

REVISTA
**BRASILEIRA
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS**
RBCCrim

ANO 19 • 92 • SETEMBRO-OUTUBRO • 2011

COORDENAÇÃO:
HELENA REGINA LOBO DA COSTA



PUBLICAÇÃO OFICIAL



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

Presidência

Marta Saad

Coordenação

Helena Regina Lobo da Costa

DIRETORIA DA REVISTA

COORDENAÇÃO – Helena Regina Lobo da Costa.

COORDENAÇÃO ADJUNTA – Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Bruno Shimizu, Heloísa Estellita e Mariângela Lopes.

CONSELHO EDITORIAL – Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafr, Alexandre Wunderlich, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, André Augusto Mendes Machado, Andrei Zenkner Schmidt, Carina Quito, Carlos Weis, Carolina Dzimidas Haber, Celso Eduardo Faria Coracini, Cleunice Valetim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Denise Provasi Vaz, Diogo Malan, Eduardo Reale Ferrari, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Giovanni Agostini Saavedra, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Juliana Garcia Belloque, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maira Rocha Machado, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho Araujo, Pedro Vieira Abramovay, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Sanches Rios e Sérgio Salomão Shecaira.

COLABORADORES PERMANENTES

NACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Alberto Silva Franco, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Ivette Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangeli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochevsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luis Greco, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS – Adolfo Ceretti, Alejandro Aponte, Anabela Miranda Rodrigues, Ana Isabel Pérez Cepeda, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittowitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gimenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Francisco Muñoz Conde, Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, Iñaki Rivera Beiras, Jesús-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Luis Alberto Arroyo Zapatero, Luis Fernando Niño, María Paz Arenas Rodríguez, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Mauricio Martínez Sánchez, Nicolás Rodríguez García, Pedro Caeiro, Olga Spinoza, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia, Stella Maris Martinez e Urs Kindhäuser.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 19 • vol. 92 • set.-out. / 2011

Coordenação

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

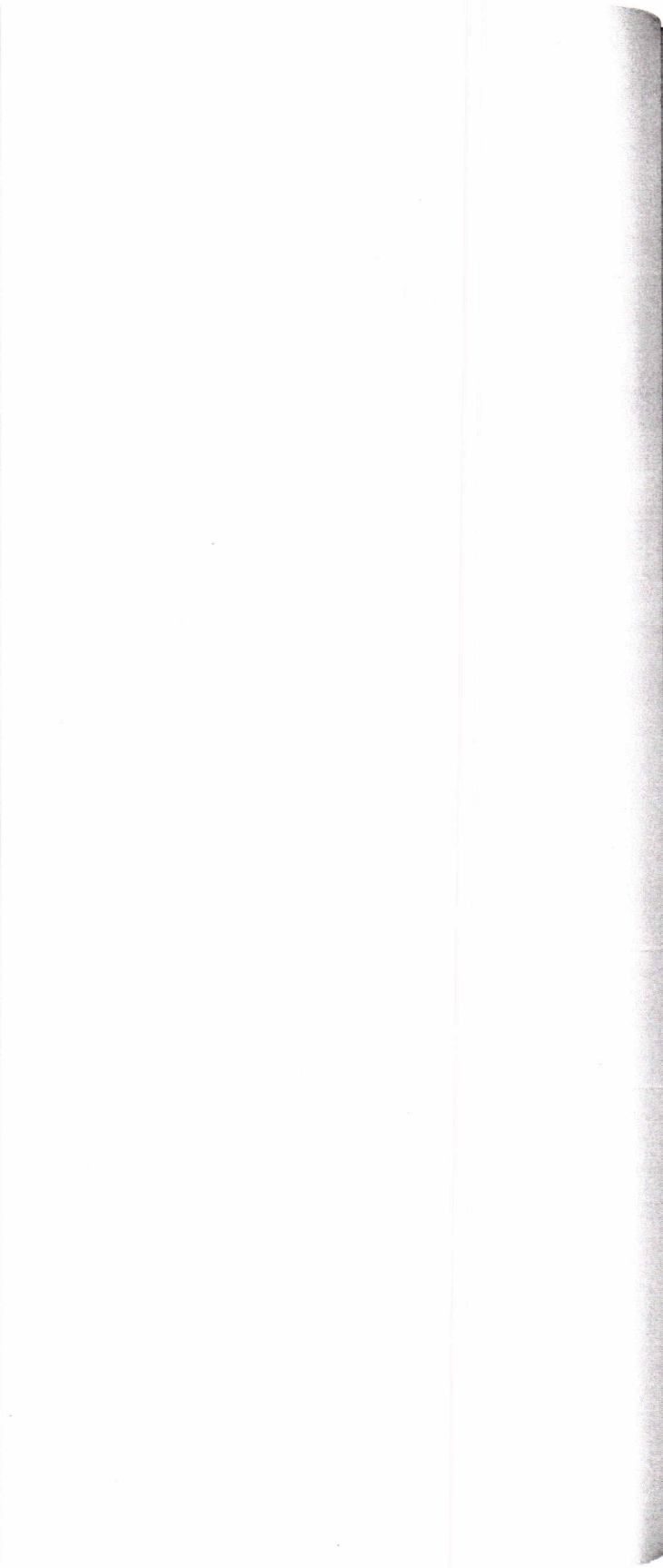
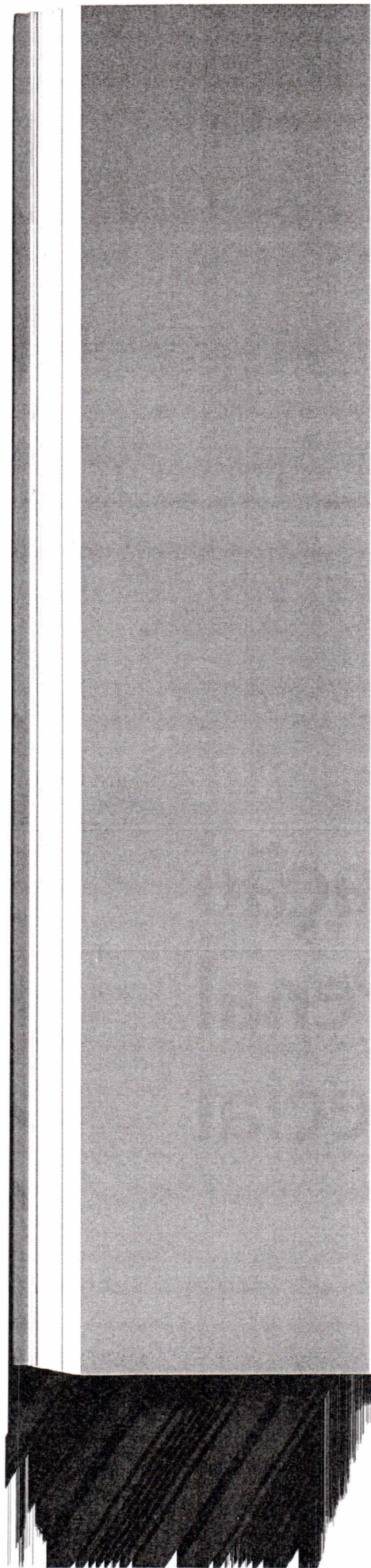
Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

Repositório de Jurisprudência autorizado pelos Tribunais Regionais
Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões.

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**



AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE DROGAS

1

(Esboço de uma legislação
penal comparada sobre drogas)

KRISZTINA KARSAI

Professora Livre-docente da Universidade de Szeged-Hungria. Vice-Diretora de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Szeged-Hungria.

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal

RESUMO: Este trabalho pretende oferecer uma abordagem teórica da legislação penal sobre drogas, ou seja, o objetivo do trabalho é sistematizar – para a pesquisa no âmbito do direito comparado – todos os elementos de regulamentação materiais-jurídicos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Nesse sentido, serão compilados os possíveis elementos da regulamentação penal: a regulamentação das substâncias, as normas quantitativas, as condutas ilícitas, os requisitos subjetivos da punibilidade, questões relativas ao dolo e o tratamento penal especial de dependentes de

ABSTRACT: The purpose of this paper is to establish a theoretical framework for the criminal legislation on drugs, in other words, the objective is to create a system - for research within the scheme of comparative law - for all the possible legally relevant regulation elements in a Criminal Legislation on Drugs. In this regard, the possible elements of criminal regulation will be gathered: regulation on substances, quantitative norms, illegal behaviors, subjective punitive requirements, issues related to criminal intent (*mens rea*) and the special criminal treatment of drug addicts will be examined in this writing.

drogas são temas que serão examinados neste trabalho. Além disso, será apresentada ainda uma faceta até agora quase oculta da evolução jurídica europeia, capaz de causar efeitos relevantes sobre a legislação penal de drogas dos países, ou seja, o princípio transnacional *ne bis in idem*, que suspende, por meios jurídicos, a transnacionalidade dos negócios ilícitos envolvendo drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação de drogas – Direito Penal comparado – Dependente de drogas – *Ne bis in idem* – Política criminal.

