

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philippino
mdcciii

A Lei 11.343/06 sob o crivo da comunidade internacional: desafios de convencionalidade nos tratados antidrogas

Law 11.343/06 under the screening of the international community: conventionality challenges in anti-drugs treaties

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

Sumário

Introdução. 1. Os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual. 2. O (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira. 3. O (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira. 4. O regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo analisa a conformidade da legislação criminal brasileira com os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas estabelecidos nos tratados internacionais antidrogas. A Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988) impõem aos Estados signatários a tipificação de determinadas condutas e a implementação de medidas processuais específicas. A Lei 11.343/2006, que regulamenta o combate ao tráfico de drogas no Brasil, é analisada à luz dessas obrigações internacionais. Utilizando-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, o estudo investiga a efetividade da legislação brasileira em atender às exigências internacionais, identificando avanços e lacunas. O artigo conclui que, embora a legislação brasileira

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor e professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Coordenador do Grupo de Estudos de Marília "João Batista de Santana" da Associação Paulista do Ministério Público.

tenha incorporado grande parte dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas, ainda existem áreas que necessitam de aprimoramento. Ademais, a ausência de sanções internacionais coercitivas robustas limita a eficácia dos tratados, ressaltando a necessidade de revisão e fortalecimento das políticas públicas e legislativas. O estudo enfatiza a importância de um compromisso real com os tratados internacionais para garantir a proteção dos direitos humanos e a segurança global.

Abstract

This article examines the compliance of Brazilian criminal legislation with the mandates of criminalization and positive criminal procedural obligations established in international anti-drug treaties. The Single Convention on Narcotic Drugs (1961), the Convention on Psychotropic Substances (1971), and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (1988) impose on signatory states the requirement to criminalize certain behaviors and implement specific procedural measures. Law 11.343/2006, which regulates the fight against drug trafficking in Brazil, is analyzed in light of these international obligations. Using the deductive method and bibliographic research, the study investigates the effectiveness of Brazilian legislation in meeting international requirements, identifying advances and gaps. The article concludes that while Brazilian legislation has incorporated much of the mandates of criminalization and positive criminal procedural obligations, there are still areas needing improvement. Furthermore, the absence of robust coercive international sanctions limits the effectiveness of the treaties, highlighting the need for a review and strengthening of public and legislative policies. The study emphasizes the importance of a real commitment to international treaties to ensure the protection of human rights and global security.

Palavras-chave: Mandamentos de criminalização. Obrigações processuais penais positivas. Tratados internacionais Tráfico de drogas Legislação brasileira.

Keywords: Mandates of criminalization. Positive criminal procedural obligations. International treaties. Drug trafficking. Brazilian legislation.

Introdução

A crescente preocupação global com o tráfico de drogas e seus impactos devastadores na sociedade motivou a criação de diversos tratados internacionais visando combater esse flagelo. Entre eles, destacam-se a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Tais instrumentos impõem mandamentos de criminalização e obrigações processuais penais positivas aos Estados signatários, visando uma resposta penal eficiente e harmonizada. No contexto brasileiro, a legislação criminal, particularmente

a Lei 11.343/2006, representa a materialização dos compromissos internacionais assumidos pelo país. Contudo, a análise do cumprimento dessas obrigações revela tanto avanços quanto lacunas, suscitando uma reflexão crítica sobre a eficácia da legislação nacional em face das diretrizes internacionais.

A problemática central deste estudo reside na avaliação do grau de conformidade da legislação criminal brasileira com os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais antidrogas. Busca-se investigar se a legislação pátria satisfaz integralmente os requisitos estabelecidos por esses tratados e, em caso negativo, quais são as implicações e possíveis sanções internacionais decorrentes desse descumprimento.

O objetivo principal é analisar a implementação dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas na legislação brasileira, destacando as áreas de conformidade e as deficiências existentes. Além disso, o estudo pretende identificar as possíveis sanções internacionais que o Brasil pode enfrentar em decorrência do não cumprimento dessas obrigações. A relevância deste estudo se justifica pela necessidade de assegurar que a legislação nacional não apenas respeite os compromissos internacionais, mas também contribua eficazmente para a proteção da sociedade contra os males associados ao tráfico de drogas.

A metodologia adotada é essencialmente dedutiva e bibliográfica. A partir da análise dos conceitos gerais de mandamentos de criminalização e obrigações processuais penais positivas, o estudo se aprofunda na investigação específica da legislação brasileira e sua conformidade com os tratados internacionais antidrogas. A pesquisa se baseia em fontes doutrinárias, normativas e jurisprudenciais, proporcionando uma visão abrangente e crítica sobre o tema.

O artigo está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual”, são apresentados os conceitos fundamentais, sua origem e fundamentação tanto na Constituição quanto nos tratados internacionais, destacando sua importância para a proteção dos direitos fundamentais e para a eficácia do direito penal.

O segundo capítulo, “o (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira”, examina a aplicação concreta desses mandamentos na legislação penal brasileira, avaliando a conformidade com os tratados antidrogas e identificando as áreas onde ocorrem falhas ou omissões.

O terceiro capítulo, “o (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira”, foca nas obrigações processuais impostas pelos tratados, analisando a eficácia da legislação brasileira na implementação dessas obrigações e discutindo as possíveis sanções internacionais aplicáveis em casos de descumprimento.

Finalmente, o quarto capítulo, “o regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas”, em que se identifica que a Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas pode apenas sugerir e recomendar medidas, sem poder coercitivo, e o Brasil não se submete à jurisdição da Corte Internacional de Justiça para responsabilização por tais omissões, não havendo sanções internacionais concretas para a falta de implementação das disposições convencionais.

A pesquisa demonstra que a conformidade com os tratados internacionais não se limita a ajustes legislativos, mas implica um compromisso real com a proteção dos direitos humanos e com a segurança global. A ausência de sanções coercitivas robustas e a resistência em aceitar a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça evidenciam a necessidade de uma revisão profunda na legislação e nas políticas públicas brasileiras, para assegurar que os compromissos internacionais sejam plenamente honrados e que o enfrentamento contra o tráfico de drogas seja eficaz.

1. Os mandamentos de criminalização e as obrigações processuais penais positivas: uma necessária introdução conceitual

Os mandamentos de criminalização, também chamados de mandados de penalização, podem ser definidos como ordens, determinadas pelo legislador constituinte, dirigidas, verticalmente, ao legislador ordinário, determinando que este defina certos comportamentos humanos considerados significativamente reprováveis como crimes, com a respectiva cominação de penas mais rigorosas em seus preceitos secundários.

