta cidade um lugar de calor e afeto. Os momentos que compartilhamos – seja explorando as ruas de Lisboa, dividindo risadas e histórias, ou apenas estando ao meu lado nos momentos de necessidade – são tesouros que levarei comigo para sempre. A amizade de vocês todos foi fundamental para minha adaptação e crescimento durante este período, e sou eternamente grato por tê-los conhecido.

A todos vocês, pais, amigos do Brasil e amigos de Lisboa, meu mais sincero e profundo agradecimento. Sem vocês, esta jornada teria sido impossível.

RESUMO

O presente trabalho de dissertação tem como tema o crime de tráfico de drogas ilícitas, na perspectiva dos direitos português e brasileiro. Para o desenvolvimento desta investigação, o primeiro passo foi elaborar uma análise crítica da legislação internacional acerca da matéria, reunindo os principais diplomas que nortearam a posição global sobre o controle do comércio das drogas. O passo seguinte teve como objetivo pormenorizar a política de drogas adotada pelos países estudados, com o intuito de analisar o crime de tráfico de drogas, o que somente foi possível através da consulta da legislação aplicável e do entendimento doutrinário. A partir deste ensaio identificou-se pontos de divergência entre os dois países, no que diz respeito à estrutura legislativa em matéria de drogas, nomeadamente na legislação brasileira, tendo-se assinalado a ausência de tratamento penal proporcional em função da gravidade do crime de tráfico de drogas. Por último, para trazer uma perspectiva prática e consolidar o estudo normativo, optou-se pela recolha e análise de decisões judiciais, através de critérios como pertinência temática e relevância decisória, a fim de apurar as diferenças entre os dois países em relação ao tratamento penal para situações de comércio de drogas. Por meio da metodologia utilizada, pesquisa bibliográfica e análise de decisões judiciais, a principal resposta que se pretendeu obter foi, sobretudo, identificar as diferenças legislativas de cada país e pontuar quais seriam os avanços legislativos que poderiam ser perpetuados na norma que se demonstrar mais deficiente em termos de técnica e eficácia.

Palavras-chave: Direito criminal, lei de drogas, direito comparado

ABSTRACT

The topic of this dissertation is the crime of illicit drug trafficking from the perspective of Portuguese and Brazilian law. To develop this investigation, the first step was to conduct a critical analysis of international legislation on the subject, gathering the main documents that have guided the global stance on drug trade control. The next step aimed to detail the drug policies adopted by the countries studied, with the intent of analyzing the crime of drug trafficking. This analysis was only possible through the consultation of applicable legislation and doctrinal understanding. This essay identified points of divergence between the two countries regarding their legislative frameworks on drug-related matters, particularly noting the lack of proportional penal treatment in Brazilian legislation based on the severity of the drug trafficking crime. Finally, to provide a practical perspective and consolidate the normative study, the approach involved collecting and analyzing judicial decisions, using criteria such as thematic relevance and decisional significance. This was done to assess the differences between the two countries in terms of criminal penalties for drug trade situations. Through the methodology employed—bibliographic research and analysis of judicial decisions—the main objective was to identify the legislative differences between each country and highlight potential legislative advancements that could be implemented in the more deficient legal system in terms of technique and effectiveness.

Keywords: Criminal law, drug law, comparative law

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: comparativo da tipificação legal do crime de tráfico de drogas em ambas legislações (Brasil e Portugal).....	64
Tabela 2: panorama geral.....	72
Tabela 3: motivos para a reforma da sentença.....	73
Tabela 4: distribuição pela ação punível conforme descrito na denúncia (Brasil).....	75
Tabela 5: distribuição pela ação punível conforme descrito na denúncia (Portugal) ...	76
Tabela 6: distribuição pela tipificação em primeira e segunda instância (Brasil)	77
Tabela 7: distribuição pela tipificação em primeira e segunda instância (Portugal).....	79
Tabela 8: distribuição pela quantidade de pena aplicada (Brasil).....	80
Tabela 9: distribuição pela quantidade de pena aplicada (Portugal)	81
Tabela 10: distribuição pela quantidade de droga apreendida	82
Tabela 11: pena aplicada de acordo com a quantidade de droga apreendida (Brasil)	83
Tabela 12: pena aplicada de acordo com a quantidade de droga apreendida (Portugal)	86

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DL – Decreto-Lei

EUA – Estados Unidos da América

gr – Grama (unidade)

OMS – Organização Mundial da Saúde

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

THC –Tetrahydrocannabinol

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto

INDICE

INTRODUÇÃO.....	12
1 PANORAMA INTERNACIONAL SOBRE O PROIBICIONISMO DAS DROGAS	14
1.1 <i>Guerra do ópio: a china e os interesses ingleses</i>	15
1.2 <i>O arcaboço jurídico internacional</i>	20
2 AS LEGISLAÇÕES INTERNAS SOBRE DROGAS	30
2.1 <i>Modelo inédito de controle sobre as drogas no Brasil: Lei nº 6.368 de 1976.....</i>	30
2.2 <i>Considerações iniciais sobre a nova lei de drogas brasileira: Lei nº 11.343 de 2006 ..</i>	33
2.2.1 <i>Correspondência dos tipos penais presentes nos crimes de tráfico e consumo de drogas: finalidade do agir como critério de distinção</i>	38
2.2.2 <i>Ausência de critérios valorativos previamente definidos em lei que contribuam para a configuração do elemento subjetivo</i>	41
2.2.3 <i>Ausência de tratamento penal proporcional relativo ao grau de gravidade no crime de tráfico de drogas.....</i>	45
2.3 <i>Lei de Drogas Portuguesa: breve evolução legislativa</i>	48
2.3.1 <i>A construção dos tipos penais e a severidade da política criminal da droga adotada.....</i>	55
2.3.2 <i>Os elementos constitutivos do tipo base do tráfico de drogas previsto no art. 21º: critérios para a distinção do consumo de drogas</i>	60
2.4 <i>A comparação legislativa entre ambos os países e as propostas de alterações.....</i>	63
3 TRATAMENTO JUDICIAL (PESQUISA DE CAMPO)	68
3.1 <i>A metodologia</i>	69
3.2 <i>Análise das decisões judiciais entre Brasil e Portugal: panorama geral</i>	71
3.3 <i>Proporcionalidade da pena aplicada em primeira e segunda instância</i>	75
4 CONCLUSÃO.....	88
BIBLIOGRAFIA	90

INTRODUÇÃO

A presente investigação tem como direção a análise legislativa em matéria de drogas no tocante a figura do crime de tráfico, tanto do Brasil como de Portugal.

A pertinência do tema escolhido consiste na possibilidade de identificar pontos de divergência entre as legislações de ambos os países, sobretudo pela forma como são definidos os crimes de tráfico e suas variações comerciais e dessa forma aprofundar as formas de combate a este fenómeno criminal.

Assim, para que seja possível a realização desta investigação, dividiu-se a dissertação em três capítulos. O primeiro, destinado ao panorama internacional sobre as drogas, terá por objetivo a compreensão da evolução histórica da proibição das drogas. Segundo Carneiro (2018, intro., p. 23), as principais convenções internacionais produzidas formam o arcaboço jurídico internacional.

Conforme será visto neste capítulo, embora seja difícil traçar uma cena de inauguração para a repressão ao comércio ilícito e controle sobre as substâncias, é possível identificar o seu início no começo do século XX, e o seu ápice em meados da década de 60.

Entre os instrumentos internacionais que formam, portanto, o arcaboço jurídico, serão estudados o Tratado de Haia de 1912, a Convenção Única sobre os Estupefacientes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

O segundo capítulo é destinado à análise da figura do tráfico de drogas, através da Lei nº 11.343/06 que trata do referido crime no âmbito do Brasil, e do Decreto-Lei nº 15/93, no âmbito de Portugal. Esta análise é fundamental para estabelecer as diferenças estruturais no tocante a lei de drogas de ambos os países, nomeadamente sobre o tratamento penal para o crime de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Sabe-se que a legislação brasileira, em matéria de drogas, possui normas abstratas, genéricas, em específico sobre os crimes relacionados ao comércio ilícito, diferentemente do que ocorre em Portugal.

E por fim, no terceiro capítulo, a proposta é realizar uma pesquisa das decisões judiciais oriundas dos tribunais do Brasil e de Portugal. Este estudo permitirá comparar o tratamento judicial de ambos os países sobre a temática do crime de tráfico de drogas, relativamente aos pontos de divergência que poderão ser encontrados no decorrer da pesquisa.

Para isto, o primeiro passo será o desenvolvimento de uma análise crítica acerca das legislações de ambos os países, onde o método será a revisão bibliográfica e análise legislativa. O segundo passo será a coleta e análise qualitativa de decisões judiciais, através de critérios como pertinência temática e relevância decisória, a fim de apurar as diferenças entre os dois países em relação ao tratamento penal para situações de comércio de drogas.

1 PANORAMA INTERNACIONAL SOBRE O PROIBICIONISMO DAS DROGAS

O fenômeno das drogas, tema mundialmente discutido no século XXI, adquire relevância no debate atual pela forma com que as autoridades políticas fundamentam suas decisões a fim de limitar a produção, o comércio e o consumo. Questiona-se, frequentemente, se o proibicionismo é a melhor forma para o controle das ações dos grupos que se dedicam a esta atividade, sugerindo alternativas sob a justificativa de que o sistema penal não é capaz de solucionar os problemas vinculados às drogas.

Para a melhor compreensão dos rumos adotados por Brasil e Portugal no tocante à legislação interna de drogas, sobretudo referente aos critérios adotados em lei para a diferenciação e comparação do tratamento penal atribuído ao comércio ilícito de drogas, será proposto, neste capítulo, o desenvolvimento histórico da legislação internacional sobre a matéria, a fim de acompanhar a evolução da proibição do tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Com o intuito de dar um direcionamento nesta pesquisa, chama-se a atenção para importante advertência feita por Carvalho (2013, p. 55), no sentido de ser possível apresentar os momentos históricos no âmbito da trajetória internacional sobre as drogas, nomeadamente as suas regulamentações, embora se reconheça a dificuldade em apontar uma possível cena de inauguração quando o tema proposto é a reconstrução de sistemas legais.

Por outro lado, ainda que a reconstrução de sistemas legais seja uma tarefa árdua, com eles, permite-se, segundo Boiteux (2006, p. 26), “melhor compreensão do fenômeno atual do controle penal sobre essas substâncias”.

Ultrapassada estas questões introdutórias, entende-se que a utilização das drogas, tema que cada vez mais ganha espaço nas mídias sociais, sobretudo pelas diversas faces que o tema suscita, não pode ser considerada como um fenômeno da modernidade. Apesar da sua rápida disseminação na atualidade, há milhares de anos as drogas já eram conhecidas e consumidas pelo ser humano, seja por motivos religiosos, culturais, medicinais ou ainda recreativos.

A respeito do assunto, menciona Carneiro (2014, p. 17) que, em tempos mais antigos, os seres que habitavam a Terra procuravam em plantas as suas mais diversas utilidades, e, nelas, era possível perceber sensações únicas como a alteração da consciência, a mudança de humor, a disposição e até mesmo o sono.

Para ilustrar a veracidade histórica da existência destas espécies de plantas, Escohotado (2004, p. 15) afirma que o cânhamo, difundido mundialmente em razão de suas fibras, capazes de serem utilizadas para a confecção de cordas e tecidos, foi descoberto na China há 4000 anos a.C. Foi também há 3000 anos a.C., segundo o mesmo autor, que os Sumérios, conhecidos por ser o povo mais antigo da Mesopotâmia, escreveram sobre a existência da papoila-dormideira, cujo ópio dela é extraído. Tal fato constitui a primeira referência escrita sobre a planta.

Esses são apenas alguns exemplos de que o uso de drogas não é algo novo na sociedade, pelo contrário, o consumo se tornou parte da cultura ao longo dos tempos, incorporando apenas algumas mudanças quanto a sua liberação e/ou proibição.

Observa-se, por sua vez, que mesmo existindo consumo de drogas desde os tempos mais remotos, somente a partir do século XX é que se passou a exercer um controle internacional, através de previsões legais de crimes e penas. Nesse sentido, o Tratado de Haia de 1912, a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, formam, segundo Carneiro (2018, intro., p. 23), “o arcabouço jurídico internacional sobre o assunto”.

Entretanto, para entender o contexto do surgimento do proibicionismo dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas ao longo do século XX, faz-se necessário esclarecer alguns pontos históricos que nortearam o começo das restrições, e, em decorrência, a expansão da atividade ilícita.

1.1 Guerra do ópio: a china e os interesses ingleses

A guerra do ópio travada pela Coroa Britânica e o Império Chinês, no decorrer do século XIX, constituiu fato importante para o fomento dos primeiros debates

internacionais sobre o controle do mercado das drogas. Por trás desta guerra, estava em jogo os interesses comerciais da Inglaterra na venda da droga aos Chineses, contra o conseqüente abuso do consumo da substância pela China.

O ópio foi sempre conhecido pela sua utilização medicinal. Conforme Carneiro (2018, cap. 3, p. 1), “o uso dos opiáceos se difundiu na era moderna por todo o mundo consistindo no remédio mais disponível e eficaz contra uma enorme gama de afecções e mal-estares”. Na China não foi diferente, pois desde o século XI, verifica-se a utilização medicinal da substância. Entretanto, a disseminação pelo continente chinês, conforme Spence (1991, pp. 87-88), somente passou ter maior relevância, após os soldados chineses importarem novas técnicas de fumar o ópio, descobertas durante uma intervenção em Taiwan, no ano de 1721.

A expansão do consumo do ópio na China fez com que o Imperador, em 1729, proibisse a venda e o consumo de tal substância. Mais tarde, em 1793, a importação e o cultivo da dormideira também passaram a ser proibidos em todo o território. Estas decisões não eram favoráveis à Coroa Britânica, isso porque, para que se concretizassem os interesses econômicos da Inglaterra no mercado crescente da comercialização do ópio com a China, era necessário, segundo Spence (1991, p. 129):

For opium to sell steadily in China, several factors were necessary: the narcotic had to be available in large quantities; there had to be a developed means of consuming it; enough people had to want to smoke it to make the trade viable, and government attempts at prohibitions had to be ineffectual. It was the conjunction of all these elements that brought China into this particularly agonizing cycle of its modern history.¹

As proibições concretizadas, contudo, não foram capazes de conter a livre circulação desta mercadoria no território chinês e ainda fez crescer a atividade ilícita. Segundo Valois (2017, p. 37) “a proibição do plantio só agravou a situação da balança comercial chinesa, porque o ópio continuou sendo importado, a despeito da legislação proibitiva, fazendo dos comerciantes de ópio, entre eles a Inglaterra, os maiores beneficiados da proibição.”

¹ Tradução livre do Autor: Para que o ópio fosse vendido de forma constante na China, vários fatores eram necessários: o narcótico precisava estar disponível em grandes quantidades; tinha que haver um meio desenvolvido para seu consumo; um número suficiente de pessoas precisava querer fumá-lo para tornar o comércio viável; e as tentativas governamentais de proibição tinham que ser ineficazes. Foi a conjunção de todos esses elementos que levou a China a entrar nesse ciclo particularmente agonizante de sua história moderna. (Spence, 1991, p. 129).

Pode-se afirmar que quanto mais severas eram as restrições impostas pelos Imperadores chineses, mais ópio era importado clandestinamente. Segundo Escohotado (2004, p. 79), entre o surgimento das primeiras restrições, em 1729, e o agravamento das medidas punitivas aos contrabandistas com a pena de morte, a partir de 1820, houve um aumento na importação clandestina de uma tonelada e meia para duas mil toneladas.

Após a China apresentar um resultado negativo referente a sua balança comercial, Escohotado (2004, pp. 79-80) afirma que em 1838 houve uma reunião entre conselheiros, convocada pelo Imperador da época, Tao-Kuang, para a adoção de medidas. Um lado pretendia a legalização do comércio do ópio, enquanto o outro pretendia manter rigorosa as restrições. Antes de uma resolução desta reunião, foram jogadas ao mar 1400 toneladas de ópio pelo principal representante do grupo que pretendia manter as restrições do comércio do ópio. Isso acabou por desencadear, nas palavras de Escohotado (2004, p.80), a “declaração de guerra por parte dos ingleses, tendo como base o intolerável atentado contra a liberdade de comércio.”

As guerras do ópio ocorreram entre 1839-40 e 1856-60. O contexto da primeira guerra foi, como já dito acima, ocasionada pelos constantes enfrentamentos da China contra o livre comércio do ópio. Em um dos episódios, Spence (1991, p. 153) menciona que a China estrategicamente chegou a criar expectativa de que o ópio seria legalizado, o que fez com que os traficantes ingleses aumentassem os seus estoques. Ocorre que, como o resultado da reunião realizada em 1838 foi o banimento do comércio do ópio, conseqüentemente houve a queda do mercado e os traficantes ingleses ficaram com excesso de estoque.

Diante de todos esses prejuízos, o resultado da primeira guerra gerou o dever de indenização a favor da Inglaterra. Já o contexto da segunda guerra, segundo relata Escohotado (2004, p. 80), eclodiu justamente pela recusa da China em pagar as indenizações previstas.

Após o término da segunda guerra do ópio, a China mudou radicalmente as suas políticas referentes ao ópio. Segundo Escohotado (2004, pp. 80-81), o entorpecente passou a ser legalizado, tanto a importação quanto o consumo. Além disso, foram

iniciados programas de informação pública, bem como a abertura de centros de desintoxicação para que os fumadores da droga deixassem de ser habituais.

Consequentemente, conforme relata Valois (2017, p. 45), “por ter deixado de ser proibido (...) o ópio foi aos poucos perdendo o seu apelo junto à população.” Posteriormente, o cultivo da planta também passou a ser permitido no território e isso fez com que a China deixasse de ser dependente do ópio estrangeiro. Segundo Escohotado (2004, p. 81), “em 1890, o país produz já 85% da sua procura interna”.

Embora a utilização do ópio já não se considerava um problema na China, no início do século XX, segundo Escohotado (2004, p. 91), ecoavam “vozes de protesto, convencidas de que a liberdade imperante é um problema, que piorará tão catastrófica quanto rapidamente.” Estas vozes, advindas de movimentos antiliberais, sobretudo nos Estados Unidos (EUA), temiam a livre utilização de drogas, sobretudo pelas classes marginalizadas na época, e reivindicavam o seu proibicionismo. Isso se deve, ainda conforme Escohotado (2004, pp. 91-92):

A vigorosa reação puritana nos Estados Unidos, que vê com desconfiança as massas de novos inimigos e as grandes urbes. As diferentes drogas associam-se agora a grupos definidos por classe social, religião ou raça; as primeiras vozes de alarme sobre o ópio coincidem com a corrupção infantil atribuída aos chineses, o anátema da cocaína com ultrajes sexuais dos negros, a condenação da marijuana com a irrupção de mexicanos, e o propósito de abolir o álcool com imoralidades de judeus e irlandeses. Todos estes grupos representam o infiel – por pagão, por papista ou por verdugo de Cristo –, e todos se caracterizam por uma inferioridade, tanto moral como económica.

Por mais que se reconheça que estes grupos sociais de índole moralista forneceram, segundo Taffarello (2009, p. 45), “um ambiente cultural e político propício ao florescimento e amadurecimento das teses proibicionistas”, o desejo estadunidense na proibição das drogas era também de cunho político e comercial. A exemplo disso, segundo Rodrigues (2002, p. 109), uma das estratégias dos EUA era enfraquecer o domínio político e económico de potências europeias, nomeadamente da Inglaterra, sobre o comércio do ópio na região asiática. Outra delas, segundo Carneiro (2018, cap. 3, p. 17), visava o domínio do mercado farmacêutico (até então de domínio germânico), que estava a emergir em decorrência do ópio deixar de ser um produto central e do surgimento de outras substâncias farmacêuticas.

Seja por um motivo ou outro, o fato é que esta mudança de atitude inseriu, no âmbito das negociações diplomáticas, o interesse dos EUA em convocar reuniões internacionais para propor medidas de controle de drogas, principalmente do ópio. E, dessa forma, para Macrae (2001, p. 11), “como maneira de marcar seu recém-adquirido status de potência mundial, dando início a uma série de reuniões internacionais para discutir e impor medidas de contenção da produção e comercialização de opiáceos e da cocaína”, o governo estadunidense logrou êxito na convocação da primeira reunião internacional sobre o controle de drogas, conhecida como a Conferência de Xangai, de 1909.

A conferência reuniu representantes de treze países, dos quais se fizeram presentes também as potências coloniais da época, e tinha por base discutir os limites à produção e ao comércio do ópio e seus derivados. Embora houvesse grande expectativa do lado dos EUA, conforme explicam Boiteux (2006, p. 38) e Rodrigues (2002, p. 103), a Conferência de Xangai não foi capaz de gerar determinações impositivas aos países signatários, eis que os europeus presentes na reunião sofriam pressões de poderosas indústrias farmacêuticas, interessadas na manutenção do mercado lucrativo do ópio.

Ainda que explícita a oposição de países europeus relativo as medidas propostas pelos EUA, contrários a produção de medidas legais para o controle dos opiáceos, alguns autores referem que foi a partir da conferência de Xangai que houve uma mudança no comportamento internacional a respeito do controle das drogas.

Para Olmo (1989, p.82), desde a referida Conferência “(...) *se há ido generando uma preocupación cada vez maor por regular la producción, el tráfico y el consumo de uma serie de sustancias alteradoras de la conciencia, más conocidas como drogas.*”². Mais enfático, Escotado (1998, p. 400) afirma que a referida conferência foi o “*germen de las posteriores iniciativas prohibicionistas a nivel internacional.*”³.

² Tradução livre do Autor: “(...) vem gerando uma preocupação cada vez maior para regular a produção, o tráfico e o consumo de uma série de substâncias que alteram a consciência, mais conhecidas como drogas.” (Olmo, 1989, p.82).

³ Tradução livre do Autor: “(...) Gérmén das iniciativas proibicionistas subsequentes a nível internacional.” (Escotado, 1998, p.400)

1.2 O arcaboço jurídico internacional

Seguindo aquilo que Carneiro (2018, intro., p. 23) chamou de arcaboço jurídico internacional, a *1ª Convenção sobre Ópio de Haia*, criada em 1912, motivada pela Conferência de Xangai, é considerada a primeira legislação internacional que passou a impor medidas aos países signatários.

Também com forte influência dos EUA, a Convenção de Haia contou com a presença de doze países, possuía caráter plenipotenciário, isto é, dotado de representantes habilitados a negociar e concluir o tratado com recomendações que obrigavam os participantes, e tinha por objetivo limitar o ópio, a morfina, a cocaína e seus derivados exclusivamente a usos médicos e legítimos.

Segundo Boiteux (2006, p. 38), “a Convenção de Haia representa a consolidação da postura proibicionista dos Estados Unidos no âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas.” Relata a autora que, por conta disso, o proibicionismo se disseminou mundialmente, havendo forte limitação e controle ao uso de outras drogas, influenciando, inclusive, a edição de novos regulamentos por outros países com o intuito de se adequar ao novo modelo proibicionista internacional.

