

Universidades Lusíada

Cardoso, Fernando Martins

Consumo de drogas ilícitas : crime ou contra-ordenação? : reflexão para uma intervenção legislativa

<http://hdl.handle.net/11067/2846>

Metadados

Data de Publicação 2013-02-15

Resumo O objectivo deste trabalho é reflectir sobre o actual regime jurídico do consumo de drogas ilícitas. Tal como o título deixa antever, neste momento, ninguém saberá ao certo em que regime se enquadrará o consumo de drogas, se no regime de mera ordenação social, se no âmbito criminal. Caso se entenda que é em ambos onde fixar a fronteira? Portugal, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, que aprovou a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, deu um passo em dire...

The purpose of this paper isto reflect on the current legal regime of illicit drug use. As indicated by the title itself, at present nobody knows for sure in what framework does the consumption of drugs fit into: whether under the regimen of a mere regulatory ordinance, or under the criminal scope. If one understands that it fits under both, then the question is where to set the boundary? Portugal, by resolution of the Council of Ministers n.º 46/99 of 26 May, which approved the National Strate...

Palavras Chave Direito, Direito penal, Consumo de droga, Regime jurídico, Portugal, Consumo de droga, Crime, Contra-ordenação

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-03T18:50:35Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS

CRIME OU CONTRA-ORDENAÇÃO?

Reflexão para uma Intervenção Legislativa

Fernando Martins Cardoso

Dissertação para grau de Mestre

Orientador: Prof. Doutor Fernando Torrão

Porto 2012

Agradecimentos.

Este espaço é dedicado àqueles que de algum modo deram a sua contribuição para a realização desta dissertação. A todos deixo aqui o meu agradecimento sincero.

Em primeiro lugar agradeço ao Prof. Doutor Fernando Torrão e ao Mestre Augusto Meireis a disponibilidade na orientação deste trabalho.

Em segundo lugar, agradeço ao Dr. António Pedro Martins, meu primo, o incentivo e a janela de oportunidade criada ao motivar-me para esta lide.

Gostaria ainda de agradecer ao Sr. Subcomissário Renato Neto, meu comandante à data do início desta aventura, que me incentivou e apoiou em momentos decisivos deste percurso. Tal agradecimento é extensível ao meu colega de “armas,” Agente, Sérgio Barbosa pelo apoio técnico e dicas informáticas.

Aos meus colegas da BIC Estupefacientes, Agentes, Coelho, Cristo, Fernandes, Germano e Santos, os quais me orgulho ter comandado durante quase sete anos e com quem cresci, pessoal e profissionalmente.

Deixo também uma palavra de agradecimento aos professores das disciplinas de Seminário e Metodologia, Sr. Desembargador Artur Oliveira e Prof. Doutor Vera Cruz, pelo incentivo e por me terem despertado o interesse para a elaboração deste trabalho.

Gostaria de agradecer ainda aos meus pais, pobres, mas não em dignidade, pela educação possível. Aos meus irmãos e aos meus sogros por todo o apoio.

À minha filha Beatriz, o meu orgulho e a minha alegria, pela paciência nos momentos em que não fui presente.

A ti Ana, companheira de sempre, do sucesso e do fracasso, da alegria e da tristeza, da saúde e da doença, ao longo destes anos das nossas vidas, pelo apoio e pelo amor recíproco.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	13
CONSIDERAÇÕES GERAIS	21
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO	
1.1 - Nota introdutória.....	34
1.2 - A génese do Direito Penal da droga.....	35
1.3 - A Convenção Única sobre Estupefacientes.....	36
1.4 - A Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971.....	38
1.5 - Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas.....	39
1.6 - Evolução da Legislação Sobre a Droga em Portugal.....	43
1.6.1 - 1914/1975. As Primeiras Leis da Droga.....	44
1.6.2 - Sub-Fase (1970/1975) Paradigma Criminal.....	45
1.6.3 - Segunda Fase: 1975/2001. Perspectiva clínico-criminal do consumidor.....	46
1.6.4 - O Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro.....	48
1.6.5 - O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.....	50
1.6.6 - Terceira Fase. A descriminalização em sentido estrito.....	51
CAPÍTULO II – REGIME JURÍDICO - CRIMINAL DA DROGA, DECRETO-LEI N.º 15/93, DE 22 DE JANEIRO	
2.1 - Nota introdutória.....	53
2.2 - O Bem Jurídico protegido.....	55
2.3 - O Tráfico de estupefacientes e outras actividades ilícitas.....	59
2.3.1 - Tráfico de Precursores.....	65
2.3.2 - O tráfico agravado.....	65
2.3.3 - O tráfico privilegiado.....	74
2.3.4 - O traficante consumidor.....	77
2.4 - Incitamento ao uso de estupefacientes.....	78
2.5 - Tráfico e consumo em lugares públicos ou de reunião.....	79
2.6 - Abandono de seringas.....	80
2.7 - O crime de consumo.....	81

CAPÍTULO III – A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO

3.1 - Nota introdutória.....	86
3.2 - O processo de descriminalização.....	87
3.2.1 - Fundamentos a favor da descriminalização.....	88
3.2.2 - Fundamentos contra a descriminalização.....	89
3.3 - A Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga.....	90
3.4 - As Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência.....	92
3.5 - O Instituto da Droga e da Toxicodependência.....	93
3.6 - O Plano Nacional Contra a Droga e as Toxicodependências.....	94
3.7 - A Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.....	95
3.7.1 - Questões procedimentais.....	101
3.7.2 - A revogação parcial do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.....	105

CAPÍTULO IV – A DOCTRINA APÓS A LEI N.º 30/2000, DE 29 DE NOVEMBRO

4.1 - Nota introdutória.....	107
4.2 - Da revogação do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e o vazio sancionatório legal.....	108
4.3 - Do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e a incriminação do consumidor.....	111
4.4 - Da interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.....	114
4.5 - Da interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.....	117

CAPÍTULO V - A JURISPRUDÊNCIA APÓS A LEI N.º 30/2000, DE 29 DE NOVEMBRO

5.1 - Nota introdutória.....	120
5.2 - Das decisões dos tribunais superiores.....	120
5.2.1 - Da absolvição do arguido, sem imputação criminal ou contra-ordenacional.....	123
5.2.2 - Da condenação do arguido pelo crime de tráfico de estupefacientes.....	124

5.2.3 - Da absolvição do arguido e imputação em ilícito de mera ordenação social.....	126
5.2.4 - Da condenação do arguido por crime de consumo.....	128

CAPÍTULO VI – O ACÓRDÃO DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 8/2008, DE 25 DE JUNHO

6.1 - Nota introdutória.....	130
6.2 - Génese do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.....	130
6.3 - Argumentos do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.....	132
6.3.1 - Referência à Estratégia Nacional de Luta contra a Droga.....	135
6.3.2 - Referência à Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.....	136
6.4 - Justificação da criminalização da aquisição e detenção excessiva de estupefacientes.....	137
6.5 - Voto de vencido I.....	140
6.6 - Voto de vencido II.....	143
6.7 - Comentário ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.....	144
6.8 - Qual o papel do Tribunal Constitucional.....	150

CAPÍTULO VII – CRIMES ABSTRATOS, PROBLEMAS BEM CONCRETOS

7.1 – Nota introdutória.....	154
7.2 - A republicação do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.....	157
7.3 - O crime de perigo abstracto no tráfico de estupefacientes.....	160
7.3.1 - A disseminação de estupefacientes quando ultrapassada a quantidade média para dez dias. Crime de perigo abstracto?.....	164
7.4 – A Portaria n.º 94/96, de 26 de Março.....	166
7.4.1 - O princípio activo das substâncias, plantas e preparações.....	175

CAPÍTULO VIII – FUNÇÃO E DIFICULDADES DE ALGUNS INTERVENIENTES PROCESSUAIS

8.1 – Nota introdutória.....	186
8.2 - Dos Órgãos de Polícia Criminal.....	186
8.2.1 - Da identificação do suspeito.....	190
8.2.2 - Da revista ao suspeito.....	191
8.2.3 - Da apreensão, análise e pesagem do produto.....	192
8.2.4 – Do enquadramento como tráfico ou como consumo de estupefacientes.....	194
8.2.5 - Da detenção do possuidor de estupefacientes.....	196
8.2.6 – Do Policonsumo.....	198
8.3 - Do Ministério Público.....	202
8.4 - Do Juiz do Julgamento.....	209

CAPÍTULO IX – A (IN)JUSTIFICAÇÃO DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES

9.1 – Nota introdutória.....	217
9.2 - Criminalizar ou descriminalizar?.....	217
9.3 - Onze anos de descriminalização.....	225
9.4 – A intervenção do Direito Penal.....	231

CONCLUSÕES.....	240
------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	249
--------------------------	------------

ANEXOS.....	267
I - Outros diplomas sobre consumo de estupefacientes.....	267
II- Actos da união europeia.....	273
III - Alterações ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - Regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.....	279

Resumo.

O objectivo deste trabalho é reflectir sobre o actual regime jurídico do consumo de drogas ilícitas. Tal como o título deixa antever, neste momento, ninguém saberá ao certo em que regime se enquadrará o consumo de drogas, se no regime de mera ordenação social, se no âmbito criminal. Caso se entenda que é em ambos onde fixar a fronteira?

Portugal, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, que aprovou a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, deu um passo em direcção à descriminalização que foi concretizada com a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro. Esta lei define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária das pessoas que consomem tais substâncias.

Sucedde, que no seu artigo 28.º revogou expressamente o artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, excepto quanto ao cultivo, que até então criminalizava o consumo, prevendo molduras diferentes para quem detivesse quantidades até 3 dias ou mais. Significa que com a entrada em vigor da Lei n.º 30/200, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de estupefacientes em quantidade média individual suficiente para o período de 10 dias, passou a constituir contra-ordenação. Contudo não refere expressamente como delimitar tal fronteira, pois em lado algum atende aos limites quantitativos máximos fixados pela Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, que não será de aplicação automática.

Assim, aparentemente ficou-se sem saber como punir o arguido encontrado com quantidades superiores ao consumo médio de 10 dias. Desde logo, tanto na doutrina como na jurisprudência, se desenharam, posições diferentes. Para uns, tal conduta deixou de ser punível a qualquer título. Para outros é crime de tráfico de menor gravidade. Outros defendem que constitui contra-ordenação independentemente da quantidade. Outros ainda, defendem que continua a ser crime, previsto no já revogado, artigo 40.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 15/93.

Tal querela fez com que o Supremo Tribunal de Justiça, se pronunciasse através do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008, de 25 de Junho. Este tribunal superior acolheu a posição da continuidade da punição a título criminal, “ressuscitando” o referido artigo 40.º, mas não trouxe a paz jurídica que se almejava, havendo muitas críticas em todos os quadrantes àquela posição.

Palavras chave: Drogas, Consumo, Crime, descriminalização, contra-ordenação, Direito Penal.

Abstract:

The purpose of this paper is to reflect on the current legal regime of illicit drug use. As indicated by the title itself, at present nobody knows for sure in what framework does the consumption of drugs fit into: whether under the regimen of a mere regulatory ordinance, or under the criminal scope. If one understands that it fits under both, then the question is where to set the boundary?

Portugal, by resolution of the Council of Ministers n.º 46/99 of 26 May, which approved the National Strategy for Combating Drugs, took a step towards decriminalization, which was fulfilled under Law n.º 30/2000 of 29 November. The latter defines the legal regimen applicable to the use of narcotic drugs and psychotropic substances, as well as to the protection of the health of people who consume such substances.

It happens that in Article 28 it expressly revoked Article 40 of Decree-Law n.º 15/93 of 22 January, except as far as cultivation, which until then criminalized consumption, providing different frames for those who held amounts for up to 3 days or more. It means that with the entry into force of Law n.º 30/200, consumption, acquisition and possession of drugs for personal consumption in individual average amount sufficient for 10 days, came to constitute an administrative offense. However, it does not expressly state how such boundary should be defined, because nowhere does it refer the maximum quantitative limits set by Ordinance n.º 94/96 of 26 March, which will not be automatically applicable.

So, apparently it is not known how to punish an indicted found with quantities above the average consumption of 10 days. First of all, both in the doctrine and in the jurisprudence, different positions were outlined. For some, such conduct is no longer punishable under any title. For others, it is a minor trafficking crime. Others argue that it is an administrative offense, regardless of the amount. Still others have argued that it still is a crime, provided for under the already revoked Article 40 no. 2 of Decree-Law no. 15/93.

This dispute led the Supreme Court of Justice to express itself under the Ruling for Establishing Jurisprudence n.º 8/2008 of 25 June. This high court upheld the position of the continuity of punishment under criminal law, "resurrecting" the said Article 40, but it did not bring the legal peace everyone craved for, while there is also much criticism from all sides to that position.

Keywords: Drugs, Consumption, Crime, decriminalization, administrative offenses, Penal Law.

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AR – Assembleia da República

CACDLG - Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CE – Código da Estrada

CEE - Comunidade Económica Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CDT - Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CPA - Código do Procedimento Administrativo

CPP - Código do Processo Penal

CSMP - Conselho Superior do Ministério Público

CUE – Convenção Única de Estupefacientes

DL - Decreto-Lei

DR - Diário da República

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

EMCDDA - European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction

Ed. - Edição

Edt. - Editora

ENLCD - Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga

EUA – Estados Unidos da América

GC - Governo civil

GNR - Guarda Nacional Republicana

IDT, IP - Instituto da Droga e da Toxicodependência, Instituto Público

INML - Instituto Nacional de Medicina Legal

LOIC - Lei da Organização da Investigação Criminal

LPC - Laboratório de Polícia Científica

MP - Ministério Público

OEDT - Observatório Europeu da Droga e Toxicodependência

ONU - Organização das Nações Unidas

OMS - Organização Mundial de Saúde
P. -Página
PP. - Páginas
PGA - Procurador Geral Adjunto
PGR - Procuradoria Geral da República
PNCDT - Plano Nacional Contra a Droga e as Toxicodependências
PJ - Polícia Judiciária
PSP - Polícia de Segurança Pública
Proc. - Processo
RASI - Relatório Anual de Segurança Interna
RCM - Resolução do Conselho de Ministros
RGCO - Regime Geral das Contra Ordenações
SEF - Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
SNS - Serviço Nacional de Saúde
STJ - Supremo Tribunal de Justiça
TC - Tribunal Constitucional
TIC - Tribunal de Instrução Criminal
TIR - Termo de Identidade e Residência
TRC - Tribunal da Relação de Coimbra
TRE - Tribunal da Relação de Évora
TRF - Tribunal da Relação de Faro
TRG - Tribunal da Relação de Guimarães
TRL - Tribunal da Relação de Lisboa
TRP - Tribunal da Relação do Porto
TPIC - Tribunal de Pequena Instância Criminal
UCLA - University of California, Los Angeles
UE - União Europeia
Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

*“Dezenas de lojas espalhadas pelo País vendem substâncias com efeitos semelhantes à cannabis, à cocaína, ao LSD, ao ecstasy e até à heroína. O assunto é polémico, mas devido aos buracos na lei, a situação nem, é clandestina. Na prática, tornou as drogas ilegais redundantes. Hoje, é tão fácil comprar uma embalagem de alucinogénios como um pacote de bolachas. Até o IVA é o mesmo”.*¹

O trabalho a que me proponho, vem na senda de um assunto que me é particularmente atractivo, pois pertenço aos quadros da PSP desde 1996, exercendo actualmente funções de investigação criminal. Desde 2005, até ao presente ano, coordenei uma brigada de combate ao tráfico de estupefacientes, com intervenção territorial, essencialmente na comarca de Vila Nova de Gaia.

Ao longo destes anos sempre me questioneei sobre as fragilidades e estado do Direito Penal da Droga, uma vez que são abismais as suas incongruências. Apercebo-me que, talvez devido aos destinatários deste peculiar braço do Direito Penal, não lhe é dada a devida importância. Verificam-se por vezes, traficantes a serem tratados como meros consumidores e por sua vez estes, a serem conotados como traficantes. Por tal facto, no que concerne à punição do consumo de estupefacientes como crime, julgo ser notório, a violação de vários preceitos e princípios, designadamente o princípio da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, da proibição da analogia, princípio da investigação, do in dubio pro reo, inversão do ónus da prova, etc.

Na minha opinião o Direito Penal da Droga está doente e todos (essencialmente a jurisprudência) o tentam preservar com “cuidados paliativos”, sem contudo avançarem com uma “cura”. Este derradeiro “tratamento” só poderá irremediavelmente passar por uma intervenção legislativa. Desta forma poder-se-á, finalmente, colocar em marcha a Estratégia Nacional da Luta Contra a Droga, (ENLCD) cujo objectivo, era separar o consumo do tráfico, estabelecendo regimes jurídicos diversos, contra-ordenacional e penal, respectivamente. Tal desiderato desencadeado no início deste século, terá ficado aquém das expectativas.

¹ Artigo da Revista Visão, n.º 976 de 17 a 23 de Novembro de 2011, p. 82.

Tal “enfermidade” surgiu essencialmente com a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro,² que implementou a descriminalização do consumo de estupefacientes. Esta lei surgiu na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, que apresentou ao público a ENLCD, através da sua publicação no Diário da República 1.ª série, n.º 122, em 26/05/1999. Neste documento enuncia-se expressamente a visão humanista do toxicodependente enquanto doente, exigindo, por isso, a estratégia nacional, “a garantia de acesso a meios de tratamento a todos os toxicodependentes que se desejem tratar”. O toxicodependente passou, portanto, a ser visto, no essencial, como um doente, e não como um delincente. Nesta senda, em sede criminal e numa perspectiva “proibicionista moderada”,³ como a referida Resolução o denomina, é expressamente proposta a descriminalização do consumo de drogas, mantendo-se, no entanto, por motivos de compromissos assumidos em tratados internacionais, a necessária criminalização do comércio de substâncias psicotrópicas.

O consumo de drogas, de acordo com o documento político em referência, deveria manter “desvalor legal”. Contudo, o consumo e a posse de drogas para tais fins deveriam passar a ser sancionados em sede contra-ordenacional, onde se previa o tratamento dos “doentes”. Nesse caminho, o documento enunciou a necessidade da “definição criteriosa do enquadramento legal dos diferentes comportamentos relacionados com o fenómeno das drogas, em obediência aos princípios humanistas que enformam o nosso sistema jurídico, enquanto sistema de um Estado de Direito Democrático, designadamente os princípios supra referidos.”⁴

A estratégia em causa, na sequência da qualificação da toxicodependência como doença, e de acordo com o aludido princípio humanista, enquadra a necessidade do seu tratamento expressamente “no direito constitucional à saúde”.⁵ Recorde-se, neste âmbito, que na revisão constitucional de 1997⁶ (Lei Constitucional n.º1/97) introduziu-se a alínea f) do artigo 64.º da CRP. Ou seja, o normativo expressamente consagrado à “Saúde”, onde se

² Alterada pelo DL n.º 114/2011, de 30 de Novembro.

³ OLIVEIRA, Alexandre José Au-Yong, Os sistemas jurídicos e políticos vistos à luz da Teoria de Sistemas Sociais Luhmanniana, in Seminário: Teoria Política da Justiça Constitucional Universidade de Lisboa, 2009/2010, s/p.

⁴ Cfr. Capítulo II, 8 – Princípios, ponto 3, alínea e) da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga.

⁵ Idem.

⁶ CANOTILHO, J.G./MOREIRA, Vital, I Constituição da República Portuguesa anotada”, 4ª ed. rev., Coimbra 2007.

passou a prever a incumbência prioritária do Estado em “estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência”.

A ENLCD declarou expressamente a sua intenção de “descriminalizar o consumo de drogas, proibindo-o como ilícito de mera ordenação social”⁷ ao mesmo tempo que, em nome do valor “segurança”, declarava a sua intenção de “reforçar o combate ao tráfico de droga e ao branqueamento de capitais”.⁸

É assim, neste contexto que surge a Lei n.º 30/2000. Esta iniciativa legislativa de manifesta importância, definiu o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias. A lei descriminaliza o consumo e mantém, pela via contra-ordenacional, a censura social e jurídica do uso de drogas.

A conversão operada por este diploma na natureza da ilicitude do consumo, da aquisição e da posse de droga para consumo, que foi excluído da área de intervenção penal, levou à criação das CDTs, às quais compete o processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas sanções (a executar, à data, através do Governos Cívicos, com a colaboração das Autoridades Policiais, havendo recurso da decisão para os tribunais).

A Lei n.º 30/2000, introduziu assim dificuldades na integração jurídico-penal de condutas relativas à detenção de estupefacientes (excluído o cultivo de tais substâncias), quando, em termos de quantidade, é excedida a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Estas dificuldades radicam na redacção dada pelo legislador ao artigo 2.º (consumo) e ao artigo 28.º (normas revogatórias) do supra citado diploma legal. Na verdade, a situação de detenção de “droga” em quantidade excedente à necessária para o consumo médio individual durante um período de dez dias, destinando-se o produto ao exclusivo consumo do detentor, não é, literal e expressamente, contemplada nas disposições constantes (e em vigor) do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro⁹ e da Lei n.º 30/2000.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, o consumo, o cultivo, a aquisição e a detenção para consumo de estupefacientes, constituíam actividades criminalmente puníveis, constituindo o crime de consumo previsto no artigo 40º, do DL nº 15/93. Assumia, assim,

⁷ Capítulo II, 10 – Opções estratégicas, ponto 2 da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga.

⁸ Capítulo II, 10 – Opções estratégicas, ponto 8 da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga.

⁹ Diploma com inúmeras alterações, referidas em anexo, cuja última ocorreu em 26 de Março através da Lei n.º 13/2012.

relevo o elemento subjectivo do tipo (especial), concretamente o intuito que presidia ao acto de detenção ou obtenção em causa que, reconduzindo-se ao consumo, impunha que o agente apenas pudesse ser sancionado como consumidor. Com efeito, aquele diploma legal estabelecia, de forma nítida e inequívoca, uma fronteira entre o tráfico e o mero consumo, sendo certo que perante a situação de mero consumo ou de cultivo, aquisição e detenção para (exclusivo) consumo próprio, estava afastado o tráfico. Isto é, a possibilidade de incriminação por qualquer um dos tipos legais dos artigos 21.º, 22.º, 24.º, 25.º e 26.º do DL n.º 15/93.

Com a publicação da Lei n.º 30/2000, (re)definiu-se o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, como aliás consta da epígrafe daquele diploma. De acordo com a norma do artigo 2.º, n.º1, da Lei n.º 30/2000, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de estupefacientes foram transferidos para o domínio contra-ordenacional.

Por outro lado, o artigo 28.º da Lei 30/2000, preceito inserto sob a epígrafe de normas revogadas, revogou expressamente o artigo 40.º (excepto quanto ao cultivo) do DL n.º 15/93.

Ora, ao revogar-se o artigo 40.º, do DL n.º 15/93, nos termos referidos, restam dúvidas se descriminalizou o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de estupefacientes, independentemente da quantidade de produto adquirido ou detido, uma vez que o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000, estabelece que para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Será este valor meramente indicativo para o aplicador do Direito?

Como determinar essa quantidade para cada um dos estupefacientes?

Os limites quantitativos máximos para cada dose média individual são fixados pela Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, prevista no DL n.º 15/93. Aplicar-se-á tal portaria à Lei n.º 30/2000? Será tal portaria de aplicação automática, ou meramente indicativa?

Na vigência da Lei n.º 30/2000, encontramos-nos assim, face a uma questão que tem dividido a doutrina e a jurisprudência, ou seja, de uma vexata quaestio, para a qual têm sido desenhadas fundamentalmente quatro soluções que desenvolveremos no presente trabalho, em sede própria.

Teses em confronto:

Para uns, os factos em apreço não são puníveis, se a quantidade ultrapassa o limite previsto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000, atendendo a que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, foi revogado, não havendo assim nenhuma norma vigente que preveja e puna aquela conduta. A posse de quantidade suficiente para dez ou mais dias traçaria assim, a fronteira entre a contra-ordenação e a impunidade.

Há outros que defendem que da conjugação dos artigos 21.º, 25.º e 40.º do DL n.º 15/93 e dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, e 28.º da Lei n.º 30/2000, resulta que as situações de detenção para consumo próprio, cuja quantidade exceda o consumo médio individual durante o período de dez dias, é sancionada como um ilícito criminal (mas agora de tráfico), seja por via do artigo 21.º, seja por via do artigo 25.º (tráfico de menor gravidade) ou ainda, se estiver reunido o respectivo condicionalismo, por via do artigo 26.º (traficante-consumidor) todos do DL n.º 15/93.

Outros sustentam que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, permanece em vigor para as situações de detenção para consumo, cuja quantidade exceda o consumo médio individual durante o período de dez dias. Apurando-se o destino ao consumo, a detenção de quantidade necessária para o consumo durante dez dias seria punível como contra-ordenação. A partir daí seria punível como crime de consumo, pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93. Desde já se antecipa que foi esta a tese vencedora no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008, de 25 de Junho, do STJ, ao qual referir-nos-emos oportunamente.

Por fim, há também aqueles que entendem que o legislador quis claramente descriminalizar o consumo, pelo que sempre que a quantidade detida exceda o consumo médio individual durante o período de dez dias, não se podendo entender existir um crime de tráfico de estupefacientes, deve ser aplicado o regime de mera ordenação social. Esta tese considera que o comportamento do indivíduo constitui contra-ordenação, visto que é integrável no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000.

Das quatro posições analisadas, assentes na doutrina, só três delas tiveram grande acolhimento na jurisprudência. Não teve portanto acolhimento, a tese de que ultrapassada a quantidade limite previsto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000, ou seja a quantidade suficiente para dez dias e atendendo a que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, foi revogado, não havia nenhuma norma vigente que previsse e punisse aquela conduta. Assim, o entendimento

da jurisprudência, tirando casos pontuais, nunca passou pela impunidade, mantendo-se todavia a querela, sobretudo no sentido das outras posições.

As teses em confronto demonstram bem a divisão que se gerou na doutrina e na jurisprudência a que o AFJ supra citado tentou dar solução. Este acórdão tentou pôr cobro à referida controvérsia. Dizemos, tentou, porque são inúmeras as decisões que não o seguem. A esse propósito, recordamos que os acórdãos de fixação de Jurisprudência não são de seguimento obrigatório para os tribunais inferiores. Contudo, de acordo com o artigo 446.º do CPP, as sentenças contrárias ao mesmo, são de recurso obrigatório para o STJ por parte do MP.

O AFJ, por um lado, veio tentar sanar diversas posições opostas relativas ao consumo de estupefacientes, mas não trouxe a paz jurídica que se almejava, pois como já dissemos, muitos não o acolhem. Entre eles, alguma doutrina, magistrados do Ministério Público, bem como alguns magistrados judiciais que continuam a decidir contrariamente à jurisprudência fixada. Diga-se, que tal facto em nada abona para a imagem da Justiça e para a certeza e segurança jurídica. Pior ainda, como não adoptam a tese vencida, em vez de punirem o consumidor a título de consumo do artigo 40.º do DL n.º 15/93, fazem-no ao abrigo da punição para o tráfico, ainda que de menor gravidade,¹⁰ pois entre a jurisprudência, como veremos, foi esta a tese mais seguida.

O AFJ do STJ n.º 8/2008, fixa assim, jurisprudência sobre um assunto de grande relevância política e social, incidindo directamente sobre a questão da criminalização ou descriminalização do consumo de estupefacientes, quando a detenção do produto excede determinadas quantidades (média para dez dias). Este AFJ do STJ fixa o preciso recorte entre o proibido e o permitido, isto é, os limites entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito penal, dentro de uma decisão pouco clara do poder Legislativo.

Estaria assim no momento do legislador olhar para legislação da droga, dado não ter aproveitado a oportunidade soberana aquando da criação da Lei n.º 30/2000. Porém, ali optou por uma alteração parcelar e não em todo o regime, que em nada o dignificou.

Poder-se-ia pensar que o objectivo da paz jurídica não foi alcançado e que muitos ainda advogam (os proibicionistas) que deveríamos voltar atrás. Porém, naquela altura entramos

¹⁰ Art.º 25.º do DL n.º 15/93.

num caminho que devido ao sucesso, aplaudido internacionalmente, parece que somente restar-nos-á seguir em frente.

Nunca será assim, um retrocesso descriminalizar totalmente o consumo, mas sim um avanço, pois já em 2000, entramos nesse trilho, o qual não foi completamente percorrido. É momento, portanto de debater o problema, distinguindo o consumidor do traficante, colocando-os em patamares diferentes.

Ora na realidade não é isso que se passa e inevitavelmente ocorrem injustiças. Estará na hora de nos deixarmos de falsos moralismos, argumentando que descriminalização do consumo contribui para o aumento da criminalidade, para o aumento do consumo e para o aumento do tráfico. Estudos recentes indicam que após a descriminalização do consumo, este não aumentou, bem como não aumentou a criminalidade a ele associado. Por sua vez tem aumentado a criminalidade violenta e grave, e de certeza não farão parte dela meros toxicodependentes. Relativamente ao tráfico de droga, as estatísticas apontam para uma estabilização de apreensões e detenções. Este número poderia aumentar se, entre outros, fossem canalizados os meios gastos nos inúmeros processos de consumo, para esse fim.

Dado tratar-se de um assunto que levanta muitas questões morais em que por vezes no debate, a emoção prevalece sobre a razão, tentaremos fazê-lo de forma desapaixorada, sem levantar tais questões, tentando um rumo estritamente técnico-jurídico e com o rigor científico que um trabalho desta natureza merecerá. Por tal facto não se chamarão à colação, excepto por necessidades pontuais, as diferentes teses do proibicionismo e da liberalização total das drogas, pois não é esse o objectivo. Não se pretende portanto, defender tal liberalização até porque tal desiderato teria de passar por um trabalho multidisciplinar e não somente jurídico. Todavia, alguns dos seus argumentos poderão ser invocados para o presente trabalho, que é sobretudo, reflectir sobre o actual regime da droga, ou melhor, regimes, penal e contra-ordenacional.

Assim, diagnosticado que está o problema passarei à descrição dos referidos capítulos, tentando demonstrar que o Direito Penal da Droga, como o título deste trabalho deixa antever, necessitará urgentemente de uma intervenção legislativa. Todavia, não o faremos, sem antes fazermos algumas considerações sobre a temática da droga, isto é, sobre os tipos de drogas mais consumidas, sua forma de consumo, tipos de consumidores, competências dos OPCs em

relação ao fenómeno, testes de campo e cálculo das doses em consonância com a Portaria n.º 94/96.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

*“Basta mudar um pouco a composição molecular de uma substância para a tornar diferente à luz da química e da lei. Assim se explica que haja centenas de drogas permitidas no mercado”.*¹¹

Antes de tratar cada um dos capítulos que eminentemente versarão sobre o consumo de estupefacientes, como de nem só de juridicidade vive o homem, será conveniente tratar tal temática sob a perspectiva técnica do consumo.¹²

Definição de droga¹³ - É uma substância natural ou sintética que modifica o funcionamento do organismo no qual é introduzida. É qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de actuar sobre um ou mais de seus sistemas, produzindo alterações em seu funcionamento.¹⁴

Conforme as perspectivas, médica, sociológica, jurídica, identificam-se várias noções de droga. Tal vocábulo, partindo do texto legal, engloba os estupefacientes e as substâncias psicotrópicas. No sentido etimológico, estupefacientes, são alcalóides que produzem estupefacção/entorpecimento e substâncias psicotrópicas são aquelas que atuam sobre as funções psíquicas. Dada a dificuldade em definir um conceito concreto, na vertente que nos interessa, são os produtos que constam das tabelas anexas ao DL n.º 15/93. Trata-se de um critério jurídico-formal.¹⁵

¹¹ Artigo sobre drogas, Revista Visão, n.º 976 de 17 a 23 de Novembro de 2011, p. 83.

¹² As definições são as constantes do manual Detecção de Drogas. Manual para Agentes Policiais e funcionários aduaneiros, 3ª Edição, do Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga da Presidência do Conselho de Ministros, 2000, pp. 13 a 58.

¹³ Entendemos como drogas ilícitas (a partir deste momento, também, drogas ou somente droga), todas as substâncias referidas nas seguintes Convenções das Nações Unidas: Convenção Única sobre os Estupefacientes de 1961 (com as modificações introduzidas pelo protocolo de 1972); Convenção de Viena sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971; Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988. São igualmente visadas as substâncias colocadas sob controlo no quadro da Acção Comum 97/396/JAI de 16 de Junho de 1997, com base no artigo K.3 do Tratado sobre a União Europeia, relativa ao intercâmbio de informações, avaliação de risco e controlo das novas drogas sintéticas, na sequência do Conselho Europeu de Dublin, de 13-14 de Dezembro de 1996. Ou no quadro das disposições nacionais

¹⁴ Actual definição sobre drogas promovida pela OMS. Cfr. FONTE, Carla, “Comportamentos Aditivos: Conceito de Droga, Classificação de drogas e tipos de Consumo, consultado em 28/08/2012 in <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/533/1/104-112FCS2006-10.pdf>

¹⁵ LOBO, Fernando Gama, Droga, Legislação, Notas Doutrina e Jurisprudência, Quid Juris, 2ª Edição, p. 27.

Drogas lícitas e ilícitas - As tabelas das plantas, substâncias e preparações, anexas ao DL nº 15/93, contemplam, como veremos, não só drogas ilícitas, como outras não interditas mas sujeitas a controlo legal.

Há alguma polémica ligada à questão da classificação das drogas, nomeadamente a sua natureza e o grau de perigo e ao que parece, todas as classificações revelam-se insuficientes. Porém, um relatório de uma Comissão de inquérito do Parlamento Europeu, desenvolveu a seguinte distinção:¹⁶

Drogas ultra-duras: heroína e crack;

Drogas duras: morfina, coacína, fenciclidina, metadona e petidina;

Drogas semi-duras: anfetaminas, barbitúricos, LSD, psilocibina, mescalina, solventes químicos e absinto;

Drogas semi-suaves: ópio, haxixe, lehar, coca, tabaco;

Drogas suaves: cannabi, álcool fermentado, fitol, cogumelos alucinogéneos, codeína e tranquilizantes;

Drogas ultra-suaves: chá, café e chocolate.

No que concerne à dependência Podemos ter:

Dependência - É a perda de controle no consumo do produto, isto é, o indivíduo tem a sensação de não poder passar sem a substância.

Dependência física - Manifesta-se através de um conjunto de sintomas físicos: transpiração abundante, taquicardia, queda de tensão arterial, etc., que ocorrem se um indivíduo interrompe abruptamente o consumo de determinada substância.

Dependência psicológica - Traduz-se por um sentimento de falta, de desconforto e de vazio que ocorre quando o produto a que o indivíduo está acostumado, não está disponível no imediato.

Quanto ao tipo de consumidor existe:

Consumidor ocasional - É o indivíduo que tem contactos esporádicos com determinadas substâncias. Não existe qualquer tipo de dependência, sendo possível a convivência com os outros e a manutenção dos hábitos quotidianos de uma forma adequada.

¹⁶ Idem, p. 29.

Consumidor habitual - Quando existe uma dependência de carácter psicológico que leva o indivíduo a procurar utilizar uma determinada substância, em determinadas ocasiões. Existe um hábito determinado pela ocorrência de certas circunstâncias (p. ex., festas, fins de semana).

Toxicodependente - Indivíduo em que já está instalada a dependência física e psicológica. A droga torna-se o centro dos seus interesses e da sua vida. O indivíduo vive com e para a droga.

DROGAS DO GRANDE TRÁFICO

O ópio e alguns dos seus derivados (tab. I-A do DL n.º 15/93)

MORFINA

Produção da morfina - A morfina, principal elemento da composição do ópio, pode ser produzida com fins lícitos, pois que, sendo utilizada clinicamente como analgésico, faz parte da composição de alguns medicamentos.

Formas e consumo - No mercado ilícito, a morfina aparece sob a forma de «tablettes» ou de tijolos, de cor castanha, ou de um pó branco ou acastanhado. Apresenta um sabor amargo e um cheiro ácido e é consumida, essencialmente, na forma injectável.

HEROÍNA

Produção da heroína - Também conhecida por Diacetilmorfina, a heroína obtém-se da morfina.

Forma da heroína - Na sua pureza, apresenta-se na forma de um pó branco, cristalino e muito fino, sem qualquer cheiro ou sabor característicos. Se o seu grau de pureza for inferior, o que é mais comum ao nível do mercado de rua, a heroína reveste-se da forma de um pó mais grosso, granulado, e de cores mais escuras, podendo ir do rosa ao castanho.

Forma no mercado ilícito - É vendida em pequenas embalagens de papel estanhado, com a designação de «panfletos», ou mesmo em secções dos tubos plásticos utilizados para consumo de refrigerantes (vulgarmente designados por «palhinhas», fechadas nas pontas, com um peso médio aproximado de 50 mg.. Os «panfletos» podem, também, ter um peso de cerca de 250 mg. tendo, então, a designação de «quarteiras» ou «quartas». Os 50 mg. de heroína referentes ao «panfleto» constituem a porção necessária para uma dose, tendo a designação de

«chuto». Contudo, os 50 mg. em causa não são constituídos por heroína, senão em cerca de 3 a 10%, sendo o restante constituído por produtos designados «de corte», dos quais se refere o quinino, o leite em pó, a glucose e outros da família dos açúcares.

Consumo - A heroína é consumida nas formas fumada, injectada ou inalada. Os consumidores que utilizam o processo da administração por injeção – tradicionalmente a forma mais comum de consumo – aquecem a dose a consumir, diluída em água e sumo de limão, e por vezes misturada com barbitúricos ou outras drogas, após o que a injectam num vaso sanguíneo, sendo os mais utilizados, por serem de mais fácil acesso, os dos antebraços.

A panóplia característica destes consumidores inclui a seringa, a colher, geralmente queimada de anteriores utilizações, o limão, os fósforos e uma pequena lamparina, para além do garrote que serve para, apertando o braço, fazer sobressair a veia que vai ser injectada.

A inalação da heroína – forma de consumo que está a ter grande aceitação, pois que não só permite dissimular a sua prática, como se reveste de muito maiores condições de higiene – faz-se aquecendo o pó sobre uma superfície metálica e inalando, por via oral, os vapores que dali emanam. São utilizados, por vezes, tubos ou mesmo notas enroladas, para aspirar o fumo e possibilitar um melhor aproveitamento da droga.

METADONA - De origem sintética e totalmente produzida no laboratório, a metadona é utilizada em certos programas de desintoxicação de heroinómanos.

Funciona como droga de substituição ou alternativa, já que o grau de dependência que origina será muito inferior ao dos opiáceos de origem natural ou semi-sintética. Apresenta-se sob a forma de comprimidos, em pó, ou líquida (ampolas) sendo consumidos por via oral ou injectada.

Coca, cocaína e derivados (tab. I-B do DL n.º 15/93)

COCAÍNA

Formas - A cocaína apresenta-se sob a forma de um pó branco, muito fino e cristalino, com cristais brilhantes, vendido em «panfletos» semelhantes aos utilizados para vender heroína, apresentando-se a substância estupefaciente igualmente «cortada», mas mantendo uma percentagem de 5 a 10% de cocaína (superior, portanto, à percentagem de heroína nos

«panfletos») e sendo os produtos utilizados no corte, geralmente, o bicarbonato de sódio, a lactose, a cafeína ou outros pós de cor branca.

Consumo - Consumidores há, que utilizam anfetaminas, em pó (obtidas, por exemplo, por trituração de comprimidos) misturadas com a cocaína, com o objectivo de potenciar a dose consumida. Outros misturam a cocaína com heroína ou tranquilizantes. Neste caso, pode designar-se a dose a ser consumida por «Speed-ball».

Este produto estupefaciente pode ser consumido pelas formas utilizadas para a heroína, pois que todas servem como meio de administrar as drogas ao organismo. Contudo, a forma mais utilizada é a inalação do produto, disposto em «linhas» de pó, e com a ajuda de um canudo apropriado, ou mesmo de um rolo feito com uma nota de banco, e através das narinas. Tal hábito implica, se continuado, o aparecimento de marcas na pele do nariz, que se torna avermelhado e coberto de borbulhas.

CRACK

Formas e consumo - O «crack» é um derivado da coca, obtido por um processo químico muito simples, «cozinhado» a partir da cocaína base ou, mesmo, da própria cocaína sal, e utilizando-se a amónia ou o bicarbonato de sódio.

Apresenta-se sob a forma de pequenos grãos esbranquiçados, fumados em cachimbos.

CANNABIS (cânhamo) e seus derivados (tab. I-C do DL n.º 15/93)

São vários os compostos da cannabis, sendo o mais importante o 9 -THC (Delta 9 Tetrahydrocannabinol), princípio activo químico que provoca os efeitos associados ao seu consumo, quanto maior for a quantidade de 9 -THC mais alucinogénico é o efeito. Em doses pequenas, os efeitos podem ser contraditórios: estimulante e sedativo. Mas os seus efeitos reais são condicionados por vários factores: grau de pureza, ambiente gerado à volta do consumo, bem como da predisposição de quem consome.¹⁷

LIAMBA

¹⁷http://www.idt.pt/PT/CentroDocumentacao/MateriaisPrevencao/Documents/Desdobravel/2008/12/desdobravel_cannabis.pdf. Consultado em 16/05/2012.

Formas e consumo - A liamba é uma das formas de consumo da «cannabis». É constituída, simplesmente, pelo aglomerado das partes componentes da planta (flores, folhas, caules tenros e, por vezes, mesmo sementes) secas e maceradas, que se fumam em mortaldas de papel, como o tabaco, misturadas ou não com tabaco ou com haxixe.

A expressão por que é conhecida entre nós é herdada de Angola, sendo que em Moçambique tinha a designação de Suruma e, no Brasil, é conhecida como Maconha ou, na terminologia anglo-saxónica, de resto herdada do México, por Marijuana.

Registe-se que tal forma de consumo da «cannabis» tem caído em relativo desuso entre nós, sendo substituída pelo consumo do haxixe.

HAXIXE

Produção e formas - É obtido a partir da resina ou seiva da planta do cânhamo, seca e misturada com palha, ou liamba, eventualmente até com cera, cozida em forno e prensada. Obtêm-se «bolos» ou «pães» de haxixe, com peso que ronda os 500 gramas e se destinam à exportação.

Estes «bolos» ou «pães» de haxixe, igualmente designados por «queijos», são partidos em porções menores e com pesos variáveis, que recebem nomes diferentes, tendo em conta o seu peso, dimensões ou consistência. Referem-se as designações de «pedra», para porções semelhantes a nozes ou grãos, «linhas», para as doses semelhantes a pequenas tiras ou faixas do produto, etc...

O haxixe é partido com a ajuda de canivetes a que se aquece a ponta, para facilitar o corte, sendo que a detecção de uma faca ou navalha que apresente a ponta queimada poderá, eventualmente, constituir um indício de tráfico de haxixe.

No mercado ilícito, o aspecto do haxixe apresenta variações que vão da pedra granulosa de cor castanha escura, geralmente designada por «libanês», por ser característica do produto originário daquele país, até ao aglomerado de placas finas e de cor castanha clara esverdeada, mais comum entre nós e com origem no Norte de África.

Consumo - O consumo do haxixe faz-se na forma fumada, misturado com tabaco ou liamba, ou por si só, sendo utilizada a mortalha de papel, quando se fuma em grupo, ou quando o consumidor é ocasional. O consumidor habitual prefere utilizar cachimbos, geralmente com cabo bastante comprido, ou mesmo aqueles que se designam habitualmente

por cachimbos de água, em que o fumo, dentro do tubo, dá várias voltas, passando por um recipiente com água. Todas estas práticas têm em vista o arrefecimento do fumo a consumir, pois que este produto queima a uma temperatura superior à do tabaco, e a administração regular e continuada, sem as devidas precauções, origina problemas de ordem clínica e, no mínimo, irritação ao nível da garganta dos consumidores habituais.

Outras drogas.

Alucinogéneos (tab. II-A do DL n.º 15/93)

Os alucinogéneos são um conjunto de substâncias que fazem parte das drogas classificadas como perturbadoras do sistema nervoso central, ou psicodislépticos.

De origem essencialmente sintética (já que alguns há que são produtos da natureza), estes compostos químicos não têm hoje qualquer aplicação ao nível médico-farmacêutico, sendo, de modo geral, interditos na maioria dos países. São, pois, em regra, produzidos em laboratórios clandestinos.

Forma - Os alucinogéneos apresentam-se sob variadíssimas formas, sendo os comprimidos, de vários tamanhos, cores e formatos, os mais comuns. Contudo, aparecem, também, sob a forma líquida, em pó, impregnados em cubos de açúcar, ou no verso de selos e autocolantes, etc..

Consumo - São consumidos, também, de formas diversas, sendo a via oral a mais comum.

Alguns exemplos de alucinogéneos - Dos vários alucinogéneos conhecidos, faremos, desde já, referência a dois, de origem natural (mas que também podem ser produzidos de forma sintética) e que se designam por Psilocibina e Mescalina.

Dos alucinogéneos sintéticos, ou semi-sintéticos, há a referir:

LSD ou dietilamida do ácido lisérgico.;

Fenciclidina, conhecida como pó de anjo («angel dust»).

DOM ou STP;

MMDA.

ECSTASY.

Forma - O ecstasy que tem a sua origem no MDMA (metilenadioximetanfetamina), apresenta-se normalmente sobre a forma de cápsulas ou comprimidos e o seu consumo

encontra-se associado a festas realizadas em grandes espaços, “raves”, daí ser também conhecida por “droga de dança” ou “droga do amor”, sendo que a generalidade dos utilizadores a associam à diversão, ao prazer e à facilitação das relações sociais.

Drogas do mesmo género - Tem-se também verificado o surgimento de outras drogas do mesmo género, tais como o GHB (Gamma Hydroxy Butyrate), também conhecido por “líquido X” ou “ecstasy líquido”, comercializado em forma de comprimidos ou em pequenas garrafas de líquido incolor e o “Special K” (Ketamina), que são anestésicos com efeitos alucinogénicos.

As anfetaminas (tab. II-B do DL 15/93) - As anfetaminas constituem um grupo de substâncias psicotrópicas de origem sintética, que se enquadram na família dos estimulantes, ou psicoanalépticos.

Forma e consumo - Aparecem sob a forma de comprimidos, com designações comerciais várias, tais como PERVITIN, DININTEL e CAPTAGON (os dois últimos são produtos de efeito idêntico ao das anfetaminas), sendo o seu consumo efectuado por via oral e, eventualmente fumados ou mesmo injectados, processo mais perigoso e mais comum entre os dependentes de tal produto. São conhecidos pelo nome de «speeds».

Hipnóticos barbitúricos, hipnóticos não barbitúricos e ansiolíticos (tab. II-C e IV do DL n.º 15/93) - Conhecidos habitualmente pela designação de «drunfos», integram-se em várias categorias e têm utilizações variadas a nível clínico, como sedativos, hipnóticos, anestésicos, anticonvulsivos, anti-histamínicos, ansiolíticos, etc., sendo a sua venda, em regra, sujeita a receita médica.

Forma e consumo - Apresentam-se, em regra, sob a forma de comprimidos, consumidos oralmente, por vezes misturados com álcool, para potenciar os seus efeitos psicotrópicos.

Enquadram-se, geralmente, nas seguintes categorias: Tranquilizantes (ansiolíticos) e Hipnóticos (barbitúricos e não barbitúricos), sendo os mais divulgados as Benzodiazepinas (com designações farmacêuticas como ROHYPNOL, VALIUM ou LORENIN, entre outras), os Barbitúricos (como o Secobarbital, o Pentobarbital, o Amobarbital, o Ciciobarbital ou o

Fenobarbital) e a Metaqualona (que aparece com as designações comerciais de SOMNIUM e MANDRAX, por exemplo).

Novas drogas.

GHB.

Forma e consumo - Sendo uma droga e sintética e ainda desconhecida no nosso país, o GHB também conhecido por «ecstasy líquido», «easy lay» (sexo fácil), «easydate» (encontro fácil) e «fantasia» é um anestésico que pode ser consumido como um líquido injectável ou um pó inalável.

Efeitos do GHB - Dependendo da dose, os efeitos do GHB sentem-se 15 minutos após a toma e podem permanecer durante sete horas no organismo. Entre os seus efeitos secundários contam-se náuseas, vômitos, hipotonia (músculos mais enfraquecidos), diminuição da frequência cardíaca, hipotermia, coma, depressão respiratória e apneia.

PRODUTOS DE CORTE - As drogas do grande tráfico surgem no mercado consumidor frequentemente adulteradas. Os traficantes misturam outros produtos aumentando a quantidade e reduzindo a qualidade da droga em causa.

No que respeita à heroína, verifica-se que este corte é realizado adicionando substâncias da família dos açúcares, leite em pó, quinino, bem como medicamentos de tipo depressor devidamente triturados para o efeito (por ex. Noostan). Verifica-se que o corte da heroína, quando em situações de venda directa ao consumidor, é feito com os mais variados produtos, sendo comum encontrarem-se substâncias como o chocolate em pó, cal, ou mesmo estricnina, reduzindo o grau de pureza para números na ordem dos 2%.

No que concerne à cocaína, o corte é realizado principalmente com outros pós brancos, nomeadamente o bicarbonato de sódio, lactose, a procaína e a lidocaína, não indo a percentagem de cocaína além de 5 a 10%.

EXAME DAS SUBSTÂNCIAS.

Entidade competente - A As plantas, substâncias e preparações apreendidas são examinadas no Laboratório de Polícia Científica (Polícia Judiciária), por ordem da autoridade judiciária competente.¹⁸

Esse exame tem em vista não só a confirmação de estarmos em presença de produto estupefaciente, como à sua necessária validação como prova.

A actividade pericial da área de Toxicologia consiste na detecção, identificação e/ou quantificação de substâncias químicas de natureza vegetal, mineral, animal ou sintética, cuja acção possa ser considerada tóxica para os seres vivos. Estas substâncias podem ser divididas em dois grandes grupos: drogas de abuso e outros tóxicos. Todas as substâncias apreendidas suspeitas de serem abrangidas pela legislação vigente são obrigatoriamente remetidas para o LPC para análise. Na realização das perícias da área de Toxicologia recorre-se a métodos instrumentais de análise altamente específicos e sensíveis que permitem a detecção e identificação das substâncias que constam das tabelas anexas ao Dec. Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro. Para além da identificação, e dependendo dos respectivos quesitos, o exame pode incluir: Comparação entre lotes da mesma apreensão e/ou entre lotes de apreensões diferentes; Determinação do Grau de Pureza e do Número de Doses, de acordo com a Portaria nº 94/96. Ainda no âmbito das Drogas de Abuso pode ser efectuada a pesquisa de resíduos em objectos diversos tais como balanças, moinhos, carteiras, canivetes, colheres, "pratas", etc. Nestes casos o objecto a pesquisar deve ser enviado bem separado do restante material (se houver) para evitar contaminações.¹⁹

Testes de campo – Todos os testes de campo existentes têm unicamente por objectivo, uma identificação presuntiva de substâncias suspeitas e não deverão ser, em caso algum, considerados como prova definitiva.

Um conjunto de testes de campo (kit), usados geralmente pelas Polícias, é constituído por vários reagentes, especificamente destinados aos principais produtos estupefacientes.

Em certos casos, devido ao facto de a reacção de coloração não ser única para um dado composto, utilizam-se sequências de reagentes, circunscrevendo as reacções positivas a um campo mais restrito e aumentando assim a garantia de eficácia da identificação.

¹⁸ Art.º 62.º do DL n.º 15/93.

¹⁹ <http://www3.bio.ua.pt/Forense/As%20Pericias%20na%20Pol%C3%ADcia%20Judiciaria%20ArturPereira.pdf>, Consultado em 20/05/2012.

No tipo de testes mais usados em Portugal, os reagentes estão em pequenas ampolas inseridos em sacos de plástico de reduzidas dimensões, os quais apresentam impressos, não só os nomes dos produtos a que se destinam, mas também as cores cujo aparecimento é sinal de reacção positiva.

Estes testes são acompanhados de manuais que explicam como operar com eles, designadamente quanto à quantidade de produto suspeito a introduzir no saco (teste), que será sempre uma pequena porção do pó, comprimido ou fragmentos vegetais (no caso de líquidos, deve usar-se um pequeno pedaço de papel, impregnado com o produto) e à forma (sequência) como devem partir-se as ampolas e observar os resultados.

Tipos de testes de campo:

Testes A e B - opiáceos, anfetaminas, demerol;

Teste C – barbitúricos;

Teste D - LSD;

Teste E – “cannabis” e derivados;

Teste F - Cocaína.

Prevenção do tráfico e consumo de estupefacientes - modalidades de intervenção das forças e serviços de segurança – (DL n.º 81/95, de 22 de Abril²⁰)

Prevenção criminal.

Competências da PJ (art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 81/95)

Cabe especialmente à Polícia Judiciária:

A prevenção da introdução e trânsito pelo território nacional de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas;

A prevenção da constituição de redes organizadas de tráfico interno dessas substâncias.

Competências da PSP e GNR (art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 81/95)

À GNR e à PSP compete especialmente, nas respectivas áreas de actuação e com vista à detecção de situações de tráfico e consumo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas:

A vigilância dos recintos predominantemente frequentados por grupos de risco;

A vigilância e o patrulhamento das zonas usualmente referenciadas como locais de tráfico ou de consumo.

²⁰ Atente-se que além deste diploma, actualmente está em vigor a LOIC (Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto).

Modalidades de intervenção das forças e serviços de segurança.

Dever de comunicação - Os OPCs e os serviços aduaneiros e de segurança que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, comunicam-na, no mais curto prazo, ao MP e ao OPC competente para a investigação. (art. 3.º, do DL n.º 81/95)

Centralização da informação - A PJ, através da Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes (DCITE) centraliza e trata toda a informação respeitante às infracções tipificadas no DL n.º 15/93. (art. 4.º, n.º 1, do DL n.º 81/95)

Transmissão de informação à PJ - Os OPCs e os serviços aduaneiros e de segurança transmitem à Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes da PJ todas as informações que obtenham, devendo fazê-lo de imediato quando tomem conhecimento da preparação ou início de execução de quaisquer das infracções previstas no diploma mencionado no número anterior. (art. 4.º, n.º 2, do DL n.º 81/95)

É obrigatória a transmissão prévia à Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes da PJ das acções planificadas a desencadear neste âmbito por parte de qualquer dos OPCs. (art. 4.º, n.º 3, do DL n.º 81/95)

A GNR e a PSP remetem de imediato à Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes da PJ cópia dos autos de notícia ou de denúncia e dos relatórios finais dos inquéritos que elaborem e as demais informações que por esta lhes forem solicitadas. (art. 4.º, n.º 4, do DL n.º 81/95)

Dos limites quantitativos para o consumo - A Portaria n.º 94/96, definiu os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de consumo mais frequente. De acordo com o mapa a que se refere o n.º 9.º da Portaria n.º 94/96:

(1) Os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária são expressos em gramas, excepto quando expressamente se indique unidade diferente.

(2) Os limites referidos foram estabelecidos com base em dados epidemiológicos referentes ao uso habitual.

(3) As quantidades indicadas referem-se:

a) Às doses diárias mencionadas nas farmacopeias oficiais;

- b) Às doses equipotentes à da substância de abuso de referência
- c) À dose média diária com base na variação do conteúdo médio do THC existente nos produtos da cannabis;
- d) A uma concentração média de 2% de 9THC;
- e) A uma concentração média de 10% de 9THC;
- f) A uma concentração média de 20% de 9THC;
- g) Às doses médias habituais referidas na literatura, que variam entre 80mg e 160mg(ca. 2mg/kg) da substância pura. No entanto, pode aparecer misturada com impurezas (por exemplo, MDA, cafeína) ou ainda em associação com heroína.

(4) Para a cocaína são especificados limites quantitativos diferentes, respectivamente para o cloridrato e para o éster metílico de benzoilecgonina, uma vez que o potencial adictivo das duas formas químicas é muito diferente.

Assim, Os limites máximos diários para cada dose e substância são assim determinados pela portaria de acordo com as quantidades constantes no referido mapa, sendo portanto, multiplicadas por 10 dias.

Assim, para as substâncias de consumo mais frequentes temos:

Haxixe – 0,5 gramas/dia X 10 dias = 5 gramas;

Liamba – 2,5 gramas/dia X 10 dias = 25 gramas;

Heroína – 0,1 grama/dia X 10 dias = 1 grama;

Cocaína – 0,2 gramas/dia X 10 dias = 2 gramas.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO

“Conheci de perto a experiência de Portugal na visita que fiz ao país em Janeiro de 2011. Conversei com líderes políticos, médicos, trabalhadores da área social, especialistas de segurança pública e investigadores... Assisti a sessões de uma Comissão para a Dissuasão da Toxicod dependência... Pude constatar o carácter inovador, a abrangência e a consistência da política nacional de droga num país de arraigada tradição conservadora. Impressionou-me a frase que ouvi do Dr. João Goulão: “o objectivo da política de Portugal é combater a doença e não os doentes”.

(Fernando Henrique Cardoso)²¹

1.1 - Nota introdutória.

Pretendendo abordar o enquadramento legal do consumo de droga²² no nosso ordenamento jurídico, não o poderíamos fazer sem antes referir, ainda que sucintamente, a sua dimensão mundial. Por tal facto, neste capítulo, abordaremos os principais instrumentos de Direito Internacional da Droga que estão na origem das diversas legislações nacionais dos estados, que punem o tráfico e o consumo de estupefacientes.

Seguidamente, trataremos a evolução da legislação portuguesa e as opções legislativas até ao quadro legal vigente, sem contudo o dissecar, pois tal será tratado em capítulo próprio.

²¹ Declaração do ex-Presidente do Brasil, aquando de uma visita a Portugal na qualidade de co-presidente com Cesar Gaviria e Ernesto Zedillo da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia e presidente da Comissão Global sobre Política de Drogas. Introdução ao livro "Política de Drogas em Portugal" da Open Society Foundations. In <http://www.dependencias.pt/detalhe.php?id=84> – consultado em 23/03/2012.

²² A palavra droga assumiu, ao longo da sua História, vários papéis: “a de mercadoria, como tal convertida em objecto de relações jurídico-económicas e fiscais; a lúdica, religiosa e terapêutica, entendida como meio de desinibição e convívio social, bem como tratamento médico; e, por fim, enquanto objecto e, depois, causa de criminalidade, sendo nesta perspectiva que tem sobrelevado desde o início do século XX.”, Cfr. CARLOS POIARES e CÂNDIDO DA AGRA, A droga e a humanidade – reflexão psicocriminal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicod dependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 9-26.

1.2 - A génese do Direito Penal da droga.

A problemática da droga caracteriza-se como uma preocupação de escala universal, desprovida de fronteiras e com forte capacidade de globalização. Consequentemente, “a droga não é um problema particular de um Estado, aparece-nos em todas as comunidades e confunde-se com a História da espécie humana”.²³ Trata-se portanto de um problema universal que careceu de resposta internacional.

O problema social da droga também não é recente em Portugal, apesar de apenas ser considerado um verdadeiro incómodo no quotidiano da comunidade já na segunda metade do século XX.²⁴ Realce-se que a legislação portuguesa sobre drogas nasce em 1914, com a Carta de Confirmação e Ratificação da Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia, entre Portugal e outras nações. Porém, a visão criminalizadora do consumo de drogas aparece somente em meados de 1970, substituindo-se a concepção, tida até ao momento, da substância como mercadoria.²⁵ Nesta perspectiva, CARLOS POIARES identifica quatro grandes períodos da História legislativa da droga, que correspondem especificamente a quatro paradigmas diferentes: “o paradigma fiscal (1914-1970); o paradigma criminal (1970-1975); o início da construção do paradigma clínico-psicossocial (1975-1982), caracterizando-se pela arquitectura dos dispositivos; e o paradigma biopsicossociológico (1983-2001)”.²⁶

Até ao início dos anos 70, o uso de drogas era exclusivo das classes sociais mais altas, pois estas substâncias eram invulgares e gozavam de grande misticismo, sendo consideradas socialmente, apenas objecto de comércio. Todavia, esta concepção alterou-se com o Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro²⁷ que inseriu várias disposições sobre o tráfico ilegal de estupefacientes, e esboçou, pela primeira vez, a figura do consumidor e a passagem para o paradigma criminal. Nesta fase o consumidor aparece como actor social e como transgressor penal, sendo alvo de forte repressão pela sociedade, sobretudo pelo começo da inevitável aliança droga-crime.²⁸

²³ POIARES, Carlos e Cândido Agra, A droga e a humanidade... op. cit., p. 15.

²⁴ A este respeito, veja-se, RIBEIRO, João Salvado, Contributo para a história dos consumos de drogas em Portugal, in *Revista Toxicoddependências*, Edição SPTT, Vol.5, n.º3, 1999, pp. 03-09.

²⁵ COSTA, Eduardo Maia, Novos Rumos da Política sobre Drogas, in *Revista Toxicoddependências*, edição SPTT, Vol. 7, n.º 1, 2001, p. 4.

²⁶ POIARES, Carlos e Cândido Agra, A droga e a humanidade... op. cit., pp. 22-23.

²⁷ Costa, Eduardo Maia, Novos Rumos da Política... op. cit. p. 4.

²⁸ AGRA, Cândido da, Entre droga e crime, Editorial Notícias, Lisboa, 2002, p.

No paradigma subsequente, denominado clínico-psicossocial, surge o interesse sobre o indivíduo consumidor e o seu contexto social, originando o aparecimento de várias entidades de intervenção vocacionadas para o combate e a prevenção do consumo. Por fim, a génese da matriz do actual modelo, encetado através do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro,²⁹ e seguido através da legislação em vigor, assenta no paradigma biopsicossociológico, no qual se evidencia a preocupação com o tratamento e a reinserção na comunidade, bem como a preferência das estratégias de prevenção ao invés dos métodos repressivos.

Desta forma, a dado momento, a resposta a tal flagelo foi dada através do Direito Internacional da Droga,³⁰ já sob a égide da ONU, baseando-se, essencialmente, em três Convenções³¹ ratificadas por mais de 95% dos Estados a nível mundial:³²

A Convenção Única sobre Estupefacientes, de 30 de Março de 1961 (bem como o Protocolo, de 25 de Março de 1972, que a modificou);

A Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 21 de Fevereiro de 1971;

E a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 20 de Dezembro de 1988.

As duas primeiras recaem sobre o controlo mundial da produção, do comércio e do uso de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas. Já a última, regula o tráfico ilícito de droga, visando reprimir e combater a oferta internacional de drogas ilícitas.

1.3 - A Convenção Única sobre Estupefacientes.

Esta convenção foi assinada em de 30 de Março de 1961³³ e o Protocolo, que a modificou em de 25 de Março de 1972.

O fenómeno da droga não podia ser encarado apenas no interior das fronteiras de um determinado país, antes devia ser analisado na sua dimensão mundial. Assim, qualquer plano ou estratégia para combatê-lo não devia ser encarado isoladamente, mas sim numa vertente de cooperação internacional. Em trinta de Março de 1961 foi aprovada por setenta e sete países,

²⁹ Alterou o regime que vigorava, tipificando novos ilícitos penais e contravencionais, definindo novas penas, ou modificando as anteriores, em matéria de consumo e tráfico ilícito de drogas.

³⁰ Sobre este assunto, MARTINS, A. G. LOURENÇO, Direito internacional da droga e da toxicodpendência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodpendência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 51-88.

³¹ Convenções disponíveis e consultadas em <http://www.incb.org/incb/index.html> no dia 01/04/2012.

³² Segundo o Relatório de 2007 do INCB, consultado em <http://www.incb.org/incb/annual-report-2007.html> no dia 01/04/2012.

³³ Concluída em Nova Iorque, em 30 de Março de 1961.

em Nova Iorque, a Convenção Única Sobre Estupefacientes (CUE) que entrou em vigor em 13/12/1964, tendo sido emendada por Protocolo de 25/03/1972, sendo que, actualmente foi já ratificada por 166 Estados (152 na sua forma modificada pelo Protocolo de 1972). Portugal aderiu à convenção através do Decreto-Lei n.º 435/70, de 12 de Setembro de 1970, sendo que em 20/04/1979 aderiu ao Protocolo de 72 através do Decreto n.º 161/78, de 21 de Dezembro.

A discussão base desta convenção exprimiu uma clara oposição entre correntes liberais de países europeus com tutela sobre países produtores, e correntes proibicionistas, nomeadamente os EUA e a China. No final dos trabalhos foi aprovado um texto que perfilhou uma via criminalizadora, não só para o tráfico, mas também para o consumo. Assim, dita a convenção que as partes não permitirão a detenção de estupefacientes sem autorização legal.³⁴ Realça que as partes assegurarão no plano nacional, uma coordenação da acção preventiva e repressiva contra o tráfico ilícito e auxiliar-se-ão mutuamente na luta contra o tráfico ilícito,³⁵ sendo que a cultura e a produção, o fabrico, a extracção, a preparação, a detenção, a oferta, a comercialização, a distribuição, a compra, a venda, a entrega, constituam infracções graves e que sejam passíveis de um castigo adequado, nomeadamente de penas de prisão ou de outras privativas da liberdade”;³⁶

Só mais tarde, com o protocolo de 1972, a CUE passou a assumir uma atitude clínico-psicossocial a respeito dos utilizadores de droga, recomendando o tratamento em substituição, ou cumulativamente com a medida penal, referindo que quando as pessoas, utilizando de maneira abusiva os estupefacientes, as Partes poderão, em vez de as condenar ou de pronunciar uma sanção penal contra elas, ou ainda como complemento da condenação ou sanção penal, submetê-las a medidas de tratamento, de educação, de pós – cura, de readaptação e de reintegração social”.³⁷

Assim, a CUE de 1961, tinha como finalidade principal, estabelecer o quadro jurídico internacional de limitação a fins exclusivamente médicos e científicos, a produção, o fabrico, a exportação, a importação, a distribuição, o comércio, o emprego e a detenção de estupefacientes, através da cooperação e controlo internacional.³⁸ Da mesma forma, delibera que os Estados membros devem sancionar penalmente os transgressores destas disposições,

³⁴ Art.º 33.º da Convenção única de estupefacientes de 1961.

³⁵ Idem, Art.º 35.º.

³⁶ Idem, Art.º 36.º, al. a).

³⁷ Idem, Art.º 36.º, al. b).

³⁸ Idem, Art.º 4.º.

prevendo, no entanto, o respeito pelos preceitos constitucionais de cada parte, e ainda a medida alternativa de tratamento.³⁹ Daí surgiram medidas de tratamento⁴⁰ que passariam por as partes darem especial atenção ao abuso de estupefacientes e tomar medidas possíveis para prevenir e para assegurar a rápida identificação, o tratamento, a educação, a pós-cura, a readaptação e a reintegração social das pessoas interessadas, bem como dar formação a técnicos para assegurar tais finalidades.

Assim, desde esta convenção, é notória a preocupação não só com o tráfico de estupefacientes, mas também dos que os consomem.

1.4 - A Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971.

De 11 de Janeiro a 21 de Fevereiro de 1971 teve lugar, em Viena, uma Conferência das Nações Unidas de que saiu a Convenção de 1971 Sobre Substâncias Psicotrópicas, tendo entrado em vigor, nos termos do artigo 26.º, em 16 de Agosto de 1976. A adesão de Portugal foi aprovada pelo Decreto n.º 10/79, de 30 de Janeiro, tendo sido já ratificada por 158 Estados.

Muito semelhante à CUE, esta convenção mostra igualmente a preocupação das Partes com a “saúde física e moral da humanidade”,⁴¹ bem como com “o problema da saúde pública e os problemas sociais resultantes do abuso de certas substâncias psicotrópicas”.⁴² Tal como o artigo 38.º da CUE de 1961, esta convenção também tem o mesmo objectivo de proteger as pessoas que abusam de estupefacientes, prevendo também a formação de outras, para tal fim.⁴³

Esta convenção, prevê, tal como o Protocolo de Genebra, que a sanção preferencial para tais pessoas, seja uma pena privativa de liberdade. No entanto, deve existir a possibilidade de substituição dessa sanção penal por medidas de tratamento e de reinserção social.⁴⁴

Quanto ao tráfico propriamente dito, esta convenção foi no seguimento da anterior, almejando a cooperação e assistência entre as partes, que passaria essencialmente na troca de informação.⁴⁵

³⁹ Idem, Art.º 36.º.