In addition, an almost hidden aspect of European legislative evolution, significant enough to cause relevant consequences on the criminal legislation on drugs in the countries will be presented. This is the transnational principle *ne bis in idem*, which blocks via legal means, the transnationality of the illegal businesses dealing with drugs.

KEYWORDS: Drug legislation – Comparative criminal law – Drug addict – *Ne bis in idem* – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sumário estatístico – 3. A intervenção do Direito Penal: 3.1 Justificativa para a intervenção; 3.2 Interesses e metas; 3.3 Proporcionalidade; 3.4 Redução de danos – 4. Elaboração de uma legislação penal sobre drogas: 4.1 Circunstâncias objetivas: 4.1.1 Substâncias; 4.1.2 Conduta punível; 4.1.3 Quantidades relevantes; 4.1.4 Elementos relacionados ao tipo voltados à proteção de outros interesses; 4.2 Circunstâncias subjetivas/culpa; 4.3 A dependência de drogas como privilégio?; 4.4 Influência de estruturas dogmáticas gerais; 4.5 Terapia em vez de pena (sanções) – 5. Excurso: delitos transnacionais relacionados a drogas na Europa – Evoluções inovadoras (?) – 6. Resumo e futuro.

1. INTRODUÇÃO

Questões fundamentais¹ de uma legislação penal sobre drogas – um tema geral, que provavelmente soa familiar a todos nós. Drogas existem em toda a parte do globo onde o ser humano se fixa, na Europa, na Ásia ou nas Américas, na Austrália ou na África. O Direito Penal também existe onde existe um Estado organizado. E também a pergunta é a mesma em toda a parte: quando se trata de drogas, o que o Estado está autorizado a/deve/pode reprimir com os instrumentos do Direito Penal? Será mesmo possível contabilizar os elementos de uma *legislação penal sobre drogas*? Ou esse questionamento é antes equivocado em razão das diferentes *políticas de drogas*? O que leva os Estados democráticos à repressão penal às drogas?

1. Tradução do original alemão por Rósula Kelly Medrado A. Passos, graduada em Tradução (Alemão/Francês/Português/Tradução Jurídica), Instituto de Tradutores e Intérpretes (IÜD) Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Língua e Literatura Alemã pela USP. Tradutora Pública e Intérprete Comercial/Juicsp.

Este trabalho é um recorte direcionado a responder o que o Direito Penal, como área do Direito, pode manejar no campo da criminalidade ligada às drogas. O requisito básico para esse recorte é o reconhecimento do Estado de Direito; minhas constatações referem-se sempre a um Direito Penal que funcione num sistema democrático, de Estado de Direito, no qual os seus princípios básicos (como legalidade, justiça e dignidade humana) sejam de um modo geral reconhecidos e assegurados. A concreta aplicação desses princípios ou mesmo a sua consagração constitucional não será exposta aqui individualmente, nem no âmbito do direito comparado – para as questões teóricas de uma legislação penal sobre drogas, basta a aceitação fundamental do conteúdo desses princípios, detalhes a respeito não serão necessários para este trabalho.

O objetivo do trabalho é, portanto, sistematizar – com vistas à pesquisa no âmbito do direito comparado – todos os elementos de regulamentação materiais-jurídicos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Além disso, será apresentada ainda uma faceta até agora quase não abordada, oculta, da evolução jurídica europeia que poderá causar efeitos relevantes sobre a legislação penal de drogas dos países (vide item 5).

2. SUMÁRIO ESTATÍSTICO

O relatório mundial sobre drogas do UN Office on Drugs and Crime (Unodc) de 2011 contém as mais amplas estatísticas e dados pertinentes à presença de drogas em todos os países do mundo.² O relatório contém tabelas comparativas e breves análises tanto do consumo como da produção e vendas de drogas. Gostaria de apresentar aqui as 10 assertivas mais importantes sobre as tendências:

- Enquanto os mercados globais de cocaína, heroína e *cannabis* encolheram ou permaneceram estáveis, a produção e o abuso de medicamentos e drogas sintéticas aumentaram.
- Em todo o mundo, cerca de 210 milhões de pessoas, ou seja, 4,8% da população, entre 15 e 64 anos de idade consumiram substâncias ilícitas no mínimo uma vez no ano passado. O consumo total de drogas, inclusive pela parte problemática (0,6% da população entre 15 e 64 anos), permaneceu estável.
- O cultivo mundial da papoula do ópio atingiu, em 2010, 195.700 hectares, o que representa um leve crescimento em relação a 2009. A produção de

2. O relatório está disponível em: [www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2011.html].

ópio, ao contrário, diminuiu 38%, caindo para 4.860 toneladas, devido à destruição de uma grande parte da colheita por pragas. A área mundial de cultivo de coca foi diminuída, em 2010, para 149.100 hectares, o que significa uma redução de 18% desde 2007. Nesse período, a produção potencial de cocaína caiu um sexto, uma consequência da considerável redução do cultivo de coca na Colômbia.

- O cultivo ilegal de plantas de ópio e coca limitou-se, de acordo com o relatório, a alguns poucos países. Embora a produção de ópio tenha sofrido uma queda acentuada e o cultivo da coca tenha sido levemente reduzido, a produção de heroína e cocaína foi ao todo significativa.

- A *cannabis*, segundo o relatório, permanece, de longe, a droga mais produzida e consumida mundialmente. Em 2009, de 2,8% a 4,5% da população mundial entre 15 e 64 anos – ou seja, de 125 a 203 milhões de pessoas – consumiu *cannabis* no mínimo uma vez.

- O mercado americano de cocaína caiu enormemente nos últimos anos, de acordo com o relatório. Contudo, trata-se ainda do maior mercado do mundo, com um consumo de 157 toneladas no ano de 2009, o que equivale a 36% do consumo total. O segundo maior mercado de cocaína é a Europa, em especial a Europa Ocidental e Central, onde o consumo é estimado em 123 toneladas.

- Enquanto a produção da erva da *cannabis* (maconha) é amplamente disseminada, sobretudo no continente americano e na África, a resina da *cannabis* continua a ser produzida quase exclusivamente em dois países: no Marrocos, que fornece para a Europa Ocidental e a África do Norte, e no Afeganistão, que serve os mercados do Sudoeste Asiático. Em 2010, a *cannabis* foi mais lucrativa para os agricultores afegãos do que o ópio.

- O aumento vertiginoso do consumo de anfetaminas, acompanhado por uma retração do cultivo do ópio e do tráfico de heroína, é motivo para preocupação no Sudeste Asiático. Os progressos alcançados nos mercados tradicionais de drogas foram relativizados pelas drogas *designer* que viraram moda.

- Muitas substâncias não regulamentadas, conforme o relatório, são comercializadas como substitutas para estimulantes ilícitos, como a cocaína ou *ecstasy*. A metanfetamina, uma substância altamente viciante, espalha-se atualmente pelo Leste Asiático e, desde 2009, registra um aumento também na América do Norte, após alguns anos de retração.

- De fato, 2009 foi um ano recorde em relação à apreensão de drogas sintéticas, em grande parte impulsionado pela interceptação de metanfetamina, que aumentou no ano de 2009 (15,8 toneladas) em mais de um terço em comparação a 2008 (11,6 toneladas), principalmente em Mianmar. Embora Mian-

mar seja uma das principais fontes de pílulas de metanfetamina no Sudeste Asiático, a África também está se tornando uma fonte para a metanfetamina destinada ao Leste Asiático.³

3. A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL

Considera-se evidente que o Direito Penal tenha de desempenhar um importante papel no que diz respeito às drogas. O que exatamente é possível alcançar com o Direito Penal, como – ao menos teoricamente – atingir essas metas por meio do Direito Penal são questões que já causam, no entanto, polêmica e interpretações bem diversas em muitos países. A forma, então, como a reação penal está de fato elaborada no ordenamento jurídico depende não só das estruturas filosóficas, teóricas e dogmáticas do Direito Penal, mas também enormemente da política. Isso – infelizmente – não deve ser nunca perdido de vista.