Longe de se tratar de uma recomendação ou de uma sugestão de penalização de determinados comportamentos, os mandados de penalização, na verdade, encerram a qualidade de *ordem* potestativa e vinculante, emitida pelo poder constituinte, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, endereçada ao legislador ordinário, para que aquela conduta censurável seja tipificada como infração penal, cujo atendimento é obrigatório e cuja inobservância caracterizaria uma situação de inconstitucionalidade, por omissão.

Em outras palavras,

[...] os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. (Ponte, 2008, p. 152).

Ilustrativamente, ao prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, o artigo 5º, inciso XLII, da

Constituição Federal, enuncia um mandamento expresso de criminalização que impõe ao legislador ordinário que tipifique comportamentos criminosos que configurem racismo, com o estabelecimento de um regime punitivo diferenciado aos atos racistas, que contemple penas de reclusão, a impossibilidade de liberdade provisória com fiança e jamais permita a extinção da punibilidade de seus agentes pela prescrição.

Portanto, os mandamentos de criminalização constituem “[...] uma das faces da proteção dos direitos fundamentais, criando um novo papel para as sanções penais e para a relação entre o Direito Penal e a Constituição.” (Moraes, 2014, p. 59).

Os mandamentos de criminalização, entretanto, embora sejam mais usualmente identificados a partir do texto constitucional, também podem ser prescritos por *tratados internacionais* que determinem aos países subscritores a tipificação de determinadas condutas atentatórias aos direitos humanos em suas legislações internas, assim como a cominação de penas suficientemente satisfatórias, a ponto de bem tutelar o objeto jurídico que se pretende proteger, com efeito dissuasório em relação àquele comportamento criminoso.

Se, por um lado, a supremacia da Constituição se reveste de eficácia normativa, dirige e limita a liberdade de conformação da legislação ordinária, as convenções internacionais de direitos humanos, como se verá mais adiante, também têm superioridade normativa em relação à legislação interna de cada país, o que faz com que os mandados de criminalização previstos em tais documentos internacionais, longe de meras recomendações, tenham inquestionável coercibilidade sobre sua ordem jurídica ordinária.

Reconhecendo o fenômeno dos mandamentos de criminalização em tratados internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos (2006, n/p) ensina que:

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos. (...). Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que exigem dos Estados a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

De nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a implementação de garantias instrumentais e procedimentais de que tais crimes seriam devidamente investigados, adequadamente processados e, em caso de confirmação de sua existência e da autoria, observados, intransigentemente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que tais delitos sejam satisfatoriamente punidos, afinal, “o direito penal não encontra atuação sem o processo” (Montagna, 2016, p. 316).

Nessa perspectiva, identificam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, ao esquadrihar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, a existência de um instituto denominado *obrigações processuais penais positivas*, que poderiam ser conceituadas como,

[...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o accertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos. (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Cuida-se, a propósito, de “[...] nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção” (Fischer; Pereira, 2019, p. 108), que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos, de investigação e de instrução processual, que permitam, concretamente, o esclarecimento da existência e da autoria de fatos violadores aos direitos humanos tutelados em âmbito supranacional, assim como, caso reconhecida a responsabilidade dos agentes implicados, a imposição de uma sanção penal em seus detrimentos.

Validamente, Douglas Fischer e Frederico Pereira esclarecem (2019, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma *dupla projeção*, porque estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades investigavas e jurisdicionais, primeiramente, para *esclarecimento* de crimes e, depois, para o cumprimento diligente dos *atos procedimentais* que compõem aquela persecução penal.

De antemão, é necessário obter-se que as *obrigações processuais penais positivas* em nada se confundem com eventual pretensão de condenação a qualquer custo ou de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada da prática de uma infração penal: na verdade, o instituto à baila prega o intransigente respeito ao devido processo legal e às garantias individuais da pessoa inculpada, os quais devem ser assegurados sem o prejuízo da igualmente necessária dedicação das autoridades do sistema de justiça na investigação do fato, no accertamento judicial e na punição dos culpados, em uma perspectiva *integral* de justiça criminal.

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos *mandados de criminalização*, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente *procedimental* que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a consequente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por *obrigações processuais penais positivas*.

Nessa perspectiva,

[...] são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo”, assim como para “uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas. (Fischer; Pereira, 2019, p. 96-97).

Assim, *mandados de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas* são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza *penal* e *processual penal* na tutela dos direitos humanos, conforme explicitam Douglas Fischer e Frederico Pereira (2019, p. 118),

[...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente”, tratando-se, por sua vez, as *obrigações processuais penais positivas* de exigências que “complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

Definidos os conceitos de *mandamentos de criminalização* e *obrigações processuais penais positivas*, impende, doravante, avaliar de tais determinações contidas nos tratados internacionais *antidrogas* foram efetivamente implementadas na legislação criminal brasileira.

2. O (des)cumprimento dos mandamentos de criminalização previstos nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira

Na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, percebe-se uma nítida ordem de penalização em relação à punição do tráfico de drogas, em seu artigo 36, item 1^o, que determina a criminalização do cultivo, produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, bem como, em segundo lugar, prescreve que as infrações graves envolvendo o narcotráfico sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão.

Neste particular, no tocante à produção, à fabricação, à preparação, à posse, às ofertas em geral, às ofertas de venda, à distribuição, à compra, à venda, e à entrega a qualquer título, à corretagem, ao despacho, ao transporte, à importação e à exportação, pode-se afirmar que o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06², que prescreve pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos, assim como multa de 500 a 1.500 dias-multa, atendeu, adequadamente, àquele mandamento de criminalização.

Nada obstante, a ordem de criminalização do *cultivo* de drogas também foi acatada no tipo penal equiparado do artigo 33, § 1^o, inciso II, da Lei 11.343/06³, que estabelece a incidência de idênticas penas a quem *semeia, cultiva* ou *faz a colheita*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Já a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1977), promulgada internamente pelo Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977, em seu artigo 22, item 1, alínea "a"⁴, determina a tipificação como delito de atos intencionais de narcotráfico, cuja prática, quando dotada de gravidade, seja passível de sanção

¹ Art. 36.1: "Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação da liberdade" (Organização das Nações Unidas, 1961, n/p).

² Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06: "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: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (Brasil, 2006b, n/p).

³ Artigo 33, § 1^o, inciso IV, da Lei 11.343/06: "Nas mesmas penas incorre quem: semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas" (Brasil, 2006b, n/p).