Relativo a sua forma, o tratado acabou por ficar dividido em seis capítulos, e, dentre os mais relevantes, destaca-se: os dois primeiros abordavam as questões comerciais do ópio bruto e preparado, nomeadamente as regras de fiscalização e distribuição, além de impor cláusulas que limitavam a exportação da droga para países que proibissem a sua entrada; o terceiro versava sobre o comércio farmacêutico dos derivados industrializados do ópio (morfina, heroína e codeína), com a ressalva de que a fabricação, a venda e o emprego estivessem limitados aos usos médicos e legítimos; o quarto, segundo Valois (2017, p. 70), “procurava reduzir os direitos dos demais países, estabelecidos durante as guerras do ópio, sobre o comércio na China.”; e o quinto estimulava que os países promulgassem leis ou regulamentos para criminalizar a posse ilegal do ópio e de seus derivados.

Ainda que desse tratado tenha resultado diversas imposições aos países integrantes, Taffarello (2009, p. 48) ressalta que a aplicabilidade internacional da

convenção foi por vezes postergada, sobretudo no tocante ao compromisso dos países na aprovação de legislações restritivas em âmbito interno. Segundo ele:

(...) inúmeros foram os impasses disso decorrentes, ora porque potências aceitavam restringir apenas fármacos que não produziam, ora porque se recusavam a firmar trechos em que a assunção de compromissos pudesse beneficiar potências concorrentes que se haviam ausentado da conferência – e que, portanto, não seriam signatárias do acordo.(Taffarello, 2009, p.48)

Isso, contudo, não impediu que os EUA, segundo Valois (2017, pp. 70-71), utilizasse o valor simbólico da convenção para efetivar a proibição interna do ópio e seus derivados. O país, que até então era carente de legislação interna sobre o assunto, acabou por editar o *Harrison Narcotic Act*, em 1914, lei esta que, segundo Rodrigues (2014, cap.1, p. 3) era “mais completa e severa que os acordos internacionais já assinados e que investia na proibição explícita de qualquer uso de psicoativos considerado sem finalidades médicas.”

Embora a aplicação prática da Lei Harrison demonstrou ser uma norma severa, considerada inclusive, ainda que indiretamente, como uma norma penal substantiva, Escotado (1998, pp. 474-475) explica que o seu intuito, quando da sua promulgação, consistia em regulamentar os registros e tributação das substâncias. Não tinha como objeto a aplicação de normas penais, ou seja, tratava-se meramente de uma legislação administrativa.⁴ Segundo as palavras do mesmo autor:

La originalidad de la ley fue presentarse como norma de naturaleza registral, que simplemente regulaba la inscripción administrativa de fabricantes y dispensadores de opio, morfina y cocaína, previéndose unas sanciones para el incumplimiento de tales requisitos. Ninguna de sus cláusulas afirmaba que estuviese prohibido poseer, consumir o vender esos productos. (Escotado, 1998, p. 475)⁵

A experiência, entretanto, durante a vigência desta norma, foi diferente. Para Rodrigues (2014, cap. 1, p. 3), a Lei Harrison significou importantes novidades no cenário das drogas e, que, para Escotado (1998, pp. 478-479), constituíam graves

⁴ De uma forma ainda mais clara, Escotado (2004, p. 96), explica que: É precisamente nessa altura que o Congresso federal aprova uma lei estranha, que se apresenta como norma administrativa – exige a inscrição em certos registos para fabricar, fornecer e possuir ópio, morfina e cocaína -, mas na realidade é em substância uma norma penal, que pretende eliminar todo o uso «não médico» de tais produtos, e confere a última palavra sobre o que é ou não é «médico» a um novo organismo, o Narcotics Control Department.

⁵ Tradução livre do Autor: A originalidade da lei foi apresentar-se como norma de carácter registral, que simplesmente regulamentou o registo administrativo de fabricantes e distribuidores de ópio, morfina e cocaína, prevendo sanções por descumprimento desses requisitos. Nenhuma de suas cláusulas dizia que era proibido possuir, consumir ou vender esses produtos. (Escotado, 1998, p. 475).

conflitos com o direito constitucional americano. Com a sua entrada em vigor, o acesso às substâncias por ela regulamentada, segundo Rodrigues (2014, cap. 1, p. 3), somente seria possível através de prescrição médica. Consequentemente, tudo aquilo que não fosse prescrito seria considerado ilegal.

Em decorrência desta premissa, de que o acesso às substâncias regulamentadas pela Lei Harrison dependem de prescrição médica, afirma Rodrigues (2014, cap.1, p. 3) que isso deu origem às figuras do traficante e do viciado: “o traficante deveria ser perseguido e encarcerado; o usuário, considerado doente, deveria ser tratado (mesmo que compulsoriamente).”

E de fato razão há para crer nisso, pois, conforme afirmou Escohotado (1998, pp. 474-475), a Lei Harrison tinha por escopo regulamentar os registros e tributação das substâncias e não impor medidas penais. Mas anos depois, em face do seu real interesse – que sempre foi considerar imoral o uso não médico destas substâncias – o resultado não podia ser outro: “Por eso al terminar los años treinta las estadísticas de Sanidad indican que la ley Harrison ha motivado la detención de 25.000 médicos, de los cuales 3.000 seguían cumpliendo penas de prisión em 1938.”⁶ (Escohotado, 1998, p. 507).

A partir daí, outras convenções foram criadas como a *2ª Convenção Internacional sobre Ópio* (1925), a *1ª Convenção de Genebra* (1931), a *2ª Convenção de Genebra* (1936), até chegar na criação das Nações Unidas em 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial. Sobre esse período histórico, Olmo (1990, p. 27) refere que:

A partir da II Guerra Mundial, foram os organismos internacionais, particularmente a *Organização Mundial de Saúde* (OMS) e a *Organização das Nações Unidas* (ONU), que contribuíram para universalizar os diversos modelos – com seus respectivos discursos sobre as drogas proibidas e suas características.

Posteriormente a criação das Nações Unidas, já na década de 60, momento em que surge a *Convenção Única sobre Estupefacientes*, afirma-se que foi uma década marcada pelo aumento do consumo de drogas, por pessoas vinculadas aos movimentos contracultura e de contestação. Sobre este período, Carvalho (2013, p. 62) afirma que

⁶ Tradução livre do Autor: É por isso que no final dos anos trinta as estatísticas da Saúde indicam que a lei Harrison motivou a prisão de 25.000 médicos, dos quais 3.000 ainda cumpriam penas de prisão em 1938. (Escohotado, 1998, p.507).

“o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas.” Por outro lado, Olmo (1990, p. 34) ressalta que “o consumo já não era próprio dos guetos urbanos nem dos negros, porto-riquenhos ou mexicanos, pobres e/ou delinqüentes, mas também dos jovens brancos da classe média norte-americana”.

Com o aumento da visibilidade das drogas, sobretudo porque atingia “filhos de boa família”⁷, o pânico moral já estava instaurado, e isso fez com que fosse difundido o modelo *médico-jurídico*, que segundo Carvalho (2013, p. 63), caracteriza-se por ser “instrumentos totalizantes de repressão [para exercer] controle dos sujeitos envolvidos com drogas”. Segundo Olmo (1990, p. 34), este modelo, difundido na década de 60, estabeleceu a ideologia da diferenciação e tinha por objetivo traçar a distinção entre consumidor e traficante, ou ainda, doente e delinqüente. Nas suas palavras:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualifica-lo de “delinqüente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o *discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário*.(Olmo, 1990, p.34)

Os traços deste modelo (*médico-jurídico*) pode ser facilmente identificado na Convenção Única de 1961⁸, pois, os pressupostos basilares desta convenção, concentram-se em dois pontos: a) na “luta contra o tráfico ilícito”, mediante a aplicação de penas de prisão aos infratores, considerados então como delinqüentes (*discurso jurídico*); e b) no “tratamento dos toxicómanos”: os consumidores, agora considerados doentes, necessitam de tratamento (*discurso médico*).

A Convenção Única de 1961, para Valois (2017, pp. 255-256), representa o divisor de águas na história da política internacional de drogas, desde Xangai. Segundo

⁷ Expressão utilizada por OLMO (1990, p. 34).

⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 435/70, de 12 de setembro de 1970. Aprova, para ratificação, a Convenção Única de 1961 sobre os Estupefacientes. Disponível em: «<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-unica-de-1961-sobre-os-estupefacientes-0>»

o autor, as drogas deixam de ser consideradas um produto regulado pelo mercado, para receber tratamento penal e assim “o produto droga se transforma em um mal que contamina a todos que dele se aproximam.”(Valois, 2017, p. 256).

Mais enfática, Boiteux (2006, p. 40) afirma que tal convenção mostra-se como uma “radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias.”

A referida norma é resultado, segundo entendimento de Valois (2017, p. 252), da necessidade de universalizar o sistema internacional de controle das drogas, por isso, inclusive, chama-se Convenção Única. Em outras palavras, Silva (2013, p.108) afirma que, “a ONU dedicou-se à tarefa de simplificar o arcabouço legal de controle do comércio de drogas que havia sido criado ao longo de meio século e que estimulava uma rede de obrigações entre os Estados complexa e plena de brechas e limitações.”

Além da referida Convenção unificar os tratados anteriormente produzidos, e assim sintetizar uma norma mais direta naquilo que se propunham os países aderentes, influenciados pelo *discurso médico-jurídico*, houve também a criação do sistema das listas⁹, identificando diversos grupos de drogas. Segundo Lima (2009, p. 237), as listas acabaram por ser “organizadas a partir de critérios de intensidade sobre a periculosidade do uso e das possíveis funções terapêuticas dessas substâncias, [e] previam maior ou menor fiscalização dos organismos internacionais da área”.¹⁰

A criação das listas era também uma maneira de dificultar a discussão sobre a proibição das drogas, se necessária ou não. Conforme ressalta Valois (2017, p. 256),

⁹ Sobre a criação das listas e a sua categorização, Escohotado (1998, p. 573) refere que: Por fim, deve-se observar que esta Convenção inaugura o sistema de Listas. A primeira delas continha ópio, morfina, cocaína e cerca de outras oitenta substâncias (incluindo metadona) que se assimilavam aos opiáceos, ainda que sintéticas. A segunda continha oito – com a codeína como principal droga – e exigia medidas de controle muito menos severas. Na terceira Lista, dispensável sem prescrição praticamente, entravam as preparações das substâncias da segunda quando estivessem misturadas com outros ingredientes, assim como as preparações onde a cocaína, a morfina e o ópio não excediam uma determinada proporção. A quarta e última, submetida a controle extraordinário, porque consistia em “narcóticos particularmente perigosos”, incluía dois opiáceos sintéticos, heroína e «*cannabis* e sua resina».

¹⁰ Lima (2009, p. 240) ainda explica que: Nas listas da Convenção Única não compareceram drogas como o álcool, tabaco, benzodiazepínicos, metanfetaminas e os alucinógenos, cuja fabricação se dava por conglomerados econômicos poderosos, que pressionaram para que suas mercadorias não passassem às listas de controle.

“as convenções não mais discutiriam a proibição, mas tão somente em que categoria determinada droga seria incluída.”

A década de 70, por sua vez, é marcada pelo crescente consumo de heroína nos Estados Unidos. Segundo Escohotado (1998, p. 716), embora desconhecida a razão ou origem para tanta disponibilidade de heroína no referido país e também na Europa, durante os períodos compreendidos entre 1964 e 1972, “*tratava-se de heroína barata y pura o casi pura, como no se habían visto desde los años cuarenta y como no volverían a verse.*”¹¹

Para Olmo (1990, p. 39), enquanto a droga se limitava aos guetos urbanos, não representava verdadeira ameaça. A situação, entretanto, passou a ter significado distinto quando a substância atingiu a juventude de classe média, bem como os ex-combatentes presentes na guerra do Vietnã. Segundo a mesma autora, o discurso da época classificou a heroína como sinónimo de “perturbação social”.

É verdade que o aumento do consumo das drogas, sobretudo da heroína, colocava em xeque o poder de controle dos EUA, e, para não se responsabilizar pelo resultado, a sua estratégia foi, nas palavras de Olmo (1990, p. 39), introduzir o *discurso político*.¹² O intuito era criar um ambiente favorável para que as drogas fossem reconhecidas como um problema de segurança nacional e assim permitir, aquilo que se pretende desde Xangai, o aumento de medidas repressivas internacionais.

O primeiro passo foi reconhecer os países produtores como inimigos, tendo em vista que o tráfico agora se tratava, conforme Olmo (1990, p. 41), de um *inimigo externo*. O próximo foi eleger as drogas ilícitas como inimigos primordiais da América e declarar “guerra às drogas”, mais conhecida como “*war on drugs*”, como o fez o então presidente Richard Nixon, em 1972. Sua declaração, conforme aduz Weigert (2010, p.31), tinha como “premissas fundamentais a distinção entre drogas legais e ilegais e a convicção

¹¹ Tradução livre do autor: “Tratava-se de heroína barata e pura ou quase pura, como não era vista desde os anos quarenta e como não seria vista novamente.” (Escohotado, 1998, p. 716).

¹² Qualificar a heroína como “inimigo público”, assim como fez o presidente Nixon na época, tratava-se, na concepção de Olmo (1990, p. 39), de verdadeira contradição, pois “esta droga era, na realidade, muito menos ameaçadora para o sistema do que a maconha. É uma droga profundamente individualista, de consumo solitário que marginaliza, inibe e, portanto, elimina qualquer tentativa de formação de grupos de protesto. Tem além disto o agravante de seu alto custo, que obriga o consumidor a renunciar a tudo por ela; a optar por traficar para poder consegui-la; e inclusive a estar disposto a delatar o amigo para obter dinheiro com o qual adquiri-la.”

de que o único meio eficaz para lutar contra os danos produzidos pelas drogas ilegais é a repressão penal”. Sobre este período, Rodrigues (2014, cap.1, p. 11) assim entende:

Essa *guerra*, longe de ser apenas uma metáfora, significava a intenção de aprofundar as medidas repressivas por meio do crescimento das ações policiais de busca e apreensão de drogas ilegais e do combate a grupos clandestinos e redes de tráfico. Aceitava-se oficialmente a existência de *países produtores* de drogas ilícitas e *países consumidores*, atitude que cumpria o papel de exteriorizar o problema do tráfico de drogas, colocando Estados e regiões do então Terceiro Mundo como *agressores* e os Estados Unidos na posição de vítima: nessa lógica, criminosos asiáticos e latino-americanos levariam heroína, cocaína, maconha e LSD para *corromper a juventude norte-americana*.

E é justamente diante deste cenário que surge, em 1971, a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas*, na qual, para além das substâncias já existentes nas listas criadas pela Convenção Única de 1961, também incluiu as drogas psicotrópicas no rol de substâncias proibidas, tais como estimulantes (anfetaminas), sedativos (barbitúricos) e alucinógenos (LSD e similares).

Essas substâncias, que até então possuíam proteção das grandes empresas da indústria farmacêutica, passaram a integrar as listas das drogas controladas, pois, conforme explica Silva (2013, p. 126), não era mais viável ignorar as lacunas nos controles internacionais, nomeadamente a falta de controle sobre elas, sobretudo pela existência de estudos e provas sobre os seus efeitos danosos.¹³

Na verdade, os efeitos danosos de cada substância nunca foram os reais motivos pelas quais as mesmas eram classificadas entre as listas I a IV, embora esta tarefa estivesse também incumbida a Organização Mundial de Saúde (OMS), através de critérios como “estado de dependência” e “razões suficientes para crer que a substância dá ou pode dar lugar a abusos tais que constitua um problema de saúde pública e um problema social, justificando a sua fiscalização internacional”.¹⁴

¹³ Referente as substâncias que ainda não faziam parte da lista de substâncias controladas, instituída pela Convenção Única de 1961, Silva (2013, p.126) ainda explica que: “As novas drogas químicas sintetizadas em laboratório, como o LSD, não se enquadravam no rótulo de “entorpecentes” das convenções em vigor, apesar de a experiência de milhões de usuários provar o contrário. Havia sido utilizados pesos e medidas diferentes para as drogas produzidas nos países em desenvolvimento e nos industrializados; aquela discrepância veio à tona quando as drogas produzidas por estes últimos se tornaram foco das preocupações mundiais.”

¹⁴ Ver artigo 2º do Decreto-Lei nº 10/79, de 31 de janeiro de 1979, que aprova em Portugal a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.

Nesse sentido, Taffarelo (2009, pp. 66-67) ao se referir sobre as listas, criadas pela Convenção de 1961 e complementadas pela Convenção de 1971, menciona que o controle imposto sobre as substâncias parece ilógico, posto que haviam substâncias que não mereciam estar submetidas ao controle de maior rigor (lista I), como por exemplo o Tetrahydrocannabinol (THC), conhecido por ser um princípio ativo da cannabis e que cientificamente possui grande relevância medicinal. Por outro lado, Escohotado (1998, p. 689) ao questionar sobre quais drogas merecem controle, conclui o seguinte:

La pregunta ¿qué drogas son peligrosas y merecedoras de control? Tiene ya una respuesta terminante. Son peligrosas y merecedoras de control aquellas cuyo consumo alarme a las fuerzas del orden en cada territorio. Drogas peligrosas son las drogas prohibidas. Es la prohibición aquello que determina la naturaleza farmacológica de algo, en vez de ser esa naturaleza lo que determina su prohibición.¹⁵

Tem razão o autor quando afirma que a natureza de determinada droga não influencia a sua proibição, sobretudo quando o assunto é letalidade. O álcool, por exemplo, que embora vivenciou um período de proibição na sua história (1920-1933), não possui restrições relativo a produção, distribuição e consumo, e somente em 2016 foi responsável pela morte de 3 milhões de pessoas em todo o mundo, número que representa 5,3% do total das mortes neste ano.¹⁶ A *cannabis*, em contrapartida, que até os dias atuais ainda possui um princípio ativo (THC) incluído no controle mais rigoroso das substâncias, não possui registros de mortes entre os anos de 1990 a 2018.¹⁷

De outro lado, a década de 80 é marcada pela consolidação dos interesses norte-americanos no tocante a implementação de políticas internacionais para repressão às drogas. A *Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, realizada em 1988, na cidade de Viena, delimita o fechamento do arcabouço jurídico internacional em matéria de drogas.

¹⁵ Tradução livre do autor: A questão é quais drogas são perigosas e merecem controle? Você já tem uma resposta final. São perigosas e merecedoras de controle aquelas cujo consumo alarme as forças da ordem em cada território. Drogas perigosas são drogas proibidas. É a proibição que determina a natureza farmacológica de algo, em vez de ser essa natureza que determina sua proibição. (Escohotado, 1998, p.689).

¹⁶ World Health Organization. (2018). Global status report on alcohol and health. Geneva, Switzerland: WHO. p.xv.

¹⁷ UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2021. World Drug Report 2021, Vienna. p.33

Dentre as recomendações expostas no preâmbulo da referida convenção, é possível identificar que a erradicação do tráfico ilícito internacional foi tratada como a mais alta prioridade.

De acordo com o texto da convenção¹⁸, eliminar esta atividade ilícita significava reconhecer, entre outras coisas: a) a “relação existente entre o tráfico ilícito e outras actividades criminosas [...] que minam as bases de uma economia legítima e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados;” e, b) a possibilidade de as organizações criminosas transnacionais “invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as actividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis” em razão dos rendimentos e fortunas adquiridos através do tráfico ilícito.

E a justificativa para o contexto altamente repressivo da Convenção de Viena, relaciona-se, conforme referido por Olmo (1990, p. 50), ao crescente mercado internacional da cocaína. Embora na década anterior a substância tenha sido defendida, a ponto de estimulá-la¹⁹, o discurso adotado na década de 80, sobretudo pelos EUA, adquire outra dimensão em razão da alta oferta e procura pela substância.²⁰

A estratégia utilizada pelos EUA para justificar o engajamento de diversos países no combate ao tráfico ilícito e a adoção de medidas mais severas, foi, conforme Olmo (1990, pp. 68-69), responsabilizar os países vizinhos – sobretudo aqueles que de fato eram produtores de cocaína (Bolívia, Colômbia e Peru) – pela substância que entrava no território norteamericano, tal como se fosse vítima. Afirmava-se que a solução era justamente eliminar as drogas antes de entrarem no país.

Essa estratégia, acabou também por difundir o termo “narcotráfico”, como se fosse um “slogan político”²¹, justamente para fazer crer, conforme Olmo (1989, p. 91),

¹⁸ Trechos retirados do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988. PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República nº 29/91, de 6 de setembro de 1991. p.1.

¹⁹ Segundo Olmo (1990, p. 50), “o discurso desses anos, em vez de condená-la, a estimula. Em 1976, por exemplo, se observa na imprensa um aumento significativo de notícias sobre o seu consumo pela população em geral, e de revistas dedicadas a defender a droga, como a *High Times* [...]”.

²⁰ “O número de pessoas que experimentaram cocaína pelo menos uma vez aumentou de 5,4 milhões em 1974 para 21,6 milhões em 1982 (NIDA 1983).” (Adams; Durell, 1984, p. 10).

²¹ Termo utilizado por Olmo (1989, p. 89);

que “*todos están de acuerdo en que el narcotráfico es un delito contra la humanidad.*”²²

Nesse sentido:

Como a atenção está dirigida ao exterior, a ênfase do discurso recai sobre a oferta, e concretamente sobre o tráfico de drogas produzidas fora dos Estados Unidos, ou seja, maconha, heroína ou cocaína, mas fundamentalmente esta última (por razões econômicas assim como sociais, se nos lembrarmos de quem as consome). Para legitimar o discurso e dar mais força à imagem do “inimigo externo”, já não se fala das “drogas”, mas se resgatará o termo inglês *Narcotics* utilizado quando se associava a droga aos opiáceos e à cocaína, adaptando-o à época atual. Isto explica o fato de os meios de comunicação, em seu discurso, terem se encarregado de difundir em âmbito continental os termos *narcotráfico* para qualificar o inimigo em seu aspecto econômico, e *narcoterrorismo* em seu aspecto político. (Olmo, 1990, p. 68)

A partir do discurso visto na década de 80, o resultado foi o desenvolvimento da Convenção de Viena no sentido de reconhecer o tráfico ilícito como uma atividade criminosa internacional. Além disso, identificou diversas medidas para contribuir com o combate das organizações de traficantes, sendo as medidas a seguir as mais relevantes: I) identificação de diversas infrações principalmente o tráfico ilícito (já previsto nas anteriores convenções), mas também referente ao consumo, o que seria uma das novidades desta convenção, pois até então não havia previsão de crime ou sanções associada a esta conduta; outra novidade em matéria de infrações, consta a tipificação dos crimes conexos, em especial a lavagem de dinheiro de origem ilícita e a extradição; II) a respeito da cooperação internacional, a convenção tratou de reforçar as medidas já existentes, bem como introduzir novas como a partilha de informações entre os organismos e serviços nacionais; condução de inquéritos em conjunto para a apuração das infrações; III) determinou o bloqueio e confisco de produtos e bens dos traficantes; IV) permitiu o controle das substâncias através da prática de “entregas controladas”, que visava surpreender as atividades ilícitas; entre outras medidas.

Este, portanto, foi o percurso internacional a respeito da produção de normas que visava o controle das substâncias tornadas ilícitas, bem como todas atividades a elas relacionadas, como o tráfico ilícito, que se iniciou desde Xangai, até atingir o seu ápice com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

²² Tradução livre do autor: “todos estão de acordo que o narcotráfico é um crime contra a humanidade”. (Olmo, 1989, p. 91).