A ciência filosófica, jurídica, auxilia na medida em que está sempre em busca de teorias adequadas (em todos os países onde há um dogma de Direito Penal). A intervenção do Direito Penal nas atividades do indivíduo pode ser justificada com a ajuda de diversas teorias. Entre essas, um modelo muito rebuscado e apropriado é a teoria do bem jurídico, que predomina em muitos países como teoria dogmática justificadora da intervenção do Direito Penal. No entanto, essa teoria não está livre de críticas⁴ e possui concorrentes tanto no seu berço, a Alemanha, como também em outros países.

3.1 Justificativa para a intervenção

Teorias justificadoras possuem um *amargo* denominador comum. Enquanto o legislador, que, por um lado, segue concessões políticas e, por outro, necessidades (expectativas) sociais, toma ele mesmo a decisão sobre o alcance da proteção penal, a ciência jurídica tem de satisfazer-se em tentar estabelecer limites, não podendo fornecer à legislação penal diretrizes gerais – válidas acima de governos e mudanças de sistemas – e, com isso, materiais. Ao menos até agora não logrou fazê-lo. Mesmo os avanços modernos (europeus) que consideram

3. Sobre a repercussão do relatório na imprensa, vide: [www.derstandard.at]. Acesso em: 23.06.2011; [www.heute.at]. Acesso em: 23.06.2011; [www.epo.de]. Acesso em: 24.06.2011.

4. SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. vol. 122, p. 24-50. Berlin: De Gruyter, 2010.

os direitos humanos como sólidos critérios para a legislação penal não foram desencadeados pela ciência, mas apenas pelo investimento político internacional nas convenções e sistemas de controle desses direitos.

Observadas de mais perto, tanto as teorias do bem jurídico como também outras “teorias justificadoras” relativas ao conteúdo⁵ podem ser divididas em vários subgrupos:

a) Teorias que, do ponto de vista do direito à proteção, reconhecem apenas interesses individuais (por exemplo, Hassemer, Mill);⁶⁻⁷

b) Teorias que, do ponto de vista do direito à proteção, reconhecem apenas interesses universais ou coletivos (por exemplo, Amelung);⁸

c) Teorias que reconhecem tanto os interesses individuais como os universais (por exemplo, Hefendehl, Roxin, Feinberg).⁹⁻¹⁰⁻¹¹

Ao se buscar uma base de legitimação científica para uma legislação penal sobre drogas no Estado de Direito encontram-se, portanto, muitas teorias. A opção entre as teorias também determinará os interesses a serem protegidos e as metas a serem declaradas pela proibição penal.

3.2 *Interesses e metas*

Com essas reflexões, pode-se constatar que no campo das drogas já a justificativa para a reação penal é quase insolúvel para a ciência jurídica. Os valores e interesses a serem concretamente protegidos são identificados pelo legislador; tratando-se aí sempre de política e quase sempre de dinheiro. É verdade que as direções políticas podem influenciar enormemente o caminho de uma legislação penal sobre drogas. Há, porém, três grupos de interesses que sempre apare-

5. As teorias que vinculam a proteção penal a requisitos formais (por exemplo, a teoria da vigência da norma de Jacobs. Vide JAKOBS, Günther. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: Heymanns, 1991) não serão tratadas aqui.

6. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 1. Rdn. 113-144.

7. VON HIRSCH, Andrew. Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”. *Goldtdammer’s Archiv* 2002, p. 6-7.

8. Vide SWOBODA, Sabine, op. cit., p. 25 e ss.

9. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns, 2002.

10. ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2006.

11. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1987.

cem como valores a serem protegidos num direito penal do Estado de Direito. As semelhanças que esses grupos de interesses demonstram com o conteúdo dos três subgrupos que justificam uma intervenção não são mera coincidência.

Segundo a opinião aqui defendida, são os seguintes os interesses passíveis de proteção:

- a) A saúde do usuário;
- b) A saúde da sociedade/a saúde pública;
- c) A paz pública.

Objetivos que deveriam ser alcançados por meio da proteção desses interesses:

a) Proteção contra o risco ou o dano a si mesmo; repressão à disponibilidade das drogas; impedimento do consumo de drogas, mas também – havendo o reconhecimento do consumo de drogas – controle de qualidade das drogas lícitas;

b) Repressão à disponibilidade das drogas; amplo controle do contato com entorpecentes; redução dos custos dos tratamentos de saúde relacionados aos dependentes de drogas;

c) Repressão às drogas e/ou ao consumo das drogas nas ruas e/ou em locais de risco (escolas); prevenção de comportamentos preocupantes de usuários de drogas nas ruas.

3.3 *Proporcionalidade*

A decisão sobre a punibilidade em geral, mas sobretudo no domínio da legislação penal sobre drogas, é tomada no âmbito de uma complexa matriz de valores. Caso haja uma decisão sobre o “se”, coloca-se a próxima pergunta, não muito mais fácil, do “como”. Nesse aspecto, vêm à tona em primeira linha as respectivas diretrizes constitucionais de um Estado, e é necessário fazer jus à proporcionalidade (eventualmente ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal) e ao princípio da igualdade, independentemente do que venham a significar nos diferentes ordenamentos jurídicos.

3.4 *Redução de danos*

A prevenção e a minimização dos danos causados por drogas constitui em muitos países um objetivo da *política de saúde*. Entre as mais importantes medidas nessa área encontram-se a terapia da substituição baseada em opioides, bem como programas de trocas de agulhas e seringas, que visam a diminuir o número de óbitos por overdose e conter a propagação de doenças infecciosas.

A política, que participa das decisões do Direito Penal, recusou há três décadas a minimização de danos com a justificativa de que esse pensamento levaria à disseminação do consumo de drogas e, de qualquer forma, sustentaria a criminalidade associada às drogas. Em muitos países da Europa, houve até mesmo ações penais contra assistentes sociais e médicos que, nesse período sombrio, empreenderam os primeiros passos e tentativas envolvendo a redução de danos. Nesse meio tempo, essa meta se impôs e a sua peculiar semi-ilegalidade se extinguiu mesmo nas políticas de drogas conservadoras. Mas o importante para a legislação penal sobre drogas é que, *ao menos*, seja excluída a ilegalidade dessas atividades que atenuam o consumo e a aquisição de drogas. No que se refere aos tipos, contudo, é também possível reproduzir a irrelevância penal da minimização de danos: os métodos concretos de atendimento poderiam ser excluídos do tipo penal por enumeração ou alusão a normas jurídicas extrapenais.

4. ELABORAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE DROGAS

Depois das reflexões teóricas, coloca-se a questão sobre o conteúdo com o qual serão dotadas as respectivas normas, caso o legislador se decida a criar uma legislação penal sobre drogas ou criar tipos para a criminalidade associada às drogas.

Na elaboração da legislação penal sobre drogas, o princípio da legalidade material (*nullum crimen/nulla poena sine lege*) é o principal requisito a ser observado em qualquer legislação penal sobre drogas de um Estado de Direito. Nessa seção do trabalho, serão sistematizados os elementos cabíveis a uma legislação penal sobre drogas. Por meio dessas características gerais de uma legislação penal (material) sobre drogas, poderia também ser estabelecido um sistema de categorias com o qual se tentasse medir, com base em dados empíricos, os efeitos da configuração concreta da legislação penal de drogas sobre a criminalidade associada às drogas nos respectivos países. Um tal projeto científico poderia também ser usado para desprender gradativamente a legislação penal sobre drogas da base de argumentação política e situá-la numa dimensão internacional. Pode parecer visionário aqui, mas, no futuro, os países só conseguirão enfrentar o problema global das drogas com esses meios.

4.1 *Circunstâncias objetivas*

4.1.1 *Substâncias*

O ponto de partida para uma regulamentação consiste invariavelmente em decidir se, do conjunto de drogas ilegais, todas serão proibidas pelo Direito

Penal ou apenas substâncias específicas, selecionadas. Além disso, é possível imaginar que o legislador configure a proibição para as diferentes drogas também de maneira diversa.

a) Caso seja instituída *uma proibição geral* das substâncias ilegais, o legislador terá a incumbência de descrever com exatidão o que é uma droga (entorpecente). Para isso, ele poderá criar uma definição geral ou elaborar uma lista com as drogas conhecidas.