⁴ Art. 22. 1, "a": "Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade" (Organização das Nações Unidas, 1977, n/p).

adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade, o que, semelhantemente, logrou ser disciplinado pelo tipo penal capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Por derradeiro, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), inserida ao arcabouço normativo brasileiro pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, foi muito mais aprofundada na definição de quais comportamentos deveriam ser punidos como crimes, a começar pelo artigo 3º, § 1º, o qual estabelece, em sua cabeça, que “cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente”.

Neste particular, digno de nota que o artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, estabelece a causa especial de aumento de pena da *transnacionalidade* do delito⁵, que se caracteriza pela prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras⁶, com a imposição de aumento de um sexto a dois terços, quando estiver presente essa hipótese, que, aliás, atrai a competência material da Justiça Federal para o seu julgamento⁷.

Sucedeu, então, que a convenção internacional em tela, na alínea “a”, do mencionado dispositivo, descreveu, ao menos, cinco condutas criminosas que deveriam ser tipificadas como crimes pela legislação interna dos países subscritores: i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica; ii) o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes; iii) a posse ou aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades enumeradas no item i) acima; iv) a fabricação, o transporte ou a distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv).

A primeira ordem de criminalização, constante do item i, concernente à produção, fabricação, extração, preparação, oferta para venda, distribuição, venda, entrega em quaisquer condições, corretagem, envio, envio em trânsito, transporte, importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, assim como a terceira (item iii), referente à a posse ou aquisição de qualquer

⁵ Art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito.” (Brasil, 2006b, n/p).

⁶ Nesse sentido, a Súmula 607, do STJ: “A majorante do tráfico transnacional de drogas (artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras”.

⁷ Art. 70, *caput*, Lei 11.343/06: “O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal” (Brasil, 2006b, n/p).

entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades de narcotráfico, fazem-se suficientemente acatadas, internamente, pelo já mencionado artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06⁸.

Já a segunda determinação, relativa ao cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes, também foi acolhida no tipo penal equiparado do artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06⁹, que estabelece a incidência penas iguais a quem *semeia, cultiva* ou faz a *colheita*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Por sua vez, o quarto mandamento, estabelecido no item iv, dedicado à fabricação, ao transporte ou à distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas, também foi implementado pelo artigo 34, da Lei 11.343/06¹⁰, que pune com reclusão de 3 a 10 anos e multa de 700 a 1.200 dias-multa, quem fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, *maquinário, aparelho, instrumento* ou qualquer objeto destinado à *fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas*, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pode-se dizer, finalmente, que a quinta determinação de criminalização, do item v, que diz respeito à punição da organização, da gestão ou do financiamento ao narcotráfico, foi adequadamente tipificada pelo artigo 36, da Lei 11.343/06¹¹, que impõe reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa, a quem financiar ou custear a prática do tráfico de drogas.

Nada obstante a determinação de quais comportamentos deveriam ser considerados criminosos pela legislação criminal interna, o artigo 3º, § 4º, alínea "a"¹² da convenção internacional em apreço, ordena, em relação àquelas condutas,

⁸ Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06: "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: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (Brasil, 2006b, n/p).

⁹ Artigo 33, § 1º, inciso IV, da Lei 11.343/06: "Nas mesmas penas incorre quem: semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas" (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁰ Art. 34, Lei 11.343/06: "Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa" (Brasil, 2006b, n/p).

¹¹ Art. 36, Lei 11.343/06 "Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa" (Brasil, 2006b, n/p).

¹² Art. 3º. 4, "a": "Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco". Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

a imposição de *sanções proporcionais à gravidade dos delitos*, tais como a pena de *prisão*, ou outras formas de privação de liberdade, *sanções pecuniárias* e o *confisco*.

Neste particular, pode-se dizer que a Lei 11.343/06 logrou atender ao comando internacional referido, ao impor penas privativas de liberdade entre cinco a quinze anos ao tráfico de drogas, em sua modalidade fundamental, isto é, na cabeça do artigo 33, sem prejuízo de imposição de multa de 500 a 1.500 dias-multa, além de prever, como efeito secundário da condenação, o perdimento do produto, bem, direito ou valores do condenado, na forma do artigo 63, incisos I e II¹³, do indigitado diploma normativo.

O porte de drogas para consumo pessoal, mais adiante, também foi objeto de ordem expressa de criminalização pela ordem jurídica interna, no parágrafo 2º do artigo 3º¹⁴, da convenção internacional em questão, ao prescrever que cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal.

Neste quesito, a Lei 11.343/06, em seu artigo 28, acatou àquele comando, ao prever penas não privativas de liberdade a quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para *consumo pessoal*, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar¹⁵.

Digno de nota, aqui, que, “[...] embora seja absolutamente viável, pela experiência do direito penal internacional das drogas, pensar na viabilidade da descriminalização do consumo pessoal.” (Carvalho, 2015, p.399), essa providência, caso levada a efeito pela legislação criminal brasileira, acarretaria evidente descumprimento ao mandamento de criminalização estampado no parágrafo 2º, do artigo 3º, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1.988), sujeitando a República Federativa do Brasil às sanções internacionais decorrentes de sua inobservância.

O tratado à baila também estabelece, no artigo 3º, § 4º, alínea “c”¹⁶, que, em se tratando de infrações de caráter *menor*, será possível substituir a sanção penal pela aplicação de *outras medidas*, a exemplo de *educação, reabilitação ou reintegração social*,

¹³ Art. 63, Lei 11.343/06: “Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁴ Art. 3º, 2º: “Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

¹⁵ Art. 28, Lei 11.343/06: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁶ Artigo 3º, § 4º, alínea “c”.: “Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter menor, as Partes poderão substituir a condenação ou a sanção penal pela aplicação de outras medidas tais como educação, reabilitação ou reintegração social, bem como, quando o delinquente é toxicômano, de tratamento e de acompanhamento posterior” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

assim como de *tratamento* e *acompanhamento* posterior, nos casos de *toxicomania*, o que se faz presente nas sanções estabelecidas no artigo 28, da Lei 11.343/06, que impõe ao portador da droga, para consumo pessoal, as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou a curso educativo, em plena consonância com as prescrições internacionais.

Finalmente, em seu artigo 4º, § 5º¹⁷, a convenção em voga ordena às autoridades jurisdicionais deverão levar em consideração, para fins de dosimetria da pena, determinadas circunstâncias que tornem o tráfico de drogas especialmente grave, como, a participação em organização criminosa, o uso de violência ou de armas, a ocupação de cargo público, ter crianças ou adolescentes como coautores ou destinatários da droga, ter praticado o delito no interior ou nas imediações de estabelecimento penal, educacional, assistencial, esportivas ou sociais e condenações prévias.