2 AS LEGISLAÇÕES INTERNAS SOBRE DROGAS

Estabelecido o percurso internacional em matéria de drogas, sobretudo a evolução histórica até chegar ao principal instrumento internacional que norteou diversos países, em especial Brasil e Portugal, referente ao posicionamento interno sobre o combate do tráfico de drogas, cabe agora analisar a situação individual dos países aqui estudados e que se pretende a comparação.

A análise a ser realizada neste capítulo será limitada a figura do tráfico ilícito, a fim de identificar os rumos adotados nas legislações dos países estudados, para posteriormente estabelecer a distinção entre as legislações de ambos os países, e assim permitir o estudo comparado.

2.1 Modelo inédito de controle sobre as drogas no Brasil: Lei nº 6.368 de 1976

Paralelo à legislação internacional sobre drogas, no Brasil a história do proibicionismo se repete, fundada impreterivelmente no modelo repressivo norte-americano. A partir da década de 40 é possível visualizar o surgimento daquilo que Carvalho (2013, p. 59) denomina de “política proibicionista sistematizada”, embora fosse possível identificar resquícios da criminalização das drogas em períodos anteriores no Brasil.²³

Nesse sentido, é com o advento das principais convenções internacionais, sobretudo após a Convenção Única de 1961, que o Brasil instaurou um modelo inédito de controle sobre as drogas, a lei nº 6.368/76²⁴, sob a égide da dicotomia usuário/dependente e traficante. O caráter inédito se deu porque, até então, o Brasil não conhecia uma legislação específica sobre a matéria, nem mesmo diferenciava as condutas de tráfico e consumo de drogas. O assunto ainda estava inserido no Código

²³ “No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da *Convenção de Genebra* de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.” (Carvalho, 2013, p. 60)

²⁴ BRASIL. Senado Federal. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), através do revogado art. 281.²⁵

A lei nº 6.368/76 previa medidas de prevenção e repressão ao tráfico drogas, sob o fundamento da tutela da saúde pública, argumento que esteve presente nas convenções internacionais e que se mantém até os dias atuais.

No tocante aos crimes e penas, identificados no capítulo III, de forma bastante genérica, a referida norma previa no artigo (art.) 12 o crime de tráfico, destinado ao comércio de drogas ilícitas, com a identificação de diversas condutas assim estabelecidas:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.²⁶

Além do crime previsto no *caput* do art. 12, o capítulo III do referido diploma também tipificava outros crimes, como aqueles relativos à matéria-prima e plantas destinadas à preparação de substância entorpecente (§ 1º, incisos I e II, do art. 12), instigação ao uso de drogas (§ 2º, inciso I, do art. 12), objetos destinados à preparação de substância entorpecente (art. 13); associação ao tráfico (art. 14), prescrição de substância entorpecente por profissionais de saúde (art. 15) e consumo próprio (art. 16).

Da análise dos crimes existentes nesta revogada legislação, considerada um marco brasileiro no tratamento penal relativo ao controle do comércio das drogas, verifica-se que não havia tratamento penal proporcional de acordo com a gravidade do crime de tráfico de drogas.

²⁵ Sobre este período histórico, Lins e Silva (1986, p. 120) afirma que “[...] antes das leis especiais sobre o assunto, a sistemática utilizada era a do Código Penal: o famoso artigo 281. Nos casos de porte e a utilização de qualquer substância entorpecente não havia nenhuma distinção se era para uso ou se era para tráfico e ensejava uma pena violenta. Pouco importava. Qualquer substância considerada entorpecente, apreendida em poder de alguém, ensejava uma prisão em flagrante sem fiança e com uma conseqüente condenação criminal a uma pena de reclusão, sem *sursis*.”

²⁶ BRASIL. Senado Federal. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Artigo 12.

Segundo Carvalho (2013, pp. 78-79), todas as hipóteses de comércio ilegal de drogas, como por exemplo o tráfico de menor gravidade ou o traficante-consumidor, que, indiscutivelmente teriam consequências penais distintas, eram enquadradas no mesmo artigo (art. 12), justamente em razão da estrutura genérica utilizada para a definição das condutas.

A inexistência de um tratamento proporcional na lei, acabava por transferir a responsabilidade de fundamentar as razões que levaram à classificação legal do fato para as autoridades policiais e judiciais, por força do art. 37. Este artigo previa alguns critérios para a caracterização dos crimes definidos na lei, como: “*natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.*”

Ainda que a sua existência tivesse sido marcada pelo seu conteúdo inédito, a sua aplicação continuou sendo criticada, sobretudo pela falta de precisão nos critérios adotados. Esta ausência permitiu uma maior discricionariedade do poder judiciário para o julgamento de processos que envolviam o crime de tráfico de drogas. A liberdade judicial promovida pelas lacunas da lei não traduziu o real sentido da palavra justiça.²⁷ Pelo contrário, enquanto a lei nº 6.368/76 esteve vigente, Carvalho (2013, p.79) afirma que “[...] a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas [...]”.

A vigência desta norma, que perdurou durante quatro décadas, pois a nova lei de drogas somente entrou em vigor em 2006, resultou, conforme Taffarelo (2009, p.80), em diversos problemas sociais, sobretudo pela sua ênfase repressiva. Dentre eles, o autor cita “a estigmatização e a marginalização social, o inchaço do sistema penal, a obstrução à implementação de programas preventivos de eficácia comprovada – como o caso da redução de danos.”

²⁷ Para além de estar em causa o princípio da proporcionalidade, eis que o mesmo exige que a pena aplicada seja adequada e necessária para alcançar os fins desejados pela norma penal, está também em causa o princípio da legalidade, nomeadamente a exigência de uma lei certa, estrita e formal. A Lei nº 6.368/76, ao não distinguir de forma adequada entre pequenos e grandes traficantes de drogas, permitiu a aplicação de penas desproporcionais e violou o requisito de clareza nas normas, possibilitando a discricionariedade excessiva do judiciário e comprometendo a justiça equitativa e previsível.

2.2 Considerações iniciais sobre a nova lei de drogas brasileira: Lei nº 11.343 de 2006

O contexto de surgimento da nova lei de drogas brasileira, segundo estudo minucioso feito por Campos (2015, p. 41), que se propôs a investigar ao pormenor a tramitação legislativa desta nova lei, visava o fim das deficiências observadas na revogada lei nº 6.368/76 e ao mesmo tempo ensejava uma resposta penal a onda de sequestros que se verificava no ano da sua proposição.²⁸

Ao analisar as justificativas e discursos dos deputados e senadores responsáveis pela elaboração do texto normativo da nova lei, o autor revela que havia interesse na época em eliminar a imprecisão legislativa a respeito da diferenciação do uso e do tráfico de drogas, assim como minimizar as negociações ilícitas entre policiais, usuários e traficantes.

Embora estas justificativas fossem o pano de fundo para a criação de uma nova lei de drogas, o texto final aprovado revela, tão somente, um novo modelo de política criminal pautado no discurso médico-jurídico, popularizado na década de 60. Sob esse prisma, a nova lei de drogas estabeleceu, para os usuários, uma política centrada na saúde pública e na prevenção, anunciando o fim da pena privativa de liberdade (embora manteve a conduta criminalizada); e, para os traficantes, o recrudescimento das penas, sem tratamento penal proporcional conforme o grau de gravidade.²⁹

Uma das novidades trazidas pela nova lei, foi a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD)³⁰, justamente para readequar essa

²⁸ Conforme notícia publicada na Folha de S. Paulo, em 11 de abril de 2002, é informado o aumento nos índices de sequestros ocorridos no Estado de São Paulo. Segundo a notícia “de 2000 para 2001, o número de sequestros no Estado aumentou de 63 para 307 ocorrências.” Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1104200201.htm>. Acesso em: 12 de jul. 2022.

²⁹ Campos (2015, p.144) entende que somente foi possível aprovar no texto da lei o tratamento penal menos gravoso ao usuário de drogas (colocando-se o fim da pena privativa de liberdade), caso fosse aprovado também o aumento da pena para o crime de tráfico de drogas. Segundo ele “(...) a introdução do saber médico – só ganharia condições de possibilidade e emergência com a outra metade, ou seja, com o aumento da pena mínima de prisão. Foi necessário aumentar (severidade) a punição de um lado para diminuir (prevenção) do outro lado.”

³⁰ BRASIL. Senado Federal. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.”

reformulação do sistema de justiça criminal em matéria de drogas. Dentre as suas competências, o Sisnad é responsável por prescrever medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de droga, assim como normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.³¹

Outra alteração trazida pela nova lei, foi a substituição da expressão “substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica”, como era na revogada lei nº 6.368/76, pelo termo “droga”. Associa-se a esta nova terminologia as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, conforme descrito no parágrafo único do art. 1º.³²

Segundo Silva (2016, p.16), “o termo “drogas”, ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica (...)”. Entretanto, para a configuração de um ilícito penal, por exemplo tráfico de drogas, torna-se necessário que a substância apreendida esteja presente no rol das drogas consideradas ilícitas.

Por não estar presente na lei o rol das drogas consideradas ilícitas, eis que reconhecida na doutrina tratar-se de uma norma penal em branco, esta responsabilidade ficou a cargo do Poder Executivo da União para, através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editar um regulamento que definisse as drogas controladas pelo Estado, sobretudo aquelas que são efetivamente proibidas.

³¹ Ainda sobre o papel do Sisnad na política de drogas brasileira, ressalta Maronna (2022, título I – disposições preliminares, pp. 56-57) que: “O Sisnad tem seus princípios descritos no art. 4º da Lei n. 11.343/2006 e, dentre eles, destacam-se o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito; a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; e a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), a instância máxima do Sistema.”

³² BRASIL. Senado Federal. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Parágrafo único do art. 1º: “*Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.*”

Este ato foi aprovado em 1998, conforme Portaria nº 344, e trata do regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

No tocante aos crimes relacionados com o tráfico de drogas, identificados no título IV “*da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*”, capítulo II “*dos crimes*”, verifica-se que o legislador optou por não indicar expressamente o conceito ou significado jurídico-penal dos crimes tipificados.³³

A doutrina, contudo, vêm utilizando alguns critérios para classificar os crimes ali previstos, de forma a facilitar a compreensão e interpretação. Pode-se dizer que as condutas tipificadas no capítulo II “*dos crimes*” estão divididas no tipo fundamental do tráfico ilícito de drogas (art. 33), nos crimes equiparados ou assemelhados ao tráfico ilícito de drogas (§ 1º, incisos I a IV, do art. 33)³⁴, e, por último, nos crimes complementares ou vinculados ao tráfico ilícito de drogas (arts. 34 a 37)³⁵.

Há ainda os crimes que não fazem parte destas classificações, embora presentes no mesmo capítulo da lei, por, em sua natureza, não possuírem relação com a ideia de comercialização ou mercancia. É o caso, por exemplo, dos crimes previstos no §2º do art. 33 (auxílio ao uso e uso compartilhado), no art. 38 (prescrição ou ministração culposa) e no art. 39 (condução de embarcação ou aeronave após uso de drogas).

Relativamente ao tipo fundamental do crime de tráfico de drogas, objeto de estudo na presente pesquisa, percebe-se que as inúmeras ações puníveis presentes nos 18 (dezoito) verbos nucleares presentes no art. 33, possuem plena correspondência com o revogado art. 12, da Lei 6.368/76, eis que os núcleos verbais mantiveram-se idênticos. Conforme texto de lei, o delito restou assim definido:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever,

³³ Para além de estar em causa o princípio da proporcionalidade, está também em causa o princípio da legalidade, nomeadamente a exigência de uma lei certa, estrita e formal.

³⁴ Trata-se das condutas relativas aos precursores (art. 33, § 1º, I), ao plantio (art. 33, § 1º, II), ao auxílio logístico (art. 33, § 1º, III) e ao agente policial disfarçado (art. 33, § 1º, IV).

³⁵ Trata-se das figuras relativas ao modo de produção (art. 34), a associação (art. 35), ao financiamento (art. 36) e ao informante (art. 37).

ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.³⁶

No tocante às alterações procedidas pela atual lei de drogas relativamente ao crime previsto no artigo acima colacionado, denota-se que as mesmas se restringiram a sanção penal, nomeadamente a sanção mínima. Passou de três anos, como era prevista na lei anterior, para cinco anos, mantendo-se inalterada a pena máxima de quinze anos. Alterou-se também a pena de multa para valor superior, já que na lei anterior variava de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta), e na atual, passou a ser 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Dentre as características do crime em análise, chama-se atenção para o bem jurídico que a norma protege. O intuito do legislador ao repreender o crime tipificado no *caput* do art. 33, visa a proteção da saúde pública (bem jurídico tutelado). Conforme Thums e Pacheco (2010, p.34) “a preocupação da lei na criminalização do tráfico não é a de evitar os males causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam.”

Por esta mesma razão, classifica-se o delito do tráfico de drogas como crime de perigo abstrato. Os tipos incriminadores referentes aos crimes em questão representam elevada perigosidade, e segundo os critérios de classificação dos crimes de perigo abstrato, tal fato, por si só, coloca em causa o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, de modo que a punição daqueles que inlijam tal norma estaria legitimada.

Dessa forma, para ocorrer lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal não é necessário que o terceiro adquirente usufrua a droga em si, bastando, para a consumação do delito e lesão do bem, no caso do tráfico ilícito por exemplo, a efetivação de uma das condutas como “vender”, “ceder” ou “oferecer a outrem”³⁷, ou ainda,

³⁶ BRASIL. Senado Federal. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Artigo 33.

³⁷ Relativamente aos tipos incriminadores, sobretudo à forma como o bem jurídico é posto em causa pela atuação do agente, é possível distingui-los entre crimes de dano e crimes de perigo. Nos crimes de dano, segundo Dias (2007, p.309), “a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efectiva do bem jurídico.” Em outras palavras, para que haja consumação do delito, imprescindível que haja lesão do bem jurídico tutelado. O exemplo mais clássico é o homicídio (art. 131º, do CP). Já nos crimes de perigo, para a consumação do delito não há qualquer exigência acerca da efetiva lesão ao bem jurídico, basta, segundo o mesmo autor “a mera colocação em perigo do bem jurídico.” (p.309)

simplesmente, “ter em depósito” ou “transportar”, desde que, nestas últimas hipóteses, o interesse final seja a comercialização, mesmo que tal operação não tenha sido concluída.³⁸

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no art. 5º, inciso XLIII³⁹, equipara o tráfico ilícito aos crimes considerados hediondos e isso confere um tratamento penal mais gravoso. Além da impossibilidade de graça, anistia e fiança,

Ainda dentro da classificação dos crimes de perigo, destacam-se os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Nos primeiros, conforme Carvalho (2008, p.297) “o tipo legal exige que o bem ou bens jurídicos tutelados tenham sido, efectivamente, postos em perigo.” Por isso, para a configuração desta modalidade, deverá haver, no âmbito do processo penal, prova de que a conduta pôs, de fato, em perigo o bem jurídico tutelado. Citando como exemplo o crime de exposição ou abandono (art. 138º do CP), Beleza (2000, p.118) afirma que não é necessário que ocorra o evento morte para a configuração do crime, basta demonstrar que “houve criação de perigo de morte.”

Nos crimes de perigo abstrato, por sua vez, o perigo não é elemento do tipo incriminador, mas tão somente motivo da punição. Por isso não haverá necessidade, para consumação e configuração dos delitos desta espécie, prova de que a conduta colocou em perigo o bem jurídico protegido, diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto. Segundo Carvalho (2008, p.297), “o legislador, baseado na elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência, considera que tal conduta contém sempre o risco sério de poder lesar ou pôr em perigo o importante bem jurídico protegido pelo tipo.”

³⁸ Nos casos de mera posse de entorpecente é necessário que a autoridade acusatória demonstre que o interesse final do réu seja a comercialização da droga, eis que tal ato pode também configurar uso pessoal. Para ilustrar a questão, colaciona-se dois julgamentos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o resultado final foi completamente distinto.

[...] A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como as de simplesmente levar consigo ou ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia. Desimporta, assim, tenha o agente efetivado - ou não - o comércio, mostrando-se suficiente, para tanto, que a prova produzida evidencie tal intento, como ocorre no caso presente, em que dispunha o acusado de expressiva quantidade de droga de especial nocividade (43g de cocaína), balança de precisão e dinheiro fracionado, que por si só coloca à mostra sua destinação comercial. [...] APELOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 50052217920188210132, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em: 25-11-2022)

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. PUNIBILIDADE EXTINTA. RECURSO MINISTERIAL. 1º Fato -Abordagem de rotina. Apreensão de 02 buchas de cocaína (1,2 miligramas), além da quantia de R\$ 4.415,00. 2º Fato- Denúncia anônima. Abordagem após tentativa de fuga. Apreensão de 02 buchas de cocaína, com aproximadamente 1 grama, além de R\$ 1.009,00. Tráfico de drogas. Posse demonstrada. Depoimentos dos policiais responsáveis pelas ocorrências confirmando a apreensão dos entorpecentes, assim como confissão do réu. Dúvida relevante quanto à tipicidade. Quantidade pouco expressiva. Insuficiência de provas quanto à destinação circulatória da substância. Inexistência de investigação ou de abordagem a usuários. Ausência de visualização de qualquer atitude que pudesse caracterizar a mercancia de drogas. Dúvida sobre a destinação da droga, pois compatível a quantidade com o consumo pessoal ou até compartilhado. Princípio do in dubio pro reo. Desclassificação e extinção da punibilidade mantida. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 50003190420218210092, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Julgado em: 07-07-2022)

³⁹ BRASIL. Senado Federal. CRFB, art. 5º, inciso XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

o *status* hediondo do crime de tráfico de drogas impõe também que o regime inicial para o cumprimento da pena seja o fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072 de 1990⁴⁰, que dispõe sobre os crimes hediondos.

Realizadas estas considerações iniciais, nos próximos tópicos serão abordados temas relativos à construção da tipicidade do crime de tráfico de drogas, eis que, conforme identificado na doutrina, revelam problemas de interpretação e dificultam a tarefa do poder judiciário quando da análise dos casos práticos.

2.2.1 Correspondência dos tipos penais presentes nos crimes de tráfico e consumo de drogas: finalidade do agir como critério de distinção

No tocante a construção da tipicidade do crime de tráfico de drogas, nomeadamente as elementares típicas presentes nos arts. 33 (tipo fundamental do tráfico de drogas) e 28 (consumo de drogas), a doutrina identifica problemas de interpretação e aplicação.

Isso porque quando comparados os elementos objetivos e normativos do tipo em ambos os artigos, constata-se que há plena correspondência, conforme Carvalho (2013, p. 317) “às circunstâncias que permitem identificar empiricamente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação”. A fim de facilitar a compreensão, contrapõe-se o texto legal de ambos artigos:

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

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, **sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar**:

A simples leitura da redação dos artigos referidos permite visualizar que os núcleos verbais presentes no art. 28, como *adquirir, guardar, tiver em depósito,*

⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990: “Art. 2º [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado;”

transportar ou trazer consigo, também são encontrados no art. 33. O mesmo ocorre relativo aos elementos normativos do tipo, uma vez que, para restarem caracterizados ambos os crimes, o agente, ao praticar qualquer das condutas descritas, o faz, *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regular*.

Significa dizer que a mesma situação fática permite, em primeira análise, processualização e punição distinta, pois um sujeito na posse de drogas pode ser enquadrado tanto no art. 28 como no art. 33.

É por isso que a análise isolada dos elementos objetivos e normativos não serão suficientes para a subsunção do fato a norma incriminadora, sendo imprescindível a investigação dos elementos subjetivos do tipo, qual seja, o dolo (ou finalidade de agir do agente), único elemento capaz de distinguir as referidas condutas.

Referente ao elemento subjetivo, contudo, o legislador optou por trazer o dolo específico apenas no art. 28, ao utilizar a expressão *“para consumo pessoal”*, enquanto no art. 33, para a configuração do crime de tráfico de drogas, basta o dolo genérico. Dessa forma, conforme aponta Carvalho (2013, p. 324), o delito de tráfico ilícito estaria caracterizado independentemente do destino da droga, sendo desnecessário inclusive haver prova efetiva dos atos de mercancia; enquanto para a caracterização do delito de porte ou posse para utilização própria, a finalidade específica *“para consumo pessoal”* deverá restar comprovada.

Na concepção de Carvalho (2013, p.324), esta opção legislativa cria uma *“espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador* na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa”, pois em todos os casos que não restar demonstrado o especial fim de agir *“para consumo pessoal”*, permite-se interpretar que a conduta se enquadra nos termos do art. 33.

Esse cenário, na prática, tem originado consequências inclusive sobre a responsabilidade do ônus da prova. Carvalho (2013, pp.324-325) já sinalizou que a interpretação da norma, em razão da forma como os elementos subjetivos estão apresentados, tem incentivado que decisões judiciais invertam o ônus da prova, no sentido de racair à defesa o papel de demonstrar o ânimo do agente, sobretudo nos

processos em que há necessidade de distinguir a posse com intuito mercantil da posse para consumo pessoal.

Semer (2019, pp.478-479), ao analisar o conteúdo de oitocentas sentenças provenientes de diversos Estados do Brasil, entre os anos de 2013 e 2015, concluiu que houve constante violação do princípio da presunção da inocência nos processos que envolve a apuração do crime de tráfico de drogas, em razão da equivocada inversão do ônus da prova. Segundo ele, em alguns processos, foi possível identificar ordens judiciais para que o acusado fizesse prova negativa de que não possui intuito de comercializar a droga; para demonstrar que a posse era destinada exclusivamente ao consumo próprio; ou, ainda, para demonstrar poder financeiro para adquirir a substância, bem como a licitude da origem do dinheiro apreendido.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se manifestou sobre a relação dos elementos subjetivos dos crimes de tráfico e consumo de drogas *versus* a reponsabilidade do ônus da prova no processo penal. A matéria foi referida pelo Ministro Gilmar Mendes, no bojo do Recurso Extraordinário 635.659, em que se discute a inconstitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343/06. Segundo o Ministro:

A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.

Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. A acusação não seria necessário demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação.

A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. A finalidade é um elemento-chave para a definição do tráfico. A cadeia de produção e consumo de drogas é orientada em direção ao usuário. Ou seja, uma pessoa que é flagrada na posse de drogas pode, muito bem, ter o propósito de consumir.

Seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto. Dessa forma, a melhor leitura é de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação. (Voto Gilmar Mendes, RE 635.569 STF)⁴¹

Na concepção de Nucci (2009, p. 348), para corrigir esta deficiência legislativa, que induz interpretações equivocadas acerca da correta subsunção do fato à norma

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.569/SP – São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

incriminadora, mormente quando se tratar de condutas presentes em ambos os crimes (arts. 28 e 33), será necessário uma alteração legislativa a fim de especificar o dolo em ambos os tipos.

Assim, inexistindo comprovação de que a droga teria como finalidade a mercancia ou efetiva circulação, a conduta não poderia ser enquadrada no art. 33, sendo, conseqüentemente, atípica por falta de provas, ou, em último caso, desclassificada para o art. 28.

2.2.2 Ausência de critérios valorativos previamente definidos em lei que contribuam para a configuração do elemento subjetivo

Os problemas relacionados com a interpretação das elementares típicas do delito de tráfico de drogas, em especial o elemento subjetivo, não se resumem a sua forma como definida pelo legislador. Há ainda outro fator que irá obstaculizar a aplicação da lei aos casos concretos. Trata-se da ausência de critérios valorativos previamente definidos na lei de drogas para a designação do interesse de agir, a fim de identificar o aspecto volitivo do agente, no sentido de permitir diferenciar o que será enquadrado como tráfico ou consumo próprio.