Como os entorpecentes se distinguem das “drogas” legais, por exemplo, do álcool, somente quanto à proibição, mas não quanto aos efeitos biológicos gerais (sobretudo, psicoatividade), é impossível – sem tais listas – compor uma definição geral. Por outro lado, no que concerne a uma lista com as drogas conhecidas, há o risco de ser necessário incluir na lista cada vez mais substâncias novas, devido ao acelerado desenvolvimento da indústria de drogas sintéticas (*legal highs*¹² e *drogas designer*). A alteração de leis não é uma brincadeira rápida em nenhum país. Modificações lentas trazem o risco de surgimento de lacunas temporais no combate às drogas, o que pode ser facilmente aproveitado pelo tráfico. É, portanto, quase evidente que tais listas não sejam estabelecidas na lei, mas, sim, em outras normas jurídicas inferiores cuja modificação seja realizável dentro de poucos dias.

Por meio da construção dogmática do tipo penal em branco, os conteúdos dessas listas podem ser incluídos sem dificuldades na regulamentação penal.

b) O potencial de risco à saúde oferecido pelo entorpecente (potencial de dependência, efeitos agudos, danos permanentes à saúde ou vínculo ao mesmo grupo químico) pode ser tomado como base para a seleção das substâncias, como costuma ser o caso em muitos países.

No entanto, pode haver classificações completamente diversas, a depender de qual característica concreta da droga é privilegiada na categorização. A isso se soma ainda o fato de que, no caso das drogas ilícitas novas, as próprias características dificilmente podem ser previstas tanto pelo produtor como pelo usuário, quanto menos pela ciência. As informações essenciais não são, portanto, identificáveis (naturalmente por muitos motivos).

12. Na Europa, surgiram nos mercados de drogas 24 novas substâncias em 2009 e, até meados de julho, foram mais 15, inclusive catinona, canabinoide sintética, bem como novos derivados sintéticos similares à cocaína e à anfetamina. Mais em: EUROPÄISCHE BEOBACHTUNGSTELLE FÜR DROGEN UND DROGENSUCHT (Hrsg.). *Stand der Drogenproblematik in Europa*. Dictus Publishing, 2011. p. 20 (ver também: EMCCDA *Jahresbericht Europa 2011*).

Podem ainda ocorrer processos na indústria química ou na agricultura que acarretem a modificação das substâncias “antigas”; por exemplo, outros métodos químicos de limpeza podem ser inventados que elevem o teor do princípio ativo em determinadas unidades.

Na Hungria e em outros países europeus, descobriu-se há 6-8 anos que algo havia mudado na *cannabis* contrabandeada e apreendida nas fronteiras: durante um longo período, foi possível constatar que os produtos da *cannabis* apreendidos – em comparação com apreensões anteriores – continham quantidade consideravelmente maior (duas ou três vezes mais) de princípio ativo numa determinada unidade. Os órgãos de investigação criminal explicam que se trata aqui de erva de *cannabis* geneticamente manipulada, a qual, em média, é “melhor” do que antes. Uma outra razão para a alteração da *cannabis* é que a erva é geralmente plantada no chamado cultivo *indoor*, em que as tecnologias e métodos utilizados causam um aumento crucial do teor do princípio ativo. Após alguns anos, surgiram os primeiros relatos de psiquiatras afirmando que, ao contrário das opiniões antes vigentes, a *cannabis* (delta-tetrahidrocannabinol) pode sim, causar danos irreversíveis ao cérebro, quando consumida de forma concentrada.¹³ O cenário se encaixa: os usuários prosseguem com os seus hábitos de consumo “normais”, mas consumindo algo novo, uma substância na verdade não conhecida cuja “novidade” os próprios usuários ainda desconhecem.

Com isso, quero apenas esclarecer o seguinte: o que hoje sabemos sobre as substâncias por meio de resultados científicos pode mudar à vontade e a qualquer tempo. Chegamos, assim, à problemática já citada no parágrafo a; portanto, se a categorização for realizada com base nas características “materiais” das drogas,¹⁴ e a proteção penal se orientar por elas, é preciso também esperar que

13. KUEPPER, Rebecca; VAN OS, Jim; LIEB, Roselind; WITTCHEN, Hans-Ulrich; HÖFLER, Michael; HENQUET, Cécile. Continued cannabis use and risk of incidence and persistence of psychotic symptoms: 10 year follow-up cohort study. *British Medical Journal*. 01.03.2011. Disponível em: [www.bmj.com/content/342/bmj.d738.full].

14. Se tais categorias forem estabelecidas na lei, isso ainda não significa de modo algum que também conseguirão se impor pela avaliação dos juízes na aplicação das leis. O tipo de substância é aqui um dos critérios que decidem se uma infração continuará a ser apurada na esfera penal ou se será aplicada uma pena menor. Na prática atual, as extensões das penas aplicadas podem seguramente divergir entre si também em caso de equiparação legal de todos os tipos de drogas. Na República Tcheca, todos os tipos de drogas são consideradas iguais pela lei: no caso de infrações relacionadas à heroína, em 44% dos casos foi aplicada uma pena de reclusão, no caso da pervitina (metanfetamina) o percentual das penas de reclusão correspondeu a 39% e, para

a regulamentação seja capaz de reagir de modo flexível a novos fenômenos de mercado e consumo.

c) O vínculo ao mesmo *grupo químico* também pode ser escolhido como fundamento para uma proibição penal. Nesse caso, o tronco químico responsável pela psicoatividade tem de ser identificado. Assim, todos os derivados podem ser, de antemão, submetidos à proibição. Numa regulamentação desse tipo, é bem menor o risco de as novas substâncias não serem atingidas pela proibição penal e de a lacuna na regulamentação vir a ser indevidamente aproveitada.

4.1.2 Conduta punível

Num tipo penal, as condutas coibidas pela lei devem ser formuladas claramente. No campo do contato com as drogas há, na verdade, três grupos específicos de ações:

- a) Ações vinculadas ao consumo ou atos de demanda:
- consumo (punibilidade direta do consumo de drogas);
 - aquisição para si;
 - em caso de porte, compra e fornecimento (entrega) não é a ação em si que é decisiva, mas a quantidade em questão.
- b) Ações vinculadas ao tráfico ou atos de oferta:
- Produção;
 - Cultivo;
 - Entrega;
 - Importação;
 - Exportação;
 - Trânsito;
 - Venda;
 - Realização de tráfico, comercialização.

a *cannabis*, a apenas 11%. No Reino Unido, a extensão média da pena aplicada às pessoas condenadas à detenção imediata por porte de drogas equivale, em caso de cocaína, a cinco meses, de *ecstasy*, a sete meses, e, de heroína, a dez meses. As penas médias para o tráfico de drogas (com exceção da importação e exportação) corresponderam a 29 meses para o *ecstasy* e 37 meses para cocaína e heroína. No entanto, as três substâncias são classificadas na mesma categoria. Isso leva à conclusão de que a Justiça – diferentemente das normas jurídicas – atribui a drogas diferentes uma dimensão diversa de nocividade ou de relevância penal. Vide mais a esse respeito em: EMCDDA *Jahresbericht Europa 2011*. p. 30.

