

DOCTRINA INTERNACIONAL

NOTAS SOBRE A NOVA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE DROGAS

JOSÉ MOURAZ LOPES

Juiz de Direito em Portugal

A publicação do Dec.-lei 15/93 em 22 de janeiro, na sequência da Lei de Autorização Legislativa 27/92 de 31 de Agosto, que revê a legislação vigente em matéria de combate a droga — Dec.-lei 430/83 de 13.12 — não pode deixar de suscitar alguma atenção crítica, tanto mais que a matéria em causa, porque altamente complexa, suscita um conjunto de dúvidas que superam em muito as certezas que sobre as questões de drogas se têm.

Evolução legislativa

A regulamentação da matéria relativa a estupefacientes, sabida a necessidade de utilização científica e médica de produtos que hoje são comumente tratados como “malditos” sofreu ao longo do século em Portugal — e no resto do mundo — alterações significativas.

A Lei 1.687 de 9.12.1927, regulamentada pelo Dec. 10.375 da mesma data, restringiu a importação para consumo do ópio bruto, ópio oficial, alcalóides (morfina, codeína, narceína, papaverina, narcotina e outros), todos os preparados opiados, os sais e derivados dos alcalóides do ópio (heroína, dionina e outros), a cocaína e seus derivados e cegonina, apenas para efeitos médicos e científicos legítimos e mediante certificado da Direcção Geral de Saúde.

A venda e distribuição publica de tais produtos, efectuada apenas por farmácias e estabelecimentos científicos, exigia, no entanto, receita médica às primeiras e

prova de que o consumo era “para fins legítimos”, para os segundos.

Importa referir que a falta de observância daqueles requisitos era punida com multa de “6\$00 a 900\$00”, sendo a reincidência punida com “o máximo da multa e prisão correcional”.

Na mesma Lei punia-se também como “delito de contrabando” a “importação e exportação” dos produtos referidos.

Se a penalização das condutas referidas — importa constatar que a figura do consumidor não é objecto de qualquer tratamento juridico penal — é, com aquele diploma, ténue, dois anos passados e logo o Dec. n. 12.210 de 24.8, “considerando que o tráfico ilícito de tais drogas de tam perniciosos efeitos tem de coibir-se pela aplicação de penalidades severas” e ainda aplicando as estipulações da Convenção do Ópio, subscrita em Genebra em 19.2.1925, alterou quase radicalmente o panorama normativo vigente.

Não só o número de substâncias psicotrópicas sujeitas ao controle legal foi substancialmente aumentado, como também se tipifica, pela primeira vez a figura do tráfico, criminalizando-o.

Assim, “todo aquele que, sem estar autorizado a negociar com drogas medicinais, importe ou exporte, detenha, prepare, compre ou venda, ofereça à venda ou pretenda comprar ou forneça de qualquer modo, mesmo gratuitamente, os produtos designados (...) será punido com prisão correcional até um ano e multa até 5 000\$00”.

Tal crime cumulava-se, no entanto, com uma eventual transgressão fiscal, que sempre acompanhava a falta de observância das regras, apertadas, do comércio de substâncias psicotrópicas.

No mesmo diploma punia-se também, como crime, a conduta dos farmacêuticos, importadores, depositários, fabricantes ou comerciantes de drogas que fornecessem os produtos sujeitos aos condicionalismos legais de distribuição, fora do uso médico ou científico.

Curiosa era, na referida lei, a expressa referência feita aos autores dos crimes que fossem estrangeiros, cominando-se-lhes uma pena acessória de expulsão do território nacional.

Sendo naquela lei o tráfico ilícito o verdadeiro fim a atingir com a criminalização das condutas, aí se consagrava uma norma que impunha que à execução das penas correcionais só excepcionalmente poderia aplicar-se a suspensão.

Mais uma vez o legislador deixou de fora a punição “qua tale” do consumidor de estupefacientes.

É já no final da década de sessenta que a legislação penal relativa ao consumo e tráfico de estupefacientes sofre uma significativa modificação, na sequência dum conjunto de situações socio políticas que provocaram o aumento significativo do uso e consumo de estupefacientes.

Acompanhando as políticas criminais então seguidas noutros países, onde o problema da droga se fazia sentir com mais acutillância — caso dos E.U.A., sobretudo após a guerra da Coreia e todo o movimento social que se lhe seguiu — o legislador português de 1970, com Dec.-lei 420/70, de 3.9 assumindo expressamente esse aumento de consumo em Portugal e ainda tendo presente “... os perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos e a sua não rara interpretação com o fenómeno da delinquência”, veio pela primeira vez criminalizar o uso pessoal (ou consumo) de substâncias estupefaci-

entes, cominando ao agente uma pena de prisão até dois anos e multa de 5000\$00 a 50 000\$00.