⁴⁰ Idem, Art.º 38.º.

⁴¹ Preâmbulo da Convenção de 1971 Sobre As Substâncias Psicotrópicas.

⁴² Idem.

⁴³ Idem, Art.º 20.º.

⁴⁴ Idem, Art.º 22.º, al. a) e b).

⁴⁵ Idem, Art.º 21.º.

Esta Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, limita assim, a fins exclusivamente médicos e científicos⁴⁶ todas as actividades descritas pela Convenção de 1961, e outras semelhantes, mas, no que concerne particularmente às substâncias psicotrópicas, ou seja às substâncias de origem industrial que estão enumeradas nas tabelas anexas ao diploma.

1.5 - Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas.

A Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (doravante Convenção de 88),⁴⁷ adoptada na 6.^a sessão plenária da Conferência das Nações Unidas, em 19 de Dezembro de 1988, tem como objectivos fundamentais o esforço de harmonizar a legislação da droga, assim como procurar reforçar o combate ao tráfico de estupefacientes e a cooperação internacional neste domínio. Mais orientada para as actividades criminais resultantes do tráfico, pouca importância é dada nesta convenção ao consumo de droga. No entanto, encontramos mais uma vez prescrita a obrigatoriedade de “tipificar como infracção penal, a detenção e a compra de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e o cultivo de estupefacientes destinados ao consumo pessoal”.⁴⁸ Prevê-se ainda, no mesmo dispositivo a possibilidade de tratamento como “medidas complementares da condenação ou sanção penal”.⁴⁹

Esta Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988,⁵⁰ aponta para a promoção da cooperação entre os Estados membros, com vista à repressão mais eficaz do tráfico ilícito de droga e de substâncias psicotrópicas num panorama internacional. À margem das anteriores, esta Convenção também refere⁵¹ que o cumprimento das suas disposições deverá respeitar o direito interno de cada Estado parte. Introduce ainda, pela primeira vez, o conceito da posse de drogas para consumo, qualificando-o de ilícito penal, como já supra descrito.

⁴⁶ Idem, Art.º 5.º e SS.

⁴⁷ Adoptada na Conferência das ONU, que teve lugar em Viena, de 25 de Novembro a 20 de Dezembro de 1988.

⁴⁸ Art.º 3 n.º 2 da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas.

⁴⁹ Idem, Art.º 3.º n.º 4.

⁵⁰ Preparada pela Comissão de Estupefacientes, na sequência da Resolução 39/141, de 14 de Dezembro de 1984, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

⁵¹ Idem, Art.º 2.º.

Relativamente à fiscalização, são criados órgãos próprios, dependentes da Organização das Nações Unidas dos quais se destaca o Comité Internacional de Controlo de Estupefacientes (INCB),⁵² o qual, tem como objectivo primário a realização de todos os esforços possíveis para assegurar as disposições destas Convenções, vigiando o seu cumprimento. Além disso, deve elaborar um relatório anual do seu trabalho, onde figure uma análise das avaliações e estatísticas formuladas e, em casos especiais, o relato de intervenções, bem como qualquer observação e recomendação que julgue necessário divulgar. Todavia, existem várias dificuldades encontradas a nível destes mecanismos de controlo, designadamente, na “ausência de poder coercitivo do Comité”,⁵³ pois este não contempla poderes de inspecção universalizados e possui fontes de informação muito limitadas.

Posto isto, a questão mais pertinente será a de saber se a legislação nacional está completamente de acordo com as Convenções Internacionais a que está vinculada, nomeadamente, no que concerne à incógnita se, face às disposições anteriormente descritas, Portugal está ou não obrigado a prever como infracção criminal o consumo de drogas ilícitas.⁵⁴

A tal respeito, atente-se à conclusão do parecer dado por FARIA COSTA, constante do relatório final apresentado ao Governo, no dia 2 de Outubro de 1998, pela Comissão para a ENLCD, onde constava relativamente à descriminalização, “que as convenções impõem, isso sim, uma proibição do consumo, no sentido de uma impossibilidade de total liberalização. Tal proibição, caso escape às malhas do direito penal - por opção do legislador ordinário, repita-se, terá de caber ao direito administrativo, nomeadamente através de um direito administrativo de natureza sancionatória como é o Direito de Mera Ordenação social”.⁵⁵

⁵² Instituído em virtude da CUE de 1961, cfr. Ar.tº 5 e SS...

⁵³ MARTINS, Ana Maria Guerra, Direito internacional da droga e da toxicodpendência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodpendência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 94-95.

⁵⁴ Esta dúvida surge, sobretudo, pelo conteúdo do n.º 2 do artigo 3.º, da Convenção de 1988, onde se diz que sob reserva dos princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais do respectivo sistema jurídico, as Partes adoptam as medidas necessárias para tipificar as como infracções penais no respectivo direito interno, quando cometidas intencionalmente, a detenção, a aquisição ou o cultivo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal em violação do disposto na Convenção de 1961 e na Convenção de 1971.

⁵⁵ COSTA, Faria, in Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, 1998.

Na mesma senda vai RUI PEREIRA,⁵⁶ quando afirma que o actual regime⁵⁷ adoptado pelo legislador português está de acordo com as obrigações impostas internacionalmente, pois “mesmo que se entenda que as convenções internacionais impõem a perseguição do consumo, nada obriga a que tal perseguição se efective através da sua qualificação como ilícito penal e não como ilícito administrativo”. De outro ponto de vista, e atendendo à percepção do órgão de controlo internacional, constatamos que a sua opinião levanta alguma discórdia face a este assunto. Neste sentido o INCB afirma, claramente, que “segundo uma nova lei, no Luxemburgo já não são atribuídas sentenças de prisão devido ao abuso de cannabis ou à posse de cannabis para uso pessoal, à semelhança, as sanções penais em Portugal já não são aplicadas pelo ilícito posse e aquisição para uso pessoal de todas as drogas; contrariamente, estas sentenças são agora objecto de sanções administrativas tais como multas ou outras limitações de direitos. O INCB lembra os Estados que o artigo 3.º, n.º 2, da Convenção de 1988 obriga cada parte da Convenção a estabelecer como ofensa criminal, a posse, procura ou cultivo de drogas para uso pessoal contrária às provisões das Convenções, não esquecendo que os Estados deverão agrupar as suas obrigações fundamentais ao abrigo de todas as três convenções a fim de limitar o uso de substâncias controladas a fins médicos e científicos”.⁵⁸ Por outro lado, face à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950,⁵⁹ no seu artigo 5.º, n.º 1, alínea e),⁶⁰ a privação da liberdade é permitida em casos de toxicoddependência, para assegurar o seu tratamento, e “conter por essa via o perigo para a sociedade que os toxicoddependentes representam”.⁶¹

Em suma, parece evidente que à luz do direito internacional a criminalização é indicada como o caminho a seguir, mesmo que seja como meio de garantir o tratamento, sendo

⁵⁶ PEREIRA, Rui, O novo regime sancionatório do consumo de droga em Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, p.156.

⁵⁷ Referia-se à Lei n.º 30/2000.

⁵⁸ Extracto do relatório de 2002 do INCB, cit. in. BALLOTA, Danilo, Princípios gerais da política da droga e incongruência entre ciência e política, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 41-49.

⁵⁹ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no DR, I Série, n.º 236/78.

⁶⁰ Parafrazeando o artigo 5.º, alínea e), ninguém pode ser privado da liberdade salvo nos caso seguintes, “Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo”.

⁶¹ DANTAS, António Leones, Direito das contra-ordenações e consumo de estupefacientes, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. II, Lisboa, 2004, pp. 159-171.

este obviamente a prioridade. Posição adoptada pela maioria dos Estados membros das Nações Unidas.⁶²

Analisando os três diplomas internacionais em matéria de droga, a Convenção de 61 alterada pelo Protocolo de 72, a Convenção de 1971 e a Convenção de 1988, podemos referir que o tratamento é medida prevista em todas elas, podendo mesmo ser considerado como medida principal. No entanto, e sempre que este não seja aceite deve recorrer-se à respectiva sanção penal, ou, pelo menos, à medida de segurança adequada.

Vejamos então as normas presentes nas três convenções:

Quando as pessoas, utilizando de maneira abusiva os estupefacientes, as Partes poderão, em vez de as condenar ou de pronunciar uma sanção penal contra elas, ou ainda como complemento da condenação ou sanção penal, submetê-las a medidas de tratamento, de educação, de pós-cura, de readaptação e de reintegração social.⁶³

Quando as pessoas que tenham cometido estas infracções utilizem de maneira abusiva as substâncias psicotrópicas, as Partes poderão, em vez de as condenar a sanção penal, sujeitar estas pessoas a medidas de tratamento de educação de pós-cura, de readaptação e de reintegração social.⁶⁴

Cada Parte adoptará as medidas necessárias para tipificar como infracção penal, a detenção e a compra de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, e o cultivo de estupefacientes destinados ao consumo pessoal. As partes poderão prever, quer como alternativa quer como complemento da condenação ou da pena, medidas de tratamento, educação, pós-cura, readaptação ou reinserção social do autor da mesma”.⁶⁵

Em suma, a evolução registada no Direito Internacional da Droga, em termos das práticas de consumo, foi na perspectiva de considerar o toxicodependente como um doente carente de tratamento. No entanto, em nenhuma das convenções fundamentais sobre a droga se abandonou a perspectiva criminal, mantendo-se sempre em primeiro plano a visão penal como impulso para que o consumidor aceite submeter-se a tratamento.

⁶²BALLOTA, Danilo, Princípios gerais da política da droga... op. cit., pp. 41-49.

⁶³ Art.º 36.º, al. b) da CUE.

⁶⁴ Art.º 22.º n.º 1, al. b) da Convenção de 1971 Sobre As Substâncias Psicotrópicas.

⁶⁵ Art.º 3.º n.º 2 e 4 da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas.

1.6 - Evolução da legislação sobre a droga em Portugal.

O flagelo das drogas é uma constatação presente em todos os povos e culturas, mostrando-se na grande maioria dos casos um fenómeno prejudicial para a saúde, desenvolvimento e bem-estar do Homem. “Ao longo do século XX e, em especial, após o decénio de cinquenta, o consumo de droga instalou-se na América e no Velho continente”,⁶⁶ contudo, só na década de setenta este fenómeno ganhou especial relevância em Portugal. “Poderá considerar-se, por conseguinte, que o fenómeno da droga não representava, até ao termo dos anos sessenta, um problema grave. Os consumos eram reservados e os consumidores pertenciam às elites que não conflituavam com a ordem estabelecida”.⁶⁷

Portugal não permaneceu inactivo em face desta problemática e, desde muito cedo, pelo menos legislativamente, tem procurado meios e instrumentos para combater este fenómeno. Analisando as respostas legislativas portuguesas do século passado, aos desafios da toxicodependência, podemos dividi-las em três fases distintas.

A primeira fase situar-se-á entre a publicação das primeiras leis sobre drogas e o princípio da relevância do seu consumo em Portugal, que coincide, grosso modo, com o fim da ditadura (1914-1975) que agrega o paradigma fiscal (1914-1970) e o paradigma criminal (1970-1975) supra referidos.

A segunda fase (1974-2001), do início da construção do paradigma clínico-psicossocial (1975-1982), caracterizando-se pela arquitectura dos dispositivos; e o paradigma biopsicossociológico (1983-2001),⁶⁸ localizada já em pleno “surto” do consumo de drogas, caracteriza-se por toda uma actividade oscilante entre políticas fortemente criminalizadoras e outras de pendor menos criminalizador, sendo contudo marcada por um escasso conhecimento científico sobre o fenómeno da toxicodependência. Esta fase, culmina com a situação actual caracterizada pela descriminalização e pelo início de um tratamento progressivamente científico da problemática da toxicodependência, em abertura a outros ramos do saber designada pela terceira fase.

Seguidamente, passaremos a caracterizar cada um dos sobreditos períodos, procurando caracterizar a trajectória legislativa portuguesa até ao novo momento que agora vivemos,

⁶⁶ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal Das Drogas – O Discurso do Legislador*, Almeida & Leitão Lda, Porto, 1999, p.100

⁶⁷ *Idem*, p.178.

⁶⁸ POIARES, Carlos e Cândido Agra, *A droga e a humanidade...* op. cit., pp. 22-23.

caracterizado pela descriminalização do consumo de drogas e pela clara abertura do Direito a outros ramos científicos.

1.6.1 - 1914/1975. As primeiras leis da droga.

O período temporal agora sob análise representa, para Portugal, um espaço rico em acontecimentos que marcaram profundamente a história portuguesa. Desde a mudança do regime político-constitucional, passando por duas novas constituições, muitos eventos cunharam a sociedade portuguesa, sendo que o período politicamente mais estável, por razões que não estão em causa discutir, foi o subsequente à implantação do salazarismo (1933). Contudo, e apesar de esse período ter sido subversor em termos políticos, relativamente à problemática das drogas poucas referências se encontram. Porventura porque o consumo de drogas não era ainda relevante em Portugal, ou porque não era conveniente chamar a atenção da opinião pública para ele.

“O diploma de maior relevância deste período, o Decreto n.º 12 210, de 24 de Agosto de 1926, conheceu grande longevidade, sendo derogado, tácita e parcialmente, em 1970,⁶⁹ mas subsistindo em várias disposições até à revogação expressa, ocorrida em 1984”.⁷⁰ Este diploma, proveniente do Ministério da Instrução Pública, criminalizava, com a adopção de sanções severas, o tráfico ilícito de drogas ignorando a problemática do consumo, considerando-se ilícitas as seguintes condutas (artigo 13.º):

“a) Quem comercialize e possua ou prepare a droga, compre ou venda, ofereça à venda ou pretenda adquirir, forneça de qualquer forma, ainda que gratuitamente, será punido com prisão correcional até um ano e cinco contos de multa”.⁷¹

De referir que à luz deste diploma, os consumidores, enquanto tais, não assumiam relevância penal. Quem detivesse estupefacientes, seria sempre condenado à luz do paradigma fiscal, independente da intenção ser ou não o consumo. O diploma baseava-se numa perspectiva fiscal e comercial, ou seja, a droga era vista como uma mercadoria como qualquer outra.

⁶⁹ Cfr. preâmbulo do DL n.º 420/70 de 3 de Setembro. “Entre nós, o Decreto n.º 12210, de 24 de Agosto de 1926, ainda em vigor nesta matéria, encontra-se manifestamente desactualizado. Daí a necessidade de nova disciplina legal que, embora conforme às realidades do meio, beneficie da experiência estrangeira e acolha as recomendações formuladas por organismos internacionais. O presente diploma propõe-se tais objectivos, na esfera jurídico-penal”.

⁷⁰ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal Das Drogas...op. cit.* p.177.

⁷¹ *Idem*, p.187.

A título de curiosidade, é de salientar que a multa prevista correspondia, à data deste diploma, a montantes “próximos e até superiores aos vencimentos anuais de funcionários públicos habilitados com licenciatura. Em 1934, um médico auferia seis contos anuais e as multas aqui cominadas podiam elevar-se a cinco contos”.⁷² De realçar ainda que a própria tentativa de quem “pretenda adquirir” era considerada passível de punição.

1.6.2 - Sub-Fase (1970/1975) Paradigma Criminal⁷³

Já com Marcelo Caetano no poder, o início da década de setenta é marcado por “apelos acentuados às experiências juvenis com algumas drogas. O uso de drogas começava a tornar-se uma moda, suscitando apetências várias”.⁷⁴ O Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro, primeiro da era marcelista, veio estabelecer um quadro legal mais criminalizador, “inspirado por motivos de ordem moral e de defesa da saúde pública”.⁷⁵ Surge já a figura do consumidor, não havendo contudo preocupação com qualquer elemento de ordem psicológica ou social, seguindo-se deste modo a Convenção de 1961.

Ocorre neste diploma um agravamento das sanções impostas ao tráfico ilícito de drogas, sendo que a moldura penal é agora de dois a oito anos, com multa de dez a cem mil escudos.⁷⁶ Relativamente ao consumo, o diploma prossegue também um pendor criminalizador, sendo a pena correspondente até dois anos de prisão e multa de cinco a cinquenta mil escudos.⁷⁷ Devemos ainda salientar a aplicação de penas acessórias aos consumidores, após o cumprimento da pena de prisão, nomeadamente o internamento em “estabelecimento especial, prisão asilo, casa de trabalho ou colónia agrícola, por um período de seis meses a três anos”.⁷⁸

Como podemos ver, este período é marcado de modo inequívoco por alguma racionalidade criminal, pese embora o facto de ter existido uma evolução no sentido de não ser apenas considerado o traficante de drogas o elo único da corrente, tal como acontecia com o decreto n.º 12 210 de 24 de Agosto de 1926, mas também o próprio consumidor, ignorando-se contudo os dispositivos de tratamento e reinserção social.

⁷² Idem, p.188

⁷³ Idem, pp. 249-258.

⁷⁴ Idem, p.239.

⁷⁵ Idem, p.178.

⁷⁶ Artº 2.º, n.º 1 do DL n.º 420/70.

⁷⁷ Idem, Artº 2.º, n.º 2.

⁷⁸ POIARES, Carlos Alberto, “Análise Psicocriminal Das Drogas...op. cit. p.246.

1.6.3 - Segunda Fase: 1975/2001. Perspectiva clínico-criminal do consumidor.

No período agora em análise a questão da droga tornou-se objecto de reflexão política. Já enraizada no seio da sociedade, a droga era associada à juventude como se fosse um fenómeno típico das camadas jovens. Prometiam-se medidas de combate ao flagelo e a criação de dispositivos de apoio.

O primeiro diploma da jovem democracia portuguesa foi o Decreto-Lei n.º 745/75 de 31 de Dezembro,⁷⁹ cujo propósito foi criar na Presidência do Conselho de Ministros o Centro de Estudos da Juventude,⁸⁰ a quem competia o estudo dos problemas ligados ao uso da droga, particularmente o do tratamento médico-social do toxicómano, da prevenção antidroga no campo da profilaxia da população em alto risco, bem como, em geral, dos problemas da juventude relacionados com o uso da droga.⁸¹

Tal diploma criou ainda na Presidência do Conselho de Ministros o Centro de Investigação Judiciária da Droga,⁸² a quem competia o estudo dos problemas ligados à actividade judiciária relacionada com a droga, bem como a prossecução das actividades de investigação, fiscalização e repressão criminal nesse domínio.⁸³

Surge assim finalmente o elemento clínico-social, pelo menos em sede de discurso político. Tornava-se agora importante criar os dispositivos necessários a uma reacção pretensamente eficaz ao surto da toxicodependência, em conjugação das vertentes, preventiva, clínica e judicial.

Em 1976, o Ministro da Justiça Almeida Santos, fez aprovar o Decreto-Lei n.º 790/76, de 5 de Novembro, que cria o Gabinete Coordenador do Combate à Droga (GCCD), órgão de cúpula coordenador das actividades produzidas pelos centros anteriormente criados.⁸⁴ Na

⁷⁹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 745/75, de 31 de Dezembro. “Considerando ser de sérias proporções os números já atingidos por consumidores de drogas no País, em especial nas camadas jovens; Considerando que é urgente a tomada de medidas que visem o tratamento clínico, dos casos conhecidos, em moldes apropriados; Considerando a necessidade inadiável de assegurar a cobertura profiláctica da população em alto risco recorrendo a métodos já comprovados e a técnicos qualificados; Considerando que os dispositivos judiciais de que se dispõe não possuem estruturas nem dimensões que lhes permitam uma capacidade de resposta eficaz na luta do tráfico da droga; Considerando que os dois aspectos do problema - o clínico e o policial - deverão ser equacionados a um nível nacional em organismos independentes, mas de acção coordenada e interligados com os problemas psicossociais da juventude”.

⁸⁰ Artº 1.º nº 1 do DL n.º 745/75 de 31 de Dezembro.

⁸¹ Idem, Artº 1.º nº 2.

⁸² Idem, Artº 2.º nº 1.

⁸³ Idem, Artº 2.º nº 2.

⁸⁴ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 790/76, de 5 de Novembro. “Esse instrumento é o Gabinete Coordenador do Combate à Droga que pelo presente diploma se cria. Destinado pois a coordenar a actividade daqueles dois

prática foram criados três centros de Profilaxia da Droga, um localizado em Lisboa, outro no Porto e outro em Coimbra. No do Porto deu-se início ao tratamento através da metadona, droga de substituição, já então em fase avançada de experimentação nos EUA. De referir que esta experiência teve como consequência muito prática a redução da criminalidade.⁸⁵

Vivíamos então um período caracterizado pela experimentação de dispositivos para alimentar a vontade do Saber sobre a toxicodependência, mantendo-se contudo o mesmo modelo penal de criminalização do consumidor.

Em 21 de Dezembro de 1978, através do Decreto n.º 161/78, é aprovada a adesão ao Protocolo de Genebra de 1972, que emenda a CUE, o qual permite que as partes outorgantes adquiram a faculdade de não condenarem os consumidores de estupefacientes em pena privativa de liberdade, reforçando-se deste modo a tendência clínica da protecção do consumidor.

Mais tarde, através do Decreto n.º 10/79, de 30 de Janeiro, é aprovada a adesão à convenção de Viena, que no fundo, relativamente ao consumo, mais não é do que um avigorar da CUE, alterada pelo Protocolo de 72, funcionando ambos, como vimos, como um reforço da perspectiva clínica da protecção do consumidor, sem abandono da pena privativa de liberdade como sanção primordial.

Já em 1982, tem lugar uma reformulação das primeiras estruturas criadas em 1975/76 para lidar com a problemática da droga. O Decreto-Lei n.º 365/82, de 8 de Setembro,⁸⁶

centros, o Gabinete coordenará também a contribuição dos departamentos policiais, parapoliciais, escolares e sanitários para a prevenção e o desestímulo do consumo da droga e a investigação do seu tráfico ilícito. É ao nível da sua acção que se há-de situar a visão de conjunto de todas as acções e medidas que, desde a vigilância individual à actuação dos departamentos mais especificamente qualificados, integrarão a campanha contra o tráfico e o consumo da droga que agora se lança em termos de ousada planificação”.

⁸⁵ “A prescrição de metadona, tem constituído um meio de redução e prevenção da referida criminalidade associada ao consumo de drogas. A investigação tem confirmado nos últimos anos, que o tratamento de substituição com metadona, tem reduzido a criminalidade em toxicodependentes.” (Leuw, 1995; Gossop, 1998). Cit. in Tese de Mestrado em Psicologia do comportamento Desviante: Toxicodependências, caracterização sócio-clínica de utilizadores/consumidores / não-consumidores de substâncias psicoactivas no decurso de um programa de substituição opiácea com metadona. Alcino Américo da Silva Fernandes. 2004. Consultado em 02/06/2012 in <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/53517/2/70917.pdf>

⁸⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 365/82 de 8 de Setembro. “As mais recentes informações internacionais assinalam a deterioração da situação mundial quanto ao abuso no consumo de drogas. O fenómeno alastra-se geograficamente. Aumenta o número de consumidores assim como são mais numerosos os estupefacientes e os medicamentos psicotrópicos usados ilicitamente, muitas vezes associados a bebidas alcoólicas. Paralelamente cresceu a produção ilegal e progrediu o tráfico de estupefacientes. A nível nacional, os índices disponíveis não se revestem da gravidade registada em muitos outros países, mas detecta-se uma acentuada situação de risco que em grande medida resulta de terem sido transferidas para Portugal muitas das operações do tráfico internacional da

reorganizou o Gabinete Coordenador do Combate à Droga assim como os Centros de Estudos e o Centro de Investigação. No entanto, o “autor” da Lei optou, em 1982, por uma maior frugalidade na evidência da postura oficial sobre o uso e tráfico das drogas, pautando o discurso por parâmetros mais serenos e desapaixonados, o que encontra explicação no facto de que em 1976 ser ainda vaga a versão legislativa da postura oficial sobre o assunto, acrescentando que o boom da droga, verificado depois de 1975, ainda não merecera a atenção do poder político”.⁸⁷

Irreversivelmente instalada a perspectiva clínica da protecção do utente das drogas, é editado em 1983 um novo regime jurídico sobre os estupefacientes e a toxicod dependência.

1.6.4 - O Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro.

Este diploma revoga o anterior Decreto-Lei n.º 420/70 e, definitivamente, o já ultrapassado Decreto n.º 12 210.

Surge, mais uma vez, na sequência de obrigações internacionais,⁸⁸ traduzindo-se num maior controlo sobre o tráfico, sobre uma maior severidade das penas para os traficantes e, na criação de meios mais eficazes para o tratamento dos toxicod dependentes.

Pela primeira vez, é adoptado o princípio da gradação legal de situações fácticas. Ou seja, entre traficantes e consumidores é prevista a figura do traficante-consumidor. Nestes casos, a sanção seria atenuada, estatuidando que o infractor que se enquadre na senda do traficante-consumidor seja punido até um ano de prisão e multa entre os cinco e os duzentos contos,⁸⁹ podendo sempre haver suspensão da execução da pena, desde que o toxicómano aceite submeter-se a tratamento.

Relativamente aos consumidores, este diploma continua a punir o consumo de drogas, existindo contudo, uma “orientação pró-tratamento obrigatório”,⁹⁰ quando se trate de

droga. Tudo aconselha, portanto, que não se abrande, antes se reforce, o esforço que vem sendo realizado pelos organismos nacionais competentes no combate à droga.”

⁸⁷ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal Das Drogas...* op. cit. p. 345.

⁸⁸ Preâmbulo do Decreto-Lei 430/83 de 13 de Dezembro. “Portugal ratificou, em Dezembro de 197, a Convenção única de 1961 sobre os Estupefacientes – designação cada vez mais substituída pelo termo narcóticos - e, em Abril de 1979, aderiu à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971. Contudo o nosso país não fez a adaptação sistemática do seu direito interno de modo a inserir-se, harmónica e eficazmente, na luta que a comunidade internacional vem empreendendo contra o que tem sido um dos flagelos dos nossos dias, o tráfico e o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas”.

⁸⁹ Art.º 25.º do DL n.º 430/83.

⁹⁰ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal Das Drogas...* op. cit. p.455.

toxicodependentes. Nos casos de consumo ocasional de drogas estabelece a pena de prisão até três meses e multa até 90 dias, podendo em determinados casos ocorrer a dispensa de qualquer pena, existindo tão só uma admoestação.⁹¹ No caso dos cidadãos dependentes, depois de terem sido submetidos a exames clínicos, são livres de decidir se pretendem ou não sujeitar-se a tratamento, implicando a suspensão da pena de prisão quando aceitem tratar-se. Se não aceitarem voluntariamente o tratamento, ou se o não cumprirem, será revogada a suspensão da sanção, com o conseqüente cumprimento do tempo de condenação em zonas adequadas da prisão,⁹² conhecidas por alas livres de droga. É exemplo a ala G do Estabelecimento Prisional de Lisboa. Podemos, por conseguinte, concluir que existe obrigatoriedade de sujeição a tratamento, cumulativamente com a sanção penal. No entanto, e uma vez que nunca foram criados os dispositivos para concretizar esta obrigatoriedade de tratamento, nunca saberemos se de facto os resultados seriam ou não eficazes.

Podemos concluir daqui que o legislador estabelece diferentes medidas punitivas para os casos de consumo e abuso de estupefacientes. Nos casos de consumo ocasional, existe uma punição residual, senão simbólica, que vai da admoestação à pena de prisão até três meses. Relativamente aos consumidores toxicodependentes, o tratamento é uma figura sempre presente. Na forma voluntária, implica a suspensão da sanção penal. Na forma obrigatória o tratamento será feito em regime de internamento, aproximando-se da Lei de saúde Mental⁹³ e das medidas de segurança aí previstas. Uma coisa é certa e clara. A questão do consumo de estupefacientes assume ali particular importância. Relativamente à redução da oferta de droga, o problema terá de buscar-se na redução, até ao desaparecimento, da sua procura por parte dos consumidores. No mesmo ponto, se levanta a questão de saber se o consumo de droga, ainda que ocasional, deverá ser penalmente censurado.⁹⁴ Ora, tal debate não é assim de hoje. No entanto, vingou claramente a posição de que dada a quebra da responsabilidade individual de cada cidadão perante os outros, o consumo deveria continuar a ser punido criminalmente.

⁹¹ Art.º 36.º do DL n.º 430/83.

⁹² Idem, Art.º 36.º n.º 5.

⁹³ Lei n.º 36/98 de 24 de Julho.

⁹⁴ Ponto 3 do prefácio DL n.º 430/83.

1.6.5 - O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

O DL n.º 15/93, em vigor em tudo aquilo que não diga respeito ao consumo (actualmente regulado pela Lei n.º 30/2000) surge mais uma vez no seguimento de imposições internacionais.⁹⁵ Este diploma representa a continuidade em relação ao antecedente DL n.º 430/83, e mesmo em relação às Leis de 1975/76, início do paradigma biopsicossociológico do toxicodependente.⁹⁶ No fundo, é baseado no conhecimento e no Saber adquirido ao longo de quase duas décadas.

Tal como a lei anterior, também esta regista uma gradação dos vários tipos de tráfico:

O tráfico em geral, cujas penas se situam entre os 4 e os 12 anos de prisão;⁹⁷

O tráfico agravado, cujas penas podem ser aumentadas em um quarto nos limites mínimo e máximo;⁹⁸

O tráfico de menor gravidade, cuja sanção vai de 1 a 5 anos de prisão, ou até 2 anos de prisão ou multa até 240 dias, conforme as substâncias;⁹⁹

O traficante-consumidor, cuja sanção é a pena de prisão até três anos ou multa, sendo que é enquadrado nesta figura o indivíduo que não detenha mais que a dose necessária para o consumo médio individual durante um período de cinco dias, tendo, neste caso, e relativamente ao regime anterior, a quantidade sido aumentada, passando dos anteriores três para os actuais cinco dias.¹⁰⁰

Relativamente ao consumo, e caso a dose não exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante um período de três dias, é o mesmo sancionado com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Caso exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante um período de três dias, a sanção é a de pena de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias. Prevê-se, tal como no regime anterior, no n.º 3 deste artigo, a dispensa da pena, caso se trate de consumidor ocasional, evitando-se deste modo o contacto com o mundo criminal.¹⁰¹

⁹⁵ Preâmbulo do DL n.º 15/93. “A aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, oportunamente assinada por Portugal (...) é razão determinante do presente diploma”.

⁹⁶ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal Das Drogas...* op. cit. p.479.

⁹⁷ Art.º 21.º do DL n.º 15/93.

⁹⁸ Idem, Art.º 24.º.

⁹⁹ Idem, Art.º 25.º.

¹⁰⁰ Idem, Art.º 26.º.

¹⁰¹ Idem, Art.º 40.º.

Tal como dantes, a suspensão da pena está prevista¹⁰² sempre que o consumidor seja declarado toxicod dependente,¹⁰³ e aceite submeter-se a tratamento apropriado. Contudo, este diploma vai um pouco mais longe ao admitir a suspensão da execução da pena, em todos os casos em que o arguido tiver sofrido condenação por qualquer outro delito, além do de consumo. Contudo, este normativo encontra-se regulado pela lei penal, sendo que só poderá ser aplicada quando a condenação não supere os cinco anos.¹⁰⁴

Prevê-se ainda a suspensão provisória do processo,¹⁰⁵ nos termos do processo penal. Embora o artigo 56.º do DL n.º 15/93, mencione pena de prisão não superior a 3 anos, cremos, que por harmonia do sistema, se deva permitir pena de prisão não superior a 5 anos, prevista no artigo 281.º do CPP.¹⁰⁶

Registe-se que, pese embora o facto de a sanção aplicada a consumidores toxicod dependentes ter apenas um valor simbólico, em momento algum é abandonado a dimensão criminal do acto de consumir. De facto, e ainda que se considere o consumidor um enfermo, e deste modo seja paradoxal incriminar alguém que se reconhece ser doente, a vertente da censura do acto de consumir é despoletada justamente no sentido de impelir o consumidor ao tratamento e o cidadão comum ao não consumo, considerando-se que a ameaça da prisão constitui razão bastante para desencadear um processo interno de adesão.

1.6.6 - Terceira Fase. A descriminalização em sentido estrito.

Depois de um século de criminalização do consumo de estupefacientes, surge em 2000 uma nova perspectiva legislativa sobre o uso de drogas. Uma perspectiva que consignou o toxicod dependente definitivamente como um doente. A busca de soluções que permitam ressocializar e reintegrar os toxicod dependentes no seio da comunidade conduziu à descriminalização em sentido estrito, havendo uma transferência da conduta da moldura penal para o âmbito do ilícito de mera ordenação social, prescrito pela Lei n.º 30/2000.

Ao contrário do que vinha a acontecer com as leis anteriores, que eram o resultado de obrigações internacionais, a actual legislação não bebe das convenções ratificadas por

¹⁰² Idem, Art.º 44.º

¹⁰³ Idem, Art.º 55.º

¹⁰⁴ Art.º 50.º do CP (DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, cuja última alteração ocorreu com a Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro.)

¹⁰⁵ Art.º 56.º do DL n.º 15/93.

¹⁰⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, cuja última alteração ocorreu com a Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

Portugal. Na realidade chega mesmo a existir uma subtil oposição com o direito internacional. Indubitavelmente os protocolos ratificados por Portugal proíbem o consumo de estupefacientes, aspecto de que a Lei n.º 30/2000 não se desvia. No entanto, como já supra referimos, as dúvidas surgem, quando alguns autores no seu entendimento, consideram que a proibição deve, à luz do direito internacional, ser sancionada no âmbito do direito criminal, criando-se a contrário, uma lei que proíbe o consumo de drogas no âmbito contra-ordenacional a qual será abordada mais à frente.

Latus sensu, podemos dizer que a Lei n.º 30/2000, surge no seguimento da Resolução do Conselhos de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, que aprovou a ENLCD, onde efectiva a descriminalização do consumo de drogas.¹⁰⁷

Preceitua o artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, que o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo 1º, constituem contra-ordenação.

Contudo, e não obstante a efectiva descriminalização, deve referir-se mais uma vez que o n.º 2 do mesmo artigo estabelece como limite máximo a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.

O novo regime legal do consumo de drogas apresenta-se então como uma alternativa à criminalização do consumo prevista no DL n.º 15/93. No fundo, e se o toxicod dependente é encarado de certo modo como um doente, já desde as leis de 1975/76, então não deve ser passível de prisão efectiva, mas tratado.

¹⁰⁷ N.º 2 do ponto 10 do Capítulo II, da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio.

CAPÍTULO II – REGIME JURÍDICO - CRIMINAL DA DROGA, DECRETO-LEI N.º 15/93, DE 22 JANEIRO

“Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras e simples. Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Esta é uma barreira rompida pela torrente das opiniões”.

(Cesare Beccaria)¹⁰⁸

2.1 - Nota introdutória.

O diploma base do Direito Penal da Droga é o já referido, DL n.º 15/93,¹⁰⁹ que tipifica, quer o tráfico, quer o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, como condutas criminosas. No entanto, como já referido, a Lei n.º 30/2000, que entrou em vigor, no dia 1 de Julho de 2001, descriminalizou o consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, substituindo as penas criminais por sanções de mera ordenação social.

Na esteira duma adequada harmonização e compreensão da legislação em apreço, abordaremos assim, o panorama legislativo actualmente em vigor para o tráfico e o consumo de estupefacientes. Todavia, não o faremos na totalidade, sublinhando tão-somente os normativos que deverão ser chamados à colação para o presente trabalho, uma vez que o DL n.º 15/93 disciplina também as autorizações, fiscalização, prescrições médicas¹¹⁰ e pune operações ilegais com produtos que são matérias-primas para a confecção de produtos proibidos.¹¹¹ Posteriormente, analisaremos o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, definido na Lei n.º 30/2000.

Como já referido no capítulo I, a necessidade de adaptar a legislação portuguesa aos vários instrumentos internacionais a que Portugal se vinculou, revelou-se a “razão

¹⁰⁸ [BECCARIA](http://www.citador.pt/frases/citacoes/a/cesare-beccaria), Cesare, Itália 1738-1794, Escritor - Dos Delitos e das Penas - In Citador, in <http://www.citador.pt/frases/citacoes/a/cesare-beccaria> consultado em 19/05/2012. E in CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, p. 134.

¹⁰⁹ Quanto à matéria constante do DL 15/93, de 22JAN são aplicáveis, subsidiariamente, as disposições da parte geral do Código Penal e respectiva legislação complementar. (Art.º 48.º, do DL n.º 15/93)

¹¹⁰ Veja-se o capítulo II do DL n.º 15/93.

¹¹¹ Veja-se o Art.º 22.º do DL n.º 15/93.

determinante”¹¹² da elaboração do DL n.º 15/93, que ainda hoje, como já referido, se afigura como o documento principal do Direito Penal substantivo da Droga, estabelecendo o regime jurídico aplicável ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.¹¹³ Recorde-se que, apesar de neste diploma o consumo, aquisição ou detenção para consumo serem puníveis com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias,¹¹⁴ o próprio legislador, no preâmbulo, estabeleceu uma filosofia de descriminalização e reabilitação do consumidor, ao pretender contribuir “para que o toxicodependente ou o consumidor habitual se liberte da escravidão que o domina, mediante os incentivos adequados do tratamento médico e da reabilitação, que o tragam de volta para o cortejo da vida útil, se possível feliz, no seio da comunidade. Para o consumidor ocasional, acima de tudo deseja-se a sua não etiquetagem, a não marginalização, enfim, que o seu semelhante o não empurre para becos sem saída ou que a saída acabe mesmo por ser a droga”.¹¹⁵

Estas intenções estão bem materializadas na presente lei, com a suspensão da pena e obrigação de tratamento,¹¹⁶ com a suspensão com regime de prova,¹¹⁷ e ainda com a suspensão provisória do processo,¹¹⁸ o que instituía “uma moldura penal simbólica que reflecte uma vontade de «não punir» verdadeiramente o consumidor”.¹¹⁹

Na senda do regime sancionatório do consumo, parece-nos pertinente a questão levantada por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO,¹²⁰ quando divaga se “era mau o sistema sancionatório do DL n.º 15/93, ou má foi apenas a sua aplicação prática? É que se o problema está na prática, dificilmente uma alteração da lei constituirá remédio adequado”.¹²¹ Com efeito, já a RCM n.º 46/99, de 26 de Maio, admite a deficiente aplicação do antigo sistema,¹²² principalmente pela não exploração dos vários mecanismos alternativos às penas de prisão ou

¹¹² Como justificado no preâmbulo do DL n.º 15/93.

¹¹³ Note-se que a matéria relativa ao regime jurídico do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas foi revogada pela Lei n.º 30/2000, nomeadamente o Art.º 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do DL n.º 15/93, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o regime da nova Lei. *Cfr.* Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000.

¹¹⁴ Art.º 40 n.º 2, do DL n.º 15/93.

¹¹⁵ Como também descrito no preâmbulo do DL n.º 15/93.

¹¹⁶ Art.º 44 do DL n.º 15/93.

¹¹⁷ *Idem*, Art.º 45.º.

¹¹⁸ *Idem*, Art.º 56.º.

¹¹⁹ LOPES, José Mouraz, A Lei e a toxicodependência «Pequenos equívocos com importância», *in* Revista do Ministério Público, Ano 19, n.º 75, Jul-Set, 1998, pp. 149-154.

¹²⁰ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 11, Fasc. 1.º, Jan.-Mar., 2001, pp.67-98.

¹²¹ *Idem*.

¹²² Referindo-se ao DL n.º 15/93, mas antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.

multa. Assim sendo, “se é verdade que esses dados permitem confirmar que são muito poucos os consumidores condenados em prisão efectiva pelo crime de consumo, permitem também concluir que, em diversos aspectos, a aplicação da lei não corresponde ainda aos objectivos visados pelo legislador, sendo pouco utilizados os mecanismos que pretendiam garantir uma adequação do regime legal à situação específica em que se encontram os toxicodependentes e à natureza dos ilícitos praticados”.¹²³

Importa reter que mesmo criminalizando o consumo de drogas ilícitas, o DL n.º 15/93, já contemplava a toxicodependência com cuidados especiais, assim como previa várias alternativas às sanções criminais, sendo, muitas das vezes, apenas a estigmatização a única punição que o consumidor comportava. De acrescentar o ideal patente, de que o toxicodependente deve ser preferencialmente encaminhado para os centros de tratamento, contudo antes de ser doente, é pessoa, como tal, responsável pelos seus actos.¹²⁴

Refira-se, antes de mais, que o DL n.º 15/93, teve a sua génese legislativa, na Lei de Autorização n.º 27/92, de 31 de Agosto, na qual a AR autorizou o Governo a rever a legislação de combate à droga, adaptando-a à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 6 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, da mesma data.¹²⁵

Antes de analisarmos os preceitos que directamente versam sobre o regime jurídico-criminal do tráfico e consumo de estupefacientes, será de todo importante remeter-nos previamente ao bem jurídico em causa.

2.2 - O Bem Jurídico protegido.

Na convenção de 1988, supra referida e como já mencionado, inspiradora do presente regime, pode ler-se que a produção, procura e tráfico de estupefacientes “representam uma grave ameaça para a saúde e bem-estar dos indivíduos e provocam efeitos nocivos nas bases económicas, culturais e políticas da sociedade“. O Código Penal Espanhol engloba o tráfico no

¹²³ RCM n.º 46/99.

¹²⁴ NEVES, António Castanheira, Pessoa, Direito e Responsabilidade. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 1, Jan-Mar, Coimbra, 1996, p. 20.

¹²⁵ Art.º 1º, da Lei n.º 27/92.

capítulo dedicado aos crimes contra a saúde pública e o Código Penal Francês, no capítulo dedicado aos crimes contra a integridade física e psíquica da pessoa humana.¹²⁶

A nossa Doutrina e jurisprudência ao identificar o bem jurídico protegido,¹²⁷ nem sempre se referem directamente à saúde pública. No entanto, fazem-no através da menção de bens jurídicos variados que será unânime dizer que todos se reconduzirão ao bem geral da saúde pública. Uns referem-se à vida, saúde, coesão inter-individual das organizações fundacionais da sociedade.¹²⁸ Outros evocam a saúde individual dos consumidores, liberdade individual e estabilidade familiar.¹²⁹ Há quem aluda directamente à saúde pública em conjunto com a liberdade.¹³⁰

O TC, ainda na vigência do DL n.º 430/83, pronunciou-se¹³¹ no sentido de poder deduzir-se que o escopo do legislador é evitar a degradação e a destruição de seres humanos, provocadas pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia. Assim, o tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: a vida, a integridade física e a liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes; e, demais, afecta a vida em sociedade, na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovados efeitos criminógenos.¹³² Concluiu portanto que a norma do artigo 23.º do DL n.º 430/83,¹³³ protege uma multiplicidade de bens jurídicos, designadamente de carácter pessoal, embora todos eles possam ser reconduzidos a um mais geral. A saúde pública.

No mesmo sentido foi o STJ,¹³⁴ que refere o tráfico como um flagelo social a justificar uma necessidade de forte censura juridico-penal, sendo a saúde e integridade física dos cidadãos, ou mais sinteticamente a saúde pública, os bens jurídicos protegidos pela norma incriminadora. O mesmo acórdão fala ainda em interesses supra individuais e na protecção da própria humanidade. Na mesma linha refere MORAIS ROCHA,¹³⁵ que o bem jurídico

¹²⁶ LOBO, Fernando Gama, *Droga - Legislação, notas doutrina e jurisprudência*, Quid Juris, 2ª edição, 2010, p. 43.

¹²⁷ Bem jurídico é a “expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”, in DIAS, Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, 2ª Ed., 2007, p. 114.

¹²⁸ Ac. STJ de 28/04/2004, proc. n.º 0491116, in www.dgsi.pt

¹²⁹ Ac. STJ de 04/10/2006, proc. n.º 069812, in www.dgsi.pt

¹³⁰ Ac. STJ de 10/10/2007, proc. n.º 07P2684, in www.dgsi.pt

¹³¹ Ac. TC n.º 426/91, Proc. n.º 183/90, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>

¹³² MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga e Direito*, Aequitas, Lisboa, Editorial Notícias, 1994, p. 121.

¹³³ Actual Art.º 21.º, do DL n.º 15/93.

¹³⁴ Ac. STJ de 18/10/1995, Proc. n.º 048338, in www.dgsi.pt

¹³⁵ ROCHA, J. L. Morais, *Droga – Regime Jurídico*, Lisboa, Livraria Petrony, 1994, p. 61.

protegido pelas previsões do tráfico é o da saúde e integridade física dos cidadãos que poderão ser englobados num bem abrangente, a saúde pública. O mesmo autor refere que não se requer que se verifique em concreto o dano na saúde de alguém, pois o crime, em razão do seu objeto formal ou jurídico, constitui um crime de perigo. Sendo um crime de perigo comum porquanto a norma protege uma multiplicidade de bens jurídicos.¹³⁶

Para os que possam defender que o tráfico passa pela liberdade de cada um a poder dispor do seu corpo quando adquire estupefaciente para seu consumo, outros contestam afirmando que “o consumo de estupefacientes, pelos males sociais que lhe estão associados, não é um problema privado, mas um problema social”, sendo que “o tráfico só é objecto legítimo de criminalização na medida em que não se tenha decidido, previamente, que o consumo é puro problema de liberdade de cada um na relações consigo próprio”.¹³⁷

Há quem fale também na proteção das economias dos estados, que podem ser desvirtuadas nas suas regras, como tem acontecido em alguns países da América Latina,¹³⁸ onde as organizações criminosas dominam em consequência do avultados lucros do tráfico.

Esta tendência de se estender à saúde pública como bem jurídico na criminalização do tráfico, poderá colocar em causa a incriminação quando estejamos perante determinados consumidores individualmente. Nesse sentido,¹³⁹ MAIA COSTA, evoca que o bem jurídico saúde pública é atingido quando está em causa um indefinido e indeterminado número de pessoas. O mesmo não acontece quando se trata da saúde de pessoas certas e determinadas. Aqui podia entrar a cedência ocasional a determinada pessoa ou quando alguém vai comprar com dinheiro de outra pessoa, para depois dividir o produto estupefaciente com essa pessoa. A este propósito, recorde-se um acórdão do TRP onde se constata que “o regime jurídico português, ao contrário de outros, não comporta um crime específico de uso compartilhado de drogas. Esta ausência de previsão legal não elide a irrelevância criminal da conduta consubstanciada ora na compra de estupefacientes para consumo compartilhado ora na ocorrência de um consumo em conjunto. Nestes casos em que não existe propriamente a realização de actos de tráfico ou mesmo de favorecimento ao consumo de estupefacientes, por se tratar de

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ PALMA, Maria Fernanda, Consumo e tráfico de estupefacientes: absorção do “direito penal de justiça” pelo “direito penal secundário”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, pp. 26 e 27.

¹³⁸ MARTINS, A.G. Lourenço, Droga... op cit p. 122.

¹³⁹ COSTA, Eduardo Maia, Direito penal da droga: breve história de um fracasso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, ano 19.º, Abr./Jun., 1998, pp. 97 a 100.

um consumo de todos e para todos, há quem caminhe no sentido da existência de um “consumo atípico”. Verificados os pressupostos de um “autoconsumo em grupo, dito, gratuito e restrito a um grupo delimitado de consumidores, em que as quantidades em causa correspondam às legalmente previstas para o consumo diário criminalmente atípico e se destinem a um consumo esporádico e imediato, não se pode falar na prática de um crime de tráfico de estupefacientes, em qualquer dos seus tipos ou modalidades”.¹⁴⁰

Na mesma linha, VITOR PAIVA, entende que a cedência de estupefacientes a outros, adquirido com dinheiro deles, configura um mero consumo e não tráfico ainda que de menor gravidade.¹⁴¹

Porém, estas posições serão uma exceção, pelo menos na jurisprudência nacional, uma vez que em geral, a maioria entende que a posse de estupefacientes, para consumo próprio, mas também de outros amigos consumidores, ainda que obtido com dinheiro de todos, configura um crime de tráfico.¹⁴²

Também neste sentido TOLDA PINTO, entende que a posse de estupefacientes para consumo próprio e para ceder a amigos enquadra-se no crime de tráfico.¹⁴³

Face ao exposto, parece-nos que a discussão entre a saúde pública e individual não será assim tão importante no que concerne ao tráfico, uma vez que o indivíduo enquanto inserido na sociedade faz parte dela, tendo responsabilidades perante os outros. Por tal facto se justifica, como veremos mais adiante, a punição, ainda que a nível contra-ordenacional, do mero consumidor. Estará assim em causa o bem jurídico saúde pública.

Não nos podemos esquecer também, que a cedência de estupefacientes, ainda que sem intenção lucrativa, (alguém que vai comprar para si e para um amigo) preenche o tipo do tráfico de estupefacientes, através do verbo “ceder” ou ainda “proporcionar a outrem”,¹⁴⁴ sendo somente excluído do tipo, a conduta de quem detiver estupefaciente para seu consumo.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ac. TRP, de 06/07/2011, proc. n.º 2171/09.1PAVNG.P1, in www.dgsi.pt

¹⁴¹ PAIVA, Vítor, Breves notas sobre a penalização do pequeno Tráfico de Estupefacientes, in *Revista do Ministério Público*, n.º 99, ano 25.º, Jul-Set, 2004, p. 143.

¹⁴² Ac. TRL, 04/12/2002, proc. n.º 0048903, Ac. TRC, 07/03/2007, proc. n.º 247/04.o GASPS, in www.dgsi.pt

¹⁴³ PINTO, A. A. Tolda, Tráfico e Consumo Ilícito de Estupefacientes – O regime Penal e a Respectiva Tramitação Processual, Porto, ELCLA Editora, 1995, p. 72.

¹⁴⁴ Art.º 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93.

¹⁴⁵ Idem, Art.º 40.º.

2.3 - O Tráfico de estupefacientes e outras actividades ilícitas.

Este tipo criminal, está previsto no artigo 21.º do DL n.º 15/93. O mesmo é designado pela doutrina e pela jurisprudência,¹⁴⁶ como artigo matriz ou base. Isto é, é neste artigo que estão tipificadas todas as condutas relativas ao tráfico de estupefacientes. Tais condutas têm que passar pelo denso crivo desta norma. O DL n.º 15/93, desenhou um tipo base ou fundamental de tráfico de estupefacientes, (artigo 21.º) ao qual aditou certas circunstâncias atinentes à ilicitude que agravam (artigo 24.º) ou atenuam (artigo 25.º) a punição prevista para o crime matricial. O primeiro, destinado a cobrir os casos de média e grande dimensão; o segundo, para prevenir os casos de excepcional gravidade; o terceiro, para combater os de pequena gravidade, o pequeno tráfico de rua.¹⁴⁷ O legislador fê-lo através da disposição de verbos, colocando-os no infinitivo, de formar a pressupor-se uma acção por parte do agente da infracção. O crivo é de tal forma denso, que, parafraseando ARTUR OLIVEIRA¹⁴⁸ poder-se-á dizer que só faltaria colocar o verbo “tocar” para aquele que o fizesse, incorresse no crime de tráfico de estupefacientes.

GAMA LOBO¹⁴⁹ fala-nos de verbos transitivos, na sua forma nominal, infinitiva impessoal, de forma a não poder exprimir por si nem o tempo, nem o modo, estando os verbos subordinados do contexto em que surjam.

No que concerne ao presente trabalho, importa ainda referir que o legislador teve o cuidado de separar o tráfico do consumo, estipulando assim, que um afastará o outro, excepto quanto ao traficante-consumidor previsto no artigo 26.º do DL n.º 15/93. Isto quer dizer que, sempre que alguém tiver na sua posse produto estupefaciente e consiga demonstrar que era para seu consumo, à partida estará excluído o tráfico.¹⁵⁰

Por outro lado, a detenção de estupefaciente sobre o qual não se prove o consumo, tem entre nós o sentido do tráfico.¹⁵¹ Com a incriminação omni-compreensiva do artigo 21.º, visou-se prevenir todo e qualquer comportamento susceptível de integrar o chamado ciclo da droga, desde os actos dirigidos ao surgimento da droga, até às condutas que visam

¹⁴⁶ Ac. STJ de 07/12/2011, Proc. n.º 111/10.4PESTB.E1.S1, e Ac. STJ de 15/04/2010, Proc. n.º 31/03.7GDLLE.S1, ambos in www.dgsi.pt

¹⁴⁷ Ac. STJ de 24/02/2010, Proc. n.º 141/08.6P6PRT.S1, in www.dgsi.pt

¹⁴⁸ Juiz Desembargador do TRP e docente do Seminário de Análise Crítica de Legislação e Jurisprudência do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Lusíada do Porto.

¹⁴⁹ LOBO, Fernando Gama, Droga..., op cit, p. 50.

¹⁵⁰ Ac. STJ de 25/06/2008, Proc. n.º 06P4684, in www.dgsi.pt

¹⁵¹ ROCHA, João Luís Morais, Droga...op cit p. 65.

disponibilizá-la ao consumidor final.¹⁵² Assim, bastará existir uma qualquer acção de tráfico, independentemente da quantidade de droga, para estarmos perante o crime de tráfico de estupefacientes. Neste sentido o recente acórdão do TRL¹⁵³ refere que se a aquisição ou a detenção de droga não se destinarem ao consumo próprio estaremos perante actos de tráfico, independentemente da quantidade de plantas, substâncias ou preparações que estiverem em causa.

Na prática, a experiência diz-nos, que são inúmeros os traficantes, principalmente os que vendem os produtos ao consumidor final, que aproveitando-se da vigência da Lei n.º 30/2000, detêm, a maioria das vezes, produto que se enquadrará somente no ilícito contraordenacional. Isto é, detêm produto que não ultrapassa a quantidade para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Assim, caso sejam surpreendidos numa operação policial, podem sempre alegar que é para consumo próprio. Ora, daqui resulta que as polícias,¹⁵⁴ tenham que fazer uma investigação mais atenta e eficaz a estes “vendedores de rua” nomeadamente vigilâncias e seguimentos, de forma a se obterem provas cabais para uma promitente acusação por parte de MP.

Importa também referir que pode haver tráfico sem necessariamente haver posse ou detenção de estupefaciente. Pode verificar-se o crime consumado de tráfico de droga ainda que o agente não tenha tido contacto físico directo com a droga, como sucede com a compra e venda e a prática de todos os actos conducentes à sua importação.¹⁵⁵ No mesmo sentido vai a jurisprudência mais recente como o acórdão do STJ que invoca a categoria do crime de tráfico como um crime exaurido que fica perfeito com o preenchimento de um único acto conducente ao resultado previsto no tipo.¹⁵⁶

¹⁵² LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 55.

¹⁵³ Ac. TRL de 07/12/2011, Proc. n.º 5/11.6GACLD-A.L1, in www.dgsi.pt

¹⁵⁴ Principalmente a GNR e a PSP a quem é delegada a investigação nos crimes de tráfico na chamada venda direta, (artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 23 de Janeiro- “ Presume-se deferida à Polícia Judiciária, através da Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes, a competência para a investigação dos crimes tipificados nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º e 28.º do presente diploma e dos demais que lhe sejam participados ou de que colha notícia. Presume-se deferida à GNR e PSP a competência para a investigação dos seguintes crimes, praticados nas respectivas áreas de jurisdição, quando lhes forem participados ou deles colham notícia:

a) Do crime previsto e punido no artigo 21.º do presente diploma, quando ocorram situações de distribuição directa aos consumidores, a qualquer título, das plantas, substâncias ou preparações nele referidas; Dos crimes previstos e punidos nos artigos 26.º, 29.º, 30.º, 32.º, 33.º e 40.º - al) i, n.º 3 do Art.º 7 da Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto – LOIC - o Tráfico de estupefacientes é da competência da PJ.

¹⁵⁵ Ac. STJ de 8/03/90, C.J., XV.1, pp. 35-38, cit. in Rocha, João Luís Morais, op. cit. p. 63.

¹⁵⁶ Ac. STJ de 5/12/2007, Proc. n.º 07P3406, in www.dgsi.pt

Tal assunto prende-se com o tipo de crime em questão, uma vez que é crismado pela doutrina e jurisprudência como um crime de perigo comum e abstracto, a que aludiremos mais à frente em sede própria.

As condutas descritas no tipo desdobram-se em formas alternativas, o que determina que o preenchimento de qualquer uma delas preenche objectivamente o tipo. A esse propósito atente-se a uma decisão do STJ que refere que “o artigo 21.º do DL n.º 15/93, caracteriza-se por uma estrutura progressiva, pretendendo abarcar a multiplicidade de condutas em que se pode desdobrar a actividade ilícita relacionada com o tráfico de droga, sendo que, em relação à progressividade daquelas condutas, a opção que a jurisprudência consagrou tem como paradigma a teoria das condutas alternativas, que radica na consideração de que as diversas condutas não são autónomas em si, mas alternativas, de tal maneira que, para a subsistência do delito, é indiferente que se realize uma ou outra, permanecendo um só delito ainda que se realizem as diversas acções descritas.”¹⁵⁷

Basta portanto a detenção de estupefaciente, sobre o qual não se prove que se destina exclusivamente ao consumo,¹⁵⁸ para haver o preenchimento do tipo de tráfico de estupefacientes. Também a simples cedência de estupefacientes ainda que a título gratuito, constitui o referido crime, pois “ceder” é um dos elementos objectivos do tipo. Pretendeu-se assim abranger todas as situações relacionadas com a divulgação e consumo de droga independentemente da intenção lucrativa.¹⁵⁹ Assim quem ceder droga a amigos que posteriormente lhe restituem a quantidade equivalente à recebida, pratica o crime de tráfico de estupefacientes.¹⁶⁰

Quanto aos elementos objectivos do tipo de crime de tráfico de estupefacientes, GAMA LOBO¹⁶¹ refere:

A prática não autorizada de qualquer das actividades descritas no normativo;

A não verificação de actividade de cultivo, de aquisição ou detenção, com a finalidade do consumo pessoal exclusivo;

¹⁵⁷ Ac. STJ de 21/03/2007, Proc. n.º 07P034, in www.dgsi.pt

¹⁵⁸ Ac. STJ de 23/09/1992, Proc. n.º 042998 e Ac. TC de 06-11-1991, n.º 426/91, in www.dgsi.pt

¹⁵⁹ Ac. STJ de 13/03/1991, na AJ n.º 17, Proc. n.º 41593 e Ac. STJ de 11/07/1990, na BMJ n.º 399, p. 219, cit. in MARTINS, A.G. Lourenço, Droga...op. cit. p. 117.

¹⁶⁰ Ac. STJ de 03/04/1991, Proc. n.º 41481, cit. in MARTINS, A.G. Lourenço, Droga...op. cit., p. 117.

¹⁶¹ LOBO, Fernando Gama, Droga...op. cit. p. 48.

A existência de plantas, substâncias ou preparações, compreendidas nas tabelas anexas, I, II, III e IV (não as V e VI, a punir pelo artigo 25.º).¹⁶²

Quanto ao elemento subjectivo, GAMA LOBO¹⁶³ entende que para haver incriminação pelos crimes de tráfico, “é exigível o dolo genérico, ou seja a vontade de desenvolver sem autorização e sem ser para consumo, as actividades descritas no tipo e a representação e o conhecimento por parte do agente da natureza e características estupefacientes do produto objecto da acção e uma actuação deliberada, livre e consciente de ser proibida a sua conduta.”

A esse respeito, o TRE,¹⁶⁴ entendeu que o dolo supõe o conhecimento da natureza estupefaciente e proibida dos produtos em questão. Já o TC¹⁶⁵ perfilhou a tese de que é exigível o dolo de perigo, a consciência da perigosidade da conduta em abstracto, dado que estamos perante um crime de perigo abstracto.

Uma outra questão a levantar neste artigo 21.º, é o facto do mesmo separar as tabelas, referindo no nº 1, as tabelas I a III, atribuindo-lhes uma moldura penal de 4 a 12 anos de prisão e no nº 4, a tabela IV, com uma moldura penal mais branda, de 1 a 5 anos de prisão. O Legislador fê-lo de forma a salvaguardar a perigosidade dos produtos, pois faz todo o sentido punir mais severamente o tráfico de drogas com efeito mais nocivo para o bem jurídico, a saúde pública. Esta distinção, nada tem a ver com a diferença entre drogas duras e leves, que aliás não é usada entre nós.¹⁶⁶ Como já referimos nas considerações gerais, a única distinção existente foi feita pela Comissão de inquérito do Parlamento Europeu.

A este respeito o prefácio do DL n.º 15/93, dita que “a gradação das penas aplicáveis ao tráfico tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade. O que não implica necessária adesão à

¹⁶² Atente-se que o Art.º 2.º do DL n.º 15/93, estipula e remete para as seis tabelas, onde estão previstas as plantas, substâncias e preparações sujeitas ao regime do decreto-lei. Portanto são somente as plantas, substâncias e preparações elencadas nas tabelas que são proibidas e todas as outras não serão proibidas. Trata-se portanto do princípio da tipicidade. A este propósito, conforme o conhecimento de que novas substâncias e preparações vão surgindo, vão-se alterando as tabelas. Daí se justifica as inúmeras alterações ao DL. A última ocorreu com a Lei n.º 13/2012, de 26 de Março, que alterou pela 19ª vez o DL n.º 15/93, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, acrescentando a mefedrona e o tapentadol às tabelas que lhe são anexas. Assim, estabelece-se no articulado as normas de natureza penal relacionados com os estupefacientes, mas não se indicam quais são as substâncias a considerar. Tal é operado por remissão para as tabelas que constam da parte final do diploma (Tabelas I a VI), que compõem a lista de substâncias consideradas proibidas. Trata-se de uma técnica que facilita a introdução de novas substâncias nas tabelas e evita a repetição das substâncias em cada crime.

¹⁶³ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 51.

¹⁶⁴ Ac. TRE de 18/04/2006, Proc. n.º 386.06-1, in www.dgsi.pt

¹⁶⁵ Ac. TC n.º 426/91, Proc. n.º 183/90, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html>

¹⁶⁶ ROCHA, João Luís Morais, Droga... op. cit. p. 29.

distinção entre drogas duras e leves e, muito menos, às ilações extraídas por alguns países no campo da descriminalização ou despenalização do consumo. Simplesmente, a decisão de uma graduação mais ajustada tem de assentar na aferição científica rigorosa da perigosidade das drogas nos seus diversos aspectos, onde se incluem motivações que ultrapassam o domínio científico, para relevarem considerandos de natureza sociocultural não minimizáveis.” No mesmo sentido, MORAES ROCHA¹⁶⁷ refere que o legislador, relativamente ao regime anterior pretendeu uma mais rigorosa tipificação e equilíbrio da dosimetria das penas, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas.

MOREIRA DAS NEVES, refere que esta diferenciação afigura-se-nos de extrema relevância porquanto a moldura penal abstracta do artigo 21.º é, só por si, insuficiente para a efectivar, o que tem naturalmente consequências práticas numa elevada percentagem de casos julgados no quotidiano dos tribunais.¹⁶⁸

Nesta senda, o STJ nem sempre se orientou no mesmo sentido. Por um lado defendeu que o tipo duro ou leve não deve relevar para a gravidade do crime.¹⁶⁹ Por outro lado, referiu que não deixa de ser relevante para a fixação da medida da pena o facto de se tratar de haxixe,¹⁷⁰ já que, apesar de o DL n.º 15/93, não distinguir entre drogas leves e drogas duras, afirma no preâmbulo, que “a gradação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade”.¹⁷¹

Por fim, relativamente a este artigo, convém referir que nem só de droga vive o tráfico. Por isso existem vários outros indícios para que possamos aferir se estamos perante um crime de tráfico de estupefacientes. Tal é imprescindível para a actuação dos OPCs no terreno, para o MP deduzir acusação e também para o julgador. Tal torna-se ainda mais importante quando estejamos perante uma mera detenção de estupefacientes em quantidades que excedem as susceptíveis para consumo próprio, para se decidir se estamos no âmbito do crime de tráfico ou do crime de consumo. É importante ainda em casos de suspeitas de tráfico

¹⁶⁷ Idem, p. 60.

¹⁶⁸ NEVES, J. F. Moreira, Juiz de Círculo - Ponta Delgada, in Comunicação em Encontro organizado pela Associação dos Juizes Portugueses em colaboração com a Ordem dos Advogados, sob o tema: Evolução Recente e Perspectivas da Justiça na Região Autónoma dos Açores em 26 Novembro de 1999, Ponta Delgada. <http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/droga.html> consultado em 27/05/2012.

¹⁶⁹ Ac. STJ de 16/09/2008, Proc. n.º 08P813, in www.dgsi.pt

¹⁷⁰ Vulgarmente designada por droga leve.

¹⁷¹ Ac. STJ de 27/04/2006, Proc. n.º 06P120, in www.dgsi.pt

independentemente da quantidade de estupefaciente. Esta questão será chamada à colação mais à frente, quanto ao consumo. Por enquanto aduzimos que para quem tem experiência no terreno, tais indícios saltam à vista de forma quase instintiva. GAMA LOBO¹⁷² refere uma lista de objectos que quando apreendidos importa tratar como indícios de tráfico. Atente-se:

A droga, sua natureza, quantidade, forma de apresentação, repartição e sua localização; O dinheiro, sendo que aqui acrescentamos, que num patamar de venda directa é comum apreender-se notas de baixo valor ou moedas, pois são geralmente as utilizadas pelos toxicodependentes, designadamente os arrumadores de automóveis; Balança, sobretudo de precisão, para pesar pequenas quantidades de estupefacientes; Facas, canivetes, tesouras, para corte e embalagem e sua localização. Aqui também acrescentaríamos os resíduos que por vezes são notórios a olho nu nestes instrumentos e, mesmo não sendo, podem ser detectados nas perícias do LPC. GAMA LOBO refere ainda, embalagens disponíveis, como papéis, plásticos, pratos e sua localização; objectos vários que possam ter sido entregues como forma de pagamento por consumidores. Aqui o autor referir-se-á a objectos do próprio consumidor, mas maioritariamente os provenientes de furtos e roubos perpetrados por esses consumidores. Tratando-se de objectos comuns, como pequenos utensílios e pequenos electrodomésticos, há actualmente uma perda de interesse nos mesmos, pois em termos de prova são de muito difícil ligação a esta actividade ilícita.

O mesmo fala ainda, em outros objectos de uso comum, como cachimbos, seringas, elásticos, colheres, pratos, espelhos, isqueiros, caixas de fósforos, e sua localização. Estes revelam-se de especial importância para aferirmos uma situação de consumo.

Encontram-se ainda, documentos, memoriais, cartas, papéis sobretudo com nomes de vendedores e compradores e apontamentos contabilísticos da actividade. Por fim, acrescentaríamos ainda os produtos para misturar na droga, (usados no corte) como o bicarbonato de sódio e a procaína, utilizados de forma a fazer render o produto, multiplicando as doses e por conseguinte aumentando o lucro. Alerta-se ainda para outros utensílios de preparação como os moinhos para desfazer a droga, bem como as panelas usadas na cozedura, que sempre ficam com bastantes resíduos encrostados, facilmente detectados nas perícias do LPC.

¹⁷² LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 57.

2.3.1 - Tráfico de Precursores.

Plasmado no artigo 22.º do DL n.º 15/93, não há muito a referir relativamente a este tipo criminal, uma vez que o mesmo vem punir os equipamentos, materiais ou substâncias utilizados no fabrico ilícito. A produção de droga tem uma componente tecnológica e química importantíssima. O precursor é o produto indispensável às operações químicas de certas substâncias em estupefacientes ou destes em outros tipos de estupefacientes.¹⁷³ Tal preocupação era recente, aquando da elaboração do actual regime (1993) e atenuou a diferença entre países produtores e consumidores. Os países industrializados deixaram de ser apenas vítimas da produção das drogas, passando a inundar os países subdesenvolvidos, com medicamentos e precursores e outros produtos básicos para o fabrico de drogas.¹⁷⁴ O artigo expressa a preocupação com outros produtos e materiais que não sendo estupefacientes ou psicotrópicos, podem estar na base da sua composição, sendo um dos objectivos da Convenção de 1988 da ONU.¹⁷⁵

2.3.2 - O tráfico agravado.