Nesse sentido, Campos (2013, p.130) refere que “os mecanismos da justiça criminal de diferenciação na incriminação de alguém enquanto usuário e traficante são tênues, subjetivos e arbitrários” e que por esta razão, sustenta o autor, usuários estariam sendo incriminados como traficantes.

Relativo a tarefa de distinguir a posse de drogas para consumo próprio da posse para fins comerciais, a doutrina entende que o legislador brasileiro optou pelo sistema de quantificação judicial (ou policial)⁴², ao invés do sistema de quantificação legal. Segundo Lima (2016, p.709), no primeiro sistema, a responsabilidade em decidir qual conduta foi praticada, de acordo com os fatos, recairá ao juiz. Ao passo que, no segundo sistema, a própria legislação oferece critérios objetivos de diferenciação entre as

⁴² Gomes (2007, p.161) entende que o legislador optou pelo sistema de reconhecimento judicial ou policial. O autor entende que, embora a última palavra seja do juiz, a polícia também tem o seu papel na distinção das condutas (tráfico ou consumo), no momento em que passa a ter conhecimento do fato.

condutas, como por exemplo, cita o autor, a fixação de determinada quantidade de droga diária permitida para consumo pessoal.

Obedecendo a este sistema de quantificação judicial, as autoridades policiais serão as primeiras a classificarem o delito praticado. A fase da persecução criminal inicia através do flagrante delito ou de investigações pretéritas. Na grande maioria dos casos, esta classificação é feita pelo policiamento ostensivo, em outras palavras, pelo policiamento de rua.

Semer (2019, pp. 263-264), segundo estudo já citado, constatou que, em um universo de 800 sentenças, 88,75% dos casos tiveram origem a partir de prisões em flagrante, e apenas 11,25% houve investigação prévia.⁴³ Entre estes flagrantes, 70% foram lavrados pelo policiamento militar, aquele efetuado de forma ostensiva.⁴⁴

A classificação do crime cometido, portanto, é definido ainda na rua, no momento do flagrante efetivado pela autoridade policial, antes mesmo de ser passado ao papel. Nesse momento, restam duas opções à pessoa abordada pela polícia: i. ou será conduzida à delegacia para assinar o Termo Circunstanciado⁴⁵, no caso de porte ou posse de drogas para consumo próprio, e será liberada; ii. ou será conduzida à delegacia para lavratura do auto de prisão em flagrante, no caso do tráfico de drogas, sendo presa imediatamente.

Relativo ao papel da polícia nos crimes relacionados com porte ou posse de drogas, seja para fins comerciais ou pessoais, destaca Jesus (2016, p.34) que, “no limite, é a polícia quem define quem é “usuário” e quem é “traficante”. É ela que vai

⁴³ Outro dado relevante trazido por Semer (2019, p.267), refere-se a forma em como o fato chegou até as autoridades policiais. Segundo o autor, “44% das prisões são decorrentes de atividades de patrulhamento, 29,38% decorrente de *denúncia anônima*, ao passo que apenas 3,88% é decorrente, por exemplo, da realização de interceptação telefônica.”

⁴⁴ A Polícia Militar tem as suas atribuições elencadas no art. 144, da Constituição Federal, e tem, como principal competência, o policiamento ostensivo. “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...) § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; (...)”

⁴⁵ Importante referir que a infração penal descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que trata do crime de porte ou posse de drogas para consumo próprio e que não possui previsão de pena privativa de liberdade, é considerada uma infração de menor potencial ofensivo, e assim o rito processual seguirá as normas da Lei nº 9.099/1995.

narrar os fatos como crime, e oferecer ao sistema de justiça criminal os “indícios” de “materialidade” e “autoria”, elementos fundamentais para o início de uma ação penal.”

Nesse sentido, para estabelecer o juízo de valor acerca da conduta delituosa, verifica-se que a legislação de drogas brasileira traça algumas balizas que delimitam, embora de forma genérica, a função da polícia. É o que se depreende, por exemplo, da determinação contida no art. 52, inciso I, na qual, após conclusão do inquérito policial, as autoridades policiais deverão justificar as razões que levaram à classificação do delito *“indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente;”*.

Os elementos que constam no art. 52, inciso I, conferem um norte para a atividade policial e são eles que darão embasamento para o pedido de indiciamento do investigado e, posteriormente, judicialização do processo através do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.⁴⁶

Por outro lado, em sede judicial, a lei enumera os mesmos critérios aparentes no art. 52, inciso I. Nesta fase, contudo, a norma é direcionada ao juiz para que possa elucidar se a droga encontrada era destinada ou não ao consumo pessoal. É o que se infere da análise do art. 28, § 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..⁴⁷

Carvalho (2013, p.330) adverte que os dados externos proporcionados pelas circunstâncias objetivas introduzidas pelo artigo suprarreferido, como quantidade, tempo, local e forma de agir, não podem ser analisadas sem os dados subjetivos, como o

⁴⁶ Conforme Lopes Jr. (2019, capítulo V, 5.1.1.), “A ação penal de iniciativa pública é atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição. Significa que somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da “denúncia”.”

⁴⁷ A respeito dos critérios elencados no art. 28, § 2º, leciona Gomes (2007, p. 162) que: “É importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína etc.) ou “leve” (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc.”

aspecto cognitivo e volitivo do agir. Ao citar um exemplo, o autor refere que uma pessoa que se encontra com quantidade elevada de drogas, acondicionadas em embalagens distintas, entre outros elementos fáticos, tanto pode revelar uma situação de comércio ilícito como de consumo pessoal. Nesse sentido, o autor explica que:

[...] os dados apresentados como idôneos à classificação da conduta pela autoridade judicial previstos no art. 28, § 2º da Lei de entorpecentes, tais como *quantidade, local, antecedentes*, podem apenas *sugerir e indiciar* a incidência dos tipos penais do art. 33 ou do art. 28. Nunca, porém, definir o juízo de imputação como se tais critérios fossem únicos e exclusivos, exatamente por se tratar de elementos objetivos do tipo. (Carvalho, 2013, p.330)

Na concepção de Campos (2015, p. 199), entretanto, os elementos condizentes com a vida privada do investigado, como as circunstâncias sociais e pessoais do mesmo, é que, de fato, serão determinantes para definir qual infração o mesmo será processado (tráfico ou consumo). Tais elementos, segundo o autor, estão relacionados com a camada social em que a pessoa abordada está inserida, e será esse o fator determinante para designar a forma de processualização e punição.

Em síntese, embora o poder judiciário não esteja vinculado ao relatório elaborado pelas autoridades policiais, em razão da livre apreciação, Valois (2017, p. 460) entende que a posição ocupada pelo judiciário, nos delitos que envolvem drogas, associa-se a “plateia de uma peça teatral escrita, dirigida e encenada pela polícia.”⁴⁸ Segundo o autor, nada mais além do auto de prisão em flagrante é produzido a nível de investigação e o que chega em juízo para apreciação é literalmente a cópia do auto da prisão em flagrante.

E em muitos casos, a única testemunha ocular, que presenciou o fato, é a própria polícia que conduziu o flagrante delito. Jesus (2011, p. 55), ao analisar 667 autos de prisões em flagrantes, efetuados na cidade de São Paulo entre os anos de 2010 e 2011, concluiu que, em 74% dos casos, as únicas testemunhas presentes eram os policiais que realizaram a apreensão do acusado.

⁴⁸ Referência utilizada por Valois (2017, p. 460), ao referir que o único documento que chega às autoridades judiciais é o auto de prisão em flagrante, que contém em grande parte dos casos, apenas o depoimento do policial que conduziu o flagrante delito, e que posteriormente, no âmbito judicial, esse mesmo policial será chamado para produzir o seu depoimento. Valois (2017, p. 460) refere que “a produção em massa de prisões relacionadas às drogas não permite que o policial, por ocasião da audiência, lembre-se de todos os envolvidos e das circunstâncias da prisão, fazendo muitos deles terem que ler previamente o boletim de ocorrência arquivado na polícia (...)”.

Pode-se afirmar que há uma dependência da polícia em matéria de provas nos casos que envolve o apuramento dos crimes relacionados com o comércio de drogas ilícitas. Jesus (2016, p. 33) refere o seguinte:

Mas quais são as provas observadas e consideradas pelos juízes e que lhes permitem decidir pela condenação das pessoas acusados por “tráfico”? Majoritariamente, aquela produzida pelos policiais do flagrante. Mas em que consistem tais provas? Em suas narrativas. Os policiais oferecem aos juízes o vocabulário que eles necessitam para exercerem seu poder de punir. Os critérios estabelecidos pela Lei 11.343/2006 são genéricos e abertos, dependendo de “incícios” que lhes dê sentido de prova para se diferenciar o porte para uso do porte para venda.

Diante desses fatos, é seguro concordar com Silva (2016, p. 83), quando este afirma que “a prova da traficância é um dos grandes problemas enfrentados pelos operadores do direito.” Essa dificuldade é consequência da própria legislação de drogas, que pouco contribui para a diferenciação do porte para uso do porte para venda, principalmente.

2.2.3 Ausência de tratamento penal proporcional relativo ao grau de gravidade no crime de tráfico de drogas

A nova lei de drogas, conforme refere Carvalho (2013, p. 309), reforça a técnica legislativa da revogada Lei 6.368/76, mantendo-se “(...) a constante utilização de preceitos em branco, de tipos penais vagos e de qualificações genéricas de condutas, sob a justificativa de que permitiriam maior flexibilidade (...)”.

Essa técnica legislativa, contudo, revela problemas na sua interpretação e aplicação, eis que o legislador não introduziu na lei de drogas tipos penais intermediários, como crimes relacionados ao comércio de menor ou maior gravidade.

A ausência destes tipos penais, segundo Carvalho (2013, p. 316), representa uma zona cinzenta intermediária entre as respostas penais mínima e máxima, na qual “[...] eventos de natureza não especificamente identificáveis como hipóteses de comércio ilegal podem acabar recebendo os rígidos efeitos penais, processuais e punitivos do tráfico de entorpecentes.”

A única inovação trazida pela lei, no que tange a elaboração de tipos penais intermediários, na qual há correspondência exata entre a conduta praticada e as características que o enquadram na norma descrita na lei de drogas como crime, refere-se ao sujeito que oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para consumo partilhado (art. 33, § 2º).

A hipótese do art. 33, § 2º, é a única ação punível prevista na lei, considerada uma variação entre condutas de comércio, embora neste caso sem objetivo de lucro, em que a resposta penal será proporcional a sua gravidade. A este crime, aplica-se pena de detenção que pode variar de 1 a 3 anos.⁴⁹ Todas as outras ações puníveis, relacionadas com o comércio de drogas, independentemente do grau de gravidade, serão enquadradas no artigo 33 (tipo fundamental do tráfico de drogas), em que a pena base pode variar de 5 a 15 anos.

Essa característica da lei de drogas, que não individualiza as variações de crimes que o tráfico apresenta conforme a sua gravidade, traduz, conforme Valois (2017, p. 420), a intenção do legislador de criar um crime de fácil apuração e condenação para punir qualquer pessoa envolvida com alguma substância ilícita. O autor complementa ainda que a generalização dos tipos penais previstos no crime de tráfico de drogas “são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado.”(Valois, 2017, p. 421).

Por outro lado, não se pode olvidar que o legislador criou a figura do tráfico privilegiado (nome popular atribuído a uma causa de diminuição de pena), presente no art. 33, § 4º, justamente para distinguir o traficante profissional daquele iniciante na vida criminosa. Segundo o referido artigo, as penas nos delitos definidos no *caput* (tipo fundamental do tráfico de drogas) e § 1º (tipos equiparados ao tráfico de drogas), do art. 33, poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, caso o agente seja primário, de

⁴⁹ Tal artigo contudo é bastante criticado pela doutrina pela sua abrangência demasiadamente restrita. Nucci (2015, p. 357) refere que “este tipo é insuficiente, pois muito restritivo. A exigência concomitante de quatro requisitos é extremada. Se um indivíduo oferece droga, em uma festa, por exemplo, a alguém que acabou de conhecer, mesmo que não haja a finalidade de lucro e seja uma atitude isolada, não se aplica o disposto no §3º do art. 33 (tráfico de entorpecentes). Por outro lado, se oferecer a droga a um amigo, desde que tal situação ocorra com frequência, também não se beneficia da figura privilegiada. Seria punido com base no art. 33 (tráfico de entorpecentes).”

bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integra organização criminosa.

Esta norma, contudo, não criou uma nova figura tipificada em lei. Trata-se apenas de uma causa de diminuição de pena, cuja aplicabilidade se dá no momento da dosimetria/individualização da pena, e não quando da persecução criminal. E para a sua aplicação, ainda é necessário cumprir cumulativamente os requisitos descritos no artigo, nomeadamente ser agente primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Por ser uma norma de aplicabilidade no momento da dosimetria da pena, e por inexistir na Lei de Drogas brasileira figuras que tipifiquem o crime de tráfico ilícito consoante o seu grau de gravidade, tem sido natural encontrar diferentes decisões sobre situações fáticas muito semelhantes.

Nesse sentido, segundo Boiteux *et al* (2009, pp. 65-67) em um estudo que se propôs analisar o conteúdo de 730 sentenças coletadas entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008, provenientes das cidades do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, verificou-se que em 359 sentenças (49,2%) houve redução da pena e que o principal motivo dessa redução foi o § 4º, do art. 33. Em contrapartida, das 371 sentenças restantes (50,8%) em que não houve redução de pena, os juízes não apresentaram quaisquer justificativas para denegar o redutor da pena em 130 ocasiões⁵⁰, representando aproximadamente 35% dos casos.

Em suas conclusões, Boiteux *et al* (2009, p. 109) aduz que o referido artigo, embora tivesse o objetivo de distinguir o pequeno, médio e grande traficante, ainda "(...) depende da boa vontade dos juízes para ser aplicado (...)" e que "(...) a Justiça Estadual ainda tem muitas resistências, o que faz com que haja muitos réus que, mesmo primários, recebem penas mais altas (...)".

⁵⁰ A respeito dos juízes que denegam o redutor sem apresentar justificativas, imperioso destacar o raciocínio desenvolvido por Silva (2016, p. 102): Presentes os requisitos previstos na norma a diminuição da pena é obrigatória, não ficando ao alvedrio do Juiz operar a redução ou não. Embora a norma empregue a expressão "as penas poderão ser reduzidas", não se trata de atividade discricionária do Juízo, mas de direito subjetivo do acusado.

Na concepção de Semer (2019, p. 387), contudo, a não aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33 também possui conexão com uma das exigências que a norma determina, nomeadamente a de não pertencer a grupos que exerçam atividades criminosas. Segundo ele:

A exigência de que o agente não se dedique às atividades criminosas abriu outra brecha contra sua utilização, tratando-se de uma categoria diversa daquelas que o sistema penal estava acostumado a lidar (reincidência/maus antecedentes). O tipo aberto, como seria de se esperar, permitiu interpretações que o esvaziaram por completo, em especial quando reconhecido que a participação no tráfico de entorpecentes, em si mesmo, já significa uma dedicação a atividades criminosas. (Semer, 2019, p.387)

A ausência de tipificação pormenorizada de crimes de tráfico de drogas de acordo com a gravidade da conduta e a restrita aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, solução esta que serviria para amenizar a lacuna deixada pela legislação brasileira, apenas reforçam a ineficácia da lei na tentativa de distinguir pequenos, médios e grandes traficantes.

2.3 Lei de Drogas Portuguesa: breve evolução legislativa

Assim como ocorreu no Brasil, o percurso proibicionista em Portugal também foi influenciado após as edições das convenções internacionais estudadas no primeiro capítulo deste trabalho, nomeadamente a partir da Convenção Única de 1961.

Até então, era vigente no ordenamento jurídico Português, o DL nº 12.210/26, de 24 de agosto. Segundo Agra *et al* (1997, p. 31), “esta lei concebeu a droga como uma mercadoria, tipificando ilícitos fiscais e comerciais – racionalidade fiscal -, mas alargando a sua preocupação à saúde pública, e previu penalidades para o tráfico de drogas.”⁵¹

⁵¹ Em complemento, Quintas (2011, pp. 105-106) refere que: As transgressões às disposições fiscais referem-se à falta de observância das condições legais por parte das firmas importadoras de drogas e dos depositários das drogas, designadamente farmácias, armazéns de drogas ou drogarias e laboratórios de produtos farmacêuticos. As transgressões penais são regulamentadas no Art. 13º, onde se descrevem os actos proibidos e as molduras penais abstractas previstas para as infracções. Pratica um acto de tráfico de drogas toda a pessoa que, de algum modo, intervenha ilicitamente na transacção de drogas, simplesmente detenha drogas ou tenha intenção de as comprar.

Embora tenha sido considerado “o primeiro diploma substantivo do direito da droga em Portugal”, para Quintas (2011, p. 105), sobretudo por ser o primeiro a utilizar a expressão “tráfico ilícito de drogas”, o referido decreto não mencionava e nem penalizava o consumo de drogas.

Nesse sentido, a edição do Decreto-Lei (DL) nº 420/70, de 3 de setembro, que, segundo descrito no próprio preâmbulo, foi influenciado pela Convenção Única de 1961, é considerado um marco na evolução legislativa Portuguesa. Isso porque, conforme Quintas (2011, p. 107) “a lei de 1970 procede a uma diferenciação entre os crimes de tráfico e de consumo” e, pela primeira vez, ambas condutas passam a ser criminalizadas penalmente.

A transição de uma lei por outra, não significou apenas a perseguição penal contra traficantes e consumidores de drogas, mas também, conforme ressalta Poiães (1998, p. 60), uma mudança de paradigma, do fiscal (vigente entre 1914 e 1970) para o criminal (vigente entre 1970 e 1975). As drogas deixaram de representar meras mercadorias e passaram a ter o seu envolvimento associado a delitos.

Entre as justificativas para a edição desta legislação, presentes em seu preâmbulo, destaca-se o crescimento exponencial do consumo de substâncias que aquele século vivenciava; os possíveis danos à saúde física e moral dos indivíduos que o consumo poderia originar; bem como a sua relação com fenômenos de delinquência. Alertou-se, também, para a necessidade de atualizar a legislação vigente, “com o propósito de evitar que a produção, o tráfico e o uso dos referidos produtos possam desenvolver-se à margem do condicionalismo autorizado.”⁵²

No tocante a sua estrutura normativa, entretanto, percebe-se que o decreto revelou notória timidez do legislador na época, especialmente por introduzir condutas genéricas tanto relacionadas com o tráfico ilícito como o consumo de drogas. Recheado com diversos verbos nucleares que tipificavam diversas condutas relacionadas com o comércio de drogas, o art. 2º, nº 1 identificava o crime de tráfico de drogas e cominava pena de prisão que poderia variar entre 2 a 8 anos. Já o nº 2 do mesmo artigo,

⁵² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 420/70 de 3 de Setembro do Ministério da Justiça. Diário do Governo: nº 204/1970, Série I de 1970-09-03. Acedido a 23 maio 2023. Disponível em www.dre.pt.

relacionava-se com consumo pessoal de drogas, e a pena poderia chegar até 2 anos de prisão.⁵³

Cinco anos após vigência do referido decreto, Poiares (1998, p. 60) acredita que Portugal iniciou a construção de um paradigma que o mesmo denomina de biopsicossociológico. O rompimento do paradigma criminal, fez com que as legislações sobre drogas tivessem um propósito voltado para o tratamento dos consumidores, a fim de reinseri-los na sociedade.

Esse novo paradigma, que Poiares (1998, p. 60) identifica seu início na década de 70, fez com que Portugal descriminalizasse o consumo de drogas, até determinada quantidade, nos anos 2000 conforme a edição da Lei nº 30/2000. Em outras palavras, “entende-se que o problema já não é solucionável nos quadros da penalidade, optando-se por transferir o comportamento adictivo da componente criminal para o terreno das contra-ordenações.” (Poiares, 2001, p. 68)

Quanto ao tráfico ilícito de drogas, o caminho contudo foi distinto. Segundo Costa (2017, p. 163), por influência das declarações de guerra às drogas, difundidas pelos EUA entre as décadas de 70 e 80, Portugal redefiniu o modelo proibicionista com a promulgação de um novo diploma, o DL nº 430/83, publicado em 13 de dezembro de 1983, que acabou por acentuar as penas para o tráfico ilícito.

Por de trás da elaboração do novo texto legal, justificava-se a necessidade de adaptar o direito interno face as recentes ratificações de normas internacionais, efetuadas por Portugal, como a Convenção Única de 1961, ratificada em dezembro de 1971, e a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, ratificada em abril de 1979.

⁵³ Conforme Decreto-Lei 420/70, de 03 de setembro de 1970, os crimes de tráfico ilícito e consumo de drogas assim restaram definidos:

Art. 2.º - 1. Aquele que importe, exporte, compre, obtenha de qualquer modo, produza, prepare, cultive as plantas donde se possam extrair, prescreva, ministre, detenha, guarde, transporte, venda, exponha à venda ou de qualquer modo ofereça ou entregue ao consumo estupefacientes será condenado a prisão maior de dois a oito anos e multa de 10000\$00 a 100000\$00.

2. Se os actos previstos no número anterior se destinarem a uso pessoal do agente, ou a uso alheio, mas sem intenção lucrativa, quando se não destinem à prática de crimes sexuais, a pena será de prisão até dois anos e multa de 5000\$00 a 50000\$00.

É possível notar, inclusive, através das justificativas que entoaram a edição da nova legislação, o discurso presente nesta década, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, que associou o tráfico ilícito com atividades criminosas internacionais. Nesse sentido, colaciona-se excerto extraído do preâmbulo do DL nº 430/83:

Não sofre qualquer contestação a severidade que devem revestir as penalidades contra os traficantes de drogas, ponto em que a actual legislação se mostra completamente desajustada.

Sabido, porém, o reduzido ou nulo efeito dissuasor da simples previsão de penas severas, há que encontrar formas mais eficientes de garantir que os traficantes não se escapem às malhas da justiça beneficiando da impunidade.

Daí que se prevejam medidas de combate semelhantes às utilizadas contra as organizações terroristas, que se viabilize uma cooperação judiciária mais estreita a nível internacional com vista a apanhar os tentáculos das grandes redes nos diversos países e que se dedique especial atenção às fortunas acumuladas pelos suspeitos e arguidos de tráfico, de modo a desapossá-los delas e a declará-las perdidas para o Estado.⁵⁴

No âmbito da tipificação dos crimes relacionados com o comércio ilícito de drogas, pode-se dizer que o DL nº 430/83 inovou no tocante ao conteúdo normativo, ao estabelecer tipologias em diferentes graus, no sentido de diferenciar os grandes, médios e pequenos traficantes.

De acordo com o texto legal, o primeiro grupo, previsto no art. 23.º (tráfico e actividades ilícitas), tratou dos crimes de maior gravidade, cuja pena de prisão variava de 6 a 12 anos; no art. 24.º (tráfico de quantidade diminutas), estavam inseridos os crimes relativos aos médios e pequenos traficantes, cuja pena de prisão variava de 1 a 4 anos; já o art.º 25 (traficante-consumidor), a legislação inseriu a figura que se utilizava do comércio de drogas para sustentar o próprio vício. A pena de prisão, neste último caso, era até 1 ano.