Se a punição do tráfico de estupefacientes era nesta lei substancialmente agravada — pena de prisão maior de dois a oito anos e multa de 10 000\$00 a 100 000\$00 — a estrutura da lei não pode deixar de reflectir essa necessidade de sancionar a todo o custo o consumo de estupefacientes e as actividades com ele relacionadas.

Normas como o art. 4º n. 1, que cominando uma pena de prisão de seis meses a dois anos e multa para “quem, por efeito do uso habitual de estupefacientes, se torne perigoso para si ou para outros, ou provoque escândalo publico” ou como o n. 2 do mesmo artigo que estabelece idêntica pena para quem “consume estupefacientes na presença de terceiros com a consciência de poder incentivar ou difundir o uso de estupefacientes” ou ainda o art. 5º n. 2 que pune com prisão até três anos “aquele que forneça indicações falsas para obter uma receita ou requisição de estupefacientes”, demonstram inequivocamente o objectivo principal do legislador — irradiar o consumo de estupefacientes.

Numa outra perspectiva o referido Dec.-lei utiliza pela primeira vez o sistema de tabelas ou listas de produtos proibidos, anexas ao Dec.-lei, face ao aumento da “oferta publica” de tais produtos, técnica que desde então vem sendo utilizada.

Importará apenas reter que com a referida Lei, a inversão da política criminal até então seguida — a erradicação e consequente punição do tráfico — foi substancialmente alterada, dando-se primazia, agora, à punição do consumo.

Treze anos passados e surge o actual diploma que regula a prevenção o tratamento e combate ao tráfico de estupefacientes — Dec.-lei 430/83 de 13 de Dezembro.

Partindo de uma filosofia básica quase que oposta ao anterior decreto lei, são

duas as grandes linhas que transparecem do regime então fixado e que ainda se mantém.

Assim, a certeza e a necessidade de reprimir o tráfico, por um lado e a dúvida sobre o que fazer ao toxicodependente, são as condicionantes de todo o Decreto lei.

Se as penas severas para o crime de tráfico de estupefacientes não suscitaram dúvidas ao legislador, bem como o tratamento de tal crime ao nível da criminalidade violenta para efeitos, nomeadamente, de normas do processo penal, a manutenção do crime de consumo de estupefacientes, embora com um sentido totalmente diferente do tipo referido na anterior lei suscitou, mesmo ao legislador, algumas dúvidas, tendo em conta não só as experiências de descriminalização de outros países, como também a eficácia de tal regime.

Mas a necessidade de encarar o toxicodependente como alguém que necessita de assistência médica é talvez a grande lição que o Dec.-lei 430/83 transmite a quem com ele trabalha diariamente.

Importa no entanto atentar que, as circunstâncias sociais em que foi elaborado não eram de molde a conseguir grandes consensos, o que se reflectiu necessariamente nas opções do legislador de então.

A nova lei

Enquadramento

Tendo por base um projecto de lei apresentado por uma comissão especialmente nomeada para rever a legislação vigente, trabalho esse elaborado ao longo dos últimos dois anos, desde já importa constatar que o trabalho final apresentado é, como poucos têm sido, extremamente cuidado, quer nos seus aspectos técnicos quer nos seus aspectos substantivos.

O Dec.-lei 15/93 de 22.1 revê minuciosamente a lei anterior, quer adaptando-a aos instrumentos legislativos internacio-

nais a que Portugal se vinculou — Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988, aprovada pela Res. 29/91 da AR e o Dec. n. 45/91 do Presidente da República de 6.9.91; Convenção relativa ao branqueamento, despistagem, apreensão e perda de produtos do crime, elaborada no Conselho da Europa e assinada em "8.11.91 e ainda, no âmbito das Comunidades Europeias, a Directiva do Conselho de 10.6.1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeito de branqueamento de capitais, publicada no JO de 28706791 — quer reformulando a Lei de acordo com os novos Códigos Penal e Processual Penal (e, eventualmente as revisões que a estes se avizinham), quer, por último, acrescentando e corrigindo pontualmente a Lei antiga.

Sobre o consumo de estupefacientes

A matéria relativa ao tratamento jurídico das questões relativas à droga não é susceptível de gerar consensos.

Desde logo, como paradigma de tal incerteza doutrinária, surge a questão da inclusão ou não em tipo criminal do consumo de estupefacientes.

Do debate, gerador de muitas dúvidas e muito poucas certezas, resultou o tratamento legal da questão, divergente em vários países da Europa.