Atento àquele comando, o legislador ordinário brasileiro criou as causas especiais de aumento de pena do artigo 40, incisos II¹⁸, III¹⁹, IV²⁰, VI²¹, em sua Lei 11.343/06, impondo a majoração da reprimenda, de um sexto a dois terços, aos condenados que incidirem em cada uma das circunstâncias mencionadas pela convenção internacional.

Entretanto, o legislador brasileiro olvidou-se da ordem expressa de impor a *pena máxima* permitida pelas leis internas, caso o condenado seja *reincidente*²² pela

¹⁷ Artigo 3º, § 5º: “As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: a) o envolvimento, no delito, de grupo criminoso organizado do qual o delincente faça parte; b) o envolvimento do delincente em outras atividades de organizações criminosas internacionais; c) o envolvimento do delincente em outras atividades ilegais facilitadas pela prática de delito; d) o uso de violência ou de armas pelo delincente; e) o fato de o delincente ocupar cargo público com o qual o delito tenha conexão; f) vitimar ou usar menores; g) o fato de o delito ser cometido em instituição penal, educacional ou assistencial, ou em sua vizinhança imediata ou em outros locais aos quais crianças ou estudantes se dirijam para fins educacionais, esportivos ou sociais; h) condenação prévia, particularmente se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

¹⁸ Artigo 40, inciso II, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância” (Brasil, 2006b, n/p).

¹⁹ Artigo 40, inciso III, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos”. (Brasil, 2006b, n/p).

²⁰ Artigo 40, inciso IV, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva” (Brasil, 2006b, n/p).

²¹ Artigo 40, inciso VI, Lei 11.343/06: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação” (Brasil, 2006b, n/p).

²² Artigo 3º, § 5º, alínea “h”: “As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: condenação prévia, particularmente

prática do tráfico de drogas, ignorando o dever de punir mais severamente os agentes já envolvidos com a narcotraficância, relegando tal situação à simples majoração, normalmente de sexta parte, na segunda fase da dosimetria da pena, em razão da agravante genérica da reincidência²³, perdendo a oportunidade, ilustrativamente, de estabelecer uma causa especial de aumento de pena que reprovasse mais firmemente a recidiva, a exemplo do que fez no Estatuto do Desarmamento, em que estabeleceu a majoração de metade da pena aos reincidentes específicos nos crimes envolvendo armas de fogo, acessórios ou munição²⁴.

Assim, à exceção da obrigação de punir mais rigorosamente a reincidência específica no tráfico de drogas, olvidada pela Lei 11.343/06, pode-se dizer que o diploma legislativo logrou acatar os mandamentos de criminalização estabelecidos na Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1977) e na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), especialmente, em relação a este último tratado, ao determinar a criminalização do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

3. O (des)cumprimento das obrigações processuais penais positivas previstas nos tratados internacionais antidrogas pela legislação criminal brasileira

O Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, que promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, carrou consigo algumas obrigações processuais penais positivas, oponíveis aos países subscritores, para o enfrentamento ao tráfico de drogas.

A primeira delas, de natureza punitiva, está descrita no artigo 3º, item 7²⁵, relacionada à *liberdade provisória* e ao *livramento condicional*: os países subscritores deverão levar em conta a gravidade dos delitos de tráfico de drogas ao considerar a possibilidade de conceder aos condenados por tais crimes tais benefícios, respectivamente, durante a fase processual e na execução da pena.

De fato, a Lei 11.343/06 proibiu o deferimento da liberdade provisória aos investigados e processados criminalmente por tráfico de drogas, na cabeça de seu artigo 44²⁶, assim como, em seu parágrafo único, estabeleceu a fração diferenciada

se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

²³ Art. 61, inciso I, Código Penal: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: a reincidência" (Brasil, 1940, n/p).

²⁴ Art. 20, inciso II, Estatuto do Desarmamento: "Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza".

²⁵ Art. 3º, 7. "As Partes velarão para que seus tribunais ou demais autoridades competentes levem em conta a gravidade dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e as circunstâncias especificadas no parágrafo 5 deste Artigo, ao considerar a possibilidade de conceder liberdade antecipada ou liberdade condicional a pessoas que tenham sido condenadas por alguns desses delitos" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

²⁶ Art. 44, *caput*, Lei 11.343/06: Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (Brasil, 2006b, n/p).

de dois terços para o livramento condicional do sentenciado por este delito, vedada a sua concessão aos condenados reincidentes específicos²⁷, o que parece em plena consonância com a convenção internacional em questão.

Deveras, embora, por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal tenha entendido pela constitucionalidade da proibição da liberdade provisória, mais recentemente, como não se olvida, a Corte mudou o seu entendimento para reputar inconstitucional a vedação da liberdade provisória, invocando, como fundamento decisório, a proeminência do princípio da presunção de inocência, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.038.925, com repercussão geral reconhecida pelo Tema 959, definindo a seguinte tese: “é inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006”²⁸ (Supremo Tribunal Federal, 2017c).

Neste particular, além das respeitadas críticas tecidas em relação à presente decisão da Suprema Corte no tocante à já sustentada *constitucionalidade* do dispositivo legal em questão, em razão de, como já se expôs alhures, estar em consonância com o mandamento de criminalização estabelecido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, convém acrescer que o artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/06, é, também, *convencional*, porque em conformidade com a obrigação processual penal positiva de se levar em consideração a gravidade do crime de narcotráfico quando se definir pela *liberdade antecipada* do agente, à luz do que dispõe o artigo 3º, item 7, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1.988.

Assim, pode-se dizer que, se, por um lado, o legislador ordinário brasileiro logrou acatar a obrigação processual penal positiva imposta no artigo 3º, item 7, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1.988, na cabeça e no parágrafo único do artigo 44, da Lei 11.343/06, por outro, o Pretório Excelso, ao decidir pela *inconstitucionalidade* desse dispositivo legal, ignorou os termos do mandamento de criminalização estabelecido no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e da obrigação processual penal positiva convencionalmente determinada relativa à liberdade provisória.

²⁷ Art. 44, parágrafo único, Lei 11.343/06: Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico (Brasil, 2006b, n/p).

²⁸ A ementa do julgado segue nos seguintes termos: “Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. Tema 959: “Concessão de liberdade provisória a preso em flagrante pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006”. Tese: É inconstitucional a expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. (STF. RE 1038925 RG. Repercussão Geral – Mérito. Tema 959. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 18/08/2017. Publicação: 19/09/2017 (Supremo Tribunal Federal, 2017, n/p).

A segunda obrigação processual penal positiva do tratado internacional em questão, prevista no item 8 do indigitado artigo²⁹, prescreve que a legislação interna de cada país subscritor deva impor um *prazo prescricional* suficientemente *prolongado*, evitando, assim, que uma pessoa que tiver praticado o tráfico de drogas fique impune, pelo mero decurso do tempo.