Para além da inovação quanto às diferentes tipologias, o referido decreto introduziu também causas de diminuição da pena, para cada um dos crimes descritos acima, em razão da posição da droga comercializada de acordo com a tabela das substâncias e preparados sujeitos a controle. Tais situações podem ser visualizadas nos arts. 23.º, nº 3, 24.º, nº 2 e 25.º, nº 2, em nítido cumprimento ao princípio da proporcionalidade.

⁵⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 430/83 de 13 de Dezembro do Ministério da Justiça e da Saúde. Diário da República: nº 285/1983, Série I de 1983-12-13. Acedido a 23 maio 2023. Disponível em www.dre.pt.

No tocante às drogas sujeitas a controle, a própria legislação disciplinou os critérios para a classificação das drogas, conforme os arts. 2.º, 3.º e 4.º, e definiu, por exemplo, a quantidade de tabelas que serão elaboradas; quais drogas serão consideradas para o controle; bem como, quais critérios serão utilizados para classificar as drogas nas tabelas. O que define a presença de uma substância em uma tabela ou outra é a potencialidade letal, a intensidade dos sintomas de abuso, o risco de abstinência e o grau de dependência – art. 3.º, nº 2.

O legislador estabeleceu, inclusive, a possibilidade de haver futuras alterações e atualizações das tabelas de substâncias e preparados sujeitos a controle, conforme determinado no art. 2.º, nº 2.

Dez anos mais tarde, mas sem grandes modificações, publica-se o DL nº 15/93, de 22 de janeiro.⁵⁵ Segundo o próprio sumário, a edição da presente norma teve por influência a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, ratificada por Portugal em 1991, conforme Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91.

E esta norma internacional, como visto no primeiro capítulo da presente dissertação, colocava como a mais alta prioridade o combate ao crime de tráfico de drogas no âmbito internacional. E nesse sentido, Dias (2007, p. 76) afirma que a edição do novo decreto, inspirado no diploma internacional, definiu como primazias:

(...) o combate àqueles que se dedicam ao tráfico ilícito de estupefacientes, o combate no domínio dos precursores, isto é, o combate à utilização de equipamentos e de substâncias químicas próprias que produzem o fabrico de droga e, por último, a garantia de eficazes instrumentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal.

⁵⁵ No âmbito do consumo, Portugal recentemente procedeu alterações ao DL nº 15/93, através da Lei nº 55/2023. E dentre as principais alterações, o respectivo diploma deixou de aplicar pena de prisão para os crimes de aquisição e detenção de drogas para consumo próprio, nos casos em que se verificava quantidade de droga superior ao consumo médio individual durante o período de 10 dias. Na redação da legislação anterior, classificava-se como crime de consumo e imputava-se a pena de prisão de até um ano. Entretanto, para os casos em que a aquisição e detenção de drogas exceder a quantidade de consumo médio, a nova redação do art. 40º, nº 3, do DL nº 15/93, adicionou o termo “*constitui indício de que o propósito pode não ser o de consumo*”, podendo, estas ações típicas, serem interpretadas como tráfico de drogas.

A respeito dos limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária, consultar art. 9º, da Portaria nº 94/96, de 26 de março.

Por outro lado, em termos de estrutura normativa, percebe-se que o diploma atual mantém inalterado o conceito de tipos penais intermediários entre as respostas penais mínimas e máximas para os crimes relacionados ao comércio de drogas, bem como um tratamento penal proporcional à classificação das substâncias apreendidas. Aliás, nas palavras de Agra *et al* (1997, p.47) “esta lei opera em continuidade com a anterior, filiando-se na mesma racionalidade.”

Segundo Barros *et al.* (2020, p. 17) a estrutura normativa da atual lei de drogas portuguesa, assim como a anterior, estabelece uma tipologia em diversos graus no tocante ao crime de tráfico ilícito. Na concepção da referida autora, no primeiro grupo, classificam-se os grandes traficantes (art. 21º); no segundo grupo, os pequenos e médios traficantes (art. 25º); e no terceiro grupo, os traficantes-consumidores (art. 26º).

Nesse sentido, com a entrada em vigor do DL nº 15/93, infere-se que o mesmo não trouxe relevantes alterações na estrutura normativa dos crimes relacionados ao tráfico ilícito, se comparado à legislação revogada, exceto no tocante as penalidades impostas.

A começar pelo crime previsto no art. 21º, nº 1 (tráfico ilícito na sua forma simples), depreende-se que os 18 verbos nucleares que tipificam a conduta de tráfico ilícito mantiveram-se inalterados. A única modificação legislativa diz respeito à sanção imposta ao limite mínimo, mantendo-se idêntico o limite máximo da pena. Sendo assim, se no revogado DL nº 430/83 a pena de prisão aplicada era de 6 a 12 anos, no atual, a redação passou a ser de 4 a 12 anos. Previsto agora no art. 21º, nº 1, o delito do tráfico ilícito restou assim definido:

Artigo 21.º

Tráfico e outras actividades ilícitas

1 - Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.

No tocante ao tráfico de menor gravidade, previsto agora no art. 25º, para além do aumento da pena máxima (passou de 4 para 5 anos, mantendo-se igual a pena mínima de 1 ano), houve também alteração no texto do artigo.

A revogada lei consagrava o referido crime no art. 24º e denominava-se “tráfico de quantidade diminutas”⁵⁶. Segundo Chaves (1994, p. 87), para que o crime restasse configurado, era necessário que as substâncias detidas não excedessem o necessário para o consumo individual durante um dia.

Com a entrada em vigor do atual DL nº 15/93, o delito passou a conter novos elementos para o seu preenchimento. Agora, além da quantidade (único elemento objetivo que caracterizava o crime de tráfico de quantidade diminutas na lei anterior), outras circunstâncias foram acrescentadas, como “meios utilizados, modalidade ou circunstâncias da ação e qualidade das substâncias”. O texto do dispositivo restou assim configurado:

Artigo 25.º

Tráfico de menor gravidade

Se, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de:

- a) Prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI;
- b) Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

A justificativa para esta alteração, consiste, segundo Albuquerque e Branco (2011, p. 508), numa tentativa de evitar um julgamento desarrazoado, pois, conforme a sua antiga redação, estava previsto apenas a análise da quantidade da droga apreendida como critério para configuração do crime. E muitas vezes, para se esquivar de uma punição mais severa, o arguido acondicionava a droga em diversas frações, justamente para que não fosse encontrado com grandes quantidades.

Relativo a última variação comercial do tráfico ilícito, o atual decreto manteve criminalizado a figura conhecida por “traficante-consumidor”, assim como já o fazia na revogada legislação. Trata-se, conforme Lobo (2021, p. 145), de “um tipo privilegiado de crime, para punir aqueles que não fazendo do tráfico uma forma de vida, a ele se

⁵⁶ No revogado Decreto-Lei 430/83, a conduta estava tipificada no art. 24º:

Artigo 24.º

(Tráfico de quantidades diminutas)

1 - Se os actos referidos no número anterior tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, a pena será a de prisão de 1 a 4 anos e multa de 20000\$00 a 1500000\$00.

dedicam, contudo, como forma de angariar meios para sustentarem as suas necessidades de consumo.”

Com a entrada em vigor do novo decreto, verifica-se que as modificações realizadas neste crime, em comparação com a legislação já revogada, limitaram-se às questões atinentes à sanção penal. Na antiga lei, a sanção máxima que podia ser atingida neste crime era de até um ano. Enquanto que, com o advento da nova lei, aumentou para até 3 anos. Presente agora no art. 26º, o crime restou assim definido:

Artigo 26.º

Traficante-consumidor

1 - Quando, pela prática de algum dos factos referidos no artigo 21.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, a pena é de prisão até três anos ou multa, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, ou de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

2 - A tentativa é punível.

3 - Não é aplicável o disposto no n.º 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

Segundo Costa (1998, p. 105), os elementos para a configuração do referido tipo penal possui uma previsão demasiadamente restrita. Primeiro, porque conforme o nº 3, o artigo não é aplicável aos casos em que os produtos aprisionados excedam a quantidade necessária para o consumo individual durante o período de cinco dias. E, segundo, porque o tipo penal apresenta um dolo específico, na qual determina que os recursos obtidos através do tráfico devem ser empregados para a aquisição de drogas ilícitas exclusivamente para uso pessoal. A inobservância de alguma dessas normas, faz com que se aplique outro tipo penal, ou do art. 21º ou do art. 25º.

Este, portanto, foi o caminho adotado por Portugal, desde a primeira legislação específica em matéria penal, até a legislação atual em vigor.

2.3.1 A construção dos tipos penais e a severidade da política criminal da droga adotada

Uma das principais características que define os crimes de tráfico de drogas e suas variações na lei portuguesa, é, sem dúvidas, a proporcionalidade da moldura penal relativo ao grau de gravidade da conduta praticada. Conforme visto na evolução

legislativa, muito cedo Portugal adotou uma política de droga consoante a gravidade do crime cometido, com a diferenciação a nível do tipo penal (pequenos, médios e grandes traficantes), bem como relativo à pena a ser aplicada em detrimento da posição da droga nas tabelas das substâncias sujeitas a controle.

Ainda assim, a legislação não se esquivava das críticas por parte da doutrina. Costa (1998, p. 103) inicia sua abordagem ressaltando o fracasso das estratégias de combate à erradicação da droga, por sempre utilizar, muitas vezes por influência das recomendações internacionais, modelos baseados na repressão e uso maximalista do instrumento penal, em detrimento do direito penal mínimo. Para ele, a lei da droga “assenta numa concepção autoritária, na convicção de que a ameaça das penas e a maximização da intervenção penal resolverão o problema da droga.”⁵⁷

Seguindo o seu raciocínio, Costa (1998, p. 103) refere que o texto vigente no DL nº 15/93 é desproporcionado em duas vertentes: “na previsão dos comportamentos puníveis, por um lado; na estatuição das sanções correspondentes, por outro.”⁵⁸.

Quanto à primeira desproporcionalidade, o autor menciona que desde a lei de 1983, o legislador adotou como estratégia a inclusão exaustiva de diversas condutas puníveis, de forma a não permitir “escapatórias”, expressão que o mesmo utiliza. Na sua concepção, esta opção legislativa viola princípios fundamentais do direito penal, como por exemplo a proporcionalidade das penas, na medida em que equipara condutas de gravidade completamente distinta.

É o que ocorre, por exemplo, no art. 21º, que prevê o tipo base do tráfico ilícito. Segundo Costa (1998, pp. 103-104), embora o crime em análise abarque uma vastidão de condutas puníveis (dezoito condutas no total), nem todas mereceriam o mesmo tratamento penal. No seu ponto de vista, isso se “sucede entre o fabrico ou o cultivo e a simples detenção, ou entre a venda (normalmente acompanhada de intenção lucrativa) e a mera cedência (sem essa intenção)”.⁵⁹

⁵⁷ COSTA, Eduardo Maia. (1998). Direito Penal da droga: breve história de um fracasso. Revista do Ministério Público. – Lisboa. Nº 74 (Abril-Junho 1998). p.103.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p.103.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p.104.

Ainda quanto a desproporcionalidade relativa à previsão dos comportamentos puníveis, Costa (1998, p. 107) critica conjuntamente o âmbito da previsão dos crimes referidos nos arts. 25º e 26º. Para ele, estes crimes possuem uma aplicação demasiadamente restrita, e por vezes, situações não tão graves, acabam recebendo o tratamento penal mais severo do art. 21º.

Por outro lado, no tocante a estatuição das sanções correspondentes, Costa (1998, p. 104) tece críticas referente as penalidades aplicadas aos crimes de tráfico se comparados com os crimes previstos no Código Penal, na qual há correspondência entre os bens jurídicos protegidos.

São os casos, por exemplo, conforme cita o autor, dos crimes previstos nos artigos 282º (Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais) e 283º (Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário). Em ambas situações, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. Enquanto o art. 21º (tipo base do tráfico ilícito), a pena de prisão varia entre 4 a 12 anos. Para ele, a discrepância entre as penas de crimes cujo bem jurídico protegido é o mesmo, representa violação ao princípio já referido.

Por outro lado, no tocante a construção dos tipos criminais e proporcionalidade das penas nos crimes de tráfico ilícito de drogas, Palma (2003, p. 23) defende que a intensidade da intervenção do Direito Penal tem relação íntima com os bens jurídicos que se pretende defender. É imprescindível, segundo a autora, que a política criminal adotada seja necessária, adequada e proporcional entre a extensão do dano e os bens jurídicos dignos de protecção.

E no caso do tráfico de drogas, a opção por uma política legislativa mais severa, está intrinsecamente relacionada com as proporções que o crime adquiriu na sociedade global, e com a resposta que se pretende dar para uma atividade econômica que explora as fragilidades do ser humano. Sobre esse sentido de gravidade e necessidade por censura ao tráfico ilícito de drogas, Palma (2003, p. 23) assim refere:

Ora, no tráfico, o que existe de eticamente muito censurável não é tanto o facto de ele ser um elo de uma cadeia de riscos, tal como a venda de álcool pode ser encarada – isso não seria bastante para tão grave censura -, mas antes o facto de revelar uma específica relação de exploração de outros seres humanos (a utilização da sua saúde

física e psíquica para fins económicos). É essa ideia que torna a imagem do traficante diferente da do agente que meramente viola a ordenação social.

Em complemento ao raciocínio da autora referida acima, Albuquerque e Branco (2011, p. 485) ainda referem que o motivo para a censura do tráfico ilícito de drogas não tem relação com a obtenção de lucro decorrente da exploração económica, embora esse fator seja relevante para o juízo da ilicitude e culpa do agente. As razões para a criminalização do tráfico e severidade do seu tratamento, no que toca a sua moldura penal, conecta-se, antes de qualquer ideia mercadológica como a obtenção de lucro, aos “malefícios da difusão da toxicodependência”.⁶⁰

Se “o escopo do legislador é evitar a degradação e a destruição de seres humanos, provocados pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia”, conforme formulou o Tribunal Constitucional no acórdão nº 429/91, qualquer comparação com outros crimes que também atentem contra a saúde pública, seria, na concepção de Albuquerque e Branco (2011, p. 483), reduzir a dimensão do crime, quando na verdade o mesmo “está associado a uma criminalidade organizada transnacional que chega a desafiar o poder dos Estados.”⁶¹

Por outro lado, relativo a uma potencial violação ao princípio da proporcionalidade das penas quando o assunto são as ações puníveis do crime de tráfico e suas variações, nomeadamente a mera detenção versus a venda de substâncias, Albuquerque e Branco (2011, p. 487) irão enquadrar a presente situação no campo da qualificação do crime como crime de perigo abstracto, para afastar qualquer possibilidade do género.

Isso porque, segundo os autores, quando se tratam de crimes de perigo abstracto, “o perigo não é, pois, elemento do tipo, mas somente o fundamento da punição. Assim, não há que comprovar, no caso concreto, se esse perigo efectivamente se verifica.”⁶² Em razão desse entendimento, ainda para os mesmos autores, permite-se a punição da mera detenção, mesmo que não venha a ser concretizada a venda, pois a simples detenção, por si só, representa perigo ao bem jurídico protegido.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de & BRANCO, José. (2011). Comentário das Leis Penais Extravagantes. Vol. II, Lisboa, Editora Universidade Católica, p.485.

⁶¹ *Iden, ibidem*, p.483.

⁶² *Iden, ibidem*, p.487.

Não quer dizer que, por conta desta classificação, a mera detenção pode ser punida de qualquer forma. Albuquerque e Branco (2011, p. 483-484) já haviam ressaltado que “exigências pragmáticas de combate ao tráfico de estupefacientes e de prevenção geral neste âmbito não podem levar a sacrificar o princípio da culpa, com o seu corolário de proporcionalidade entre a medida da pena e a medida da culpa.”

Significa dizer que caberá ao juiz definir o juízo da ilicitude e da culpa do agente, quando diante de uma conduta como a mera detenção. O próprio Costa (1998, p. 104) refere que há graus distintos de reprovabilidade das condutas referentes ao tráfico ilícito, quando diz que “este crime do artigo 21º constitui, na estrutura da lei, o crime básico de tráfico, que comporta um crime agravado (o do artigo 24º) e dois crimes atenuados (os do artigo 25º e do artigo 26º).”

Ora, se por alguma razão a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, a mera detenção não vai poder ser enquadrada no art. 21º, mas sim no art. 25º e a sua reprovabilidade será proporcional à atuação do agente. O mesmo se aplica quando diante do tráfico para fins de consumo. Caso a finalidade seja exclusivamente para consumo pessoal e a quantidade da substância não exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias, novamente a conduta não poderá ser punida pelo art. 21º, mas sim pelo 26º, em respeito aos limites da reprovabilidade da ação.

Aliás, sobre os dois crimes atenuados do tráfico de drogas, nomeadamente os arts. 25º e 26º, Albuquerque e Branco (2011) compartilham parcialmente do mesmo entendimento com relação a Costa (1998), no que tange a restringibilidade da previsão de ambos os crimes.

Relativo ao art. 25º, que trata do tráfico de menor gravidade, Albuquerque e Branco (2011, p. 508) entendem que as alterações procedidas pela atual lei de drogas⁶³, fez com que o preceito voltasse a ser utilizado pelos operadores de direito, e assumem, portanto, que havia uma restrição na sua aplicabilidade na lei revogada.

⁶³ Sobre as alterações legislativas sobre o referido crime, ver o ponto 3.3.

Com a edição da nova lei, na concepção dos mesmos, essa limitação acabou por ser superada. Como agora vigora a análise da imagem global dos factos, no âmbito do grau da ilicitude, através das novas circunstâncias introduzidas no referido artigo, entendem os autores que isso permite “ao julgador distinguir os casos de tráfico importante e significativo, do tráfico menor”, e assim “situações efectivas de menor gravidade não sejam tratadas com penas desproporcionadas”.⁶⁴

Por outro lado, relativamente ao crime previsto no art. 26º, que trata do traficante-consumidor, entendem Albuquerque e Branco (2011, p. 517) que a exigência do dolo específico prevista no artigo, “reduz substancialmente o alcance prático da aplicação deste preceito, não se adequa à realidade criminológica (...) e prejudica os toxicod dependentes mais desfavorecidos (porque desempregados ou sem apoio familiar).”

Nesse aspecto, Costa (1998, p. 105) possui razão ao afirmar que a nova lei de droga é desproporcional na previsão dos comportamentos puníveis, ao menos na previsão do art. 26º, pois irá criminalizar com maior severidade aqueles que não se enquadram no referido dispositivo.

O grande problema do referido dispositivo é o perfil social do praticante deste crime. Para Costa (1998, p. 105), “geralmente se trata de toxicod dependentes sem qualquer actividade laboral, relegados para uma situação de marginalidade, na qual, a maior parte das vezes, a distinção entre sustentar o «vício» e sobreviver não faz sentido.” Por isso, ainda para este mesmo autor, dificilmente quem pratica este crime irá empregar, com exclusividade, os rendimentos obtidos com o tráfico na obtenção de droga para consumo próprio, mas também para subsidiar a própria sobrevivência.

2.3.2 Os elementos constitutivos do tipo base do tráfico de drogas previsto no art. 21º: critérios para a distinção do consumo de drogas

As características que definem o tipo base do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 21º, possui influência, segundo Lobo (2021, p. 64), na Convenção de Viena de

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de & BRANCO, José. (2011)., op. cit., p.508.

1988, conforme art. 3º - 1 - a). Para o mesmo, “é comum a todas as legislações internacionais fundadas na referida Convenção”⁶⁵ possuírem a mesma técnica legislativa no sentido de descrever uma vastidão de tipos penais que se relacionam direta ou indiretamente com o comércio de drogas.

Nesse sentido, por mais que o legislador tenha construído uma gama de tipos penais em que considera o grau de ilicitude e de culpa dos agentes, consciente da variedade de condutas que estão associadas ao tráfico, a verdade é que o aplicador da lei, e todas as instituições envolvidas no combate ao tráfico de drogas, encontrará dificuldades quando o assunto é o correto enquadramento do crime. Principalmente quando diante de tipos penais que permitem um enquadramento tanto pelo tráfico como consumo de drogas, a exemplo do que ocorre na legislação brasileira.

Para expungir a possibilidade do erro judicial, no sentido de punir uma conduta com um grau de reprovabilidade maior do que ela merece e vice-versa, a análise dos elementos constitutivos descritos na norma, que se resumem aos elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime, será crucial.

Um ponto específico contido no texto do artigo ora em análise, faz Lobo (2021, p. 65) adotar um tom de cautela quanto o seu exame. Trata-se da expressão “*fora dos casos previstos no artigo 40.º*”. Este elemento, que segundo o autor, é negativo do tipo, embora constitua uma barreira no âmbito da previsão dos crimes de tráfico, tem por finalidade determinar qual o destino que queria empregar o agente à substância que portava, ou seja, qual a sua intencionalidade da ação (dolo).

E nesse sentido, considera Lobo (2021, p. 65), que essa análise pode provocar resultados injustos, pois “quando não demonstrado que o produto se destina ao consumo próprio exclusivo, tem-se por presumido que se destina ao tráfico”. E esta conclusão do autor, está interligada com a classificação do crime de tráfico como um crime de perigo abstracto, na qual, como já vimos, não será necessário fazer prova de que a ação do agente colocou em perigo o bem jurídico, e, conseqüentemente, não é preciso haver atos de marcancia, por sua vez.

⁶⁵ LOBO, Fernando Gama. (2021). Droga: notas, doutrina, jurisprudência, legislação conexa. 2ª ed. (Legislação anotada), p.65.

E para ajudar nesta tarefa, Martins (1994, pp. 125-126) nos fornece alguns elementos factuais que podem auxiliar na construção do juízo de valor sobre a destinação da droga, se para consumo ou tráfico:

(...) se tinha em seu poder balanças de precisão, pequenas bolsas ou materiais para embalagens, doses já preparadas, substâncias destinadas a «cortar» a droga, vestígios de manipulação, quantidades apreciáveis de dinheiro ou de outros valores (em conjugação com o seu nível anterior de vida), uma organização empresarial, ainda que rudimentar, todos serão, em princípio, indicadores de tráfico. (...) se a droga foi encontrada fora do domicílio, se na vigilância policial exercida se detectaram entradas e saídas de pessoas conhecidas como toxicodependentes, com permanências leves, serão outros elementos a apontar para o tráfico.

Havendo elementos, contudo, que possam ser utilizados pelo julgador para seguir o caminho que for, parece-me mais facilitada a tarefa. O problema reside quando os elementos probatórios são mais reduzidos ou até mesmo inexistentes.

Nessa linha, cabe indagar até que ponto a falta ou escassez de provas de um ou de outro faz o julgador optar pelo enquadramento de um crime ou de outro. Imagine-se o seguinte exemplo: o agente é abordado pela polícia por mera detenção de drogas. Quanto ao consumo, não há provas suficientes para chegar-se a essa conclusão. Quanto ao tráfico, os únicos elementos disponíveis são a quantidade (superior a média individual) e a divisão em frações. Não haviam elementos que demonstrassem interesse em comercializar. Seguindo a lógica, o resultado será a condenação por tráfico de drogas, pois a mera detenção, por si só, abstractamente, coloca em perigo o bem jurídico tutelado.

Nas palavras de Lobo (2021, p. 66):

O tribunal tem sempre de investigar o fim visado pela conduta. O que pode e deve é concluir, que não se tendo apurado que o fim era o consumo próprio exclusivo do agente, tem-se como “naturalmente” presumido, que se destinava ao tráfico, sem maiores explicações. E “naturalmente” pela mais elementar das razões. Em rigor, a droga, no contexto em que nos reportamos, só serve para consumo; ou consumo próprio ou consumo alheio.