Porque é, também por aqui, que uma verdadeira política de combate ao tráfico de droga deve, obviamente, passar, o legislador português não ultrapassou, ainda, o obstáculo da criminalização do consumo de estupefacientes, sendo certo que outros países europeus já o fizeram — veja-se a exposição de motivos do projecto de Decreto Lei, onde exaustivamente se referem as soluções europeias mais modernas no sentido de administratizar a punição do consumo de estupefacientes.

Assim, em matéria de consumo de estupefacientes, nada de novo, com importância, surge na nova lei.

Se é tráfico de droga o alvo que se pretende atingir com a presente Lei (como já era na anterior) e não o consumo — porque constatado está que não é a criminalização da actividade do consumidor que faz cessar o consumo ou o diminuir — a incongruência da Lei, ao criminalizar o consumo, é flagrante.

Incongruência que é, também, manifesta ao estabelecer-se um novo tipo de crime — abandono de seringas, art. 32º — que naturalmente vai apenas penalizar o consumidor.

Se a eficácia desta norma é obviamente nula — basta pensar em quem se injecta, na situação em que normalmente o faz e no momento seguinte ao referido acto — a criação de um tipo de crime daquela natureza, não faz grande sentido.

Em linguagem econômica dir-se-ia que a utilidade marginal do novo tipo de crime é negativa.

E nem se diga, para justificar o referido tipo de crime, que o mesmo só existe se o abandono da seringa for intencional.

A dificuldade de obtenção de prova de tal situação pode levar à intervenção dos órgãos de policia criminal, e, consequentemente do Ministério Publico, com base no conceito processual de indícios suficientes sabido que, afinal, se torna quase impossível fazer prova em juízo, tendo entretanto o toxicodependente passado por um processo moroso nas instâncias formais de controlo, que em nada o ajudou.

O tráfico e a sua penalização

Como já se referiu uma das grandes virtudes da Lei é o seu rigor técnico.

É de salientar, para além das intervenções correctivas em normas vindas do anterior Decreto, a criação de um tipo específico de crime de tráfico dos chamados precursores — substâncias utilizadas na produção ilícita de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a criminalização das actividades de bran-

queamento de capitais provenientes do tráfico ilícito e, ainda a criação de um crime específico de associação criminosa relativo ao tráfico.

Três novos crimes que, face à importância que revestem num efectivo combate ao tráfico, são o que de mais importante certamente surge na Lei.

Não pode deixar de se fazer referência ao novo crime de Tráfico de menor gravidade, naturalmente punível com pena muito mais leve, onde sobretudo importa destacar, pela sua frequência, a relevância dada ao tratamento jurídico da diversidade da qualidade ou quantidade de plantas, substâncias ou preparados objecto de tráfico.

Importa atentar que, mais uma vez, a necessidade de alterar o projecto de Lei, correctamente elaborado na sua essência, levou legislador na Lei de autorização Legislativa a introduzir uma alteração profunda na moldura penal proposta pela comissão — e estabelecida no projecto — no crime de tráfico de estupefacientes.

Satisfazendo o rol de críticas que vinham sendo formuladas, sobretudo pela Jurisprudência (especificamente a do Supremo Tribunal de Justiça), a severidade da pena mínima do crime em causa (seis anos de prisão) e que levava a situações injustas — por vezes terríveis, quando impossível se tornava utilizar o “estratagemma” da atenuação especial —, a comissão baixou a referida moldura para dois anos de prisão.

E fê-lo consciente e justificadamente, como se pode ver no relatório de motivos do projecto, fundamentando a sua opção nas críticas feitas ao sistema vigente e nos resultados e finalidades pretendidas com a punição — tratar diferentemente o diferente tipo de tráfico.

Ora o Legislador alterou essa proposta para 4 anos de prisão, na moldura mínima, continuando, assim, a possibilitar a existência de situações concretas criticáveis que estiveram na origem da modificação da Lei.

Se algumas das razões justificativas da comissão e das críticas formuladas pela jurisprudência ao regime do Dec.-lei 430/83 ainda se mantêm, importa não esquecer que com a solução encontrada, cerceada fica a possibilidade de utilizar o art. 16º n. 3 do CPP, pelo menos enquanto se mantiver o regime actual desta norma.

Ainda no âmbito do crime de tráfico de estupefacientes importa salientar a modificação efectuada no tipo de crime agravado (aplicável também aos novos crimes relativos aos precursores e ao branqueamento) que vê agora o seu âmbito muito dilatado.

Quer a profissão do agente (a especifica relação deste com serviços públicos — caso dos médicos, farmacêuticos, funcionários do serviço prisional e social, docentes — ou que possibilitem uma mais fácil possibilidade de tráfico — caso dos serviços de telecomunicações) quer o local da infracção (caso de escolas, estabelecimentos prisionais e instalações militares) quer mesmo a adulteração dos produtos são agora penalizados, de acordo aliás com a necessidade prática de acautelar ainda mais quer os serviços públicos, quer a saúde pública.