(c) Colaboração para (a) ou (b) em variações temporais (antes, durante ou após o ato):

- Colaboração financeira;
- Garantia de outros meios (*know-how* para a produção, laboratório químico etc.) para a prática.

a) O *vínculo com o consumo* significa que essas ações pressupõem o contato direto com drogas, razão pela qual são inevitáveis para o consumo (voluntário). Elas se revelam, no entanto, problemáticas num Direito Penal onde o consumo em si não é punido, pois todas as ações que num momento prévio são inevitáveis para o consumo (aquisição para si e porte) podem igualmente ser “atos anteriores” do tráfico e venda. Esse problema não pode ser transposto com a eventual fixação da “quantidade para consumo” e da “quantidade para tráfico”; aliás, uma regulamentação dessa ordem também determina os hábitos comerciais dos vendedores: os traficantes raramente são pegos nas ruas com “quantidade para tráfico”. Daí surge a possibilidade de introduzir um outro elemento para essas ações, a saber, que o entorpecente tenha sido pensado (subjetivamente) ou utilizado (objetivamente) para o consumo pessoal.

b) As ações *vinculadas ao tráfico*, na verdade, não oferecem dificuldades do ponto de vista da lei. Se todas essas formas de conduta forem regulamentadas na lei como ações que configuram o tipo, cria-se uma proibição que não deixa lacunas, em especial, se o tráfico abranger toda a logística até o usuário.

c) O legislador pode regulamentar essas ações de modo *sui generis* no domínio dos tipos associados às drogas, mas pode também buscar auxílio nas regulamentações gerais da participação do respectivo Direito Penal. Aqui não será realizada uma comparação jurídica aprofundada. Como um exemplo, tomaremos Hungria, onde qualquer forma possível de colaboração é submetida a punição: caso o agente das ações citadas no ponto (c) queira ajudar outrem a executar as ações pertencentes aos pontos (a) ou (b), ele será punido como cúmplice.¹⁵ Porém, se tiver consciência apenas da possibilidade de as ações citadas serem cometidas com os seus conhecimentos (por exemplo, *know-how*) ou por meio de sua participação (por exemplo, segurança de um depósito), ele será penalizado pelo delito *sui generis* da colaboração.¹⁶

A tarefa do legislador é decidir quais grupos de atos deseja exatamente submeter à punição – numa legislação penal sobre drogas extensiva é frequente

15. § 21 uStGB [Código Penal húngaro] (Lei Nr. 4 do ano de 1978).

16. § 282 Abs 3b uStGB, § 282 Abs 4 uStGB, § 282/A Abs 5 uStGB.

enumerar todas as modalidades e dotá-las de pena, porque o legislador deseja reprimir todas as facetas possíveis do contato com drogas. É verdade que essa solução oferece uma proibição abrangente, mas pode acarretar difíceis problemas de concorrência.

4.1.3 *Quantidades relevantes*

De grande importância é ainda a questão de saber se a quantidade do entorpecente que acabou de ser produzido, adquirido ou vendido produz efeito sobre a responsabilidade penal. Isso significa que o legislador deve refletir se introduzirá as diferentes categorias quantitativas já mencionadas (“quantidade para consumo”, “quantidade para tráfico”) a fim de adequar os tipos legais ainda mais às configurações individuais de caso. Dessa forma, poderiam ser previstas, por exemplo, penas mais suaves para os agentes que lidam apenas com pequenas quantidades ou muito mais rígidas para aqueles que cometem as ações com quantidades maiores.

A fixação das quantidades penalmente relevantes pode ocorrer por meio do teor do princípio ativo ou da quantidade física (natural).

Se for atrelada ao teor do princípio ativo, o legislador deve – após ter elaborado a sua lista com as drogas proibidas – designar para cada entorpecente também o seu princípio ativo (ou já preparar a lista somente com princípios ativos) e também estabelecer de imediato as quantidades relevantes correspondentes. Uma tal solução promete a possibilidade da delimitação clara, ao menos no aspecto químico. Essa solução benevolente causa, no entanto, problemas pertinentes à culpa quase insolucionáveis, como também apresentarei no item 4.2.

A escolha da quantidade natural, ao contrário, é uma solução prática, que leva em conta as características do fenômeno do consumo de drogas: enquanto, tanto para o usuário como para o traficante, for importante apenas de uma perspectiva geral o que consomem e o que vendem (“ecstasy”, “crack”, “heroína”), sem conhecimento da composição química exata (sobretudo do teor do princípio ativo), o Direito Penal deverá seguir essa concepção. Com uma solução desse tipo, também podem ser evitados os problemas consideráveis relacionados à culpa.

4.1.4 *Elementos relacionados ao tipo voltados à proteção de outros interesses*

O abuso de drogas acontece numa sociedade viva, onde os interesses originais passíveis de proteção, mencionados no item 3.2, se completam com outros interesses específicos, que, finalmente, também têm de ser direcionados

para a formulação dos tipos.¹⁷ Assim, os seguintes interesses poderão ser consagrados no Direito Penal:

- A proteção da juventude – a facilitação do acesso a drogas por menores ou jovens adultos pode ser regulamentada como agravante;
- A proteção da população contra o crime organizado (o crime organizado significa na verdade riscos menores de fracasso do “projeto” criminal) – a organização em qualquer forma pode ser regulamentada como agravante;
- O mesmo se aplica ao uso de armas durante o crime;
- Repressão à premissa do lucro no tráfico de drogas – a finalidade comercial em qualquer forma pode ser regulamentada como agravante.

4.2 *Circunstâncias subjetivas/culpa*

A questão central de uma legislação penal do Estado de Direito é como definir a culpa nos determinados tipos. O princípio da culpa “constitui o componente material de um direito penal do Estado de Direito comprometido com a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a proporcionalidade e a reserva da lei. Ele expressa que uma conduta ilegal, em conformidade com o tipo, somente pode ser penalizada quando se pressupõe que o comportamento punível poderia ter sido evitado pelo agente”.¹⁸ A culpa é uma realização do desvalor, que ocorre conforme o tipo, de forma ilegal e culposa.¹⁹

O dolo como uma forma de culpa possui o elemento do conhecimento e do querer: as descrições jurídicas dos tipos contêm os elementos que o agente precisa conhecer para poder ser responsabilizado por seu ato. Esses correspondem às circunstâncias do ato, “aos elementos que caracterizam o desvalor específico de um delito. Lacunas de conhecimento a respeito permitem excluir o dolo”.²⁰

Nos tipos da legislação penal sobre drogas o legislador decide quais circunstâncias são caracterizantes para o delito em questão, mas essas também têm de ser averiguadas no tocante ao dolo. Desse modo – e exatamente por esse motivo – surgem, no entanto, problemas consideráveis atinentes à culpa, que, em casos concretos, levam à não punição. Em que grau o conhecimento das

17. Não tratarei aqui em pormenores das variantes da sanção.

18. GROPP, Walter. *Straferecht. Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 2005. p. 67.

19. Idem, p. 262.

20. Idem, p. 163.

substâncias, do teor do princípio ativo, da quantidade agravante (atenuante) da punibilidade deve existir no momento em que se comete o ato?

Se o agente invoca, então, que desconhecia o teor do princípio ativo ou a quantidade, e não restam aos órgãos de investigação criminal outras provas disponíveis, a intencionalidade e, com isso, a culpa são excluídas e o agente é liberado. O cometimento negligente poderia ainda ser teoricamente possível, contudo, é quase incomum também reconhecer a negligência no domínio da legislação penal sobre drogas.²¹

Ao lado das condutas determinadas como tipo penal podem ser definidos outros elementos subjetivos. As condutas associadas ao consumo podem ser cometidas para uso pessoal, e o uso pessoal também pode ser regulamentado como dolo especial (intenção). Nesse caso, deverá haver dúvidas quanto à comprovação da existência dessa intenção durante o procedimento. Um outro dolo especial pode ser o objetivo de comercializar ou traficar: o legislador pode fixar essa intenção subjetiva como circunstância justificadora da punibilidade ou agravante, definindo esse dolo especial tanto para as ações associadas ao consumo como para a maioria das ações associadas ao tráfico.

4.3 A dependência de drogas como privilégio?

Desde que as ciências médicas comprovaram que (determinadas) drogas podem ocasionar uma dependência física ou psíquica que influencia consideravelmente o comportamento e as decisões do indivíduo, o Direito Penal encontra-se diante de um dilema: os atos dos infratores dependentes deveriam ser tratados exatamente como os atos dos não dependentes ou o Direito Penal deve fazer jus a essa situação diversa?

As respostas materiais-jurídicas podem ser diferentes:

a) *Modificação da culpa*: Exclusão da punibilidade no caso de inimputabilidade (por exemplo, sintomas de abstinência);

b) *Modificação dos tipos*: os tipos realizados por agentes dependentes e, portanto, investigados, distinguem-se dos tipos “normais”. As variantes possíveis são as seguintes: (a) nem todas as ações serão punidas, (b) os limites de quantidade penalmente relevantes serão muito mais altos para os dependentes;

c) *Modificação da sanção*: em atos iguais, serão utilizadas cláusulas atenuantes para os dependentes.

21. A possibilidade de uma responsabilidade objetiva não será abordada aqui, porém, ela poderia ser uma alternativa aceitável em determinados ordenamentos jurídicos.