Nesse sentido, como é cediço, “[...] o prazo da prescrição abstrata regula-se pela pena cominada ao delito, isto é, pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente prevista para o crime, segundo a tabela do art. 109 do CP.” (Bitencourt, 2022, p. 2450), impondo-se a avaliação sobre a pena máxima do delito de tráfico de drogas para se aferir se o prazo prescricional se revela razoável.

Validamente, ao cominar a pena máxima abstrata de quinze anos ao delito de tráfico de drogas, capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, o legislador criminal brasileiro estipula em *vinte anos*³⁰ o prazo prescricional para o processamento e a consequente imposição de uma condenação definitiva aos agentes incursores nesse delito, o qual poderá ser reduzido de metade, se o acusado for menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença³¹, o que evidencia conformidade plena com a obrigação processual penal positiva de impor prazos prescricionais razoáveis ordenada internacionalmente.

O próximo item do mesmo artigo³² ordena outra obrigação processual penal positiva, ainda, que os países partes deverão tomar medidas para assegurar que a pessoa acusada de tráfico de drogas compareça ao processo penal correspondente, assegurando a sua participação ativa e efetiva na instrução processual, a qual merece avaliação fracionada em duas partes: o dever de comparecimento ao processo e o dever de participação ativa na instrução processual.

No tocante ao dever de *participação ativa* do acusado na instrução processual, pode-se dizer que essa obrigação processual penal positiva encontra forte resistência no direito brasileiro, notadamente porque, segundo Aury Lopes Júnior (2022b, p. 495),

²⁹ “Art. 3º. 8: “Cada Parte estabelecerá, quando for procedente em seu direito interno, um prazo de prescrição prolongado dentro do qual se possa iniciar o julgamento de qualquer dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo. Tal prazo será maior quando o suposto delincente houver eludido a administração da justiça” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

³⁰ Art. 109, inciso I, Código Penal: “A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze” (Brasil, 1940, n/p).

³¹ Art. 115, Código Penal: São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos (Brasil, 1940, n/p).

³² Art. 3º. 9: “Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

[...] no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência”, não se podendo impor ao acusado o ônus de colaborar ativamente com a produção da prova criminal.

Nesse diapasão, ensina Aury Lopes Júnior (2022b, p. 219-220):

[...] o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.)”. Ademais, “por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.

De fato, acolhido pela ordem jurídica brasileira o princípio *nemo tenetur se detegere*, “[...] segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.” (Lopes Junior, 2022a, p. 217), tal postulado constitui um obstáculo intransponível à imposição de que o acusado seja obrigado a assumir uma postura *colaborativa ativa* durante a instrução probatória, o que impede a operacionalização na legislação brasileira da obrigação processual penal positiva internacionalmente determinada, mercê da proeminência do princípio constitucional da presunção de inocência.

Lado outro, em relação ao dever convencional de *comparecimento* ao processo, pode-se dizer que o direito processual penal brasileiro estabelece ao acusado, grosso modo, a imposição de algumas *sanções processuais* para estimular que o réu participe pessoalmente da instrução processual, a exemplo da revelia do acusado³³⁻³⁴, com a

³³ Art. 367, CPP: O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo (Brasil, 1941, n/p).

³⁴ Aury Lopes Júnior, a propósito, critica o emprego da expressão “revelia” no processo penal: “O primeiro ponto a ser destacado é que, pela enésima vez, advertimos o leitor da inadequação de analogias com o processo civil em quase todos os casos em que é feita. Logo, deve-se (re)definir algumas categorias nesse tema. No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu – ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente – não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, da sua inércia nenhum prejuízo jurídico-processual pode brotar. Assim, toda carga está nas mãos do acusador. De outro lado, é inegável que existe – por parte do réu – a assunção de riscos decorrentes de sua inércia. Explicamos. Quando surge uma chance (sempre na linha do léxico goldschmidtiano) nas diferentes situações processuais, que podem ser probatórias ou defensivas, não se lhe atribui qualquer carga ou ônus, senão riscos. O não agir probatório do réu (que pode se dar, por exemplo, no exercício do direito de silêncio, recusa em participar de acareações, reconhecimentos etc.) não conduz a nenhum tipo de punição processual ou presunção de culpa. Não existe um dever de agir para o imputado para que se lhe possa punir pela omissão. Inclusive, quando o art. 367 do CPP permite que o processo prossiga sem a presença do réu citado, essa omissão processual gera, apenas, risco. Não se trata de prejuízo processual,

consequente desnecessidade de sua intimação para os próximos atos processuais e a dispensa de seu interrogatório, da revogação da sua liberdade provisória³⁵, da quebra da sua fiança prestada³⁶, assim como do julgamento no Tribunal do Júri à sua revelia³⁷. No caso do tráfico de drogas, aliás, há outra regra específica que estimula o acusado a comparecer aos atos processuais, contida no artigo 63-A, da Lei 11.343/06, que condiciona o conhecimento dos pedidos de *restituição de coisas apreendidas* ao comparecimento pessoal do agente³⁸.

Entretanto, a interpretação mais consonante com o espírito constitucional brasileiro é no sentido de que o comparecimento aos atos processuais, por parte do acusado, é um *direito* – e não um dever processual –, conforme apregoa Aury Lopes Júnior (2022a, p. 1388):

Mas, deve-se compreender, a presença do réu no processo é um direito que lhe assiste e não um dever processual (não é, portanto, carga, senão assunção de risco). Não está o juiz legitimado a praticar qualquer tipo de ato de reprovação, sendo completamente errada a decisão de “decretar a revelia” do réu ausente à instrução, como se isso fosse constitutivo de um novo estado jurídico-processual ou tivesse algum efeito prejudicial ao imputado. O comparecimento ou não do réu na(s) audiência(s) de instrução é uma faculdade da defesa, atendendo aos seus interesses e estratégias probatórias, jamais uma carga processual.

pois não existe uma carga, de modo que não se pode presumir nada em sentido diverso da sua inocência. É completamente diferente do fenômeno do processo civil, em que se operam verdadeiras distribuições de cargas e a decorrente necessidade de liberar-se delas. Com a modificação levada a cabo pela Lei n. 9.271/96, finalmente abandonou-se a “revelia” e os absurdos processos penais sem réu presente (em caso de inatividade processual ficta). Atualmente, não há que se falar em “revelia” no processo penal (ou pelo menos não no sentido próprio do termo, o que significa dizer que a utilização seria sempre imprópria e inadequada), pois a inatividade do réu não conduz a nenhum tipo de sanção processual” (Lopes Júnior, 2022a, p. 1392)“.