O legislador contempla-o no artigo 24.º do DL n.º 15/93, onde previu determinadas circunstâncias que dentro do crivo do artigo 21.º e 22.º, pretende qualificar como mais graves, aumentando as penas nos seus limites mínimo e máximo em um quarto. Trata-se portanto do tipo qualificado, que se aplica quando o tipo base (artigo 21.º) se mostre afectado por um especial e mais intenso juízo de censura relativamente à ilicitude e à culpa.¹⁷⁶

Trata-se de uma enumeração taxativa das agravantes da medida das penas, mas segundo, MORAES ROCHA¹⁷⁷ o legislador manteve, na generalidade das alíneas a confiança no poder interpretativo dos juízes, tendo em conta a percepção prática de ajustamento da lei à realidade. Convenhamos admitir que era muito difícil ao legislador fazê-lo de forma exaustiva, colocando esse ónus ao aplicador do direito, sendo pois o juiz que, em cada caso concreto aferirá das circunstâncias agravantes. Tais circunstâncias, como a norma indica, são as

¹⁷³ ROCHA, João Luís Morais, Droga... op. cit. pp.73-74.

¹⁷⁴ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 130.

¹⁷⁵ LOBO, Fernando Gama, Droga...op. cit. p. 60.

¹⁷⁶ Idem, p. 52.

¹⁷⁷ ROCHA, João Luís Morais, Droga... op. cit. p. 81.

qualidades do agente, o modo e lugar, os destinatários do produto, quer em número e qualidade, no caso de menores e diminuídos psíquicos. A questão essencial a retirar é como o julgador vai fazer tal aplicação, sobretudo se a mesma é de aplicação automática ou não. O juiz está vinculado à lei e carece de fundamento, pelo menos, recusar-se a autonomia destes tipos, por força de neles, não se vislumbrar mais do que meras cláusulas gerais ou voláteis circunstâncias modificativas agravantes, não havendo assim consentimento para a introdução de argumentos que não resultem da aplicação estrita das regras de interpretação.¹⁷⁸ O legislador ao prever uma agravação da pena abstracta, tem em conta assim uma gravidade excepcional do tipo base (artigo 21.º) que por si só já tem penas elevadas. Tal justifica-se essencialmente pelo fato do crime de tráfico de estupefacientes ter elevados malefícios sociais, tendo em alguns países um quadro punitivo que pode ir até à prisão perpétua e à pena de morte.

Julgo que o aplicador do direito terá sempre uma válvula de escape, pois segundo GAMA LOBO¹⁷⁹ entende-se e aceita-se que sempre que verificadas as circunstâncias agravantes, estará excluída a menor ilicitude do facto (artigo 25.º), pelo que se enquadrará, pelo menos, no tipo base. A título de exemplo, uma circunstância muito comum na realidade da venda directa, é o indivíduo que surpreendido a traficar junto a um estabelecimento escolar, é-lhe apreendido uma quantidade reduzida de haxixe. Trata-se de pouca quantidade estupefaciente e que é das consideradas pelo legislador como menos nociva. Assim, estariam preenchidos, como veremos, circunstâncias que poderiam redundar em tráfico de menor gravidade (artigo 25.º). Porém, existe a agravante do tráfico ser junto ao referido estabelecimento escolar, tornando-se no mais natural o mesmo vir a ser acusado e julgado com o enquadramento do artigo matriz (artigo 21.º).

As circunstâncias de agravação do artigo 24.º do DL n.º 15/93, que integram o tipo agravado e pertencem, num certo limite, ainda à tipicidade, têm refrações consequenciais na ilicitude por adensarem o nível do ilícito, revelando maior contributo na dimensão do perigo para os bens jurídicos que as incriminações dos tráficos de estupefacientes se destinam a tutelar.¹⁸⁰

Vejamos agora cada uma das agravantes.

¹⁷⁸ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 67.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 68.

¹⁸⁰ Ac. STJ de 26/01/2005, Proc. n.º 04P4221, in www.dgsi.pt

Quanto aos menores e diminuídos psíquicos, previstos nas alíneas a) e i), MORARES ROCHA¹⁸¹ diz tratar-se de menores de 18 anos nos termos do artigo 122.º do CC¹⁸² e não em termos de responsabilidade penal (16 anos) e pessoas com alguma debilidade mental, respectivamente. No mesmo sentido vai GAMA LOBO.¹⁸³ Segundo estes autores, é essencial para o preenchimento da agravante que o agente tenha conhecimento dessa menoridade e que pelo menos a diminuição psíquica também seja conhecida ou no mínimo notória. Também a jurisprudência foi nesse sentido quando se prove que o agente não conheça a menoridade.¹⁸⁴ Não se verifica a agravante da alínea a) do artigo 27.º do DL n.º 430/83, (actual artigo 24.º do DL n.º 15/93) quando não se mostre provado que o agente conhecesse a menoridade da pessoa a quem entregava ou se destinava a droga.¹⁸⁵ Na prática, tal agravante pode ser de difícil prova, tudo dependerá de como a polícia proceder à recolha da prova, nomeadamente a intercepção de consumidores menores como condição essencial para se apurar a agravante. Só posteriormente importará saber do conhecimento dessa menoridade por parte do agente. Se o tráfico ocorrer nas imediações de estabelecimento de ensino básico ou secundário, haverá uma presunção desse conhecimento por parte de agente, pois a maioria dos alunos terão menos de 18 anos de idade.

Relativamente à alínea b) a dificuldade maior será traduzir o que é um grande número de pessoas, pois trata-se de um conceito demasiado vago, que MORAIS ROCHA¹⁸⁶ alerta para as dificuldades que a jurisprudência tem para delimitá-lo. Outrora definiu-se que a entrega de estupefacientes, durante mais de quatro anos, a um número indeterminado de pessoas, mas, comprovadamente, superior a onze, integra a qualificativa da al. b).¹⁸⁷ Ora isto será deveras redutor, pelo que julgamos mais certo, enquadrar o conceito tendo em conta o tipo base (artigo 21.º) enquadrando esta agravante quando o tráfico de faça a muitas pessoas, que dado o seu grande número é difícil contabilizá-las. Um bom exemplo de um grande número de pessoas é o corrupio incessante de consumidores que se dirigem por exemplo à torre 1 do Bairro do

¹⁸¹ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82.

¹⁸² Aprovado pelo DL n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, cuja última alteração sucedeu com Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto.

¹⁸³ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82

¹⁸⁴ Ac. STJ de 09/01/1991, Proc. n.º 041196, in www.dhssi.pt e cit. in Martins, A. G. Lourenço, droga...op. cit. p. 141.

¹⁸⁵ Ac. STJ de 26/04/1989, Proc. n.º 039937, in www.dgsi.pt

¹⁸⁶ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82.

¹⁸⁷ Ac. STJ de 26/04/1989, Proc. n.º 039937, in www.dgsi.pt

Aleixo, na cidade do Porto. Neste local, por vezes, mesmo com filmagens, dado o “formigueiro” é quase impossível contabilizar o número de consumidores que ali se dirigem. Segundo o acórdão recente do STJ, quando o tráfico se faça por tantos indivíduos que não é sequer viável contabilizar e os quais não são necessariamente todos identificados, preenchem a factualmente a agravante.¹⁸⁸

Uma questão importante nesta agravante é o facto de para a mesma estar preenchida, ter sucedido efectivamente, isto é, ter já existido tal distribuição, não se enquadrando no perigo que possa apresentar. De momento ocorre-me o exemplo de quem leva e detém produto estupefaciente num festival, concerto de música ou para festas de estudantes. Ali, há um perigo acrescido de disseminação do estupefaciente, contudo tal perigo é previsto no artigo matriz (artigo 21.º) e não na alínea em apreço. Nesse sentido encontramos o acórdão do STJ, que prevê não a mera possibilidade de maior difusão que agrava o facto, mas que a agravação resultante da alínea b) do artigo 24.º supõe uma distribuição efectiva, passada, ocorrida, verificada, e não a simples possibilidade ou potencialidade, ao nível do risco, de o produto ou substância vir a ser distribuído por grande número de pessoas.¹⁸⁹ A talhe de foice, restar-nos-á aludir ao acórdão do STJ que afirma que a circunstância referida na al. b) do artigo 24.º – “grande número de pessoas” – é um conceito indeterminado, utilizado pelo legislador na sua luta contra a disseminação da droga, que traduz um aumento da ilicitude da actividade delituosa, sendo, por isso, considerado agravante especial. O seu preenchimento está dependente da análise casuística a que o julgador tem de proceder, sendo distintos os casos em que a venda é feita ao toxicodependente/consumidor e aqueles outros em que a distribuição é feita pelo grande traficante ao revendedor. Nestes, será de atender especialmente à quantidade de droga transaccionada, pois ainda que seja menor o número de compradores, o conceito acaba preenchido pelo destino final que as referidas quantidades proporcionam, enquanto na venda levada a efeito pelo pequeno dealer se exige uma quantificação mais alargada, pois é através da repetição de pequenas quantidades distribuídas que se cumpre o objectivo visado pela agravante.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Ac. STJ de 17/05/2007, Proc. n.º 07P1397, in www.dgsi.pt

¹⁸⁹ Ac. STJ de 01/10/2003, Proc. n.º 03P2646, in www.dgsi.pt

¹⁹⁰ Ac. STJ de 15/04/2010, Proc. n.º 631/03.7GDLE.S1, in www.dgsi.pt

Quanto à alínea c), refira-se desde já que nem sempre é fácil apurar o lucro, sabendo-se somente que terá que ser avultado,¹⁹¹ e quer se trate de lucros passados ou futuros, têm que ser relacionados com o objecto da acusação.¹⁹² A jurisprudência entende que se trata de um juízo de valor sobre os factos e não um conceito ou questão de direito.¹⁹³ Tal circunstância tem de se verificar e têm de ficar provados factos de onde tal conclusão possa ser extraída e ela só é possível quando é quantificado em numerário o montante que, com o tráfico de estupefacientes, o agente obteve ou pretendia obter. Dando-se como provado apenas que o arguido pretendia obter "elevados quantitativos monetários", tal expressão não é adequada a fazer funcionar a referida agravante.¹⁹⁴ Ora na prática tal agravante torna-se de muito difícil prova, a não ser que sejam apreendidas avultadas quantias em dinheiro e o possuidor não tenha como justificar a sua proveniência. Importante também, é saber como se define a tal avultada compensação remuneratória. Cremos que aqui se enquadrarão somente as situações de grande tráfico. Nesse sentido o STJ, refere que as circunstâncias previstas nas alíneas do artigo 24.º do referido diploma, especificamente a da sua al. c), não podem deixar de ser integradas, especialmente nos espaços de indeterminação, por considerações de gravidade exponencial de condutas que traduzam marcadamente um plus de ilicitude. Assim, a “elevada compensação remuneratória” tem de apresentar uma projecção de especial saliência, avaliada por elementos objectivos que revertem, necessariamente, à intensidade (mais que à duração) da actividade, conjugada com as quantidades de produto e montantes envolvidos nos “negócios”, o que aponta para operações de grande tráfico, longe, por regra, das configurações da escala de base típicas e próprias do “dealer de rua” urbano e suburbano ou do seu sucedâneo no espaço rural.¹⁹⁵ Também o TRP, refere que o preenchimento da agravante prevista na al. c) do artigo 24.º do DL n.º 15/93, exige a comprovação de factos muito concretos e não só uma pluralidade de actividades, em lapso temporal definido, aproveitamento económico preciso, como também expressões numéricas, diferenças entre despesas e expectativas de lucro ou lucro efectivo.¹⁹⁶ No mesmo sentido o STJ alude que para qualificar o tráfico de estupefacientes em função da “avultada compensação remuneratória” é necessário demonstrar, ainda que aproximadamente,

¹⁹¹ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82.

¹⁹² LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 69.

¹⁹³ Ac. STJ de 30/10/2002, Proc. n.º 02P2930, in www.dgsi.pt

¹⁹⁴ Ac. STJ de 18/03/1998, Proc. n.º 97P1545, in www.dgsi.pt

¹⁹⁵ Ac. STJ de 09/06/2004, Proc. n.º 04P1128, in www.dgsi.pt

¹⁹⁶ Ac. TRP de 23/04/2003, Proc. n.º 0311311, in www.dgsi.pt

a envergadura do benefício, não se exigindo, é certo, uma contabilidade rigorosa, que será difícil de detectar numa actividade clandestina, mas impondo-se que a conclusão se extraia de dados seguros, sendo que essa conclusão não se pode tirar só do volume da droga que está em jogo, porque há toda uma série de condicionantes a atender, como a posição que o agente ocupa no negócio (se é dono, ou se é intermediário e que tipo de intermediário) e que espécie de participação nos proveitos é que vai obter (lucros, remuneração fixa), etc. pelo que “presumir do volume de negócios em jogo e da latitude de poderes do recorrente no que se refere ao domínio da acção que ele iria obter avultada compensação remuneratória, é extrair uma presunção contra reo e, portanto, uma forma de violar o princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, ou o princípio *in dubio pro reo*, que é outra vertente do mesmo princípio”.¹⁹⁷

No que concerne à alínea d), segundo MARTINS LOURENÇO¹⁹⁸ não se exige que os factos delituosos sejam cometidos no exercício da profissão, bastando que se possua essa profissão. Trata-se assim de uma componente pessoal, manifestando-se uma especial confiança que merece uma pessoa que desempenha tal função.¹⁹⁹ Daqui resulta também o facto, do funcionário poder utilizar os conhecimentos que tem do exercício das suas funções e aplicá-los na actividade delituosa, esteja de serviço ou não.²⁰⁰

Também a jurisprudência²⁰¹ comunga do mesmo pensamento, considerando que agravação do crime de tráfico de estupefacientes, prevista na al. d) do artigo 24.º do DL n.º 15/93, nada tem de arbitrário ou de irrazoável, face ao tipo do crime matricial. Entende-se que o tráfico de estupefacientes, cometido por funcionário incumbido da prevenção ou repressão desse tipo de crime, apresenta-se de mais difícil descoberta e perseguição criminal. A incumbência da prevenção e repressão do tráfico coloca o funcionário em circunstância especialmente favorecida para o cometimento desse tipo de crime, propiciando ao agente o conhecimento alargado do meio, cobrindo tal conduta de aparência de desempenho funcional, e conferindo-lhe a possibilidade de exercício de poder e força pública. Compreende-se que aqui a comunidade não aceite que a confiança atribuída a uma função de especial relevância possa ser corrompida, pois tal pode enfraquecer o crédito que as instituições lhe devem

¹⁹⁷ Ac. STJ de 28/09/2006, Proc. n.º 06P2049, in www.dgsi.pt

¹⁹⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... cit. p. 143.

¹⁹⁹ LOBO, Fernando Gama, Droga... cit. p. 73.

²⁰⁰ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82.

²⁰¹ Ac. STJ de 15/02/2006, Proc. n.º 05P3214, in www.dgsi.pt

merecer. Daí se possa considerar assim, que a agravação da pena estabelecida na al. d), por assentar em plena justificação, não viola o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.

Já a alínea e) visa salvaguardar as condutas daqueles que terão responsabilidades acrescidas não na prevenção e combate ao tráfico, como da alínea anterior, mas as condutas daqueles que têm cargos, devidos aos quais, lidam directamente com pessoas de alguma forma relacionadas com o flagelo e que possa haver maior perigo de disseminação do estupefaciente. Entendemos que aqui há também um realce à protecção do bem jurídico, que correrá mais perigo se o tráfico for desenvolvido por tais pessoas. Saliente-se que aqui a alínea dispõe expressamente que os factos tenham de ser praticados no exercício de funções. Neste tópico, MORAES ROCHA entende que tal alínea fundamenta-se na especificidade da profissão que permite uma maior difusão e amplitude da actividade ilícita.²⁰² MARTINS LOURENÇO fala em especiais responsabilidades dessas pessoas e também do risco de cometimento dessas infracções.²⁰³ É de salientar que aqui pode existir uma sobreposição com a alínea d), nomeadamente no caso dos guardas prisionais,²⁰⁴ que infelizmente é muito comum entre nós. Assim, se for no exercício de funções cai na alínea e) se for fora do exercício das suas funções cairá na alínea d). Atente-se que neste caso a punição não se esgota na agravação, pois sobre o agente recairão as penas acessórias, como a suspensão ou proibição do exercício de funções previstas nos artigos 65.º a 68.º do CP.

A alínea f), pressupõe que ao agente participe em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional, o que será de muito difícil prova, pois segundo o entendimento corrente é de que haja uma condenação judicial para qualificar uma qualquer actividade como criminosa.²⁰⁵ Atente-se que o presente regime legal pune, através do artigo 28, as associações criminosas.

A alínea g) remete para outras actividades ilegais, sobre as quais se entende que é um conceito mais abrangente do que a actividade criminosa da alínea anterior.²⁰⁶ É portanto, responsabilizado quem cometa outras ilegalidades, não necessariamente outros crimes.²⁰⁷

²⁰² ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 82.

²⁰³ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 144.

²⁰⁴ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 74.

²⁰⁵ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 83.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 75.

A agravante da alínea h) adequa-se quando estejam em causa o tráfico em determinados locais, bem como os arredores, tendo em consideração as suas especificidades. Tenta-se assim prevenir que nesses locais haja uma reforçada prevenção criminal. Há quem entenda que mesmo os cafés onde essas pessoas se concentram, devem ser abrangidos pela norma.²⁰⁸ Contudo, refira-se que a punição para quem seja responsável por tal espaço e consinta a prática do tráfico e/ou do consumo, está prevista no artigo 30.º. No âmbito desta alínea enquadra-se qualquer pessoa independentemente da sua função.²⁰⁹ A agravante mais densa na jurisprudência é o tráfico em estabelecimentos prisionais. Sobre este local, GAMA LOBO²¹⁰ refere que a jurisprudência entende que a agravante não é de aplicação automática, havendo duas correntes. Uma mais objectiva, que entende não se poder aplicar automaticamente a agravante, mas, que nega que possa haver uma atenuação para o crime privilegiado do artigo 25.º.²¹¹ Outra corrente por sua vez, refutando também o carácter automático, prevê porém que se possa subsumir ao tráfico privilegiado.²¹² Esta alínea pode ser interessante para quando falarmos na questão do consumo mais à frente, nomeadamente aos estabelecimentos escolares e imediações. A esse propósito veja-se o acórdão do TRP, que entende que o tráfico de estupefacientes junto de estabelecimento de ensino ou em qualquer local em que se pratiquem actividades lectivas de qualquer natureza, o que se visa é evitar o perigo de contacto com a droga por parte de pessoas/crianças/jovens especialmente

²⁰⁸ ROCHA, João Luís Moraes, *Droga...* op. cit. p. 83.

²⁰⁹ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 75.

²¹⁰ *Idem*, p. 76.

²¹¹ Ac. STJ de 11/04/2002, Proc. n.º 02P376, in www.dgsi.pt “Quando o legislador prevê um tipo simples, acompanhado de um tipo privilegiado e um tipo agravado, é no crime simples ou no crime-tipo que desenha a conduta proibida enquanto elemento do tipo e prevê o quadro abstracto de punição dessa mesma conduta. Depois, nos tipos privilegiado e qualificado, vem definir os elementos atenuativos ou agravativos que modificam o tipo base conduzindo a outros quadros punitivos. E só a verificação afirmativa, positiva desses elementos atenuativo ou agravativo é que permite o abandono do tipo simples. Mas para tanto deve partir-se do tipo mais grave, para aferir da sua verificação, só devendo ser convocado novamente o tipo simples ou o tipo privilegiado em caso de resposta negativa. Os tipos legais protegem bens jurídicos, pelo que se uma conduta concreta preencher vários tipos legais que defendem o mesmo bem jurídico, como é o caso, se deve eger o tipo que melhor o protege, o mesmo é dizer o tipo agravado ou qualificado. Mesmo a entender-se que as circunstâncias das alíneas do Art.º 24.º não são automáticas, gerando inevitavelmente o efeito agravativo especial, impõe-se a consideração de que uma circunstância como a da al. h) do Art.º 24.º do DL n.º 15/93 (no caso, tráfico em estabelecimento prisional), com forte pendor objectivo e ligada à ilicitude, impede a que, no caso de ser afastada se declare consideravelmente diminuída a mesma ilicitude”.

²¹² Ac. STJ de 08/02/2006, Proc. n.º 05P3790, in www.dgsi.pt “A agravante qualificativa prevista na alínea h) do art.º 24.º do DL n.º 15/93, não é de aplicação automática. Não se justifica, nomeadamente - quer relativamente a ela, quer relativamente a ele - no caso em que uma mãe vai visitar um filho ao estabelecimento prisional e leva com ela, a pedido dele, cerca de 10 gramas de haxixe, sendo detectada no controle de entrada. Ficando afastada a agravante qualificativa, nada obsta a que se considere a figura do tráfico de menor gravidade, prevista no art.º 25.º do mesmo DL.

vulneráveis, incluindo, por isso, o território de incriminação as “imediações” dos locais onde se encontram ou possam encontrar. Para se evidenciar esta agravante basta que se crie o perigo de os jovens contactarem, comprarem ou de lhes ser oferecida a droga.²¹³

Quanto à alínea i), refere-se o que foi dito para a alínea a), com a variação de que aqui salvaguarda-se a utilização de menores e diminuídos psíquicos no tráfico de estupefacientes, havendo uma censura na sua instrumentalização.

No que concerne à alínea j), há quem entenda que para formar um bando seja somente necessário duas pessoas e que aquele está a meio caminho entre a participação e a associação criminosa.²¹⁴ Nesse sentido o TRP aduz que verifica-se tal agravação, face à seguinte facticidade: O arguido não só colaborar na prática reiterada de actos que se integram na previsão do artigo 21.º, como também tais actos surgirem na sequência da resolução previamente tomada em querer colaborar com os dois co-arguidos na prática reiterada de actos dessa natureza a levar a cabo pelo grupo, para isso formado, tudo com consciência de que fazia parte desse grupo.²¹⁵

Outros entendem que o agente tenha de actuar como membro de bando que se dedique à prática dos crimes previsto nos artigos 21.º e 22.º, e não a qualquer crime.²¹⁶

Por fim, a alínea l) refere-se a alterações, e adulterações às substâncias, que segundo entendimento de MORAES ROCHA, trata-se de modificar a substância para pior.²¹⁷ Já LOURENÇO MARTINS, entende que tem de haver aqui um perigo concreto.²¹⁸ Note-se que existem drogas que dadas as suas especificidades, comportam a adição de outros produtos. Por tal facto os traficantes, para aumentarem o rendimento e por conseguinte o lucro, misturam no estupefaciente outras substâncias legais ou não. Entre nós é mais comum nas vulgarmente chamadas drogas duras como a cocaína e a heroína. Segundo o OEDT,²¹⁹ por exemplo a cocaína, segundo a pureza média das amostras testadas variou entre 25% e 43% em metade

²¹³ TRP de 21/04/2010, Proc, n.º 19/08.3GASTS.P1, in www.dgsi.pt

²¹⁴ LOBO, Fernando Gama, op. cit. p. 78.

²¹⁵ Ac. TRP de 31/05/2001, Proc. n.º 0111082, in www.dgsi.pt

²¹⁶ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 83.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 144.

²¹⁹ In http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_143743_PT_EMCCDDA_AR2011_PT.pdf consultado em 10/06/2012 - Segundo o citado relatório do OEDT, vinte e dois países com dados suficientes para analisar as tendências ao longo do tempo mencionam uma diminuição da pureza da cocaína no período de 2004-2009, tendo 19 países comunicado uma diminuição, dois uma situação estável (Alemanha, Eslováquia) e tendo Portugal mencionado um aumento. Estima-se que, globalmente, a pureza da cocaína tenha diminuído em média 20% na União Europeia, no período de 2004 a 2009.

dos países que forneceram dados relativos a 2009. As amostras são realizadas ao produto apreendido em grandes quantidades e não têm como referência a venda directa de rua. Ora, aqui, quando tal produto chega ao consumidor final terá um grau de pureza ínfimo.²²⁰ Por vezes adicionam substâncias que podem ser letais como o cimento, mas só existe agravação se estiver feita a mistura e não quando são apreendidos separadamente.²²¹ Assim sendo, torna-se de muito difícil prova, uma vez que conjugado este factor com a existência do perigo concreto, tem de haver uma morte ou perigo para a vida do consumidor em concreto que consumiu aquele produto e tem de haver a apreensão ao traficante para preencher onexo causal. Na prática é muito difícil acontecer, motivo pelo qual não encontramos jurisprudência para tal alínea.

2.3.3 - O tráfico privilegiado.

Por oposição ao tipo anterior, no artigo 25.º do DL n.º 15/93, estamos perante mais uma norma, que nos faz recorrer novamente ao tipo base do artigo 21.º, no qual se enquadram as condutas do agente. Tais condutas, se revestirem especiais particularidades são assim sempre enquadráveis no tipo base e puníveis pelo presente artigo que prevê o tipo privilegiado.

Mais uma vez o legislador separa as tabelas, como no artigo matriz, atribuindo-lhes molduras penais abstractas distintas, tendo em conta, como já referido, a perigosidade do estupefaciente. Neste particular acrescenta as tabelas V e VI, não previstas no artigo base. Atente-se, que o que está em causa são então especiais circunstâncias e não o tipo de droga.

Chama-se a atenção ainda para o facto de neste artigo ao falar na qualidade do estupefaciente, não se reporta à perigosidade em si, já prevista na separação das tabelas, mas sim dos eventuais aditivos que a mesma sofre, designadamente para aumentar os lucros.

O artigo 25.º, dadas as quantidades de estupefacientes envolvidas, será o mais comumente enquadrado em termos de venda directa, isto é, o tráfico de rua.

²²⁰ Depois de refinada, a cocaína surge à venda sob a forma de um pó branco e cristalino (hidroclorato de cocaína) in [http://www.infopedia.pt/\\$cocaina](http://www.infopedia.pt/$cocaina) consultado em 10/06/2012.

²²¹ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 79.

Trata-se aqui de situações em que a ilicitude se revela acentuadamente diminuída e segundo LOURENÇO MARTINS, trata-se de uma válvula do sistema para evitar que situações de menor gravidade sejam tratadas com penas disformes.²²²

Quanto à jurisprudência mais recente, isto é, após a entrada em vigor da Portaria n.º 96/96, passou-se a entender que no tipo privilegiado do artigo 25.º do DL n.º 15/93 coloca-se o acento tónico na diminuição acentuada da ilicitude, em relação àquela que está pressuposta no tipo base. Essa diminuição acentuada da ilicitude depende da verificação dos pressupostos, que ali são descritos de forma exemplificativa, como é inculcado pelo advérbio nomeadamente. Essa apreciação tem de ter em vista uma ponderação global das circunstâncias que relevem do ponto de vista da ilicitude e que tornem desproporcionada a punição do agente, naquele caso concreto, pelo artigo 21.º. É necessário analisar a conduta globalmente na interligação das várias circunstâncias relevantes e no seu significado unitário em termos de ilicitude.²²³ Impõe-se a avaliação global da situação de facto em que assumem relevo, entre outros eventuais factores, a quantidade e a qualidade dos estupefacientes comercializados, os lucros obtidos, o grau de adesão a essa actividade como modo de vida, a afectação ou não de parte dos lucros ao financiamento do consumo pessoal de drogas, a duração e a intensidade da actividade desenvolvida, o número de consumidores contactados e o posicionamento do agente na rede de distribuição clandestina dos estupefacientes.²²⁴

Acrescenta outro acórdão do STJ,²²⁵ que em bom rigor, o artigo 25.º do DL n.º 15/93, não constitui um tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes autónomo relativamente ao artigo 21.º, na medida em que o preceito em questão não adita qualquer elemento complementar, descritivo ou meramente normativo, que exprima por si só, um menor conteúdo do ilícito, constituindo antes uma forma de atenuação especial, destacando que a expressão legal se aproxima da do n.º 1 do artigo 72.º do CP.

Quanto aos meios utilizados, é entendimento que tem a ver com a logística e com o grau de organização do agente. GAMA LOBO²²⁶ diz que todos os meios físicos afectos ao tráfico se enquadram aqui. O autor acaba por citar o Acórdão do STJ de 07/12/1999, (Processo 1005/99, 3.º Secção, in B.M.J., 492-149) que aponta nesse sentido.

²²² MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga...* op. cit. p. 154.

²²³ Ac. STJ de 07/12/2011, Proc. n.º 111/10.4PESTB.E1.S1, in www.dgsi.pt

²²⁴ Ac. STJ de 15/04/2010, Proc. n.º 17/09.0PJAMD.L1.S1, in www.dgsi.pt

²²⁵ Ac. STJ de 08/11/2007, Proc. n.º 07P3164, in www.dgsi.pt

²²⁶ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 87.

Relativamente à modalidade ou circunstâncias da acção, tem a ver com o modo mais ou menos sofisticado que o agente desenvolve esta actividade ilícita.²²⁷ Todavia outros entendem, que o que está aqui em causa, é o grau de perigosidade revelado em termos de difusão das substâncias.²²⁸

No que à quantidade e qualidade dos produtos, diz respeito, o legislador, ao contrário do anterior regime,²²⁹ não deu ao aplicador do direito um limite como em outras normas, (artigo 26.º e 40.º) ficando assim este com tal ónus. A este propósito MORAES ROCHA²³⁰ entende que a quantidade a apreciar em concreto sempre suscitará dificuldades, por depender da qualidade, tipo e grau de misturas da substância, sendo necessário o recurso a peritos, mesmo quando publicada a portaria.²³¹ Como não existia a portaria era o julgador que tinha que definir a quantidade diária. Era assim entendimento do STJ que consumo diário individual de droga “dura” era de 1,5 gramas, de droga “leve”, caso do haxixe, era de 2 gramas.²³² Assim relativamente à quantidade será sempre fácil apurá-la, uma vez que é sempre pesada pelo OPC e pelo LPC.²³³ Já no que concerne à qualidade, também GAMA LOBO²³⁴ entende que o produto deveria passar por um exame laboratorial profundo de modo a diagnosticar a sua qualidade, como composição, grau de pureza e efeitos. Porém, na realidade a maioria das vezes tal não acontece, limitando-se o exame laboratorial à identificação da substância.

Assim sendo não existe fronteira em termos quantitativos entre o tipo base do artigo 21.º e o tipo privilegiado do artigo 25.º, pelo que é unânime que para se avaliar se a ilicitude do tráfico de estupefaciente se encontra consideravelmente diminuída, não releva unicamente a quantidade de droga, mas ainda os meios utilizados, a modalidade e circunstâncias da acção e a qualidade daquela.²³⁵ Trata-se como disse de um ónus do aplicador do direito que terá de avaliar as circunstâncias no caso concreto. A experiência diz-nos, que a maioria das vezes,

²²⁷ Idem.

²²⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 152.

²²⁹ Artigo 24.º n.º 3 do DLn.º 430/83 - “Quantidades diminutas para efeitos do disposto neste artigo são as que não excedem o necessário para consumo individual durante 1 dia”

²³⁰ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 86.

²³¹ Este autor fez tal referência antes da entrada em vigor da Portaria n.º 94/96, que veio definir os procedimentos de diagnóstico e dos exames periciais necessários à caracterização do estado da toxicodependência.

²³² Ac. STJ de 14/04/1993, Proc. n.º 44007 e Ac. STJ de 02/06/1993, Proc. n.º 44083, cit. in MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 149.

²³³ Ali é registada como Peso Bruto Total aproximado e posteriormente submetida a exame no LPC, onde é verificado o peso líquido.

²³⁴ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 88.

²³⁵ Ac. STJ de 16/10/1996, Proc. n.º 96P777, in www.dgsi.pt

tratando-se de estupefaciente denominado haxixe e quando estejamos no patamar de venda directa (de rua) ao consumidor, as acusações por parte do MP redundam no tráfico de menor gravidade.

2.3.4 - O traficante consumidor.

Com a presente norma, plasmada no artigo 26.º do DL n.º 15/93, o legislador terá tentado criar aqui um regime privilegiado, para aqueles que, além de consumirem pratiquem algumas das acções descritas no tipo base (artigo 21.º). Atente-se que a expressão “finalidade exclusiva”, leva-nos para a questão. Tal conduta só pode ser para adquirir produto para o uso pessoal ou pode ser também para outras coisas da vida corrente? Segundo a jurisprudência, o crime do artigo 26.º exige que o agente, ao praticar qualquer dos factos indicados no artigo 21.º, tenha por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal. Em consonância com a lei, o STJ, em unanimidade de jurisprudência, não considera preenchido este tipo legal quando se prove que o agente com o dinheiro obtido com a venda da droga visava essencialmente, mas não exclusivamente, financiar o seu próprio consumo.²³⁶ No seguimento da jurisprudência mais recente, GAMA LOBO diz tratar-se de um dolo específico.²³⁷

Refira-se que aqui falamos de toxicodependentes e não consumidores habituais e ocasionais, como diferenciamos nas considerações gerais. LOURENÇO MARTINS, a tal propósito fala em estado de toxicomania ou forte habituação.²³⁸ Também MORAES ROCHA²³⁹ alerta para toxicodependente e não mero consumidor. Neste âmbito é muito comum encontrarmos toxicodependentes a “trabalhar” para traficantes, quer a vender quer a capear.²⁴⁰ Todavia, a jurisprudência aceita que outros consumidores se enquadrem nesta norma.²⁴¹

²³⁶ Ac. STJ de 27/07/2006, Proc. n.º 06P2815, in www.dgsi.pt

²³⁷ LOBO, Fernando Gama, op. cit. p. 92.

²³⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 158.

²³⁹ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 89.

²⁴⁰ Significa: 1-Esconder com capa; 2- Passar (touros à capa); 3- [Figurado] Encobrir; 4- Enganar; 5- Fazer sinal com capa, bandeira, etc; 6- Fazer de capinha; 7- [Náutica] Pôr de capa um navio., in <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=capear> Diz-se na gíria “capeador” ao indivíduo que não vendendo estupefacientes, colabora com o traficante, ora na vigia, ora em angariar e conduzir os consumidores ao local da compra.

²⁴¹ Ac. TRL de 25/10/2000, cit. In LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 91.

Dado o n.º 3 do preceito, a quantidade de estupefaciente será importante. Como vimos, antes da entrada em vigor da Portaria n.º 94/96, era a jurisprudência que definia a quantidade média diária. Assim, se ultrapassadas tais quantidades, o toxicodependente incorre no tipo base ou no privilegiado do artigo 25.º. Segundo o STJ, o disposto no artigo 9.º e respectivo mapa anexo da Portaria n.º 94/96, os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária de heroína e cocaína, são, respectivamente de 0,1 e 0,2 gramas. Na base destes limites legais, é entendido, que não deixa de estar presente a presunção de que o excesso estará conexionado com a actividade de tráfico desligada da finalidade de simples consumo pessoal.²⁴²

Saliente-se que o mesmo n.º 3, indica “consumo médio individual durante o período de cinco dias”. Todavia hoje entende-se que por harmonia do sistema, se deva aceitar “consumo médio individual durante o período de dez dias, uma vez que entretanto, entrou em vigor a lei n.º 30/2000. Neste sentido vai GAMA LOBO²⁴³ e a jurisprudência,²⁴⁴ entendendo que por força do regime estabelecido pelo artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, que considera contra-ordenação a detenção para consumo de doses de estupefacientes que não excedam o consumo médio individual durante o período de dez dias, deve considerar-se parcialmente derogado o disposto naquele n.º 3, por forma a considerar-se que a conduta do agente, só não preenche o ilícito de traficante-consumidor quando a quantidade de estupefaciente em causa exceda a quantidade média para dez dias.

2.4 - Incitamento ao uso de estupefacientes.

Previsto no artigo 29.º do DL n.º 15/93, este tipo criminal, tem a particularidade de se entender que não é necessária uma contrapartida para quem incita ao consumo.²⁴⁵ Não envolve por isso uma ideia de lucro.²⁴⁶ Tal incitamento está relacionado com algumas agravantes já referidas do artigo 24.º, quando existe as tais relações de confiança. É um preceito de muito difícil aplicação na prática, dada a dificuldade em angariar prova, ou mesmo haver conhecimento do crime, pois para o MP actuar tem de haver notícia do mesmo. Refira-se que na jurisprudência não se encontrou um acórdão com este preceito.

²⁴² Ac. STJ de 02/12/1998, Proc. n.º 98P1103, in www.dgsi.pt

²⁴³ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 92.

²⁴⁴ Ac. STJ de 20/04/2006, Proc. n.º 06P554, in www.dgsi.pt

²⁴⁵ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 98.

²⁴⁶ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 173.

2.5 - Tráfico e consumo em lugares públicos ou de reunião.

No artigo 30.º do DL n.º 15/93, prevê-se um tipo criminal de difícil aplicabilidade prática, onde raramente os inquéritos desembocam em acusações. Tal acontece, apesar de existirem muitos locais onde se consome estupefaciente e não raras as vezes os OPCs com responsabilidade de prevenção criminal, fazem as rusgas onde apreendem substâncias ilícitas. Há portanto a notícia de eventual crime, mas para além da exigência do hiato temporal do preceito para as apreensões de produto estupefaciente, (n.º 4) existe a complexidade de fazer prova do dolo do responsável pelo local. Por exemplo, se for um local onde é permitido fumar e se for um espaço grande com afluência de pessoas, para não falar das dimensões do espaço, ao proprietário não lhe será exigível saber o que é haxixe ou liamba, somente pelo olfacto. E mesmo que saiba, chamando o cliente à atenção, poderá correr o risco de o perder. Como punir o responsável? onde está a culpa? LOURENÇO MARTINS²⁴⁷ argui a necessidade de ser feita prova de que o proprietário tinha conhecimento que o local era utilizado para o uso ou tráfico de estupefacientes. Este autor afasta ainda a possibilidade de um consumo esporádico preencher o tipo, mas entende não ser necessário identificar os consumidores, quando é encontrado estupefaciente no chão, ocultado por estes.

Ora, salvo douta opinião, o preceito tem o destinatário errado. Devia ser quem consome, independentemente de haver concurso de crimes ou este com contra-ordenação, dependendo portanto das quantidades, que devia ser punido por consumir em locais públicos ou de acesso ao público. Concordar-se-á que cada um tem legitimidade para fazer o que bem entender no âmbito da sua autonomia individual e esfera privada, porém devia fazê-lo em privado longe dos olhares alheios. É sem dúvida o concreto consumidor o dominus da situação, devendo por isso recair sobre ele o ónus da mesma. Na prática o consumidor é meramente uma testemunha que nada vem adiantar aos autos, pois tendencialmente negará que o proprietário tinha conhecimento. Com todo o respeito por opiniões opostas, este preceito torna-se assim inócuo no objectivo que o legislador pretendeu colmatar. A mensagem que passa para o consumidor é a de que poderá consumir em qualquer local, incorrendo quando muito numa contra-ordenação pela posse do produto, independentemente do local. A jurisprudência entende que no crime previsto no artigo 30.º do DL n.º 15/93, o elemento intencional consiste apenas em saber e consentir que no espaço em causa, não público, se

²⁴⁷MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 176.

vendia a terceiros ou se possibilitava o consumo de estupefacientes aos mesmos. Nos crimes previsto nos artigos 21.º e 30.º do DL n.º 15/93, os bens jurídicos são completamente distintos, pois que, enquanto, no do artigo 21.º se protege a saúde pública, configurando-se ali um crime de perigo abstracto, já no segundo, protegem-se espaços fechados públicos e privados da disseminação e uso de estupefacientes.²⁴⁸ O fim da punição será assim portanto evitar-se que determinados locais possam ser utilizados como forma de promoção e disseminação de estupefaciente impondo aos responsáveis uma vigilância para o fenómeno e dever de colaboração com as autoridades.²⁴⁹

Por fim dizer, que mesmo praticado pela mesma pessoa, havendo assim um concurso real, o tipo do artigo 30.º do DL n.º 15/93, é autónomo em relação à actividade comum de tráfico e visa, sobretudo, prevenir a existência de pólos de atracção e evitar que, a coberto de uma usual frequentação pública, se encoberte o tráfico e/ou o consumo. Para a existência deste tipo de crime é imprescindível que o local seja caracterizado de lugar público ou de reunião, o que não sucede por exemplo, com a residência do arguido.²⁵⁰

2.6 - Abandono de seringas.

O preceito do artigo 32.º do DL n.º 15/93, também relacionado com o consumo de estupefacientes, vem sancionar o abandono de instrumentos que possam colocar em perigo a saúde de terceiros. É entendimento que se trata de um crime de perigo concreto, uma vez que está sujeito ao crivo da prova de que efectivamente a saúde pública foi colocada em perigo.²⁵¹ Para que o crime de abandono de seringa se verifique é necessário, entre outros elementos, que seja criado perigo para a vida ou a integridade física de outra pessoa. Assim, terá que existir perigo avaliado em concreto, onde haja, para além da culpa na forma de dolo, ainda que eventual, um nexo de causalidade entre o abandono da seringa e o risco para a vida ou integridade física de outrem.²⁵² O abandono de seringas ou outros instrumentos utilizados no consumo ilícito de drogas, criam um risco de contágio de certo tipo de doenças, não directamente causadas pela droga.²⁵³ Ora assim sendo, não poderemos concordar, que estando

²⁴⁸ Ac. STJ de 19/02/1998, Proc. n.º 97P1113, in www.dgsi.pt

²⁴⁹ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p.101.

²⁵⁰ Ac. STJ de 04/11/1999, Proc. n.º 99P419, in www.dgsi.pt

²⁵¹ LOBO, Fernando Gama, op. cit. p.110.

²⁵² MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 184.

²⁵³ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 103.

aqui plasmada a saúde pública²⁵⁴ como bem jurídico protegido, este seja um crime de perigo concreto. O que é mais perigoso a droga, que só consome quem quer ou as doenças propagadas pelos seus utilizadores, a maioria negligentes com a própria saúde? Assim devia ser catalogado como um crime de perigo abstracto, sendo somente necessário o abandono para preencher o tipo.

2.7 - O crime de consumo.

Este tipo criminal, está inserto no artigo 40.º do DL n.º 15/93. Desde já relembramos, que este artigo foi parcialmente revogado pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, excepto no que respeita ao cultivo.²⁵⁵ Porém para quem entenda e após a publicação do AFJ n.º 8/2008 do STJ, o preceito permanece em vigor contra ventos e marés como aludiremos em capítulo próprio. Assim para efeitos do presente capítulo será abordado como se não houvesse qualquer controvérsia e à luz da representação que tinha antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000 e da publicação do referido acórdão de fixação.

Este preceito nasce como refere o preâmbulo, como uma ideia simbólica de intervenção, uma vez que também é simbólica a sua punição.²⁵⁶ LOURENÇO MARTINS²⁵⁷ alude que o escopo da norma é a proibição do consumo, tratando-se de um crime de perigo abstracto. Veja-se, como já referido no capítulo I, que o consumidor é um doente que merece censura, pois trata-se do último elo do tráfico.²⁵⁸

Desde já importa salientar, pois é importante para o presente trabalho, não se poder confundir, como muitas vezes se verifica, os três dias previstos no n.º 2 do artigo 40.º (consumo) e os cinco dias previstos no n.º 3 do artigo 26.º (traficante consumidor), como se houvesse ali um intervalo. Erradamente supõe-se que o limite máximo da quantidade de plantas, substâncias ou preparações do n.º 2 do artigo 40.º, (que prevê quantidades superiores ao consumo médio individual durante o período de três dias) tem como limite máximo as quantidades para o consumo médio individual durante o período de cinco dias, previsto no n.º 3 do artigo 26.º. Ora não será assim, uma vez que o legislador pretendeu separar o crime de

²⁵⁴ VALENTE, M. M. Guedes, Consumo de Drogas, Reflexões sobre o quadro legal, 3ª edição, Coimbra, 2006, p. 143.

²⁵⁵ São revogados o Art.º 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o Art.º 41.º do DL n.º 15/93, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime.

²⁵⁶ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 121.

²⁵⁷ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 224.

²⁵⁸ ROCHA, João Luís Moraes, Droga... op. cit. p. 122.

tráfico do crime de consumo. No artigo 26.º, pretendeu uma moldura penal diferente para o traficante consumidor. Porém fê-lo colocando um tecto para a detenção de estupefacientes, que não pode ser superior à quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias. Se ultrapassar cairá no âmbito do artigo 21.º ou como vimos no crime privilegiado do artigo 25.º.

Já no artigo 40.º, desde que não haja nenhuma acção de tráfico e que o possuidor justifique que o estupefaciente é para seu consumo exclusivo, estará excluído o tráfico, independentemente da quantidade. Para existir tráfico, ter-se-á de verificar a quantidade do estupefaciente, bem como outras circunstâncias no caso concreto.²⁵⁹ Como também já foi referido, esta questão ficou ultrapassada com a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, entendendo-se que por harmonia do sistema se deva submeter ambas as normas ao limite do consumo médio individual durante o período de dez dias.²⁶⁰ Entendendo-se então, no caso do artigo 26.º, que ultrapassada a quantidade média individual para o período de dez dias, o agente incorre no crime de tráfico.²⁶¹ No caso do artigo 40.º, até esse limite, por força da Lei n.º 30/2000, é contra-ordenação e ultrapassado o limite, de acordo com o AFJ n.º 8/2008, continua a ser punido como crime de consumo, aqui sem limite.

Desta forma, o legislador não definiu um critério quantitativo entre o tráfico e consumo, pelo que tal fronteira ficará traçada tendo em conta o destino do estupefaciente. Entende-se que não existe nenhum limite que trace em termos quantitativos, a fronteira entre um e outro.²⁶² Assim tem-se que recorrer às regras de experiência comum e indiciariamente ao mapa dos quantitativos máximos diários, previstos na Portaria n.º 94/96.^{263 264} Em sede de consumo, este pormenor será muito importante, pois entende-se, como veremos, que após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, a imputação ao agente de um crime ou de uma contra-ordenação, depende disso.

²⁵⁹ Ac. TRL de 07/12/2011, Proc. n.º 5/11.6GACLD-A.L1-3, in www.dgsi.pt

²⁶⁰ LOBO, Fernando Gama, op. cit. p. 92 e Ac. STJ de 20/04/2006, Proc. n.º 06P554, in www.dgsi.pt

²⁶¹ Tipo base do Art.º 21.º ou o privilegiado do Art.º 25.º.

²⁶² LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p.140.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Art.º 9.º Portaria n.º 94/96. - "Os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de consumo mais frequente, são os referidos no mapa anexo à presente portaria."

Como já foi dito, no anterior regime (DL n.º 430/83) era a jurisprudência que definia as referidas quantidades e segundo GAMA LOBO,²⁶⁵ fazia-o de uma forma amplamente controversa, já que cada juiz traçava a sua tabela segundo princípios e fundamentos próprios. O mesmo autor refere ainda que a situação permaneceu mesmo depois da entrada em vigor do actual regime, uma vez que a Portaria n.º 94/96, só foi publicada três anos depois, ficando, a partir daí, tais limites consignados na mesma.

Atente-se que o n.º 1 do artigo 40.º, refere-se à situação em que o consumidor tem produto estupefaciente cuja quantidade não exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de três dias.²⁶⁶ Daí uma moldura da pena abstracta mais leve. Já o n.º 2, refere-se a quando tal quantidade seja excedida, resultando numa moldura da pena abstracta mais elevada. Contudo repare-se que, como já referido, a partir daqui não existe qualquer limite. Recorde-se que o tráfico e consumo de estupefacientes são tipos alternativos, por força do elemento negativo do tipo-base do artigo 21.º - “fora dos casos do artigo 40.º”, pelo que ficou excluída ab initio a possibilidade de a detenção e a aquisição de droga para consumo próprio poderem constituir o crime de tráfico. Então como fazer se o produto se destina ao consumo exclusivo do consumidor?

Neste sentido, GAMA LOBO²⁶⁷ refere que ao investigador e ao juiz está incumbida a tarefa de averiguar os elementos objectivos e subjectivos dos ilícitos em todas as circunstâncias, sendo que as únicas presunções que a lei penal lhes faculta são as de ordem natural baseadas em regras de experiência. Pelo que, continuando a lei, a não estabelecer qualquer fronteira quantitativa para distinguir o tráfico do consumo,²⁶⁸ “mantém-se incólume a ideia segundo a qual a quantidade de droga nunca transforma o consumidor em traficante”.²⁶⁹ Deverá assim apura-se o concreto circunstancialismo a fim de se averiguar se o produto se destina somente ao consumo. Daqui adverte-se para o facto que nunca se deve esquecer os princípios do direito Penal.²⁷⁰ Reiteramos aqui o que foi dito aquando do artigo

²⁶⁵ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 141.

²⁶⁶ Hoje serão 10 dias, como referido anteriormente.

²⁶⁷ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 147.

²⁶⁸ Refira-se que as expressões “receber, transportar, ilicitamente detiver” estão previstas no tipo base.

²⁶⁹ Extracto do AFJ n.º 8/2008 do STJ.

²⁷⁰ Ac. STJ de 05/02/2003, Proc. n.º 02P4525, in www.dgsi.pt “Colocado o tribunal perante a dúvida acerca do destino da droga (no caso cocaína com o peso de 1,595 g), se era para consumo ou não (provando-se, porém, que o arguido era consumidor), e, por consequência, surgindo dúvidas sobre se, por força desse segmento factual, era aplicável o Art.º 25.º do DL n.º 15/93 ou o Art.º 2.º da mencionada Lei, teria de funcionar o aludido princípio do

21.º. Nem só de droga vive o tráfico, existindo outros indícios que poderão ajudar a tal compreensão. Porém, GAMA LOBO alega que a partir de determinado quantitativo de droga, lógico será concluir que o detentor não a destina pelo menos exclusivamente ao consumo próprio, mas também de outros. Isto é, ao tráfico.²⁷¹ No mesmo sentido a jurisprudência alega que o que distinguia os tipos incriminadores descritos nos artigos 21.º, n.º 1, e 40.º do DL n.º 15/93, era, para além do leque de actos tipificados, que era compreensivelmente muito mais amplo no artigo 21.º, um elemento subjectivo especial da ilicitude, o propósito de destinar a substância a consumo próprio, que tinha de se encontrar presente para a conduta ser punível como um acto de consumo. Assim, a determinação da quantidade de produto, para além de poder ter reflexos na eventual qualificação do crime de tráfico, se fosse esse o caso, e na pena concreta aplicada, apenas é relevante como indício que contribuía para a distinção dos actos de consumo dos de tráfico. De acordo com as regras de experiência comum, pode inferir-se que a detenção de uma elevada quantidade de droga se destina ao tráfico, ao passo que a detenção, em determinadas circunstâncias, de uma pequena quantidade do mesmo produto, indicia que a droga se destina a consumo próprio. Para além disso, a lei delimita alguns tipos incriminadores ou a medida da pena aplicável a certas condutas atendendo ao facto de a substância ou preparação em causa exceder ou não o “necessário para o consumo médio individual” durante determinado período de tempo (artigos 26.º, n.º 3, e 40.º, n.º 2).²⁷²

Refira-se ainda que no artigo 40.º, o legislador não concretizou a separação das diferentes tabelas como fez nos artigos do tráfico, com a consequente gradação nas penas abstractas. Ora para quem entenda que o bem jurídico aqui em causa, também é a saúde pública, bem como se trate de um crime de perigo abstracto, não pode aceitar que, consumir substâncias das tabelas I a III, seja igual a consumir substâncias da tabela IV. Onde está a harmonia do sistema que tanto se fala? Haverá aqui proporcionalidade? Julgamos que não e mais adiante voltaremos à senda deste tema.

Foi desta forma, que no essencial, o tráfico e consumo de estupefacientes vinham a ser punidos. No que diz respeito ao consumo, nos finais da década de 90, houve, como já vimos, uma mudança de paradigma, que culminou com a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000. Tal

in dubio pro reo, aplicando então a consequência jurídica mais favorável, ou seja, a não criminalização da conduta.”

²⁷¹ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 147.

²⁷² In http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/jur_mostra_doc.php?codarea=57&nid=4966 - Ac. TRL de 07/12/2012, consultado em 26/03/2012.

normativo, como já exposto, veio revogar parcialmente o artigo 40.º em análise e como veremos veio desencadear uma inútil controvérsia a nível doutrinal e jurisprudencial.

CAPÍTULO III – A DESCRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO

“Se é o tráfico de droga o alvo que se pretende atingir com a presente lei (como já era a 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”.

(José António Mouraz Lopes)²⁷³

3.1 - Nota introdutória.

O consumo de estupefacientes, até 01 de Julho de 2001, era enquadrado no nosso ordenamento jurídico, como vimos, como crime de consumo, previsto e punido pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93. Foi nessa data que a Lei n.º 30/2000 entrou em vigor em todo o território nacional, efectivando a descriminalização e prevendo como contra-ordenação, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas referidas tabelas. Entende-se que esta descriminalização foi em sentido técnico ou estrito²⁷⁴

A Lei n.º 30/2000, tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.²⁷⁵ As plantas, substâncias e preparações sujeitas ao regime previsto no diploma são as constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93. Para efeitos daquele diploma, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias, não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.²⁷⁶ Tem-se entendido que, embora a lei não faça qualquer remissão para o mapa anexo à Portaria n.º 94/96, que define a dose

²⁷³ LOPES, José António Mouraz, Juiz de Direito, Comentário ao DL n.º 15/93, in *Revista, Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Drogas. Poder e Ilusão, 2ª Edição, 1994, p. 107.

²⁷⁴ Segundo o Professor Figueiredo Dias, consiste na “desqualificação de uma conduta enquanto crime, como redução formal da competência do sistema penal em relação a certas condutas”. Jorge de Figueiredo Dias, *O Movimento de Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Coimbra Editora, 1998, Vol. I, p. 22. Citado por VALENTE, Manuel Guedes, op. cit. p. 21.

²⁷⁵ Art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000.

²⁷⁶ Idem, Art.º 2.º, n.º 2.

média diária, julga-se que em obediência ao princípio da unidade do sistema jurídico, se aplica esse mapa.²⁷⁷

Antes de avançarmos para a análise do regime propriamente dito, dedicar-nos-emos a toda a fase embrionária do actual regime e referiremos essencialmente os motivos e instrumentos que estão na sua génese e manutenção.

3.2 - O processo de descriminalização.

O movimento de descriminalização do consumo de drogas ilícitas, assumiu especial relevo,²⁷⁸ a partir do supramencionado DL n.º 430/83, com a “consagração do “princípio da oportunidade”,²⁷⁹ que tem como deliberação expressa o não exercício da acção penal, constante do artigo 38.º do mesmo diploma, constituindo desse modo “o antecessor mais directo do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, que materializa a descriminalização do consumo”.²⁸⁰

Efectivamente, os princípios essenciais deste processo têm ganho, desde então, terreno na legislação nacional, fazendo parte de todos os diplomas posteriores que regularam esta actividade. Prova disso, é a evidência encontrada no DL n.º 15/93, e mais tarde na ENLCD,²⁸¹ culminando na descriminalização em “sentido técnico ou estrito”²⁸² pela Lei n.º 30/2000.

Porém esta temática tem gerado imensa controvérsia, já que é diversa a doutrina ao redor da mesma, principalmente no que concerne ao sentido criminalizador ou não do consumo de drogas. Ora torna-se essencial referir os dogmas principais em que se baseiam as diferentes concepções desta “guerra” de argumentos²⁸³, sendo que os diferentes dogmas não estão necessariamente agregados numa mesma perspectiva.

²⁷⁷ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 324.

²⁷⁸ Já que “o propósito de excluir o consumo de drogas do espaço de intervenção penal, em 1976, apareceu referido, pela primeira vez, na mensagem institucional, no pacote legislativo da droga, de que foi responsável o Ministro da Justiça do I Governo Constitucional, ALMEIDA SANTOS. In. CARLOS POIARES, *A descriminalização do consumo de drogas: do direito à intervenção juspsicológica*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 163-172.

²⁷⁹ RODRIGUES, Joaquim, *A descriminalização do consumo de drogas – contributos para uma avaliação*, in *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 2, Abr.-Jun., 2007, p. 16

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ Aprovada pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio.

²⁸² Sobre o sentido da descriminalização, veja-se, VALENTE, M. Guedes, *A descriminalização do consumo de drogas: a nova via*, in *Revista Polícia Portuguesa*, n.º 127, Jan.-Fev., 2001, pp.12 e ss..

²⁸³ Sobre este assunto, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*, in Presidência da República (org.), *Droga: Situação e Novas Estratégias*, Lisboa, INCM, 1998, p. 95 e ss..

3.2.1 - Fundamentos a favor da descriminalização.

Quanto aos primordiais alicerces da descriminalização, considera-se que o consumo de drogas ilícitas não possui uma ressonância ética negativa, como acontece com o tráfico de droga,²⁸⁴ pois “sendo legítimo punir o tráfico de droga, na medida que constitui um “fazer mal a outrem”, dotado de ressonância ética negativa requerida pelo princípio da culpa e, em última instância, pelo princípio da essencial dignidade da pessoa humana, não se vê que seja legítimo aplicar penas públicas ao consumo de droga, em si mesmo considerado, visto que este se perfila como um “fazer mal a si próprio” que não apresenta aquela ressonância.”²⁸⁵

Por outro lado, invoca-se o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP, no sentido de que existem drogas lícitas²⁸⁶ tão prejudiciais como algumas das drogas ilícitas. Do mesmo ponto de vista, alega-se como direito inalienável, o direito à liberdade individual, para além da visão humanista do toxicodependente como um doente, já que “o consumo de drogas e a toxicodependência inserem-se, em primeira linha, no campo da saúde, sendo que a questão criminal aparece apenas na geração transgressiva que se reporta à oferta de drogas e actos conexos”,²⁸⁷ o que resultaria no alívio do sistema judicial e das prisões, e na não estigmatização jurídica e ético-social do consumidor.

Além disso, refere-se ainda, a ineficácia da intervenção penal²⁸⁸ em matéria de consumo de drogas, porquanto “a necessidade das penas e das medidas de segurança (e o seu corolário de eficácia da intervenção penal) constitui requisito de qualquer incriminação”.²⁸⁹ Perante tal, MARIA FERNANDA PALMA²⁹⁰ refere, que o Direito Penal tem uma imprescindível “âncora constitucional”, pois contém sanções que colidem fortemente com direitos fundamentais, por isso, terão que ser legitimadas pela “defesa necessária, adequada e

²⁸⁴Veja-se, a este respeito, o Ac. n.º 429/91 do TC, in DR, II série, de 6 de Novembro de 1991.

²⁸⁵ Pereira, Rui, O novo regime sancionatório do consumo de droga em Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, p. 151.

²⁸⁶ A título de exemplo, o tabaco e o álcool.

²⁸⁷ POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo de drogas... op. cit. p. 167.

²⁸⁸ Aponta nesse sentido BECCARIA, “a criminalização só tem significado e apenas faz sentido quando for útil, necessária e eficaz”. In CESAR BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.163.

²⁸⁹ Pereira, Rui, O novo... op. cit., p.154.

²⁹⁰ Palma, Maria Fernanda, Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do «Direito Penal de Justiça» pelo Direito Penal Secundário, in *Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 96, Out-Dez, 2003, pp.21-37.

proporcionada de bens fundamentais”, como resulta do artigo 18.º, n.º 2, da CRP,²⁹¹ onde subjaz o princípio da necessidade da pena ou da intervenção mínima do Direito Penal.

3.2.2 - Fundamentos contra a descriminalização.

Em contrapartida, os fundamentos criminalizadores invocam a imoralidade da actividade de consumo de droga, referindo que esta possui ressonância ética negativa à luz da sociedade. É neste quadro que se enquadra, igualmente, o fundamento sanitário, que visa proteger a saúde pública e controlar o desenvolvimento de doenças, atribuindo ao consumidor a classificação de fonte de perigo para as outras pessoas e para a comunidade. Consideram que “os argumentos utilizados para fundamentar a descriminalização do consumo de drogas não se podem basear, exclusivamente, na disponibilidade pessoal do próprio corpo, (direito que retira a ideia de que o consumo não ofendia qualquer bem jurídico-penal) ou na defesa de que o consumidor, principalmente toxicodependente, é um doente, pois se é doente para a aplicação de uma pena, também o é para a aplicação de uma contra-ordenação”.²⁹²

Interessa ainda prosseguir a discussão da estigmatização jurídica e social, que levanta sérias incertezas, pois é duvidoso que esta tenha efeitos na desmotivação ou motivação do consumidor para realizar tratamento. Pese embora ser ambicionado que a comunidade não estigmatize o consumidor de drogas ilícitas, sobretudo o toxicodependente, surge a interrogação se “virá esse estigma da sua passagem pelas instâncias formais de controlo do crime? Não estará antes primacialmente ligado a outros receios sociais? E, por outro lado, a ameaça do sistema penal não levou já tantos toxicómanos a procurar tratamento, conseguindo alguns deles libertar-se do estigma e angariar, uma vez curados, o respeito geral?”.²⁹³

Por fim, sobressai o problema da “escalada”²⁹⁴ e alastramento do consumo, aliado ao facto da possibilidade da criação de uma interpretação social de impunibilidade desse

²⁹¹ Como consagra o seu artigo 18.º, n.º 2, A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

²⁹² Posição de MANUEL GUEDES VALENTE, de acordo com o PROF. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE. Cfr. VALENTE, Manuel Guedes, O consumo de drogas... op. cit. p. 40.

²⁹³ Monteiro, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. p. 96.

²⁹⁴ Fenómeno que caracteriza a passagem do consumo de drogas leves (menor grau de dependência), para drogas duras (maior grau de dependência). In *Théorie du droit de la drogue*, Francis Caballero, cit. in *Revista, Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Drogas. Poder e Ilusão, 2.ª Edição, 1994, p. 79.

consumo, pois como recorda RUI PEREIRA,²⁹⁵ “a descriminalização do consumo comporta, todavia, alguns riscos. O principal reside numa interpretação perversa da nova atitude do Estado perante a droga. Poderia concluir-se que o consumo de droga corresponde a um exercício de um direito. Por outro lado, o consumo público potenciaria, previsivelmente, um efeito de alastramento, sobretudo quando praticado em locais frequentados por crianças ou jovens, como escolas”.

Foi assim, no correr destas duas correntes que surgem instrumentos de mudança.

3.3 - A Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga.

O Governo português, através da RCM n.º 46/99,²⁹⁶ adoptou a ENLCD,²⁹⁷ pretendendo que esta fosse “um instrumento orientador das diversas políticas sectoriais relativas à droga e à toxicod dependência, vocacionado para nortear a actividade dos diferentes organismos da Administração Pública com competência nesta área e servir de referência para a sociedade portuguesa”.²⁹⁸ Constitui assim, o alicerce principal em que assenta o novo quadro legal da droga. O Ministro-adjunto do Primeiro-Ministro de então, José Sócrates, afirmava que esta estratégia definia pela primeira vez com exactidão os princípios e objectivos que devem nortear as acções da política nacional em matéria de droga, vendo neste documento um marco fundamental, profundamente baseado no conhecimento científico, constituindo deste modo um novo modelo de intervenção nas várias frentes de luta contra a droga.²⁹⁹

A mesma foi materializada com os 30 objectivos da luta contra a droga e a toxicod dependência no Horizonte 2004, através da RCM n.º 30/2001, de 22 de Fevereiro, e com

²⁹⁵ Pereira, Rui, O consumo e o tráfico de droga na lei penal portuguesa, in *Revista do Ministério Público*, Ano 17, N.º 65, 1996, pp. 59-76.

²⁹⁶ De referir que esta Resolução teve a ajuda da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, nomeada a 16 de Fevereiro de 1998 por despacho do Ministro-adjunto do Primeiro-Ministro [despacho n.º 3229/98 (2.ª série)], com o intuito de propor ao governo as linhas de acção susceptíveis de o auxiliar na formulação de uma estratégia global de intervenção no domínio das drogas e toxicod dependências. Por conseguinte esta Comissão (constituída por 9 membros, em que os seus saberes provinham maioritariamente da Medicina e da Psicologia, com apenas um membro da área do Direito) entregou ao Governo o seu relatório final contendo as suas recomendações no dia 2 de Outubro de 1998.

²⁹⁷ A ENLCD foi criada para o período compreendido entre 1999 a 2004, contudo, após a avaliação prevista para 2005, os seus princípios foram considerados actuais e fundamentais, sendo incorporados e complementados no novo Plano (estratégico) Nacional Contra as Drogas e Toxicod dependências para o período de 2005-2012, consagrado pela RCM n.º 115/2006, de 18 de Setembro.

²⁹⁸ In Preâmbulo da RCM n.º 46/99, de 26 de Maio.

²⁹⁹ José Sócrates, in prefácio à ENLCD, Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2.ª edição, Outubro de 1999, pp. 5 e 6

o Plano de Acção Nacional de Luta Contra a Droga e a Toxicodependência (PANLCD) – Horizonte 2004, através da RCM n.º 39/2001, de 9 de Abril.

A Estratégia consagrou a descriminalização do consumo de drogas ilícitas, como uma das treze opções estratégicas fundamentais que lhe estão inerentes, sendo norteadada por cinco convicções profundas.³⁰⁰ Notoriamente, podemos deduzir como as mais importantes: a dimensão mundial do problema da droga; a convicção humanista, que leva em conta a complexidade dos dramas humanos e considera a toxicodependência como doença,³⁰¹ e a convicção de que mais vale prevenir do que remediar. Destacamos ainda os oito princípios³⁰² estruturantes, nos quais a estratégia se apoia.

Por outro lado consideramos indispensável mencionar os seis objectivos que esta Estratégia, no seu ponto nove, enumera e se propôs alcançar, a saber: contribuir para a eficácia da estratégia internacional e europeia de luta contra a droga; assegurar uma melhor informação da sociedade; reduzir o consumo; garantir meios para o tratamento e reinserção dos toxicodependentes; defender a saúde pública e a segurança; e por fim, reprimir o tráfico e o branqueamento de capitais.

Por conseguinte, se percebe a intervenção desta Estratégia e o papel fundamental que teve para se alcançar o objectivo da Lei n.º 30/2000. Falamos da descriminalização pois “o problema das drogas deve constituir hoje uma prioridade de intervenção e deve ser assumida por todos em conjunto, ou seja, pelos poderes públicos, comunidade escolar, famílias, empresas, meios de comunicação e sociedade em geral, numa competência que se deseja cada vez mais partilhada”.³⁰³

³⁰⁰ In Preâmbulo da RCM n.º 46/99.

³⁰¹ Cfr. a classificação internacional de doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS), ou World Health Organization, consultada em <http://www.who.int/classifications/icd/en/index.html> no dia 01/04/2012.

³⁰² A Estratégia apoia-se em oito princípios basilares: O princípio da cooperação internacional; o princípio da prevenção; o princípio da humanista; o princípio do pragmatismo; o princípio da segurança; o princípio da coordenação e da racionalização de meios; o princípio da subsidiariedade e o princípio da participação. In ponto 8 da RCM n.º 46/99.

³⁰³ PAIS, Elza, Dois anos de actividade na luta contra a droga e a toxicodependência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 27-39.

3.4 - As Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência.

As CDT³⁰⁴ foram criadas, especialmente, para o processamento das contra-ordenações e aplicação das respectivas sanções, por força do artigo 5.º da supracitada Lei n.º 30/2000, e tem no Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril, definida a sua organização, processo e regime de funcionamento, bem como outras matérias complementares.³⁰⁵ O seu papel é apreciar as situações de consumo, detenção e aquisição para consumo, no âmbito da referida lei, que estava anteriormente atribuído aos Tribunais. Nesta medida, como órgão da Administração Pública,³⁰⁶ deve reger-se pelos seus princípios norteadores, e consequentemente, deve subordinar-se à Constituição e à restante lei, segundo o artigo 3.º, n.º 2, da CRP.³⁰⁷ À primeira vista, sendo autoridade administrativa que julga contra-ordenações e aplica coimas não há qualquer senão. Todavia, o problema está na sua criação “do nada”.³⁰⁸ Neste sentido, GUEDES VALENTE invoca a inconstitucionalidade do artigo 17.º da Lei n.º 30/2000, pois prevê que as CDTs apliquem sanções que restringem fortemente direitos e liberdades do indiciado, estando essa faculdade vedada a autoridades administrativas.³⁰⁹ Além do mais foi criado um dispositivo sobredimensionado,³¹⁰ onde a rede de dezoito CDT é desproporcional face à realidade portuguesa, originando falta de funcionários, e por consequência falta de poder decisório de algumas das comissões.