Questões processuais

No domínio da inversão do ônus da prova no que diz respeito a origem ilícita dos produtos ou bens passíveis de apreensão por crimes de tráfico de droga, o legislador — e aqui seguindo rigorosamente o projecto — não ousou inovar, como aliás é admitido na Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes, para enfrentar a gravidade da situação.

Se a Convenção pensando a justeza prática da solução, consagrou tal solução legal, para assim definitivamente obstar ao enriquecimento de pessoas à custa do tráfico, outras instâncias e organizações recomendaram a inclusão de tais normas em Leis anti-droga.

Foi omissa, no entanto, a resposta do legislador a tal fundada reclamação, continuando a exigir-se para que sejam declarados perdidos a favor do Estado, que os objectos direitos e vantagens adquiridos pelos agentes do crime sejam obtidos através da infracção — ver art. 36º do Dec.-lei.

Face à amplitude dos rendimentos obtidos com o tráfico e às suas consequências no tecido social dos mais variados países, só uma situação em que sobre os arguidos condenados por tráfico recaia o ônus da prova de que os bens de que ao tempo do facto eram titulares não resultam da referida actividade, poderia desmotivar e erradicar a razão de ser do tráfico — a obtenção de lucros exorbitantes imediatos, à custa do consumidor.

Mas mesmo não aceitando tal posição, pelo menos uma mais adequada repartição do ônus da prova seria desejável.

Assim, deixando ao Ministério Público a prova de que o arguido (condenado por tráfico) não exerceu qualquer actividade económica de que pudessem resultar proventos da ordem dos que possui, exigindo-se ao arguido a prova em contrário.

Dois reparos ainda sobre matéria de índole processual penal referidos na Lei.

A primeira questão — problema com raízes bem fundas no fundamento do próprio direito processual penal — relaciona-se com o disposto no art. 31º do Dec.-lei (já existente na actual Lei, no art. 31º) relativo à impunidade quase total (nomeadamente a dispensa de pena) que é facultada ao “arrependido” — aquele que auxilie concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Se a figura é só por si doutrinal e jurisprudencialmente discutível e discutida, face à sua eventual colisão com outros valores, nomeadamente, de ordem

moral, a posição adoptada de possibilitar a dispensa de pena do delator, não foi (em 1983) e não é com certeza a mais pacífica — veja-se a situação noutros países, nomeadamente a Itália onde se prevê apenas a redução parcial da pena a aplicar ao colaborador.

Uma segunda questão prende-se com a consagração na nova Lei da possibilidade de substâncias poderem ser substituídas, parcialmente, por outras inócuas, para efeitos de detecção de produtos em trânsito — art. 61º n. 4 do projecto.

Importa referir que a referida possibilidade apenas é permitida quando se trate de substâncias em trânsito, ou seja, não sendo Portugal o País destinatário, devendo sempre existir o acordo da autoridade do País de destino.

Não pode, por isso, a título algum ser utilizado tal possibilidade em quaisquer outros casos, nomeadamente interpretar a norma no sentido de a expandir a casos de tráfico interno ou mesmo internacional, mas cujo destinatário seja Portugal.

Por outro lado a adequação constitucional da referida norma ao art. 32º n. 6 da Constituição, legalidade e legitimidade da obtenção do meio de prova, deixa-nos muitas dúvidas.

O referido dispositivo possibilita directamente a obtenção de prova através de meios enganosos e, como tal, nulo, à face da lei — art. 126º do CPP.

Repara-se que, aceitando, como refere Costa Andrade in “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra, 1992, p. 236, que “apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova” a situação em apreço dificilmente escapará a tal nulidade.

Também no referido artigo, no seu n. 8, importa atentar na posição aí estabelecida que entrega a um Magistrado do Ministério Público competente da comarca de Lisboa, o despacho sobre os pedidos de entrega controlada, a que se refere o artigo.

Tal normativo não pode deixar de ter presente o disposto no C. Processo Penal (art. 17º, 179º a), 268º d) e 269º b) que apenas possibilita ao Juiz de Instrução a intervenção na apreensão e interceptação de correspondência, certo e sabido que a correspondência é um meio privilegiado de passagem de estupefacientes.

De idêntica forma, não pode ignorar-se o papel do Juiz de Instrução no Código de Processo Penal na e para a autorização para a prática de determinados actos no inquérito e na instrução, mesmo no âmbito da detecção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas em trânsito.

Coimbra, Setembro de 1992