O Direito Processual Penal também oferece possibilidades para o tratamento individualizado de atos de agentes dependentes, no entanto, soluções processuais deixam intacta a responsabilidade existente (e punibilidade) e, estão, por sua natureza, expostas de maneira mais intensa à avaliação (ou discricção) dos órgãos de investigação criminal do que as normas cogentes de direito material.

É preciso, portanto, decidir se uma sociedade quer conferir a agentes dependentes o privilégio de discriminá-los positivamente no Direito Penal, ou seja, concedendo-lhes uma legislação penal mais branda. (Aqui não se reconhece a posição contrária, que defenderia que dependentes deveriam contar com uma legislação penal mais severa – devido ao paradoxo fundamental com a dignidade humana e à reprovação, de um modo geral, do chamado Direito Penal do agente).

4.4 *Influência de estruturas dogmáticas gerais*

A forma como a parte geral do Direito Penal está organizada num país e as estruturas dogmáticas que são utilizadas no Direito Penal podem exercer naturalmente importantes influências sobre a legislação penal das drogas e a densidade da proteção penal.

A tentativa ou preparação é punível de uma maneira geral ou por meio de normas específicas? A regulamentação – mais subjetiva – da tentativa é aceita ou a tentativa deve ser averiguada objetivamente? A participação nos delitos de outrem é fundamentalmente punível?

4.5 *Terapia em vez de pena (sanções)*

A forma como a legislação penal de drogas se organiza no plano da sanção depende de dois fatores que não são previsíveis objetiva e cientificamente, quais sejam, os *objetivos* da pena estabelecidos pelo legislador nacional e o próprio *arsenal de sanções* nacional. Sem uma comparação jurídica ampla não é possível fixar constatações genericamente sustentáveis.

Apesar disso, é necessário, sim, abordar um princípio difundido na Europa, o princípio da “terapia em vez de pena”. Segundo esse princípio, não deveria, em primeira linha no sentido estrito, ser imposta pena alguma a usuários de drogas – ainda que tenham realizado tipos da legislação penal de drogas – em vez disso, o Estado deve tentar submetê-los a terapia (no sentido *lato*). O tratamento de saúde é, conseqüentemente, o foco desse princípio, e ele faz jus à ideia de que o consumo de drogas em si deve ser equiparado às doenças do corpo ou da psique. Um problema de ordem geral surgiu, contudo, com o fenômeno do frequente consumo de drogas para fins de diversão, em que, por-

tanto, os consumidores simplesmente não têm consciência da doença, o que torna questionável a aceitação de um tratamento de saúde. No Direito Penal, o princípio da “terapia em vez de pena” adquire, então, uma generalização na forma jurídica da chamada remição, e o legislador tem de decidir por si mesmo a quem e sob que circunstâncias ele concederá o benefício da remição. Os fatores das possíveis combinações são os seguintes:

- a) *Pessoas*: todos os usuários ou apenas os usuários dependentes; e
- b) *Condutas*: atos associados ao consumo e/ou atos associados ao tráfico/ou outros delitos de dependentes.

O legislador deve decidir claramente sobre a limitação da remição, pois a remição penal exerce importante influência sobre a punibilidade, tendo efeito excludente ou suspensivo da pena.

Uma legislação penal sobre drogas no Estado de Direito não aceita a cura forçada de dependentes, enquanto o consumo de drogas for visto filosófica e biologicamente como livre escolha do indivíduo. Um consenso pode ser alcançado num molde em que o consentimento inicial (antes do tratamento) sempre tenha de ser exigido e permaneça válido nas fases posteriores do tratamento (e da abstinência), ainda que a pessoa – devido à abstinência – venha a retirar o seu consentimento. Nesse momento, o tratamento voluntário transforma-se na verdade em tratamento forçado. Isso demonstra também que novas soluções trazem novos problemas e que, portanto, o legislador deve decidir precisamente (e honestamente) o que pretende almejar.

5. EXCURSO: DELITOS TRANSNACIONAIS RELACIONADOS A DROGAS NA EUROPA – EVOLUÇÕES INOVADORAS (?)

Neste trabalho, em primeira linha, o foco não recai sobre a Europa, mas, sim, tenta-se sistematizar as questões gerais de regulamentação (elementos de direito comparado) da legislação penal sobre drogas. No entanto, gostaria de abordar uma importante evolução ocorrida na Europa, que poderá ter relações concretas com os tipos materiais da legislação penal sobre drogas em todos os países envolvidos.

Tudo começou com o reconhecimento do princípio transnacional do *ne bis in idem*.²² Há mais de vinte anos, alguns países se uniram para abolir o

22. VERVAELE, John A. E. The transnational *ne bis in idem* principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights. *Utrecht Law Review*. vol. 2, p.

controle de fronteiras entre eles e criar um território sem fronteiras para todos os cidadãos da Europa (Schengen).²³ Em tratados de direito internacional, entre outros, constatou-se que sentenças transitadas em julgado num Estado representavam um obstáculo processual em outro país-membro.²⁴ Porém, o princípio do *ne bis in idem* não obteve eficácia real, sobretudo em razão da falta de sistemas de controle. Após 1997, no entanto, quando os Estados da União Europeia asseguraram outra base jurídica para a vigência do princípio,²⁵ dotando-a de um rígido controle judicial por meio do Tribunal de Justiça da União Europeia, iniciou-se para ele o caminho da vitória.²⁶ Embora esse caminho tenha levantado questões novas e até então não conhecidas, ou seja, tenha aberto portas completamente novas, essa evolução jurídica tem de ser sinceramente saudada.

Mas o que isso tem a ver com a legislação penal sobre drogas? Negócios com drogas na Europa muito raramente são realizados num só país, da produção ou cultivo até a venda aos usuários, as condutas infratoras são, via de regra, executadas em vários países-membros. Os órgãos de investigação criminal confrontam-se com a transnacionalidade do negócio ilegal de drogas, com dificuldades consideráveis. Os elementos de uma cooperação bem-sucedida já foram gerados: investigações internacionais, secretas, e fornecimentos controlados são meios capazes de dar à investigação criminal de todos os países

100-118. Netherlands: Universiteit Utrecht, 2005; VAN BOCKEL, BAS: *The ne bis in idem principle in EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

23. Acordo de 14.06.1985 firmado pelos governos dos Estados da União Econômica do Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à progressiva abolição dos controles nas fronteiras comuns; Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14.06.1985, Convenção de Aplicação de Schengen (Caas).
24. Art. 54 da CAAS: "Aquele que tiver sido julgado por uma parte contratante com sentença transitada em julgado não pode ser indiciado em outra parte contratante pelo mesmo ato, salvo se, em caso de condenação, a sanção já tiver sido executada, estiver sendo executada ou, de acordo com a legislação do Estado que proferiu a sentença, não puder mais ser executada".
25. Depois de ter sido inicialmente realizada com base do direito internacional, a cooperação Schengen foi inserida na União Europeia (e, dessa forma, no Direito da UE) por meio do Protocolo Schengen ao Contrato de Amsterdam, de 02.10.1997, com eficácia a partir de 01.05.1999.
26. Desde que as normas jurídicas Schengen se tornaram parte do Direito Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia pode exercer a sua competência judicial também em relação a essas normas. (Antigo) Art. 35 do Tratado da União Europeia.

membros da União Europeia melhores condições na luta contra a criminalidade das drogas.

Apesar de as leis penais dos Estados-membros da União Europeia naturalmente não serem idênticas, os elementos básicos antes citados são predominantemente existentes.²⁷ Contudo, as direções políticas ou sociais dão origem a diferenças concretas. Delitos transnacionais acarretam, no mínimo, a possibilidade teórica de várias investigações criminais, em tais atos, o poder penal de todos os Estados envolvidos é acionado. Devido ao princípio transnacional do *ne bis in idem*, todavia, uma condenação (ou absolvição) representa um obstáculo definitivo à ação penal em outro Estado, mesmo no caso de delitos transnacionais ligados às drogas.

É de fato possível que uma ação penal por tráfico internacional de drogas levado a cabo em um país bloqueie todas as outras ações penais? Pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia se produz, em relação ao tráfico internacional de drogas, a real reunificação de atos que foram fracionados em várias partes pelas leis e fronteiras nacionais. Somos, assim, testemunhas oculares de uma importante *evolução jurídica*, que possivelmente poderá levar a uma nova abordagem em relação ao manuseio jurídico de delitos transnacionais ligados às drogas.