Este panorama resulta no não acompanhamento de muitos indiciados, que, por exemplo, em 2006 viram os seus processos ficarem pendentes, numa percentagem de 50% do total de processos que deram entrada nas CDTs, como avança o IDT³¹¹ no seu relatório anual de 2006.³¹² Neste sentido, “sendo uma resposta inovadora, ao que parece, não foi, no entanto, devidamente acarinhada nem enquadrada, tendo as ditas “comissões” sido deixadas definhar-

³⁰⁴ Foram constituídas, uma por distrito administrativo e outra por cada região autónoma, Art.º 2.º do DL n.º 130-A/2001.

³⁰⁵ Idem, Art.º 1.º.

³⁰⁶ Art.º 266.º da CRP, e os Art.º 1 e ss. do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, cuja última alteração ocorreu com o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

³⁰⁷ VALENTE, Manuel Guedes, O consumo de drogas, op. cit. p. 160.

³⁰⁸ Monteiro, Cristina Líbano, O consumo... op. cit., p. 80.

³⁰⁹ VALENTE, Manuel Guedes, O consumo... op. cit. pp. 54-55.

³¹⁰ Classificação atribuída na Nota Introdutória do Plano Nacional Contra as Drogas e as Toxicodependências (PNCDT), para o período de 2005-2012, aprovado pela RCM n.º 115/2006, de 18 de Setembro.

³¹¹ Criado pelo DL n.º 269-A/2002, de 29 de Novembro.

³¹² Instituto da Droga e da Toxicodependência, IP, Relatório Anual 2006: A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodependência, Lisboa, 2007. Consultado em www.idt.pt no dia 05/04/2012.

se, processo que, a continuar, poderá contribuir, objectivamente, para descredibilizar a própria descriminalização”.³¹³

3.5 - O Instituto da Droga e da Toxicodependência.

A fusão do Serviço de Prevenção e Tratamento da Toxicodependência (SPTT) e do Instituto Português da Droga e da Toxicodependência (IPDT), resultou na criação do Instituto da Droga e Toxicodependência (IDT), através do Decreto-Lei n.º 269-A/2002, de 29 de Novembro, com o particular intuito de garantir um melhor exercício dos deveres do Estado, no domínio do planeamento estratégico e operacional, quer no domínio da gestão dos recursos no âmbito da luta contra a droga.³¹⁴ Por sua vez, este absorveu as atribuições dos Centros de Alcoologia³¹⁵ nacionais, aumentando o seu campo de intervenção e ficando a designar-se, actualmente, como IDT, I.P.³¹⁶

Deste modo o IDT, I.P.³¹⁷ ficou com um amplo leque de competências, tendo por missão promover a redução do consumo de drogas lícitas e ilícitas, bem como a diminuição das toxicodependências, como previsto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 221/2007, de 29 de Maio, que aprova a sua lei orgânica.

Quanto ao seu maior raio de intervenção, ou seja, o domínio da redução da procura, esta instituição procura desenvolver uma estratégia integrada de combate à droga e à toxicodependência, cimentada na prevenção dos consumos, tratamento e redução dos riscos, minimização de danos e reinserção social.³¹⁸ Além do mais, assegura, entre outras, o funcionamento do sistema nacional de informação sobre droga e toxicodependência, promove a investigação da problemática, apoia a formação dos profissionais desta área, auxilia o funcionamento das CDTs e desenvolve a cooperação nacional ou internacional com entidades externas.

³¹³ RCM n.º 115/2006, de 18 de Setembro.

³¹⁴ DL n.º 269-A/2002.

³¹⁵ Foram extintos os Centros de Alcoologia do Centro, Norte e Sul, in, DL n.º 221/2007.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ GOULÃO, João Castel-Branco, O IDT e o novo enquadramento normativo: inovação e continuidade, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol.13, N.º 2, 2007, pp. 3-8.

³¹⁸ *Cfr.* PNCDT 2005-2012, aprovado pela RCM n.º 115/2006.

3.6 - O Plano Nacional Contra a Droga e as Toxicodependências.

A RCM n.º 115/2006, de 18 de Setembro, aprovou o Plano Nacional contra as Drogas e Toxicodependências 2005-2012, bem como o Plano de Acção contra a Droga e as Toxicodependências Horizonte, no curto prazo, até 2008, que o operacionalizava, então proposto pelo Conselho Interministerial do Combate à Droga e à Toxicodependência.³¹⁹

Este plano estratégico segue uma linha de continuidade da já mencionada ENLCD de 1999, mantendo os seus princípios basilares como referência e adapta-a às novas realidades, estando também em harmonia com o Plano Nacional de Saúde e com a estratégia da UE de luta contra a droga 2005-2012.³²⁰ Em complemento, concentra-se ainda em outras quatro novas prioridades, nomeadamente a centralidade no cidadão, a melhoria da qualidade e certificação, a territorialidade e a integração das respostas e abordagens.³²¹ Quanto à sua estrutura, o plano centra-se em duas áreas de missão. A redução da procura e a redução da oferta. Tem ainda quatro áreas transversais, das quais: a coordenação; a cooperação internacional; a informação, investigação, formação e avaliação e o reordenamento jurídico.

Desta forma, e tendo em atenção os três grandes objectivos da estratégia europeia, o PNCDT traça o seu grande objectivo para as suas áreas de missão. Assim será fundamental reduzir de forma significativa a prevalência do consumo de drogas entre a população, bem como os prejuízos a nível social e para a saúde causados pelo consumo e pelo comércio de drogas ilegais e assegurar, tendo em consideração as conquistas e valores em termos de direitos e liberdades fundamentais, um elevado nível de segurança para o público em geral, tomando medidas contra a produção e o tráfico de drogas e o desvio de precursores (incluindo o transfronteiriço) e intensificando as medidas de prevenção contra a criminalidade relacionada com a droga através da cooperação eficaz, firmada numa abordagem conjunta, com as forças de outros Estados.³²²

³¹⁹ Criado pelo Decreto-Lei n.º 1/2003, de 6 de Janeiro, a quem compete apreciar e aprovar a ENLCD e respectivas alterações.

³²⁰ Conselho da União Europeia, Bruxelas, 22 de Novembro de 2004.

³²¹ GOULÃO, João Castel-Branco, Plano Nacional Contra a Droga e a Toxicodependência: novas perspectivas, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol.12, n.º 1, 2006, pp. 3-6.

³²² PNCDT 2005-2012, aprovado pela RCM n.º 115/2006, de 18 de Setembro.

3.7 - A Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

Como vimos, a actual política legislativa³²³ de descriminalização do consumo de drogas ilícitas³²⁴, enunciada pela ENLCD, tem expressão máxima com a Lei n.º 30/2000, que entrou em vigor em 1 de Julho de 2001,³²⁵ definindo o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefaciente e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, derogando o anterior regime do DL n.º 15/93, que tipificava, no seu artigo 40.º, o consumo como delito penal.³²⁶

A modificação indicada abarca a transição, ou degradação, de uma conduta que consistia um ilícito criminal para um ilícito de mera ordenação social,³²⁷ começando a puni-la através de sanções administrativas³²⁸ e medidas acessórias, cujo processamento e aplicação compete às já referidas CDTs e cuja execução estava a cargo do Governo Civil,³²⁹ sem prejuízo do direito de recurso para os tribunais. Portanto, assistimos assim a uma “desjudicialização”³³⁰ de competências, isto é, à forçosa alteração da intervenção judicial, através do processo crime, para a intervenção administrativa, através do processo contra-ordenacional. Como tal, o instituto de arguido, previsto no artigo 57.º e seguintes do do CPP, dá o lugar ao instituto de indiciado.³³¹ Desta feita, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações constantes nas tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, passou a constituir contra-ordenação, não podendo contudo, tais substâncias

³²³ MARTINS, A. G. LOURENÇO, Droga – nova política legislativa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, Fasc. 3.º, Jul.- Set., 2001, pp. 413-452.

³²⁴ Política idêntica às vigentes em Espanha (Decreto n.º 1079/93, de 2 de Julho), e em Itália (Referendo de 17 de Abril de 1995).

³²⁵ O prazo muito extenso da “vacatio legis” levantou o problema da sua constitucionalidade, sendo apreciado pelo TC, que decidiu pela constitucionalidade, embora com voto de vencido de um dos seus membros. In Ac. do TC n.º 464/2001, Proc. n.º 166/2001, in DR – II série, n.º 276, de 28 de Novembro de 2001.

³²⁶ Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000.

³²⁷ Ficando, subsidiariamente, na tutela do RGCO - DL n.º 433/82, como previsto no Art.º 26.º da Lei n.º 30/2000.

³²⁸ A coima é a sanção típica e natural do Direito das Contra-Ordenações, contudo há sanções acessórias.

³²⁹ Dizemos estava a cargo, pois com os Governos Cívicos foram extintos. Art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 114/2011 de 30 de Novembro, que procedeu à alteração da Lei n.º 30/2000, respeitante às competências dos extintos Governos Cívicos. “A execução das coimas e das sanções alternativas compete às autoridades policiais.”

³³⁰ DANTAS, António Leones, Contra-ordenações em matéria de consumo de droga, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicod dependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003, pp. 173-190.

³³¹ Qualidade conferida a quem consumir, adquirir, ou deter para consumo próprio plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, cuja quantidade não exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Legalmente vem, pela primeira vez, referenciada no DL n.º 130-A/2001.

exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.³³²

O legislador criou, neste sentido, e especialmente para esta matéria, novas sanções de mera ordenação social. A grande novidade foi a criação de coimas não pecuniárias como sanções principais, bem como, outras sanções alternativas, das quais, entre elas, a admoestação ou a interdição de frequência de certos lugares, como previsto no seu artigo 15.º e seguintes. Aliás, antes de pensar sequer em sanções, o legislador previu a suspensão provisória do processo, obrigatória, quer ao toxicodependente quer ao não toxicodependente,³³³ sem registo prévio. Todavia, no caso do primeiro, tem de aceitar submeter-se a tratamento, conforme o artigo 11.º da Lei n.º 30/2000,.

De referir que ao consumidor toxicodependente só são aplicadas sanções não pecuniárias, e como dito anteriormente o consumidor não toxicodependente tem sempre uma segunda hipótese, já que beneficia da suspensão provisória do processo. Ora, na senda de CRISTINA MONTEIRO, este sistema apresenta-se confuso e impreciso, pois apesar de apresentar uma panóplia de sanções alternativas, mas primárias, não prevê sanções para o seu incumprimento, já que no caso dos consumidores toxicodependentes não há mais opções. Forma-se um “ciclo vicioso” em que uma sanção não pecuniária dá origem a outra sanção não pecuniária, o que, em caso de incumprimento do indiciado não há nada a fazer, existindo deste modo um excesso de confiança nas capacidades de persuasão dos sancionadores, sendo que “para uma individualidade com a mente perturbada, com uma vontade debilitada, tudo se joga na capacidade dos outros (médicos e técnicos) para o convencerem a tratar-se”.³³⁴ “O diploma sofre, assim, de um problema de “falta de convicção”: é um Ersatz, um mau sucedâneo da solução ideal mas jus-internacionalmente impossível, não sancionar”.³³⁵

Relembramos, que os critérios que separam o ilícito contra-ordenacional, dos crimes do DL n.º 15/93, são os seguintes:

Para se enquadrar na contra-ordenação, a quantidade do estupefaciente não poderá exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias³³⁶ e o

³³² Art.º 1.º e 2.º da Lei n.º 30/2000.

³³³ Como vimos nas considerações gerais, consumidor habitual e consumidor ocasional.

³³⁴ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga – nova política... op. cit. p. 447.

³³⁵ Monteiro, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. p.78.

³³⁶ Art.º 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000.

consumidor destiná-lo exclusivamente ao seu consumo. Pois se existir alguma acção de tráfico, independentemente da quantidade, enquadrar-se-á num dos crimes de tráfico.³³⁷

Para quem assim entenda, para existir crime de consumo,³³⁸ o consumidor deverá continuar a destinar o produto estupefaciente exclusivamente ao seu consumo e a quantidade exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Como já apreciado, o fim a que se destina a droga será pois importante. Deste modo, poderá o agente do ilícito deter, por exemplo, 100 gramas de haxixe³³⁹ que, se ficar provado que é para o seu consumo individual, será indiciado por crime de consumo. Assim, quem tiver intenção de consumir e possuir menos que a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, praticará uma contra-ordenação. De referir ainda que, como as entidades policiais encaminham para as CDTs todos os que detenham menos que a quantidade média para dez dias, mesmo que a sua intenção seja o tráfico, nunca serão julgados por isso.

O regime geral das contra-ordenações sanciona com uma coima os factos ilícitos que prescreve. Será que faz sentido aplicar a um consumidor/doente uma coima? Deste modo, houve necessidade, neste diploma de “inventar” algumas medidas alternativas à coima. Efectivamente, é neste aspecto que o diploma representa uma significativa inovação face a todo o ordenamento anterior. De facto, a proibição de exercer profissão ou actividade; a interdição de frequência de certos lugares; a proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; a apresentação periódica em local a designar pela comissão; a cassação, proibição da concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio e a apreensão de objectos e privação da gestão de subsídios serão, sem dúvida, sanções alternativas mais credíveis para os toxicod dependentes do que a prisão.

Assim, afastando a questão de saber se a CDT tem ou não autoridade para punir o consumidor com tais sanções, pois algumas delas colidem com direitos individuais, as quais só um juiz poderá aplicar (por exemplo a interdição de frequência de certos lugares ou a apresentação periódica em determinado local)³⁴⁰ e fugindo à questão de saber para que

³³⁷ Art.º 21.º, tráfico privilegiado do Art.º 25.º ou do traficante consumidor do Art.º 26.º, do DL n.º 15/93.

³³⁸ *Idem*, Art.º 40.º.

³³⁹ De acordo com a Portaria n.º 94/96, o máximo para os 10 dias são cinco gramas.

³⁴⁰ Na opinião de Manuel Guedes Valente e no seguimento do Prof. J. Robin de Andrade, tais sanções necessitam de imperativo constitucional para serem empregues pela CDT, tendo em conta o artigo n.º 32.º da CRP. In VALENTE, M. Guedes, *O consumo...* op. cit. p.156

autoridade recorrer em caso de conflito,³⁴¹ pensamos que existe uma maior simplificação de todo o processo tornando-o, efectivamente, muito mais célere do que seria em sede criminal. De facto, ao transformar-se este ilícito numa contra-ordenação, criando estruturas capazes de desenrolar todo o processo de uma forma célere (com as CDTs) todo o percurso do consumidor toxicodependente se aproxima mais rapidamente das instâncias de tratamento. Ainda relativamente às sanções, estas existem para prevenir os consumos de drogas e para encaminhar os toxicodependentes para o tratamento.³⁴² Existem, para isso, várias sanções que podem ser aplicadas a título principal, devendo a CDT escolher qual a melhor para prevenir consumos futuros. Neste aspecto, e sufragando a opinião de CRISTINA MONTEIRO, não se percebe se o objectivo do legislador se prende com a prevenção geral ou a especial. Tudo aponta, contudo, para a prevenção especial, sendo a sanção aplicada para evitar que um dado consumidor, passe a abster-se de consumir drogas.³⁴³

De entre as medidas a aplicar pela CDT, deve realçar-se a figura da suspensão provisória do processo³⁴⁴ e a suspensão da determinação da sanção.³⁴⁵ Em relação à primeira, como vimos, é obrigatória para consumidores não toxicodependentes, sem registo prévio de processo, assim como para toxicodependentes sem registo prévio que aceitem submeter-se a tratamento. Pode ainda suspender-se o processo, facultativamente, para consumidores toxicodependentes com registo prévio que aceitem submeter-se a tratamento, sempre que a CDT assim o entenda. Relativamente à segunda figura, a suspensão da determinação da sanção, a CDT pode socorrer-se dela se o consumidor aceitar o tratamento. Esta alternativa funciona, tão só, como mais uma hipótese de não aplicação da sanção, estando o processo a decorrer, e mesmo que tenha havido recusa de tratamento.³⁴⁶ Ocupemo-nos de um exemplo: A, um consumidor toxicodependente sem registo prévio, é presente à CDT e beneficia da suspensão do processo por dois anos, com base nos artigos 11.º e 13.º. Ao cabo de 12 meses

³⁴¹ Em nosso entender, e de acordo com Cristina Líbano Monteiro, o legislador criou outras coimas, novas sanções de mera ordenação social, sendo portanto, à parte da terminologia utilizada, o consumo de estupefaciente um ilícito de mera ordenação social. De facto, nada impede o legislador de alargar o leque das sanções previstas pelo RGCO; *vide* MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo...op. cit. p. 70.

³⁴² Apesar de se depreender que as sanções são aplicadas para evitar primeiro os consumos e depois para encaminhar os toxicodependentes para tratamento, a Lei n.º 30/2000 apenas refere no seu Art.º 15.º que as sanções são aplicadas em função de prevenir o consumo de estupefacientes.

³⁴³ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo...op. cit. p. 68.

³⁴⁴ Art.º 11.º da Lei n.º 30/2000.

³⁴⁵ *Idem*, Art.º 14.º.

³⁴⁶ Nos termos dos Art.º 11.º, Art.º 13.º e n.º 5 do Art.º 14.º da Lei n.º 30/2000.

interrompe o tratamento a que se sujeitou e o processo é novamente aberto. Com base no artigo 14.º é suspensa a determinação da sanção se ele aceitar novamente o tratamento. Passados 12 meses interrompe novamente o tratamento. E a sanção é-lhe então aplicada, por exemplo a interdição de frequentar determinados locais.³⁴⁷

É agora altura de referir a terceira “suspensão” prevista no diploma: a suspensão da execução da sanção. Prevê-se no artigo 19.º que no caso de um consumidor toxicodependente, cujo tratamento não seja viável ou não seja por ele aceite, beneficie da suspensão da execução da sanção. Deste modo impõe-se a apresentação periódica do toxicodependente a serviços de saúde ou, mediante aceitação dele, a sujeição às medidas previstas no artigo 17.º.

Voltando ao nosso exemplo, tendo em conta que A é um toxicodependente cujo tratamento não é viável (teve já duas tentativas falhadas) a CDT decide promover a suspensão da execução da sanção. Aplicando o artigo 19.º, resolve, mediante consentimento dele (n.º 1 do artigo 19.º) aplicar-lhe a interdição de frequentar determinados locais (n.º 3 do artigo 19.º). Temos então, que foi imposto a A a sanção de proibição de frequentar determinados locais, sanção essa que foi suspensa mediante o consentimento de A. De referir que, segundo o artigo 20.º, esta suspensão pode ir de um a três anos. Voltando novamente ao nosso exemplo, a polícia passados 12 meses, identifica novamente A a consumir num local que ele próprio se comprometeu não frequentar. Presente que é à CDT, a suspensão da execução da sanção é revogada, vigorando agora, por sanção originária, a proibição de A de frequentar esses mesmos locais. A diferença é que desta vez é por imposição.

Doze meses depois a polícia identifica novamente A a consumir estupefacientes num local que ele não podia frequentar. A é presente à CDT. E então? O que acontece a A, 4 anos depois de ter sido identificado pela primeira vez pela polícia? O artigo 26.º diz-nos que o RGCO é subsidiariamente aplicável. Sabemos também que o Direito Penal é subsidiário do direito de mera ordenação social. Contudo, não nos parece de todo viável que possamos enquadrar o desrespeito de A no crime de desobediência. “A única resposta possível resume-se a uma possível palavra, estranha num contexto de direito sancionatório. Paciência”!³⁴⁸

O resultado para A teria sido o mesmo, ainda que escolhêssemos outra qualquer sanção do artigo 17.º. De facto, à excepção da cassação, proibição da concessão ou renovação de

³⁴⁷ Idem, Art.º 17.º n.º 2, al. b).

³⁴⁸ Cristina Líbano Monteiro, O consumo... op. cit. p.76

licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; ou da apreensão de objectos e privação da gestão de subsídios, todas as outras medidas poderiam ter o mesmo desfecho. Apenas a coima pecuniária, sanção apenas aplicável, e bem, a não toxicodependentes,³⁴⁹ poderá ter um desfecho diferente, pois permitirá a execução de bens em caso de não pagamento.

Finalmente, no que respeita à aplicação das sanções, diz-nos o n.º 4 do artigo 15.º, que se deve ter “em conta a situação do consumidor e a natureza e as circunstâncias do consumo, ponderando, designadamente:

A gravidade do acto; A culpa do agente; O tipo de plantas, substâncias ou preparados consumidos; A natureza pública ou privada do consumo; Tratando-se de consumo público, o local do consumo; Em caso de consumidor não toxicodependente, o carácter ocasional ou habitual do consumo; A situação pessoal, nomeadamente económica e financeira, do consumidor.”

Face ao disposto neste artigo, algumas questões se levantam, nomeadamente a de saber como deve ser considerada a culpa do indiciado. Afinal não é ele um doente? Será mais grave consumir heroína ou cocaína, ou mesmo haxixe? Sendo o consumidor toxicodependente de uma destas substâncias, será importante ter em conta qual? Atente-se que no âmbito do tráfico, como vimos, as molduras penais variam de acordo com a gravidade das substâncias. Ora tal também acontece no consumo, mas somente neste regime contra-ordenacional.³⁵⁰ No âmbito criminal, (artigo 40.º do DL n.º 15/93) julgamos, como já referido, que por harmonia do sistema que muitos chamam à colação, estando em causa o bem jurídico, saúde pública, seria de todo proporcional, também aqui haver essa gradação de penas, de acordos com a perigosidade dos estupefacientes.

Que quererá o legislador dizer com gravidade do acto? Não serão os objectivos das sanções permitir a recuperação, a reinserção e a reintegração do indiciado na sociedade, encaminhá-lo para tratamento e prevenir o consumo de drogas?

A filosofia do diploma é encaminhar o toxicodependente para tratamento (facto explicado pelas várias suspensões aquando da sujeição a tratamento) e prevenir o consumo (aplicação de coimas pecuniárias a consumidores não toxicodependentes). Contudo, mediante

³⁴⁹ Podem ser aplicadas aos consumidores habituais ou ocasionais.

³⁵⁰ Art.º 16.º da Lei n.º 30/2000, onde os valores das coimas são diferentes consoante as substâncias, contudo somente nos seus máximos.

o regime sancionatório, ressalta a ideia de que não existem sanções coercivas para o toxicodependente, tudo dependendo, como já referido, da capacidade dos membros da CDT para “convencer” o sujeito a dirigir-se a uma unidade de tratamento, a aceitar tratar-se, ou a sujeitar-se à própria sanção.

3.7.1 - Questões procedimentais.

Resumidamente, como vimos, o consumo, a aquisição ou detenção para consumo de estupefacientes passam a constituir contra-ordenação, mas o estatuto de consumidor, que beneficia da descriminalização, continua a depender da quantidade de droga detida ou adquirida, que não deverá exceder a quantidade necessária para consumo médio de uma pessoa durante dez dias. No que concerne aos consumidores não toxicodependentes poderá ser aplicada uma coima ou, em alternativa, sanção não pecuniária.³⁵¹

Quantos aos consumidores toxicodependentes são aplicáveis sanções não pecuniárias,³⁵² o que culmina na aplicação de outras sanções.³⁵³ Em alternativa à coima pode ser imposta uma sanção de admoestação. Em alternativa à coima ou a título principal podem ser aplicadas as sanções supra referidas.

Atente-se que quanto ao âmbito de aplicação, o disposto na Lei n.º 30/2000, não se destina ao consumidor ou, tratando-se de menor, interdito ou inabilitado, o seu representante legal, que solicite a assistência de serviços de saúde públicos ou privados.³⁵⁴

Como vimos foram criadas as CDTs, cuja competência é o processamento, aplicação e execução das sanções, sendo as autoridades policiais a executar as coimas e as sanções alternativas.³⁵⁵ É assim, territorialmente competente a CDT da área do domicílio do consumidor, excepto se este não for conhecido, circunstância em que será competente a CDT da área em que o consumidor tiver sido encontrado.³⁵⁶

É competente para conhecer do recurso da decisão sancionatória o tribunal com jurisdição na sede da CDT recorrida.³⁵⁷

³⁵¹ Art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000.

³⁵² Idem, Art.º 15.º.

³⁵³ Idem, Art.º 17.º.

³⁵⁴ Idem, Art.º 3.º.

³⁵⁵ Idem Art.º 5.º. Antes de extintos, eram os Governos civis. (Art.º 12.º do DL n.º 114/2011, de 30 de Novembro)

³⁵⁶ Art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000.

³⁵⁷ Idem, Art.º 8.º n.º 2.

A decisão de decretar sanções ou medidas de acompanhamento é comunicada às autoridades policiais, competindo a estas officiar os serviços e as autoridades aos quais deva ser pedida colaboração para a execução dessas medidas.³⁵⁸

Na falta de disposição específica da Lei n.º 30/2000, é subsidiariamente aplicável o RGCO.³⁵⁹

Relativamente ao conhecimento das contra-ordenações,³⁶⁰ a autoridade policial que tome conhecimento da prática de contra-ordenação ali previstas, elabora auto de ocorrência, (auto de notícia por contra-ordenação) onde se menciona: os factos que constituem a contra-ordenação; o dia, a hora, o local e as circunstâncias em que a contra-ordenação foi cometida; tudo o que puder averiguar acerca da identificação do agente da contra-ordenação e seu domicílio e as diligências efectuadas, bem como os meios de prova conhecidos, nomeadamente as testemunhas que puderem depor sobre os factos.

As autoridades policiais procedem à identificação do consumidor e à apreensão das substâncias.³⁶¹ Para este efeito procedem à revista daquele. Tais procedimentos, remetem-nos para as normas do CPP, do flagrante delito,³⁶² da identificação,³⁶³ e da revista.³⁶⁴

O auto de ocorrência é assinado pela entidade que o elaborou e enviado pelo meio mais célere à CDT que se afigure territorialmente competente, de modo que seja recebido até trinta e seis horas depois daquela ocorrência. Tal OPC procede às apreensões das substâncias suspeitas, as quais constam do auto e são remetidas, no mais curto lapso de tempo, à CDT, para serem depositadas no governo civil.³⁶⁵ Contudo antes desse envio, procede à análise das substâncias apreendidas, através dos testes de campo (testes rápidos) referidos nas considerações gerais. Neste regime, por regra são somente estes que são realizados. Caso o indiciado negue a natureza estupefaciente ou psicotrópica das substâncias encontradas na sua posse, a CDT envia-as para a realização das análises necessárias à sua caracterização, (LPC)

³⁵⁸ Idem, Art.º 25.º. Antes de extintos, eram os Governos civis. (Art.º 12.º do DL n.º 114/2011)

³⁵⁹ Art.º 26.º, da Lei n.º 30/2000.

³⁶⁰ Art.º 9.º, n.º 1 e 2, do DL n.º 130-A/2001.

³⁶¹ Art.º 4 da Lei n.º 30/2000.

³⁶² Art.º 256.º do CPP.

³⁶³ Art.º 250.º do CPP e Art.º 9 do Decreto-Lei n.º 130-A/2001.

³⁶⁴ Art.º 251.º n.º 1 al) a do CPP.

³⁶⁵ Art.º 9.º, n.º 3, do DL n.º 130-A/2001.

correndo os encargos por conta do indiciado se se comprovar aquela natureza.³⁶⁶ Tal também sucede, sempre que as autoridades policiais tenham dúvidas sobre a natureza dos produtos.³⁶⁷

Quanto à identificação, se não for possível identificar o indiciado e conhecer o seu domicílio no local e no momento da prática do facto, os OPCs podem proceder à sua detenção, a fim de o identificarem ou de garantirem a comparência perante a CDT, nos termos do regime legal da detenção para identificação previsto no artigo 250.º do CPP.³⁶⁸ Neste caso, pode o indiciado contactar telefonicamente qualquer familiar e um advogado por si escolhido.³⁶⁹ O indiciado pode ser apresentado à CDT pelo OPC, imediatamente após a ocorrência, se a CDT estiver em funcionamento ou se houver um membro em regime de disponibilidade permanente.³⁷⁰ O OPC que entenda submeter de imediato o indiciado à CDT, comunica esse facto a esta ou ao membro que se encontre em regime de disponibilidade permanente, sendo em qualquer dos casos, definidos os termos em que o indiciado deve ser presente.³⁷¹ Quando assim não for, o indiciado, quando elaborado o auto de ocorrência, é logo notificado pela entidade autuante para se apresentar na CDT territorialmente competente, fixando-se o dia e a hora para a realização dessa apresentação, a qual deve ocorrer no mais curto espaço de tempo possível, sem nunca ultrapassar as setenta e duas horas subsequentes ao da ocorrência.³⁷²

Sempre que o indiciado se encontre domiciliado provisoriamente em local abrangido por CDT diferente da do seu domicílio habitual, e aí se vá manter por período superior a setenta e duas horas, é enviada também cópia do auto de ocorrência à CDT do domicílio provisório.³⁷³

Quando o indiciado revelar qualquer incapacidade, as autoridades policiais diligenciam no sentido da localização de quem exerça a representação legal, contactando-o no mais curto espaço de tempo, a fim de lhe darem conhecimento da ocorrência e de o notificarem nos termos referidos.³⁷⁴ Estas diligências constarão no auto de ocorrência.³⁷⁵

³⁶⁶ Idem, Art.º 17.

³⁶⁷ Idem.

³⁶⁸ Idem, Art.º 9.º.

³⁶⁹ Idem.

³⁷⁰ Idem, Art.º 12.

³⁷¹ Idem, n.º 2.

³⁷² Idem, Art.º 11, n.º 1.

³⁷³ Idem, n.º 5.

³⁷⁴ Idem, Art.º 11.º, n.º 2.

³⁷⁵ Idem, n.º 6.

Há quem entenda que esta tal incapacidade aplica-se aos menores de 18 anos, sendo sempre que possível, obrigatório a entrega da notificação aos progenitores ou a representante legal. Ora isso não nos parece consentâneo com o regime do processo.³⁷⁶ Senão vejamos. Quando um menor de 17 anos é detido, por exemplo por condução ilegal, é obrigatório dar conhecimento aos pais ou a representante legal, mas a notificação para comparência em processo sumário é entregue ao menor, que é responsável criminalmente. Ora se é responsável criminalmente não o será no âmbito do regime de mera ordenação social? GUEDES VALENTE³⁷⁷ entende que o regime se aplica a menores com idade superior a 16 anos, mas não especifica o caso das notificações, falando somente do caso dos interditos e inabilitados.

O indiciado ou o seu representante são informados de que podem constituir defensor, ou requerer a sua nomeação oficiosa.³⁷⁸ O mesmo é notificado no acto de autuação, quando possível, mediante a entrega de um duplicado do auto, donde constem, além do mais, as sanções aplicáveis e o dia e hora para a apresentação do indiciado na CDT territorialmente competente, por contacto telefónico ou pessoal com o notificando no lugar em que for encontrado e quando impossível qualquer das vias das alíneas anteriores, por carta expedida para o domicílio do notificando.³⁷⁹

O indiciado pode ser apresentação em serviço de saúde público,³⁸⁰ quando revelar sinais de descompensação física ou psíquica. Os OPCs podem promover a sua apresentação, a fim de lhe serem dispensados os necessários cuidados terapêuticos, se não houver oposição do iniciado ou se estiver em perigo a sua integridade, ou, se possível, comunicam o facto à CDT territorialmente competente ou à do domicílio provisório, a fim de adoptar os procedimentos que repute adequados. Nesta circunstância, os OPCs remetem de imediato, por qualquer meio, ao presidente da CDT competente, um registo contendo a identificação do sujeito, a data e as razões da apresentação. Quando o consumidor for internado nos termos referidos anteriormente, com o documento da alta é entregue guia de apresentação na CDT

³⁷⁶ Por força do Art.º 41.º do RGCO, aplica-se subsidiariamente o Processo Penal. Já o Art.º 10.º do mesmo regime, refere a contrario, que os maiores de 16 anos são responsáveis relativamente a ilícitos de mera ordenação social.

³⁷⁷ VALENTE, M. M. Guedes, Consumo...op. cit. p. 132.

³⁷⁸ Art.º 11.º, n.º 3, do DL n.º 130-A/2001.

³⁷⁹ Idem, Art.º 32.º.

³⁸⁰ Idem, Art.º 10.º.

territorialmente competente, para o primeiro dia útil imediato, emitida pelo OPC que elaborou o auto.³⁸¹

Além da Lei n.º 30/2000, e do DL n.º 130-A/2001, regulamentando este, como vimos, a organização, o processo e o regime de funcionamento das CDTs, foram publicadas outros instrumentos jurídicos.

A Portaria n.º 540/2001 de 28 de Maio, veio regulamentar o artigo 19.º da Lei n.º 30/2000, definindo, em suma, que nos termos daquele artigo, o centro de saúde é o da área de residência do consumidor.

A Portaria n.º 604/2001 de 12 de Junho, surgiu para regulamentar o registo central dos processos de contra ordenação previstos na Lei n.º 30/2000.

3.7.2 - A revogação parcial do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro.

Como verificamos, o artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, conjugado com o artigo 28.º do mesmo diploma, operou uma descriminalização do consumo de estupefacientes, revogando o artigo 40.º do DL n.º 15/93, excepto quanto ao cultivo.³⁸² Esta alteração, gerou e ainda gera, alguma discussão na doutrina e jurisprudência, sendo a questão mais polémica, a dificuldade em interpretar a revogação operada, uma vez que, nunca será de mais repetir, de acordo com o artigo 2.º da referida Lei n.º 30/2000, a aquisição e detenção para consumo próprio é considerada mera contra-ordenação enquanto não exceder a quantidade necessária ao consumo médio individual durante um período de dez dias.³⁸³

O legislador instituiu, portanto, um regime mais favorável, transferindo a qualificação do ilícito criminal para mera ordenação social, numa tentativa de, a nosso ver, descriminalizar o consumo individual. Mas será este o espírito da lei, querer a descriminalização total do consumo? Ou desejou apenas uma descriminalização parcial, moderada, ressalvada pelo limite de consumo médio individual equivalente a dez dias?³⁸⁴ Sendo esta resposta afirmativa, um consumidor que tem em sua posse a quantidade média para onze dias, já incorre na prática de um ilícito penal. De que crime falamos?

³⁸¹ *Idem*, Art.º 11.º.

³⁸² Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000.

³⁸³ Como vimos, de acordo com o disposto na Portaria n.º 94/96.

³⁸⁴ Art.º 2.º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000.

A Lei n.º 30/2000, não nos esclarece quanto à sanção aplicável ao consumidor que excede a dose permitida. Como tal, não nos resta outra solução senão procurar resposta no DL n.º 15/93. Refere o seu artigo 40.º, n.º 1, “Quem consumir ou, para seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.” Já o n.º 2 estabelece que, “Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.”

Recorde-se que, como já analisado, o presente artigo foi expressamente revogado,³⁸⁵ pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000. Daqui estabeleceu-se o ponto de partida para a discórdia, e várias soluções surgiram. Ora, é precisamente a essas posições, quer da doutrina e da jurisprudência, que dedicaremos os dois capítulos seguintes.

Todavia não o faremos, sem antes colocar outra questão. Veja-se que, com a revogação do artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo, passamos a ter dois tipos de consumidores. Um que tem plantas que cultivou para consumo e outro que adquiriu para consumo. Este é punido a título de contra-ordenação, se não ultrapassadas a quantidade média diária para dez dias. Aquele é punido a título de crime independentemente das quantidades, sendo estas somente importantes para a moldura da pena abstracta. Então será de questionar. Aquele que cultiva para seu consumo, a maioria das vezes no recato do seu lar, é mais punido do que aquele que vai ao traficante adquirir o estupefaciente? Não é o tráfico que se deve combater? Não será aquele que se abastece no traficante e que contribui para o fomento e desenvolvimento desta actividade criminosa, tantas vezes apregoada como a das mais maléficas para a sociedade, que deveria ter uma punição, pelo menos mais exemplar? Fica mais uma questão para reflexão.

³⁸⁵ Com excepção das disposições relativas ao cultivo.

CAPÍTULO IV – A DOCTRINA APÓS A LEI N.º 30/2000, DE 29 DE NOVEMBRO

“A doutrina, não sendo uma fonte de direito, contribui poderosamente para aquela “vida jurídica” que se conjuga com os factos directamente normativos e mediante a qual eles ganham o verdadeiro significado”.

(José de Oliveira Ascensão)³⁸⁶

4.1 - Nota introdutória.

Conforme referido no epílogo do capítulo anterior, a revogação parcial do artigo 40.º do DL n.º 15/93, pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, originou várias posições, que ainda persistem. Recordemos então as várias teses em confronto.

Para uns, os factos em apreço não são puníveis, se a quantidade ultrapassa o limite previsto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000,³⁸⁷ atendendo a que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, foi revogado, não há nenhuma norma vigente que preveja e puna aquela conduta.

Por outro há quem defenda que da conjugação do artigo 21.º, 25.º (relativos ao crime de Tráfico) e do artigo 40.º (relativo ao crime de Consumo) do DL n.º15/93 em articulação com os artigos 2.º (relativo ao Consumo contra-ordenacional) e 28.º (artigo revogatório da Lei n.º 30/2000), resulte que as situações de detenção para consumo próprio, cuja quantidade ultrapasse o consumo médio individual durante o período de dez dias, deverão ser sancionadas como crime de tráfico.³⁸⁸

Há também aqueles que entendem que o legislador quis claramente descriminalizar o consumo, pelo que sempre que a quantidade detida exceda o consumo médio individual durante o período de dez dias, não se podendo entender existir um crime de tráfico de estupefacientes, deve ser aplicado o regime de mera ordenação social. Esta tese considera que o comportamento do indivíduo constitui contra-ordenação, visto que é integrável no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000.

³⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, O Direito, 13.ª Edição refundida, Almedina, 2005, p. 264.

³⁸⁷ Detenção para consumo cuja quantidade exceda o consumo médio individual para um período de dez dias.

³⁸⁸ Por via do Art.º 21.º ou do Art.º 25.º, ou ainda pelo Art.º 26.º do DL n.º15/93.

E por fim, outra das soluções possíveis passa por considerar que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, nunca deixou de ser aplicável às situações de detenção para simples consumo cuja quantidade exceda o consumo médio individual para um período de dez dias. Assim a norma revogatória (o artigo 28.º da Lei n.º 30/2000) deve sofrer uma interpretação restritiva, não se aplicando quando estejam em causa quantidades superiores às necessárias a dez dias de consumo. Ou seja, até dez doses individuais aplicar-se-ia a regra do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000 que determina a aplicação de contra-ordenação. A partir daí seria punível como crime de consumo pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93.

4.2 - Da revogação do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e o vazio sancionatório legal.

Com o quadro legal que adveio da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000,³⁸⁹ é manifesto que o legislador criou um vazio sancionatório para as situações de detenção de produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas em quantidade superior aos dez dias.³⁹⁰ É evidente, que como temos vindo a afirmar ao longo deste trabalho, todo este produto estupefaciente detido, deve ser para consumo próprio, pois, recorde-se que se houver alguma acção de tráfico, independentemente da quantidade detida, está preenchido o tipo do crime de tráfico, ainda que de menor gravidade, ou do traficante consumidor.³⁹¹

Fazendo jus ao já referido, nas situações em que o indivíduo detém estupefaciente em quantidades superiores³⁹² às previstas no artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, pelo facto do artigo 40.º do DL n.º 15/93, ter sido parcialmente revogado, “não há nenhuma norma vigente que preveja e puna aquela conduta”.³⁹³

Perante um vazio sancionatório, ou uma lacuna se preferirmos, nestes casos, como nos ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, “quando se verifica uma lacuna, o caso concreto deve ser resolvido. É então necessário integrar esta lacuna”.³⁹⁴ Na mesma linha de pensamento,

³⁸⁹ Como se pode comprovar na RCM n.º 46/99, quando nos diz que devemos considerar o “toxicodependente, no essencial, como um doente, [com] acesso a meios de tratamento a todos os toxicodependentes que se desejem tratar, (...) bem como a adopção de um enquadramento legal adequado, justo e proporcionado, respeitador dos princípios humanistas em que assenta o nosso sistema jurídico”.

³⁹⁰ De acordo com o Art.º 2.º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, e pela Portaria n.º 94/96.

³⁹¹ Art.º 25.º e 26.º do DL n.º 15/93 de 22 de Janeiro, respectivamente.

³⁹² Superior ao consumo médio individual para dez dias.

³⁹³ FONSECA, Cristina Reis, Consumo de Drogas: Crime ou Contra-Ordenação? in *Revista Saúde Mental*, Volume VIII, n.º 4, Jul./Ago., 2006, p. 44.

³⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, O Direito, op. cit. p. 384.

continua, ao dizer que desta integração de lacunas “se ocupa fundamentalmente o artigo 10.º do CC”.³⁹⁵ O surgir de uma lacuna, como a que estamos a tratar, não é estranha ao universo legalista e isso deve-se ao facto da “lei não prever logo todas as situações relevantes”.³⁹⁶ Neste caso em apreço, surgiu pelo motivo de haver uma “deficiência de previsão”, como nos diz OLIVEIRA ASCENSÃO.³⁹⁷

LOURENÇO MARTINS vai mais longe ao aprofundar esta lacuna em particular quando afirma “que a qualificação adequada da situação é a de lacuna de regulação da lei no que concerne à aquisição ou detenção de dose média individual diária para mais de dez dias”.³⁹⁸ Ora, esta “lacuna de regulação” surge porque o legislador nas diversas normas que regulamentam o tráfico e o consumo de estupefacientes que criou, pecou na “regulação em conjunto”, a que puniria estas condutas. Quando ocorre um erro de “regulação em conjunto” quer dizer que “esta não contém nenhuma regra para certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. A estas lacunas, qualificámo-las de “lacunas de regulação”.³⁹⁹

Disposto isto, RUI PEREIRA defende que as soluções apresentadas pela doutrina para a integração desta lacuna não podem ser utilizadas e apresentou os motivos para tal justificação, como iremos ver adiante. Com base em RUI PEREIRA, CRISTINA FONSECA resume muito bem o problema que daí advém. “A posse de quantidade suficiente para dez ou mais dias traçaria a fronteira entre a contra-ordenação e a impunidade”.⁴⁰⁰

No que concerne à aplicabilidade do artigo 25.º (ou do artigo 21.º) do DL n.º 15/93, como solução, RUI PEREIRA evoca o acórdão n.º 295/03, de 12 de Janeiro, do TC, do qual discorda da sua decisão e do qual apenas devemos, nas palavras de MAIA COSTA, “considerar essa decisão como uma das soluções possíveis do caso, por não ser inconstitucional”.⁴⁰¹

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ Idem, p. 383.

³⁹⁷ “É impossível prever todas as situações vindouras: a vida é sempre mais rica. As falhas de previsão são frequentes, até em matérias de grande relevância”. Idem.

³⁹⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, Comentário ao acórdão de fixação de jurisprudência n.º 8/2008 – STJ, in *Revista do Ministério Público*, n.º 115, ano 29.º, Jul./Set., 2008, p. 226.

³⁹⁹ LARENZ, Karl, “Metodologia da Ciência do Direito”, 2.ª ed., 1969, cit. in Parecer do Conselho Consultivo da PGR PGRP00000431, in <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/26e321fabe7c14c180256617004230e6?OpenDocument>

⁴⁰⁰ FONSECA, Cristina Reis, Consumo de Drogas...op. cit. p. 44.

⁴⁰¹ COSTA, Eduardo Maia, Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidades superior a dez doses diárias para consumo pessoal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003, p. 169. No mesmo sentido, Fernanda Palma ao dizer que “o TC a revogar a decisão do

Aplicar um artigo que se refere inequivocamente ao tráfico a uma situação de consumo é, segundo aquele autor, “inconstitucional por violar o princípio da legalidade penal (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e também a exigência de proporcionalidade entre o crime e a pena, que resulta dos artigos 13.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP”.⁴⁰² O cerne da questão é a possível cedência da droga a terceiros nos casos de quantidades superiores, ou não, aos dez dias, o que tratar-se-ia crime de tráfico.⁴⁰³

A existência de uma “cláusula de exigência mínima, para a aplicação do artigo 25.º do DL n.º 15/93, ditada pelo princípio da necessidade apenas se oporá à punição nos casos em que se comprove que a droga não seria razoavelmente acessível a outras pessoas”.⁴⁰⁴ Porém o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, apenas delimitará o máximo para se aplicar uma contra-ordenação e se o legislador quisesse que se aplicasse o artigo 25.º para as restantes situações, “deveria ter tipificado positivamente a conduta, não bastando delimitar negativamente o ilícito de mera ordenação social”.⁴⁰⁵

Por último, “nem sequer existe analogia (paridade de razões) entre o tráfico e a posse de quantidades elevadas de droga para consumo, no sentido do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2 do CC: as razões que podem justificar a criação do crime de perigo abstracto”.^{406,407}

Quanto à possibilidade do indivíduo ser punido pelo n.º 2, do artigo 40.º do DL n.º 15/93, ou pelo artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, no primeiro caso, RUI PEREIRA evoca a expressa revogação pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, do artigo em causa. Estamos perante uma violação do princípio da legalidade porque se estaria a aplicar uma norma incriminadora

tribunal recorrido, não julgando inconstitucional um tal âmbito de aplicação do Art.º 25.º”. PALMA, Maria Fernanda, Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça pelo Direito Penal Secundário? in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003, p. 36.

⁴⁰² PEREIRA, Rui, A discriminação do consumo de droga, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pp. 1173-1174.

⁴⁰³ Este comportamento é diferente do de dar o produto suspeito a terceiros para ocultarem o mesmo. “Este comportamento pretende apenas o favorecimento pessoal do possuidor e, como tal, deverá ser enquadrado no artigo 367.º do Código Penal e não como autoria do crime de tráfico de estupefacientes. Situação idêntica será a da guarda de estupefacientes efectuada por familiares ou equiparados, igualmente apenas para proteger o possuidor”. COSTA, Eduardo Maia, O crime de tráfico de estupefacientes: o direito penal em todo o seu esplendor, in *Revista do Ministério Público*, n.º 94, ano 24.º, Abr./Jun., 2003, p. 94.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 1171.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 1173.

⁴⁰⁶ “O crime de tráfico de estupefacientes é um crime de perigo abstracto, visando proteger a saúde pública. A sua legitimação material só persiste enquanto a incriminação for idónea para essa função tutelar”. COSTA, Eduardo Maia, Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidades superior a dez doses diárias para consumo pessoal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003, p. 169.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 1172.

revogada, ou seja, estar-se-ia a “violiar directamente o nullum crimen, nulla poena sine lege”^{408,409} e tal só seria possível de execução “se a alternativa inexorável fosse a aplicação da norma incriminadora do tráfico, que comina penalidades mais severas”.⁴¹⁰ Mas como esta aplicação também viola o princípio da legalidade, voltamos ao ponto de partida. O princípio da legalidade é sempre violado.

No segundo caso, o da aplicação do regime de mera ordenação social, esbarra desde logo no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, o qual parece “conter uma proibição forte, sob cominação penal implícita, de aquisição ou detenção de determinadas quantidades de droga”.⁴¹¹ Todavia, ao interpretar deste modo estamos a “proceder a um alargamento contra legem do ilícito o que corresponde ainda a uma violação do princípio da legalidade”.⁴¹²

Após tudo isso, como RUI PEREIRA acaba por reconhecer, “resta pois, por exclusão de partes, a bem pouco satisfatória solução de reconhecer que há um vazio sancionatório”,⁴¹³ apresentando como solução “uma rápida e pontual intervenção legislativa”,⁴¹⁴ caso contrário corre-se o risco de legalizar o consumo de droga pelo motivo de não poderem ser condenadas “as condutas menos graves e censuráveis em que estejam em causa quantidades inferiores de droga, à luz do n.º 1 do artigo 13.º da CRP”.⁴¹⁵

4.3 - Do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e a incriminação do consumidor.

Para um cabal entendimento deste ponto, é fundamental conjugar os seguintes artigos: os artigos 21.º, 25.º e 40.º do DL n.º 15/93, e os artigos 2.º, n.º 1 e 2, e o 28.º da Lei n.º 30/2000. Deste processo, chega-se à conclusão que quando um indivíduo, ao deter quantidade de droga superior ao consumo médio para dez dias, e mesmo sendo para consumo próprio, este incorre numa conduta punida criminalmente pelo artigo 21.º ou por via do artigo 25.º,⁴¹⁶

⁴⁰⁸ Idem, p. 1175.

⁴⁰⁹ DIAS, J. de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 177 e ss.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ Idem, p. 1176.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Idem.

⁴¹⁶ É de todo pertinente “convocar o tráfico de menor gravidade, Art.º 25.º do DL n.º 15/93 [e] considerar que o destino ao consumo, é, no contexto daquele tipo legal, uma circunstância que diminui de forma acentuada a ilicitude do facto, Art.º 72º do CP”. Acórdão do TRP, de 07/12/05, Proc. n.º 0442812, disponível em www.dgsi.pt

ambos do DL n.º 15/93, sem esquecer as eventuais circunstâncias atenuantes do artigo 26.º do mesmo diploma legal.

Os autores que se destacam na defesa desta tese⁴¹⁷ são ARTUR MATIAS PIRES e MNUEL JOSÉ GONÇALVES PEREIRA. ARTUR PIRES destaca três ideias bases para a defesa desta solução e para o vazio sancionatório já assinalado. A primeira é que “a quantidade de estupefacientes que o agente adquiriu ou detinha é um elemento objectivo importante (...) para a tipificação das condutas”.⁴¹⁸ Como segunda ideia, invoca a relação preço/qualidade da droga com a possibilidade de aquisição da mesma, tendo em conta o tipo de consumidores.⁴¹⁹ Ou seja, os diferentes tipos de consumidores, segundo este raciocínio lógico, não terão em sua posse uma quantidade apreciável de droga. Esta quantidade apreciável de droga é a terceira ideia base da argumentação porque este autor define-a como “aquela que excede a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”.⁴²⁰

Segundo este mesmo autor, não há espaço de manobras nem para dúvidas, ao responder afirmativamente à seguinte questão: “Será uma dose diária que “transforma” um consumidor num traficante”?⁴²¹ Isso porque de acordo com o artigo 9.º, n.º 3 do CC, na lei encontramos “as soluções mais acertadas” e a solução que a lei nos apresenta é que só pode ser considerada aquisição e detenção de estupefacientes para consumo quando a quantidade não ultrapasse o limite previsto no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000. É da mesma opinião MANUEL PEREIRA ao assumir que “tal descriminalização do consumo apenas ocorre para as condutas abarcáveis no âmbito do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000”.⁴²²

O que o legislador pretendeu salvaguardar foi “a possibilidade de um arguido, recorrendo a experientes (...) advogados e a falsas mas bem industriadas testemunhas (...) vir

⁴¹⁷ No acórdão do TRP, de 07/12/05, Proc. n.º 0442812, disponível em www.dgsi.pt Guedes Valente é citado como autor que defende a tese da incriminação da conduta, na sua obra Consumo de Drogas – Reflexões sobre o quadro legal, 1.ª edição, Almedina, 2002.

Actualmente, o autor não é da mesma opinião, cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo de Drogas... op. cit. pp. 137 e ss.

⁴¹⁸ PIRES, Artur Matias, Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio, in *Revista do Ministério Público*, n.º 93, ano 24.º, Jan./Mar., 2003, p. 116.

⁴¹⁹ O consumidor toxicodependente e o consumidor ocasional.

⁴²⁰ PIRES, Artur Matias, Ainda sobre... op. cit. p. 116

⁴²¹ Idem, p. 117.

⁴²² PEREIRA, Manuel José Gonçalves, Detenção de estupefaciente em quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25.º, Jan./Mar., 2004, p. 128.

“provar” em julgamento que a quantidade de estupefaciente que detinha (...) se destinava ao consumo próprio”.⁴²³

Esta solução permite distinguir, sem margem de erro, o limiar entre o que pode ser considerado uma contra-ordenação e o que é crime.⁴²⁴ Ou seja, “o legislador utilizou como técnica legislativa a criação de limites quantitativos para delimitar claramente a responsabilidade criminal da responsabilidade contra-ordenacional”.⁴²⁵ Esta técnica foi empregue para, nos casos de condução de veículo rodoviário em estado de embriaguez, distinguir claramente o crime previsto e punido nos artigos 292.º do CP e artigo 81.º do CE, das contra-ordenações graves ou muito graves. Não havendo espaço para dúvidas, o arguido nunca poderá alegar “a falta de consciência da ilicitude do facto, nos termos do artigo 17.º, n.º 1, do CP”.⁴²⁶

Diferente de tudo o que foi dito até agora são as situações em que, depois de empregar todas as capacidades de averiguação ao alcance do poder judicial ou de investigação, não é possível determinar se a droga que o indivíduo adquiriu ou detinha era para seu consumo ou se era para tráfico. Nestes casos, e se o arguido/defesa não conseguir provar que a droga era para seu consumo e não para ceder a terceiros, será punido por tráfico.⁴²⁷ Contudo, VITOR PAIVA não concorda com tal posição, porque desta forma estamos “a impor ao arguido, em processo penal, o ónus da prova dos factos que lhe fossem favoráveis. É, pelo contrário, ao tribunal que cabe, no uso do poder/dever de investigação oficiosa que sobre ele impede, (cfr., nomeadamente, o teor do artigo 340.º do CPP) promover a prova de todos os factos”.⁴²⁸

Para concluir, ARTUR PIRES resume-nos o que foi alcançado com a Lei n.º 30/2000. Ela veio “descriminalizar o consumo de estupefacientes e (...) descriminalizar a aquisição e a detenção de estupefacientes para consumo próprio, desde que não exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”.⁴²⁹ Fora destes parâmetros, o indivíduo incorrerá num dos crimes de tráfico previstos no DL n.º 15/93.

⁴²³ PIRES, Artur Matias, Ainda sobre... op. cit. p. 116.

⁴²⁴ Idem, p. 119.

⁴²⁵ PEREIRA, Manuel José Gonçalves, Detenção de estupefaciente em quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal in *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25.º, Jan./Mar., 2004, pág. 133.

⁴²⁶ PIRES, Artur Matias, Ainda sobre...op. cit. p. 119.

⁴²⁷ PAIVA, Vítor, Breves notas... op. cit. p. 147.

⁴²⁸ Idem.

⁴²⁹ PIRES, Artur Matias, Ainda sobre... op. cit. p. 120.

4.4 - Da interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

Esta tese auxilia-se fundamentalmente na revogação do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, que revogou o artigo 40.º do DL n.º 15/93, que antes criminalizava o consumo, aquisição e detenção para consumo próprio de produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas, isso porque com o artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, o legislador pretendeu inequivocamente descriminalizar todo o consumo, mas não despenalizar obviamente.

Sempre que se verificar que a droga era para consumo próprio, independentemente da quantidade,⁴³⁰ a fronteira entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal foi traçada pelo legislador com a criação desta última lei.

Esta posição estabelece que estas situações descritas enquadram-se perfeitamente no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, contudo, existe outro ponto assente entre todos que a defendem. A de que “a toxicodependência deve ser encarada como uma doença, a ser tratada, e não como um ilícito penal a punir”,⁴³¹ ideia que vem consagrada na Proposta de Lei n.º 31/VIII, e onde se lê que “no essencial, o regime sancionatório proposto caracteriza-se por consagrar soluções reveladoras da opção no sentido de a toxicodependência ser encarada como uma doença, privilegiando, conseqüentemente, o tratamento voluntário”.⁴³²

Na defesa desta posição, destacam-se INÊS BONINA, LOURENÇO MARTINS, GUEDES VALENTE E EDUARDO MAIA COSTA.

Como defende INÊS BONINA, um dos entendimentos perfilhado nesta tese é “que se integrem no n.º 1 do mesmo preceito (artigo 2.º da Lei n.º 30/2000) situações em que a quantidade de estupefaciente exceda tais parâmetros (quantidade de estupefaciente que ultrapassa a dose média individual para dez dias) mas a conduta não seja susceptível de se integrar na incriminação do artigo 25.º do DL n.º 15/93”.⁴³³ É do mesmo entendimento GUEDES VALENTE ao optar e assumir como a mais correcta a tese de INÊS BONINA.⁴³⁴

Quanto aos restantes autores, não podemos deixar de aqui citar LOURENÇO MARTINS nem EDUARDO MAIA COSTA como defensores de uma interpretação extensiva

⁴³⁰ Desde que não seja notório que a quantidade exceda claramente o propósito para o consumo pessoal.

⁴³¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. p. 140.

⁴³² BONINA, Inês, *Descriminalização do consumo de estupefacientes – Detenção de quantidade superior a dez doses diárias*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 89, ano 23.º, Jan./Mar., 2002, p. 187.

⁴³³ *Idem*, p. 188.

⁴³⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. p. 142.

do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000. O primeiro, por entender “que o consumo, a aquisição e detenção para consumo de quantidade superior à necessária para dez doses médias individuais, é punível como contra ordenação, graduada também em função de tal quantidade”^{435,436} e EDUARDO MAIA COSTA,⁴³⁷ que aborda a questão da quantidade de produto estupefaciente como uma “questão secundária”, evidenciando sim o tratamento que é necessário dar aos toxicodependentes, isso porque a Lei n.º 30/2000, é dirigida “a todo o consumo e a todos os consumidores (especialmente os mais dependentes). Seria, pois, incongruente excluir, remetendo para o caduco crime de consumo, as situações que eventualmente se encontram mais carenciadas de tratamento com o novo quadro legal”⁴³⁸.

Como já referido precedentemente, o artigo 40.º do DL n.º 15/93, foi expressamente revogado⁴³⁹ e isso leva a que não seja ignorado ou que sofra “manipulações”.⁴⁴⁰ Assim, fica a restar, para assegurar a defesa desta posição, pôr de parte a incriminação destas situações pelos artigos 21.º ou 25.º do DL 15/93, porque, como diz LOURENÇO MARTINS, “contra-ordenação nunca poderia deixar de ser, nesta perspectiva, já que o indivíduo sempre detinha (pelo menos) dez doses médias individuais”⁴⁴¹ e pelo facto de “a quantidade de droga nunca transformar o consumidor em traficante. Ou de outro modo, o tráfico e consumo, são, no sistema da lei, tipos alternativos”.⁴⁴² Acresce ainda referir que, como se aludiu no capítulo do enquadramento jurídico, se existir tráfico e consumo tal consubstanciará sempre um concurso. Segundo esta tese, haverá portanto concurso de crime de tráfico e contra-ordenação pelo consumo.

O ilustre professor JOSÉ FARIA COSTA resume muito bem o que LOURENÇO MARTINS pretende demonstrar, com uma simples questão. “Como compreender que a posse

⁴³⁵ MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga – nova política...* op. cit. p. 450.

⁴³⁶ No mesmo sentido LEAL, Celso, *Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “Não Constitucionalidade” do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 119, ano 30.º, Jul./Set., 2009, p. 190.

⁴³⁷ “Porém, não me parece hoje ser essa a melhor interpretação da lei” in COSTA, Eduardo Maia, *Detenção de estupefacientes – Finalidades da detenção – Dever de investigação pelo tribunal*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, ano 24.º, Jul./Set., 2003, p. 130, sentido contrário ao que defendia anteriormente em COSTA, Eduardo Maia, *Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 87, ano 22.º, Jul./Set., 2001, pp. 147 e ss.

⁴³⁸ COSTA, Eduardo Maia, *Detenção de...* op. cit. p. 131.

⁴³⁹ Excepto quanto à continuação de punir o cultivo nestas circunstâncias.

⁴⁴⁰ “Com efeito, imputar a prática de um ilícito a alguém com base na interpretação restritiva de norma revogatória parece-nos, no mínimo, atentatório da segurança jurídica, da justiça material e dos direitos de defesa do arguido”. BONINA, Inês, *Descriminalização do...* op. cit. p. 186.

⁴⁴¹ MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga...* op. cit. p. 450.

⁴⁴² MARTINS, A. G. Lourenço, *Comentário...* op. cit. p. 228.

de 1 (uma!) dose de droga a mais faça variar extraordinariamente não só a sanção, mas também a própria natureza do ilícito (de contra-ordenação para crime)?⁴⁴³ E o mesmo vai mais longe ao criticar a forma como são definidas as quantidades que estabelecem as doses médias individuais, “à luz de um critério que só pode ser estatístico e que, por isso, sempre terá que considerar as especificidades daquele consumidor de estupefacientes”^{444,445}.

Avocando novamente INÊS BONINA, a mesma olha para todo o sistema legal que pune o consumo e o tráfico de estupefacientes, e em especial à parte que toca directamente no tema em análise, e diz-nos que é quase obrigatório fazer “uso do elemento sistemático. Olha-o, tomando em consideração as razões que estiveram na base da aprovação da Lei n.º 30/2000”⁴⁴⁶ e isso é o mesmo que dizer que o toxicodependente deve ser considerado como um doente que necessita de tratamento e não se consegue isso punindo de forma mais grave os consumidores porque isso é “subverter o sistema e as opções tomadas”.⁴⁴⁷

Carece porém, aclarar somente o ponto relativo ao n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, que estabelece que as substâncias não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Ao que parece, cingindo-nos somente à letra da lei, a mesma faz depreender que existe “um critério de consumo médio para dez dias como limite de consumo”.⁴⁴⁸ A solução para esta aparente questão, e que respeita “o profundo espírito da lei”⁴⁴⁹ é impor a este número “uma função meramente indicativa ou orientadora para o aplicador na distinção entre o tráfico e o consumo”,⁴⁵⁰ o que equivale a dizer que “o legislador quis descriminalizar mais que aquilo que, aparentemente, descriminalizou”.⁴⁵¹

Dever-se-á aqui ressaltar que INÊS BONINA, apesar de assumir que o legislador pretendeu “estabelecer uma plataforma de consumo médio de dez dias, para o consumo de

⁴⁴³ COSTA, José de Faria, Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3930, ano 134.º, 2002, p. 278.

⁴⁴⁴ Idem.

⁴⁴⁵ Sobre este assunto em concreto, atente-se a AGOSTINHO, Patrícia Narí, Posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo médio individual durante dez dias, in *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25.º, Jan./Mar., 2004, p. 142.

⁴⁴⁶ BONINA, Inês, *Descriminalização...* op. cit. p. 187.

⁴⁴⁷ Idem.

⁴⁴⁸ COSTA, Eduardo Maia, Detenção de estupefacientes – Finalidades da detenção – Dever de investigação pelo tribunal in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, ano 24.º, Jul./Set., 2003, p. 131.

⁴⁴⁹ Idem.

⁴⁵⁰ Idem.

⁴⁵¹ PAIVA, Vítor, *Breves notas...* op. cit. p. 149.

estupefacientes”,⁴⁵² diz-nos que não é a melhor solução⁴⁵³ porque não está totalmente refutada a hipótese de o legislador pretender salvaguardar os casos em que uma quantidade de droga, que ultrapasse os dez dias, poder destinar-se a tráfico.⁴⁵⁴

Para concluir, esta posição parece abraçar a finalidade e a alteração de mentalidade que atingiu a sociedade, e até o poder legislativo, ao começar a tratar o consumidor como um doente, visto que a grande preocupação sempre foi “a de reprimir essencialmente o tráfico e não martirizar mais os consumidores”.⁴⁵⁵

4.5 - Da interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

Como já amplamente exposto, a norma revogatória que consta na Lei n.º 30/2000, nomeadamente, o seu artigo 28.º, revogou o artigo 40.º DL n.º 15/93, excepto no que diz respeito ao cultivo, e isso é o que nos diz expressamente a letra da lei. Todavia, segundo esta posição, este último artigo mantém-se ainda em vigor, não só na parte que prevê e pune o cultivo, mas in totum, isso porque deve-se fazer uma interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000.⁴⁵⁶

Assim, nas situações em que um indivíduo detém ou adquiriu estupefaciente em quantidade superior à média para dez dias, é punido pelo artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93, sendo que nos casos de não ultrapassada tal quantidade e o fim a dar ao estupefaciente permanecer exclusivamente para consumo, é punido com uma contra-ordenação.

Evidencia-se mais uma vez, que o acórdão do STJ n.º 8/2008, fixou jurisprudência no sentido em que “não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, o artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, manteve-se em vigor não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”.

⁴⁵² BONINA, Inês, *Descriminalização...* op. cit. p. 187.

⁴⁵³ A melhor solução adviria de uma intervenção legislativa, segundo Inês Bonina.

⁴⁵⁴ COSTA, José de Faria, *Algumas breves...* op. cit. p. 278.

⁴⁵⁵ LEAL, Celso, *Droga. Aquisição...* op. cit. p. 193.

⁴⁵⁶ Cristina Monteiro diz-nos que “a lei n.º 30/2000 fornece ao estudioso do direito um bom exemplo do que não deve fazer-se quando se pretende introduzir uma mudança parcelar num todo normativo coerente que já existe” in MONTEIRO, Cristina Líbano, *O consumo...* op. cit. p. 86.

Esta decisão foi de encontro ao que Cristina Monteiro⁴⁵⁷ vinha a defender, e foi notória a influência que a mesma teve aquando desta decisão do STJ, bem como MAIA COSTA,⁴⁵⁸ que posteriormente se pronunciou noutro sentido, no da interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

CRISTINA MONTEIRO afasta-se nitidamente da incriminação de tal conduta pelo tráfico, fazendo tal separação através de dois juízos. “O fim do agente (a intenção para além do dolo de destinar aquela quantidade de droga ao simples consumo próprio) e a quantidade de produto (não mais do que dez doses diárias individuais)”.⁴⁵⁹ Daqui extraímos claramente que CRISTINA MONTEIRO, será também da opinião que um consumidor não é um criminoso, mas sim alguém que precisa de tratamento, e da mesma forma devem ser tratados os consumidores toxicodependentes e isso, segundo a mesma autora, foi algo que o legislador pretendeu salvaguardar ao ter pretendido dar ênfase à “ideia segundo a qual a quantidade de droga nunca transforma o consumidor em traficante”.⁴⁶⁰

Em suma, não é possível crer que uma lei, que veio descriminalizar o consumo (ainda que tenha trazido consigo as dúvidas versadas neste trabalho), que “benfazeja para o consumidor, pretenda que uns gramas de droga transformem um “doente” a proteger num autêntico traficante”.⁴⁶¹ Assim, “a solução natural é «ressuscitar» o artigo 40º. «natural» porque a nova contra-ordenação do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000 é como que uma «parcela» destacada desse artigo 40.º, a parcela mais «benigna» e por isso merecedora de um regime punitivo mais suave”.⁴⁶²

CRISTINA MONTEIRO abraça tal opinião, ao dizer que “onde as palavras parecem apontar para um completo desaparecimento do artigo 40.º da lei de 93 (excepto no que diz respeito ao cultivo), deve entender-se que este continua a reger os casos de consumo, aquisição e detenção para consumo não convertidos em contra-ordenações”.⁴⁶³

Todavia, ao que parece, nem tudo é perfeito pois a “letra da lei é muito clara: o artigo 40.º é revogado, «excepto quanto ao cultivo»”,⁴⁶⁴ sendo este o maior entrave, que o STJ, como

⁴⁵⁷ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. p. 68.

⁴⁵⁸ COSTA, Eduardo Maia, Breve nota...op. cit. p. 147 e ss.

⁴⁵⁹ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. p. 68.

⁴⁶⁰ Idem, p. 89.

⁴⁶¹ Idem.

⁴⁶² COSTA, Eduardo Maia, Breve nota... op. cit. p. 149.