³⁵ Art. 310, § 1º, CPP: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação (Brasil, 1941, n/p).

³⁶ Art. 341, inciso I, CPP: Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo (Brasil, 1941, n/p).

³⁷ Art. 457, *caput*, CPP: O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado (Brasil, 1941, n/p).

³⁸ Art. 63-A, Lei 11.343/06: Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores (Brasil, 2006b, n/p).

A propósito, a redação originária do Código de Processo Penal, de 1.941, de matriz autoritária³⁹ e inquisitiva⁴⁰, autorizava, em caso de ausência do acusado em seu interrogatório, a determinação de sua *condução coercitiva*, conforme o disposto na cabeça de seu artigo 260, segundo o qual “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

³⁹ Nesse sentido, esclarecem Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro, Alencar Frederico Margraf e Priscila de Oliveira Margraf (2019, n/p): “As grandes evidências do autoritarismo do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), de 1941, já começam pela sua Exposição de Motivos, em que o Ministro Campos apegou, inicialmente, que “no seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos” (Item II – “A reforma do processo penal vigente”). Como se não bastasse, argumenta Campos, no mesmo item, que “nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”.

⁴⁰ É bem verdade que, nada obstante a origem inquisitiva do Código de Processo Penal brasileiro, as reformas processuais operacionalizadas a partir da nova ordem constitucional, especialmente em 2.008 e em 2.020, tiveram por propósito coadunar a legislação ordinária aos parâmetros do sistema acusatório, conforme se percebe na lição de Cordeiro, Margaf e Margaf (2019, n/p): “Deveras, o legislador ordinário não se mostrou insensível à defluência expansiva dos direitos humanos sobre a ordem jurídica internacional, lançando mão de importantes modificações, particularmente, no Código de Processo Penal (LGL\1941\8), com o propósito de o adequar aos dispositivos constitucionais e convencionais de prestígio aos direitos fundamentais. O protagonismo do juiz na iniciativa probatória, claramente presente na redação original do diploma processual penal, característica do sistema inquisitivo, equivalente, na prática, à atuação substitutiva da função ministerial de demonstrar a veracidade das imputações do *Parquet*, foi, gradativamente, relegado às partes, migrando o magistrado à posição de garante, mantendo, assim, sua imparcialidade, necessária à igualdade das partes. Ilustrativamente, de efeito, a Lei 11.690/08 (LGL\2008\2913), ao alterar a redação do artigo 212, do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), fez cessar o inquisitivo sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, em que, primeiramente, o juiz esgotava os questionamentos possíveis e, apenas depois, permitia-se às partes perguntar, para incorporar o sistema do exame direto e cruzado, em que as partes começam a inquirição e esgotam seus questionamentos para, somente então, o magistrado esclarecer pontos duvidosos ao cabo do ato processual, em atuação supletiva. Nada obstante, a própria posição do réu na persecução penal foi sensivelmente modificada nas mais de sete décadas de vigência do Código de Processo Penal (LGL\1941\8), deixando de ser mero objeto de um procedimento inquisitivo para assumir a condição de sujeito de direitos em um processo acusatório, abandonando-se a ideia de que suas prerrogativas processuais seriam “um mal avisado favorecimento legal aos criminosos”, mencionada na exposição de motivos, para prestigiar o reconhecimento da sacrossantidade de seus direitos fundamentais na investigação criminal e no processo penal. Com efeito, o interrogatório do acusado, originalmente estipulado como o primeiro ato da instrução processual (antiga redação do art. 394, do CPP (LGL\1941\8)), não permitia às partes a realização de reperguntas, consignando, expressamente, que o seu silêncio poderia ser interpretado em desfavor de sua defesa (redação original do art. 186, do CPP (LGL\1941\8)), tendo sido assimilado, por isso, durante décadas, exclusivamente como meio de prova. Ademais, a natureza de meio de prova inicialmente atribuída ao interrogatório pelo Código de Processo Penal (LGL\1941\8) é robustecida pela previsão de condução coercitiva, em caso de ausência do acusado ao ato processual designado, na forma do artigo 260, *caput*, do CPP (LGL\1941\8). A partir da Lei 10.792/03 (LGL\2003\630), que assegurou a entrevista prévia do réu com o defensor antes do interrogatório (art. 185, § 5º, do CPP (LGL\1941\8)), a possibilidade de reperguntas às partes (art. 188, do CPP (LGL\1941\8)) e, em especial, a explícita previsão de que o silêncio não importará em confissão e não será interpretado em prejuízo da defesa (atual redação do art. 186, parágrafo único, do CPP (LGL\1941\8)), todavia, passa o interrogatório a constituir meio de defesa, prestigiando o princípio da ampla defesa, consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (LGL\1988\3), na modalidade autodefesa”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444/DF ⁴¹⁻⁴², afirmou que a expressão “para o interrogatório”, constante do artigo 260, do Código de Processo Penal, não havia sido recepcionada pela Constituição da República,

⁴¹ Eis a ementa do julgado à baila: “1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. *Contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (Neto, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III, 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. (ADPF 444, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)” (Supremo Tribunal Federal, 2018a, n/p).

⁴² A esse respeito, aduz Aury Lopes Júnior (2022a, p. 1388-1389): “Tendo em vista a estrita relação com a matéria ora abordada, é importante analisar a ‘condução coercitiva’ prevista no art. 260 do CPP. Além de completamente absurda no nível de evolução democrática alcançado, é substancialmente inconstitucional, por violar as garantias da presunção de inocência e do direito de silêncio. Ora, mais do que nunca, é preciso compreender que o estar presente no processo é um direito do acusado, nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo *nemo tenetur se detegere*), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer”.

[...] notadamente por violar os direitos fundamentais à liberdade de locomoção e à presunção de inocência, não se permitindo obrigar o acusado a participar do ato processual (Cordeiro; Margaf; Margaf, 2019, n/p), o que, definitivamente, proscreveu, com efeitos “erga omnes” e eficácia vinculante, a possibilidade de condução coercitiva dos acusados para os sujeitar ao interrogatório no processo penal brasileiro.

Aliás, a partir desse julgado, a decretação de condução coercitiva em face de pessoa investigada de crime passou a ser considerada crime de abuso de autoridade, capitulado no artigo 10, *caput*, da Lei 13.869/2019, punível com reclusão de um a quatro anos e multa⁴³, sepultando, definitivamente, essa providência judicial antigamente aplicável em face dos réus revéis por ocasião de suas ausências à audiência de interrogatório.