O que se observa é que quando o assunto é o crime de tráfico de drogas, o peso da medida acaba por ser distinta. Para afastar o crime de tráfico de drogas não basta a mera alegação de consumo pelo arguido, mas para haver condenação, a mera detenção, que por si só coloca em perigo o bem jurídico, é suficiente para autorizar o comando.

E esta presunção é reforçada pelas recentes alterações produzidas pela nova Lei nº 55/2023, de 1 de outubro, que introduziu modificações ao DL nº 15/93. Isso porque, o art. 40º, nº 3, indica que a aquisição e detenção de drogas pode constituir indício de que o propósito pode não ser o de consumo, em especial quando a quantidade necessária para o consumo médio individual é excedida. Se o propósito não será o consumo próprio, interpreta-se que a conduta seria enquadrada como tráfico ilícito.

Ao mesmo tempo que a nova legislação deixou de aplicar pena de prisão para o consumo de drogas, adotou um comando que conduz a uma interpretação penal mais severa, quando diante de crimes relacionados com aquisição ou detenção de drogas.

2.4 A comparação legislativa entre ambos os países e as propostas de alterações

Pela simples análise da política criminal de drogas adotada em ambos os países, é possível identificar diferenças substanciais nas estratégias normativas. Dentre estas diferenças, dois pontos são cruciais: a) a existência de tipos penais intermediários previstos na lei, que no fundo significam variações do comércio ilícito de acordo com a sua gravidade; e b) a previsão de penas proporcionais à classificação das substâncias apreendidas. Entende-se que tais medidas demonstram coerência e evitam um tratamento penal mais severo quando não necessário.

Relativo ao primeiro ponto, o quadro abaixo é capaz de demonstrar com mais nitidez a diferença entre as duas legislações, no tocante às variações penais previstas para o crime de tráfico de drogas:

Tabela 1: comparativo da tipificação legal do crime de tráfico de drogas em ambas legislações (Brasil e Portugal)

País	Legislação	Tipos penais	Penas
Brasil	Lei 11.343/06	Art. 33: prevê condutas relacionadas com o comércio ilegal de drogas;	Reclusão, de 5 a 15 anos;
		Art. 33 § 3º: prevê a conduta oferecer drogas para consumo partilhado.	Detenção, de 6 meses a 1 ano.
Portugal	Decreto-Lei 15/93	Art. 21: prevê condutas relacionadas com o comércio ilegal de drogas (tipo base);	Pena de Prisão de 4 a 12 anos (substâncias das tabelas I a III); ou de 1 a 5 anos (substâncias das tabelas IV)
		Art. 25: prevê condutas de tráfico de menor gravidade;	Pena de prisão de 1 a 5 anos (substâncias das tabelas I a III, V e VI); ou até 2 anos (substâncias da tabela IV);
		Art. 26: prevê condutas relacionadas ao traficante-consumidor.	Pena de prisão até 3 anos (substâncias das tabelas I a III); ou até 1 ano (substâncias da tabela IV)

Tabela criada pelo autor, com base na Lei 11.343/06 (Brasil) e Decreto-Lei 15/93 (Portugal)

O que se denota das duas legislações, é que Portugal adotou como política criminal da droga diferentes graus quanto ao nível da ilicitude e da culpa do agente, justamente para que a medida da pena seja proporcional ao nível da reprovabilidade da ação. Isso permite distinguir de modo eficaz os pequenos, médios e grandes traficantes, e diminuir a quantidade de erros judiciais.

No caso do Brasil, o caminho contido é o inverso. Do ponto de vista legislativo, a inexistência de tipos penais intermediários, que diferencie o pequeno, médio e grande traficante, representa um ponto de melhoria a ser ajustado nos próximos anos com alguma alteração legislativa. É o que desde já, recomenda-se.

Relativamente ao segundo ponto, ou seja, a previsão de penas distintas consoante a classificação das substâncias nas listas objeto de controle (lista que se encontra no final do DL nº 15/93), também é um ponto importante e que destoa da

política de drogas brasileira. A começar pelo Brasil, verifica-se que não há previsões de crimes que tenham a pena diminuída em razão do tipo de droga apreendida. A única recomendação feita pela lei de drogas brasileira, é no tocante à dosimetria da pena, na qual, conforme art. 42, o juiz considerará, para fins de fixação da pena, a natureza da substância interceptada.

Por sua vez, o DL nº 15/93 em diversos crimes relacionados ao tráfico ilícito reduz a pena mediante a classificação da substância. Assim acontece no art. 21º, nº 4, na qual reduz a pena de 4 a 12 para 1 a 5 anos, caso a substância, objeto do comércio ilícito, esteja presente na tabela IV; ou ainda no art. 25º, alínea b), em que reduz de 1 a 5 para até 2 anos, também se estiver diante de substância presente na tabela IV; o mesmo vale para o crime previsto no art. 26º, que reduz de até 3 anos para até 1 ano, igualmente se a substância em comento esteja presente na tabela IV.

O que caracteriza, portanto, a legislação portuguesa, é o seu tratamento proporcional relativo ao grau de reprovabilidade da conduta, que resultará em diversos graus de ilicitude e culpa do agente. Isso demonstra o empenho com o tratamento penal justo e adequado.⁶⁶

Por outro lado, é possível também identificar algumas semelhanças entre as duas legislações, como por exemplo, o lastro conjunto de ações puníveis no mesmo crime, assim como a ausência de um elemento subjetivo nos crimes relacionados ao comércio, que segundo Carvalho (2013, pp. 316-319), autorizam um tratamento penal mais severo para condutas de menor gravidade.

Nesse sentido, depreende-se de ambas legislações, que o fim do agente ou o interesse de agir (dolo) determinará se a conduta praticada seria dedicada ao comércio ou consumo de drogas. Via de regra, e isso vale tanto para a legislação brasileira como portuguesa, o crime de tráfico ilícito não apresenta especificidades em relação ao

⁶⁶ No tocante ao consumo de drogas, existem algumas diferenças entre as legislações brasileira e portuguesa. No Brasil, o consumo de drogas ainda é considerado um crime, embora não exista a previsão de pena de prisão. A sua previsão está regulamentada no art. 28, da Lei nº 11.343/2006. Portugal, por sua vez, descriminalizou o consumo de drogas desde a Lei nº 30/2000, embora mantivesse como crime, quando a quantidade de droga apreendida fosse superior ao consumo médio individual durante o período de 10 dias. Recentemente, o consumo de drogas passou por alterações legislativas, através da Lei nº 55/2023, que acabou por extinguir a pena de prisão até mesmo quando a quantidade de drogas fosse superior ao consumo médio individual, embora tenha referido que nesses casos poderá constituir indício de que o propósito pode não ser o de consumo. A sua previsão está regulamentada no art. 40º, do DL nº 15/93.

elemento subjetivo e por isso admite-se as suas várias modalidades (dolo direto ou eventual). É o que se denota dos crimes previstos no art. 33 (legislação brasileira) e art. 21º (legislação portuguesa), eis que em todos os casos basta o agente praticar uma das ações puníveis, “ciente da natureza estupefaciente e proibida dos produtos em questão” (Albuquerque e Branco, 2011, p. 491), para a configuração do crime.

A ausência do elemento subjetivo na legislação portuguesa referente ao tráfico ilícito, contudo, não interfere tanto na subsunção do fato a norma incriminadora, posto que o seu conjunto normativo estabelece critérios mais contundentes para a correta interpretação das autoridades policiais e judiciárias, sobretudo no tocante a crimes de maior ou menor gravidade relacionados ao comércio de drogas. Situação que, conforme visto, não se visualiza na lei de drogas brasileira.

Diante de todo o contexto ora analisado, entende-se que a legislação brasileira necessita de alterações, sobretudo na construção dos tipos penais relacionados com o comércio de drogas. Dentre as possíveis modificações, a definição de crimes mediante o grau de reprovabilidade da ação do agente, seria a medida momentânea de maior prioridade.

O modelo destas alterações poderiam inclusive se basear na forma como foi construída na legislação portuguesa. Isto é, criar crimes que avaliam o grau de reprovabilidade da culpa do agente, como os arts. 21 (tipo fundamental do tráfico de drogas), 25 (tráfico de menor gravidade) e 26 (traficante-consumidor), bem como determinar uma reprimenda a ser aplicada que varia não só relativo ao tipo penal em causa, mas também devido a classificação da droga.

A barreira que precisa ser desconstruída na legislação brasileira referente ao tipo penal do tráfico é a sua qualificação como tipo penal aberto, pois, conforme Boiteux (2009, p. 107), a norma “estabelece penas desproporcionais e não diferencia as diversas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social.” Para além dos problemas quanto a reprovabilidade dos crimes em comento, outros problemas também são levantados, como a dificuldade em distinguir a tipificação do uso e do tráfico, situação esta que leva a julgamentos desproporcionais.

Nesse sentido, outra alteração importante a ser realizada no crime relativo ao tráfico de drogas é, conforme já referiu Carvalho (2013, pp. 325-326), a inclusão do dolo específico, nos mesmos moldes como previsto no art. 28, que trata do consumo pessoal. Esta alteração faria com que houvesse absolvição do crime em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, nos casos de dúvidas quanto a intencionalidade da ação do agente.

No entanto, a nível de estratégia política, outras modificações a longo prazo e com debate aberto na sociedade, também poderiam ser implementadas na legislação brasileira, a exemplo do que já ocorre na legislação portuguesa. É o caso da descriminalização do consumo, que ora já se discute no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 635.659.

Uma das discussões neste recurso seria qual a quantidade de droga seria legítimo para utilização. O critério da quantidade, que hoje inexistente na legislação brasileira, iria excluir diversos processos que hoje tomam conta do poder judiciário sem necessidade. Segundo Campos e Valente (2012, p. 3):

(...) muitos usuários são condenados como se traficantes fossem, o que se expressa nas circunstâncias que envolvem a maior parte desses casos: os alvos são jovens, pobres, negros e primários; presos sozinhos no flagrante, sem porte de arma e com pequena quantidade de entorpecentes, tendo como única testemunha presencial o próprio policial que efetuou o flagrante.

Estas são, portanto, as alterações mais urgentes a serem perfectibilizadas na legislação brasileira, a fim de aprimorar a técnica legislativa e que traduziria em julgamentos mais justos e adequados, com impacto imediato.

3 TRATAMENTO JUDICIAL (PESQUISA DE CAMPO)

Através da análise sucessiva das leis relativas às drogas do Brasil e de Portugal, ao efetuar a comparação entre os pontos divergentes, foi possível compreender as estruturas normativas de forma ampla, em ambos os países, no tocante ao crime de tráfico de drogas. Identificou-se importantes distinções acerca da estrutura normativa dos tipos penais relacionados ao comércio ilícito, nomeadamente a ausência de critérios proporcionais de enquadramento do fato típico a norma incriminadora na legislação brasileira, mas que, por outro lado, estão presentes na legislação portuguesa.

Considerando portanto que se visualizou distinções relevantes ao nível do regime jurídico relativo às drogas no Brasil e em Portugal, entende-se que limitar a pesquisa ao aspecto legislativo, sem demonstrar na prática como os tribunais têm enfrentado esses problemas, parece claramente insuficiente. Nesse sentido, Baldwin (2000, p. 375):

Desmistificar a justiça criminal é agora uma indústria em crescimento. A maioria das pesquisas relevantes tem um tom altamente crítico, uma vez que estudos realizados revelaram graves falhas nas operações dos tribunais. Está bem estabelecido nesta literatura que os tribunais criminais, em comum com outras instituições legais, freqüentemente não trabalham da maneira que os textos legais descrevem.

Dessa forma, ao invés de simplesmente elaborar uma análise de como são julgadas as condutas criminais relacionadas ao tráfico de drogas, o que se pretende nesta pesquisa é a comparação das decisões brasileiras com as decisões portuguesas, de forma a demonstrar as diferenças nas respostas penais para as realidades legislativas opostas de cada país. Imagine-se, por exemplo, um crime cometido com semelhante contexto fático, talvez até idênticos, como o tráfico de menor gravidade, onde, em ambos os processos (Brasil e Portugal), os agentes possuíam a mesma natureza da substância e quantidade similar, qual será o tratamento penal?

É isso que se pretende demonstrar, por isso inclusive a opção por realizar uma pesquisa de campo, fundada em acórdãos de apelações criminais, conforme metodologia a seguir descrita.

3.1 A metodologia

A presente pesquisa terá como metodologia a análise quantitativa e qualitativa, através da coleta de dados presentes em acórdãos oriundos dos tribunais brasileiros e portugueses, pois, segundo Nielsen (2010, p. 952), os múltiplos métodos estão cada vez mais presentes em estudos empíricos do Direito.

Para tal, o método de pesquisa de acórdãos será efetuado através da tipologia, a qual refere Gerring (2007, p. 20), de *cross-case study* (estudo cruzado de casos). Ao contrário dos estudos de casos, que possuem como objetivo a análise intensiva de um único caso, o método *cross-case study*, para o mesmo autor, determina a análise de um conjunto de casos, o que favorece uma maior variação de dados a serem coletados.

No tocante à escolha pela análise de acórdãos em detrimento de sentenças judiciais, imperioso se faz tecer algumas considerações.

De início, embora Semer (2019, p. 233) afirme que a análise de sentenças é mais vantajosa para a coleta de dados, pois a individualização fática nestes tipos de decisões são mais detalhadas, sobretudo pela proximidade dos juízes de primeiro grau com as partes envolvidas no processo, ainda assim, optou-se, nesta pesquisa, pela análise de acórdãos, em especial porque os dados que se pretende coletar tanto aparecem em primeira instância como em segunda.

Outro ponto, é que a análise do conjunto de acórdãos permite ampliar os dados coletados, já que será possível observar eventual reforma da decisão de primeira instância, situação que não seria permitida se a análise fosse restrita às sentenças judiciais.

Ainda sobre a justificativa pela análise de acórdãos em detrimento de sentenças judiciais, é necessário expor também as dificuldades que seriam encontradas se a opção fosse a coleta de sentenças judiciais. E o principal fator que influenciou nesta decisão foi a indisponibilidade de consulta pública a este dado processual, já que tanto Portugal como o estado do Brasil escolhido para a análise dos dados, não contam com um banco de dados digital para consulta de sentenças judiciais. Enquanto que os acórdãos facilmente são encontrados nos sites de pesquisa jurisprudencial.

Através deste método será possível estabelecer a comparação de figuras criminais que embora existentes no cenário judicial brasileiro, não estão inseridas de forma pormenorizada na legislação brasileira, ao contrário da legislação portuguesa, conforme visto no capítulo anterior. O intuito, portanto, é verificar o tratamento penal atribuído pelo judiciário brasileiro no tocante aos tipos penais intermediários entre o comércio de drogas, em especial o tráfico de menor gravidade, já que este é o principal ponto de divergência entre a legislação portuguesa e brasileira, sem excluir outras possibilidades que possam ser encontradas.

O principal ponto a ser verificado nesta análise e comparação das decisões judiciais, é justamente observar se há ou não um tratamento mais severo de um país em detrimento de outro, em relação ao grau de reprovabilidade das ações puníveis, mesmo em situações que possuam similitude do contexto fático.

Para que seja possível a realização desta comparação, estabeleceu-se uma quantidade de decisões que serão analisadas em cada país, na qual, por entender ser suficiente para a análise que se pretende realizar, elegeu-se a quantidade de trinta decisões por país, perfazendo a soma de sessenta decisões.

Após catalogação dos acórdãos encontrados, e considerando as informações que se julgam relevantes para esta pesquisa, extraiu-se os seguintes dados: o número do processo, a data de julgamento, o crime cometido conforme artigo na lei, natureza da droga apreendida, quantidade de droga, se o crime resultou de flagrante ou investigação prévia, se o réu ostentava bons antecedentes criminais (primário ou não), a pena aplicada e, por fim, se houve reforma da sentença em segunda instância.

Outro ponto fundamental na metodologia de Gerring (2007, p.152), quando se trata de estudo de decisões judiciais, é estabelecer uma delimitação temporal e espacial dos casos que serão analisados, no sentido de estabelecer o ano de julgamento dos processos e a localidade.

No que se refere a localidade, no caso do Brasil, optou-se pela análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por duas razões pessoais: além de ser o Estado onde morava, e daí tenha total interesse em saber como o Tribunal julga

os processos que envolvem tráfico de drogas, também possui familiaridade com a pesquisa de jurisprudência. Quanto a Portugal, para que o número de decisões analisadas fosse compatível com o Brasil, justamente para que não restasse prejudicada a análise, as decisões tiveram de ser coletadas dos Tribunais da Relação do Porto, Lisboa, Coimbra, Guimarães e Évora.

Relativamente ao limite temporal, optou-se por decisões cujo julgamento ocorreu no ano de 2023, momento em que estes dados foram coletados, justamente para espelhar uma análise atual dos tribunais analisados. Entretanto, em razão da proporção de casos julgados entre Brasil e Portugal, foi necessário o levantamento de decisões também do ano de 2022, relativamente aos tribunais portugueses, para que fosse possível completar o número de decisões que se pretendeu analisar, já que no ano de 2023 Portugal registou um número de decisões inferior ao Brasil.

Quanto ao Tribunal brasileiro, coletou-se 30 decisões judiciais através do sítio eletrônico disponível na internet, www.tjrs.jus.br, por meio da ferramenta de pesquisa “jurisprudência”. Ao passo que, em Portugal, utilizou-se a base de dados disponíveis no site www.dgsi.pt, através dos filtros referentes a cada Tribunal da Relação. Das 30 decisões judiciais, 6 são provenientes do TRP, 13 do TRL, 1 do TRC, 2 do TRG e 8 do TRE, sendo 17 proferidas em 2023 e 13 em 2022.

3.2 Análise das decisões judiciais entre Brasil e Portugal: panorama geral

Os elementos que constam na tabela 2 é um panorama geral dos dados extraídos das decisões judiciais analisadas entre Brasil e Portugal. Das 30 decisões analisadas no Brasil, 54 pessoas foram constituídas como acusadas nos processos penais. Enquanto que em Portugal, de 30 decisões, constituíram-se 50 arguidos.

A respeito do número de pessoas condenadas em primeira instância, verifica-se um número muito próximo em ambos os países: 45 para o Brasil, representando 83,33% do total de casos; e 46 para Portugal, representando 92% do total de casos. Por outro lado, sobre o número de absolvidos, o Brasil conta com uma taxa de 11,11% (6 casos), e Portugal, 6% (3 casos).

Chama-se atenção, contudo, aos dados encontrados no âmbito da segunda instância. É possível verificar que os tribunais portugueses possuem um percentual superior ao tribunal brasileiro no tocante à manutenção da decisão atribuída na instância inferior. Portugal manteve a decisão de primeira instância relativo a 34 arguidos, o que representa 68% dos casos, enquanto que no o Tribunal brasileiro esse número foi de apenas 28, representando uma taxa de 51,85% dos casos.

Tabela 2: panorama geral

	BRASIL	PORTUGAL	PERCENTUAL	
PROCESSOS ANALISADOS	30	30	100,00%	100,00%
ACUSADOS/ARGUIDOS	54	50	100,00%	100,00%
CONDENADOS 1ª INSTÂNCIA	45	46	83,33%	92,00%
ABSOLVIDOS 1ª INSTÂNCIA	6	3	11,11%	6,00%
SEM INFORMAÇÕES 1ª INSTÂNCIA	3	1	5,55%	2,00%
DECISÃO MANTIDA 2ª INSTÂNCIA	28	34	51,85%	68,00%
DECISÃO REFORMADA 2ª INSTÂNCIA	23	15	42,59%	30,00%
SEM INFORMAÇÕES 2ª INSTÂNCIA	3	1	5,55%	2,00%

Tabela criada pelo autor

Como vimos na análise da legislação brasileira anteriormente, os delitos relacionados com drogas são definidos ainda na rua, no momento em que a polícia efetua o flagrante, seja ele advindo do mero patrulhamento ou de investigações pretéritas. Por isso, a eleição de uma política de droga que diferencia o crime de tráfico de drogas em diversos graus de reprovabilidade, tanto a nível de culpa como da pena, com certeza é um fator que facilita as instituições penais envolvidas no combate a este delito, no tocante a correta subsunção do fato à norma incriminadora, mesmo que tal classificação seja posteriormente alterada em razão da análise judicial.

Nesse sentido, a análise dos números expostos na tabela 2, revela uma maior eficácia do processo penal em Portugal. E a explicação pode estar relacionada com a própria estratégia criminal adotada na lei de drogas portuguesa, que estabelece essa diferenciação mais acentuada do pequeno, médio e grande traficante, como já vimos, ao contrário do que faz a legislação brasileira.

Outro dado importante para comparação entre os países, refere-se aos motivos que levaram os tribunais em análise reformarem as decisões de primeira instância. E, nesse quesito, os percentuais demonstraram similitude, muito embora os tribunais portugueses tenham tido um número menor de alteração da sentença proferida pelos órgãos inferiores, se comparado ao tribunal brasileiro.

Tanto no Brasil como em Portugal, o principal motivo para a reforma da decisão foi a redução da pena atribuída em primeira instância. No caso do Brasil, dos 23 casos em que houve reforma, 13 (56,52%) foi para reduzir a pena aplicada em primeira instância. Enquanto que em Portugal, esse motivo foi aplicado em 8 casos, representando 53,33% do total.

Tabela 3: motivos para a reforma da sentença

MOTIVOS	BRASIL	PORTUGAL	PERCENTUAL	
Redução de pena	13	8	56,52%	53,33%
Aumento de pena	2	2	8,69%	13,33%
Absolvição	5	2	21,73%	13,33%
Desclassificação do tráfico para o consumo	2	2	8,69%	13,33%
Extinção da punibilidade (nulidade e/ou prescrição)	1	1	4,34%	6,66%
Total	23	15	100,00%	100,00%

Tabela criada pelo autor

Ainda sobre as reformas das decisões de primeiro grau, é possível extrair da tabela 3 os casos dos réus/arguidos que tiveram a pena extinta, seja pela absolvição, pela desclassificação do crime de tráfico para o consumo, ou, ainda, por alguma nulidade e/ou prescrição. E o tribunal brasileiro, nesse sentido, surpreende pela quantidade de acusados que haviam sido condenados em primeira instância pela prática do crime de tráfico de drogas, mas que, através de recurso, a condenação não se manteve.

Dentre estes casos, alguns foram emblemáticos. No acórdão nº 2, o acusado foi condenado em primeira instância pelo crime de tráfico de drogas, com fundamento no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, a 9 anos de prisão, por trazer consigo 10 *gramas* de cocaína. Após análise do recurso interposto pela defesa, o réu foi absolvido, sobretudo pela quantidade ínfima de droga apreendida e pela ausência de provas a indicar posse com fins de comercialização a terceiros.

Já no acórdão nº 12, dois réus foram processados e condenados pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33) e associação ao tráfico (art. 35), as penas de 11 anos, 9 meses e 10 dias de prisão (1º réu) e 13 anos, 2 meses e 23 dias de prisão (2º réu). Com a interposição de recurso pela defesa, o processo foi submetido ao Tribunal e este decidiu também pela absolvição dos acusados. Desta vez, consta na fundamentação do acórdão, que além de não ter sido encontrada droga na posse dos acusados, os mesmos não foram flagrados em atos de comercialização.