⁴⁶³ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. p. 89.

⁴⁶⁴ COSTA, Eduardo Maia, Breve nota...op. cit. pp. 149-150.

veremos, teve também que ultrapassar. MAIA COSTA, não se cingindo somente à letra da lei, evoca o artigo 9.º do CC, que estatui que a “interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo”.⁴⁶⁵ Não satisfeito, o mesmo autor evoca ainda , de igual modo, o n.º 3 do mesmo preceito porque o intérprete da lei deve entender que “o legislador consagrou as soluções mais acertadas”⁴⁶⁶ aquando da elaboração da lei.

Continua dizendo que “da análise ao artigo 9.º do CC, “circunscrevendo a revogação às situações que são doravante abrangidas pela contra-ordenação do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000 (...), mantém-se no mais a vigência do artigo 40.º do DL n.º 15/93”.⁴⁶⁷ Assim, ao que parece, as normas constantes no artigo 9.º do CC são respeitadas e cumpridas.

Depois do que foi dito anteriormente, MAIA COSTA clarifica-nos sobre o que originou todo este problema. “O legislador optou por “uma redacção ambígua, em que (...), acabou por dizer mais (revogação in totum do artigo 40.º com excepção do cultivo), quando queria dizer apenas revogação do artigo 40.º para os casos abrangidos pela nova contra-ordenação”!⁴⁶⁸

Bastantes são aqueles que aduzem que esta interpretação origina uma “ampliação incriminatória”, mas MAIA COSTA vem dizer o contrário, que se trata apenas da “manutenção da situação anterior”,⁴⁶⁹ quando o julgador sabia perfeitamente que, nos casos para consumo e, independentemente da quantidade de estupefaciente, a conduta era sempre enquadrada no artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93, logo, a Lei n.º 30/2000, veio somente descriminalizar os factos delimitados no artigo 2.º, n.º 2 da mesma lei, ficando o consumo a ser regido, doravante, por dois diplomas legais. Pelo DL n.º 15/93, e pela Lei n.º 30/2000. E, de acordo com MAIA COSTA, “foi isso que o legislador quis fazer e acabou por fazer, vendo bem as coisas...”⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ Art.º 9.º, n.º 1, do CC.

⁴⁶⁶ Art.º 9.º, n.º 3, do CC..

⁴⁶⁷ COSTA, Eduardo Maia, Breve nota... op. cit. p. 150.

⁴⁶⁸ Idem.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ Idem.

CAPÍTULO V – A JURISPRUDÊNCIA APÓS A LEI N.º 30/2000, DE 29 DE NOVEMBRO

“Se a jurisprudência se pode considerar a virtude da prudência aplicada ao direito, como a ciência do justo e do injusto, logo se aceitará que se trata de uma ciência prática e não especulativa, no pressuposto de que o direito não pode atingir a certeza das matemáticas ou das ciências da natureza”.

(Lourenço Martins)⁴⁷¹

5.1 - Nota introdutória.

Tal como na doutrina, também na jurisprudência as referidas teses estiveram em confronto. Contudo, em sede da aplicação do Direito, a querela levantada com aquela revogação, revela-se de especial importância, uma vez que será aqui que os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos estarão expostos ao poder punitivo do Estado. Julgamos pois, que tratar-se-á sobretudo de uma questão de certeza e segurança jurídicas.

Neste capítulo veremos então, algumas decisões dos nossos tribunais que perfilharam as teses supra mencionadas, facto, que como observaremos, esteve na génese do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008.

5.2 - Das decisões dos tribunais superiores.

Apesar de já dissecado, ponderamos nunca ser de mais, apontar o busílis do problema. O DL n.º 15/93, que versa sobre o “tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”,⁴⁷² criou um leque de crimes, sendo de salientar o seu artigo 21.º, o qual serviu de referência para outros tipos de crimes contemplados, respectivamente, nos artigos 24.º, 25º e 26.º. Estes últimos divergem, respectivamente, do citado artigo 21.º pela existência de circunstâncias agravantes na conduta do indivíduo; quando a ilicitude do facto é

⁴⁷¹ MARTINS, Lourenço, Comentário... op. cit. p. 218.

⁴⁷² Art.º 1.º do DL n.º 15/93.

consideravelmente reduzida⁴⁷³ e pelas circunstâncias de o agente ter como única⁴⁷⁴ finalidade sustentar o seu consumo de drogas. Porém, o legislador teve a plena consciência de dividir o crime de tráfico do de consumo, reforçando esta tese na letra da lei do artigo 21.º, quando ressalva “fora dos casos previstos no artigo 40.º”.

Acarreta também referir que o “crime de tráfico de estupefacientes, em qualquer das suas modalidades, é um crime de perigo abstracto, pelo que não se exige, para a sua consumação, a existência de um dano social ou efectivo”.⁴⁷⁵ Ou seja, logo que o bem jurídico que a norma defende, neste caso, o da saúde pública, é posto em perigo está consumado o crime de tráfico, bastando para isso a mera detenção de produto estupefaciente.

No que concerne ao artigo 40.º do DL n.º 15/93, este “contemplava todas as situações de detenção de estupefacientes para consumo pessoal, independentemente da quantidade detida. A afectação da droga ao consumo bastava para afastar a punição como tráfico”.⁴⁷⁶ Assim, anteriormente o consumo estava previsto como crime, motivo pelo qual se optou pela descriminalização dessa conduta, e como vimos, isso ocorreu com o artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, que revogou o artigo 40.º. Contudo, descriminalizar é diferente de legalizar. Desta forma, com o artigo 2.º da já citada lei passou a prever-se o consumo como uma actividade ilícita, mas daquele momento em diante, como ficou enquadrado no âmbito contra-ordenacional, a censura social e jurídica daquela conduta ficou garantida.⁴⁷⁷

Contudo, nem tudo é tão claro e linear como aparenta ser. O n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, parece impor aquele limite do consumo médio individual durante o período de dez dias, sendo aqui como vimos, que onde reside o problema.⁴⁷⁸ Esta “aparente” lacuna, tal como na doutrina, veio criar dificuldades jurídicas na aplicação correcta da lei pelos tribunais

⁴⁷³ Como bem vem expresso no acórdão do STJ, de 13/09/2006, Proc. n.º 06P1929, ao assumir que esta é “a forma que o legislador, por razões de justiça material, em nome da proibição de excesso e da proporcionalidade, encontrou para acudir aos casos em que o desvalor da acção se mostra digno de menor censura e reprovação penal, à luz do sentimento de justiça reinante na comunidade”.

⁴⁷⁴ Eduardo Maia Costa acha absurdo que a lei afaste “a generalidade das situações que poderiam cair sob a alçada desta incriminação, pois normalmente o traficante-consumidor (...) trafica para poder consumir mas também para poder sobreviver, [logo] a distinção entre sustentar o “vício” e sobreviver não faz sentido”. COSTA, Eduardo Maia, Direito penal da droga... op. cit. p. 108.

⁴⁷⁵ Acórdão do TRP, de 10/05/06, Proc. n.º 0547038, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁷⁶ Acórdão do TRL de 03/05/07, Proc. n.º 10048/06-5, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁷⁷ “A valorização da intervenção de Portugal (...) na definição e concretização de estratégias e iniciativas comuns face ao problema da droga, bem como a articulação das políticas nacionais com os compromissos internacionalmente assumidos”. RCM n.º 46/99.

⁴⁷⁸ As quantidades máximas permitidas para o consumo médio individual diário são as estabelecidas no Art.º 9.º e pelo mapa em anexo à Portaria n.º 94/96.

e é sobre esta questão que nos debruçaremos neste reduto. Neste sentido, veja-se o acórdão do TRP, de 07/12/05, onde vem expresso que existem “dificuldades na integração jurídico-penal de condutas relativas ao consumo de estupefacientes (excluído o cultivo de tais substâncias), quando, em termos de quantidade, é excedida a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”.⁴⁷⁹

De acordo com o artigo 202.º da CRP, cabe aos tribunais a função jurisdicional, quando vem plasmado, no seu n.º 1, que os “tribunais administram a justiça em nome do povo”, com a clara salvaguarda da sua independência, e estes orientam-se somente pelo que a lei definir.⁴⁸⁰ Os tribunais portugueses, desde logo, perante esta situação, denotaram em diversos acórdãos e sentenças, uma diferente interpretação da própria lei. Esta falta de unanimidade deve-se, em muito, às diferentes posições jurisprudenciais e doutrinárias que, como vimos, desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, têm sido assumidas.

No mínimo, já se originou uma desconfortável instabilidade no seio judicial e, com isso, podem estar em causa certos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, plasmado no artigo 13.º da CRP e ainda o disposto no artigo 29.º, especificamente, o n.º 1 e 3. A partir daí deparámo-nos com um efeito semelhante ao de uma “bola de neve”. Por outras palavras, abriu-se caminho a inúmeros recursos para o STJ e até para o TC.⁴⁸¹

Atente-se, antes de mais, que o TC no Processo n.º 776/2002,⁴⁸² considerou não ser inconstitucional, após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, a interpretação de que ultrapassada a quantidade de estupefaciente superior à média para dez dias, o agente comete o crime de tráfico de menor gravidade.

Para o presente capítulo, consideraremos como hipótese de estudo que quatro indivíduos são julgados na mesma ocasião, mas cada um num tribunal diferente. O MP acusa todos do mesmo crime, o previsto no artigo 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, ainda que enquadrável

⁴⁷⁹ Na mesma senda, o acórdão do STJ, de 25/06/08, Proc. n.º 06P4684, quando, na matéria de direito, assume que “o legislador não se tinha debruçado sobre as situações em que alguém detém exclusivamente para o consumo pessoal, quantidade de substância proibida que exceda os 10 dias”.

⁴⁸⁰ Art.º 203.º da CRP.

⁴⁸¹ Acórdão do STJ de 25/06/2008, Processo n.º 06P4684 in www.dgsi.pt

⁴⁸² In http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst_main.php?ficha=1&pagina=1&nid=1662 – Consultado em 21/06/2012.

no tipo privilegiado do artigo 25.º, sendo que os factos foram praticados pelos arguidos após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.⁴⁸³

Nos julgamentos ficou provado que cada arguido tinha adquirido ou tinha em sua posse determinada quantidade de produto estupefaciente,⁴⁸⁴ mas que a quantidade do mesmo ultrapassava o necessário para o consumo médio individual durante o período de dez dias. Ficou também determinado que a posse e/ou aquisição de todo o produto se destinava somente para consumo, logo passível de ser enquadrado na Lei n.º 30/2000.

Atendendo a toda esta matéria de facto, cabe aos quatro tribunais decidir de acordo com cada um dos processos, para que seja feita justiça, e para tal foram delineadas as seguintes hipóteses:

5.2.1 - Da absolvição do arguido, sem imputação criminal ou contra-ordenacional.

Aqui o Tribunal A absolveu o Arguido A do crime que lhe era imputado, não havendo lugar a procedimento criminal, nem a procedimento contra-ordenacional. Nesta hipótese, em que o Tribunal determinou que o arguido não praticou qualquer crime e, por isso, não foi dado qualquer conhecimento da decisão à entidade competente para um eventual procedimento contra-ordenacional, não encontramos uma decisão de um tribunal superior que optasse pela mesma decisão. Porém, alguns Tribunais de 1ª Instância alegaram a existência de um vazio sancionatório para a absolvição dos factos imputados aos arguidos, ilibando-os de igual modo do regime contra-ordenacional.

Por exemplo, ao recorrer ao acórdão do STJ de 25/06/08.⁴⁸⁵ tivemos acesso à decisão em processo comum (processo n.º 1934/04.9 PAPT), a 05/07/06, do Tribunal Colectivo do 2.º Juízo Criminal de Portimão. Ao arguido em questão estava imputado o crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido no artigo 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, por deter 26,939

⁴⁸³ Esse apontamento é importante porque deve-se aplicar sempre a lei mais favorável ao arguido e também porque a lei em questão veio descriminalizar o consumo de substâncias proibidas.

⁴⁸⁴ Que constam nos mapas em anexo à Portaria n.º 94/96.

⁴⁸⁵ Posição da 1ª Instância. “Os factos provados, e já referidos, levam à conclusão que o arguido não praticou o crime pelo qual vem acusado, nem qualquer outro, nem sequer uma contra-ordenação, e tal basicamente porque a Lei 30/2000, ao revogar o Art.º 40.º do DL 15/93 (à excepção do cultivo), não previu situações como a dos autos em que se provou que o arguido detinha substância proibida, exclusivamente para o seu consumo pessoal para cerca de dois meses (logo para mais de dez dias). Ora, o Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, já em vigor à data da prática dos factos (destes autos), revogou expressamente o Art.º 40.º do DL n.º 15/93, excepto quanto ao cultivo”. Disponível em www.dgsi.pt

gramas de resina de cannabis,⁴⁸⁶ vulgo, haxixe. Contudo, o Tribunal optou por absolvê-lo de qualquer prática criminal ou contra-ordenacional porque “a Lei n.º 30/2000, ao revogar o artigo 40.º do DL n.º 15/93 (à excepção do cultivo), não previu situações (...) em que se provou que o arguido detinha substância proibida, exclusivamente para o seu consumo pessoal para cerca de dois meses”.⁴⁸⁷ Desta decisão interpôs recurso o MP por considerar que “o douto acórdão recorrido, ao entender que a detenção para consumo de 26,939 gramas de resina de cannabis por parte do arguido A não configura, nem crime, nem contra-ordenação, conduz a um absurdo jurídico”.⁴⁸⁸

No mesmo sentido parece apontar a decisão pronunciada pelo Tribunal de 1.ª Instância, à qual tivemos acesso graças ao acórdão do TRE, de 14/12/04, proferida no processo n.º 1776/04-1.⁴⁸⁹ Foi imputado aos arguidos, que detinham 50,910 gramas de haxixe, um crime de consumo de estupefacientes previsto e punido pelo artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93. Outro entendimento teve este Tribunal ao assumir que os factos atribuídos aos arguidos na acusação não constituam crime e logo ordenou o arquivamento dos autos.⁴⁹⁰ Esta posição foi tomada pelo facto do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, “revogar expressamente o artigo 40.º do DL n.º 15/93, apenas com uma excepção da previsão nele contida, relativa a cultivo de estupefacientes”.⁴⁹¹ O MP, inconformado com a decisão, recorreu da mesma e foi-lhe dada razão pelo Tribunal da Relação de Évora ao considerar que “os factos imputados aos arguidos integram a prática de um crime p. e p. no artigo 25.º da Lei n.º 15/93”.⁴⁹²

5.2.2 – Da condenação do arguido pelo crime de tráfico de estupefacientes.

⁴⁸⁶ Tabela I-C anexa ao DL n.º 15/93.

⁴⁸⁷ AC. do STJ de 25/06/08, Proc. n.º 06P4684, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁸⁸ O STJ deu razão e provimento ao recurso do MP ao decidir-se por “condenar o arguido AA, pela prática do crime p. e p. pelo n.º 2 do Art.º 40.º do DL n.º 15/93”.

⁴⁸⁹ Posição da 1.ª Instância “Segundo a acusação os arguidos tinham na sua posse com destino ao consumo próprio 50,910 gramas de haxixe que daria para cerca de 101 doses individuais. Embora o artigo 2º da Lei n.º 30/2000 de 29.11, qualificando como contra-ordenação o consumo aquisição e detenção para consumo próprio de estupefacientes, refira depois que tal apenas ocorre se a quantidade não exceder a necessária para o consumo médio individual durante dez dias, é incontornável que o artigo 28º da mesma lei revoga expressamente o artigo 40º do DL n.º 15/93, apenas com uma excepção da previsão nele contida relativa a cultivo de estupefacientes. Assim, parece-nos lapidar a conclusão de que os factos imputados aos arguidos na acusação não constituem crime.” Disponível em www.dgsi.pt

⁴⁹⁰ Não conseguimos apurar se dos autos foi mandado retirar certidão para dar conhecimento à entidade competente para o processamento das contra-ordenações contra os arguidos porque no acórdão não é feita qualquer menção sobre este pormenor.

⁴⁹¹ Ac. do TRE, de 14/12/04, Proc. n.º 1776/04-1, disponível em www.dgsi.pt

⁴⁹² Idem.

Aqui o Tribunal B condena o Arguido B pelo crime previsto e punido pelo artigo 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93,⁴⁹³ ou pelo artigo 25.º do mesmo diploma legal.⁴⁹⁴

Neste caso, deve-se proceder a uma conjugação dos artigos 21.º e 25.º do DL n.º 15/93, porque apesar de as situações de detenção para consumo que excedam as doses médias individuais para dez dias (tendo sempre em conta o número a mais de doses estabelecido pela Portaria n.º 94/96) serem punidas como um ilícito criminal por via dos artigos supracitados, muitas vezes estão reunidos os pressupostos do artigo 25.º, ou seja, como anteriormente visto, a ilicitude do facto é especialmente diminuta.

Como nossa referência, analisamos o acórdão do TRL, de 15/11/07, proferido no processo n.º 9117/07-9;⁴⁹⁵ o acórdão do TRP, de 07/12/05, proferido no processo n.º 0442812;⁴⁹⁶ e o acórdão do TRE, de 14/12/04, proferido no processo n.º 1776/04-1,⁴⁹⁷ de modo a demonstrar que já ocorreram punições criminais por um destes dois artigos. Vejamos, quando no acórdão da TRP vem expresso que “da conjugação dos artigos 25.º e 40.º do DL n.º 15/93 e dos artigos 2.º n.ºs 1 e 2, e 28.º da Lei n.º 30/2000, resulta que as situações para consumo (que exceda o legalmente previsto para consumo) (...) são punidas com pena de prisão de 1 a 5 nos ou com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias”. A decisão do Tribunal de 1.ª Instância, da qual o MP recorreu, foi a de condenar o arguido pelo crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, substituída depois por uma pena de multa. O TRP confirmou a decisão recorrida, apesar de o arguido deter, na altura dos factos, 31,018 gramas de cannabis. Alegou ainda o mesmo que, pelo motivo da substância se destinar ao mero consumo pessoal (o contrário não foi provado), trata-se de “uma circunstância que diminui de forma acentuada a ilicitude (...) desembocando numa pena de prisão substituída por multa”. O TRP não hesitou em manter a decisão recorrida.

No mesmo sentido, a decisão do TRE que enquadrou os factos imputados ao arguido no crime previsto e punido no artigo 25.º do DL n.º 15/93, por também considerar que a quantidade de 50,910 gramas de haxixe exceder a necessária para os dez dias permitidos

⁴⁹³ De acordo com o artigo em causa, a pena legal abstracta é de 4 a 12 anos de prisão.

⁴⁹⁴ Se o acto estiver enquadrado na alínea a) do Art.º 25.º, a pena legal abstracta é de 1 a 5 anos de prisão. Por outro lado, se for enquadrada nos pressupostos da alínea b) do mesmo artigo, a pena legal abstracta passa a ser de até 2 anos de prisão, que pode ser substituída por uma multa até 240 dias.

⁴⁹⁵ Do mesmo Tribunal da Relação, ver os acórdãos de 19/12/06, Proc. n.º 5788/06 e o de 17/10/06, Proc. n.º 3926/06, disponíveis em www.dgsi.pt

⁴⁹⁶ Do mesmo Tribunal da Relação, ver os acórdãos de 09/12/04, Proc. n.º 0415058 e o de 22/10/03, Proc. n.º 2387, disponíveis em www.dgsi.pt

⁴⁹⁷ Todos disponíveis em www.dgsi.pt

legalmente, ou seja, estão reunidos os pressupostos para se considerar a diminuta ilicitude do facto devido à pouca⁴⁹⁸ quantidade de estupefaciente.

Por último, perante as circunstâncias de facto em que o arguido detinha 7,754 gramas de cannabis e 0,853 gramas de Cocaína, o mesmo, e após recurso da decisão do Tribunal de 1.^a Instância por parte do MP, o TRL pronunciou-se pela revogação da decisão recorrida, imputando ao arguido um crime de tráfico de estupefacientes, previsto no DL n.º 15/93. Porém, e mais uma vez, este Tribunal da Relação mantém em aberto a possível conjugação do artigo 21.º com o artigo 25.º, do DL n.º 15/93.

Analisando as três decisões, muito semelhantes entre si, o mais certo é os Tribunais da Relação, como foram estes, optarem pelo enquadramento dos factos no crime de tráfico de menor gravidade, considerando sempre como factor para diminuir a ilicitude do facto, a reduzida quantidade de produto estupefaciente e também por, em sede de julgamento, não ficar provado que os arguidos não detinham o produto para seu exclusivo consumo, apesar de tal insinuação parecer paradoxal. Tal remete-nos para a questão da existência ou não de uma presunção legal de tráfico, quando ultrapassada a quantidade média de consumo para dez dias. Quem tem o ónus de provar? A este assunto, aludiremos em capítulo próprio.

Segundo a experiência que temos, esta tese, com base em tal presunção, é a mais utilizada nos tribunais de 1.^a instância. Muitas são as acusações por tráfico de menor gravidade mesmo após a publicação do AFJ n.º 8/2008 do STJ.

5.2.3 – Da absolvição do arguido e imputação em ilícito de mera ordenação social.

Neste caso, o Tribunal C absolveu o Arguido C do crime que lhe era imputado, enquadrando a conduta do arguido no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000.

Quando o Tribunal C decidiu-se por absolver o Arguido C, determinando o envio de certidão da decisão para a entidade competente para um eventual procedimento contra-ordenacional e não criminal,⁴⁹⁹ deixamos de nos encontrar num patamar criminal, mas sim no ramo do direito contra-ordenacional. Assim, optamos por analisar as decisões proferidas no

⁴⁹⁸ Não existem critérios legais que possam determinar se a quantidade detida no momento da interceptação é considerada muito ou pouca. Ficarà sempre ao critério do julgador avaliar isso.

⁴⁹⁹ De acordo com o Art.º 5.º da Lei n.º 30/2000, fazendo a devida ressalva às situações previstas no Art.º 3.º (tratamento espontâneo) da mesma lei.

acórdão do TRG,⁵⁰⁰ de 06/03/06, proferido no processo n.º 2538/05-2 e os acórdãos do TRP,⁵⁰¹ de 10/05/06 e o de 18/10/06, proferidos, respectivamente, nos processos n.º 0547038 e n.º 0643527.⁵⁰²

Ao analisar o acórdão do TRG torna-se claro que após a revogação do artigo 40.º do DL n.º 15/93, o mesmo passou somente a punir os factos que correspondiam a uma pena criminal, ou seja, para o assunto em estudo, passa a reger somente o tráfico, passando a punição do consumo para a esfera de punição da Lei n.º 30/2000.⁵⁰³

A decisão final do TRG foi a de determinar que “o tribunal recorrido comunique à entidade administrativa,⁵⁰⁴ competente para o processamento da contra-ordenação por consumo de estupefaciente, em conformidade com o enquadramento legal” e revogou automaticamente a sentença anterior. Podemos assumir que foram ponderados dois critérios que sobressaem na tomada desta decisão. O facto do artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, não excluir em parte alguma na letra do seu texto o consumo como conduta enquadrável neste mesmo artigo e o mesmo número não explicita se, no caso de a quantidade de droga exceder a barreira dos dez dias, se o n.º 1 não se aplica aos casos em que fica provado, em sede de julgamento, que o excesso é para consumo próprio.

Analisando os restantes dois acórdãos do TRP, as decisões vão no mesmo sentido, o de descriminalizar o consumo e enquadrar os factos imputados aos arguidos como sendo contra-ordenações. Como vem expresso no acórdão do TRP, de 18/10/06, foi “intenção do legislador, dar um tratamento mais benevolente ao consumo de estupefacientes, encarando-o primacialmente como doença”, daí a decisão ir ao encontro do que aqui foi descrito, o de integrar a conduta do arguido, que detinha 6,430 gramas de cannabis e ficou provado ser

⁵⁰⁰ Do mesmo Tribunal da Relação, ver os acórdãos de 23/09/02, Proc. n.º 381/02, o de 08/03/04, Proc. n.º 381/02, o de 08/03/04, Col. Jur., Tomo II, p. 290 e o de 10/03/03, Col. Jur., Tomo II, p. 287, disponíveis em www.dgsi.pt

⁵⁰¹ Do mesmo Tribunal da Relação, ver o acórdão de 18/06/03, Proc. n.º 0311307, disponível em www.dgsi.pt Ver ainda o Ac. do TRC de 15/12/2004, Proc. n.º 3452/04. “O consumo, a aquisição e a detenção de estupefacientes para consumo próprio, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, constitui contra-ordenação, e não crime.” O Ac. do TRC de 18/10/2006, Proc. n.º 210/05.4TAAND.C1, “A detenção de produtos elencados nas tabelas I-B e I-C anexas ao DL n.º 15/93, exclusivamente destinados ao consumo próprio, ainda que em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, constitui contra-ordenação prevista no Art.º 2.º da Lei 30/2000”, in www.dgsi.pt

⁵⁰² Todos estes acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt

⁵⁰³ Esta é a ideia presente no acórdão em análise que reforça esta tese: “o citado Art.º 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000, não tem a virtualidade de excluir do consumo a conduta do arguido. O n.º 2 em causa não diz que o n.º 1 não se aplica quando ocorre o dito excesso.”

⁵⁰⁴ CDTs.

somente para seu consumo, como tendo praticado uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, remetendo uma certidão do acórdão à entidade competente, nos termos do artigo 5.º da mesma Lei.

Sem grandes diferenças, o TRP, no seu acórdão de 10/05/06, interpretou que “a conduta do arguido integra a prática da contra-ordenação p. e p. pelo artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, (e deve-se) remeter certidão do acórdão à entidade competente, nos termos do artigo 5.º dessa Lei”. Neste último caso, apesar da quantidade do produto ser consideravelmente maior (119,040 gramas de Haxixe), não foi dado como provado que o arguido tencionava transaccionar este mesmo produto de modo a obter lucro com ele.

5.2.4 – Da condenação do arguido por crime de consumo.

Aqui, o Tribunal D, condena o Arguido D pelo crime previsto e punido pelo artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93.⁵⁰⁵

No que concerne a esta decisão, a base da mesma foi considerar que o produto estupefaciente que o arguido detinha e a sua atitude não poderem ser enquadradas quer no âmbito do artigo 21.º ou no do artigo 25.º, ambos do DL n.º 15/93, mas continuava a ser punido criminalmente, agora pelo artigo 40.º do mesmo diploma.

Para evidenciar que decisões semelhantes a esta já foram tomadas, avocamos o acórdão do TRP,⁵⁰⁶ de 22/11/06, proferido no processo n.º 0614664, o acórdão do TRL,⁵⁰⁷ de 03/05/07, proferido no processo n.º 10048/06-5 e o acórdão do TRC, de 16/06/04, proferido no processo n.º 1239/04.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ De acordo com o artigo em causa, a pena legal abstracta é de até 1 ano de prisão, que pode ser substituída por uma multa até 240 dias.

⁵⁰⁶ Do mesmo Tribunal da Relação, ver os acórdãos de 16/02/05, Proc. n.º 0414603, o de 12/01/05, Proc. n.º 0314384, o de 12/10/05, Proc. n.º 0416952, o de 09/02/05, Proc. n.º 0410428, o de 06/07/05, Proc. n.º 0445840, o de 11/02/04, Proc. n.º 0111514, o de 24/05/06, Proc. n.º 0640988, o de 26/11/03, Proc. n.º 0315028 e o de 16/11/05, Col. Jur., Tomo V, p. 221, disponíveis em www.dgsi.pt

⁵⁰⁷ Do mesmo Tribunal da Relação, ver os acórdãos de 16/02/05, Proc. n.º 8446/06, o de 08/07/03, Proc. n.º 2725/03, o de 10/11/05, Proc. n.º 4732/05, o de 01/10/02, Proc. n.º 22745, o de 21/11/02, Proc. n.º 3569, o de 04/04/06, Col. Jur., Tomo II, p. 131, o de 25/02/03, Col. Jur., Tomo I, p. 141 e o de 09/06/05, Proc. n.º 3476/05, disponíveis em www.dgsi.pt

⁵⁰⁸ Ver ainda o Ac. do TRC de 14/06/2006, Proc. n.º 336/06, “O Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, revoga o artigo 40.º do DL n.º 15/93, apenas na parte relativa às situações previstas naquela Lei. A aquisição e detenção de produto elencado na tabela I-C anexa ao DL n.º 15/93, exclusivamente destinada ao consumo próprio, quando superior à necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, continua a ser prevista e punida pelo Art.º 40.º, n.º 2.º”. Ambos disponíveis in www.dgsi.pt

O TRC é peremptório ao referir que a “detenção de produto estupefaciente que o arguido “reservava para seu consumo”, não pode integrar o crime de tráfico, mesmo o de menor gravidade”, porque a norma revogatória presente na Lei n.º 30/2000 “abrange somente as situações de contra-ordenação previstas no seu artigo 2.º, mantendo-se em tudo o mais a norma do artigo 40.º do DL n.º 15/93”.

Não se desviando muito do mesmo raciocínio, no acórdão do TRL vem indicado que “a detenção de produto estupefaciente, em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante dez dias, e destinada apenas ao consumo do agente, integra o cometimento do ilícito p. e p. pelo artigo 40º, nº 2 do DL nº. 15/93, a que corresponde pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias”. É notória a vontade de separar a detenção de estupefacientes, ainda que exceda sempre o disposto na Portaria n.º 94/96, (27,766 gramas de Haxixe). O princípio para o fundamento da decisão foi o de tratar mais favoravelmente os consumidores, dando um papel de destaque ao tratamento voluntário para atingir, como máxima, a reinserção social.

Por último, a decisão assumida no acórdão do TRP foi a de que a “detenção de estupefaciente para consumo próprio em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante dez dias integra o crime do artigo 40.º do DL n.º 15/93”. Por outras palavras, deparámo-nos com casos em que ficou provado que o produto que os arguidos tinham em sua posse era exclusivamente para seu consumo, contudo ultrapassava o limite legal previsto na Lei n.º 30/2000, e são nestas situações de limite que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, assume preponderância, como vem expresso no mesmo acórdão do TRP.⁵⁰⁹

Após concluída a análise destas quatro hipóteses, constatamos que estamos perante quatro decisões completamente distintas, o que pode acontecer e até é frequente. Faz parte da natureza do direito e da função jurisdicional em que cada tribunal é independente dos demais na sua interpretação e aplicação da lei e é pela via dos recursos que a jurisprudência deve ser uniformizada. É este precisamente o mote para o capítulo seguinte no qual abordaremos o AFJ n.º 8/2008 do STJ.

⁵⁰⁹ “O disposto no Art.º 40.º n.º 2 do DL n.º 15/93, terá sempre a sua aplicação desde que o estupefaciente destinado ao consumo seja de quantidade superior à prevista no Art.º 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000”.

CAPÍTULO VI – O ACÓRDÃO DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA N.º 8/2008, DE 25 DE JUNHO

“Uma interpretação restritiva daquele preceito descriminalizador seria uma verdadeira redução teleológica proibida no Direito Penal, pelo menos ao mesmo título que a analogia (artigos 29º, n.ºs 1 e 3, da Constituição e 1º do Código Penal)”.

(Maria Fernanda Palma)⁵¹⁰

6.1 - Nota introdutória.

Na sequência das posições antagónicas aludidas nos capítulos anteriores, quer no âmbito da doutrina e em especial na jurisprudência, algo teria de ser feito, de forma a colmatar ou diminuir os possíveis resultados nefastos que tal querela podia trazer.

Assim, neste capítulo, pretendemos fazer referência ao AFJ⁵¹¹ n.º 8/2008, uma vez que a questão que trata é incontornável e mesmo crucial para o presente trabalho. Temos o escopo de fazer menção aos argumentos e instrumentos apresentados pela tese vencedora, passando pela justificação que dá para a incriminação do consumo para além do limite definido no artigo 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000, sem esquecer os doutos votos de vencidos e um breve comentário ao AFJ.

6.2 – Génese do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.

Com tais decisões díspares, para tentar encontrar a bonança jurisprudencial, algo teria que ser feito, pois ao longo de quase oito anos, além da apatia do legislador, o consenso não imperou.

⁵¹⁰ Extracto do voto de vencida da Digníssima Conselheira do TC, in Ac. 295/03, Proc. n.º 776/2002, in http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst_main.php?ficha=1&pagina=1&nid=1662 – consultado em 21/06/2012. Referia-se ao Art.º 28.º da Lei n.º 30/2000 que revogou o Art.º 40.º do DL n.º 15/93, exceto quanto ao cultivo. Este acórdão considerou não ser inconstitucional, após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, a interpretação de que ultrapassada a quantidade de estupefaciente superior à média para 10 dias, o agente comete o crime de tráfico de menor gravidade.

⁵¹¹ Art.º 437.º do CPP.

O ponto de partida deu-se quando o TRP, em dois processos e num lapso temporal relativamente curto, decidiu de forma distinta, quando tudo aparentemente, apontava para decisões semelhantes.

A 18/10/2006, o TRP decidiu-se por integrar a conduta do arguido na prática de uma contra-ordenação⁵¹² prevista e punida pelo artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, pelo facto de o n.º 2 do mesmo artigo não ter uma função vinculativa, ou seja, não afasta do ilícito de mera ordenação social as “situações de consumo e de aquisição ou detenção de droga para consumo em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, mas lhe reserva uma função meramente indicativa ou orientadora”.⁵¹³

Em 22/11/2006, o mesmo tribunal, decidiu diferentemente, ao condenar o arguido como autor material do crime previsto e punido pelo artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93, atribuindo-lhe uma pena de 40 dias de multa, tendo como base para a decisão considerar que o mesmo artigo “terá sempre a sua aplicação desde que o estupefaciente destinado ao consumo seja de quantidade superior à prevista no artigo 2º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000”.⁵¹⁴

Importa referir que no primeiro processo, o arguido detinha 6,430 gramas de cannabis, ficando provado em julgamento que o mesmo se fazia acompanhar deste produto para satisfazer o seu vício, não tendo como objectivo a obtenção de lucro após a venda do referido produto. No outro processo, os arguidos tinham em sua posse heroína e cocaína, com um peso líquido,⁵¹⁵ respectivamente, de 1,694 gramas e 1,314 gramas. Ambos os arguidos detinham produto estupefaciente que ultrapassava o limite de dez dias, estabelecido pelo legislador no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, mas ficara provado que ambos destinavam a totalidade do produto para o seu consumo.

Perante o exposto, decidiu o MP proceder junto do STJ para que este, e perante tal “oposição de julgados”, assentasse jurisprudência no sentido do decidido no processo n.º 0614664 de 22/11/06 do TRP.⁵¹⁶ Este acórdão pretendia apurar o teor de aplicabilidade do

⁵¹² Não foi da mesma opinião o juiz Luís Eduardo Branco de Almeida Gominho e daí ter votado vencido, sendo da opinião que o arguido devia ser punido pelo artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, contudo, e de acordo com o restante colectivo de juízes, nunca seria punido pelo artigo 25º do DL n.º 15/93.

⁵¹³ Ac. do TRP, de 18/10/06, Proc. n.º 0643527, disponível em www.dgsi.pt

⁵¹⁴ Ac. TRP de 22/11/2006, Proc. n.º 0614664, in www.dgsi.pt

⁵¹⁵ Como já referido, peso líquido é o constante no relatório do LPC, sem qualquer embalagem, ao contrário do peso bruto, que é pesado pelos OPCs, aquando da realização dos testes de campo (testes rápidos) com os respectivos invólucros.

⁵¹⁶ AC. TRP de 22/11/2006, Proc. n.º 0614664, in www.dgsi.pt

artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93, após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000,⁵¹⁷ para os casos em que o arguido detenha ou tenha adquirido produto estupefaciente para consumo, mas com quantidades superiores ao estabelecido para um consumo médio individual durante dez.

Refira-se antes de tudo mais, que anteriormente, o STJ já se havia pronunciado de maneira diferente em processos similares aos que deram origem a este AFJ. Por outras palavras, já decidira que a conduta em causa seria punida, não pelo crime previsto e punido pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93, mas sim como uma contra-ordenação prevista no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000.⁵¹⁸ No mesmo sentido foi o STJ ao aderir à tese de que a posse de droga para consumo foi descriminalizada, independentemente das quantidades detidas se conterem ou ultrapassarem a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.⁵¹⁹ Porém, no AFJ foi em sentido oposto.

6.3 – Argumentos do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.

As alegações proferidas pelo MP⁵²⁰ foram no sentido de defender que “a detenção ou aquisição de produto estupefaciente, para consumo próprio, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante dez dias, integra o crime previsto e punido no artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93”,⁵²¹ porque “se não fossem os termos em que se encontra redigida a aludida norma revogatória do artigo 28.º, todos concordariam que continuavam a ser abrangidas pela previsão do artigo 40”.⁵²²

Alegou o MP que não faz qualquer sentido o legislador punir a conduta menos grave (quando não exceda os dez dias) e não reservasse qualquer punição para a mais gravosa.⁵²³ Ora, segundo o MP, isso conduz a um manifesto absurdo jurídico e a uma clara injustiça, representando uma traição ao espírito do legislador e aos fins de política criminal, sendo assim indefensável tal solução. De igual forma deixa de parte a punição da conduta pelos artigos 21.º ou 25.º do DL n.º 15/93, pelo facto deste diploma distinguir claramente as situações de tráfico

⁵¹⁷ O Art.º 28.º desta Lei (norma revogatória) refere claramente que o Art.º 40.º do DL citado estava revogado, excepto quanto ao cultivo que ficou salvaguardado devido à sua especial censurabilidade.

⁵¹⁸ Ac. STJ de 28/09/2005, Proc. n.º 05P1831, in www.dgsi.pt

⁵¹⁹ Ac. STJ de 20/12/2006, Proc. n.º 06P3517, in www.dgsi.pt

⁵²⁰ Nos moldes do artigo 442.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Penal.

⁵²¹ Ponto 3.3 do AFJ n.º 8/2008 do STJ, disponível em www.dgsi.pt

⁵²² Idem.

⁵²³ Refere-se aqui à tese de que a conduta de quem tem na sua posse quantidade de estupefaciente superior ao consumo médio individual durante o período de 10 dias.

das de consumo, não podendo ser motivo plausível que uma quantidade em excesso, ainda que fique provado que era para consumo próprio, provoque uma alteração jurídica deste género. Por outras palavras, estávamos a considerar um “doente” como sendo um traficante.⁵²⁴

O MP também foi da opinião que “o legislador não quis punir como contra-ordenação o agente que detivesse ou adquirisse, para consumo próprio, produto estupefaciente em quantidade que excedesse a necessária para consumo médio individual durante dez dias”,⁵²⁵ porque, se assim fosse, o mesmo não teria assumido a posição de, na letra da lei, estabelecer um máximo quantitativo, deixando a tarefa de delimitar a fronteira entre o tráfico e o consumo para a quem de direito deve julgar.⁵²⁶

Por último, o MP, e para defender a tese do acórdão recorrido, alegou que interpretar restritivamente o artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, “não consubstancia uma ampliação incriminatória, mediante recurso à analogia, logo não acarreta a violação dos princípios da legalidade e da tipicidade”.⁵²⁷

Ao que parece, o STJ aceitou os argumentos apresentados pelo MP, acrescentando ser de extrema importância salvaguardar a não descriminalização ou mesmo a despenalização da aquisição e da detenção de produto estupefaciente para consumo próprio, em quantidades superiores aos dez dias,⁵²⁸ partindo do pressuposto que o legislador soube exprimir-se da melhor forma e que, por redução teleológica, a aplicabilidade do artigo 40.º do DL n.º 15/93, nunca estará em causa. Posto tudo isto, o STJ confirmou o acórdão recorrido, mantendo em vigor e na íntegra, o já citado artigo 40.º para decidir os casos em apreço e os que, porventura, poderiam surgir,⁵²⁹ isso apesar dos votos de vencido de alguns dos Digníssimos Conselheiros.

⁵²⁴ Ponto 3.3 do AFJ n.º 8/2008 do STJ.

⁵²⁵ Idem.

⁵²⁶ Trata-se de uma opinião também defendida nos acórdãos do TRL, de 25/02/03, C.J., Tomo V, p. 141, e do TRP, de 16/11/05, C.J., Tomo V, p. 221.

⁵²⁷ Ponto 3.3 do AFJ n.º 8/2008 do STJ e Ac. TRL de 25/02/2003, Proc. n.º 0096775; de 08/07/2003, Proc. n.º 2725/2003 e do TRP de 10/11/2005, Proc. n.º 4732/05, e de 06/07/2005, Proc. n.º 0445840, todos in www.dgsi.pt

⁵²⁸ O que o Supremo Tribunal de Justiça pretende salvaguardar “não encontra eco nos trabalhos preparatórios da lei [mas o contrário] estava bem patente na Resolução do CM em que se baseou o projecto do Governo, sustentáculo da Lei n.º 30/2000”. MARTINS, Lourenço, Comentário... op. cit. p. 224.

⁵²⁹ Cfr. Ac. do STJ de 05/11/09 e de 03/06/09, proferidos, respectivamente, nos processos n.º 418/07.8PSBCL-A.S1 e 21/08.5GAGDL.S1, disponíveis em www.dgsi.pt

Agora, nos casos em que os tribunais considerem não seguir a orientação do AFJ,⁵³⁰ o caminho possível é o recurso consagrado nos artigos 446.º⁵³¹ e 447.º do CPP. Os tribunais inferiores, por força do princípio da independência, não são obrigados a adotar as decisões uniformizadoras porque as mesmas não são vinculativas, não têm força obrigatória⁵³² geral, isto porque já não se encontra em vigor o antigo artigo 2.º do CC⁵³³ que permitia aos tribunais fixar jurisprudência com força obrigatória geral.

O importante é que os tribunais aleguem, aquando do recurso, que estão em causa novos argumentos válidos ou que, por algum motivo, a jurisprudência em causa já se encontre ultrapassada.⁵³⁴

O STJ começando por chamar à colação o artigo 9.º do CC, que regula genericamente a matéria relativa à interpretação da lei, pretende convencer a comunidade jurídica com tal apelo, uma vez que de outra forma seria difícil, senão mesmo impossível solucionar o problema. Desta forma, procurou encontrar a “real vontade do legislador” apelando ao elemento lógico-racional, conjugado com os elementos histórico e sistemático. Fazendo então uso deste indispensável instrumento de trabalho que constitui a interpretação da lei, alega, que usando somente o elemento literal, a posse de estupefacientes em quantidade superior à média para dez dias, seria impossível de punir.

Assim diz-nos, que através da interpretação, o interprete não devendo “cingir-se à letra da lei, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento do legislador, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições em que é aplicada (artigo 9.º, n.º 1, do CC), privilegiando a interpretação teleológica de cariz objectivo, não perdendo de vista que, na fixação do sentido e alcance da lei, o legislador

⁵³⁰ Celso Leal defende que o acórdão STJ n.º 8/2008 “viola o princípio da legalidade estabelecido no artigo 29.º da Constituição Portuguesa [porque] não pode haver crime sem lei e ninguém pode ser punido com uma pena criminal sem que exista uma lei anterior que puna tal conduta.” LEAL, Celso, *Droga. Aquisição...* op. cit. p. 203.

⁵³¹ Neste caso, após o recurso directo (obrigatório para o Ministério Público) ao Supremo Tribunal de Justiça, este pode limitar-se a aplicar a jurisprudência anteriormente fixada, como foi no caso do acórdão deste Tribunal no dia 03/06/09: “nos termos do Art.º 446.º, n.º 3 do CPP - aplique a jurisprudência oportunamente fixada no AFJ n.º 8/2008-STJ.”

⁵³² Art.º 445.º n.º 3 do CPP.

⁵³³ O TC no Ac. n.º 743/96, considerou ser inconstitucional este antigo artigo por violar o princípio da separação de poderes.

⁵³⁴ Nas palavras de Lourenço Martins, “o recurso a que alude o Art.º 447.º do CPP é interposto por determinação do Procurador-Geral da República quando considere que uma jurisprudência fixada é já obsoleta ou ultrapassada”. MARTINS, Lourenço, *Consumo privado de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas – o retrocesso à luz da posição do STJ*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, Ano 19.º, Jul./Set., 2009, p. 506.

consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir em termos adequados o seu pensamento que, na letra da lei, há-de ter em mínimo de correspondência verbal, ainda que de forma imperfeita”.⁵³⁵

Entende assim, que o legislador acabou por utilizar uma fórmula ambígua que o levou a dizer mais do que queria e que era tão-só que ficava revogado o artigo 40.º para os casos abrangidos pela nova contra-ordenação. Assim, avança que “a solução da questão controvertida passa por interpretar a norma revogatória do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, com o sentido restritivo de que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, foi por ele efectivamente revogado, excepto quanto ao cultivo e bem assim na parte em que vai além do estatuído no artigo 2.º da lei⁵³⁶ caso em que a punição do comportamento do agente se fará de acordo com o preceituado no n.º 2 do artigo 40.º do DL n.º 15/93”.⁵³⁷

Crê, que embora parecendo que tal solução não foi regulada pela lei, efectivamente foi, através da interpretação que dela se faça, de acordo com os critérios gerais previstos no artigo 9.º do CC.⁵³⁸

6.3.1 - Referência à Estratégia Nacional de Luta contra a Droga.

O STJ no duto acórdão, faz referência à ENLCD. Ali refere os seus pontos essenciais e objectivos, admitindo a sua fonte para a elaboração da lei, acabando por citar que “assim sendo, o ilícito administrativo constituiria não apenas a solução mais adequada num contexto de proibição do comércio deste tipo de drogas mas também a única alternativa à criminalização (...) compatível com as convenções internacionais em vigor”.⁵³⁹ Alerta que, de qualquer modo, “não se tratou de legalizar ou sequer de despenalizar, ao menos no sentido amplo do termo”, mas de “substituir a proibição através de um ilícito criminal pela proibição através de um mais adequado ilícito de mera ordenação social”. E isso porque “a prisão ou a multa não vinham constituindo a resposta adequada ao problema do mero consumo de drogas”, além de que a experiência viria revelando “que a sujeição do consumidor a procedimento criminal, com todas as suas consequências, não constituía o meio mais

⁵³⁵ Ponto 3.2 do AFJ do STJ n.º 8/2008.

⁵³⁶ O que vale dizer na parte em que a aquisição ou a detenção, para consumo próprio, exceda o limite definido no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, como condição para que a conduta seja sancionada como contra ordenação, logo nos termos do n.º 1 do mesmo dispositivo.

⁵³⁷ Ponto 3.2 do AFJ do STJn.º 8/2008.

⁵³⁸ Idem.

⁵³⁹ Idem, ponto 4.4.

adequado e eficaz de intervenção, seja nos casos de primeiras infracções ou de consumidores ocasionais, para os quais se tinha revelado excessivo, e por isso desproporcionado, mobilizar todo o sistema de reacção penal, seja no caso de toxicodependentes, para os quais se devia privilegiar a prioridade ao tratamento em alternativa à aplicação de sanções”.⁵⁴⁰

Aduzem ainda que no actual contexto, é um imperativo a manutenção de uma proibição, pois sem ela podia haver um aumento do consumo, “sobretudo entre os menores, decorrente de uma maior acessibilidade e da ausência de um desvalor legal desse consumo”. Alegam ainda que por via disso (sem a ilicitude da detenção, posse) o combate ao tráfico sairia “gravemente prejudicado”. Sustentam que tal é ainda uma imposição das convenções a que Portugal está vinculado.⁵⁴¹

6.3.2 – Referência à Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

Evocam, como não podia deixar de ser, a Lei n.º 30/2000, relativamente à questão que redundava no limite quantitativo fixado, chegando à conclusão que “tanto mais que existe uma boa razão para levar o legislador a querer continuar a punir como crime, em função de um critério puramente quantitativo, uma conduta que, com fundamentos vários, decidiu despenalizar. Ou seja, o perigo de a droga adquirida para consumo próprio, quando superior às necessidades pessoais mais urgentes (as dos dez primeiros dias), vir a ser oferecida, posta à venda, vendida, distribuída, cedida, exportada ou, por qualquer título, proporcionada a outrem”.⁵⁴²

Alegam, que consonante com o “espírito do diploma de 2000 será interpretar restritivamente o texto da sua norma revogadora, o artigo 28.º, onde as palavras parecem apontar para um completo desaparecimento do artigo 40.º da lei de 93 (excepto no que diz respeito ao cultivo), deve entender-se que este continua a reger os casos de consumo, aquisição e detenção para consumo não convertidos em contra-ordenações”.⁵⁴³ Atentam que a AR ao prever a norma do artigo 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000, quis mesmo limitar e evitar a

⁵⁴⁰ Idem ponto 4.2.

⁵⁴¹ Idem, ponto 4.3.

⁵⁴² Idem, ponto 5.13.

⁵⁴³ Idem, ponto 5.9.

descriminalização e, mesmo, a despenalização (ou seja, a sua despromoção a contra-ordenação).⁵⁴⁴

Acabaram por alegar que assim se tornou “a única (ou, pelo menos, a melhor) forma de conciliar esse objectivo legal. Donde que, limitado o alcance da sua revogação (pelas disposições conjugadas dos artigos 28.º e 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000) ao consumo e à aquisição e detenção para consumo próprio de drogas ilícitas em pequenas quantidades, o artigo 40.º do DL n.º 15/93, assim derogado, conservará válido e actual o texto remanescente”.

Pelo que apresentam o seguinte texto:

“1 - Quem cultivar plantas compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Se a quantidade de plantas cultivadas pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

2 - Quem, para seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.⁵⁴⁵

Admitem porém, que “a Lei n.º 30/2000, fornece ao estudioso do direito um bom exemplo do que não deve fazer-se quando se pretende introduzir uma mudança parcelar num todo normativo coerente que já existe”. Pois “o que não deve fazer-se é definir tão-só os traços da novidade sem acautelar as zonas de possível sobreposição ou, pelo menos, de necessária fronteira”.⁵⁴⁶

6.4 – Justificação da criminalização da aquisição e detenção excessiva de estupefacientes.

Em suma, neste ponto, o acórdão começa por abordar a questão da legitimidade, dado que o Direito Penal tem uma inevitável “âncora constitucional”, pois, como já referido, as suas sanções restringem fortemente os direitos fundamentais e, por isso, têm de ser justificadas pela defesa “necessária, adequada e proporcionada de bens fundamentais”. É essa a autoridade que

⁵⁴⁴ Idem, ponto 5.11.

⁵⁴⁵ Idem, ponto 5.12.

⁵⁴⁶ Idem, ponto 5.8.

resulta do artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Neste preceito, encontrámos o princípio da necessidade da pena ou da intervenção mínima do Direito Penal. Aduzem, que “a decorrência de um tal princípio da tutela dos direitos fundamentais implica alguns corolários que têm relevância nesta matéria:⁵⁴⁷ a) O corolário de que há um espaço intangível em que o Direito Penal não pode intervir sob pena de impedir o livre exercício dos direitos fundamentais...; b) Um outro corolário é o de que certos valores sociais não podem nunca justificar a intervenção penal, porque não podem justificar a restrição de direitos fundamentais implicada no Direito Penal...; c) A área das relações da pessoa consigo mesma não faz parte do campo do direito, mas apenas da moralidade, não suportando, em geral, intervenções legais restritivas de direitos...; d) Finalmente, também não se justifica a utilização meramente simbólica do Direito Penal para atingir indirectamente fins de coesão social ou uma mera pacificação da sociedade, sem que esteja em causa uma necessidade efectiva de protecção de bens jurídicos”.

Alertam, que para além destes aspectos, “também a criminalização de condutas pressupõe uma relevância ética prévia das mesmas... de modo que a incriminação possa ser sentida como verdadeiramente inibidora da lesão de bens jurídicos”. Deste modo, entendem que deve haver uma susceptibilidade de sentir a culpa como factor de inibição (ou como critério preventivo).⁵⁴⁸

Esta questão dos bens jurídicos remete-nos para a legitimidade da intervenção do DP na relação da pessoa com ela mesmo, aqui relacionada directamente com o consumo de estupefacientes, o que também é chamado à colação neste AFJ. Este inevitavelmente aborda a visão tida do consumidor elencando três:⁵⁴⁹ a) “O consumidor é uma fonte de perigo para as outras pessoas e para a sociedade, sendo concebido como mero perigo objectivo; b) O consumidor é um doente ou é potencialmente um doente; c) O consumidor é uma pessoa que tomou uma decisão no espaço da sua privacidade e das relações consigo mesmo”.

Tal elenco é referido a propósito do tratamento a ser dado ao consumidor, optando AFJ, que o consumo, pelos males sociais que lhe estão associados, não é um puro problema privado mas um problema social e, nesse sentido, por um lado, a descriminalização não pode justificar-se na perspectiva de que se trata da pura esfera de liberdade individual e, por outro

⁵⁴⁷ Idem, ponto 6.

⁵⁴⁸ Idem.

⁵⁴⁹ Idem, ponto 7.1.

lado, a intervenção do direito no consumo pode ter ainda como justificação a prevenção de danos.

Como se constata, começam por não justificar a intervenção do DP com a menção de que o consumo não pode ser criminalizado pelos danos potenciais e indirectos que suscita, todavia, acabam por dizer que na conjugação da perspectiva do consumo como problema social e da perspectiva do consumidor como doente ou potencial doente, parece, inevitavelmente, “brotar uma justificação da tutela penal à luz de princípios constitucionais”.⁵⁵⁰ Nesta sede, o AFJ acaba por entender que se justifica punir o consumidor, não tanto pelo consumo, mas sim pelas condutas que “fomentem ou possibilitem o consumo (alheio)”.⁵⁵¹ Nestas caberão, o caso do cultivo de drogas ilícitas ou a sua aquisição ou detenção em quantidades que manifestamente excedam as “necessidades próprias quotidianas”. O AFJ vai assim mais longe, referindo que tais quantidades podem vir a ser dispensadas a terceiros, pois comporta o risco de a droga “armazenada” poder vir, por exceder as necessidades de autoconsumo mais imediatas, a ser “dispensada a terceiro e, por essa via, a reentrar no mercado”.⁵⁵² Tal resultou no entendimento de que o “fundamento e âmbito da incriminação (de perigo abstracto) é a possibilidade de outras pessoas acederem à droga”.⁵⁵³

Também entendem que a continuidade da criminalização, dada a distinção de tráfico e consumo, pode evitar até que se possa extrair “uma presunção inilidível de tráfico” de a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias excederem a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.⁵⁵⁴

Admitem ainda, citando RUI PEREIRA a “bem pouco satisfatória solução de reconhecer que há um vazio sancionatório que aconselha(ria) vivamente uma rápida e pontual intervenção legislativa no sentido de se recolocar em vigor, pretendendo-se assegurar a existência de um crime de perigo abstracto, uma norma idêntica ao n.º 2 do artigo 40.º do DL n.º 15/53, (com elevação para dez do número de dias de consumo médio”.⁵⁵⁵ O que não foi feito até hoje.

⁵⁵⁰ Idem.

⁵⁵¹ Idem, ponto 7.2.

⁵⁵² Idem.

⁵⁵³ Idem, ponto 7.3.

⁵⁵⁴ Idem, ponto 7.5.

⁵⁵⁵ Idem, ponto 7.6.

O AFJ acaba por justificar que ao haver um vazio sancionatório, “poderia levar a que se julgasse inconstitucional, por razões de igualdade e proporcionalidade, o próprio regime sancionatório previsto na Lei n.º 30/2000. Na verdade, se não forem sancionados o consumo, a aquisição e a detenção para consumo de droga em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, também o não deverão ser as condutas menos graves e censuráveis em que estejam em causa quantidades inferiores de droga, à luz do n.º 1 do artigo 13.º da CRP”.

Pelo que concluíram:

“Conciliando o equívoco texto do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, com o objectivo legal de evitar a descriminalização e mesmo, a despenalização da aquisição e da detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, em quantidade que excedesse a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, haverá, na presunção de “que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”, que confinar a expressa revogação do artigo 40.º do DL n.º 15/93, ao contexto do próprio diploma. (Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias”).

Por isso doutamente decidiram:

“Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, o artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, manteve-se em vigor não só quanto ao cultivo como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”.⁵⁵⁶

6.5 - Voto de vencido I. (Conselheiros, Henriques Gaspar, Santos Monteiro e Oliveira Mendes)

Já no acórdão do STJ de 2005,⁵⁵⁷ no qual o Conselheiro Henriques Gaspar, foi relator, aquele tribunal superior havia concluído que tendo o legislador descriminalizado o consumo de produtos estupefacientes com a Lei n.º 30/2000, a posse de substâncias em quantidades

⁵⁵⁶ Sumário do AFJ do STJ n.º 8/2008.

⁵⁵⁷ Ac. STJ de 28/09/2005, Proc. n.º 05P1831, in www.dgsi.pt

superiores ao necessário para o consumo médio durante dez dias, desde que tenha por finalidade exclusiva o consumo privado próprio, terá se ser considerada como contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º da referida lei. No mesmo sentido foram tais Conselheiros neste voto de vencido.

Começam por apelar à execução de uma nova intenção política enunciada na RCM n.º 46/99, que aprovou a ENLCD, sobre o tratamento sancionatório do consumo de droga, sendo publicada a Lei n.º 30/2000.⁵⁵⁸

Chamam à atenção para os princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico, em particular no Direito Penal, dizendo em suma, que “por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos”.⁵⁵⁹

Adensam, que em matéria penal há princípios imanes, que comandam a teoria do Direito Penal, desde a formulação à interpretação das respectivas normas. Isto é, “o princípio da legalidade e as especificidades da interpretação das normas de Direito Penal, nomeadamente a proibição da analogia. O princípio da legalidade, com inscrição constitucional (artigo 29.º, n.º 1, da CRP), significa, no conteúdo essencial, que não pode haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen, nulla poena sine lege)”.^{560, 561}

Recorrem, nesta perspectiva ao artigo 7.º da CEDH, como uma “norma fundamental de DP material e mesmo de Direito Constitucional Penal”, que afirma o princípio “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”. Ou seja, da legalidade dos crimes e das penas e a não retroactividade da lei penal. Entendem pois, que uma norma não pode ser considerada como “lei para efeito da protecção contida no artigo 7.º da CEDH se não for formulada com suficiente precisão, de modo a que habilite um indivíduo a regular a sua conduta”.

⁵⁵⁸ Ponto 2 da Declaração de Voto do AFJ n.º 8/2008.

⁵⁵⁹ Referência a Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal — Parte Geral, t. I, «Questões fundamentais. A doutrina geral do crime», 2004, p. 168.

⁵⁶⁰ Idem, p. 165.

⁵⁶¹ Ponto 3 da Declaração de Voto.

Referem que entre o aparente “limite da contra-ordenação e a clara e intensa intenção revogatória da criminalização do consumo, pode sugerir a existência de uma disfunção normativa (esquecimento, lacuna, deficiência) ou um vazio sancionatório”.^{562, 563}

Criticam a posição vencedora, dado que pelos elementos disponíveis de interpretação, não se encontra uma única razão que tivesse levado o legislador a querer continuar a punir como crime, em função de um critério puramente quantitativo da detenção de produto, uma conduta, (o consumo) que decidiu descriminalizar. Volumam ainda, que a posição que fez vencimento “trabalha inteiramente sobre um modelo imaginado, que nem sequer constituía ou tinha correspondência no modelo da construção típica, dogmática e valorativa do (revogado) artigo 40.º do DL n.º 15/93”.

Mais sustentam, e a nosso ver, tocam num ponto muito importante, que com efeito, “o artigo 40.º nunca esteve construído como crime de perigo, muito menos de perigo abstracto, em relação às quantidades detidas ou adquiridas para consumo. Por isso, as quantidades só tinham relevo para as duas molduras penais previstas, não por diferente construção dogmática do tipo em função da quantidade detida ou adquirida mas pelo maior ou menor dano potencial do consumo para o consumidor, e não pelo risco, adjacente, de disseminação ou desvio de fim se as quantidades para consumo fossem maiores”.⁵⁶⁴

Mais, este excelente voto de vencido, tal como o Conselheiro MAIA COSTA no seu voto de vencido, levanta a questão da criação de um novo crime, denominado “aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas”, que é afinal um crime de tráfico, uma vez que é o perigo de as drogas detidas serem lançadas no mercado que seria tutelado. Completam ainda, que “um novo crime que, como tal, como crime de perigo, com a configuração e construção que resulta da posição maioritária, nunca existira no anterior regime”.⁵⁶⁵

Referem que, aceitando-se que haja uma “incompletude” no sistema, a mesma não pode ser “dizer menos do que o legislador quererá, diversamente, é não dizer nada do que se

⁵⁶² Citam Rui Pereira, in A descriminalização...op. cit. pp. 1159 e segs., designadamente a p. 1171, onde refere ser “óbvio que esta ‘lacuna sancionatória’ resultou de um ‘erro’ do legislador de 2000”.

⁵⁶³ Ponto 4 da Declaração de Voto.

⁵⁶⁴ Idem.

⁵⁶⁵ Idem.

deveria ou querer dizer”. Dizem que “uma tal imperfeição só pode ser metodologicamente qualificada como lacuna”.⁵⁶⁶

Anunciam que o legislador descriminalizou todo o consumo, mas não liberalizou. O que equivale a dizer que a posse de droga em quantidades superiores ao necessário para o consumo médio durante dez dias, desde que tenha por finalidade exclusiva o consumo privado próprio, terá de ser considerada como contra-ordenação, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000. Arrematando, disseram que o sentido desta norma, na coordenação possibilitada pelo princípio da legalidade, será o de que o legislador teve em mente que a detenção por consumidor de quantidades maiores de droga pode indiciar a possibilidade de risco de disseminação, dependendo a qualificação, no fim de contas, da prova, em processo penal (inquérito ou julgamento) de que o produto detido se destina exclusivamente a consumo privado próprio”.⁵⁶⁷

6.6 - Voto de vencido II. (Conselheiro Maia da Costa)

Inicia a argumentação recorrendo às teses que foram sendo levantadas ao longo do tempo, relativamente à querela, referindo que duas delas por inadmissíveis, ficariam desde logo colocadas de parte. A saber. “Existência de um «vazio legislativo», de carência de cominação punitiva, determinante da não punibilidade da situação” e a “Incriminação pelo crime de tráfico de menor gravidade do artigo 25.º do DL n.º 15/93”.

Restaram portanto outras duas teses as quais estiveram em confronto neste acórdão e após acolhê-las, refere que a tese vencedora não traduziu a melhor interpretação da lei. Também este Conselheiro chamou à colação a ENLCD, aprovada pela RCM n.º 46/99, e na necessidade de descriminalização do consumo. Referiu que tal descriminalização é um dos eixos daquela Estratégia que deu origem ao programa legislativo de que a Lei n.º 30/2000 é apenas uma das obras. Salaria que uma outra obra do programa, não integralmente cumprido, é o Decreto-Lei n.º 183/2001, de 21 de Junho,⁵⁶⁸ sobre redução de danos. Conclui que não se pode deixar de recorrer à referida ENLCD para interpretar a Lei n.º 30/2000. Anuncia que é

⁵⁶⁶ Idem, ponto 5.

⁵⁶⁷ Idem, ponto 6, onde citam, Faria Costa, in Rev. Legisl. e Jurisprudência, ano 134.º, n.º 3930, pp. 275 e segs.

⁵⁶⁸ Diploma que tem como objectivo a criação de programas e de estruturas sócio-sanitárias destinadas à sensibilização e ao encaminhamento para tratamento de toxicodependentes bem como à prevenção e redução de atitudes ou comportamentos de risco acrescido e minimização de danos individuais e sociais provocados pela toxicodependência.

perfeitamente claro que tal ENLCD, pretendeu uma descriminalização com “sentido global e irrestrito”, para abranger todo o consumo e todos os consumidores. Bem como, a ENLCD não refere qualquer distinção de tipo quantitativo quanto aos estupefacientes consumidos, adquiridos ou detidos pelos consumidores. A preocupação fundamental da ENLCD, seria assim de separar o consumo do tráfico e de estabelecer regimes jurídicos diversos para consumidores (ilícito contra-ordenacional) e traficantes (ilícito penal).

É da opinião de que o n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, descriminaliza todo o consumo, convertendo-o em contra-ordenação. A restrição quantitativa constante do n.º 2 terá de harmonizar-se e compatibilizar-se com o n.º 1, não podendo de forma alguma esvaziá-lo. Indica que tais limites do n.º 2, é um critério, meramente indicativo ou indiciário, que cederá perante a prova de que uma quantidade superior se destina inteiramente ao consumo pessoal.

Entende assim, que “a aquisição ou detenção de estupefacientes para consumo pessoal está sempre abrangida pelo artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, constituindo, portanto, uma contra-ordenação, independentemente da quantidade adquirida ou detida, sem prejuízo do funcionamento do n.º 2 do mesmo artigo como critério indiciário da separação entre tráfico e consumo”.

Critica a posição maioritária, referindo que esta na tentativa de justificar materialmente a sobrevivência do artigo 40.º do DL n.º 15/93, chega a um resultado paradoxal. “O da criação de um novo crime, denominado (aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas), que é afinal um crime de tráfico, uma vez que é o perigo de as drogas detidas serem lançadas no mercado que é aí tutelado”.

E finaliza, dizendo que se trata de “um crime de tráfico de duvidosa constitucionalidade, porque a protecção do perigo recua aqui a uma fase remota, em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória, incerta ou atípica pode correr perigo, pois necessário se torna, para que esse perigo se possa configurar, que previamente o detentor da droga a desafecte do consumo pessoal”.

6.7 - Comentário ao Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho.

Não pretendendo de forma alguma voltar a referir todos os doutos argumentos apresentados em defesa das teses em confronto, parecer-nos-á que algo terá ficado por dizer.

Como foi referido, as posições defendidas no douto AFJ pelos Digníssimos Conselheiros, para quem tenha na sua posse estupefaciente em quantidades superiores ao necessário para o consumo médio durante dez dias, foram em suma duas:

a) A de que tal conduta integra a prática da contra-ordenação prevista no artigo 2.º, da Lei n.º 30/2000.⁵⁶⁹ Posição vencida no acórdão.

b) A de que tal conduta integrava a prática de um crime de consumo, previsto e punido pelo artigo 40.º, n.º 1 e 2, do DL n.º 15/93, que se manteria em vigor não só para os casos de cultivo, como também para os casos em que o agente exceda tal quantidade.⁵⁷⁰

Assim, o STJ, em acórdão com valor reforçado, considerou que o Legislador, para além de não revogar o artigo 40.º, n.º 2, conforme expressamente tinha declarado no artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, considerou que tinha dito, se bem que de forma imperfeita, que o texto do artigo 40.º, n.º 2, afinal contém a menção a dez dias de consumo e não a três dias conforme expressamente refere. Recorde-se que o texto original do artigo 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93 é: *“2 -Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias”*, passando a dever ler-se, com o AFJ do STJ: *“2 — Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”*.⁵⁷¹

Julgamos ser precisamente aqui que o problema reside. Ou seja, pela inércia do legislador que teve uma oportunidade de rever todo o regime e não o fez, provocando o caos que temos vindo a falar. Por tal facto, a jurisprudência vê-se obrigada a “deixar bem o legislador”. Pensamos porém, que sobretudo depois da decisão deste acórdão, o legislador podia fazer mais. É por isso, tempo de reflectir. Não sendo nosso intuito fazer aqui uma crítica directa ao legislador, parece-me incontornável que tal se faça quando falamos neste ramo de direito punitivo como o do DP.

⁵⁶⁹ Neste sentido. O Ac. STJ, de 29/09/2005.

⁵⁷⁰ Neste sentido, o Ac. STJ n.º 8/2008 em referência.

⁵⁷¹ Refira-se que aqui tratamos este assunto de forma retórica, uma vez que anteriormente já referimos que se aceita, que por harmonia do sistema se deve entender, que no Art.º 26.º e no Art.º 40.º do DL n.º 15/93, (5 e 3 dias respectivamente) são avocados os 10 dias do n.º 2 do Art.º 2.º, da Lei n.º 30/2000. Porém, atente-se, que no AFJ o STJ não o refere em lado algum.