Por tais motivos, afirma-se que as obrigações processuais penais positivas relativas ao dever de *comparecimento* ao processo e o dever de *participação ativa* na instrução processual, determinados no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁴⁴, são insuscetíveis de aplicação na ordem jurídico-constitucional brasileira, mercê da sublimidade dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, prestigiando-se o princípio “*pro homine*”.

A penúltima obrigação processual penal positiva prevista no tratado internacional em questão impõe a que cada Estado preveja o *confisco* dos produtos e proveitos do narcotráfico, assim como quanto às drogas, materiais e instrumentos utilizados em sua preparação, conforme estatui o primeiro item do artigo 5º⁴⁵, plenamente atendida pela Lei 11.343/06, que estabeleceu como efeito secundário da condenação o perdimento do produto, bem, direito ou valores do condenado, na forma de seu artigo 63, incisos I e II⁴⁶.

Por derradeiro, a convenção internacional em tela determinou a cooperação jurídica internacional em relação aos países partes, a fim de que prestem auxílio mútuo

⁴³ Art. 10, *caput*, da Lei 13.869/2019: “Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. (Brasil, 2019, n/p).

⁴⁴ Art. 3º, 9º: “Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁵ Art. 5º, 1º: “Cada parte adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: a) do produto derivado de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto; b) de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, das matérias e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3º” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁶ Art. 63, Lei 11.343/06: “Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62”. (Brasil, 2006b, n/p).

na investigação e nos julgamentos de ações penais envolvendo o tráfico de drogas⁴⁷, o que também foi satisfeito pela Lei 11.343/06, em seu artigo 65⁴⁸.

Portanto, à exceção das obrigações processuais penais positivas concernentes ao dever de *comparecimento* ao processo e o dever de *participação ativa* na instrução processual, estipuladas no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁴⁹, inaplicáveis na ordem jurídico-constitucional pátria, mercê da proeminência dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, todas as demais se encontram satisfeitas pela legislação criminal brasileira.

4. O regime sancionatório pelo descumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas previstos nos tratados internacionais de direitos humanos antidrogas

A República Federativa do Brasil, como já se aduziu alhures, olvidou-se da ordem expressa de impor a pena máxima permitida pelas leis internas, caso o condenado seja reincidente pela prática do tráfico de drogas, ignorando o dever de punir mais severamente os agentes já envolvidos com a narcotraficância, relegando tal situação à simples majoração, normalmente de sexta parte, na segunda fase da dosimetria da pena, em razão da agravante genérica da reincidência. No tocante às obrigações processuais penais positivas, à exceção do dever de comparecimento ao processo e do dever de participação ativa na instrução processual, estipuladas no artigo 3º, item 8, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, inaplicáveis na ordem jurídico-constitucional pátria, mercê da proeminência dos direitos fundamentais à presunção de inocência, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*, prestigiando o princípio *pro homine*, todas as demais se encontram satisfeitas pela legislação criminal brasileira.

⁴⁷ Art. 10. 1: "As Partes cooperação diretamente ou por meio das organizações internacionais ou regionais competentes, para prestar assistência e apoio aos Estados de trânsito e, em particular, aos países em desenvolvimento que necessitem da assistência e do apoio em questão, na medida do possível, mediante programas de cooperação técnica para impedir a entrada e o trânsito ilícito, assim como para outras atividades conexas" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁴⁸ Art. 65, Lei 11.343/06: "De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de: I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos; III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos" (Brasil, 2006b, n/p).

⁴⁹ Art. 3º. 9: "Cada Parte adotará medidas adequadas, conforme o previsto em seu próprio ordenamento jurídico, para que a pessoa que tenha sido acusada ou declarada culpada de algum dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, e que se encontre no território da Parte em questão, compareça ao processo penal correspondente" (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

O único mandamento de criminalização ignorado pela ordem jurídica brasileira relacionado ao tráfico de drogas está previsto no artigo 3º, § 5º, alínea “h”, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), inserida ao arcabouço normativo brasileiro pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, o qual determina a imposição de *pena máxima permitida* pelas leis internas, caso o condenado por *tráfico de drogas seja reincidente*⁵⁰.

Embora a convenção à baila preveja que os Estados subscritores fornecerão informações à Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, por intermédio do Secretário-Geral da ONU, a respeito do funcionamento daquele tratado internacional, especialmente sobre a produção interna de textos das leis nacionais para dar efeito ao documento internacional⁵¹, é imperioso avaliar quais sanções concretas poderão ser impostas aos países que, intencionalmente, ignorarem as prescrições internacionais em sua legislação doméstica.

Ora, de posse da informação de que um país subscritor se olvidou de implantar uma disposição da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, atribui-se à Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas tão somente a competência de fazer sugestões e recomendações de caráter geral com base no exame das informações recebidas das Partes⁵², sem a possibilidade de se exigir, coercitivamente, do Estado-membro a efetiva concretização da disposição convencional ignorada.

O cenário em questão se agrava ao se constatar que a República Federativa do Brasil, a par de não se sujeitar à competência da Corte Internacional de Justiça⁵³,

⁵⁰ Artigo 3º, § 5º, alínea “h”: As Partes assegurarão que seus tribunais, ou outras autoridades jurisdicionais competentes possam levar em consideração circunstâncias efetivas que tornem especialmente grave a prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, tais como: condenação prévia, particularmente se por ofensas similares, seja no exterior seja no país, com a pena máxima permitida pelas leis internas da Parte (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵¹ Artigo 20, 1, “a”: As Partes fornecerão, por intermédio do Secretário Geral, informação à comissão sobre funcionamento desta Convenção em seus territórios e, em particular: textos das leis e regulamentos promulgados para dar efeito à Convenção (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵² Artigo 21, 1, “b”: “A Comissão está autorizada a considerar quaisquer questões relacionadas com os objetivos desta Convenção e, em particular: a Comissão poderá fazer sugestões e recomendações de caráter geral com base no exame das informações recebidas das Partes” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