Um cidadão italiano (Miraglia) foi acusado de ter organizado junto com outras pessoas o transporte de 20,16 quilos de entorpecentes (heroína) da Holanda para Bolonha, um delito que é punível tanto na Itália como na Holanda. Na Itália, foi instaurada contra ele uma ação penal (prisão preventiva, depois, prisão domiciliar). Paralelamente, foi aberta pelos órgãos judiciais holandeses uma ação penal contra ele devido ao transporte de cerca de 30 quilos de heroína da Holanda para a Itália.²⁸ Chegarão ambas as ações a uma condenação definitiva, o *ne bis in idem* pode intervir? Esses atos são idênticos?

O cidadão belga Van Esbroeck foi condenado por uma sentença norueguesa, em 2000, a uma pena de reclusão de cinco anos por ter importado entorpecentes (anfetaminas, haxixe, MDMA e diazepam) ilegalmente para a Noruega, em 01.06.1999. Após o cumprimento de uma parte da pena, foi posto, em 08.02.2002, em liberdade condicional e enviado sob escolta de volta à Bélgica. Quando Van Esbroeck chegou à Bélgica, foi promovida uma

27. Vide a respeito os bancos de dados e tratados comparados do EMCDDA. Disponível em: [www.emcdda.eu].

28. C-469/03 Acórdão do Tribunal de Justiça (5.ª Câmara) de 10.03.2005, ação penal contra Filomeno Mario Miraglia, *Sammlung der Rechtsprechung* 2005. p. 1-2009.

ação que o condenou a uma pena de detenção de um ano por ter exportado os citados entorpecentes ilegalmente da Bélgica. Constituem condutas ilícitas que consistiram na exportação de entorpecentes do território nacional de um país-membro e na importação desses entorpecentes para outro país-membro e que levaram a ações penais em ambos os Estados envolvidos os mesmos atos ou atos diferentes?

O cidadão holandês Van Straaten foi indiciado na Holanda, primeiro, por haver importado cerca de 5.500 gramas de heroína da Itália para a Holanda, segundo, por porte de uma quantidade de aproximadamente 1.000 gramas de heroína na Holanda.

Na Itália, Van Straaten também foi indiciado, porque – no mesmo período – possuía cerca de cinco quilos de heroína e exportou para a Holanda diversas vezes.²⁹ A exportação de uma partida de heroína da Itália para a Holanda é o mesmo ato que a importação da mesma partida de heroína da Itália para a Holanda?

A Sra. Kraaijenbrink, uma cidadã holandesa, foi condenada por uma sentença holandesa, em 1998, devido a vários delitos puníveis relacionados à obtenção, à posse e à transferência de receitas provenientes do tráfico, a uma pena de seis meses de prisão por receptação dolosa, cuja execução foi suspensa condicionalmente. Em 2001, um tribunal belga a condenou a dois anos de prisão, por haver efetuado câmbio, de novembro de 1994 a fevereiro de 1996, de valores em dinheiro provenientes do tráfico com entorpecentes na Holanda. Na opinião dos tribunais, as condutas ilícitas puníveis cometidas na Holanda relativas às receitas do tráfico de drogas e as condutas ilícitas puníveis cometidas na Bélgica relacionadas à lavagem dos valores oriundos do tráfico com entorpecentes na Holanda deveriam ser consideradas como ações puníveis autônomas.³⁰ Torna o dolo unitário, no qual se apoiou a receptação dolosa na Holanda e a lavagem de dinheiro na Bélgica, os dois atos, sim, idênticos?

O Tribunal de Justiça da União Europeia dá uma resposta clara a todas essas perguntas: o mesmo ato representa um conjunto de fatos vinculados entre si de modo indissociável do ponto de vista temporal e espacial, bem como por sua finalidade. Isso significa, portanto, que a existência de um conjunto de fatos

29. C-150/05 Acórdão do Tribunal de Justiça (1.ª Câmara) de 28.09.2006, Jean Leon Van Straaten contra o Estado dos Países Baixos e República da Itália, *Sammlung der Rechtsprechung* 2006. p. I-9327.

30. C-367/05 Acórdão do Tribunal de Justiça (2.ª Câm.) de 18.07.2007, ação penal contra Norma Kraaijenbrink, *Sammlung der Rechtsprechung* 2007. p. I-6619.

vinculados entre si de modo indissociável, independentemente da qualificação jurídica desses fatos ou do interesse jurídico protegido, representa “o mesmo ato”. Disso resulta que as ações puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos entorpecentes, investigadas penalmente em Estados-membros diferentes da Caas, basicamente devem ser consideradas como “o mesmo ato” nos termos do art. 54 da Caas, cabendo o seu julgamento definitivo aos tribunais nacionais competentes.

No que diz respeito aos crimes ligados às drogas, não é, portanto, necessário, que sejam idênticas as quantidades de drogas em questão em ambos os Estados-membros envolvidos ou as pessoas que supostamente participaram do ato em ambos os Estados. “As condutas ilícitas que consistem na exportação e na importação dos mesmos entorpecentes e que foram investigadas penalmente em diferentes Estados-membros do Acordo de Aplicação devem ser basicamente consideradas como “o mesmo ato” nos termos do art. 54.”³¹

Muito importante é a constatação de que, a partir de um vínculo subjetivo entre os atos que desencadearam a investigação penal nos dois diferentes Estados-membros, não resulta obrigatoriamente a existência de um vínculo objetivo entre os respectivos atos materiais, que, por conseguinte, poderiam divergir do ponto de vista temporal e espacial, bem como por sua finalidade. O dolo unitário por si só, portanto, não vincula, o vínculo objetivo é decisivo: se, total ou parcialmente, os mesmos lucros obtidos do tráfico de drogas derivam dos atos ilícitos cometidos em ambos os Estados-membros, a sua subsunção sob o conceito de “mesmo ato” nos termos do art. 54 da Caas somente será considerada se for comprovado um vínculo objetivo entre os valores pecuniários.

Desse longa linha de pensamento destacam-se aqui dois pontos de evolução muito característicos e instigantes. Com base nas argumentações acima e no conceito geral *sui generis* de “mesmo ato”, pode-se constatar que delitos de drogas na Europa *da perspectiva jurídica não são, de fato, transnacionais*: a transposição de uma fronteira nacional não causa mais a multiplicação da exigência penal, vale somente o vínculo material entre as unidades de ação.

Em segundo lugar, essas sentenças trazem a importante mensagem que elementos subjetivos não são reconhecidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia como características vinculadoras, o que, todavia, pode ter amplos efeitos sobre os elementos subjetivos relativos ao tipo de uma regulamentação de direito nacional ou mesmo sobre a doutrina das etapas de realização do delito. Se, por exemplo, num país “A” a exportação de drogas só for sujeita

31. Acórdão Van Esbroeck, n. 42.

a pena se estiver ligada a um dolo especial de comercialização, e, se no outro país “B” somente a importação dolosa for punível, as diferentes apreciações criminais-políticas tanto do país A como também do país “B”, baseadas nas circunstâncias subjetivas do ato, perdem seu sentido.

No entanto, como o *conjunto de fatos vinculados entre si de modo indissociável*, por outro lado, abrange todas as circunstâncias objetivas do ato, é evidente que também qualificações objetivas ou outros elementos objetivos a serem levados em conta, previstos no Código Penal do país “A”, mas não no do país “B”, desaparecem no caso de uma condenação no país “B”. Dito de maneira mais precisa, não virão absolutamente à tona na apreciação penal.

Com isso, pode se produzir também a situação em que condutas puníveis se simplificam na criminalidade transnacional associada às drogas, a variedade de regulamentações das legislações penais sobre drogas – em uma tal evolução orgânica – elimina-se sem uniformização jurídica normativa. Dessa forma, até mesmo uma regulamentação supranacional da legislação penal sobre drogas na Europa também seria concebível.

6. RESUMO E FUTURO

As questões fundamentais de uma legislação penal sobre drogas só podem ser respondidas até uma determinada profundidade, depois disso, intervém a realidade social: sozinha, a legislação penal sobre drogas material não é adequada para realizar os objetivos abundantes da intervenção penal. Os padrões atuais do uso de drogas exigem dos diferentes serviços estatais e sociais o desenvolvimento de medidas mais complexas e mais diferenciadas, voltadas às necessidades e melhor integradas em geral aos recursos do sistema social e da saúde.