Face à apatia do legislador, o STJ terá adoptado a solução que lhe pareceu mais consentânea com o regime jurídico do consumo e do tráfico de estupefacientes, porém, fê-lo com argumentos que não estão imunes a críticas. Tanto assim é, que como vimos, não terá convencido a comunidade jurídica.

Embora por vezes o pareça negar, ao longo da fundamentação do acórdão é chamada à colação a ENLCD. No que concerne à questão do “espírito do legislador,” na fundamentação, é expressamente referida a Resolução que deu origem à ENLCD. Para além da aludida Estratégia, na mesma demanda, o STJ, inclusive, fez notar que aquela estratégia que serviu de fonte remota à Lei n.º 30/2000, não previa nenhum limite à quantidade de droga para consumo.⁵⁷²

No acórdão, acrescenta-se ainda, a imperfeição que a Lei n.º 30/2000, trouxe, pois fornecerá, “ao estudioso do direito um bom exemplo do que não deve fazer-se quando se pretende introduzir uma mudança parcelar num todo normativo coerente que já existe”.⁵⁷³

Assim, nos termos do mesmo STJ, deixámos de saber como sancionar quem adquirir, também para consumo próprio, onze doses diárias, calculadas segundo a mesma média.

Com isto a tese vencedora aceita que a intenção seria assim de descriminalizar todo o consumo, mas somente até ao limite fixado pela Lei n.º 30/2000.

No acórdão é referido, que o procedimento interpretativo-jurídico não “bole com o princípio da legalidade e o seu papel garantístico”. Ao que parece, o STJ sabia que a questão podia originar eventuais violações de princípios, em especial, o princípio da legalidade e os imperativos consagrados nos artigos 18.º, n.º 2 e 29.º, n.º 1, 3 e 4 da CRP.

Chamando à colação o “espírito do legislador,” a tese vencedora, parece tê-lo feito contra corrente, pois, como vimos ignora tudo o que foi concebido com a ENLCD. Atente-se que ao ler o acórdão, dados os argumentos apresentados, a sensação com que ficamos é de que a tese vencedora será a final a que foi vencida. Recorde-se ainda, que esta Jurisprudência refutou as posições anteriores do próprio STJ⁵⁷⁴ sobre esta questão. Aliás, tais posições anteriores do STJ, vinham sendo seguidas por grande parte dos Tribunais de 2.ª instância e por via disso, pareciam que vinham a ter amplo consenso. Atente-se os Acórdãos do TRP de

⁵⁷² Ponto 5.3 do AFJ n.º 8/2008 do STJ

⁵⁷³ Idem, ponto 5.8

⁵⁷⁴ Os já supra referidos Acórdãos de 28/09/2005 (Relator: Henrique Gaspar) e de 15/03/2006 (Relator: Oliveira Mendes), in www.dghsi.pt

18/10/2006,⁵⁷⁵ de 10/05/2006,⁵⁷⁶ e de 10/01/2007,⁵⁷⁷ bem como os Acórdãos do TRG de 06/03/2006,⁵⁷⁸ e de 08/03/2004.⁵⁷⁹

Trata-se assim de uma jurisprudência que surpreendeu por ser contrária ao que até então vinha o STJ decidindo, e que está longe de ser verdadeiramente uniformizadora, não só pelos votos de vencido que contra a mesma foram formulados, mas também por ter interpretado os artigos 2.º, n.º 2 e 28.º da Lei n.º 30/2000, em violação do artigo 29.º, n.º 1 da CRP, acolhendo a denominada tese da interpretação restritiva do referido artigo 28.º, norma que revogou o tipo incriminador do consumo previsto no artigo 40.º do DL n.º 15/93.

O STJ alegou, nas suas palavras, uma “boa razão” que fez com que o legislador continuasse a penalizar como ilícito criminal, uma conduta que, com fundamentos vários, decidiu despenalizar, ainda que em função de um critério puramente quantitativo, avançando que tal “boa razão” constitui a possibilidade do estupefaciente ser “proporcionada a outrem”, quando ultrapassa o necessário para o consumo de dez dias, subsistindo como no tráfico, o perigo do estupefaciente se disseminar na comunidade. Porém, tal “boa razão”, que transforma o tipo de crime de consumo em crime de perigo abstracto, como já referido, antecipando a tutela penal, com todos os riscos constitucionais daí derivados e bem conhecidos por parte dos Penalistas e Constitucionalistas, não foi expressa em qualquer local pelo sistema político, nem na ENLCD, nem nos projectos de lei. Parece-nos assim, ser este um argumento pouco válido, dado que face ao mesmo, em bom rigor, o consumidor só poderá possuir uma dose consigo. Senão vejamos. O argumento de que mais de dez doses possam ser disseminadas no mercado, é no mínimo ilógico, pois para que tal aconteça basta o consumidor ter mais de uma dose. Veja-se um exemplo simples. Um fumador a quem é pedido um cigarro, caso só tenha um, o mais provável é recusar cedê-lo. Porém, se tiver mais que um, há uma forte probabilidade de ele o ceder. Basta querer. Essa probabilidade será ainda bem maior dependendo das circunstâncias, de modo, de lugar e de relação com a pessoa que pediu. Ora, se o consumidor que possui mais que aquele limite fixado, havendo assim um perigo de disseminação, estamos perante um crime de perigo abstracto, não sendo necessário nada mais do que a posse para o tipo estar preenchido. Não é este assim, equivalente ao crime de tráfico? Julgamos ser este o

⁵⁷⁵ Processo n.º 0643527, in www.dgsi.pt

⁵⁷⁶ Processo n.º 0547038, in www.dgsi.pt

⁵⁷⁷ Processo n.º 0646649, in www.dgsi.pt

⁵⁷⁸ Processo n.º 2538/05-2, in www.dgsi.pt

⁵⁷⁹ In CJ, tomo II, p. 290, cit in Ac. do TRP de 10/01/2007, Proc. n.º 0646649, in www.dgsi.pt

grande argumento da tese vencedora, pois chama constantemente à colação o perigo de disseminação do estupefaciente para o bem jurídico em causa. Perante a mesma, uma única dose, a 11.^a, transforma um consumidor num criminoso.

Alerta-se ainda para o facto, de que no tráfico de rua, os traficantes sabedores desta descriminalização, detêm na sua posse e procedem à venda de pequenas quantidades de estupefaciente, furtando-se assim ao enquadramento por crime de tráfico. Ora tal, só será de possível esclarecimento através de uma investigação cabal por parte do MP com o auxílio dos OPCs.

Não sendo a solução pacífica, julgamos que a questão foi tratada pelo STJ de forma bastante profunda, não nos parecendo contudo, que tenham optado pela melhor solução, face à luz dos vários princípios que norteiam o DP. Perante um problema de eventual inconstitucionalidade, não poderão deixar de existir dúvidas, as quais aliás são patentes em alguns argumentos levantados em algumas decisões judiciais.⁵⁸⁰ Tal sucedeu, mesmo após a publicação do AFJ.⁵⁸¹ Atente-se mais uma vez que o AFJ do STJ não passou despercebido na comunidade jurídica, levantando-se vozes discordantes, que dada a eventual colisão com direitos fundamentais, tem especial relevo na jurisprudência.⁵⁸² Além dos votos de vencido dos ilustres Conselheiros e dos dois votos de esclarecimento prestados pelos Conselheiros Souto Moura e Henriques da Graça, para justificar os seus votos favoráveis à tese que fez vencimento, veja-se ainda a Juíza Conselheira do TC, penalista e constitucionalista, Maria Fernanda Palma.⁵⁸³

Será que o AFJ não viola o princípio da legalidade estabelecido no artigo 29.º da CRP? Assim entendeu a decisão judicial no processo n.º 481/08.4GBVNF.S1, que teve recurso para o STJ.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ Cfr. Processo n.º 21/08.5GAGDL.S1, que teve recurso para o STJ, por oposição à jurisprudência fixada. Ac. STJ de 03/06/2009 in www.dgsi.pt

⁵⁸¹ Ac. STJ de 14/09/2011, Proc. n.º 1421/10.6PBSTB.S1, in www.dgsi.pt

⁵⁸² Ac. STJ de 06/07/2011, Proc. n.º 4044/09.9TAMTS.S1, in www.dgsi.pt

⁵⁸³ Vide artigo de opinião da Conselheira em referência, no diário Correio da Manhã de 02/11/2008, onde se pode ler que “Reeditar um crime de consumo é contrário à letra e ao espírito da lei.”

⁵⁸⁴ Ac. STJ, Proc. n.º de 12/05/2011, in www.dgsi.pt – “Não podemos concordar com este entendimento, desde logo porque violador de preceitos constitucionais fundamentais. Efectivamente, com a ressalva do cultivo, o normativo contido no art.º 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, foi expressamente revogado pelo art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, o que significa que actualmente não há punição para o tipo de conduta descrito no caso dos autos, ou seja, não é criminalmente punível a conduta do arguido que detém na sua posse produto estupefaciente para seu consumo em quantidade superior para dez dias; se assim é, verifica-se que é inconstitucional o entendimento preconizado no citado Acórdão do STJ e a aplicação do referido Art.º 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, na parte em

Como analisado, o legislador revogou expressamente o artigo 40.º (excepto quanto ao cultivo) do DL n.º 15/93. O legislador, ao revogar explicitamente uma norma, esta devia deixar de existir como tal no ordenamento jurídico, não podendo gerar qualquer resultado a partir desse momento. Assim, como *nullum crime nulla poena sine lege certa* e como *nullum crime nulla poena sine lege stricta*, não deveríamos consentir que quem detém droga para seu consumo, em quantidade superior às dez doses diárias, possa ser punido pelo já extinto artigo 40.º do DL n.º 15/93.

Como vimos em sede própria, é compreensível a dificuldade existente em enquadrar a revogação do artigo 40.º do DL n.º 15/93, com a mera posse de estupefacientes que é punida como crime de tráfico, nos artigos 21.º e 25.º do mesmo diploma legal. Afigurar-se, à primeira vista que efectivamente possa existir um vazio legal e que essa omissão deveria ser completada interpretando que aquela posse devia ser punida como crime de tráfico de estupefacientes. Porém, não havendo intenção de traficar, ou nas palavras do douto acórdão, “o perigo de a droga adquirida para consumo próprio, quando superior às necessidades pessoais mais urgentes (as dos dez primeiros dias), vir a ser «oferecida», «posta à venda», «vendida», «distribuída», «cedida», «exportada» ou, por qualquer título, «proporcionada a outrem»,” estaria excluído tal crime, pois como também vimos, é exigível para o preenchimento do tipo que tal intenção exista.

É igualmente compreensível a dificuldade da prova de tal intenção, isto é, a prova de que o estupefaciente é para consumir ou para traficar é muito difícil. Todavia, salvo douta opinião diversa, tais obstáculos à produção da prova, que como já referimos tem de ser realizada através de uma investigação cabal, não podem ser corrigidos com a inclusão imprecisa dos factos num tipo e, ainda mais grave, num tipo criminal.

Poder-se-á acusar,⁵⁸⁵ alguém, sem que se achem preenchidos todos os elementos específicos, objectivos e subjectivos, de determinado tipo criminal?

Como fazer se alguém conseguir provar que o produto é exclusivamente para seu consumo? E se não tiver como provar?

que não se refere ao cultivo (ou, se preferirmos, na parte em que se refere ao consumo), por tal aplicação normativa ser violadora do Art.º 29.º, n.º 1, da CRP, sendo ainda tal aplicação de tal normativo violadora do preceituado no Art.º 161.º, al. c) e 165.º, n. 1, al.ª c), ambos da CRP, não dispondo o Supremo Tribunal de Justiça, nem o Ministério Público no caso dos autos, do poder de definir, estabelecer e sobretudo repristinar leis.”

⁵⁸⁵ Dizemos acusar, pois em primeira linha terá de haver a acusação formal do MP – Art.º 283.º do CPP.

Poder-se-á admitir, como se argumenta no AFJ, a punição a título de crime de uma conduta que já é considerada uma contra-ordenação? Poder-se-á admitir tal punição à luz de uma mera possibilidade de as doses que ultrapassem a média para dez dias, poderem ser disseminadas no mercado?

Como já dissemos, não poderá qualquer dose, mesmo só uma, ser espalhada no mercado? Basta haver intenção para isso. Terá de ser o consumidor a provar que o estupefaciente é exclusivamente para seu consumo? Onde está o ónus da prova?

Estamos assim, perante um crime de perigo concreto?

Será o crime de consumo, um crime de perigo abstracto? Se assim for, tanto pode suceder com a quantidade que ultrapasse a média para dez dias como em quantidade inferior.

O limite aparentemente fixado (portaria 94/96) para a separação entre tráfico e consumo, não é um critério meramente indicativo ou indiciário?

Não será portanto um critério que cede perante a prova de que se destina ao consumo? Será legítimo, punir-se alguém criminalmente com base em critérios meramente estatísticos? As doses diárias são medidas pela Portaria n.º 94/96. Onde está a fronteira?

Na senda do nosso trabalho, as reflexões a estas questões serão apreciadas nos próximos capítulos.

6.8 - Qual o papel do Tribunal Constitucional?

Apesar de não termos pretensões de fazer uma análise exaustiva a esta temática, não poderíamos deixar de fazer uma referência ao papel do TC. Esta instância judicial, foi chamada a pronunciar-se sobre esta temática, no Processo n.º 776/2002,⁵⁸⁶ optando por considerar não ser inconstitucional, após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, a interpretação de que ultrapassada a quantidade de estupefaciente superior à média para dez dias, o agente comete o crime de tráfico de menor gravidade. Por outras palavras, a primeira solução supra enunciada não era uma interpretação normativa inconstitucional, sendo inegável, no seu dizer, “que deve ser atribuída ao legislador uma ampla margem de liberdade na tipificação de determinadas condutas como constituindo ilícitos criminais”.

Este Acórdão do TC n.º 295/03 não se pronunciou, contudo, sobre se tal era a melhor interpretação jurídica. Não se pode esquecer, ainda, que a Conselheira MARIA FERNANDA

⁵⁸⁶ Ac. TC n.º 295/03 in http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst_main.php?ficha=1&pagina=1&nid=1662

PALMA, com já referido, votou vencida no acórdão em referência, e deixou consignadas, em tal voto, além do mais, as seguintes palavras, “...a sucessão de leis no tempo impõe, igualmente, uma interpretação não restritiva da norma revogatória do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000”. Ou seja, segundo o ponto de vista da citada Conselheira, parece que o entendimento sufragado pelo STJ, porque procede a uma interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei 30/2000, ofende direitos fundamentais consagrados na CRP.

No que concerne à questão posta pelo AFJ n.º 8/2008 do STJ, o TC ainda não se pronunciou. E isto não é por inexistência de decisões dos tribunais comuns, discordantes da decisão do STJ. Com efeito, como vimos, persistem tribunais de primeira instância que se manifestaram contra a jurisprudência “obrigatória” do STJ, declarando a respectiva interpretação inconstitucional por violação do princípio consagrado no artigo 29.º da CRP.

Como é de esperar, no recurso de sentenças contra a jurisprudência fixada, salvo se houver argumentos novos, o STJ manterá a sua decisão. Como vimos, foram já vários os acórdãos com recurso obrigatório para o STJ, os quais levantam a referida inconstitucionalidade.⁵⁸⁷

Um desses processos foi do Tribunal de Barcelos⁵⁸⁸ que em primeira instância decidiu-se pela absolvição do arguido que vinha acusado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade.⁵⁸⁹ Esta decisão em síntese, referiu que “o nunca pode acontecer, é dizer que um cidadão comete um crime ao adquirir ou deter droga, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, ao abrigo de uma norma jurídica que não existe”. Nesta decisão, o STJ, com este AFJ é acusado de querer renascer os Assentos, pois segundo a opinião do Juiz do 2º Juízo Criminal do Tribunal de Barcelos, parece que o STJ quer criar uma norma que já não existe no ordenamento jurídico e ao fazê-lo estaria a violar de forma clara o princípio da separação de poderes estabelecido na Lei fundamental e fazer as vezes do legislador.

Antes de tais autos subirem ao STJ, foi interposto recurso, por parte do MP, para o TC. Contudo, o TC proferiu decisão sumária⁵⁹⁰ a não tomar conhecimento do recurso interposto,

⁵⁸⁷ Acórdãos do STJ de 12/05/2011, Proc. n.º 481/08.4GBVNF; de 03/06/2009, Proc. n.º 21/08.5GAGDL; de 06/07/2011, Proc. n.º 4044/09.9TAMTS, de 28/10/2009, proc. n.º 1012/08.1GLSNT.S1 e 14/09/2011, Proc. n.º 1421/10.6PBSTB. Todos in www.dgsi.pt

⁵⁸⁸ Ac. STJ de 05/11/2009, Proc. n.º 418/07.8PSBCL, in www.dgsi.pt

⁵⁸⁹ Art.º 21.º e 25.º do DL n.º 15/93.

⁵⁹⁰ Estas decisões encontram-se previstas no Art.º 78.º-A, n.º 1 da LTC.

argumentando, de acordo com jurisprudência uniforme do mesmo Tribunal, que o recurso obrigatório para o STJ tinha “precedência” sobre o recurso obrigatório para o TC, escudando-se no disposto no artigo 70.º, n.º 5 da LTC.⁵⁹¹

Perante as dúvidas levantadas pelo douto AFJ do STJ e a Lei n.º 30/2000, não poderia o TC intervir no exercício dos seus poderes de fiscalização de constitucionalidade? Fica a questão. Quanto a este facto, já por diversas vezes, o TC se pronunciou. A título de exemplo, atente-se o recente acórdão deste tribunal,⁵⁹² que versa exactamente sobre as relações institucionais entre o TC e o STJ. Tal advém, devido aos recursos para o TC, por eventual inconstitucionalidade, e contra a jurisprudência fixada pelo STJ. Neste acórdão de 2008, o TC acaba por citar outros em que se pronunciou da mesma forma.⁵⁹³ Porém, admite já terem sido proferidas por duas vezes,⁵⁹⁴ noutros processos, decisões daquele tribunal no sentido da inconstitucionalidade da interpretação normativa, realizada por fixação de jurisprudência. No referido acórdão de 2008⁵⁹⁵ acaba por mencionar que a ser julgado primeiro o recurso interposto para o TC por recusa de aplicação de uma norma, se o TC “confirmar o juízo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, subsiste uma decisão contrária a jurisprudência fixada pelo STJ, ainda sujeita a recurso obrigatório, que não pode deixar de ser interposto”.⁵⁹⁶ Interposto esse recurso, e vamos admitir que chegamos ao STJ, “este Tribunal, para respeitar o caso julgado formado no processo sobre a questão de constitucionalidade, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82, tem de alterar a orientação jurisprudencial que definiu, revendo o assento, sem ter tido a oportunidade de se pronunciar sobre a decisão que recusou a respectiva aplicação por inconstitucionalidade”.⁵⁹⁷ O TC, acaba por dizer, que do ponto de vista das relações institucionais entre o STJ e o TC, “há-de concordar-se não ser esta a melhor solução”.

⁵⁹¹ “Não é admitido recurso para o TC de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva lei processual”.

⁵⁹² Ac.TC n.º 76/2008, Proc. n.º 1092/07, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080076.html>

⁵⁹³ Acórdãos n.ºs 281/2001, 282/2001, 412/2003, 470/2003, 480/2003, 503/2003, 545/2003, 558/2003, 559/2003, 3/2004, 17/2004, 28/2004, 31/2004, 49/2004, 57/2004, 58/2004, 73/2004, 309/2004, 506/2004 e 688/2004 e Decisões Sumárias n.ºs 571/2007, 573/2007, 574/2007 e 575/2007.

⁵⁹⁴ Acórdão n.º 110/2007 e Decisão Sumária n.º 379/2007, ambos proferidos em recursos interpostos ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC.

⁵⁹⁵ Ac.TC n.º 76/2008, Proc. n.º 1092/07, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080076.html>

⁵⁹⁶ Idem, ponto 5.

⁵⁹⁷ Idem.

Todavia, sem querermos entrar em caminhos “sinuosos” relativos à (in)constitucionalidade, que aliás não é o nosso intuito, acrescentamos somente que JORGE MIRANDA defende, ainda que hesitantemente e em termos não totalmente desenvolvidos, que os Acórdãos do STJ com valor reforçado, tanto cíveis, como criminais, devem estar sujeitos à fiscalização da constitucionalidade por parte do TC.⁵⁹⁸ Atente-se que o próprio STJ em acórdão bem recente,⁵⁹⁹ refere que “a uniformização de jurisprudência fixa uma das várias interpretações possíveis da lei, cria a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso concreto. Assim, a uniformização traduz a existência de uma norma jurídica elegendo uma determinada interpretação que, em princípio, se impõe genericamente, o que implica, quanto a ela, seja possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade. No caso, a invocação de uma pretensa inconstitucionalidade deveria ter-se concretizado através do meio processual adequado”.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Miranda, Jorge, VI Manual de Direito Constitucional,” 3.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 176, 177 e 181.

⁵⁹⁹ Ac. do STJ de 14/09/2011, Proc. n.º 1421/10.6PBSTB.S1, in www.dgsi.pt

⁶⁰⁰ OLIVEIRA, Alexandre José Au-Yong, Os sistemas jurídicos... op. cit. s/p

CAPÍTULO VII - CRIMES ABSTRATOS, PROBLEMAS BEM CONCRETOS

*“Numa área com a sensibilidade do Direito Penal, onde estão em risco valores máximos da ordem jurídica num Estado de Direito como a liberdade, não pode subsistir dúvida sobre a incriminação de condutas”.*⁶⁰¹

7.1 - Nota introdutória.

Tendo em conta tudo o que foi dito e dado que o problema está devidamente identificado, parecer-nos-ia que nada mais havia a dizer. Porém, como já afirmamos, o problema subsiste com decisões díspares, sendo que na maioria das vezes, quem tem estupefaciente em quantidade superior à média individual para dez dias, é acusado pelo crime de tráfico de estupefacientes, ainda que de menor gravidade. Dada a falta de clareza desta questão, que em último recurso pode fazer a diferença entre, a imputação de uma contra-ordenação ou de um crime,⁶⁰² de uma acusação ou de um arquivamento,⁶⁰³ e entre a condenação e a absolvição.⁶⁰⁴ Como definir afinal tal conduta? Ao que parece, infelizmente, ninguém o saberá com toda a certeza. Vejamos o seguinte caso paradigmático, que não será muito invulgar. Vejamos as posições dos intervenientes durante todo o processo.⁶⁰⁵

A PSP, em 2009, interceptou dois suspeitos dentro de um automóvel e após revista⁶⁰⁶ e identificação⁶⁰⁷ dos mesmos, acabou por encontrar em cima do tablier do veículo, o peso bruto total aproximado de 6 gramas de estupefaciente denominado haxixe,⁶⁰⁸ o qual apreendeu.⁶⁰⁹ Um dos suspeitos,⁶¹⁰ admitiu que acabara de ir comprar tal produto para ambos, com dinheiro

⁶⁰¹ Ponto 2 do Ac. TC n.º 179/2012, Proc. n.º 182/12, in DR 1ª Série n.º 79 de 19 de Abril de 2012, que se pronunciou pela inconstitucionalidade do enriquecimento ilícito.

⁶⁰² Aquando uma intercepção policial.

⁶⁰³ Após a conclusão do inquérito.

⁶⁰⁴ No momento do julgamento.

⁶⁰⁵ Ac. TRP de 06/07/2011, Proc. n.º 2171/09.1 PAVNG, in www.dgsi.pt

⁶⁰⁶ Art.º 251 do CPP e Art.º 53 do L n.º 15/93.

⁶⁰⁷ Art.º 250 do CPP.

⁶⁰⁸ Tabela I-C, anexa ao DL n.º 15/93. Tal, após a realização do teste rápido para identificação da substância, mencionados nas considerações gerais deste trabalho.

⁶⁰⁹ Art.º 178.º e 249.º do CPP.

⁶¹⁰ Art.º 1.º, al e) do CPP.

de ambos. Por tal motivo, foi detido.⁶¹¹ Como a ocorrência foi durante a noite, foi privado da liberdade recolhendo às salas de detenção temporárias da PSP, para efeitos de pernoita e alimentação, até ser presente, ao MP, normalmente cerca das 09H30 do dia seguinte. Aqui o Procurador de Turno se entender ser necessária a aplicação de outra medida de coacção para além do TIR,⁶¹² prestado aquando da constituição de arguido,⁶¹³ remete o arguido para o TIC para primeiro interrogatório judicial.⁶¹⁴

Como normalmente acontece⁶¹⁵ esta situação foi para inquérito, no qual o OPC em relatório final, concluiu pela inexistência de tráfico e que ter-se-á tratado de uma situação de consumo. Uma posição, portanto, deste interveniente processual.⁶¹⁶

O digníssimo titular do inquérito, doutamente, entendeu deduzir acusação contra o arguido como autor material, na prática de um crime de tráfico de estupefacientes.⁶¹⁷ Outra posição deste sujeito processual.⁶¹⁸

O Procurador adjunto, junto do Juízo Criminal do julgamento, concordou com a acusação e sustentou-a em julgamento.

Durante o julgamento, foram provados os seguintes factos:

O arguido tinha na sua posse, 12,088 gramas de peso líquido⁶¹⁹ de cannabis (resina);

Produto adquirido pelo arguido em partes iguais com dinheiro próprio e da testemunha;

O produto seria assim para dividir por ambos.

Durante o julgamento, após ouvir a testemunha, que confirmou ter dado dinheiro ao arguido para este comprar estupefaciente para ele, o Procurador Adjunto junto do Juízo Criminal, mudou de opinião, solicitando a interrupção da instância e que alterasse a qualificação jurídica para o arguido e se extraísse certidão para a testemunha a fim de esta ser

⁶¹¹ Art.º 254.º, n.º 1 al) a, 255.º e 256.º do CPP.

⁶¹² Art.º 196.º do CPP.

⁶¹³ Art.º 58.º e 61.º do CPP.

⁶¹⁴ Art.º 141.º do CPP.

⁶¹⁵ Além dos motivos comuns a outros processos, nestes há a questão da perícia ao produto a ser realizado pelo LPC, para assim fazer prova em juízo.

⁶¹⁶ “Todos os demais intervenientes que não têm funções condutoras do processo e por isso não se podem caracterizar nem como sujeitos da jurisdição nem como sujeitos da acção, como sejam os órgãos de polícia criminal...” In Santos, Manuel Simas e Leal-Henriques, Manuel, Noções de Processo Penal, Rei dos Livros, 2010, p. 74.

⁶¹⁷ Previsto e punido pelo Art.º 25.º al. a) do DL n.º 15/93.

⁶¹⁸ “Aqueles que têm intervenção decisiva no processo, os que podem de algum modo interferir no seu andamento e traçar-lhe o rumo ou o seu destino.” In Santos, Manuel Simas e Leal-Henriques, Manuel, Noções de Processo... op. cit. p. 74.

⁶¹⁹ Peso líquido, mencionado no relatório do LPC.

também acusada pelo crime de consumo,⁶²⁰ referindo-o nas alegações orais.⁶²¹ Outra posição. O Juiz do julgamento refutou as alegações do MP e prosseguindo a instância, condenou o arguido a 14 meses de prisão, suspensa a sua execução por igual período, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo artigo 25.º, al. a) do DL n.º 15/93. Outra posição. Por tal motivo, o Procurador Adjunto, junto do tribunal, não concordando com a decisão interpôs recurso, para o TRP alegando, que o arguido deveria ter sido condenado pela prática de um crime previsto e punido no artigo 40.º do DL n.º 15/93.⁶²² Que se estaria eventualmente perante dois crimes diversos do que levou à condenação, “uma vez que cada um, com o próprio dinheiro adquiriu 6 gramas de estupefaciente. Que não houve cedência a terceiro mas sim entrega a terceiro, produto para consumo próprio deste”.

O PGA,⁶²³ junto do TRP, não concordando com o recurso, alegou, que o mesmo não merecia provimento devendo ser rejeitado, por se revelar manifestamente improcedente, devido a não constar na matéria de facto, a quantidade média diária de haxixe que o arguido consumia. Outra posição.

Os digníssimos Desembargadores do TRP, concluíram que no caso em apreço, não especificando o relatório pericial o grau de pureza da respectiva substância estupefaciente, não se considerou a conduta do arguido integradora do crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade ou sequer do crime de consumo de estupefacientes, pelo que procederam à revogação da sentença recorrida, absolvendo o arguido da prática, como autor material e na forma consumada, de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade.

Ora, parece-nos que, respeitando todas as opiniões, tal não abona em nada para a certeza e segurança jurídica em geral e para a imagem da justiça em particular. Como se verifica, apesar do AFJ do STJ, o problema persistirá. Ao que parece os OPCs procedem, o MP acusa e os tribunais condenam, segundo uma presunção de tráfico. Na senda do nosso trabalho, neste capítulo pretendemos mostrar algumas decorrências do actual estado do Direito Penal da Droga, conducente à demonstração e confirmação de que reclamará uma intervenção legislativa.

⁶²⁰ Art.º 40.º do DL n.º 15/93.

⁶²¹ Art.º 360.º do CPP.

⁶²² Crime de consumo de estupefacientes.

⁶²³ Art.º 416.º do CPP.

7.2 - A Republicação do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

A determinada altura o Jornal de Notícias publicava que “a lei da droga foi objecto de uma alteração que ninguém consegue explicar. A “mexida” aconteceu numa recente republicação integral da legislação, de 1993. O “erro” foi entretanto corrigido e classificado como “lapso fortuito. O JN procurou saber como aconteceu em concreto, tal “lapso fortuito” e obter esclarecimentos sobre eventuais responsabilidades directas no caso. Mas, sem sucesso. De acordo com fontes judiciais, a alteração em causa parecia ir no sentido de descriminalizar completamente o consumo de estupefacientes. Um cenário recusado, no ano passado, pelo STJ, num acórdão de uniformização de jurisprudência”.⁶²⁴

Já após a publicação do AFJ do STJ, o Governo, através da Proposta de Lei n.º 250/X, do Conselho de Ministros, propõe a introdução de novas substâncias⁶²⁵ nas tabelas anexas ao DL n.º 15/93, com uma republicação do diploma. Antes do diploma ir para discussão e votação, a CACDLG foi de parecer que a proposta de Lei n.º 250/X/4^a, apresentada pelo Governo, reunia os requisitos constitucionais e regimentais para ser discutida e votada em plenário.⁶²⁶

O diploma foi aprovado por unanimidade por todos os partidos, dando origem à Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio. Além da introdução de duas novas substâncias, foi republicado todo o diploma, com alterações ao artigo 40.º, saindo com a seguinte redacção:

“CAPÍTULO IV

Consumo e tratamento

Artigo 40.º

Consumo

1 — Quem cultivar plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.

2 — Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

⁶²⁴ Notícia publicada no Jornal de Notícias de 02/07/2009.

⁶²⁵ Conforme preceituado no Art.º 2.º n.º 2 e 3, do DL n.º 15/93.

⁶²⁶ Ofício n.º 142/1ª – CACDLG (Pós RAR) /2009 de 04/03/2009, in <http://www.parlamento.pt/Paginas/default.aspx>

3 — No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena.”

Repare-se, que embora não tenha havido discussão, o texto vem ao encontro da alteração feita pela Lei n.º 30/2000, pelo menos quanto à ausência do “consumo,” que como vimos, havia sido revogado pelo artigo 28.º deste diploma. Julgamos que mais uma vez o legislador perdeu uma oportunidade, para fazer uma alteração, a qual não aconteceu. Cerca de um mês depois, após a comunidade jurídica se ter questionado, no DR, 1.ª série — n.º 118, foi publicada a Declaração de Rectificação n.º 41/2009, que alterou a referida Lei n.º 18/2009, nos seguintes termos:

“Para os devidos efeitos se declara que a republicação do Decreto -Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, em anexo à Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio, que procede à décima sexta alteração ao Decreto -Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, acrescentando as substâncias oripavina e 1 -benzilpiperazina às tabelas anexas, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 90, de 11 de Maio de 2009, saiu com a seguinte inexactidão, que assim se rectifica:

No n.º 1 do artigo 40.º da republicação do Decreto -Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, em anexo à Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio, onde se lê:

CAPÍTULO IV

Consumo e tratamento

Artigo 40.º

Consumo

1 — *Quem cultivar plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.*

2 — *Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.*

3 — *No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena. deve ler -se:⁶²⁷*

⁶²⁷ Sublinhados nossos.

CAPÍTULO IV

Consumo e tratamento

Artigo 40.º

Consumo

1 — Quem consumir ou, para o seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.

2 — *Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.*

3 — *No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena.*

(Revogado nos termos do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro: ‘São revogados o artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do Decreto -Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime.’)»

Assembleia da República, 19 de Junho de 2009. — Pela Secretária -Geral, a Adjunta, Maria do Rosário Boléo.”

Repare-se que, mesmo após o AFJ ter sido publicado, republica-se uma lei, faz-se uma declaração de ratificação e mantém-se tudo igual com o agravo de na ratificação, se frisar mais uma vez o artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, revogou o artigo 40.º do DL n.º 15/93, sem avançarem com uma justificação legal da sua permanência.

Contudo, como referimos, tal não passou despercebido na comunidade jurídica sendo a questão pelo menos tratada em alguns tribunais, sobretudo aquando do não seguimento do AFJ.

O STJ⁶²⁸ entendeu que se não houve iniciativa legislativa, discussão e votação, da alteração da redacção do artigo 40.º do DL n.º 15/93, “a republicação de uma redacção diferente do preceito, sem mais, é um acto inexistente, como acto legislativo. Só pode ser pois ignorada, por se tratar de uma alteração de um diploma legislativo operada por quem não tem nenhuns poderes para tal. O artigo 3.º da Lei n.º 18/2009, não tem ele mesmo qualquer

⁶²⁸ Ac. STJ de 03/06/2009, Proc. n.º 21/08.5GAGDL.S1, in www.dgsi.pt

conteúdo normativo”. Acabou assim por referir que, “a republicação do DL n.º 15/93, foi um acto organizativo que se não propõe obviamente redefinir o direito, e simplesmente tornar mais acessível o texto da lei”.

O mesmo tribunal⁶²⁹ meses depois, pronuncia-se novamente sobre a republicação chamando a atenção para o facto de que rectificando a inexactidão da republicação do DL n.º 15/93, e estando em causa naturalmente a totalidade do indevidamente republicado artigo 40.º, como de resto acabou por ser feito, não deixou a rectificação, ela própria, de incorrer em inexactidão, ao anunciar, “no n.º 1 do artigo 40.º da republicação do DL n.º 15/93, em anexo à Lei n.º 18/2009, onde se lê: – segue-se o texto integral do artigo 40.º, tal como consta da republicação – deve ler-se: – seguindo-se o texto vigente em 2000, à data de revogação, a que se segue a indicação de (Revogado nos termos do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000: “São revogados o artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do DL n.º 15/93, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime)”. “E assim, no final da republicação, revista e rectificada, enquanto com referência ao revogado artigo 41.º consta apenas “Revogado”, no lugar do igualmente revogado artigo 40.º (excepto quanto ao cultivo) é colocado o texto da lei revogada, seguido da indicação de que foi revogado...”

GAMA LOBO⁶³⁰ refere que a juntar à “desconfortante polémica” ainda se somou o erro de a Lei n.º 18/2009, ter alterado o artigo 40.º do DL n.º 15/93, com uma “redacção absurda” a que se sucedeu a respectiva rectificação, repondo o texto original que “permaneça contra ventos e marés”.

Dado o exposto, parece-nos que está bem demonstrado de como este ramo do DP é tratado. Ou seja, de forma displicente e leviana, não existindo iniciativa legislativa e quando esta surge, é somente para alteração das tabelas anexas ao DL n.º 15/93.

7.3 - O crime de perigo abstracto do tráfico de estupefacientes.

Este tema não sendo tratado aquando da análise do regime jurídico-penal da droga, torna-se muito importante chamá-lo à colação neste capítulo, dada a sua relação com o ónus da prova e com o princípio *in dubio pro reo*.

⁶²⁹ Ac. STJ de 28/10/2009, proc. n.º 1012/08.1GLSNT.S1, in www.dgsi.pt

⁶³⁰ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 139.

Desde logo começaríamos por chamar à colação o preâmbulo do CP, onde se pode ler que, “a lei penal, relativamente a certas condutas que envolvem grandes riscos, basta-se com a produção do perigo (concreto ou abstracto) para que dessa forma o tipo legal esteja preenchido. (...) Pune-se logo o perigo, porque tais condutas são de tal modo reprováveis que merecem imediatamente censura ético-social. Adiante-se que devido à natureza dos efeitos altamente danosos que estas condutas ilícitas podem desencadear, o legislador penal não pode esperar que o dano se produza para que o tipo legal de crime se preencha. Ele tem de fazer recuar a protecção para momentos anteriores, isto é, para o momento em que o perigo se manifesta”.⁶³¹

É assim, comumente aceite pela comunidade jurídica, que o crime de tráfico de estupefacientes seja qualificado como crime de perigo abstracto.⁶³² Tal quer dizer que não se exige um resultado danoso concreto, bastando tão-somente a criação de perigo para o bem jurídico protegido, que no caso, como referimos, trata-se da saúde pública. Ora, como vimos em sede própria, só assim é possível punir quem detiver estupefaciente ainda antes de ter realizado qualquer outra acção dos restantes verbos, supra referidos do artigo 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93. O crime consuma-se assim, logo que haja um risco ainda que presumido para a saúde pública.

O TC⁶³³ refere que este crime é punido como um processo e não como resultado de um processo. Tal facto justifica assim, uma intervenção penal preventiva. O STJ⁶³⁴ fala de crime exaurido sendo “uma figura criminal em que a incriminação da conduta do agente se esgota nos primeiros actos de execução, independentemente de os mesmos corresponderem a uma execução completa, ou seja “aquele em que o resultado típico se obtém logo pela realização inicial da conduta ilícita”. Defende-se ainda que qualquer contacto ou proximidade com o produto estupefaciente permite integrar por inteiro a tipicidade.⁶³⁵ O tráfico de estupefacientes é em qualquer das suas modalidades, um crime de perigo abstracto ou presumido. O crime consuma-se com a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido, a saúde

⁶³¹ Ponto 31 do Preâmbulo do CP.

⁶³² “O perigo abstracto não é elemento do crime, é mero motivo da incriminação e verifica-se, por exemplo, nas contravenções, em que não é necessário que sejam causa de perigo real, visto que são puníveis por serem contrárias a normas que pretendem prevenir perigos, mesmo que não tenha lugar a criação efectiva do perigo” Cavaleiro de Ferreira, Direito Penal II, p. 141, cit. in SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, Noções de Direito Penal, Rei dos Livros, 4ª Ed., 2011, p. 52.

⁶³³ Ac.do TC n.º 262/01, proc. n.º 274/2001, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010262.html>

⁶³⁴ Ac. do STJ de 18/04/1996, Col. Jur., Ac. do STJ, IV, 2, 170 e ss.

⁶³⁵ Ac. do STJ de 06/10/2004, Proc. n.º 04P1875, in www.dgsi.pt

pública na dupla modalidade, física e moral.⁶³⁶ O tráfico de estupefaciente é seguramente um crime de perigo abstracto. Mas, há que não perder de vista que, apesar disso, sempre a prova dos factos consubstanciadores do perigo presumido (enunciados na descrição típica) se tem de fazer em julgamento. O que não se tem de fazer prova é do resultado, isto é do perigo concreto.⁶³⁷

Este facto, levanta assim outra questão que é a de relacionar a qualificação como crime de perigo abstracto com o princípio constitucional da necessidade das penas. O já citado Acórdão n.º 426/91 do TC, surgiu no seguimento da suscitação da inconstitucionalidade da criminalização do tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto, com o fundamento que tal violaria o princípio da necessidade das penas previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP. Assim pode ler-se no acórdão que “é a própria necessidade de proteger os bens jurídicos e assegurar o desenvolvimento da pessoa humana que impõe a criação da incriminação do perigo”.

Outra decisão refere que o crime de tráfico de estupefacientes é um crime de perigo abstracto, com uma descrição típica alargada, só justificável pelo objectivo de cobertura do risco de difusão da droga como fenómeno universal de reconhecidas consequências malélicas.⁶³⁸

MAIA COSTA⁶³⁹ refere que para se harmonizar a incriminação do perigo com o princípio da necessidade das penas, é necessário que a incriminação constitua a antecipação da tutela de um certo bem jurídico identificado com clareza. Não se trata de exigir a prova de um perigo concreto, pois tal seria contraditório com a figura do crime de perigo abstracto. Mas quando uma conduta em abstracto não for idónea para produzir a lesão do bem jurídico em causa, estará afastada a sua tipicidade.

CARLOS ALMEIDA,⁶⁴⁰ por sua vez considera que se trata de um crime abstracto-concreto, pois entende que se deverá permitir a contra prova da presunção legal do perigo. Na

⁶³⁶ Ac. do STJ de 10/02/1999, Proc. n.º 1381/98, citado no A.c. STJ de 11/04/2007 Proc. n.º 07P652, in www.dgsi.pt

⁶³⁷ Lobo, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 45.

⁶³⁸ Ac. STJ, de 29/04/2002, Proc. n.º 02P2930, in www.dgsi.pt

⁶³⁹ COSTA, Eduardo Maia, O Crime de...op. cit. p. 95.

⁶⁴⁰ ALMEIDA, Carlos, Legislação penal sobre droga: problemas de aplicação, in *Revista do Ministério Público*, n.º 44, ano II, p. 88.

mesma linha TOLDA PINTO⁶⁴¹ entende que se o produto for destruído pelo seu detentor o tipo não está preenchido. Isto é, se o perigo para a saúde pública não puder verificar-se, não estará preenchido o tipo. Atente-se que relativamente a esta questão a jurisprudência também não é unânime. O TRE⁶⁴² proferiu decisão, segundo a qual “a ilicitude da conduta do agente do crime de tráfico não é diminuída por este apenas se ter encarregado do seu transporte e distribuição e não ter chegado a existir venda”. Ora na nossa opinião, aceita-se este sentido, uma vez que sem o transporte a venda não poderia existir, tratando-se de um acto de execução de especial importância. Se assim não fosse, permitam-nos os que discordam, na respectiva cadeia da droga, o tráfico só seria punido ao nível do vendedor final, que é quando o bem jurídico, saúde pública, estará na iminência de correr perigo.

Com o mesmo fundamento, já não concordaremos com outra decisão do TRE⁶⁴³ que foi no sentido de que “a simples detenção de droga, para efeitos de medida de pena, é muito menos grave do que a venda, a tentativa de venda, exposição à venda ou fazer circular por outrem o estupefaciente”.

Uma coisa é certa, a jurisprudência no seu todo entende, como é revelador a decisão do STJ,⁶⁴⁴ que o crime de tráfico em qualquer das suas modalidades, é um crime de perigo abstracto ou presumido pelo que não se exige para a sua consumação a existência de um dano real e efectivo. O crime consuma-se com a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem jurídico, a saúde pública. No mesmo sentido foi a decisão do STJ⁶⁴⁵ em que refere que o artigo 21.º do DL n.º 15/93, caracteriza-se por uma “estrutura progressiva, pretendendo abarcar a multiplicidade de condutas em que se pode desdobrar a actividade ilícita relacionada com o tráfico de droga,” sendo que, em relação à progressividade daquelas condutas, a opção que a jurisprudência consagrou tem como “paradigma a teoria das condutas alternativas, que radica na consideração de que as diversas condutas não são autónomas em si, mas alternativas, de tal maneira que, para a subsistência do delito, é indiferente que se realize uma ou outra, permanecendo um só delito ainda que se realizem as diversas acções descritas. Efectivamente,

⁶⁴¹ PINTO, A. A. Tolda, Tráfico e Consumo Ilícito de Estupefacientes – O Regime Penal e a Respectiva Tramitação Processual, Porto, ELCLA Editora, 1995, p. 72.

⁶⁴² Ac. do TRE, 15/04/1986, in BMJ, n.º 358, p. 628.

⁶⁴³ Ac. do TRE de 02/11/1988, in BMJ, n.º 381, p.766.

⁶⁴⁴ Ac. do STJ de 10/02/1999, Proc. 1.381/98 -3ª Secção.

⁶⁴⁵ Ac. STJ de 02/04/2008, Proc. n.º 08P415, in www.dgsi.pt

neste caso a razão pela qual se castiga por um único delito não radica na existência de um concurso de normas, mas sim na especial estrutura delitiva, já que se trata de um delito de condutas alternativas que estão entre si numa relação de progressão criminal de maneira a que do cultivo de droga se passa à fabricação de produtos estupefacientes que exijam intervenção química, ao transporte e, por último, aos actos de tráfico. É exactamente essa a consideração que leva à conclusão de que a invocação de uma mera detenção não tem qualquer relevância em sede de exclusão de ilicitude”.⁶⁴⁶ Ora, eis uma posição que não poderíamos estar mais de acordo, pois definirá quase tudo relativamente à questão levantada.

7.3.1 - A disseminação de estupefacientes quando ultrapassada a quantidade média para dez dias. Crime de perigo abstracto?

Definido que está o crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto, parece-nos elementar não olvidar a questão do consumo, o que aliás é o propósito deste trabalho. Como analisamos, para quem assim entenda, o consumo ainda é punido a título de crime pelo artigo 40.º do DL n.º 15/93. Outrora, fazia sentido falar somente de crime de consumo, mas julgamos que após a descriminalização e as vicissitudes que supra aludimos, será mais coerente falar em perigo de disseminação de estupefacientes quando ultrapassadas a quantidade média para dez dias.

Como se verificou, o STJ no douto AFJ, apresenta como principal argumento o facto de que ultrapassada tal quantidade de estupefaciente, haverá perigo de o consumidor deixar de destiná-lo somente ao seu consumo. Argumento este, que recorde-se, não concordamos em absoluto, pois o argumento da quantidade não bastará. Senão vejamos a título de síntese. Como vimos em sede própria, para estar excluído o tráfico, independentemente da quantidade de estupefaciente bastará o detentor afectá-lo exclusivamente ao seu consumo. Por outro lado, recorde-se que basta apenas uma dose para existir tráfico. Aliás é um expediente muito usado na venda directa pelos traficantes, pois detêm pequenas quantidades de estupefaciente, a fim de, caso sejam interceptados pela polícia poderem alegar que é para consumo próprio e para a conduta ser enquadrada em ilícito contra-ordenacional. Assim, conclui-se que caso a pretensão

⁶⁴⁶ Idem.

seja o tráfico,⁶⁴⁷ ou haja indícios deste, pouco importará a quantidade de estupefaciente, uma vez que o detentor não o afectará exclusivamente ao seu consumo, pelo que estaremos perante um crime de tráfico ainda que de menor gravidade ou privilegiado. Aliás, antes da querela existir,⁶⁴⁸ a quantidade não era preponderante para distinguir os dois crimes, sendo somente importante o elemento subjectivo da intenção do agente afectar ou não o produto ao seu consumo exclusivo. Contudo, adverte-se e salvaguarda-se, que como já foi referido, a partir de um determinado quantitativo de estupefaciente, lógico será concluir que, pelo excesso o detentor não a destina, pelo menos exclusivamente ao seu consumo, mas também ao de outros, isto é, ao tráfico.⁶⁴⁹

No douto AFJ do STJ, aceitou-se que o consumo é um vício e o consumidor um doente. Porém, quando o doente tem estupefaciente superior ao necessário para mais de dez dias de consumo, é um perigo acrescido. Desta forma, passou a haver doentes punidos como contraventores e outros como criminosos, tudo dependendo da aleatória circunstância de consumirem ou terem na sua posse estupefaciente para dez ou para onze dias.⁶⁵⁰

Como vimos no Capítulo II, o escopo do artigo 40.º, é a proibição do consumo, tratando-se de um crime de perigo abstracto.⁶⁵¹ Contudo há quem entenda,⁶⁵² que o bem jurídico saúde pública é somente atingido quando está em causa um indefinido e indeterminado número de pessoas.⁶⁵³ O mesmo não acontecerá quando se trata da saúde de pessoas determinadas e certas. Este argumento pode ser aplicado ao consumo de estupefaciente.

Também o STJ⁶⁵⁴ entendeu que quem utiliza a droga não só para vender mas também para consumo próprio, pratica em concurso real dois crimes, uma vez que estão em causa bens jurídicos diferentes. Já diferentemente entendeu o TRL⁶⁵⁵ admitindo que preenchendo os factos provados, cometidos pelo arguido, quer os elementos do crime de tráfico de

⁶⁴⁷ “...cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver...”

⁶⁴⁸ Antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.

⁶⁴⁹ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 147.

⁶⁵⁰ Idem, p. 139.

⁶⁵¹ MARTINS, A. G. Lourenço, Droga... op. cit. p. 224.

⁶⁵² COSTA, Eduardo Maia, Direito Penal... op. cit. pp. 97-100.

⁶⁵³ Referindo-se ao tráfico.

⁶⁵⁴ Ac. do STJ de 26/04/1989, in B.M.J. 386-253, cit. in LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 165.

⁶⁵⁵ Ac. do TRL de 25/02/1997, Proc. n.º 8065, in www.dgsi.pt

estupefacientes, quer os do crime de consumo dessas substâncias, configura-se um concurso aparente de crimes, a punir pelo mais grave, isto é, pelo de tráfico.

Por sua vez o TRP, relativamente ao próprio consumo partilhado, já se pronunciou no sentido de que não se está a violar, em abstracto, a saúde pública, mas antes e em concreto, a saúde daqueles que se agrupam para consumir.⁶⁵⁶ Como se verifica, também aqui a jurisprudência não é homogénea, tratando-se de outra relatividade deste peculiar braço do Direito Penal.

Vimos também que o consumidor é um doente que merece censura, pois trata-se do último elo do tráfico.⁶⁵⁷ Só que actualmente tal censura é concretizada através de duas vias. A administrativa⁶⁵⁸ e a criminal.⁶⁵⁹ Com a descriminalização do consumo, ainda que em sentido estrito,⁶⁶⁰ manter-se-ão os argumentos que estiveram na origem da criminalização. Assim, ao que parece, estamos perante um crime de perigo abstracto, mas somente quando ultrapassada a quantidade de estupefaciente para o consumo de dez dias, entendendo-se que tal perigo não existe se o detentor tiver somente quantidade para nove dias. Ora pelas razões já expostas não poderemos concordar com tal distinção, pois terá sido também com base em tais argumentos que o legislador manteve a censura ao consumo, não o despenalizando totalmente mas simplesmente descriminalizando. Assim temos duas vias punitivas para censurar tal comportamento, que coloca em perigo o bem jurídico, que como vimos é a saúde pública. Como definimos então o limite entre a via administrativa e a criminal?

7.4 - A Portaria n.º 94/96, de 26 de Março.

Como já referido, esta portaria entrou em vigor três anos depois do início da vigência do DL n.º 15/93.⁶⁶¹ Entre um e outro diploma era à jurisprudência a quem cabia definir as quantidades aludidas nos artigos 26.^{o662} e 40.^{o663} daquele diploma. Aliás faziam-no de uma

⁶⁵⁶ Ac. TRP de 06/07/2011, Proc. n.º 2171/09.1 PAVNG, in www.dgsi.pt

⁶⁵⁷ ROCHA, J. L. Moraes, Droga... op. cit. p. 122.

⁶⁵⁸ Lei n.º 30/2000.

⁶⁵⁹ DL n.º 15/93.

⁶⁶⁰ Segundo JORGE FIGUEIREDO DIAS, consiste na “desqualificação de uma conduta enquanto crime, como redução formal da competência do sistema penal em relação a certas condutas.” DIAS, Jorge Figueiredo, O Movimento de Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social, In Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Coimbra Editora, 1998, Vol. I, p. 22, citado por Guedes Valente, Consumo... op. cit. p. 21.

⁶⁶¹ Isto apesar de reclamada pelo Art.º 71.º, n.º 1, al c), do mesmo diploma.

⁶⁶² Traficante consumidor.

⁶⁶³ Crime de consumo.

forma assaz controversa, uma vez que cada juiz traçava a sua tabela segundo princípios e fundamentos próprios.⁶⁶⁴ Lembramos que o STJ chegou a definir que a dose diária de heroína e cocaína seria cerca de 1,5 gramas e o haxixe cerca de 2 gramas.⁶⁶⁵ Entende-se assim, que é perfeitamente legítimo recorrer-se à Jurisprudência dos nossos tribunais superiores que estabeleceu e definiu tais quantidades médias para o consumo individual durante 1 dia.⁶⁶⁶ Com a Portaria n.º 94/96, a dose diária de tais substâncias, passou a ser de 0,1 grama, 0,2 gramas e 0,5 gramas, respectivamente.⁶⁶⁷ Refira-se que ali constam as substâncias de uso mais frequente.

Após a entrada em vigor da portaria, o julgador passou a ter assim uma forma de enquadrar as quantidades detidas pelo traficante consumidor do artigo 26.º e do consumidor do artigo 40.º. Lembre-se que em ambos os preceitos, a portaria releva para a moldura da pena abstracta, mantendo-se os ilícitos como criminais. Após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, a portaria servirá como veremos, como limite ou fronteira entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal.

Embora a Lei n.º 30/2000, não remeta para qualquer lei ou regulamento, há quem entenda⁶⁶⁸ que em obediência ao princípio da unidade do sistema jurídico se usará a tabela da Portaria n.º 94/96. No mesmo sentido RUI PEREIRA⁶⁶⁹ não vê qualquer obstáculo, aceitando as considerações feitas nos Acórdãos do TC 534/98 e 559/01, à aplicação das regras científico-técnicas da portaria ao caso do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000. Na mesma linha, CONDE CORREIA⁶⁷⁰ entende que os limites quantitativos fixados na portaria, também se aplicam ao artigo 2.º n.º 2 de tal diploma.

Contudo há quem considere, que os valores previstos no mapa anexo à Portaria n.º 94/96, não são aplicáveis à Lei n.º 30/2000. Quer pelo facto do mapa e os termos do preâmbulo, em que os limites ali definidos, se aplicarem somente ao artigo 26.º n.º 3 e artigo

⁶⁶⁴ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 141.

⁶⁶⁵ Ac. do STJ de 15/05/1996, proc. n.º 48306, cit. in Ac. do TRP de 13/10/2010, proc. n.º 46/09.3SFPRT.P1, in www.dgsi.pt

⁶⁶⁶ Ac. do TRP de 13/10/2010, Proc. n.º n.º 46/09.3SFPRT.P1, in www.dgsi.pt que faz referência ainda ao Ac. do STJ de 10/07/1991, in BMJ 409, 392, o Ac. do STJ de 5/02/1991, in BMJ 404,151, o Ac. da TRL de 9/01/1990, in BMJ, 393, 648, o Ac. do STJ de 30/01/1990 in BMJ 393, 319, o Ac. do STJ de 14/03/1996, Proc. n.º 048339 e o Ac. do STJ de 15/05/1996, Proc. n.º 048306, estes últimos visualizáveis em www.dgsi.pt

⁶⁶⁷ O que multiplicado por 10 dias, resulta na quantidade de 1 gr. de heroína, 2 gr. de cocaína e 5 gr. de haxixe.

⁶⁶⁸ LOBO, Fernando Gama, *Droga...*, op. cit. p. 143.

⁶⁶⁹ PEREIRA, Rui, *A descriminalização...* op. cit. p. 1178.

⁶⁷⁰ CORREIA, João Conde, *Droga: Exame laboratorial às substâncias apreendidas e diagnóstico da toxicodependência*, *Revista do CEJ*, 2004, Número 1, pp. 87 a 91.

40.º n.º 2 do DL n.º 15/93, mas também porque em parte alguma da Lei n.º 30/2000 se refere a aplicabilidade da referida portaria.⁶⁷¹ Com os mesmos argumentos temos o TRP⁶⁷² que em determinado momento entendeu, não se poder recorrer ao mapa anexo à Portaria n.º 94/96. Recorde-se que, os factos aqui em apreciação (relativos à detenção pelo arguido de haxixe para consumo próprio) terão tido eventualmente lugar em 24/09/08, em plena vigência da Lei n.º 30/2000.

Ao que parece, a maioria, incluindo a jurisprudência, entende que a tabela da portaria se aplica ao artigo 2.º n.º 2 da Lei n.º 30/2000, pelo que nos moldes actuais, servirá⁶⁷³ como fronteira entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal.

Disposta que está a questão da aplicação da portaria, passaríamos à questão da sua legalidade e constitucionalidade.

Desde muito cedo,⁶⁷⁴ alguma jurisprudência pôs em causa não só a legalidade, mas também a constitucionalidade da Portaria n.º 94/96. Nessa altura era quanto à sua aplicação conjugada com os artigos 26.º n.º 3 e 40.º n.º 2 do DL n.º 15/93.⁶⁷⁵ A génese da portaria está no artigo 71.º do DL n.º 15/93, a determinar pelos Ministros da Justiça e da Saúde, ouvido o Conselho Superior de Medicina Legal.

A primeira vez que a jurisprudência levantou a questão da inconstitucionalidade da portaria foi através do STJ por acórdão de 26 de Março de 1998,⁶⁷⁶ que negou provimento a um recurso. Este tribunal superior, recusou a aplicação do artigo 9.º da referida portaria (e do mapa que o integra), e portanto, não considerou “os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de consumo mais frequente” nele fixados, por sofrer de inconstitucionalidade orgânica a alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º do DL citado, ao abrigo do qual fora aprovada. No entender do STJ, o envio para portaria dos “Ministros da Justiça e da Saúde” da determinação dos “limites quantitativos máximos de princípio activo para cada dose

⁶⁷¹ AGOSTINHO, Patrícia Naré, Posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo médio individual durante dez dias, in Revista do Ministério Público, ano 25, Jan/Mar, 2004, n.º 97, p. 142.

⁶⁷² Ac. do TRP de 03/11/2010, Proc. n.º 997/08.2PRPRT.P1, in www.dgsi.pt

⁶⁷³ Dizemos servirá, porque ninguém admitirá que a aplica automaticamente, quando na prática é isso que acontece, não havendo outro instrumento objectivo para definir tais limites.

⁶⁷⁴ Mesmo antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.

⁶⁷⁵ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 246.

⁶⁷⁶ Ac. do TC n.º 534/98, Proc. n.º 545/98, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980534.html> consultado em 31/03/2012.

média individual diária” das mesmas substâncias e preparações não estava coberto pela lei de autorização legislativa que permitiu a sua aprovação.⁶⁷⁷ Pelo que a definição prévia dos limites quantitativos máximos para cada dose média diária (...) constitui elemento importante para a aplicabilidade do n.º 3 do artigo 26.º e do artigo 40.º do DL n.º 15/93, pelo que, a norma do n.º 3 do artigo 26.º só fica verdadeiramente integrada depois de o legislador do diploma (pois o DL n.º 15/93 não os determina), definir os referidos limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária. Definição que passa a fazer parte do conteúdo típico das referidas normas jurídico-criminais e, por isso, dependente de autorização legislativa.⁶⁷⁸ Por tal razão, o STJ considerou como “manifesta” a inconstitucionalidade orgânica do aludido artigo 71.º, n.º 1, c) do DL n.º 15/93, pois define os pressupostos dos aludidos crimes sem autorização da AR.⁶⁷⁹

O TC na sua decisão decidiu que interpretar a alínea c) do n.º 1 do artigo 71.º do DL n.º 15/93, do modo que o STJ o fez, não é o único possível, e estava longe de ser o mais adequado. Para o efeito apelou ao momento sistemático da interpretação, pois se impunha que se atribuisse o devido valor ao disposto no n.º 3 do artigo 71.º do DL n.º 15/93.⁶⁸⁰

Em suma, o TC interpretou que os limites fixados na portaria, tendo meramente um valor de meio de prova, a apreciar nos termos da prova pericial, não constituem verdadeiramente, dentro do espírito e da letra do artigo 71.º do DL n.º 15/93, uma delimitação negativa da norma penal que prevê o tipo de crime privilegiado. Não está em causa a remissão para regulamento da definição dos comportamentos puníveis através do artigo 26.º, mas tão só, bem mais modestamente, a remissão para valores indicativos, cujo afastamento pelo tribunal é possível, embora acompanhado da devida fundamentação.

Já em 29 de Maio de 2001, o TIC de Aveiro,⁶⁸¹ após pedido de abertura de instrução por parte dos arguidos, considerou integrar-se a conduta destes na previsão do artigo 26.º

⁶⁷⁷ Lei n.º 27/92, de 31 de Agosto.

⁶⁷⁸ Art.º n.º 165.º, n.º 1, al. c) da CRP.

⁶⁷⁹ Ac. do TC n.º 534/98, Proc. n.º 545/98, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980534.html> consultado em 31/03/2012

⁶⁸⁰ Segundo o qual “o valor probatório dos exames periciais e dos limites referidos no n.º 1 é apreciado nos termos do artigo 163.º do CPP”. Ora tal preceito, com a epígrafe “valor da prova pericial”, determina que “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador” (n.º 1), acrescentando (no n.º 2): “sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.”

⁶⁸¹ Ac. do TC n.º 559/01, Proc. n.º 445/01, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010559.html> consultado em 17/07/2012.

daquele DL n.º 15/93, em concurso aparente com o artigo 40.º, pelo que não aplicou, por inconstitucionalidade, não só o artigo 71.º, n.º 1, alínea c), do mesmo texto, como também o artigo 9.º da Portaria n.º 94/96.

Também aqui o TC decidiu como anteriormente, interpretando as normas constantes do artigo 71.º n.º 1, alínea c), do DL n.º 15/93, e tabelas anexas, e artigo 9.º da Portaria n.º 94/96, em conformidade com o princípio da legalidade, consignado no artigo 29.º n.º 1, da CRP, no sentido de a remissão operada pela primeira para a segunda das referidas normas, no tocante à definição dos limites quantitativos máximos do princípio activo para cada dose média individual diária das substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao primeiro dos diplomas, ter apenas o valor de prova parcial, sem implicar definição de elementos tipicamente relevantes por normas de índole regulamentar.

Em 31 de Maio de 2002, o Tribunal Colectivo do Cartaxo,⁶⁸² proferiu sentença de condenação pelo crime de consumo agravado, p. e p. pelo artigo 40.º n.º 2 do DL n.º 15/93, por não ter dado como provado que os arguidos praticaram o crime de tráfico do qual iam acusados, por recusar a aplicação do artigo 71.º n.º 1, al. c) do DL n.º 15/93, por violação da CRP.⁶⁸³ Entendeu aquele Colectivo que o artigo 71.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 15/93, foi declarado inconstitucional pelo Ac. n.º 534/98, do TC, supra referido, por violação do princípio da legalidade, salvo se interpretada a remissão para portaria como feita com o valor de prova pericial. Após recurso por parte do MP,⁶⁸⁴ o TC decidiu no sentido do que já havia feito anteriormente.⁶⁸⁵

Como vimos, tais dúvidas existiram antes da entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, pelo que as mesmas, se enquadravam somente nos crimes privilegiados dos artigos 26.º e 40.º do DL n.º 15/93, sendo relevantes na qualificação do crime. Como vimos em sede própria, quanto ao artigo 26.º, se o agente detiver estupefaciente em quantidade superior à necessária ao consumo médio de 5 dias,^{686,687} não será enquadrado nesse artigo, mas sim no artigo 21.º ou

⁶⁸² Ac. do TC n.º 43/02, de 31/01/2002, Proc. n.º 443/01, in Consultado em 31/03/2012 in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020043.html>

⁶⁸³ Art.º 165.º, n.º 1, al. a) da CRP.

⁶⁸⁴ Art.º 70.º, n.º 1, al. a) ou i), da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro. (Lei do TC).

⁶⁸⁵ “Interpretar a norma constante da alínea c) do n.º 1 do Art.º 71.º do DL n.º 15/93 no sentido de que, ao remeter para a portaria nela referida a definição dos limites quantitativos máximos de princípio activo para cada dose diária individual diária das substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV, de consumo mais frequente, anexas ao mesmo diploma, o faz com o valor de prova pericial.”

⁶⁸⁶ Art.º 26.º n.º 3, do DL n.º 15/93.

⁶⁸⁷ Que como vimos anteriormente, por harmonia do sistema, hoje entende-se que seja para dez dias.

artigo 25.º. No que concerne ao artigo 40.º, se o agente detiver estupefaciente em quantidade superior à necessária ao consumo médio de dez dias,⁶⁸⁸ (actualmente dez), será punido sob uma moldura penal mais grave, isto é por consumo agravado.

Sucedo porém, que após a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, julgamos que as dúvidas sobre aqueles preceitos serão relevantes, pois agora estamos perante a fronteira entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal. Dizemos isto aplicando argumento a contrario do Acórdão n.º 534/98 do TC, onde foi referido que “nesta perspectiva, a ilegitimidade constitucional da norma impugnada não seria afastada por aqui estar em causa não a fronteira entre o lícito e o ilícito, mas a fronteira entre uma norma que prevê o crime base⁶⁸⁹ e a norma que prevê um tipo privilegiado”.⁶⁹⁰ Julgamos pois que aqui, podemos dizer que estamos perante a fronteira entre o lícito e o ilícito, dado que estamos perante dois regimes punitivos de natureza diferente. Por isso acompanhamos GUEDES VALENTE, que concordando com o valor de prova pericial, refere que não nos podemos esquecer que não se tratam aqui de casos cíveis, administrativos ou laborais, mas sim de matéria que pode colidir com a liberdade dos cidadãos.⁶⁹¹ O mesmo autor acaba por dizer que os limites quantitativos plasmados na Portaria n.º 94/96, são um elemento objectivo importantíssimo para a qualificação criminal, para a determinação do tipo criminal ou não da conduta do indivíduo.⁶⁹²

O artigo 9.º da Portaria n.º 94/96, veio assim, estabelecer os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I e IV, anexas ao DL n.º 15/93, de consumo mais frequente. Mas ao que parece, não é de aplicação automática. Como não é? Se constantemente, está a ser aplicada de tal forma, quer pelos OPCs, como veremos mais adiante, quer pelo MP nas suas acusações, quer pelos tribunais. Em todas estas fases, a maioria das vezes, além do produto estupefaciente encontrado na posse do indivíduo existe somente as declarações deste. E se o mesmo se remete ao silêncio? Quanto a este assunto também o abordaremos mais tarde. Por ora, cingimo-nos à aplicação automática da portaria.

Além do TC entender que a mesma deve ser encarada ou aplicada como prova pericial, outros tribunais também assim o entendem, pelo que julgamos que mais uma vez a

⁶⁸⁸ Art.º 40.º n.º 2, do DL n.º 15/93.

⁶⁸⁹ Idem, Art.º 21.º.

⁶⁹⁰ Idem, Art.º 26.º.

⁶⁹¹ VALENTE, Manuel Guedes, Consumo...op. cit. p. 58.

⁶⁹² Idem.

comunidade jurídica faz vista grossa a este assunto, quando diariamente, a portaria é aplicada de forma automática, pois como já dissemos acaba por ser o único meio para qualificar o crime ou presentemente, enquadrar a conduta como crime ou contra-ordenação. O TRP,⁶⁹³ entende que os valores contidos no mapa anexo à Portaria n.º 94/96, não são de aplicação automática. Todavia o mesmo tribunal, em acórdão recente, apesar daquele entendimento, acaba, tal como nós, por admitir que o mapa da Portaria n.º 94/96, é um elemento importante para a definição do conceito de “consumo médio individual diário”, e o valor nele expresso é normalmente aceite pela Jurisprudência.⁶⁹⁴

Já o TRL⁶⁹⁵ procedeu de forma diferente, referindo que a descriminalização do consumo de estupefacientes, operada pela Lei n.º 30/2000, foi parcial, continuando a integrar o crime tipificado no artigo 40.º do DL n.º 15/93, e não mera contra-ordenação, a detenção ou aquisição para consumo de drogas em quantidade que exceda a necessária ao consumo médio individual durante dez dias (que é de um grama, quanto à heroína, face ao disposto no artigo 9.º da Portaria n.º 94/96. Pelo que acabou por aplicar automaticamente a referida tabela da portaria.