Em outra oportunidade, no acórdão nº 19, o réu foi condenado em primeira instância pelo crime de tráfico de drogas, com fundamento no art. 33, a pena de 7 anos de prisão, por trazer consigo 9,8 *gramas* de Cannabis. Ao contrário dos casos anteriores, o Tribunal, ao constatar a quantidade ínfima de droga apreendida e ausência de provas a indicar posse com fins de comercialização a terceiros, desclassificou a conduta de tráfico para o crime previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, que trata do consumo e não possui pena de prisão.

Três situações em que a primeira instância imputou penas severas, mesmo com quantidade de droga abaixo das 10 gramas, em casos que sequer restou demonstrada a intencionalidade da ação dos acusados, no sentido de comprovar a posse para fins de comercialização. Como se sabe, os atos relacionados a mercancia é prescindível de

comprovação, mas a finalidade do agir do agente, ainda que se trate de mera detenção, é ónus que incumbe ao Ministério Público, órgão responsável pela acusação. Ausente a prova de que o destino final da droga seria a comercialização, a absolvição do crime é a medida que se impõe.

3.3 Proporcionalidade da pena aplicada em primeira e segunda instância

O tópico a seguir foi elaborado no sentido de visualizar como estiveram distribuídos os processos analisados no tocante a ação punível (verbo que representa a ação do agente), ao tipo penal incurso, a quantidade de droga apreendida e o patamar das penas aplicadas. Através desta análise, será possível encontrar casos com contexto fático similar e assim verificar a proporcionalidade das penas aplicadas de forma individual de cada país, bem como estabelecer uma comparação entre eles.

As tabelas 4 e 5 apresentam o percentual de acordo com a ação punível descrita na denúncia. Dos dados extraídos do tribunal brasileiro, tem-se um percentual muito maior de condutas preparatórias ao comércio ilícito, como trazer consigo (ação punível mais praticada nos processos analisados), guardar, transportar e ter em depósito. Ao passo que, as condutas que traduzem o sentido literal do comércio, como vender, entregar, fornecer e expor a venda, representam um percentual bem menor.

Tabela 4: distribuição pela ação punível conforme descrito na denúncia (Brasil)

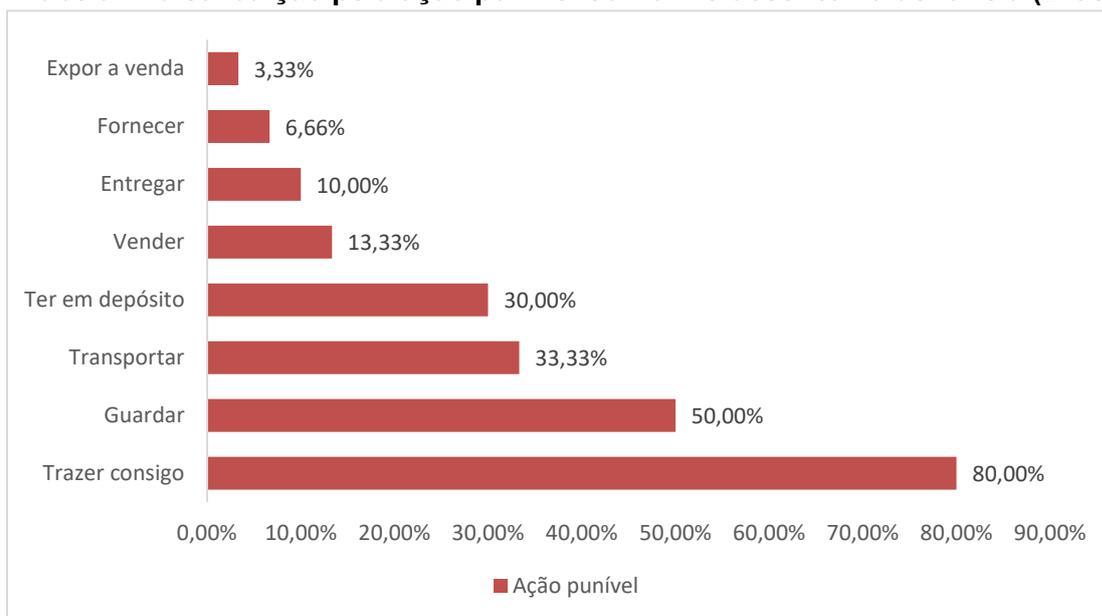


Tabela criada pelo autor

Estes dados, na verdade, são reflexos da própria atividade policial, pois grande parte das prisões estiveram baseadas no patrulhamento da polícia ou de pequenas informações provenientes de denúncias anônimas. Dentre os 30 processos analisados do tribunal brasileiro, em 24 casos (80%), as prisões partiram de denuncia anônima e patrulhamento. Os outros 6 casos, foram provenientes de investigações prévias, e as prisões foram resultado de algum mandado autorizado pelo judiciário.

O baixo índice de investigações faz com que a ação policial, segundo Semer (2019, p. 278) “se direciona para as partes mais frágeis na cadeia de transmissão do comércio: a pequena venda a varejo realizada nas ruas e os pequenos depósitos que municiam estas micro-transações.”

Em Portugal a situação não é muito diferente. Dos dados contabilizados, tem-se a ação punível “detiver” com maior frequência (76,66% do total de casos), seguida de “transportar”, e, em terceiro lugar, “vender”. Comparativamente aos processos analisados no Brasil, nota-se que a ação punível “vender” possui uma maior frequência nos processos analisados em Portugal (33,33% em Portugal e 13,33% no Brasil).

Tabela 5: distribuição pela ação punível conforme descrito na denúncia (Portugal)

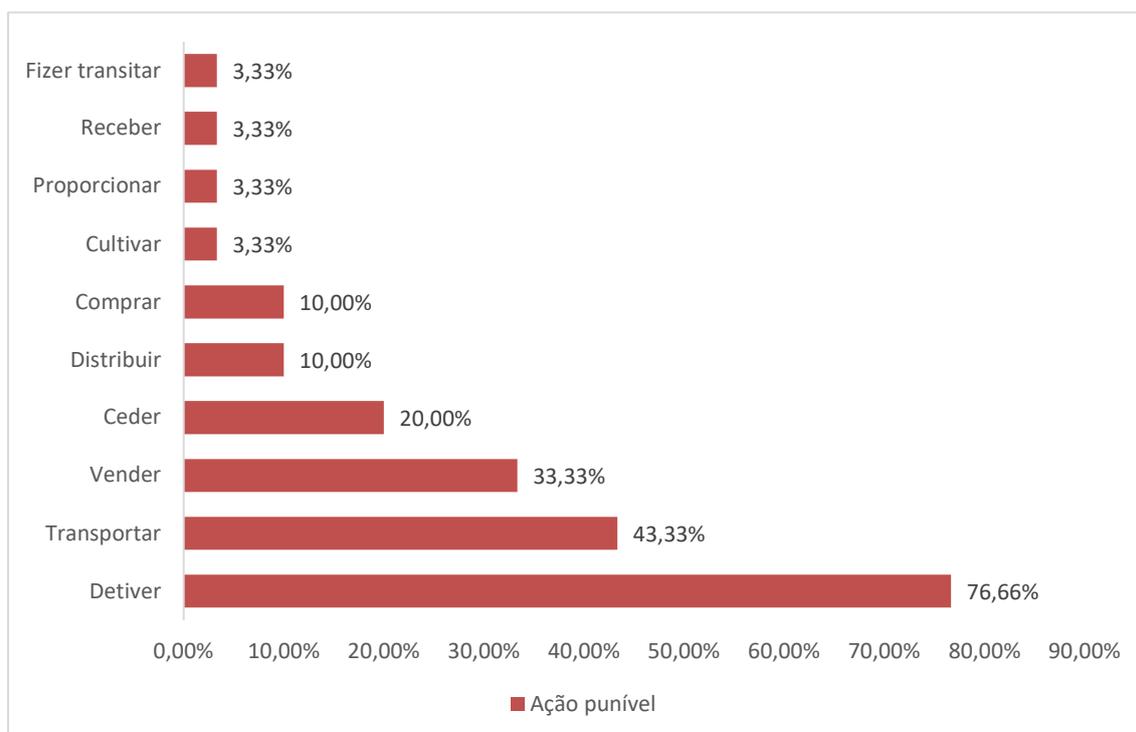


Tabela criada pelo autor

Ainda que a ação punível “vender” tenha surgido com maior frequência nos processos advindos dos tribunais da relação, não significa que houve maior investigação por parte da polícia em Portugal. Pelo contrário, dos 30 casos analisados, 16 foram provenientes de fiscalização (rodoviária, aeroportuária, denúncia anônima); 6 casos resultaram de revista em estabelecimentos prisionais; 5 casos decorreram de investigações pretéritas, havendo algum mandado autorizado pelo judiciário, e, outros 3 casos não foi possível obter a informação.

As tabelas 6 e 7 apresentam os artigos em lei que serviram como fundamento para as condenações das decisões analisadas. Especificamente no Brasil, além dos crimes previstos nas legislações de drogas, houveram também condenações baseadas em outros tipos de crimes, como corrupção de menor, porte ilegal de arma de fogo e receptação. Embora mencionados como “outros crimes fora da lei de drogas”, não serão objeto de análise a respeito da pena aplicada a estes crimes em específico, pois a apreciação está restrita aos crimes relacionados com drogas.

Tabela 6: distribuição pela tipificação em primeira e segunda instância (Brasil)

INSTÂNCIA	Art. 33 <i>Caput</i>	Art. 33 § 4º	Art. 35	Art. 28	Outros crimes fora da Lei de Drogas	TOTAL
PRIMEIRA INSTÂNCIA	29 45,31%	18 28,12%	3 4,68%	2 3,12%	12 18,75%	64 100,00%
SEGUNDA INSTÂNCIA	19 35,18%	18 33,33%	1 1,85%	4 7,40%	12 22,22%	54 100,00%

Tabela criada pelo autor

A tabela 6, portanto, referente ao Brasil, apresenta a distribuição dos crimes que serviram como fundamento para as decisões de primeira e segunda instância. Conforme se observa, os artigos com maior frequência foram: em primeiro lugar, o art. 33, *caput*

(45,31% em primeira instância e 35,18% em segunda), e, em segundo, o art. 33, § 4º (28,12% em primeira instância e 33,33% em segunda).

Também houveram condenações pelo art. 35, da lei de drogas, que se refere a associação ao tráfico; pelo art. 28, que trata do consumo de drogas; e por crimes, como já referido, advindo de outras legislações, mas que não fazem parte da análise aqui pretendida.

Importa ressaltar ainda da tabela 6, a redução, em segunda instância, da aplicação do art. 33, *caput*, que trata do tipo fundamental do crime de tráfico de drogas, cuja punição é mais severa em relação ao § 4º. E o motivo desta redução, consiste, nas reformas aplicadas pela segunda instância. Dos 29 condenados em primeira instância com fundamento no art. 33, *caput*, o TJRS determinou a aplicação do § 4º em relação a 5 acusados (acórdãos nºs 3, 4, 25 e 29).

Outros fatores também contribuíram para a redução da aplicação do art. 33, *caput*, em segunda instância. Foram os casos dos processos em que o delito do tráfico foi desclassificado para o art. 28 (acórdãos nºs 6 e 19), e em razão da absolvição de alguns acusados (acórdãos nºs 2 e 12).

Em Portugal a situação é semelhante. Os crimes com maior frequência nas decisões analisadas foram aqueles previstos nos arts. 21º, nº 1 (58,33% em primeira instância e 50% em segunda) e 25º, al. a) (33,33% em primeira instância e 40,90% em segunda). Em último lugar ficaram as condenações referentes ao art. 40º, que trata do consumo de drogas (8,33% em primeira instância e 9,09% em segunda). Não houveram condenações baseadas no art. 26º, que trata do traficante-consumidor, nem mesmo relativo a outros crimes fora da lei de drogas.

Tabela 7: distribuição pela tipificação em primeira e segunda instância (Portugal)

INSTÂNCIA	Art. 21, nº 1	Art. 25, al. a)	Art. 26	Art. 40	Outros crimes fora da Lei de Drogas	TOTAL
PRIMEIRA INSTÂNCIA	28 58,33%	16 33,33%	-	4 8,33%	-	48 100,00%
SEGUNDA INSTÂNCIA	22 50,00%	18 40,90%	-	4 9,09%	-	44 100,00%

Tabela criada pelo autor

A semelhança do que ocorreu no Brasil, é possível visualizar através dos dados extraídos das decisões provenientes dos tribunais da relação, a redução em segunda instância da aplicação do art. 21º, nº 1, o qual possui um tratamento mais severo em relação ao tráfico. Dos 28 arguidos condenados em primeira instância com fundamento no art. 21º, nº 1, os tribunais da relação alteraram a condenação para o art. 25º, al. a) em relação a 5 arguidos (acórdãos nºs 31 e 40). Houve também 1 caso isolado de absolvição (acórdão nº 31).

As tabelas 8 e 9 demonstram em qual patamar a primeira e a segunda instância aplicaram as penas em concreto, levando em consideração a pena em abstrato determinada pelo legislador, para cada tipo penal. Nesse quesito, o intuito era investigar se as mesmas foram ajustadas abaixo do mínimo devido a uma atenuante legal, no mínimo ou acima do mínimo.

Para a leitura correta destes resultados, é necessário ter em consideração as penas em abstrato de cada artigo referido. No caso da legislação brasileira, o art. 33, *caput*, impõe penas entre 5 a 15 anos. Já o § 4º, do art. 33, como já referido anteriormente, é considerado uma atenuante da pena prevista no art. 33, *caput*. Assim, nos casos em que o agente “*seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às*

atividades criminosas nem integre organização criminosa”, as penas de 5 a 15 anos podem ser reduzidas de 1/6 a 2/3.

Justamente por isso, os resultados encontrados através das decisões do tribunal brasileiro, apresentam dados completamente opostos se comparadas às penas aplicadas com fundamento no art. 33, *caput* ou § 4º, do mesmo artigo.

Tabela 8: distribuição pela quantidade de pena aplicada (Brasil)

ÓRGÃO JULGADOR TJRS BRASIL	TIPO PENAL	QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO 1º INSTÂNCIA				TOTAL
		Abaixo do mínimo	No mínimo	Acima do mínimo	Sem informações	
	Art. 33, <i>caput</i>	1 3,12%	2 6,25%	26 81,25%	3 9,37%	32 100,00%
Art. 33, § 4º	15 83,33%	-	3 16,66%	-	18 100,00%	
	TIPO PENAL	QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO 2º INSTÂNCIA				TOTAL
		Abaixo do mínimo	No mínimo	Acima do mínimo	Sem informações	
	Art. 33, <i>caput</i>	-	-	19 86,36%	3 13,63%	22 100,00%
Art. 33, § 4º	17 94,44%	-	1 5,55%	-	18 100,00%	

Tabela criada pelo autor

Conforme tabela 8, tanto em primeira como segunda instância, as penas aplicadas nos delitos fundamentados através do art. 33, *caput*, concentram-se, em maior número, acima do mínimo, ou seja, superior a 5 anos de pena. Por outro lado, quando o delito é fundamentado no art. 33, § 4º, quase que na totalidade dos casos, o patamar da pena permaneceu abaixo do mínimo, ou seja, inferior a 5 anos de prisão.

Considerando as penas aplicadas para ambos os artigos (art. 33, *caput*, e §4º), a média de pena aplicada em primeira instância foi de 4 anos e 6 meses por acusado, enquanto que a segunda instância, foi de 3 anos e 5 meses.

Relativamente à legislação portuguesa, a tabela 9 deve ser analisada considerando também as penas em abstrato dos crimes encontrados nas decisões judiciais, sendo de 4 a 12 anos para o delito previsto no art. 21º, nº 1, e de 1 a 5 anos para o art. 25º, al. a). De acordo com os resultados, os casos analisados apresentaram

maior percentagem das penas aplicadas acima do mínimo. Raros foram os casos em que a punição aplicada ficou abaixo do mínimo ou no mínimo da pena em abstrato.

Tabela 9: distribuição pela quantidade de pena aplicada (Portugal)

ÓRGÃO JULGADOR TR PORTUGAL	TIPO PENAL	QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO 1º INSTÂNCIA				TOTAL
		Abaixo do mínimo	No mínimo	Acima do mínimo	Sem informações	
	Art. 21, nº 1	2 7,14%	-	26 92,85%	-	28 100,00%
Art. 25, al. a)	1 5,88%	1 5,88%	14 82,35%	1 5,88%	17 100,00%	
	TIPO PENAL	QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO 2º INSTÂNCIA				TOTAL
		Abaixo do mínimo	No mínimo	Acima do mínimo	Sem informações	
	Art. 21, nº 1	1 4,54%	-	21 95,45%	-	22 100,00%
Art. 25, al. a)	2 10,52%	-	16 84,21%	1 5,26%	19 100,00%	

Tabela criada pelo autor

Não significa dizer que os tribunais portugueses foram mais severos na aplicação da pena para os casos analisados. A verdade é que a legislação portuguesa possui uma moldura penal com mais clareza no que se refere aos diversos graus de reprovabilidade das condutas que envolvem o comércio de drogas.

Considerando as penas aplicadas para ambos os artigos (art. 21, nº 1 e art. 25º al. a), a média de pena aplicada em primeira instância foi de 3 anos e 4 meses por acusado, enquanto que a segunda instância, foi de 2 anos e 9 meses.

A tabela 10 apresenta a distribuição de acusados/arguidos em razão da quantidade de droga apreendida. Nos casos que apresentaram mais de uma droga apreendida, foram somadas as totalidades das quantidades, mesmo que de espécies diferentes. A coluna da esquerda apresenta diversos grupos baseados em uma quantidade padrão, justamente para obter uma noção de como os acusados/arguidos estiveram distribuídos.

Dos dados contabilizados, tem-se um volume maior de casos nos grupos de 1 g a 10 g (33,33% no Brasil e 30% em Portugal) e de 10 g a 100 g (26,66% no Brasil e 40% em Portugal). Não foram encontrados casos até 1 gr.

Tabela 10: distribuição pela quantidade de droga apreendida

QUANTIDADE	BRASIL	PORTUGAL	PERCENTUAL	
Até 1 g	-	-	-	-
De 1 g a 10 g	10	9	33,33%	30,00%
De 10 g a 100 g	8	12	26,66%	40,00%
De 100 g a 1 kg	6	2	20,00%	6,66%
De 1 kg a 10 kg	2	4	6,66%	13,33%
De 10 kg a 100 kg	1	1	3,33%	3,33%
Mais de 100 kg	2	1	6,66%	3,33%
Sem informação de peso	1	1	3,33%	3,33%
Total	30	30	100,00%	100,00%

Tabela criada pelo autor

Considerando, portanto, que os grupos de 1g a 10g e de 10g a 100g apresentaram maior volume de casos em ambos os países, foram identificados 10 casos por país em que existia similitude fática (ação punível semelhante, quantidade de droga apreendida semelhante e presença ou não de antecedentes criminais). Assim, o intuito foi examinar a proporcionalidade das penas aplicadas no âmbito interno de cada país e posteriormente comparar os resultados entre eles.

A começar pelos casos oriundos do tribunal brasileiro, a primeira impressão obtida é que a ausência de crimes com diversos graus de reprovabilidade de culpa e pena, previamente definidos na legislação, impede que exista um padrão no momento da aplicação da pena. Dos dados extraídos em relação à primeira instância, tem-se penas aplicadas em diversos patamares, por mais que exista uma similitude fática entre os processos.

Tabela 11: pena aplicada de acordo com a quantidade de droga apreendida (Brasil)

PROCESSO	TIPO PENAL	AÇÃO PUNÍVEL	QTD DROGA APRENDIDA	ANTEC. CRIMINAIS	RESULTADO 1ª INSTÂNCIA	RESULTADO 2ª INSTÂNCIA
Acórdão nº 2	Art. 33, <i>caput</i>	<i>Trazer consigo</i>	Cocaína (10 gr)	Não	9 anos de prisão	Absolvido
Acórdão nº 5	Art. 33, § 4º	<i>Trazer consigo</i>	Cocaína (0,7 gr) Crack (0,9 gr)	Não	3 anos e 8 meses de prisão	Pena reduzida para 1 ano e 8 meses de prisão
Acórdão nº 6	Art. 33, § 4º	<i>Guardar, ter em depósito</i>	Cocaína (4 gr)	Não	2 anos e 8 meses de prisão	Desclassificado para art. 28
Acórdão nº 19	Art. 33, <i>caput</i>	<i>Trazer consigo, guardar</i>	Cannabis (9,8 gr)	Não	7 anos de prisão	Desclassificado para art. 28
Acórdão nº 23	Art. 33, § 4º	<i>Trazer consigo, guardar</i>	Crack (3,95 gr) Cocaína (1,5 gr)	Não	3 anos, 5 meses e 20 dias	Mantida
Acórdão nº 25	Art. 33, <i>caput</i>	<i>Trazer consigo</i>	Crack (3,7 gr)	Não	6 anos e 3 meses de prisão	Art. 33, § 4º - 4 anos e 2 meses de prisão
Acórdão nº 13	Art. 33, § 4º	<i>Trazer consigo, transportar</i>	Cannabis (17 gr) Cocaína (5,2 gr) Crack (20 gr)	Não	4 anos e 7 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 20	Art. 33, § 4º	<i>Transportar, trazer consigo, guardar, entregar</i>	Crack (7 gr) Cannabis (17,9 gr)	Não	2 anos e 9 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 26	Art. 33, § 4º	<i>Ter em depósito, vender, fornecer</i>	Crack (0,4 gr) Cannabis (39,40 gr)	Não	1 ano, 11 meses e 10 dias de prisão	Mantida
Acórdão nº 28	Art. 33, § 4º	<i>Vender</i>	Cannabis (11,46 gr)	Não	2 anos e 6 meses de prisão	Mantida

Tabela criada pelo autor

Existem três casos que chamam bastante atenção devido a pena aplicada pela primeira instância, por mais que o resultado em segunda instância tenha sido revertido.

São os casos dos acórdãos nºs 2, 19 e 25. Relativo à ação punível, em todos os casos a ação do agente foi “trazer consigo”. A quantidade de droga apreendida também estiveram muito próximas, embora de espécies diferentes: acórdão nº 2 – 10gr de cocaína; acórdão nº 19 – 9,8gr de cannabis; e acórdão nº 25 – 3,7gr de crack. Em nenhum dos casos os agentes possuíam antecedentes criminais. A medida da pena, contudo, foi completamente destoante dos demais casos presentes na tabela 11: 9 anos de prisão (acórdão nº 2); 7 anos de prisão (acórdão nº 19) e 6 anos e 3 meses de prisão (acórdão nº 25).

Poder-se-ia argumentar a necessidade de uma pena mais severa em razão da espécie das substâncias apreendidas relativo aos acórdãos nºs 2 e 25, por entender que o dano que elas causam pudessem ser superiores a outras substâncias como a cannabis. Tal silogismo, contudo, carece de razoabilidade, já que o acórdão nº 23, por exemplo, o acusado foi condenado a pena de 3 anos, 5 meses e 20 dias, por “trazer consigo” e “guardar” 3,95gr de crack e 1,5gr de cocaína. A similitude fática entre o acórdão nº 23 e 25 são muito próximas, senão idênticas, mas a penalidade aplicada a estes casos, por sua vez, estiveram em níveis completamente diferentes.