Tem-se, portanto, quase em toda a parte a impressão de que a única coisa que o Direito Penal pode genuinamente representar é o efeito simbólico da proibição. Isso pode ser, sim, suficiente e adequado em muitas áreas, mas, ao que parece, dificilmente o será em relação às drogas.

Swoboda afirma com razão que “quem estiver convencido de que o significado especialmente simbólico e admoestador das leis penais não possa ser substituído por outras medidas, não irá querer, enquanto justamente essa força simbólica lhe for importante, prescindir da lei penal como meio de intimidação e reforço da consciência do direito”.³² A simbologia é difícil de ser definida,

32. SWOBODA, Sabine, op. cit., p. 48.

por isso, um direito penal simbólico pode facilmente se transformar em uma legislação penal “moralizante”, como *Feinberg*, com razão, critica (a legislação penal na forma de uma criminalização de infrações contra juízos de valores tradicionais ou morais, impostos pela classe social dominante).³³ Uma tal moralização penal deve ser de todo modo evitada, porém, ela é quase típica para os sistemas modernos de legislação penal de drogas, nos quais “em primeira linha, não se trata da proteção penal, mas, sim, de uma comprovação enganosa de uma reação política enérgica. Típicos seriam os *déficits* de execução aos quais estão ligados”.³⁴ Complementando com *Prittwitz*: “Enquanto, por um lado, se acreditar na capacidade de solução dos problemas do Direito Penal, mas por outro lado, o Direito Penal não resolver os problemas, se afirmará – como já aconteceu até agora – que o fracasso do Direito Penal se deveria (...) à peculiaridade do Direito Penal, tratando-se aí exatamente dos aspectos que conferem ao Direito Penal contornos do Estado de Direito (atribuição e responsabilidade individual, criminalização antes do ato, investigações após o ato, a promotoria como chefe do processo de investigação, possibilidades de inquérito na esfera privada estritamente limitadas e, no caso concreto, judicialmente averiguadas, participação da defesa)”.³⁵ Já que essa particularidade do Direito Penal – segundo as atuais concepções jurídicas e sociais-filosóficas – não pode ser eliminada, os países têm de encontrar outros meios para as soluções de todos os problemas relacionados às drogas.

O resultado não é nenhum motivo de orgulho para o Direito Penal. O Direito Penal deve ser somente uma engrenagem na máquina que dirige a forma de lidar com as drogas e com a criminalidade associada às drogas. As necessidades sociais concretas (aceitação ou não aceitação de fenômenos de toda a espécie ligados às drogas), a política (as diferentes correntes políticas e seus valores fundamentais), o dinheiro (orçamentos para prevenção, tratamentos, combate às drogas) constituem hoje fatores de decisão igualmente poderosos. Nenhum tomador de decisão deve tratar esses fatores com desigualdade e, em

33. FEINBERG, JOEL: *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1987. vol. 4, p. 3.

34. HELGERTH, Roland; WEBER, Klaus. *Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift-handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) – Entstehung und Auswirkungen*. In: HELGERTH, Roland; DÖLLING, Dieter; KÖNIG, Peter (hrsg.). *Recht gestalten – Dem Recht dienen: Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 2007. p. 513.

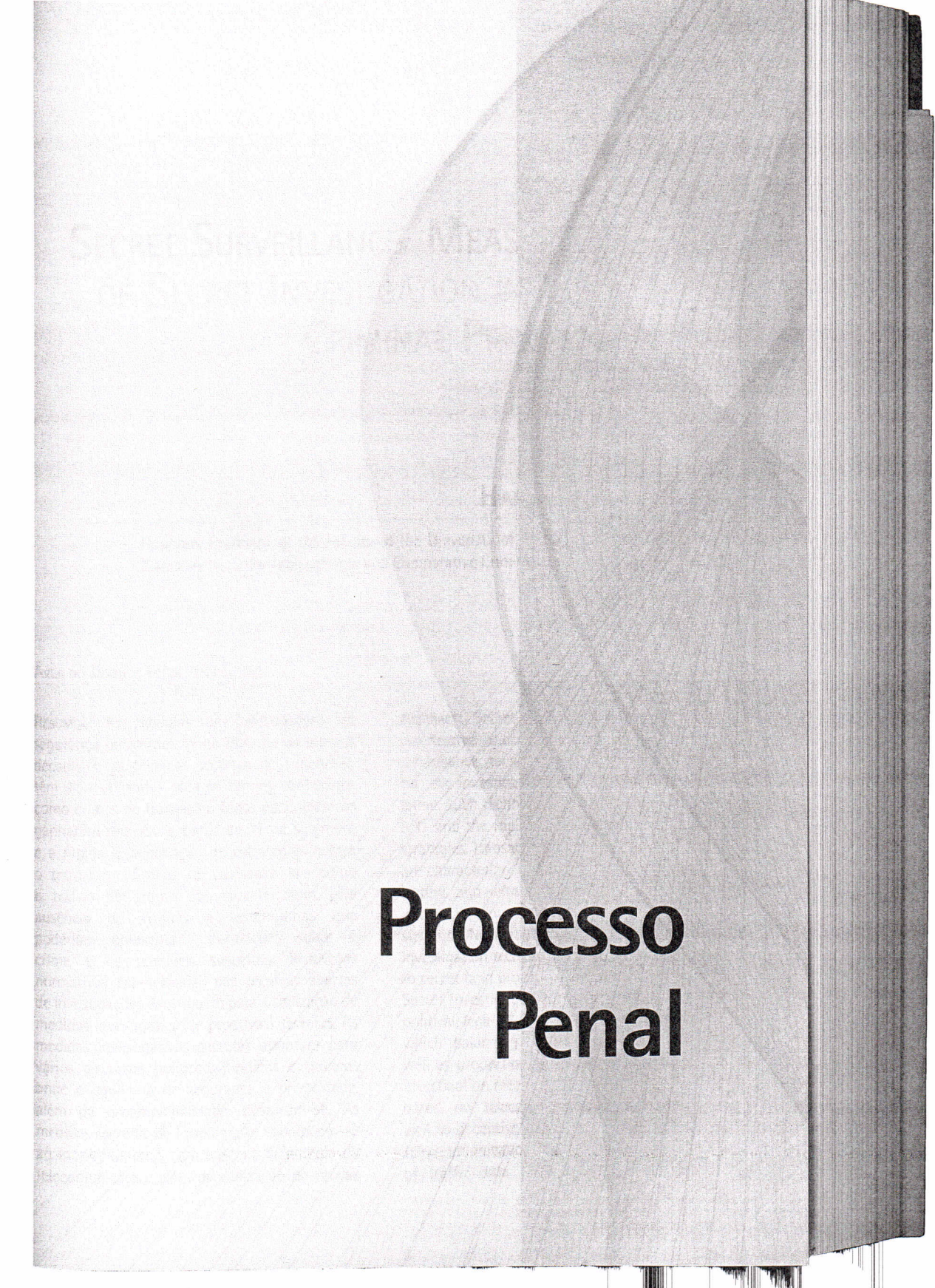
35. PRITTWITZ, Cornelius: *Funktionalisierung des Strafrechts. Strafverteidiger*. n. 9. p. 441. Deutschland: Wolters Kluwer, 1991.

determinadas situações, dar prioridade a um ou a outro (por exemplo, *law on drugs*), mas, sim, deve tentar finalmente aproximar-se do problema das drogas com honestidade, para pôr fim à guerra de crenças. Se as nossas sociedades conseguirem em algum momento realizá-lo, permanece ainda em aberto – é tarefa de todos nós trabalhar para isso.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Análise crítica da problemática das drogas e a Lei 11.343/2006, de Nereu José Giacomolli – *RBCCrim* 71/81;
- Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas, de Otávio Dias de Souza Ferreira – *RBCCrim* 75/183;
- El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: ¿Hacia un criterio de oportunidad "informal"?, de Damián Pablo Borean e Santiago Martínez – *RBCCrim* 65/26;
- La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal, de José Luis de La Cuesta Arzamendi – *RBCCrim* 41/206;
- Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo, de Luís Greco – *RBCCrim* 87/84;
- Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo. Uma ainda necessária reflexão, de Luciano Anderson de Souza – *RBCCrim* 88/167; e
- Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, de Kai Ambos – *RBCCrim* 41/27.



**Processo
Penal**