Já em 2011, o mesmo tribunal fê-lo novamente, ao afirmar que “parece desnecessário dizer que só depois de determinado o peso líquido da substância e o seu grau de pureza se pode ver se uma determinada porção desse produto excede ou não um determinado limite. No caso concreto, o produto apreendido tinha um peso bruto de 18,550 gramas e um peso líquido de 16,726 gramas. Sendo o grau de pureza de 16,8%, conclui-se que o arguido detinha 2,81 gramas de dacetilmorfina,⁶⁹⁶ o que corresponde aproximadamente ao necessário para o consumo médio individual durante 28 dias.⁶⁹⁷

Na mesma senda foi o mesmo TRL, em 2009, ao pronunciar-se que “o arguido detinha 9,78 gramas de cannabis, resina,⁶⁹⁸ enquadrada na tabela I-C anexa ao DL n.º 15/93, em que a dose individual diária máxima é de 0,5 gramas. Daqui resultou que não pôde aplicar ao arguido o regime jurídico relativo ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas

⁶⁹³ Ac. do TRP de 13/10/2010, Proc. n.º 46/09.3SFPRT.P1, in www.dgsi.pt

⁶⁹⁴ Ac. do TRP de 04/07/2012, proc. n.º 5525/05.9TDPRT.P2, in www.dgsi.pt

⁶⁹⁵ Ac. do TRL de 21/11/2002, Proc. n.º 3569, in www.dgsi.pt

⁶⁹⁶ Princípio activo da heroína.

⁶⁹⁷ Ac. do TRL de 07/12/2011, Proc. n.º 5/11.6GACLD-A.L1-3, in www.dgsi.pt

⁶⁹⁸ Haxixe.

para consumo, porquanto excedia a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.⁶⁹⁹

Também o STJ,⁷⁰⁰ salienta que no nosso país o único texto legal que comporta uma referência a quantidades de estupefaciente, é a Portaria n.º 94/96, que, embora com finalidade totalmente distinta, nos dá, no mapa elaborado com referência ao respectivo artigo 9.º, uma indicação dos limites quantitativos diários de consumo.

O mesmo STJ, noutro acórdão, entendeu na mesma linha, que estatuidando o n.º 3 do artigo 26.º do DL n.º 15/93, que o regime estabelecido no seu n.º 1 (previsão do tráfico para consumo) não é aplicável se o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual de cinco dias, (actualmente 10 dias) a conduta do recorrente não pode ser subsumida ao tipo legal do traficante-consumidor, dado que as quantidades referidas ultrapassam aquele limite. Na verdade, sendo o consumo médio individual de 0,5 gramas para a resina de cannabis, de acordo com o artigo 9.º da Portaria n.º 94/96 e mapa que lhe está anexo, as quantidades detidas pelo recorrente ultrapassavam em muito a dose média diária para o período de dez dias.⁷⁰¹

Conclui-se portanto, que o mapa anexo à Portaria n.º 94/96, não é de aplicação automática, mas é comumente aceite que se a aplique automaticamente. Ora, é o mesmo que dizer, é proibido, mas pode-se fazer. O que é que acontece? Nada, ficando na capacidade de quem pode, ou diríamos mais, de quem sabe, a possibilidade de recurso. Como já abordado na introdução, os directos destinatários deste regime, não terão na sua maioria, possibilidade de patrocinar um apoio judiciário “pleno”. Será legítimo, punir-se alguém criminalmente com base em critérios meramente estatísticos? Por enquanto fica a pergunta.

Sendo a portaria aplicada de forma automática, outra questão se levanta. Não estará em causa efectivamente, o princípio da legalidade⁷⁰² em matéria criminal, consagrado no n.º 1 do artigo 29.º da CRP? Como escreve JOSÉ DE SOUSA BRITO, “não há pena ou medida de

⁶⁹⁹ Ac. do TRL de 08/10/2009, Proc. n.º 282/07.7PDCSC.L1-9, in www.dgsi.pt

⁷⁰⁰ Ac. do STJ de 19/11/2008, Proc. n.º 08P3454, in www.dgsi.pt

⁷⁰¹ Ac. do STJ de 20/04/2006, Proc. n.º 06P554, in www.dgsi.pt

⁷⁰² “Também traduzido nas expressões latinas “nullum crimen sine lege” e “nulla poena sine lege” cuja função tem carácter garantístico, ao proteger os direitos fundamentais do cidadão face às tentativas de abuso do poder político instituído – Art.º 1.º do CP. Pelo que “só à lei compete fixar os limites que destacam a actividade delituosa da actividade legítima, sendo assim condição de segurança e liberdade, que seriam atingidas se punisse condutas ilícitas quando praticadas ou se os juízes pudessem punir os factos ainda não incriminados pelo legislador.” In SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, João Simas, *Noções de Direito...* op. cit. pp. 19-20.

segurança que não estejam descritas, assim como os respectivos pressupostos, em lei em sentido formal”.⁷⁰³ A função de garantia reconhecida ao princípio da legalidade pressupõe, não apenas que o facto punível seja definido com suficiente certeza, apesar de ser evidente que “uma total determinação é impossível devido à própria natureza da linguagem”⁷⁰⁴ mas também que essa definição resulte de lei da AR ou de DL do Governo.⁷⁰⁵ Será em tal direcção que deve ser interpretada a palavra “lei”, para os efeitos do n.º 1 do artigo 29.º da CRP. “O princípio da legalidade criminal significa então que só a lei como acto da função legislativa pode criar infracções, considerar formalmente ilícitos e culposos certos comportamentos das pessoas, estabelecer tipos de crimes, fazer-lhes corresponder determinadas penalidades. Está em causa uma garantia formal total (que opera, pois, formalmente, tanto do prisma da constituição das normas como da respectiva hierarquização): só a lei, pois, e não o costume; só a lei, também, e não o regulamento”.⁷⁰⁶ TEREZA PIZARRO BELEZA, entende que a esta luz, as chamadas normas penais em branco não são constitucionalmente legítimas, no seu sentido próprio, ou técnico,⁷⁰⁷ em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão “para uma disposição de grau ou nível inferior (v.g., um regulamento)”⁷⁰⁸ com violação da “proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhe tal competência”.⁷⁰⁹ No mesmo sentido, MARIA FERNANDA PALMA aduz que “a reserva de lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos”.⁷¹⁰ Não será a aplicação automática da portaria a definição de um elemento significativo para o conteúdo típico da incriminação no crime de consumo? Julgamos que sim.

⁷⁰³ BRITO, José de Sousa, A lei penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição, vol. 2, Lisboa, 1978, pp. 234-235.

⁷⁰⁴ Idem, p. 244.

⁷⁰⁵ Al. c) do n.º 1 do Art.º 165.º da CRP.

⁷⁰⁶ MIRANDA, Jorge, e MACHADO, Miguel Pedrosa, Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial – normas penais em branco, tipos abertos, crimes formais, e interpretação conforme à Constituição, separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 4, OUT-DEZ de 1994, p. 473.

⁷⁰⁷ BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 1.º vol., Lisboa: ed. AAFDL, reimp. 1998, 2.ª ed. revista e actualizada-1984, pp. 380-381.

⁷⁰⁸ MIRANDA, Jorge, e MACHADO, Miguel Pedrosa, Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial – normas penais em branco, tipos abertos, crimes formais, e interpretação conforme à Constituição, separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 4, OUT-DEZ de 1994, p. 483.

⁷⁰⁹ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 193.

⁷¹⁰ PALMA, Maria Fernanda, *Constituição e Direito Penal – as questões inevitáveis, Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*, T.II, Coimbra, 1997, p. 230.

Após o referido, pensar-se-ia que estaria tudo dito em relação à Portaria n.º 94/96. Porém, julgamos conveniente chamar à colação outro assunto, não menos importante para a aplicação da mesma.

7.4.1 - O princípio activo⁷¹¹ das substâncias, plantas e preparações.

Como vimos, prescreveu-se que por portaria definir-se-iam os limites quantitativos de princípio activo⁷¹² para cada dose média individual diária, das substâncias ou preparações, de uso mais frequente.⁷¹³ Tal foi estabelecido pela Portaria n.º 94/96, sendo referido no seu artigo 1.º al. c) e artigo 9.º. Estes artigos reportam-se somente aos limites quantitativos máximos, mas não ao princípio activo referido no DL n.º 15/93. Aliás tal foi também levantado na questão da inconstitucionalidade da portaria a que já aludimos. Todavia, embora a portaria não refira expressamente o princípio activo, julgamos que aparentemente o faz na legenda do mapa anexo à portaria, quando refere o “potencial aditivo e concentração média” em algumas substâncias.

Refira-se desde já, que a lei estabelece que a portaria deve ser actualizada sempre que a evolução dos conhecimentos científicos o justifique.⁷¹⁴ Ora, mais uma vez parece-nos, com alguma certeza, que desde 1993, a forma de cultivo, tratamento, preparação e adição das substâncias, plantas e preparações que são proibidas, sofreram mutação, quanto mais não seja com o objectivo do traficante obter mais lucro. A dita portaria desde a sua origem nunca foi alterada, pelo que os dados de outrora estarão francamente desactualizados. Será oportuno então questionar, se serão legítimas as constantes acusações e punições com base somente no peso líquido, quando a lei prevê a obrigação da indicação da percentagem do princípio activo.

⁷¹¹ Substância existente numa fórmula ou num medicamento, que é responsável por determinada ação terapêutica, in <http://www.infopedia.pt/lingua-portuguesa/princ%C3%ADpio> A grande maioria dos medicamentos é composta por uma mistura de substâncias: a parte fundamental corresponde a um ou vários princípios activos, que são as substâncias directamente responsáveis pelos efeitos benéficos. As restantes, que ocasionalmente constituem a maior parte do conteúdo do medicamento, correspondem aos excipientes, substâncias de natureza diversa, cuja função consiste em servir de suporte aos princípios activos, proporcionar a sua adequada conservação e facilitar a sua administração. In www.apifarma.pt cit in Ac. TRP de 25/03/2010, Proc. n.º 40/09.4PCPRT.P1 in www.dgsi.pt

⁷¹² “O princípio activo, tem a ver com as propriedades de um produto e as suas capacidades de gerar uma acção farmacodinâmica, ou seja com a pureza da droga, que, como é sabido varia e muito em função do «corte» que sofre.” In LOBO, Fernando Gama, Droga...op. Cit. p. 246.

⁷¹³ Art.º 71.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 15/93..

⁷¹⁴ Art.º n.º 71.º, n.º 2, do DL n.º 15/93.

Como sabemos, o que são proibidas são as substâncias que se encontram nas tabelas anexas ao DL n.º 15/93. São portanto as que estão tipificadas.

O legislador fixou limites para o consumo médio individual.

Como vimos, o artigo 71.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 15/93, fala em princípio activo.

O artigo 9.º da Portaria n.º 94/96, define os limites quantitativos.

E o artigo 10.º n.º 1 da Portaria n.º 94/96; refere: “...o perito identifica e quantifica⁷¹⁵ a planta, substância ou preparação examinada, bem como o respectivo princípio activo ou substância de referência”.

Admitamos, como comumente acontece, um consumidor a quem é encontrado estupefaciente denominado haxixe com o peso de 8 gramas. Segundo os limites quantitativos máximos do mapa anexo à portaria, o consumidor teria produto estupefaciente para 16 dias, ultrapassando em 3 gramas a controversa fronteira. Se for em flagrante delito,⁷¹⁶ como veremos, é de imediato detido.⁷¹⁷ Todavia, no final nunca terá tido estupefaciente que ultrapasse tal limite.

Segundo a legenda do mapa anexo à portaria, para esta substância,⁷¹⁸ as quantidades indicadas referem-se:⁷¹⁹

À dose média diária com base na variação do conteúdo médio do THC⁷²⁰ existente nos produtos da cannabis;

E a uma concentração média de 10% de 9THC;⁷²¹

De acordo com o último relatório do OEDT,⁷²² em 2009, o teor médio de THC registado na resina de cannabis (haxixe) variou entre 3% e 17%.⁷²³, isto com base no produto

⁷¹⁵ Sublinhado nosso.

⁷¹⁶ Art.º 256.º do CPP.

⁷¹⁷ Art.º 255.º do CPP.

⁷¹⁸ Cannabis resina, constante da tabela I-C do DL n.º 15/93.

⁷¹⁹ Ponto 3 - C e E, da legenda do Mapa anexo à Portaria n.º 96/96.

⁷²⁰ A potência dos produtos de cannabis (folhas, resina e óleo) é determinada pelo seu teor de delta-9-tetrahydrocannabinol (THC), a principal substância activa. Essa potência varia muito consoante os países e dentro de cada país, bem como entre os diferentes produtos de cannabis e entre as variedades genéticas. As informações sobre a potência da cannabis baseiam-se sobretudo na análise médico-legal de cannabis apreendida, seleccionada por amostragem. Não se sabe ao certo em que medida as amostras analisadas reflectem o mercado global, pelo que os dados relativos à potência devem ser interpretados com cautela.

Neste exemplo falamos na cannabis resina (haxixe). Consultado no relatório do OEDT, publicado em Novembro de 2011, com dados referentes a 2008 e 2009, p. 46, in http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_143743_PT_EMCDDA_AR2011_PT.pdf

⁷²¹ Após a [Declaração de Rectificação n.º 11-H/96, de 29 de junho](#), in DR – I Série B, n.º 149 —29/06/1996.

⁷²² Instituído pelo Regulamento (CEE) n.º 302/93 do Conselho, de 8 de Fevereiro de 1993.

⁷²³ Idem, p. 47.

apreendido dos diferentes países, tratando-se do produto que é vendido aos consumidores finais. Como os produtos apreendidos não passam por um processo de certificação, pois são ilícitos, sendo que os consumidores, adquirindo um produto sem rótulo, não sabem se estão a adquirir um produto com muito ou pouco grau de pureza, julgamos, ser este relatório periódico, um bom instrumento para o legislador poder alterar com frequência, o mapa anexo à portaria.

Regressando ao nosso exemplo, façamos os devidos cálculos. De acordo com os limites do mapa anexo à portaria, com base em dados estatísticos, fixou-se a quantidade diária de 0,5 gramas de tal substância, com base em cerca de 10% de THC. Ora, se tal peso está para 10%, para termos o princípio activo equivalente ao estado puro (100%), serão precisos 5 gramas de haxixe.

$$\begin{array}{r} 0,5 \text{ ----- } 10\% \\ \quad \times \\ X \text{ ----- } 100\% \end{array}$$

= 5 gramas.

Limite este, a partir do qual o consumidor será punido a título criminal, uma vez que, como vimos aplica-se automaticamente a Portaria n.º 94/96.

Tendo em consideração o supra referido relatório do OEDT, se a substância apreendida tiver somente 3% de THC, para obtermos o princípio activo equivalente ao estado puro (100%), serão precisos 16,6 gramas de haxixe.

$$\begin{array}{r} 0,5 \text{ ----- } 3\% \\ \quad \times \\ X \text{ ----- } 100\% \end{array}$$

= 16,6 gramas.

Da mesma forma, se a substância apreendida tiver 17% de THC, para obtermos o princípio activo equivalente ao estado puro (100%), serão precisos somente 2,94 gramas de haxixe.

$$\begin{array}{r} 0,5 \text{ ----- } 17\% \\ \quad \times \\ X \text{ ----- } 100\% \end{array}$$

= 2,94 gramas.

Assim sendo, o nosso suspeito tanto podia ter até cerca de 16,6 gramas ou menos de 2,94 gramas de haxixe, que continuava a enquadrar-se no ilícito contra-ordenacional, tudo dependendo do grau de pureza da substância, isto é, da sua percentagem de princípio activo. Aliás, como também já mencionado, todas as substâncias são alvo de inúmeras misturas e aditivos,⁷²⁴ na sua confecção. Tais substâncias não contempladas nas tabelas anexas ao DL n.º 15/93, não são assim proibidas, assim como as vendidas nas smart shops.⁷²⁵

Salienta-se contudo que os cálculos que apresentamos são somente uma das formas possíveis de os mesmos de efectuarem, nomeadamente se tivermos somente em consideração valores periódicos como os indicados pelo OEDT. Nestes cálculos parte-se do peso base indicado no mapa anexo à Portaria n.º 94/94, no exemplo 0,5 gramas de haxixe e aplica-se ao menor e maior valor da variação de percentagem apresentado pelo OEDT. Isto se continuar a entender-se que não é preciso a indicação do princípio activo no relatório pericial. Caso essa indicação passe a ser obrigatória, podemos fazer outro cálculo que nos parecerá ainda mais correcto. Continuando o nosso exemplo, desta feita não partiríamos do peso base do mapa anexo, mas sim do peso encontrado no suspeito. Falamos dos 8 gramas de haxixe que representaria a totalidade, isto é 100% do produto estupefaciente. Após o relatório pericial concluir que o mesmo teria somente 3% de THC, (princípio activo), concluir-se-ia então que tinha 0,94 gramas de substância pura:

$$\begin{array}{r} 8 \text{ ----- } 100\% \\ \quad \times \\ X \text{ ----- } 3\% \end{array}$$

$$= 0,94 \text{ gramas.}$$

Da mesma forma, após o relatório pericial concluir, que o mesmo teria somente 17% de THC, (princípio activo), concluir-se-ia então que tinha 1,36 gramas de substância pura:

$$\begin{array}{r} 8 \text{ ----- } 100\% \\ \quad \times \\ X \text{ ----- } 17\% \end{array}$$

$$= 1,36 \text{ gramas.}$$

⁷²⁴ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 240.

⁷²⁵ Lojas expertas, na tradução literal. Vendem estupefacientes praticamente idênticos aos constantes das tabelas legais. In Artigo da Revista Visão, n.º 976 de 17 a 23 de Novembro de 2011, p. 84.

Como se verifica, poder-se-á fazer os cálculos de várias formas. Repare-se que no primeiro caso com base nos dados do mapa anexo à portaria, conclui-se a variação do peso do produto que o suspeito a final podia deter. Já no segundo conclui-se a quantidade de produto puro (princípio activo). Todavia, em última análise, aquando de uma intervenção legislativa, caberá às várias entidades multidisciplinares acharem a melhor via, dado que aqui só tentamos demonstrar a importância do princípio activo na questão do consumo.

No nosso exemplo referimo-nos ao haxixe, substância que, desde o produtor até ao consumidor final, é sabido, não sofre qualquer desses aditivos, pelo que a variação do princípio activo, resulta da sua produção. O mesmo já não se pode falar de outras substâncias de consumo mais frequente como a cocaína e a heroína. Como referimos nas considerações gerais⁷²⁶ estas substâncias sofrem várias misturas até chegar ao vendedor final que normalmente as embala em doses individuais que pesam entre 0,10 e 0,17 gramas. Sucede ainda que muitos dos pequenos traficantes adquirem produto àqueles e voltam a misturar mais aditivos para aumentar a sua margem de lucro. Por tal facto, arriscar-nos-emos a dizer, que no final da cadeia do tráfico, a percentagem de princípio activo destas substâncias, será residual. Por isso mesmo é que os toxicodependentes, quando têm dinheiro adquirem diversas dessas embalagens e praticamente as consomem num curto espaço de tempo, não as guardando como se pensará para cerca de dez dias. Tal é perfeitamente compreensível, ainda mais se o grau de pureza for diminuto.⁷²⁷ Pense-se em alguém que está habituado a tomar vários cafés por dia,⁷²⁸ e que os precisa de tomar para se “sentir bem”. Já o TRP refere-se ao princípio activo do tabaco, a nicotina, que é a substância que gera a habituação. Ora, para um fumador a quantidade diária de cigarros fumados depende muito da nicotina existente no concreto cigarro fumado: se a concentração de nicotina no cigarro for elevada o fumador fumará menos

⁷²⁶ As drogas do grande tráfico surgem no mercado consumidor frequentemente adulteradas. Os traficantes misturam outros produtos aumentando a quantidade e reduzindo a qualidade da droga em causa. No que respeita à heroína, verifica-se que este corte é realizado adicionando substâncias da família dos açúcares, leite em pó, quinino, bem como medicamentos de tipo depressor devidamente triturados para o efeito (por ex. Noostan). Verifica-se que o corte da heroína, quando em situações de venda directa ao consumidor, é feito com os mais variados produtos, sendo comum encontrarem-se substâncias como o chocolate em pó, cal, ou mesmo estiracina, reduzindo o grau de pureza para números na ordem dos 2%.

No que concerne à cocaína, o corte é realizado principalmente com outros pós brancos, nomeadamente o bicarbonato de sódio, lactose, a procaína e a lidocaína, não indo a percentagem de cocaína além de 5 a 10%.

⁷²⁷ Acontece por vezes que o produto apreendido é de tão má “qualidade” que demora muito a manifestar-se ao reagente do teste rápido, sendo necessário fazer novo teste.

⁷²⁸ Como vimos é também considerado uma droga.

cigarros; ao invés, se ela for baixa o número de cigarros fumados aumentará, uma vez que o mesmo número destes não fornece a nicotina solicitada pelo organismo do fumador.⁷²⁹

Julgamos assim, que os valores supra indicados pela jurisprudência,⁷³⁰ antes da entrada em vigor da portaria, eram mais consentâneos com a realidade do tráfico e consumo. Ao que parece para uns, 1 grama de heroína é menos do que uma dose diária e para outros equivale a dez doses médias individuais diárias, segundo a portaria. Refira-se que são coisas diferentes, a dose média diária medida em gramas e a indicação do seu princípio activo, também medido em gramas. É como se o legislador confundisse por exemplo uma dose de 100 cl de Vinho do Porto com o teor de álcool contido nessa dose.⁷³¹ Nós acrescentaríamos. Os condutores estão sujeitos à fiscalização de trânsito, sendo submetidos ao teste de alcoolémia, com base no teor de álcool no sangue e não com base na quantidade e qualidade da bebida. O que aliás varia conforme a capacidade e estrutura física de cada um.⁷³² O mesmo se passará com os estupefacientes, dado que o álcool, como vimos também é considerado uma droga. Além disso, em sede de condução sob o efeito do álcool, o legislador tem bem definido, como não podia deixar de ser, a fronteira entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal.⁷³³

Semelhantemente, já antes da entrada em vigor da portaria, LOURENÇO MARTINS referia as dificuldades dos tribunais em fixar a dose média individual diária de consumo, designadamente para aplicação do disposto não só no artigo 40.º n.º 2 como no artigo 26.º n.º 3, perante a ausência de emissão da portaria para a qual remete o artigo 71.º alínea, c), salientando que uma coisa podia ser a dose média individual diária de haxixe, medida em gramas, outra a indicação da percentagem do seu princípio activo, também medida em gramas. Reforçou ainda que para que se conseguisse um modelo praticável, particularmente no período

⁷²⁹ Ac. do TRP de 25/03/2010, Proc. n.º 40/09.4PCPRT.P1, in www.dgsi.pt

⁷³⁰ Lembramos que o STJ chegou a definir que a dose diária de heroína e cocaína seria cerca de 1,5 gramas o haxixe cerca de 2 gramas. Ac. do STJ de 15/05/1996, proc. n.º 48306, cit. in Ac. do TRP de 13/10/2010, proc. n.º 46/09.3SFPRT.P1, in www.dgsi.pt Como não existia portaria, referiam-se com certeza ao peso líquido e não ao princípio activo, o que corresponderia actualmente, transpondo para o mapa anexo à portaria, a cerca 15 gramas de heroína e 20 gramas de cocaína. Isto para dez dias. Recorde-se que nessa altura falava-se somente em 5 dias para o Art.º 26.º e 3 dias para o Art.º 40.º, do DL n.º 15/93.

⁷³¹ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 247.

⁷³² Ac. do TRP de 03/03/2010, proc. n.º 10/08.0SFPRT.P1, in www.dgsi.pt “Na questão atinente às quantidades de estupefacientes e inerentes períodos de consumo, é a prova do caso concreto relativa ao tipo de estupefacientes, ao grau de adição do consumidor e ao modo como é consumido, que há-de ditar o possível enquadramento em sede contra-ordenacional (Art.º 2º/2 Lei 30/2000) ou, ao invés, no âmbito do Art.º 40.º n.º 2 do DL n.º 15/93”.

⁷³³ Crime de condução de veículo em estado de embriaguez, p. e p. pelos Art.º 292.º n.º 1 e 69.º n.º 1 al. a) do CP e nos termos do Art.º 153.º, n.º 1, do CE, o exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito.

de transição para exames laboratoriais efectuados já de acordo com as novas regras, faltaria dizer, por uma instância científica, qual a percentagem de princípio activo que estava contido em média num grama de cada uma das doses de estupefaciente, mais frequentemente usadas.⁷³⁴ O mesmo autor referiu ainda os medicamentos, nos quais deparamo-nos com o princípio activo mas também com outras substâncias, pelo que logo se veria a dificuldade de tal estimativa, face às misturas com que as drogas circulam no mercado ilícito.⁷³⁵

Assim, não pode deixar de ser lamentável que a al. c) do artigo 71, n.º 1, do DL n.º 15/93, tenha remetido para portaria a fixação dos limites quantitativos máximos, de princípio activo para cada dose média individual diária, e a portaria apenas tenha fixado os limites quantitativos máximos para cada dose média diária, o que é bem diferente, a não ser que se considere que as substâncias estejam sempre em estado puro.⁷³⁶ O que como vimos não acontece. O que acontece recorrentemente é o facto dos exames laboratoriais do LPC,⁷³⁷ em regra apenas referirem os quantitativos brutos e líquidos do produto apreendido e não o grau de pureza.⁷³⁸ Este facto verifica-se nos diversos exames a que temos acesso nos processos de estupefacientes e que vão posteriormente ser usados para aquele fim.⁷³⁹

A actividade pericial da área de toxicologia consiste na detecção, identificação e/ou quantificação de substâncias químicas de natureza vegetal, mineral, animal ou sintética, cuja acção possa ser considerada tóxica para os seres vivos. Estas substâncias podem ser divididas em dois grandes grupos: drogas de abuso e outros tóxicos.⁷⁴⁰

Como admite CONDE CORREIA, “sabido que os produtos apreendidos têm produtos de corte, não sendo puros, nesses casos,⁷⁴¹ os valores constantes da portaria continuam sem aplicação, porque os exames do LPC limitam-se a identificar o princípio activo e a pesar o

⁷³⁴ Não temos uma instância científica, mas como já referido temos um relatório bienal do OEDT que fornece a percentagem média de princípio activo de cada substância. Ou, caso o LPC produzisse relatórios com a indicação do princípio activo, periodicamente podiam-se definir os limites para a portaria com base nas médias obtidas naqueles.

⁷³⁵ MARTINS, Lourenço, *Droga – Decisões de 1ª Instância*, 1994, pp. 101 e 103, cit. in. Ac. do TRP de 03/11/2010, Proc. n.º 997/08.2PRPRT.P1, in www.dgsi.pt

⁷³⁶ LOBO, Fernando Gama, *droga...* op. cit. p. 248.

⁷³⁷ Da Polícia Judiciária, a quem cabe executar os exames periciais ao estupefaciente. Os OPCs que o apreendem fazem o teste rápido (teste de campo) para qualificar o produto que depois é enviado para o LPC a fim de realizar o exame que vai fazer fé em juízo, isto é, para sustentar a acusação e o julgamento.

⁷³⁸ LEAL, Celso, *Droga. Aquisição...* op. cit. p. 189.

⁷³⁹ *Acusação e julgamento.*

⁷⁴⁰ PEREIRA, Artur, *As Perícias na Polícia Judiciária*, Polícia Judiciária, Directoria do Porto, p. 42, in <http://www3.bio.ua.pt/Forense/As%20Pericias%20na%20Pol%C3%ADcia%20Judiciaria%20ArturPereira.pdf> consultado em 20/05/2012.

⁷⁴¹ Em que não é observado o disposto no Art.º 10.º n.º 1 da dita Portaria n.º 94/96.

produto sem o depurarem, não havendo quantificação do princípio activo”.⁷⁴² O mesmo autor aclara que “uma coisa é o teor estupefaciente da substância composta analisada, outra, o peso global desse composto. A pesagem do produto apreendido não interessa para nada, excepto se estiver no estado puro”.⁷⁴³ Adianta ainda, que (embora reportando-se ao artigo 26.º do DL n.º 15/93) “mesmo quando existam os exames aludidos no artigo 10.º n.º 1 da Portaria n.º 94/96, é ainda possível (através da produção da respectiva prova) contrariar os valores indicativos (criados com base em dados estatísticos) para a "dose média individual diária" da mesma portaria, porque, por um lado, tudo depende da "capacidade" aditiva de cada consumidor em concreto e, por outro, sempre são distintos os conceitos de "dose média individual diária" (indicado na Portaria) e de "quantidade necessária para o consumo médio individual" durante determinado período de tempo (indicado v.g. no artigo 26.º n.º 3 do DL n.º 15/93, pois que "não existe identidade material entre o conceito de "quantidade" e o conceito de "dose média individual". O primeiro (quantidade) é um conceito indeterminado. O segundo (dose média individual diária), como vimos, convoca o chamado princípio activo das substâncias ou preparações e está tabelado em termos objectivo-quantitativo mitigados pela Portaria (...)”.⁷⁴⁴

Os exames laboratoriais efectuados pelo LPC da PJ, por regra, apenas referem os quantitativos brutos e líquidos do produto apreendido, isto é, os pesos do produto com e sem a sua embalagem (com um critério que se não vislumbra, pois por vezes, vem indicado o grau de pureza da droga). E não é menos conhecido (é até talvez mais) que a droga que se vende nas ruas é já um complexo de substâncias misturadas, com adição à droga pura de outras que na maioria das vezes não são sequer ilícitas, com o único fito de lhe aumentar o peso (é o vulgo "corte").⁷⁴⁵ No mesmo sentido vai CONDE CORREIA, quando refere que os exames às substâncias apreendidas efectuados pelo LPC continuam a ser muito incompletos. Limitam-se, apenas, à identificação da substância proibida presente no produto examinado e ao seu peso bruto e líquido, sem quantificar a percentagem de princípio activo detectado, nem identificar

⁷⁴² CORREIA, João Conde, Aspectos jurídico-penais da lei da droga: as fontes, muita jurisprudência e alguma doutrina, *Lusíada, Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, n.º 1 e 2, 2002, p. 120.

⁷⁴³ CORREIA, João Conde, Validade dos exames periciais normalmente efectuados pelo Laboratório de Polícia Científica – Constitucionalidade, legalidade e interpretação dos quantitativos fixados na Portaria n.º 94/96, de 12/6, in *Decisões de Tribunais de Primeira Instância*, 1998-1999, p. 96.

⁷⁴⁴ CORREIA, João Conde, Droga: Exame laboratorial... op. cit. pp. 87-91.

⁷⁴⁵ NEVES, J. P. Moreira, Droga: algumas questões judiciais e a especificidade açoriana, in *Comunicação em Encontro organizado pela Associação dos Juizes Portugueses em colaboração com a Ordem dos Advogados, sob o tema: Evolução Recente e Perspectivas da Justiça na Região Autónoma dos Açores em 26 Novembro de 1999, Ponta Delgada*, in <http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/droga.html>, consultado em 02/08/2012.

os seus restantes componentes químicos. Ao mesmo tempo, o diagnóstico da toxicod dependência e das suas consequências penais e processuais também raramente é efectuado. Segundo o mesmo, estes são dois exemplos de um flagrante inadimplemento legal e têm consequências gravíssimas, principalmente quando articulados com intervenções legislativas, recentes, menos felizes e que também parecem confundir aqueles dois conceitos.⁷⁴⁶

A verdade é que, na maioria dos casos, continua a atender-se apenas e só às quantidades brutas e/ou líquidas do produto apreendido, como se fossem 100% puras, fazendo-se letra morta da imposição legal, com as consequências que se adivinham.

A doutrina já parece ter esboçado algo sobre este assunto, mas é a jurisprudência dos tribunais superiores, como veremos, que tem dado, especial e recente ênfase à questão. São várias as decisões, principalmente das relações que têm dado a importância ao princípio activo. Concordar-se-á que quando esteja em causa situações de tráfico, isto é, cujo objectivo seja a venda ou cedência a terceiros, a qualidade do estupefaciente não será relevante,⁷⁴⁷ pois tráfico será sempre tráfico independentemente da qualidade do produto. Todavia, cremos, que o mesmo não se passará com o consumo, estando em causa o limite entre a punição a título de contra-ordenação ou a título criminal.

Sobre tal pejejo, refira-se vários acórdãos das relações, onde julgamos destacar-se o TRP já com várias decisões no sentido de abordar a questão do princípio activo e que terá sido pioneiro. Em acórdão de 2010,⁷⁴⁸ refere que “não se mostrando quantificada a percentagem do princípio activo, nem identificados os componentes das substâncias presentes no produto apreendido, fica impossibilitado o recurso aos valores indicativos constantes do mapa anexo à Portaria n.º 94/96.”

⁷⁴⁶ CORREIA, João Conde, *Droga: Exame laboratorial...* op. cit. pp. 87-91.

⁷⁴⁷ Embora se entenda que mesmo no tráfico seja importante essa qualidade do estupefaciente. Seja para o Art.º 25.º do DL n.º 15/93, seja para o Art.º 24.º do mesmo diploma. In LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 240.

Porém, na prática, não se verifica muito essa importância, a não ser como vimos no capítulo II, quando haja um perigo concreto de um consumidor que consumiu estupefaciente de “má qualidade.”

⁷⁴⁸ Ac. do TRP de 03/11/2010, Proc. n.º 997/08.2PRPT.P1, in www.dgsi.pt

Veja-se ainda outras decisões no mesmo sentido do TRP:

Ac. do TRP de 17/02/2010, Proc. n.º 871/08.2PRPT.P1;

Ac. do TRP de 25/03/2010, Proc. n.º 540/09.4PCPRT.P1;

Ac. do TRP de 18/04/2012, Proc. n.º 560/10.8TABGC.P1;

Ac. de TRP de 31/01/2007, Proc. n.º 0612204, todos in www.dgsi.pt

Também o TRG⁷⁴⁹ tem vindo na mesma senda, referindo que sendo elemento típico do crime de consumo de estupefacientes que a detenção, para consumo próprio, daquelas substâncias seja superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias e não constando da acusação tal elemento, nem da mesma se extraindo, a conduta imputada ao arguido não integra o crime pelo qual foi deduzida acusação, pelo que esta é manifestamente infundada.⁷⁵⁰

Quanto ao TRL também encontramos decisão em tal sentido, admitindo que só se pode ver se uma determinada porção de produto excede ou não um determinado limite depois de ter sido determinado o seu peso líquido e o grau de pureza.⁷⁵¹

O TRE tem também decisões semelhantes,⁷⁵² sendo as mesmas ainda recentes o que demonstra a recente preocupação sobre o assunto.

No que concerne ao STJ, embora existam acórdãos que deram importância ao princípio activo, os mesmos são relativos ao tráfico⁷⁵³ e não em relação a esta temática do consumo.

Assim, a título conclusivo, comungamos da tese do TRP⁷⁵⁴, que dita que, se em exame do LPC não tiver sido quantificada a percentagem do princípio activo, nem tão pouco identificados os componentes das substâncias presentes nos produtos submetidos ao dito exame laboratorial, não faz sentido fazer uso dos valores indicativos constantes do mapa anexo à Portaria n.º 94/96, porque esse exame não foi efectuado nos termos do artigo 10.º da mesma portaria. Tal prende-se fundamentalmente com a questão da aplicação da dita portaria. Embora se entenda que não possa ser aplicada de forma automática, trata-se de um

⁷⁴⁹ Ac. do TRG de 12/03/2012, Proc. n.º 1444/10.5GBGMR.G1, in www.dgsi.pt

⁷⁵⁰ Refere-se neste acórdão que “Não há qualquer referência na acusação ao peso líquido das substâncias apreendidas (aliás nem sequer foi feito exame pelo LPC, existindo tão-só um teste rápido que apenas identifica a presença de substância estupefaciente nos produtos apreendidos), quando é certo que os consumidores finais compram os produtos estupefacientes já depois de terem sido objecto de corte, tão-pouco menciona se se tratava de folhas e sumidades floridas ou frutificadas, resina ou óleo no que se reporta à cannabis, factos que são essenciais para determinar o limite quantitativo máximo para o consumo médio individual diário, quer se defenda que este conceito deve ser preenchido caso a caso, perante o tipo de estupefaciente em causa, o grau de adição do consumidor, o modo de consumo.”

Veja-se ainda o Ac. do TRG de 30/01/2012, Proc. n.º 415/10.6GCGMR.G1, in www.dgsi.pt

⁷⁵¹ Ac. Do TRL de 07/12/2011, Proc. n.º 5/11.6GACLD-A.L1-3, in www.dgsi.pt

⁷⁵² Ac. do TRE de 08/05/2012, Proc. n.º 1036/09.1PCSTB.E1- “Se o tribunal ignora um facto que entendeu fundamental para a subsunção jurídica, deve ordenar oficiosamente a realização de novo exame ao produto estupefaciente apreendido, tendo em vista a determinação da percentagem do princípio activo.” Ver ainda no mesmo sentido o Ac. do TRE de 28/02/2012, Proc. n.º 238/10.2PFSTB.E1, ambos in www.dgsi.pt

⁷⁵³ Ac. do STJ de 23/11/2011, Proc. n.º 127/09.3PEFUN.S1; de 19/11/2008, Proc. n.º 08P3454; de 27/11/2008, Proc. n.º 08P2964; de 29/10/2008, Proc. n.º 08P2961; de 09/04/2008, Proc. n.º 08P113 e de 04/01/2007, Proc. n.º 06P1708, in www.dgsi.pt

⁷⁵⁴ Ac. do TRP de 03/11/2010, Proc. n.º 997/08.2PRPRT.P1, in www.dgsi.pt

instrumento, (maioria das vezes o único) importante para a aferição da prática de um crime ou de uma contra-ordenação. Por tal facto, julgamos que há muito deveria ser obrigatório a menção da percentagem do princípio activo nos relatórios do LPC, sob pena de nulidade da acusação.⁷⁵⁵ Aliás, como é referido no mesmo acórdão do TRP, já não se poderá seguir o referido na fundamentação do Acórdão do TC n.º 534/98 em que se considerava que os limites fixados na Portaria n.º 94/96, tivessem valor meramente indiciário e permitir “que, nos termos do artigo 163.º do CPP, o arguido (e obviamente o MP) impugnem esses dados, que até agora têm sido aplicados automaticamente, sem admissibilidade de contestação”.

Actualmente, perdoem-nos o paralelismo, tendo em conta o exemplo da condução sob o efeito do álcool já citado, tudo se passa como se o condutor fosse punido tendo em conta a quantidade de bebida, ficando na discricionariedade do julgador a percentagem de álcool no sangue.

Concluindo, para a determinação do estado de toxicodependência é essencial não só identificar a natureza da substância detida, com vista à demonstração que ela integra as tabelas I a IV anexas do DL n.º 15/93, como ainda também o respectivo princípio activo, ou seja, no caso, demonstrar a percentagem existente no produto apreendido. Só face a este resultado é que podemos socorrer-nos, então, dos valores referidos na tabela anexa à Portaria n.º 94/96. Isto é, só perante a percentagem do princípio activo constante da substância apreendida, só em face do grau de pureza do produto, conforme se diz em linguagem corrente, é que podemos avaliar se a quantidade detida é superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.⁷⁵⁶ Infelizmente não é isso que se passa, tendo em consideração as inúmeras acusações sem tal indicação.

⁷⁵⁵ Art.º 283.º n.º 3 do CPP.

⁷⁵⁶ Ac. do TRP de 25/03/2010, Proc. n.º 40/09.4PCPRT.P1, in www.dgsi.pt

CAPÍTULO VIII - FUNÇÃO E DIFICULDADES DE ALGUNS INTERVENIENTES PROCESSUAIS

*“A dignificação da pessoa humana enquanto tal é um ponto de honra do direito moderno... Este princípio tem hoje uma importância marcante, dada a frequência com que, perante o aumento da criminalidade, vão aflorando abusos investigatórios e se refinam os métodos de actuação dos actores judiciais, numa procura de elementos de prova que por vezes ultrapassam as barreiras legítimas e admissíveis”.*⁷⁵⁷

8.1 - Nota introdutória.

Como se pode constatar, face ao supra referido, temos que ponderar, que no quotidiano existem decisões que têm que ser tomadas em cada momento do processo, pelo que o actual regime pode levantar sérios problemas para quem tem a prerrogativa de as tomar, como é o caso de alguns intervenientes processuais,⁷⁵⁸ como o Juiz, o MP e os OPCs.

Como vimos, não será fácil decidir perante determinadas situações, uma vez que no que concerne ao consumo, a Portaria n.º 94/96, não é de aplicação automática mesmo que os relatórios periciais contemplassem a indicação da percentagem do princípio activo. Então como actuar se a maioria das vezes, além da apreensão do produto estupefaciente e a versão do suspeito, nada mais existe de concreto. São essas dificuldades e decorrências que tenderemos demonstrar neste capítulo. Começaremos pelos OPCs, em virtude de actuarem ab initio no processo e este decorrerá muito de acordo com a forma de abordagem daqueles.

8.2 - Dos Órgãos de Polícia Criminal.

As medidas cautelares e de polícia,⁷⁵⁹ visam, de acordo com MAIA GONÇALVES, “acautelar a obtenção de meios de prova, que sem elas poderiam perder-se, mediante uma tomada imediata de providências pelos OPCs, mesmo sem prévia autorização da autoridade

⁷⁵⁷ SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, João Simas, Noções de... op. cit. p. 38.

⁷⁵⁸ Os intervenientes processuais “lato sensu”, são todos aqueles que, a qualquer título, têm intervenção ou participação no processo penal. Idem, p. 73.

⁷⁵⁹ Art.º 248.º a 253.º do CPP.

judiciária competente, e isto pelo carácter urgente das diligências a praticar ou pela natureza perecível dos meios de prova a recolher”.⁷⁶⁰

É da competência dos OPCs, por iniciativa própria e dentro dos princípios que balizam e norteiam as suas actividades, proceder “às medidas cautelares e de polícia justificadas por evidentes razões de urgência ou da natureza perecível de certos meios de prova destinadas, de um modo geral, a descobrir e manter os vestígios e a apreender os objectos susceptíveis de servirem de prova”.⁷⁶¹

Segundo o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 86/1991, “antes de receberem ordem da autoridade judiciária para procederem a investigações, aos OPCs compete praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, nomeadamente os definidos no n.º 2 do artigo 249.º do CPP, cabendo-lhes, mesmo após a intervenção da autoridade judiciária, assegurar novos meios de prova de que tiverem conhecimento, sem prejuízo de deverem dar deles notícia imediata àquela autoridade”.^{762, 763}

A autoridade judiciária está e estará sempre presente na actuação dos OPCs, designadamente quando estão em causa Direitos, Liberdades e Garantias. Como diz GUEDES VALENTE, “a actividade policial judiciária criminal, apesar de poder contar com actos de competência própria, são de competência específica e não geral, desde logo pela sua natureza precária e cautelar, isto é, só podem revestir a natureza de acto processual após apreciação e validação por parte da autoridade judiciária competente”.⁷⁶⁴

Os OPCs devem socorrer-se das medidas cautelares e de polícia para salvaguardar todos os meios de prova, como anteriormente já foi referido. Estão obrigados a actuar sobre a égide de vários princípios,⁷⁶⁵ dos quais destacamos dois, de entre muitos, por serem os mais referidos: O da legalidade (logo, da tipicidade) e o da proporcionalidade, que conhece três subprincípios: “em primeiro lugar, a medida deve ser adequada a atingir o fim fixado na lei, em segundo lugar, a medida deve ser exigível (...) para que esse fim seja alcançado; em

⁷⁶⁰ GONÇALVES, M. Maia, Código de Processo Penal – Anotado, Almedina, Coimbra, 1999, p. 483.

⁷⁶¹ Idem.

⁷⁶² Idem.

⁷⁶³ Art.º 249.º n.º 3 do CPP.

⁷⁶⁴ VALENTE, Manuel M. Guedes, Teoria geral do Direito Policial, Almedina, Coimbra, Tomo I, 2005, p. 159.

⁷⁶⁵ Guedes Valente evidencia outros princípios, como o princípio da subsidiariedade, da prossecução do interesse público, democrático, da lealdade, da igualdade, da justiça, da boa-fé e da liberdade. In idem p. 173.

terceiro lugar, a medida deve ser suportável pelos atingidos”.⁷⁶⁶ A finalidade máxima é, então, “evitar um mal maior ou a violação de um bem jurídico individual ou supra individual de valor superior ao restringido com a medida policial”.⁷⁶⁷

Finalizando, e na opinião de GUEDES VALENTE, “os meios de obtenção de prova, que muitas das vezes se configuram como medidas cautelares e de polícia, colidem e conflituam com a tutela dos direitos individuais que se contrapõem ao interesse da perseguição e da realização da justiça, podendo reconduzir às proibições de prova e à nulidade de actos processuais”.⁷⁶⁸

Como vimos, a descriminalização do consumo de acordo com o estipulado no artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, não o legalizou, continuando este a manter a sua ilicitude. Como refere RUI PEREIRA, ao manter-se a ilicitude do consumo, tal “permite, nomeadamente, a aplicação de medidas de polícia”⁷⁶⁹ graças à intervenção dos agentes das Forças de Segurança e, por outro lado e não menos importante, “afasta a indesejável aparência de aprovação social que a legislação envolveria”.⁷⁷⁰

Perante a notícia de um crime, os OPCs, dentro das medidas cautelares que referimos, devem proceder a uma correcta investigação do mesmo, o que equivale para a notícia de uma contra-ordenação, casos em que se processa em “moldes análogos aos do processo penal. Os OPCs ou as entidades fiscalizadoras devem investigar sempre que tiverem notícia da prática de uma contra-ordenação (também das que consistem no consumo, detenção ou aquisição de droga)”.⁷⁷¹

Para os casos de inequívoco tráfico, em que existem indícios que não deixam dúvidas, os OPCs detêm o suspeito em flagrante delito e é elaborado um Auto de Detenção.⁷⁷² No caso de se depararem com uma situação considerada como de ilícito contra-ordenacional por aquisição, detenção ou consumo de droga, quando enquadrável no artigo 2.º da Lei n.º

⁷⁶⁶ SOUSA, António Francisco de, Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, s/d, pp. 42-43.

⁷⁶⁷ Idem.

⁷⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Revista e Buscas, Almedina, Coimbra, 2.ª Edição, 2005, p. 15.

⁷⁶⁹ PEREIRA, Rui, A discriminação do consumo... op. cit. p. 1162.

⁷⁷⁰ Idem, p. 1168.

⁷⁷¹ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo... op. cit. pp. 81-82.

⁷⁷² Peça processual (Auto de Notícia) que é remetido à autoridade judiciária competente, onde são narradas todas as circunstâncias da detenção, incluindo factos que lhe deu origem, bem como os procedimentos após a mesma.

30/2000, não se procede a uma detenção, logo, deve ser elaborado um Auto de Ocorrência.^{773,774,775}

O artigo 48.º do RGCO,⁷⁷⁶ estipula que os procedimentos a adoptar no âmbito contra-ordenacional são equivalentes aos do âmbito criminal. Assim, no Auto de Ocorrência deve-se fazer menção ao que vem consagrado nos artigos 99.º e 100.º do CPP. Em suma, devem constar nestes autos “a identidade e o domicílio do indiciado, a descrição das circunstâncias factuais da ocorrência, se houve ou não revista, se foi ou não preciso conduzir ao departamento do OPC,⁷⁷⁷ e o auto de Apreensão do estupefaciente ou da substância psicotrópica”.^{778,779}

Toda a informação a que as autoridades policiais têm acesso deve vir mencionada nos autos porque serão dados fundamentais para, por um lado, as CDTs ponderarem, posteriormente, sobre a aplicação de sanções ao indiciado,^{780,781} e, por outro, haver motivos plausíveis para tipificar a conduta não no crime de tráfico, previsto e punido pelo artigo 21.º do DL n.º 15/93, mas sim no tráfico de menor gravidade, previsto e punido no artigo 25.º do mesmo diploma legal, evitando “atribuir-se ao acusado a venda de estupefacientes por período não determinado a indivíduos desconhecidos, em quantidades indeterminadas e por preços também não determinados”.⁷⁸² Aqui introduziríamos também a questão da fronteira entre o tráfico e o consumo, cuja informação inicial recolhida pelo OPC, que fará constar em auto, servirá para o MP decidir por uma ou por outra via.

Conjugando os artigos 26.º da Lei n.º 30/2000, os artigos 41.º e 48.º do DL n.º 433/82, e o artigo 48.º do DL n.º 15/93, denota-se que é necessário recorrer subsidiariamente aos

⁷⁷³ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. pp. 113 e ss.

⁷⁷⁴ Art.º 9.º do DL n.º 130-A/2001.

⁷⁷⁵ O OPC não elabora um Auto de Notícia por contra-ordenação pois, como vimos, isso compete às CDTs e somente se o consumidor recusar o tratamento.

⁷⁷⁶ DL n.º 433/82.

⁷⁷⁷ No caso da PSP, à Esquadra e no caso da GNR ao Posto Territorial.

⁷⁷⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. p. 113.

⁷⁷⁹ No auto de ocorrência deve vir também mencionado “se a autoridade policial promoveu ou não a condução do indiciado ao serviço de saúde público para prestação de serviços terapêuticos quando a integridade física do indiciado estiver em perigo”. *Idem*, p. 116.

⁷⁸⁰ Após remetido o expediente à Comissão territorialmente competente e de esta proceder à audição do indiciado, a mesma decide-se pela suspensão provisória do processo, ou pela suspensão da determinação da sanção, ou pela sua absolvição, ou pela decisão condenatória, ou pela suspensão da execução da pena ou ainda pela admoestação. Cfr. RODRIGUES, Joaquim, *A descriminalização do consumo...* op. cit. p. 310.

⁷⁸¹ Art.º 15.º n.º 4 da Lei n.º 30/2000.

⁷⁸² COSTA, Eduardo Maia, *Direito penal da droga...* op. cit. p. 112.

preceitos reguladores do processo criminal, visto que as situações de tráfico são reguladas pelo CP, CPP e demais legislação avulsa.

As autoridades policiais devem actuar de acordo com o estipulado nos artigos 248.º e seguintes do CPP, estando em foro criminal ou contra-ordenacional, não correndo o risco de perderem provas fulcrais para o processo ao praticarem os actos cautelares necessários e urgentes.

8.2.1 - Da identificação do suspeito.

O OPC, ao ter fundadas suspeitas que um indivíduo detém ou adquiriu produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas, é-lhe permitido proceder à identificação do suspeito, actuando de acordo com o preceituado no artigo 250.º do CPP, procedendo para tal a uma eventual detenção.

Como nos diz DANTAS, “acresce que o artigo 250.º do CPP para onde se remete, nos termos do respectivo n.º 6 daquele artigo do DL n.º 130-A/2001, só permite a condução a estabelecimento policial e a obrigatoriedade de permanência ali, na impossibilidade de identificação no local onde é constatada a infracção”.⁷⁸³ Como referido anteriormente deve-se evitar “que sejam postos em causa Direitos, Liberdades e Garantias do indiciado de consumo de estupefacientes”,⁷⁸⁴ podendo o OPC incorrer no crime de abuso de poder, previsto e punido pelo artigo 382.º do CP ou proceder a uma detenção ilegal, sendo responsabilizado criminalmente por este acto pelo artigo 369.º, n.º 3 do CP.⁷⁸⁵

Esta detenção tem também como finalidade “garantir a sua comparência perante a CDT, nas condições do regime legal da detenção para identificação (artigo 250.º do CPP, a interpretar cum grano salis, por ex., quanto à recolha de provas dactiloscópicas, fotográficas, ou de natureza análoga)”.⁷⁸⁶ Porém, ir no sentido de a alínea g) do artigo 27.º da CRP legitimar esta detenção para identificação, “essa norma pode não legitimar a apresentação à CDT, quando o agente é identificado pela autoridade policial no momento da detenção”.⁷⁸⁷

DANTAS adianta que “estamos perante uma detenção que tem como pressuposto a impossibilidade de identificação do consumidor no local onde se encontra. Se tal identificação

⁷⁸³ DANTAS, António Leones, *Contra-ordenações...* op. cit. p. 188.

⁷⁸⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. p. 116.

⁷⁸⁵ *Idem*, p. 117.

⁷⁸⁶ MARTINS, Lourenço, *Droga – nova política...* op. cit. p. 438.

⁷⁸⁷ DANTAS, António Leones, *Contra-ordenações...* op. cit. p. 188.

ocorrer, a detenção já não é possível, pelo que cessa a possibilidade de manter o consumidor detido para o fazer apresentar perante a comissão”.⁷⁸⁸ Então como proceder, sempre que o possuidor de estupefaciente é devidamente identificado no local onde se encontra? Qual a legitimidade para o conduzir nos termos do artigo 250.º do CPP, ao departamento policial? Pensamos que seja inviável, proceder somente à identificação e apreensão do produto, ficando o seu possuidor no local onde se encontra tal como aconteceria na maioria dos ilícitos de mera ordenação social. Neste peculiar caso, havendo a posse de um produto ilícito, que tem de ser pesado e analisado, não tendo o OPC a possibilidade de o realizar no terreno,⁷⁸⁹ terá forçosamente de fazer conduzir o suspeito ao departamento, sempre como suspeito de um ilícito criminal. Somente após submeter o estupefaciente à pesagem e à realização de teste rápido é que pode enquadrar a conduta num dos ilícitos, criminal ou contra-ordenacional.

8.2.2 - Da revista ao suspeito.

As revistas constituem importantes métodos de obtenção de provas, isso se efectuadas com as devidas regras e objectivos definidos. Isto é, devem ser realizadas no estrito cumprimento das formalidades legais, sob pena de nulidade e de se obterem provas proibidas em sede penal.

GUEDES VALENTE, alude que “há a referir que a al. a) do n.º 1 do artigo 251.º do CPP estipula que os OPCs podem proceder à revista⁷⁹⁰ de quem for suspeito da prática de um facto tipificado como crime no momento da sua prática, ou de arguido/detido, sempre que suspeitem⁷⁹¹ que o mesmo oculta objectos relacionados com o crime que são susceptíveis de servirem como prova”.⁷⁹² Como referido anteriormente, se assim não fosse, se os OPCs partissem do pressuposto que estariam perante um ilícito de mera ordenação social, não teriam legitimidade para realizar a revista. Porém o legislador neste caso acautelou tal procedimento. Os OPCs devem ter especial atenção às revistas efectuadas de acordo com o artigo 4.º n.º 1 da

⁷⁸⁸ DANTAS, António Leões, *Direito das contra-ordenações...* op. cit. p. 164.

⁷⁸⁹ Cada OPC tem estes instrumentos centralizados num único lugar, dependendo da divisão administrativa e territorial de cada um. Tal facto impossibilita que cada patrulha traga consigo uma balança e testes rápidos, o que aliás seria manifestamente indesejável do ponto de vista logístico.

⁷⁹⁰ Art.º 178.º e 251.º do CPP.

⁷⁹¹ “No que concerne aos indícios, importa considerar que a norma, ao contrário de outras, não os gradua, exigindo que sejam “fortes” ou “suficientes”, bastando-se com a simples existência de indícios” *in* Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal – Comentários e notas prévias*, Coimbra Editora, 2009, p. 443.

⁷⁹² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revista...* op. cit. p. 21.

Lei n.º 30/2000, e de acordo com o artigo 53.º do DL n.º 15/93. Os OPCs “podem proceder eventualmente, à revista” do consumidor para a detenção e apreensão de elementos de prova da contra-ordenação”,⁷⁹³ contudo e no entendimento de GUEDES VALENTE, “nem a Lei n.º 30/2000 nem o RGCO estipulam qualquer regra de procedimento quanto à revista”,⁷⁹⁴ mas como vem previsto no artigo 26.º da Lei n.º 30/2000, deve-se recorrer subsidiariamente aos preceitos processuais para efectuar a revista, logo, deve-se ter em conta o preconizado no artigo 251.º do CPP. Por outro lado, “a suspeita da detenção de estupefacientes sempre continuaria a legitimar a revista nos termos do artigo 53.º do DL n.º 15/93”.⁷⁹⁵

Em qualquer uma das situações, caso o indivíduo não consinta com a revista, a sua realização, a partir daquele momento, dependerá de uma prévia autorização da autoridade judiciária competente, conforme vem expresso no artigo 53.º, n.º 3 do DL n.º 15/93.⁷⁹⁶

8.2.3 - Da apreensão, análise e pesagem do produto.

Independentemente da conduta do indivíduo e da quantidade de droga que ele possui, “qualquer estupefaciente seria sempre produto de uma actividade ilícita – o tráfico de estupefacientes – e, como tal, apreendido ao abrigo do regime geral das apreensões de objectos relacionado com a prática de infracções”⁷⁹⁷ e, neste caso, “o sistema jurídico permite a perda do estupefaciente, por força do disposto no n.º 2 do artigo 109.º do CP”.⁷⁹⁸

Assim, o produto suspeito que for encontrado na posse do sujeito será sempre apreendido, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 30/2000, quando a quantidade de produto estupefaciente ou substância psicotrópica não exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias e esteja totalmente afastada a hipótese de tráfico; ou quer ao abrigo do DL n.º 15/93, quando no seu artigo 35.º vem referido a perda de objectos “que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infracção”.

⁷⁹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo... op. cit. p. 121.

⁷⁹⁴ Idem.

⁷⁹⁵ DANTAS, António Leones, Direito das contra-ordenações... op. cit. p. 164.

⁷⁹⁶ “O n.º 3 do art.º 53.º consagra o regime geral ou regra do n.º 3 do Art.º 174.º do CPP (...) podendo efectuar-se como uma medida cautelar e de polícia urgente” in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Revistas... op. cit. pp. 22-23.

⁷⁹⁷ DANTAS, António Leones, Direito das contra-ordenações... op. cit. p. 163.

⁷⁹⁸ Idem, p. 164.

Com estas apreensões consegue-se obter provas para o processo ao evitar que elas desapareçam. As apreensões devem constar no Auto de Detenção ou no Auto de Ocorrência, bem como a natureza do produto, de acordo com as tabelas anexas ao DL n.º 15/93, e isso só é possível, como vimos, após efectuar-se uma análise ao produto. Com esta análise é possível “determinar a sua natureza. O designado teste rápido ao produto apreendido, bem como a sua pesagem, permite determinar se estamos ou não perante estupefacientes e se a quantidade é ou não a referida no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, ou seja, se estamos perante uma contra-ordenação ou crime”.⁷⁹⁹

Esta análise deve ser sempre efectuada pelo OPC para ser determinado o tipo de droga, porque também o produto suspeito pode levantar dúvidas ao mesmo, sendo que estas dúvidas vêm ressalvadas no artigo 17.º, n.º 2 do DL n.º 130-A/2001, e no artigo 62.º do DL n.º 15/93,⁸⁰⁰ ficando depois a aguardar que o resultado do teste seja positivo ou indeterminado.

Como já anteriormente aludido, esta análise é feita através do designado Teste Rápido DIK 12, que não serve como prova por não ser considerado um instrumento legal. Como vimos, somente o LPC da PJ poderá validar a análise efectuada pelo OPC e reconhecer, de igual modo, a natureza do produto estupefaciente apreendido.⁸⁰¹

É assim, através do Teste Rápido DIK 12 e à pesagem do produto suspeito, que o OPC saberá de antemão, se a quantidade e a natureza da substância se enquadrará numa contra-ordenação ou num crime. Pelo menos é isso que na prática se faz. Todavia, pelo já exposto, consideramos que não é somente o resultado obtido que determinará, por si só, se a conduta é passível de ser enquadrada num ilícito contra-ordenacional ou criminal. Como vimos, a portaria não é de aplicação automática, mas arriscamo-nos a afirmar que todos os OPCs a aplicam de forma automática, dirigindo os procedimentos consoante o resultado do referido teste, o que não deixa de ser preocupante. As consequências da sua aplicação automática não serão graves quando o produto tem um grau de pureza elevado e a conduta devia ser

⁷⁹⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. pp. 121-122.

⁸⁰⁰ No mesmo sentido, Lourenço Martins ao afirmar que “o exame às substâncias apreendidas só se realiza quando o indivíduo negar a natureza estupefaciente ou psicotrópica ou sempre que as autoridades policiais tenham dúvidas sobre a natureza dos produtos”. MARTINS, Lourenço, *Droga...* op. cit. p. 443.

⁸⁰¹ “Todos os testes de campo existentes têm unicamente por objectivo, uma identificação presuntiva de substâncias suspeitas e não deverão ser, em caso algum, considerados como prova definitiva. Constituem somente um elemento indiciador útil à identificação de drogas, facilitando a decisão do funcionário no terreno”. SOARES, Tito, *Detecção Drogas – Manual para Agentes Policiais e Funcionários Aduaneiros*, 6.ª Edição, Presidência do Conselho de Ministros – Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga, 2008, p. 51.

enquadrada no crime e foi enquadrado no ilícito contra-ordenacional. Mas já o será quando suceder o contrário. Como analisado, na prática o possuidor poderá não ter tido a quantidade suficiente para se enquadrar no ilícito criminal.

Além do já referido quanto à portaria e ao grau de pureza do produto estupefaciente, é de salientar ainda que os resultados obtidos através dos “testes rápidos” são meramente orientadores devido à sua relativa especificidade, isto é, podem reagir de modo semelhante na presença de substâncias diferentes da mesma classe de compostos, a existência de falsos positivos (substâncias não controladas podem reagir) e dependendo da sensibilidade dos testes utilizados podem existir, também, casos de falsos negativos (quando a substância abrangida está presente em quantidades diminutas numa mistura).⁸⁰² Quanto a este aspecto, julgamos que aqui, os OPCs terão de proceder em conformidade. Em caso de falso negativo, identifica o possuidor e remete o produto ao LPC. Em caso de falsos positivos, estes só serão detectados posteriormente no LPC e o OPC tem de agir, ainda mais quando se trata de uma situação de tráfico, procedendo à detenção do suspeito.

8.2.4 – Do enquadramento como tráfico ou como consumo de estupefacientes.

Como vimos no Capítulo II, o DL n.º 15/93, distingue vários tipos de tráfico, do mais grave ao menos grave: o tráfico, o tráfico de menor gravidade e o traficante consumidor. Vimos também que exceptuando a quantidade de droga enunciada no artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, e a do artigo 26.º, n.º 3 do DL n.º 15/93, não existe uma quantidade de droga pré-estabelecida que distinga claramente o artigo 21.º do artigo 25.º do DL n.º 15/93, logo, como devem actuar os OPCs? Que meios têm ao seu alcance para resolver de forma correcta, eficaz e eficiente, as situações de tráfico ou consumo com que se podem deparar todos os dias? Sabido que é, que nem todas as ocorrências poderem ser resolvidas com uma solução universal.

A posição outrora assumida pelo STJ⁸⁰³ é que não concorda que seja somente a quantidade de droga a única circunstância relevante para enquadrar as situações referidas anteriormente. Deste acórdão sobressai, para além da quantidade, a natureza da droga, a intenção lucrativa da actividade, a personalidade do arguido, se o tráfico é feito em conjugação

⁸⁰² PEREIRA, Artur, *As Perícias na Polícia...* op. cit. p. 42.

⁸⁰³ Ac. do STJ de 21/07/2002, Proc. n.º 02P3196, in www.dgsi.pt

de esforços por duas ou mais pessoas, as agravantes do artigo 24.º do DL n.º 15/93, e possíveis antecedentes criminais. São muitos factores que não podem inibir o OPC, ao evitar que ele enquadre todas as situações de tráfico como sendo as previstas e punidas no artigo 21.º do DL n.º 15/93. Neste caso, pensamos que muitas destas circunstâncias vão ser apuradas em sede de inquérito, cabendo depois ao MP decidir por que tipo de tráfico acusar o arguido. No âmbito do tráfico, somos do parecer que o OPC deverá carrear para os autos toda a prova conducente a uma boa decisão do MP. Por isso, em caso de detenção do suspeito em flagrante delito deverá apresentá-lo ao MP, independentemente do tipo de tráfico.

Por tal facto não concordaremos com a posição⁸⁰⁴ de que será grave manter detido o arguido, ao qual lhe é imputado o crime de tráfico de menor gravidade quando estiverem reunidos os pressupostos do artigo 385.º do CPP.⁸⁰⁵ Quando na verdade ainda não se sabe que tipo de tráfico se trata. Defendem que o arguido deve ser sempre notificado para o TPIC e, de seguida, é posto em liberdade, só permanecendo detidos os indivíduos a quem lhes foi imputado o crime de tráfico do artigo 21.º do DL n.º 15/93, até serem presentes ao JIC.⁸⁰⁶

Tal sucede, porque, em abono da verdade, caso o suspeito tenha quantidade de estupefaciente superior à média individual para dez dias, perante os OPCs, existe uma presunção de tráfico,⁸⁰⁷ como se o artigo 40.º do DL n.º 15/93, não existisse, o que em bom rigor dado o supra referido, até faria sentido.⁸⁰⁸ Assim, não enquadrando o ilícito em mera ordenação social, enquadrando-no no crime de tráfico, ainda que de menor gravidade. Havendo essa presunção de tráfico,⁸⁰⁹ ao nível dos OPCs, o enquadramento legal entre ilícito contraordenacional ou crime de consumo não existe. Existe sim, o enquadramento legal entre ilícito

⁸⁰⁴ ANDRADE, Hélder Fernando Arruda, O Tráfico de menor Gravidade e o consumo – O papel dos OPCs, Dissertação final de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, ISCP/SPSI, 2011, p. 50.

⁸⁰⁵ Exceptuando o preceituado no n.º 1 do mesmo artigo.

⁸⁰⁶ Em qualquer caso, o arguido é de imediato libertado quando se concluir que não poderá ser presente a um juiz no prazo de quarenta e oito horas.

⁸⁰⁷ Cfr. procedimentos aduaneiros em caso de indivíduos encontrados na posse de pequenas quantidades de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. Ministério das Finanças, Direção Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, in http://www.dgaiec.min-financas.pt/NR/rdonlyvres/4E857805-8822-4E8F-A6C4-7D37A1F95ECF/0/Circular%20n_30_2004_II_Integrada.pdf consultado em 26/03/2012.

⁸⁰⁸ E como vimos foi uma das teses defendidas pela doutrina e jurisprudência.

⁸⁰⁹ Segundo Filipe Anes, “no caso de exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual para o período de 10 dias, consubstanciará o crime de tráfico e deverá ser efectuada a detenção do suspeito, independentemente dos fundamentos da posse do produto, pois não cabe à PSP analisar essa matéria, mas sim aos Tribunais.” In ANES, Filipe, Consumo de drogas ilícitas – O papel da PSP na prevenção, Dissertação final de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, ISCP/SPSI, 2008, p. 31.

contra-ordenacional⁸¹⁰ e crime de tráfico,⁸¹¹ o que ainda é mais grave. Neste caso, caberá então ao MP decidir que tipo de tráfico, ou seguindo o AFJ n.º 8/2008, no crime de consumo. Se o OPC enquadrar a conduta em contra-ordenação, cessa ali a intervenção do MP.

8.2.5 - Da detenção⁸¹² do possuidor de estupefacientes.

A presunção de tráfico⁸¹³ de que falamos, tem uma decorrência muito séria que colide directamente com os Direitos, Liberdades e Garantias do suspeito. Chamando à colação o nosso exemplo do capítulo anterior, recordemos o consumidor a quem foi encontrado estupefaciente denominado haxixe com o peso de 8 gramas. Como o tal peso, ultrapassa em 3 gramas o controverso limite, o OPC, em regra, aplicando automaticamente a Portaria n.º 94/96, procede à detenção do mesmo, privando-o da liberdade até ser presente ao MP. Imaginemos então o seguinte cenário. Se o mesmo for detido em horário em que a secretaria do tribunal está fechada, é encaminhado para as salas de detenção temporárias do OPC, para efeitos de pernoita e alimentação, a fim de ser presente no dia seguinte ao MP. Não raras vezes sucede, que o tal suspeito é detido num Sábado, sendo privado da sua liberdade durante dois dias, passando duas noites nas salas de detenção do OPC. Tratando-se de um mero consumidor, no final, terá passado mais dias detido do que alguns traficantes que são imediatamente presentes ao MP e posteriormente sejam punidos com penas não privativas da liberdade ou quando não assim seja, a mesma lhes seja suspensa.