Ao analisar outros casos, as discrepâncias continuam evidentes. Basta observar os acórdãos nºs 20, 26 e 28, na qual as penalidades aplicadas a estes estiveram em níveis muito mais proporcionais, mesmo com quantidades superiores de drogas apreendidas. Ressalta-se que os acórdãos nºs 20, 26 e 28 pertencem ao grupo da quantidade de drogas entre 10gr a 100gr, conforme a tabela 10.

A grande questão que se revela nessas disparidades de penas, mesmo em casos que apresentam uma semelhança fática, relaciona-se com a aplicação ou não do § 4º, do art. 33. Este artigo, conforme já vimos no capítulo anterior, é considerado como uma atenuante, e a sua aplicação depende do cumprimento de alguns requisitos como ser o agente “primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Para além de uma atenuante, ele possui papel fundamental na distinção dos grandes, médios e pequenos traficantes.

Contudo, a análise destes requisitos, conforme Boiteux (2009) e Semer (2019), por vezes não é aplicada. Em alguns momentos, simplesmente sem quaisquer

justificativas; em outros, por entender o julgador que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Durante a análise dos processos advindos do tribunal brasileiro, esta discussão esteve presente. Nos acórdãos nºs 4 e 25, por exemplo, a primeira instância deixou de aplicar a referida benesse, por existir outra ação penal em curso contra os acusados, mesmo existindo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça do Brasil que este fato não é suficiente para afastar a aplicabilidade do § 4º, do art. 33.⁶⁷

No mesmo sentido, foi o caso do acórdão nº 29, que também não teve a benesse do § 4º, do art. 33 aplicada em primeira instância. Associou-se a grande quantidade de drogas apreendidas com dedicação a atividades criminosas. Nesse caso em específico, o Tribunal reformou a sentença e determinou a aplicação da redutora, ao entender que “(...) não há notícia de prévia investigação ou monitoramento, de forma que concluir, tão só com base na quantidade de droga, pela dedicação a atividades criminosas, seria presunção.” (acórdão nº 29).

Enquanto não houver delimitações legislativas, as disparidades a nível de interpretações sobre casos muito parecidos continuarão a existir. A solução seria a criação de um tipo penal específico, prevendo uma modalidade de tráfico de menor gravidade, com a estipulação de uma reprimenda em abstrato, que padronize uma pena mínima e máxima para os casos de reprovabilidade menor, como já existe na legislação portuguesa.

⁶⁷ É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06. Tema 1139 - REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180, j. em 18/08/2022

Tabela 12: pena aplicada de acordo com a quantidade de droga apreendida (Portugal)

PROCESSO	TIPO PENAL	AÇÃO PUNÍVEL	QTD DROGA APREENDIDA	ANTEC. CRIMINAIS	RESULTADO 1ª INSTÂNCIA	RESULTADO 2ª INSTÂNCIA
Acórdão nº 34	Art. 25, al. a)	<i>Fizer transitar</i>	Cannabis (3,99 gr)	Sim	1 ano e 6 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 36	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Cannabis (1,02 gr)	Sim	2 anos de prisão	Absolvido
Acórdão nº 46	Art. 25, al. a)	<i>Detiver, transportar</i>	Cannabis (9,92 gr)	Sim	2 anos de prisão	Mantida
Acórdão nº 48	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Cannabis (8,90 gr)	Sim	1 ano e 6 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 50	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Heroína (1,9 gr) Cocaína (2,7 gr)	Sim	2 anos de prisão	Mantida
Acórdão nº 43	Art. 21, nº 1	<i>Detiver, vender</i>	Cocaína (84,92 gr)	Sim	5 anos de prisão	Mantida
Acórdão nº 52	Art. 25, al. a)	<i>Detiver, transportar, vender (...)</i>	Heroína (18,16 gr) Cocaína (8,77 gr)	Não	1 ano e 8 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 53	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Cannabis (15,66 gr)	Sim	2 anos e 3 meses de prisão	Mantida
Acórdão nº 54	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Cannabis (31,94 gr) MDMA (0,15 gr)	Não	1 ano e 1 mês	Mantida
Acórdão nº 55	Art. 25, al. a)	<i>Detiver</i>	Cannabis (73,09 gr)	Sim	1 ano e 8 meses de prisão	Mantida

Tabela criada pelo autor

A simples observação da análise extraída dos processos oriundos dos tribunais da relação, em Portugal, demonstram maior fiabilidade nas interpretações sobre os casos concretos. Dos 10 casos selecionados em razão da semelhança fática existente, e que também estão presentes nos grupos de quantidade de droga apreendida entre 1gr a 10gr e de 10gr a 100gr, verifica-se uma padronização nos julgamentos, em especial sobre a pena aplicada.

Dos dados extraídos dos processos oriundos dos tribunais portugueses, no tocante à proporcionalidade das penas aplicadas, denota-se que as mesmas não ultrapassam dois anos de prisão, ainda que grande parte dos acusados possuem histórico de antecedentes criminais. Da relação dos acórdãos que constam na tabela 12, tal fato aconteceu apenas em duas oportunidades: no acórdão nº 43, cuja pena foi aplicada em 5 anos de prisão; e no acórdão nº 53, cuja pena foi aplicada em 2 anos e 3 meses. O restante dos acórdãos, as penas ficaram igual ou inferior a 2 anos.

Se utilizarmos como parâmetro o acórdão nº 52, na qual o arguido foi condenado a pena de 1 ano e 8 meses, e as substâncias apreendidas foram 18,16gr de heroína e 8,77gr de cocaína, poucas correspondências serão encontradas nos acórdãos analisados do tribunal brasileiro. Faremos um exercício comparativo: no acórdão nº 23, o acusado foi condenado em 3 anos, 5 meses e 20 dias, por trazer consigo 3,95gr de crack e 1,5gr de cocaína; no acórdão nº 25, o acusado foi condenado em 4 anos e 2 meses por trazer consigo 3,7gr de crack; no acórdão nº 20, a pena foi de 2 anos e 9 meses e as substâncias apreendidas foram 7gr de crack e 17,9gr de cannabis; no acórdão nº 28, a pena foi de 2 anos e 6 meses, e 11,46gr de cannabis.

Depreende-se das decisões aqui analisadas que a ausência de tipos penais intermediários na legislação brasileira, permite que os tribunais oscilem demasiadamente na forma como julgam os crimes de tráfico de menor gravidade. Tanto é verdade que nos diversos casos apresentados, os quais possuíam similitude fática, tiveram desfechos completamente diferentes.

4 CONCLUSÃO

A estratégia política de combate à droga que temos hoje, possui origem na virada do século XX, quando surgem os primeiros diplomas internacionais sobre a matéria. Com o passar dos anos, a intensidade das restrições ao comércio foram sofrendo alterações, muito em razão da evolução das atividades ilícitas.

Embora a possível cena de inauguração remonta ao início do século XX, através do Tratado de Haia, de 1912, entendeu-se que o ápice dos esforços internacionais no combate às drogas tomou corpo a partir da década de 60, com a elaboração da Convenção Única sobre Estupefacientes, de 1961.

A partir desta convenção, Brasil e Portugal passaram a adotar as estratégias internacionais de combate aos crimes relacionados com drogas, e assim estabeleceram as suas legislações internas. Por outro lado, ainda que pautados nos mesmos acordos internacionais sobre o combate ao tráfico ilícito das drogas, verificou-se que as estratégias adotadas no âmbito interno caminharam em sentidos opostos.

Com a presente investigação, na qual se propôs comparar a legislação de drogas do Brasil e de Portugal, no tocante à figura do tráfico de drogas, foi possível identificar relevantes diferenças. No que pertine à legislação brasileira, consubstanciada na Lei nº 11.343/06, denota-se que ainda está bastante influenciada pelo discurso americano de guerra às drogas, conforme analisado no primeiro capítulo.

Isso porque, após reflexão da legislação brasileira, identificou-se, no tocante aos dispositivos da lei que incriminam as condutas de tráfico, normas bastante abstratas, genéricas, exatamente como eram estabelecidos os tratados internacionais que orientavam as políticas criminais de drogas de diversos países.

Dentre os principais problemas visualizados na legislação brasileira, pode-se afirmar que a ausência de um tratamento penal proporcional às figuras do tráfico de substâncias ilícitas, revelam um grave problema legislativo. A inexistência de previsão na lei de tipos penais proporcionais, a carência de sanções em diferentes graus para condutas de menor ou maior gravidade, diferentemente do que ocorre na legislação

portuguesa, é talvez um dos fatores que mais dificultam um julgamento justo e proporcional.

Através da coleta e exame das decisões judiciais, essa questão ficou bastante nítida. Enquanto as decisões proferidas pelos tribunais portugueses obedeciam critérios determinados em lei, havendo julgamentos proporcionais à medida da culpa do agente, o tribunal brasileiro, por sua vez, oscilou demasiadamente na forma de julgar, embora muitas vezes a natureza e quantidade das substâncias, assim como o enredo fático dos processos, possuíssem similaridade.

Ao longo da análise das decisões judiciais, foi possível concluir que a estratégia criminal adotada na lei de drogas portuguesa promove uma maior eficácia do processo penal. Entre os dados extraídos, verificou-se que os tribunais portugueses possuem um percentual maior de manutenção da sentença penal em segunda instância, se comparado ao Brasil.

Uma legislação que utiliza como modelo tipos penais em aberto, como faz a legislação brasileira, permite maiores interpretações sobre o mesmo tema, e isso faz com que haja discrepâncias de decisões entre a primeira e a segunda instância. No caso da legislação portuguesa, prevalecem critérios definidos para os diversos graus de reprovabilidade de condutas relacionadas com o comércio de drogas, e isso gera maior segurança por parte das instituições penais envolvidas no momento de aplicar a lei.

Relativo ao contexto fático dos casos analisados, foi possível observar semelhanças entre os dois países. Existe uma equivalência muito grande sobre as ações puníveis descritas nas denúncias de ambos os países, conforme tabelas 4 e 5. Assim como a quantidade de prisões que partiram de investigações pretéritas ou patrulhamento policial. Até mesmo relativo à quantidade de droga apreendida em cada processo, conforme tabela 10.

Sobre as penas aplicadas, contudo, concluiu-se haver uma severidade maior no judiciário brasileiro. As causas estão relacionadas com a estrutura normativa, com a falta de parâmetros para orientar desde a atividade policial até o decreto sentencial. E a única solução para corrigir essa deficiência normativa, será a elaboração de uma alteração legislativa.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, Edgar H.; DURELL, Jack. (1984). Cocaine: A growing public health problem, in Grabowski J (ed): Cocaine: Pharmacology, Effects, and Treatment of Abuse. Washington, DC, National Institute on Drug Abuse, pp 9-14.

AGRA, C. D., da FONSECA, E. P., QUINTAS, J., & POIARES, C. (1997). A Criminalização da Droga: da Emergência à Aplicação da Lei. Droga e Crime: Estudos Interdisciplinares, Vol. 3. Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga. Lisboa: Ministério da Justiça.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, BRANCO, José. (2011). Comentário das Leis Penais Extravagantes. Vol. II, Lisboa, Editora Universidade Católica.

BALDWIN, John. (2000). Research on the Criminal Courts, in Doing Research on Crime and Justice (KING, Roy King e WINCUP, Emma, orgs.). Oxford: OUP.

BARROS, Catarina Soares Oliveira; et al. (2020). Punibilidade do consumidor-trafficante e do trafficante consumidor de estupefacientes: enquadramento jurídico, prática e gestão processual. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (Formação Ministério Público).

BASAGLIA, Franco; ONGARO, Franca. (1977). La Mayoría Marginada. Barcelona. Editorial Laia.

BELEZA, Teresa Pizarro. (2000). Direito Penal. 2º Volume, Lisboa: edição A.A.F.D.L.

BOITEUX, Luciana. (2006). Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. (Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>; Acesso em: 5 dez. 2022.

BOITEUX, L., Castilho, E. W. V., Vargas, B., Batista, V. O., Prado, G. L. M & Japiassu, C. E. A. (2009). Série pensando o direito. Tráfico de Drogas e Constituição. Rio de Janeiro, Brasília: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/constituicao-federal>; Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL (2015). Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.569/SP – São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>.
Acesso em: 21 fev. 2023.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. (2012). O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 239A, out.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. (2013). Drogas e Justiça Criminal em São Paulo: conversações. Sistema Penal & Violência (Online), Porto Alegre, v. 5, p. 121-132.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. (2015). Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. doi:10.11606/T.8.2015.tde-31072015-151308. Recuperado em 2023-02-05, de www.teses.usp.br.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. (2017). “Pela metade: implicações do dispositivo médico-criminal da ‘nova’ lei de drogas na cidade de São Paulo”, Tempo Social revista de sociologia da USP, v. 29, n. 2, 45-74.

CARNEIRO, Henrique. (2002) As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. Revista Outubro. IES, v. 6, pp.115-28.

CARNEIRO, Henrique. (2014). Portais de todo prazer. Revista de História da Biblioteca Nacional. Brasil de todas drogas. Rio de Janeiro, Ano 10, Nº 110, p.17-20. Nov/2014.

CARNEIRO, Henrique. (2018). Drogas: a história do proibicionismo. São Paulo: Autonomia Literária. Versão ePub. Disponível na base de dados Kobo eBooks.

CARVALHO, Américo Taipa de. (2008). Direito penal – parte geral. 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Salo de. (2013). A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva.

CHAVES, Rui. (1994). Regime jurídico do tráfico e do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Coimbra: Livraria Almedina.

COSTA, Eduardo Maia. (1998). Direito Penal da droga: breve história de um fracasso. Revista do Ministério Público. – Lisboa. Nº 74 (Abril-Junho 1998), p. 103-120.

COSTA, Eduardo Maia. (2009). Descriminalização do consumo de estupefacientes em Portugal – Análise Preliminar, in Revista Toxicodependências, n.º 3, vol. 15, pp.3-8.

COSTA, Eduardo Maia. (2017). Consumo de estupefacientes: Evolução e tensões no direito português, in Revista Julgar n.º 32.

DIAS, Jorge de Figueiredo. (2007). Direito Penal – Parte Geral. Tomo I, 2ª, Coimbra Editora.

DIAS, Lúcia Nunes (2007). As Drogas em Portugal, o Fenómeno e os factos Jurídico Políticos de 1970 a 2004, Pé de Página Editores, Porto.

ESCOHOTADO, Antonio. (1998). Historia general de las drogas. Madrid: Alianza Editorial.

ESCOHOTADO, Antonio. (2004). História elementar das drogas. Lisboa: Antígona.

GERRING, John. (2007). Case study research: principles and practices. Cambridge: Cambridge University Press.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). (2007). Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESUS, M. G. M. et al. (2011). Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência.

JESUS, Maria Gorete Marques de. (2016), “O que está no mundo não está nos autos’: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas”. Tese de doutorado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

KARAN, Maria Lúcia. (2015). Legalizar para respeitar os direitos humanos. Conferência de abertura do Seminário Redução de Danos da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

LIMA, Renato Brasileiro de. (2016). Legislação criminal especial comentada. Volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM.

LOPES JR., Aury. (2019). Direito processual penal. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. ISBN 9788553605729. Versão ePub. Disponível na base de dados eBooks Kindle.

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. (2009). Uma história das drogas e do seu proibicionismo transnacional: relações Brasil-Estados Unidos e os organismos internacionais. (Tese de Doutorado, Escola de Serviço Social da Universidade

Federal do Rio de Janeiro). Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/30/teses/619294.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2022.

LINS E SILVA, Tício. (1986). A maconha e a lei. In: SABINA, Maria (org.). Maconha em debate. São Paulo: 2ª ed., Editora Brasiliense.

LIPPI, Camila Soares. (2013). O discurso das drogas construído pelo direito internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2.

LOBO, Fernando Gama. (2021). Droga: notas, doutrina, jurisprudência, legislação conexa. 2ª ed. (Legislação anotada).

MACRAE, E. (2001). Antropologia: Aspectos Sociais, Culturais e Ritualístico. In; Dependência de drogas, Seibel, S. D. e Toscano Jr., A., São Paulo, Editora Atheneu.

MARONNA, Cristiano Avila. (2022). Lei de Drogas interpretada na perspectiva da liberdade. São Paulo: Editora contracorrente. Versão ePub. Disponível na base de dados Kobo eBooks.

MARTINS, A. G. Lourenço. (1994). Droga e Direito - Legislação, Jurisprudência, Direito Comparado e Comentários. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias.

NUCCI, Guilherme de Souza. (2009). Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza. (2015). Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Vol. 1. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.

NIELSEN, Laura Beth. (2010). "The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research" *in* The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (CANE, Peter e KRITZER, Herbert, orgs). Oxford: OUP.

OLMO, Rosa del. (1989). Drogas: distorsiones y realidades. Nueva Sociedad, Caracas, nº 102 (julio-agosto 1989), pp.81-93.

OLMO, Rosa del. (1990). A face oculta da droga. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro, Recan.

PALMA, Maria Fernanda. (2003). Consumo e Tráfico de Estupefacientes e Constituição, in Revista do Ministério Público, n.º 96, Ano 24, out-dez.

POIARES, C. (1996). História da criminalização - O discurso do legislador (Vol. 1). Porto: Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto.

POIARES, C. (1996). História da criminalização - O jogo do aplicador: entre a lei e o fenómeno (Vol. 2). Porto: Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto.

POIARES, C. (1998). As drogas ilícitas: Consumo, Incriminação e Desculpabilização. Revista Toxicodependências, Edição SPTT, Vol. 4, N.º 3, pp 57-66.

POIARES, C. (2001). Variações sobre a droga. Toxicodependências, 67-75.

POIARES, C. & AGRA, C. (2003). “A droga e a humanidade – reflexão psicocriminal”, in Dário Moura Vicente (coord.), Problemas jurídicos da droga e da toxicodependência. Lisboa: Coimbra Editora, 9-26.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 435/70, de 12 de setembro de 1970. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-unica-de-1961-sobre-os-estupefacientes-0>. Acesso em: 12 set. 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 420/70 de 3 de Setembro do Ministério da Justiça. Diário do Governo: nº 204/1970, Série I de 1970-09-03. Acedido a 23 maio 2023. Disponível em www.dre.pt.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 10/79, de 31 de janeiro de 1979. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-substancias-psicotropicas-0>. Acesso em: 15 set 2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 430/83 de 13 de Dezembro do Ministério da Justiça e da Saúde. Diário da República: nº 285/1983, Série I de 1983-12-13. Acedido a 23 maio 2023. Disponível em www.dre.pt.

PORTUGAL. Resolução da Assembleia da República nº 29/91, de 6 de setembro de 1991. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-das-nacoes-unidas-contra-o-trafico-ilicito-de-estupefacientes-e-substancias-1>. Acesso em: 16 set. 2022.

PORTUGAL. Portaria nº 94/96, de 26 de março de 1996. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/portaria/94-1996-545980>. Acesso em: 22 set. 2022.

QUINTAS, J. (2011). Regulação legal do consumo de drogas: Impactos da experiência portuguesa da descriminalização. Porto: Fronteira do Caos Editores Lda.

RODRIGUES, Thiago. (2002). A infundável guerra americana: Brasil, o narcotráfico e o continente. São Paulo em perspectiva, v. 12 n. 6, pp. 102-111.

RODRIGUES, Thiago. (2014). Narcotráfico: uma guerra na guerra. 2. ed. São Paulo: Desatino. ISBN 978-85-88467-27-9. Versão ePub. Disponível na base de dados Kobo eBooks.

SEMER, Marcelo. (2019). Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. (Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/pt-br.php>. Acesso em: 18 out. 2022.

SILVA, César Dario Mariano da. (2016). Lei de drogas comentada. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público.

SILVA, Luiza Lopes da. (2013). A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira. Brasília: FUNAG.

SPENCE, Jonathan D. (1991). The Search for Modern China. New York, London: W.W.Norton.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. (2009). Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. (Tese de Mestrado, Universidade de São Paulo). Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17112011-091652/pt-br.php>. Acesso em: 5 nov. 2022.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Gilmar. (2010). Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). 2021. World Drug Report 2021, Vienna. Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/wdr-2021_booklet-2.html. Acesso em: 5 mar. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. (2017). O direito penal da guerra às drogas. 2 ed – 1. reimp – Belo Horizonte: Editora DPLácido.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. (2010). Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2018). Global status report on alcohol and health. Geneva, Switzerland: WHO. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241565639>. Acesso em: 2 mar. 2022.

Bibliografia Diversa/Webgrafia

<https://dre.pt>

<https://www.tjrs.jus.br>

<http://www.dgsi.pt/>

Relação dos acórdãos estudados

a) TJRS

- 1) 70084941400
- 2) 70085037885
- 3) 70078990348
- 4) 70085034957
- 5) 5005780-94.2021.8.21.0014
- 6) 5000739-39.2017.8.21.0095
- 7) 5026437-81.2022.8.21.0027
- 8) 5036538-68.2021.8.21.0010
- 9) 5001321-51.2019.8.21.0133
- 10) 5001625-47.2022.8.21.0003
- 11) 5000992-19.2022.8.21.0138
- 12) 5000790-03.2022.8.21.0054
- 13) 5059207-16.2019.8.21.0001
- 14) 5000905-19.2018.8.21.0004
- 15) 5002401-53.2022.8.21.0001
- 16) 5060172-86.2022.8.21.0001
- 17) 5000610-08.2012.8.21.0031
- 18) 5001375-93.2022.8.21.0009
- 19) 5001101-35.2022.8.21.0105
- 20) 5002710-18.2022.8.21.0052
- 21) 5003863-30.2022.8.21.0006
- 22) 5002301-78.2017.8.21.0032
- 23) 5005392-31.2020.8.21.0014
- 24) 5010999-93.2022.8.21.0001
- 25) 5149971-43.2022.8.21.0001
- 26) 5000785-02.2019.8.21.0081
- 27) 5022383-90.2022.8.21.0021
- 28) 5000961-37.2018.8.21.0009
- 29) 5002593-58.2022.8.21.0074
- 30) 5014419-28.2022.8.21.0027

b) TRP

- 31) 5104/20.0JAPRT.P1
- 56) 128/20.0JELSB.E1
- 57) 25/21.2PEEVR.E1
- 58) 220/21.4PBSTB.E1
- 59) 92/20.6GCPTM.E1
- 60) 8/19.2PEFAR.E1

- 32) 2569/19.7JAPRT.P1
- 33) 7/21.4PGGDM.P1
- 34) 2333/20.0JAPRT.P1
- 35) 103/21.8GDGDM.P1
- 36) 2867/21.0JAPRT.P1

c) TRL

- 37) 368/21.5JELSB.L1-3
- 38) 168/21.2SDLSB.L1-9
- 39) 75/21.9JBLSB.L1-5
- 40) 4/22.2SWLSB.L1-9
- 41) 42/22.5JELSB.L1-9
- 42) 244/21.1PQLSB.L1-9
- 43) 19/20.5PJAMD.L1-3
- 44) 137/22.5SCLSB.L1-9
- 45) 85/21.6PDAMD.L1-5
- 46) 275/21.1PQLSB.L1-5
- 47) 56/20.0SHLSB.L1-9
- 48) 41/21.4PDAMD.L1-9
- 49) 801/19.6JAPDL.L1-3

d) TRC

- 50) 45/22.0GBGRD.C1

e) TRG

- 51) 90/20.0GEGMR.G1
- 52) 19/21.8PEBGC.G1

f) TRE

- 53) 476/20.0PALGS.E1
- 54) 502/20.2GBGDL.E1
- 55) 179/21.8T9STC.E1