⁵³ Sobre o histórico e a conjuntura da insujeição da República Federativa do Brasil à Corte Internacional de Justiça, aduzem Juliette Robichez e André Lamartin Montes (2016, n/p): “em 1945, quando o Brasil ratificou o Estatuto da CIJ, aderiu à cláusula de jurisdição obrigatória sob uma reserva temporal. A adesão seria válida somente por um exíguo espaço de tempo, depois do qual teria que ser renovada através de nova declaração. Infelizmente, isso não foi feito após 1948, quando a declaração original perdeu sua eficácia. Desde então, o país tem reiteradamente se recusado a aderir à cláusula de jurisdição obrigatória. O mais surpreendente de tudo isso é que a cláusula em tela foi concebida justamente pela delegação brasileira durante a elaboração do Estatuto da Corte. Durante a fase inicial de criação, o intuito era que a sua jurisdição fosse compulsória para todos os países que ratificassem seu tratado constitutivo. Dessa forma, quando um país membro da ONU levasse outro à Corte, ele já saberia que a outra parte havia aceitado a jurisdição contenciosa do tribunal. Todavia, a adoção dessa proposta encontrou forte resistência por parte das grandes potências que preferiam um sistema de aceitação de competência caso a caso, similar àquele empregado na arbitragem internacional, no qual ambos os países devem dar seu consentimento mútuo cada vez que firmarem o compromisso arbitral. A delegação brasileira liderada por Raul Fernandes propôs então um meio termo. Para os países reticentes a aceitarem a competência compulsória da Corte, ela poderia ser determinada caso a caso, sempre contando com a anuência prévia das partes, como ocorre

não poderia ser responsabilizado por este órgão jurisdicional por uma violação de um compromisso internacional integrante do sistema *onusiano* praticada pelo país, por negligenciar a conformação de sua legislação doméstica à ordem internacional, possa ser objeto de condenação internacional por aquele Tribunal, visto que somente é possível que um país demande o outro, sem que pessoas naturais possam ser partes em sua jurisdição⁵⁴.

Não há, portanto, ao longo da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – ou, mesmo, em outro documento internacional do sistema global –, uma sanção internacional concreta a ser imposta em face dos países que se olvidarem de implementar um de seus dispositivos convencionais, senão a possibilidade de meros apontamentos, por parte da Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, sem caráter condenatório e vinculante.

Conclusão

A análise empreendida neste artigo revela um panorama complexo e desafiador em relação ao cumprimento da legislação criminal brasileira frente aos mandamentos de criminalização e às obrigações processuais penais positivas determinadas nos tratados internacionais antidrogas. Apesar dos avanços significativos, ainda existem lacunas e desafios que necessitam de atenção e correção para assegurar plena conformidade com os compromissos internacionais e, assim, promover uma efetiva proteção dos direitos humanos e a segurança global.

No tocante aos mandamentos de criminalização, o estudo evidenciou que a legislação brasileira, especialmente a Lei 11.343/2006, em grande medida, acatou os comandos internacionais. A tipificação do tráfico de drogas e de suas diversas modalidades, incluindo a produção, fabricação, distribuição, posse e cultivo, está alinhada com as exigências das convenções internacionais, como a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Todavia, destaca-se a falha em relação à imposição de penas mais severas para reincidentes, uma determinação expressa nos tratados internacionais e negligenciada pelo legislador brasileiro.

Para superar essa lacuna, propõe-se a revisão legislativa para incorporar a previsão de penas mais rigorosas para reincidentes específicos no tráfico de drogas, seguindo o exemplo do Estatuto do Desarmamento, que já adota essa abordagem. Tal medida não apenas alinha a legislação interna às convenções internacionais,

com a arbitragem internacional. Já para os países que quisessem aceitar a competência contenciosa da Corte, isso poderia ser feito por meio da cláusula de jurisdição obrigatória.

⁵⁴ Artigo 36. 2. “c”: “Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional” (Organização das Nações Unidas, 1988, n/p).

mas também fortalece a resposta penal contra a narcotraficância, desestimulando a reincidência e reforçando a segurança jurídica.

Em relação às obrigações processuais penais positivas, a análise demonstrou que, apesar de a legislação brasileira atender a várias dessas obrigações, como a proibição da liberdade provisória e a imposição de penas proporcionais, há áreas de resistência, especialmente no que diz respeito à obrigatoriedade de comparecimento ao processo e à participação ativa do acusado na instrução processual. A interpretação constitucional brasileira, embasada nos princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, constitui um obstáculo para a plena implementação dessas obrigações.

Diante dessa problemática, uma segunda proposta envolve a promoção de uma interpretação mais flexível e contextualizada das obrigações processuais penais positivas, buscando harmonizar a proteção dos direitos fundamentais com a necessidade de efetiva persecução penal. Isso poderia ser alcançado por meio de reformas processuais que incentivem, sem coagir, a participação do acusado no processo, mediante mecanismos que assegurem garantias e contrapartidas, respeitando os direitos fundamentais.

A ausência de sanções coercitivas robustas para o descumprimento das obrigações internacionais é outro ponto crítico identificado. A falta de mecanismos eficazes para exigir a conformidade dos Estados às disposições dos tratados limita a eficácia dos mesmos e, conseqüentemente, compromete a luta global contra o tráfico de drogas. A terceira proposta, portanto, sugere a revisão e fortalecimento dos mecanismos de sanção e monitoramento no âmbito internacional. A Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas poderia desempenhar um papel mais ativo e assertivo, emitindo não apenas recomendações, mas também relatórios públicos que exponham os países que não cumprem suas obrigações, gerando pressão diplomática e política para a conformidade.

Além disso, incentivar a adesão do Brasil à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça para casos de descumprimento de tratados antidrogas poderia reforçar a responsabilização internacional e garantir que os compromissos assumidos sejam efetivamente cumpridos. Embora a resistência à jurisdição internacional seja uma questão sensível, a adesão a esses mecanismos fortaleceria a posição do Brasil no cenário global e demonstraria um compromisso sério com a ordem internacional e os direitos humanos.

Em síntese, o cumprimento dos mandamentos de criminalização e das obrigações processuais penais positivas exige uma abordagem multifacetada, que inclua reformas legislativas internas, interpretações jurídicas mais flexíveis e harmonizadas com os direitos humanos, e o fortalecimento dos mecanismos internacionais de monitoramento e sanção. Somente assim será possível assegurar que a legislação brasileira esteja plenamente alinhada com os tratados internacionais antidrogas, promovendo uma resposta penal eficaz e justa contra o tráfico de drogas, e contribuindo para a segurança e a justiça global.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Brasília, DF, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. E-book.

_____. *Fundamentos do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. E-book.

MONTAGNA, Mariangela. *I diritti minimi della vittima*. In: GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo penale*. Napoli: Dike, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A teoria dos mandados de criminalização e o combate efetivo à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 43-68, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/170. Acesso em: 27 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos Humanos*, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 nov. 2023.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 62, p. 9-55, set./out. 2006.

ROBICHEZ, Juliette; MONTES, André Lamartin A Corte Internacional de Justiça e o Brasil: uma necessária reconciliação. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Bogotá, v. 9, p. 51-80, 2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.02>. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429552773002/html/index.html>. Acesso em: 27 ago. 2021.