Nestes casos, ao contrário do referido para o tráfico, concordaremos com a notificação do arguido para processo sumário,⁸¹⁴ o que em nada inviabilizava a remissão dos autos para

⁸¹⁰ Como já dito, os OPCs aplicam automaticamente a portaria n.º 94/96, e se a quantidade de estupefacientes não ultrapassar a média necessária para 10 dias, procedem como se uma contra ordenação se tratasse, excepto se presenciarem acções de tráfico.

⁸¹¹ Neste caso, se a quantidade de estupefacientes ultrapassar a média necessária para 10 dias, procedem à detenção do suspeito. Por curiosidade, nos OPCs, nos casos em que existe quantidades que se enquadrem no ilícito criminal, originando a detenção para primeiro interrogatório do suspeito, vulgarmente designa-se detenção por posse de estupefaciente, cujo ilícito criminal não existe entre nós. Todavia enquadra-se nos diversos verbos do Art.º 21.º do DL n.º 15/93“,...quem detiver...” preenchendo sempre os elementos do tipo do tráfico. Daí a presunção.

⁸¹² Art.º 254.º do CPP.

⁸¹³ Atente-se que os OPCs nas suas estatísticas tratam todas as apreensões de estupefacientes como crime de tráfico. Tal reflecte-se no RASI, o qual não faz qualquer referência ao crime de consumo, como se este não existisse. Cfr. Relatório Anual de Segurança Interna in http://www.portugal.gov.pt/media/555724/2012-03-30_relato_rio_anual_seguran_a_interna.pdf consultado em 27/08/2012.

⁸¹⁴ Art.º 385.º do CPP.

outra forma de processo,⁸¹⁵ caso tal se justificasse. Além do que, normalmente, este tipo de suspeito quando presente ao MP, este não o remete ao JIC⁸¹⁶ para primeiro interrogatório judicial de arguido detido,⁸¹⁷ mantendo somente o TIR⁸¹⁸ como medida de coacção, procedendo a primeiro interrogatório não judicial de arguido detido,⁸¹⁹ o que já não acontecerá quando se trate de situações de tráfico.

Salienta-se ainda que tal procedimento da detenção do suspeito por consumo e/ou tráfico de estupefacientes também não é uniforme⁸²⁰ em todas as comarcas. Por exemplo, a prática da maioria das comarcas do Distrito Judicial do Porto, é a de que ultrapassada a quantidade média necessária para o período de dez dias, o suspeito é detido até ser presente ao MP, nos moldes anteriormente referidos, isto é permanece detido independentemente da hora da detenção. Ora, permitam-nos a discordância com tal procedimento. No caso de a detenção ter ocorrido por tráfico,⁸²¹ embora a moldura da pena abstracta mais grave do tráfico de menor gravidade seja somente até 5 anos, enquadrando-se no limite para o processo sumário,⁸²² pelos motivos já expostos, aceitamos que o arguido não seja notificado,⁸²³ dado que caberá ao MP definir o tipo de tráfico.

Porém, quando se trata notoriamente de uma situação de consumo,⁸²⁴ onde nada mais há, além do produto estupefaciente, cremos que agir segundo uma presunção de tráfico e privar o consumidor da liberdade, será extravasar as regras da experiência. Recordo que até pode tratar-se de um traficante, mas mais valerá tratá-lo como um consumidor do que o contrário ocorrer, sendo aliás, o que mais se coaduna com os nossos princípios constitucionais. Isto independentemente de se defender ou não a existência de um actual crime de consumo do artigo 40.º do DL n.º 15/93, parcialmente revogado pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000.

⁸¹⁵ Idem, Art.º 390.º.

⁸¹⁶ Idem, Art.º 143.º n.º 3.

⁸¹⁷ Idem, Art.º 141.º e 268.º.

⁸¹⁸ Idem, Art.º 196.º.

⁸¹⁹ Idem, Art.º 143.º.

⁸²⁰ Não é uniforme pois algumas comarcas, como a de Lisboa, a PSP, procede à notificação dos arguidos, de acordo com o Art.º 385.º do CPP, que como já vimos e não concordamos, são enquadrados por aquele OPC no tráfico de menor gravidade. Norma Procedimental n.º 02/2010 da 3.ª Divisão do Comando Metropolitano de Lisboa, citada in ANDRADE, Hélder Fernando Arruda, O Tráfico de menor Gravidade... op. cit. p. 50.

⁸²¹ Por exemplo se o OPC fez uma vigilância prévia ao suspeito e o viu vender ou ceder a outros; se for um indivíduo já é conotado com o tráfico ou já tenha processo pendente.

⁸²² Art.º 381.º do CPP.

⁸²³ Idem, Art.º 385.º.

⁸²⁴ Sendo estas a maioria das detenções realizadas pelos OPCs com a competência para a prevenção criminal, como a PSP e a GNR.

Assim, aceitando-se que o consumidor detido seja notificado,⁸²⁵ o que não acontece, ficando privado da liberdade, tendo em conta tudo o que foi referido quanto ao consumo, não havendo qualquer indício de tráfico,⁸²⁶ estamos convictos que o mais correcto seria não privá-lo da liberdade sob qualquer forma e em caso de dúvida entre o crime e a contra-ordenação, elaborar auto de notícia para o MP a fim de este se pronunciar em sede própria, após a devida investigação.

8.2.6 - Do Policonsumo.

Um outro aspecto que não poderíamos deixar de aqui erigir, tratando-se de mais uma lacuna no nosso regime, é a questão de como proceder quando, suspeito é detentor de várias substâncias e nenhuma delas ultrapassar tal limite, mas no total ultrapassa-o. O que fazer? O OPC em primeira linha deve enquadrar a conduta no ilícito criminal ou no ilícito contra-ordenacional?

Nas situações em que o suspeito é possuidor de várias substâncias, não existe pelo menos uma referência directa a tal situação, para assim os OPCs poderem agir em conformidade. Para actuarem nos termos supra referidos, os OPCs, não terão qualquer dificuldade no caso de haver tráfico por parte de quem tenha vários estupefacientes, nem que o tráfico recaia só sobre um dos estupefacientes e os restantes sejam para consumo do suspeito, pois quem trafica uns traficará outros.

Tendo em consideração a supra referida presunção de tráfico, o mesmo se passará com quem tenha vários estupefacientes só para consumo e um deles ultrapassar o controverso limite da quantidade média para o consumo de dez dias. Aqui os OPCs farão o enquadramento no ilícito criminal com os procedimentos já expostos.

Mas o que fazer quando nenhum dos estupefacientes ultrapassam tal limite e no conjunto ultrapassam-no? A doutrina crisma-o de policonsumo.⁸²⁷ Das referências feitas por MORAES ROCHA⁸²⁸ parece que o seu entendimento deve ser sobre a totalidade das substâncias, o que actualmente originaria um enquadramento no ilícito criminal.

⁸²⁵ Art.º 385.º do CPP.

⁸²⁶ Com a ressalva de que como referido, se a quantidade for de tal forma elevada, o consumidor não afectar o produto, pelo menos, exclusivamente ao seu consumo.

⁸²⁷ A título de curiosidade entre 2001 e 2004 o policonsumo representava 7,5 % das drogas apreendidas. In RODRIGUES, Joaquim, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 322.

⁸²⁸ ROCHA, João Luís Morais, Droga... op. cit. p. 124.

No mesmo sentido vai GAMA LOBO ao referir que deverá fazer-se a soma aritmética dos dias, referindo que é habitual os toxicodependentes consumirem um espectro variado de drogas, pelo que é essa circunstância que relevará.⁸²⁹ Este autor acaba por criticar decisões judiciais, em que o arguido tinha um arsenal de drogas, nenhuma delas individualmente considerada, ultrapassando os dez dias de consumo e é absolvido do crime, relegando-se os factos para o regime contra-ordenacional, com o fundamento de que as quantidades de droga não podem somar-se.⁸³⁰ Afere que estas decisões atentam contra a letra da lei, alegando que o tipo está descrito no plural (plantas, substâncias e preparações) como contra a teleologia, pois visa-se punir todo o consumo e não só o monoconsumo.⁸³¹ Já o TRG⁸³² entendeu que as diferentes quantidades de tipos de droga não podem somar-se, uma vez que uma e outra aparecem referidas separadamente nas tabelas, em atenção às suas qualidades, pelo que cada um dos tipos de droga deve ser tomado singularmente nos casos de policonsumo.

Na prática o OPC pode muitas vezes deparar-se com um indivíduo que detém haxixe, cocaína e heroína. É certo que, independentemente da natureza do produto, existe o tal limite que deve ser cumprido, e que se confirma após pesar os diferentes produtos. Porém, deve o OPC atender ao peso global dos diferentes produtos ou somente considerar o peso e o limite, produto a produto? Será correcto, dentro dos procedimentos supra referidos, deter um indivíduo que é possuidor de haxixe, cocaína e heroína, em que nenhum dos produtos, pela quantidade, ultrapasse o controverso limite? Deve o OPC deter o indivíduo, justificando a detenção pela soma de todas as substâncias, em conjunto, apesar de nenhuma ultrapassar o limite permitido?

Segundo GUEDES VALENTE,⁸³³ existem três soluções passíveis de serem aplicadas:

A tese restritiva;

A tese da divisibilidade das quantidades por doses diárias;

E a tese da conjugação dos pesos totais face ao limite da máxima, sem que nenhuma delas ultrapasse o seu limite legal, sendo esta última defendida pelo autor.

⁸²⁹ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 142.

⁸³⁰ *Idem.*

⁸³¹ *Idem.*

⁸³² Ac. do TRG de 10/03/2003, in CJ-II-287, cit. in LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 142.

⁸³³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo...* op. cit. pp. 122 e ss.

De acordo com a primeira das soluções, se a quantidade de produto ultrapassar o máximo estipulado para qualquer um dos produtos, o indivíduo incorre no crime de tráfico/tráfico de menor gravidade.⁸³⁴

Pela tese da divisibilidade, deve-se dividir as quantidades dos produtos por doses diárias e se estas doses ultrapassarem os dez dias, o indivíduo incorre no crime de tráfico/tráfico de menor gravidade.⁸³⁵

Por último, a tese defendida pelo autor, que difere da primeira pelo facto de o produto presente em maior quantidade, após somar a quantidade total, e se esta não ultrapassar o limite máximo atribuído àquele produto, o indivíduo incorre num ilícito contra-ordenacional. Para melhor compreensão desta tese, vejamos o seguinte exemplo:

O suspeito é surpreendido na posse de 0,7 gramas de heroína, 0,9 gramas de cocaína e 3 gramas de haxixe. O total dos produtos é 4,6 gramas, o que não ultrapassa o limite de 5 gramas, que é o limite maior de um dos produtos que tinha, o haxixe. Pelo que a sua conduta seria enquadrada no ilícito contra-ordenacional.

Neste exemplo a conduta do suspeito seria enquadrada no ilícito criminal, pela tese da divisibilidade e pela tese restritiva, o que leva o autor a referir que ambas as teses afectam a teleologia da descriminalização do consumo, optando por aquela que conjuga os pesos totais face ao limite da, máxima, sem que nenhuma delas ultrapasse o seu limite legal, sendo assim mais garantidora dos Direitos Liberdades e Garantias do indiciado.⁸³⁶ Neste caso, por tudo o que foi exposto nos vários capítulos, inclinar-nos-emos, a aceitar a tese defendida por GUEDES VALENTE.

Contudo, mais uma vez na prática, como o legislador não definiu tais condutas, não existe uniformidade de procedimentos. Na maioria das comarcas do Distrito Judicial do Porto, os OPCs procedem do seguinte modo: Se nenhuma das substâncias não ultrapassar o controverso limite, não se procede à soma das mesmas, e por conseguinte não se realiza a detenção do suspeito. Quanto muito, elabora-se um auto de notícia com destino ao MP.

Todavia, o mesmo não acontece em outras comarcas. Existem directivas por vezes próprias dos OPCs como o caso de um despacho proveniente da Divisão de Investigação

⁸³⁴ Estamos mais uma vez perante a presunção de tráfico a que anteriormente aludimos, como se o Art.º 40.º do DL n.º 15/93, não existisse, quanto ao consumo. De acordo com o AFJ do STJ seria punido como crime de consumo.

⁸³⁵ Idem.

⁸³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo... op. cit. p. 124

Criminal do Comando Metropolitano da PSP de Lisboa, datado de 15/07/2005, com o registo 4320/OP/2005,⁸³⁷ onde se opta pela tese da divisibilidade, senão vejamos:

“Se um sujeito tiver várias qualidades de estupefaciente, em que cada uma, por si, não ultrapasse o limite máximo para o consumo médio individual durante o período de dez dias, mas a soma de todas as substâncias, em conjunto, ultrapasse esse limite, dever-se-á proceder à detenção do suspeito”.

Alega-se que será difícil para um consumidor justificar o porquê de ter em sua posse vários estupefacientes em quantidades distintas, porque o mais comum é ele ser um consumidor de somente um produto estupefaciente. Como vimos GAMA LOBO⁸³⁸ não concorda, admitindo que o toxicodependente consome um espectro variado de drogas. Quanto a nós, não se nos afigura correcto fazer-se um juízo do senso comum, de que um consumidor não consome vários tipos de produtos, quer se trate de toxicodependente ou consumidor habitual,⁸³⁹ pois existem estudos que apontam no sentido inverso.⁸⁴⁰ Por tal facto não comungamos do despacho proferido pela Divisão de Investigação Criminal do Comando Metropolitano da PSP de Lisboa, além de que, não caberá aos OPCs fazer qualquer soma das substâncias, ajustando uma tabela que nem sequer é de aplicação automática. Cada situação terá que ser apurada tendo em conta o concreto consumidor,⁸⁴¹ após uma investigação apurada.

Para terminar esta questão, não podemos descurar ainda, a hipótese de um consumidor que detenha várias substâncias, poder praticar várias contra-ordenações, pelo que estaríamos perante um concurso. A Lei n.º 30/2000, é omissa a tal assunto, mas no seu artigo 26.º, remete para o RGCO,⁸⁴² cujo concurso está previsto no artigo 19.º.

⁸³⁷ Citada in ANDRADE, Hélder Fernando Arruda, O Tráfico de menor... op. cit. p. 52.

⁸³⁸ LOBO, Fernando Gama, Droga... op. cit. p. 142.

⁸³⁹ Ver as noções de consumidor nas considerações gerais.

⁸⁴⁰ JOAQUIM, Henrique Costa, Criminalidade e consumo de substâncias ilícitas, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 11, .º 1, 2005, p. 55. Aponta que no universo da amostra, 64,2% dos toxicodependentes reclusos são politoxicodependentes. Quanto aos não reclusos a percentagem sobe para 99,4%.

⁸⁴¹ Pois nos termos do Art.º 43.º do DL n.º 15/93, está previsto o exame médico ao consumidor, no qual se pode apurar que tipos de estupefacientes consome.

⁸⁴² DL n.º 433/82.

8.3 - Do Ministério Público.

Como verificamos, os OPCs, só levam ao conhecimento do MP,⁸⁴³ as situações que enquadraram em ilícito criminal, sendo que a maioria das contra-ordenações são encaminhadas para as CDTs, não tendo o MP sequer conhecimento das mesmas. Contudo existem excepções. No caso de o consumidor ser interceptado no âmbito de uma vigilância ao traficante, como muitas vezes acontece, o produto que é apreendido, é “junto” ao processo-crime, para efeitos de prova, indo somente o original do Auto de Ocorrência para a CDT e cópia para o processo-crime. Mais tarde esse consumidor servirá como testemunha. Assim teremos somente dois tipos de comunicações feitas ao MP. As comunicações de tráfico de estupefacientes, nas quais os OPCs descrevem-nas taxativamente. Aqui compete ao MP, no final do inquérito, proceder à acusação por um dos tipos de tráfico. Temos as comunicações de consumo, que como vimos, para os OPCs são tratadas como se de tráfico se tratassem. Nestes casos, o MP procede de acordo com as teses em confronto supra aludidas, sendo a mais comum, pelo menos até à publicação do AFJ do STJ, a acusação por tráfico de estupefaciente de menor gravidade.

Está constitucionalmente⁸⁴⁴ previsto que o MP é o órgão competente para representar o Estado, defendendo os seus interesses previstos legalmente ao participar na execução da política criminal. Como legal titular da capacidade de promover o processo penal,⁸⁴⁵ a actuação do MP é delimitada pela CRP, dado que, como já dissemos, estão em causa Direitos, Liberdades e Garantias.⁸⁴⁶ Como entidade que dirige a investigação,⁸⁴⁷ o MP tem como finalidade última a descoberta da verdade e a realização de Direito,⁸⁴⁸ mas o que está em causa é a investigação de um crime porque sem uma correcta investigação, não será possível determinar se existiu um crime, determinar os seus agentes e descobrir e recolher provas conducentes a uma acusação.⁸⁴⁹

⁸⁴³ Art.º 248.º do CPP. Uma das formas do MP ter notícia dos crimes.

⁸⁴⁴ Art.º 219.º da CRP.

⁸⁴⁵ Art.º 48.º do CPP.

⁸⁴⁶ Na descoberta da verdade, todas as intervenções processuais devem obedecer a critérios de estrita legalidade e objectividade.

⁸⁴⁷ De acordo com o Art.º 263.º, n.º 1 articulado com os Art.º 262.º, n.º 2 e Art.º 53.º, n.º 2, al. b), todos do CPP, durante a fase do inquérito, é o MP e o JIC, na fase de instrução, nos termos do Art.º 288.º, n.º 4 do CPP.

⁸⁴⁸ Art.º 53.º do CPP.

⁸⁴⁹ Art.º 262.º n.º 1 do CPP.

As competências do MP ao nível da acção penal, conhece as suas limitações nos artigos 49.º a 52.º do CPP.⁸⁵⁰ Estamos perante situações de crimes semipúblicos e particulares, ou seja, existe um titular do direito de queixa.⁸⁵¹ Porém, no âmbito deste trabalho, lidamos sempre com crimes de natureza pública.⁸⁵² Caso a conduta do indivíduo se enquadre no âmbito da Lei n.º 30/2000, estaremos perante uma contra-ordenação e os OPCs, nestes casos, passam a trabalhar directamente com as supra aludidas CDTs.⁸⁵³

As competências atribuídas ao MP são as recorrentes do artigo 53.º do CPP e, em especial, as do seu n.º 2. Aí vem consagrado que ao receber as denúncias, queixas ou participações e após ponderar sobre a sua matéria de facto, dará o correcto seguimento às mesmas, abrindo inquérito e acusando ou arquivando,⁸⁵⁴ sendo que ao mandar abrir inquérito, compete-lhe dirigir o mesmo, tratando-se de “uma característica fundamental da estrutura acusatória do Processo Penal Português”,⁸⁵⁵ para no final deduzir uma acusação sempre que haja indícios suficientes⁸⁵⁶ para que seja convenientemente sustentada em fase de instrução⁸⁵⁷ ou julgamento.⁸⁵⁸ O MP tem ainda a competência de “interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa e de promover a execução das penas e medidas de segurança”.⁸⁵⁹

Para acautelar a descoberta da verdade como um dos objectivos máximos a atingir pelo MP, o artigo 55.º do CPP faz alusão à figura da coadjuvação⁸⁶⁰ por parte dos OPCs à autoridade judiciária competente.⁸⁶¹ Esta coadjuvação por parte dos OPCs, que serve, nas

⁸⁵⁰ Acrescentaríamos a limitação prevista no Art.º 285.º do CPP.

⁸⁵¹ Requisito de legitimidade do Ministério Público em relação à promoção do procedimento por estes tipos de crimes.

⁸⁵² Ou seja, o procedimento criminal não está dependente de queixa.

⁸⁵³ Art.º 5.º da Lei n.º 30/2000,

⁸⁵⁴ Art.º 262.º n.º 2 do CPP.

⁸⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição actualizada, 2009, p. 151.

⁸⁵⁶ Art.º 283.º, n.º 1 e 2 do CPP.

⁸⁵⁷ Art.º 286.º, e seguintes do CPP.

⁸⁵⁸ Art.º 53.º, n.º 2, al. c) do CPP.

⁸⁵⁹ Art.º 53.º, n.º 2 do CPP.

⁸⁶⁰ Esta coadjuvação está igualmente prevista no Art.º 2.º, n.º 2 da LOIC; Art.º 263.º, n.º 2 e 270.º, n.º 4; Art.º 288.º, n.º 1; Art.º 290.º, n.º 2, todos do CPP. De igual forma, ao recorrer às leis orgânicas das polícias, na Lei Orgânica da PJ, no seu Art.º 2.º, n.º 1 e Art.º 3.º da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto; na Lei Orgânica GNR, no seu Art.º 3.º, n.º 1, al. e) e Art.º 12.º da Lei n.º 63/2007, de 6 de Novembro; na Lei Orgânica da PSP, no seu artigo 3.º, n.º 2, al. c) e e) e Art.º 11.º da Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto; e na Lei Orgânica dos SEF, no seu Art.º 1.º, n.º 2, do DL n.º 252/2000, de 16 de Outubro.

⁸⁶¹ De acordo com o artigo 1.º, al. b) do CPP, entende-se por autoridade judiciária “o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência.”

palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “para auxiliar as autoridades judiciárias no exercício das suas funções no processo, nos termos indicados pela autoridade judiciária.”⁸⁶²

Na fase preliminar do processo, ou seja, na fase de inquérito, podemos assumir que um dos princípios que vigora, e que o MP deve ter sempre em conta, é o princípio *in dubio pro reo* que, “na apreciação dos factos que se devam considerar provados ou não provados, o julgador deverá (...) considerá-los por provados ou por não provados, de acordo com os interesses do arguido, já que este deve presumir-se inocente até prova em contrário”.⁸⁶³ Contra isso, o MP, como entidade acusatória, tem de reunir prova suficiente e válida para que o julgador não tenha margem de erro e decida com toda a segurança.⁸⁶⁴ Como já referido, neste trabalho deparamo-nos com o facto de, por toda e qualquer detenção ou aquisição de produto estupefaciente por um indivíduo, fora do regime legal previsto no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000,⁸⁶⁵ o mesmo será detido em flagrante delito, isso logo após o OPC obter a confirmação do peso e que se trata efectivamente de produto estupefaciente através do Teste Rápido DIK 12.⁸⁶⁶

Como nos diz GUEDES VALENTE, “o designado teste rápido ao produto apreendido permite determinar se estamos ou não perante um caso de droga e se a quantidade é ou não a referida no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, ou seja, se estamos perante uma contra-ordenação ou crime”.⁸⁶⁷ Da mesma forma, refira-se novamente, há situações em que o indivíduo não adquire nem detém produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas em quantidade superior à necessária para o período de dez dias, mas que é detido, em flagrante delito, a praticar a venda directa ao consumidor, facto, como se viu, a enquadrar no artigo 21.º do DL n.º 15/93. São situações que exigem um particular cuidado no domínio do conceito de flagrante delito.⁸⁶⁸ Assim, são determinantes os conceitos atribuídos “às finalidades da detenção, aos modos da detenção em flagrante delito, ao conceito de flagrante delito, aos

⁸⁶² SILVA, Germano Marques, Curso de Processo Penal, Vol. I, 6.ª edição revista e aumentada, Edições Babel, 2010, p. 295.

⁸⁶³ OLIVEIRA, Francisco da Costa, Defesa Criminal Activa, Almedina, Coimbra, 2005, p. 46.

⁸⁶⁴ É com base neste princípio que a defesa criminal assenta os seus procedimentos, negando sempre e até decisão em contrário, os factos imputados pela acusação.

⁸⁶⁵ Isso apesar da decisão proferida pelo STJ do AFJ n.º 8/2008.

⁸⁶⁶ O que como vimos, não substitui o envio do produto estupefaciente em causa para o LPC para confirmar laboratorialmente o resultado do teste obtido, como prova pericial em sede de julgamento.

⁸⁶⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Consumo... op. cit. pp. 120 e 121.

⁸⁶⁸ Art.º 254.º a 256.º, todos do CPP.

deveres de comunicação, às condições gerais de efectivação da detenção e à libertação do detido”.⁸⁶⁹

Vimos que o MP tem conhecimento do crime, por parte dos OPCs, através de um Auto de Notícia, sempre que este proceda a uma detenção.⁸⁷⁰ De modo a melhor percebermos em que situações em concreto o MP actua, no âmbito do caso em estudo, podemos assumir que sem prejuízo do disposto no artigo 41.º do DL n.º 130-A/2001, ocorrem quatro situações distintas, mas que destas quatro, somente em três o MP intervém directamente no processo, como iremos ver em seguida.

1) Nas situações em que o indivíduo, detido em flagrante delito, adquire ou detém produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas em quantidade que exceda a necessária para o período de dez dias e alegue que é para seu consumo;⁸⁷¹

2) Nos casos em que o indivíduo adquire ou detém produto estupefaciente ou substâncias psicotrópicas em quantidade que não exceda a necessária para o período de dez dias e alegue que é para seu consumo;⁸⁷²

3) O indivíduo, detido em flagrante delito, mesmo que alegue que toda a quantidade é para seu consumo individual, o OPC tem acesso a informação que possa demonstrar o contrário;⁸⁷³

4) O indivíduo seja detido em flagrante delito por ter efectuado venda directa ao consumidor, vulgo tráfico de rua, de produto estupefaciente ou substância psicotrópica.

Abstemo-nos de abordar os comportamentos contemplados no ponto 2)⁸⁷⁴ e no ponto 4)⁸⁷⁵ porque nestes casos não existem quaisquer dúvidas quanto aos procedimentos a adoptar e o correcto encaminhamento a dar ao indivíduo detido. Posto isto, cingimo-nos aos factos passíveis de poderem levantar dúvidas.

⁸⁶⁹ OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Defesa Criminal...* op. cit. p. 79.

⁸⁷⁰ Art.º 259.º do CPP.

⁸⁷¹ Como vimos, o OPC não tem mais indícios sobre se o indivíduo, nomeadamente, se já alguma vez traficou, ou se o local onde foi abordado não está conotado com o tráfico de droga.

⁸⁷² Como não basta a alegação do possuidor para afastar a detenção, há a referir que o OPC não tem informação complementar sobre o sujeito abordado, em consonância com a nota de rodapé anterior.

⁸⁷³ O local onde o indivíduo foi abordado estar conotado com o tráfico de droga ou o indivíduo em questão já ser conhecido desta polícia por anteriores situações de tráfico, como vimos são alguns exemplos em que o OPC pode fundamentar a sua decisão.

⁸⁷⁴ Por não haver intervenção do MP nesta matéria, pelo disposto no Art.º 5.º da Lei n.º 30/2000, e nos Art.º 9.º, 11.º e 12.º do DL n.º 130-A/2001.

⁸⁷⁵ Quando o indivíduo incorre no crime de tráfico, previsto e punido pelo Art.º 21.º do DL n.º 15/93. Neste caso o MP procede para que o detido seja presente ao JIC “para primeiro interrogatório judicial e para aplicação de uma medida de coacção ou garantia patrimonial – Art.º 254.º, n.º 1, al. a) e Art.º 141.º do CPP.

Como já realçado, o MP pode, perante as situações 1)⁸⁷⁶ e 3)⁸⁷⁷, remeter o processo para uma forma especial, mais concretamente, na forma sumária.⁸⁷⁸ Como nos diz GUEDES VALENTE, “o MP, fazendo a triagem e verificados os pressupostos do processo sumário, em que verifica uma presunção de legalidade da actuação dos OPC, submete o caso a julgamento sob a forma sumária (artigo 381.º do CPP)”.⁸⁷⁹ Para que tal seja possível de ocorrer, é necessário que determinados pressupostos estejam preenchidos.⁸⁸⁰

Nesta forma de processo, o MP, se assim entender e julgar por conveniente, pode interrogar sumariamente⁸⁸¹ o arguido⁸⁸² para depois o apresentar ao tribunal competente para o julgar ou aplicar uma medida de coacção⁸⁸³ mais gravosa em 1.º interrogatório judicial, num prazo que não poderá exceder as 48 horas,⁸⁸⁴ ou seja, o que se exige é que o início da audiência ocorra durante este lapso temporal e se tal não puder acontecer, o MP deve libertar de imediato o indivíduo de acordo com os pressupostos do artigo 385.º do CPP. Por despacho, o MP determina o destino a dar aos autos, onde constará uma das seguintes hipóteses:

Sujeição a julgamento sumário;⁸⁸⁵ Arquivamento imediato ou diferido;⁸⁸⁶ Ou propor ainda a “tramitação do processo sob forma comum ou abreviada”.^{887, 888}

⁸⁷⁶ Recorrendo, mais uma vez, ao AFJ do STJ n.º 8/2008, de 25 de Junho, que mantém em vigor o Art.º 40.º, n.º 2 do DL n.º 15/93, ao arguido é imputado o crime de consumo, com pena prevista de até um ano de prisão ou de multa até 120 dias.

⁸⁷⁷ Ao arguido em questão pode ser-lhe imputado o crime previsto e punido pelo Art.º 25.º do DL n.º 15/93, tráfico de menor gravidade – cuja pena pode ir de 1 a 5 anos de prisão, se o ato estiver enquadrado na alínea a), ou ir até aos 2 anos de prisão, que pode ser substituída por uma multa até 240 dias, se for enquadrada nos pressupostos da alínea b) do mesmo artigo.

⁸⁷⁸ Art.º 381.º do CPP.

⁸⁷⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Teoria Geral...op. cit. p. 281.

⁸⁸⁰ Que tenha sido detida em flagrante delito; Que a detenção tenha sido efectuada por qualquer autoridade judiciária ou entidade policial; Que a detenção tenha sido feita por outra pessoa e entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial no prazo de duas horas; Que o julgamento se inicie no prazo de 48 horas após a detenção, podendo todavia a audiência ser adiada até 30 dias; Que a pena aplicável ao crime ou crimes em concurso não seja superior a cinco anos de prisão; ou que, sendo aplicável pena superior a cinco anos de prisão, o MP entenda que não deve ser aplicada no caso concreto pena de limite superior a esse. In EIRAS, Henrique, Processo Penal Elementar, 7ª Edição, Editora Quid Iuris, Lisboa, 2008, p. 311.

⁸⁸¹ Art.º 382.º n.º 2 do CPP.

⁸⁸² Constituído nos termos do Art.º 58.º, n.º 1, al. c) e Art.º 58.º, n.º 3, todos do CPP.

⁸⁸³ Diferente da de Termo de Identidade e Residência.

⁸⁸⁴ Conforme está estipulado nos Art.º 254.º, n.º 1, al. a) e 382.º, n.º 4, ambos do CPP e Art.º 27.º, n.º 3, al. a) e 28.º, n.º 1, ambos da CRP.

⁸⁸⁵ O arguido tem de ser acusado pelo MP, acusação esta que poderá ser substituída pelo “auto de notícia da autoridade que tiver procedido à detenção” (auto de notícia por detenção ou auto sumário de entrega), de acordo com o Art.º 389.º, n.º 2 do CPP.

⁸⁸⁶ Por se tratar de uma notícia de crime sem fundamento, ou por estarem pressupostos inerentes a esta forma de processo. Não se coloca a possibilidade de haver desistência da queixa porque no âmbito deste estudo estamos a lidar com um crime público.

Na prática, a sujeição a julgamento sumário não acontece, quer pelo facto de o produto apreendido ser remetido ao LPC e o referido exame ultrapassar o prazo de tal processo, quer devido à falta de informação existente sobre o arguido que só será obtida durante um inquérito.⁸⁸⁹

Por fim, e como vimos, para além da Portaria n.º 94/96, não existem outros critérios para delimitar a conduta ilícita, e o mais evidente encontra-se nas situações de limite, no tecto de dez dias, entre o que é, ou não é, consumo, ou seja, entre o ilícito contra-ordenacional e o crime. Então, propomo-nos a lançar o seguinte repto: como e onde é que o MP poderá enquadrar estas condutas ilícitas por parte dos arguidos?

É certo que o MP não quer deixar incólume o indivíduo que detém ou adquire 10, 15 ou 20 gramas de haxixe ou 1, 2 ou até 10 gramas de heroína, atendendo ainda ao facto de poderem estar dissimuladas situações de tráfico, ainda que em quantidades menores, no que aparentam ser só doses individuais para consumo.^{890,891} Se assim é, não podemos deixar de fazer uma pequena referência a um acórdão do TRL, em que a dúvida anteriormente exposta é analisada:

“Onde estão definidos os limites do julgador para integração da conduta? Variará em consonância com os hábitos de consumo do toxicodependente? E, nesse caso, terão esses hábitos de ser provados pelo MP para se sustentar o arquivamento ou a acusação do processo? Variará em função da convicção do julgador alicerçada, não em provas concretas de actuação do arguido para além da detenção, mas na convicção de que, até determinada quantidade de estupefaciente, é legítimo concluir que o destino era o seu consumo próprio”.⁸⁹²

⁸⁸⁷ Quando da análise dos factos apurados, o MP constatar que o crime já não pode ser julgado em processo sumário por já não estarem reunidos os pressupostos do Art.º 381.º do CPP.

⁸⁸⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código de Processo Penal... op. cit. p. 969.

⁸⁸⁹ A esse propósito, ver a notícia sobre a recusa de julgamentos sumários in www.inverbis.net/tribunais/recusa-julgamentos-sumarios.html - consultado em 08/07/2012 - “O CSMP ordenou a realização de uma inspecção extraordinária aos serviços do MP junto dos Juízos da Pequena Instância Criminal de Lisboa.” Tal sucedeu por o MP fazer várias acusações sem ter o resultado final dos exames periciais para confirmar, por exemplo, que a apreensão feita a um indivíduo era efectivamente droga. Vários juízes entenderam que não estavam garantidos os direitos dos arguidos, uma vez que a prova não estava consolidada, tendo recusado o processo sumário e remetendo o caso para inquérito. Notícia também publicada no Jornal Público a 20/10/2008.

⁸⁹⁰ COSTA, José de Faria, Algumas breves... op. cit. p. 278.

⁸⁹¹ Por exemplo, um indivíduo ao comprar uma peça inteira de produto estupefaciente – Haxixe – por um sentido de oportunidade, será vantajoso se lhe surgir um “bom negócio”. Diferente é se este mesmo produto estiver dividido em pequenas porções, prontas a serem comercializadas por um preço qualquer.

⁸⁹² Ac. do TRL de 15/11/07, Proc. n.º 9117/07-9, disponível em www.dgsi.pt

Ao que parece o próprio MP não sabe ao certo como proceder e o único critério além da portaria será a informação oriunda dos OPCs, para assim poder proceder em conformidade. Reiteramos, que na maioria dos casos, até à publicação do recente AFJ do STJ, o MP acusava os detentores de estupefaciente pelo crime de tráfico, ainda que de menor gravidade.

Por outro lado, nota-se que o MP conhecedor dos problemas que aqui tratamos, define por vezes critérios que podem colidir com o princípio da igualdade⁸⁹³ e com a certeza e segurança jurídicas. É o caso do MP do Círculo Judicial da Maia,⁸⁹⁴ que estabeleceu aos OPCs, que em caso de apreensão de produto estupefacientes, os limites fixados na Portaria n.º 94/96, serão o dobro para os produtos de consumo mais frequente, como o haxixe, a cocaína e a heroína. Isto é, os OPCs só procedem à detenção do suspeito, nos termos supra dispostos, na circunstância do mesmo ter na sua posse mais de 10 gramas de haxixe, mais de 4 gramas de cocaína ou mais de 2 gramas de heroína.⁸⁹⁵ Tal não deixa de ser caricato, uma vez que caso um indivíduo seja interceptado na posse de 8 gramas de haxixe, num dos limites das comarcas que confinam com a da Maia, como Matosinhos, Santo Tirso e Gondomar, Trofa, Valongo, Vila do Conde e Porto, é detido e privado da liberdade. Enquanto se for interceptado na Comarca da Maia, é somente identificado e é-lhe apreendido o produto estupefaciente. Ora, para além da certeza e segurança jurídicas, tal não abona em nada para a imagem da justiça.

⁸⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 5.ª ed., 1991, p. 575, diz-nos que “um dos regimes estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, cujo enunciado semântico do Art.º 13.º da CRP, condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo, cujo traços mais importantes são: (na parte que aqui interessa) a Igualdade na aplicação do direito e a Igualdade quanto à criação do direito.

⁸⁹⁴ Ali pode ler-se:

“Quando no âmbito da sua actividade policial, qualquer OPC surpreender algum indivíduo a adquirir ou na posse de substâncias daquela natureza em quantidade não excedente aos referidos valores médios, perante o silêncio da pessoa ou a sua afirmação de ela se destinar ao seu consumo próprio, deve qualificar o acto como mera contra ordenação, levantar o correspondente auto de notícia e remetê-lo à CDT competente para a apreciação e processamento das contra ordenações previstas na Lei n.º 30/2000.

Se, não obstante as substâncias adquiridas e/ou detidas forem superiores àqueles valores médios em quantidade não significativas, (por exemplo até ao seu dobro) mas o infractor alegar que as destinava ao seu consumo, sem que contra ele haja qualquer outro elemento incriminador no sentido do tráfico, v. g. instrumentos de pesagem, elementos de corte, embalamento apropriado à venda avulso, dinheiro ou valores de origem suspeita, como produto de venda, referências anteriores a situações de tráfico e presença de toxicodependentes em seu redor ou nas proximidades, devem igualmente tais situações ser configuradas como provável consumo, sendo o agente identificado, mas não detido, lavrado auto de notícia a remeter ao MP da Comarca, que depois analisará o expediente e lhe dará o destino legal, como contra ordenação ou inquérito.

Nas demais situações de aquisição e/ou detenção daquele tipo de substâncias, deve o agente ser detido em flagrante na perspectiva de que se se trata de um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo Art.º 21.º do DL n.º 15/93, e nessa situação ser apresentado ao MP acompanhado do respectivo auto de notícia, com observância do disposto no Art.º 254.º do CPP.

Uma nota final, para salientar que em qualquer das descritas situações, como em qualquer outra em que esteja em causa a liberdade das pessoas, na dúvida deve prevalecer sempre a liberdade...”

⁸⁹⁵ A título de exemplo já que são as substâncias mais consumidas.

Sublinhe-se que, ainda que concordemos com os argumentos do MP da Maia, não nos parece razoável que possa suceder, o que demonstra o estado a que chegamos, como se existissem feudos jurídicos. De acordo com o princípio da oficialidade,⁸⁹⁶ o MP, entidade competente para promover o processo penal, deve investigar sempre que obtenha notícia de um crime.⁸⁹⁷ Mas que crime? Se ninguém ao certo saberá onde acaba a contra-ordenação e o crime começa. Como nos lembra MÁRIO MONTE, “o Direito Português não dá lugar, por princípio, à oportunidade, no sentido de o MP decidir livremente se deve ou não investigar ou se deve ou não acusar, mesmo que os pressupostos para a investigação e para a acusação estejam reunidos”.⁸⁹⁸ Este autor aduz ainda, que se trata de um poder-dever por parte do MP que permite falar de uma vinculação à lei e, por isso, no princípio da legalidade e que o não cumprimento daquele dever importa numa ilegalidade com dignidade penal, bem como numa infracção disciplinar.⁸⁹⁹ Assim sendo, parece-nos que no caso em apreço existe oportunidade, uma vez que pode, nem sequer haver investigação.

8.4 - Do Juiz do Julgamento.

Dado não poder haver julgamento sem acusação, no âmbito das suas atribuições,⁹⁰⁰ deve o MP deduzir acusação de acordo com o estipulado no artigo 283.º do CPP. Com a dedução de acusação, o MP pretende que o arguido seja julgado para uma posterior condenação ou absolvição. Na certeza porém de que, caso seja plausível que venha a ser absolvido o MP não procederá à acusação.

Assim, “pela acusação se define e fixa o objecto do processo (...) e, portanto, passível de condenação é tão-só o acusado relativamente aos factos constantes da acusação”⁹⁰¹ porque o Processo Penal Português “tem uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”⁹⁰² e

⁸⁹⁶ “Também conhecido por princípio monopolista que assegura que a iniciativa e o impulso processuais cabem à entidade com competência para o esclarecimento do crime e a descoberta da verdade e se for caso disso o levar a julgamento.” in SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, João Simas, *Noções de Processo Penal*, Rei dos Livros, 2010, p. 39.

⁸⁹⁷ Art.º 48.º do CPP.

⁸⁹⁸ MONTE, Mário Ferreira, *Do princípio da legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 101, ano 26.º, Jan./Mar., 2005, p. 68.

⁸⁹⁹ Art.º 369.º n.º 1 do CP – Denegação de Justiça e Prevaricação e Lei n.º 47/96, de 15 de Outubro - Lei Orgânica do MP.

⁹⁰⁰ Art.º 53.º n.º 2, al. c) do CPP.

⁹⁰¹ SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 2010, p. 76.

⁹⁰² *Idem*, p. 72.

esta estrutura acusatória vem consagrada constitucionalmente no artigo 32.º n.º 5 da CRP. Em suma, estamos perante “uma disputa entre duas partes, uma espécie de duelo judiciário entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou tribunal”.⁹⁰³

No que concerne ao princípio do contraditório, tanto a acusação como a defesa apresentam “provas para as suas teses processuais e pronunciam-se sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas”.⁹⁰⁴ E nas palavras de HENRIQUE EIRAS, o “tribunal deve ouvir a acusação (...) e a defesa (...), e produzir as provas requeridas, antes de tomar uma decisão”.⁹⁰⁵

Toda a fase de julgamento foi concebida de modo a que, quer a acusação, quer a defesa disponham dos mesmos poderes processuais. Por outras palavras, que exista uma “igualdade de armas”. Mas o mais importante é que “o MP assegura que o juiz mantenha em julgamento uma atitude de absoluta imparcialidade face às posições da acusação e da defesa”.⁹⁰⁶

O MP deve reunir o máximo de provas para sustentar a acusação. Contudo, sobressai-se o princípio da presunção de inocência⁹⁰⁷ e, deste princípio, deriva outro, o do *in dubio pro reo*.⁹⁰⁸ Podemos dizer que o princípio da presunção da inocência “abrange o princípio *in dubio pro reo*, no sentido de que a prova deve ser valorada a favor do arguido se a dúvida inicial, sobre a questão de facto, permanecer até final”.⁹⁰⁹

“Não basta a componente objectiva do comportamento do arguido, importa também que esse comportamento seja culpável e para tanto que o arguido tenha agido com vontade (directa ou indirecta) de praticar o acto ilícito”.⁹¹⁰ Assim a culpa do agente será tida em conta no processo como elemento probando, que deve ser provado em sede de julgamento, porque “será sempre de exigir a prova dessa consciência [da ilicitude], pelo que a consciência da

⁹⁰³ *Idem*.

⁹⁰⁴ *Idem*, p. 92.

⁹⁰⁵ EIRAS, Henrique, *Processo Penal...* op. cit. p. 59.

⁹⁰⁶ *Idem*, p. 262.

⁹⁰⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do...* op. cit. p. 53. Nas palavras de Henrique Eiras, é um princípio “reconhecido não só pelo direito positivo constitucional interno mas também pelos pactos de direito internacional assinados pelas nações civilizadas”. EIRAS, Henrique, *Processo Penal...* op. cit. p. 63.

⁹⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do...* op. cit. p. 54.

⁹⁰⁹ No mesmo sentido, OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Defesa Criminal...* op. cit. p. 138.

⁹¹⁰ SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo...* op. cit. pp. 383-384.

ilicitude é necessariamente objecto de prova no processo”.⁹¹¹ Assim, consta como prova a ilicitude do arguido ao cometer o acto ilícito.⁹¹²

No que à questão da componente objectiva diz respeito, o MP deve ter em conta que, por um lado, depara-se com um crime de perigo abstracto que põe em causa o bem jurídico protegido, a saúde pública, mas tal não acontece se ficar provado que a detenção da droga se destinava a consumo pessoal. Com a Lei n.º 30/2000, o legislador pretendeu passar a considerar o consumo de droga como uma doença que destrói gradualmente o indivíduo, independentemente do tipo de consumidor.

Posto isto, e recorrendo às palavras de FARIA COSTA, é necessário “continuar a considerar-se que a qualificação de uma conduta como contra-ordenação de consumo ou como crime de tráfico tem de depender do propósito do agente de destinar ou não a droga ao seu próprio uso”.⁹¹³

O MP, coadjuvado pelos OPCs, deve averiguar qual a finalidade da detenção do produto estupefaciente. “À acusação, tal como em outros tipos de crimes, cabe procurar e carrear para o processo todos os elementos constitutivos da infracção. Claro que será normalmente o arguido a invocar que o destino da droga era o seu consumo pessoal e não o do tráfico”⁹¹⁴ e no caso de subsistirem dúvidas quanto à sua finalidade, “o tribunal tem de fazer reverter esse estado de dúvida, de acordo com o princípio in dubio pro reo, em favor deste”.⁹¹⁵

Perante uma acusação por crime de tráfico de estupefacientes, o Juiz não terá grandes dificuldades no julgamento, se existirem dados suficientes no processo de que efectivamente o tráfico existiu ou se o arguido confessar.⁹¹⁶ Porém, se se tratar de uma acusação por tráfico de estupefacientes, havendo somente a apreensão do produto, e o arguido alegar que o mesmo era para seu consumo, como muitas vezes sucede, o Juiz do julgamento não tem tarefa fácil. O mesmo sucederá quanto à acusação por crime de consumo, partindo-se do pressuposto que é tido em consideração que a tabela da Portaria n.º 94/96, não é de aplicação automática. Quanto

⁹¹¹ No mesmo sentido, EIRAS, Henrique, op. cit. pp. 227-228.

⁹¹² “O haxixe encontrado era destinado ao exclusivo consumo do arguido durante o período de 15 dias. O arguido conhecia perfeitamente a natureza e características do produto que lhe foi apreendido e que detinha para o seu consumo, bem sabendo que tal lhe estava vedado por lei. O arguido agiu deliberada, livre e conscientemente”, in Ac. do TRP de 10/05/2006, Proc. n.º 0547038, disponível em www.dgsi.pt

⁹¹³ COSTA, José de Faria, *Algumas breves...* op. cit. p. 278.

⁹¹⁴ COSTA, Eduardo Maia, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Maio de 2003, in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, ano 24.º, Jul./Set., 2003, p. 126.

⁹¹⁵ Idem.

⁹¹⁶ Art.º 344.º do CPP.

a este crime, reitera-se que o STJ no seu AFJ n.º 8/2008 “repristinou” o artigo 40.º do DL n.º 15/93, definindo que quem exceder as quantidades de estupefaciente para o consumo médio de dez dias, continuará a ser punido pelo crime de consumo. Ora, como já analisado, em lado algum do AFJ, é referida a questão sobre a não aplicação automática da Portaria n.º 94/96, nem sequer, não menos importante, do princípio activo dos estupefacientes. Esta questão será relevante no momento de definir a acusação, mas também no momento do julgamento.

O Juiz do julgamento, por regra, aprecia a prova segundo as regras da experiência e a sua convicção.⁹¹⁷ A excepção é o valor da prova pericial,⁹¹⁸ bem presente nesta temática. Nas nossas supra referidas acusações, tal como ao investigador, ao Juiz, está cometida a tarefa de averiguar os elementos objectivos e subjectivos dos ilícitos em todas as circunstâncias, e as únicas presunções que a lei penal lhes faculta, são as de ordem natural, baseada em regras de experiência de vida. Logo, continuando a lei a não estabelecer a fronteira quantitativa para distinguir o consumo do tráfico, mantém-se incólume a ideia segundo a qual a quantidade de droga nunca transforma o consumidor em traficante.⁹¹⁹ Estamos assim, perante o ónus da prova, que neste âmbito leva-nos a reflectir se não haverá uma inversão da mesma, dado que muitas vezes terá de ser a defesa a demonstrar o contrário. Diz-se que no campo das presunções naturais, isto é, aquelas que resultam da compreensão da normalidade das coisas e comportamentos, faz deslocar para o lado do arguido a necessidade de demonstração de que essa normalidade que lhe é contrária não se verifica.⁹²⁰ Alude-se que é um risco, que não tanto a lei, mas a vida põe a seu cargo. Risco este extensível ao julgador que deve demonstrar inteligência, perspicácia e bom senso, fundados no conhecimento da vida que o rodeia e da sociedade em que está inserido.⁹²¹ O julgador deve levantar todas as hipóteses que lhe são apresentadas, mas não deve pronunciar-se sobre a que escapam ao campo da lógica hipotética comum sob pena da tarefa ser infundável. Essas têm que ser apresentadas pelo arguido se quiser que sejam apreciadas. Assim, não havendo em rigor um ónus da prova, há pelo menos um ónus de defesa a cargo do arguido.⁹²²

⁹¹⁷ Art.º 127.º do CPP.

⁹¹⁸ Art.º 163.º do CPP.

⁹¹⁹ LOBO, Fernando Gama, *Droga...* op. cit. p. 147.

⁹²⁰ *Idem*, p. 173.

⁹²¹ *Idem*.

⁹²² *Idem*.

Na nossa acusação por tráfico, em que o arguido alega que é para seu consumo, julgamos que tudo dependerá das circunstâncias em que foi encontrado de forma a ser favorecido do *in dubio pro reo*.⁹²³ Uma coisa será a interceptação do arguido quando se prepara para entrar ou ir para um local onde habitualmente se consome estupefaciente ou há uma grande concentração de pessoas.⁹²⁴ Ali há um maior risco de disseminação do estupefaciente, que segundo as regras da experiência, como já referimos, existirá desde a primeira dose, e não a partir da décima, como é defendido. Outra coisa diferente será o caso do arguido que é interceptado a caminho de casa ou para um trabalho em que não tem possibilidade de comprar estupefaciente com frequência, como os pescadores ou os trabalhadores das plataformas petrolíferas. Ali não existe perigo de disseminação, que coloque em risco a saúde pública, tal como não existiria na ilha do Robinson Crusoe.⁹²⁵ É caso para dizer que quando uma conduta em abstracto não for idónea para produzir a lesão do bem jurídico em causa, estará afastada a sua tipicidade.⁹²⁶ Aliás, pensamos que já temos no actual regime alguns instrumentos para aferir locais onde o próprio consumo possa ser agravado, ou mesmo tipificado como crime de tráfico. Referimo-nos, naturalmente às circunstâncias agravantes do artigo 24.º do DL n.º 15/93.

O princípio do *in dubio pro reo*, como corolário do princípio da presunção de inocência obriga a que instalando-se e permanecendo dúvida acerca de factos referentes ao objecto do processo, essa dúvida deve sempre ser desfeita em benefício do arguido, relativamente ao ponto ou pontos duvidosos, podendo mesmo conduzir à sua absolvição.⁹²⁷

Será correcto referir que o princípio *in dubio pro reo* constitui um limite normativo do princípio da livre apreciação da prova inscrito no artigo 127.º do CPP, impondo orientação vinculativa para os casos de dúvida sobre os factos, e que nessa mediada de imposição de

⁹²³ Atente-se o excerto do Ac. TRL de 07/12/2011, Proc. n.º 5/11.6GACLD-A.L1-3, in www.dgsi.pt “O que autos indiciam é a posse do arguido de 26 doses individuais de heroína, sendo que cada uma dessas doses corresponde, normalmente, à dose consumida numa determinada ocasião e não àquela consumida num dia inteiro. A versão do arguido de que consumia cinco a seis "bolas" de heroína não é contrariada por regras de experiência normal, tanto mais quando dos objectos apreendidos resulta que o arguido consome heroína fumada e não injectada, caso em que provavelmente consumiria quantidade menor.

⁹²⁴ Como festivais de música, discotecas, queimas das fitas, escolas, etc.

⁹²⁵ Robinson Crusoe é um romance escrito por Daniel Defoe e publicado originalmente em 1719 no Reino Unido. Epistolar, confessional e didáctico em seu tom, a obra é a autobiografia fictícia do personagem-título, um náufrago que passou 28 anos em uma remota ilha tropical próxima a Trinidad, encontrando canibais, cativos e revoltosos antes de ser resgatado.

⁹²⁶ COSTA, Eduardo Maia, O Crime de... op. cit. p. 95.

⁹²⁷ SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, João Simas, Noções de Processo... op. cit. p. 50-51.

sentido (pro reo) limita a liberdade de apreciação do juiz.⁹²⁸ Da mesma forma, colocado o tribunal perante a dúvida acerca do destino da droga, se era para consumo ou não e, por consequência, surgindo dúvidas sobre se, por força desse segmento factual, era aplicável o artigo 25.º do DL n.º 15/93, ou o artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, teria de funcionar o aludido princípio do in dubio pro reo, aplicando então a consequência jurídica mais favorável, ou seja, a não criminalização da conduta.⁹²⁹

FIGUEIREDO DIAS, diz-nos que “à luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à “dúvida razoável” do tribunal, também não possam considerar-se como “provada”. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a remir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, desfavorecer a posição do arguido. Um non liquet na questão da prova (...) tem de ser sempre valorado a favor do arguido. É com este sentido e conteúdo que se afirma o princípio in dubio pro reo”.⁹³⁰

Ao que parece tanto a doutrina e a jurisprudência, entendem que o juiz pode e deve socorrer-se deste princípio quando houver dúvidas sobre o destino que o arguido pretendia dar ao estupefaciente, sendo aquele plenamente aplicável à nossa acusação por tráfico de estupefacientes, podendo o arguido ser absolvido.

Todavia, quando a acusação é por consumo de estupefacientes, não estará aqui em causa o destino a dar ao estupefaciente, mas antes sim, como supra aludimos, a aplicação do artigo 40.º do DL n.º15/93, ou do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000. Isto é, o enquadramento da conduta em ilícito criminal ou em ilícito contra-ordenacional. Trata-se portanto, não de matéria de facto mas de matéria de direito e como é entendido pela doutrina, “o principio do in dubio pro reo vale só, evidentemente, em relação à prova da questão de facto e já não a qualquer dúvida dentro da questão de direito”,⁹³¹ pelo que a “única solução correcta residirá

⁹²⁸ Ac. do STJ de 28/04/2004, Proc. n.º 04P1116, in www.dgsi.pt

⁹²⁹ Ac. do STJ de 05/02/2003, Proc. n.º 02P4525, in www.dgsi.pt

⁹³⁰ Dias, Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, vol. I, 1984, pág. 213

⁹³¹ Idem, p. 215.

em escolher, não o entendimento mais favorável ao arguido, mas sim aquele que juridicamente se reputar mais exacto”.⁹³²

O princípio *in dubio pro reo* destina-se “a dar solução a um problema muito preciso, o da falta de convicção suficiente do julgador relativamente à matéria de facto, objecto da prova. O princípio não deve porventura aplicar-se à resolução de outro tipo de questões, como a dúvida na interpretação das normas”.⁹³³

Porém, há quem entenda que em caso de dúvida sobre o significado das normas, o intérprete deva “socorrer-se de todos os elementos que permitam a averiguação da verdadeira vontade do legislador”.⁹³⁴ EDUARDO CORREIA, admite assim, a aplicação do princípio *in dubio pro reo* nos casos em que “a situação de facto sugere a aplicação de vários preceitos sem que a prova mostre claramente se se verificam os elementos de um ou de outro”.⁹³⁵

Mas o entendimento da jurisprudência vai no sentido de que o princípio do *in dubio pro reo* “não tem quaisquer reflexos ao nível da interpretação das normas penais. Em caso de dúvida sobre o conteúdo e o alcance das normas penais, o problema deve ser solucionado com recurso às regras de interpretação, entre as quais o princípio do *in dubio pro reo* não se inclui, uma vez que este tem reflexos exclusivamente ao nível da apreciação da matéria de facto, sejam os pressupostos do preenchimento do tipo de crime, sejam os factos demonstrativos da existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Estando em causa a qualificação jurídica de uma determinada conduta, questão de direito que envolve a interpretação das normas que tipificam a conduta em causa, não é lícito recorrer ao princípio *in dubio pro reo*, ou a eventual decorrência substantiva do mesmo”.⁹³⁶

Em caso de dúvida sobre o conteúdo e o alcance das normas penais, “deve o aplicador do direito recorrer às regras de interpretação, entre as quais o princípio *in dubio pro reo* não se inclui”.⁹³⁷ Sendo o princípio *in dubio pro reo*, um princípio probatório que procura solucionar um problema de dúvida em relação à matéria de facto e não ao sentido de uma norma jurídica, o problema persiste, na nossa acusação por consumo de estupefacientes, dado que a querela manter-se-á, mesmo após o AFJ do STJ. Deste modo, dentro do cenário que montamos, como

⁹³² Idem.

⁹³³ MONTEIRO, Cristina Líbano, Perigosidade de inimputáveis e *in dubio pro reo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 65.

⁹³⁴ CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1963, p.150.

⁹³⁵ Idem, p. 151.

⁹³⁶ Ac. do STJ de 25/05/2006, Proc. n.º 06P1389, in www.dgsi.pt

⁹³⁷ Ac. do TRL de 01/02/2011, Proc. n.º 153/08.0PEALM.L1-5, in www.dgsi.pt

os Tribunais Judiciais julgam de acordo com as acusações que lhes chegam, maioritariamente por crime de tráfico de menor gravidade ou por crime de consumo, a solução, como vimos no capítulo anterior, são os recursos para os tribunais superiores. Estas instâncias, ultimamente, parecem ter “descoberto” a questão do princípio activo como um meio de colmatar eventuais injustiças. Ou melhor dizendo, uma forma airosa de não “afrontarem” o AFJ⁹³⁸ do STJ, que como vimos não trouxe a bonança jurídica ao tema em estudo. Em todo o caso, não podíamos deixar de citar CAVALEIRO DE FERREIRA, o qual ensina que “em processo penal, a justiça, perante a impossibilidade de uma certeza, encontra-se na alternativa de aceitar, com base em uma probabilidade ou possibilidade, o risco de absolver um culpado e o risco de condenar um inocente. A solução jurídica e moral só pode ser uma. Deve aceitar-se o risco de absolvição do culpado e nunca o da condenação de um inocente”.⁹³⁹

⁹³⁸ Atente-se que a questão do princípio activo surge posteriormente à publicação do AFJ nº 8/2008 do STJ e os crimes pelos quais os arguidos vinham acusados eram maioritariamente o crime de consumo de estupefacientes ou o crime de tráfico de menor gravidade. Neste caso, como referido nas nossas acusações, além da posse do produto pelo arguido, nada mais existia em termos de indícios quanto ao tráfico.

⁹³⁹ FERREIRA, Cavaleiro de, Curso de Processo Penal, vol. 1º, 1986, p. 216.

CAPÍTULO IX – A (IN)JUSTIFICAÇÃO DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES

“Em vez de ficar à espera que a actual cruzada internacional contra os estupefacientes venha a traduzir-se em mais prejuízos ainda contra a causa da liberdade e dos direitos Humanos, o jurista deve propor uma alternativa aceitável à via repressiva e proibicionista.”

(Francis Caballero)⁹⁴⁰

9.1 - Nota introdutória.

Pleiteadas que estão as querelas e dificuldades do tema em estudo, para um melhor enquadramento, não podíamos de deixar abordar da necessidade da proibição ou não do consumo de estupefacientes. É esse o escopo deste capítulo, no qual também apelaremos aos mais recentes estudos sobre o consumo de estupefaciente, dos quais o Direito Penal não se deve alhear. Tal será necessário, uma vez que andar neste mundo e não conhecê-lo será como percorrer os corredores de uma biblioteca sem tocar nos livros. Tais estudos ajudar-nos-ão a evitar o senso comum que é tão nocivo para esta temática. Tal acontece porque abundam preconceitos e geralmente na discussão do tema, muitos não se guiarão pelos princípios basilares do Direito, mas simplesmente por uma bússola moral. Por último verificaremos a questão da dignidade penal em relação ao consumo de estupefacientes.

9.2 - Criminalizar ou descriminalizar?

Plasmada que está desde 2001, a descriminalização deixa ainda muitas dúvidas em relação à sua adopção, sendo que os mais cépticos, guiados pela bússola moral de que falávamos, continuarão a preferir a via criminal para o consumo de estupefacientes. Por tal facto, não podemos olvidar, que embora a via descriminalizadora se tenha verificado no início do presente século, as preocupações com o modelo punitivo do toxicodependente aparecem

⁹⁴⁰ Professor da Faculdade de Direito de Paris. In *Théorie du droit de la drogue*, Paris, 1989, pp. VII-XI e 9-138, tradução de Maria Portela, in *Revista, Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Drogas. Poder e Ilusão, 2ª Edição, 1994, p. 75.

bem cedo na nossa democracia. Nesse sentido foi o DL n.º 792/76, de 5 de Novembro,⁹⁴¹ que no seu preâmbulo refere que o ideal seria substituir o modelo punitivo pelo tratamento clínico do consumidor, em que este aparecia como um doente e não como um delinquente, visto que o uso de drogas conduz a um enfraquecimento e até uma escravização da vontade e, por isso mesmo, deverá estar imune a uma imputação de culpa. CARLOS POIARES, defende que a problemática da criminalização versus descriminalização é cada vez menos uma questão política, de Esquerda/Direita, mas uma questão do foro político no que concerne a outros pressupostos. Desde logo o respeito pelas opções do outro, quaisquer que elas sejam.⁹⁴² Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, já antes havia afirmado que no sentido “político-criminal uma criminalização só se revelaria ineficaz e a total descriminalização das drogas constituiria uma solução não menos calamitosa”.⁹⁴³ O mesmo distinto Mestre, afirmou que “o legislador não é completamente livre nas suas decisões de criminalização e de descriminalização. Tais decisões, seguem quase sempre muito de perto a evolução histórica da sociedade para a qual são tomadas, revelam-se estritamente condicionadas pelos dados da estrutura social, por substratos directamente políticos, pelos interesses de grupos sociais e pelas representações axiológicas neles prevaletentes em certo momento histórico”.⁹⁴⁴

Na linguagem comum, quando se fala em descriminalização pensa-se logo em determinado comportamento que era considerado crime e o deixou de ser, bem como no agente desse comportamento, que era criminoso e deixou de ser, e na pena ou medida de segurança que lhe era aplicada e já não o é. Por descriminalização, em sentido estrito, “entende-se aqui a desqualificação duma conduta como crime. Trata-se pois, duma redução formal da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano”.⁹⁴⁵ Deste modo, enquadra-se também na descriminalização a conversão dos ilícitos criminais em ilícito de mera ordenação social.⁹⁴⁶

⁹⁴¹ Estrutura o Centro de Estudos da Profilaxia da Droga, em substituição do Centro de Estudos da Juventude.

⁹⁴² POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo de drogas: Abordagem Juspsicológica, In *Revista Toxicodependências*, edição SPTT, Vol. 8, n.º 2, 2002, p. 32.

⁹⁴³ DIAS, Figueiredo, Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas, in *Revista Jurídica de Macau*, 1995, Janeiro-Abril, p.17.

⁹⁴⁴ DIAS, J. Figueiredo, Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. O Problema legal Social de Criminalização e Descriminalização, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, 1976, p. 72.

⁹⁴⁵ DIAS, J. Figueiredo e ANDRADE, M. da Costa, *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 2.ª Reimpressão, p. 399.

⁹⁴⁶ Idem, pp. 399 e 400.

Alguma confusão é feita entre descriminalização e despenalização. Não devemos confundir estes dois conceitos. Por despenalização entende-se a substituição de uma pena de prisão por outra não detentiva,⁹⁴⁷ ou, em última análise, a completa desprotecção do bem jurídico em causa, não o considerando passível de qualquer protecção jurídica. Podemos dar como exemplo o adultério ou a prostituição que noutras épocas foram alvo da tutela penal.

Existem vários motivos que justificam a descriminalização de determinado comportamento. Sabendo-se que os interesses importantes para a convivência social ou os bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade são mutáveis no tempo e no espaço, podem em algum momento ou em determinado espaço sair da alçada do Direito Criminal. Pode, por outro lado a descriminalização significar a “renúncia do Estado ao controlo da conduta e redundar no alargamento das margens de tolerância”.⁹⁴⁸ Pode acontecer, que o Estado procure modelos de controlo mais eficazes e menos gravosos do que aqueles previstos no sistema penal.⁹⁴⁹ Porém, este último modelo coloca algumas perplexidades, pois sendo o Direito Penal, por excelência, a última ratio do controlo social, ele será por inerência o meio mais eficaz. Atendendo ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, quando os outros instrumentos do controlo social se mostrem incapazes, pode então ser aplicada a sanção penal.⁹⁵⁰ Não parece portanto, e em princípio razoável, descriminalizar uma conduta, com o objectivo de a tornar mais “controlável” socialmente.

Embora concordando com a crítica feita à ostensiva relativização do Direito Criminal, de facto, considerá-lo como sistema único, ou mesmo desejável de controlo será banalizá-lo. Assistimos hoje a um certo pendor para o repressivo, a uma política de incriminação. Aos olhos de certos sectores da sociedade, uma política criminalmente severa é sinónimo de ordem, de moralidade e de virtude. No entanto, não sendo errado criminalizar com fundamentos morais, desde que claro colectivamente defendidos,⁹⁵¹ a criminalização não deve ser sempre o primeiro recurso. De outro modo regressaríamos à crueldade das ordenações. A opção legislativa pela descriminalização é, em certo sentido, um acto político contra o próprio autor, que não acolhe um aplauso generalizado. Devemos aplaudir a coragem de quem o faz, desde que, tenha como fundamento a melhor salvaguarda do bem jurídico. Este terá já deixado

⁹⁴⁷ Idem, pp. 400

⁹⁴⁸ Idem, p. 403.

⁹⁴⁹ Idem, p. 403.

⁹⁵⁰ VALENTE, Manuel Guedes, Consumo de drogas... op. cit. p. 23.

⁹⁵¹ Idem, p. 34.

de carecer de tutela penal. Levantam-se, contudo sérios problemas quando se descriminaliza uma conduta que apesar de tudo, continua a ser considerada indesejável, ou socialmente danosa, obrigando à adopção de verdadeiras alternativas.

“A criminalização ou a descriminalização do consumo de drogas não se enquadra num campo de reprovação moral, mas sim no campo de ofensas a bens jurídicos extrapessoais, tais como a saúde pública, a segurança de todos os cidadãos, o desenvolvimento integral do homem, em especial das crianças”.⁹⁵² Serão assim legítimas, as reservas quanto à descriminalização do consumo de drogas.

Essa descriminalização depende muito da visão tida do consumidor. Actualmente não restarão dúvidas, pelo menos, quanto à qualificação do toxicodependente. Este é considerado um doente. E a toxicodependência uma doença por parte da OMS.⁹⁵³ Embora seja doente,⁹⁵⁴ lembramos que o toxicodependente não se confunde com o consumidor de drogas. Este poderá não ser dependente. Neste sentido, apenas está doente quem é dependente. Sendo um doente, terá de ser tratado, como todos os doentes. Nenhuma outra pena se justificará além da própria doença. Assim, o que actualmente se discute, não é tanto o problema de saber qual a sanção que lhe deverá ser aplicada, pois o entendimento comum é o de que não deverá existir sanção, mas tão somente tratamento e cura. As questões que se colocam são as de saber qual a melhor forma de “empurrar” o doente para o tratamento, sabendo-se de antemão que necessita de tratar-se. Como lidar com a pessoa que, não obstante, não quer tratar-se, nem suspender o consumo? O direito poderá não ter a respostas para estas questões. Mas a partir do momento em que considera o toxicodependente um doente, devia em princípio aceitar esse facto em toda a sua extensão. O legislador de 2000, tal como hoje, não pretendia tratar os doentes como criminosos. É a própria Lei Fundamental que prevê o direito à protecção da saúde, entendendo-se que tal preceito é decorrente do disposto do artigo 1.º da CRP, onde se afirma que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana. Ao dizer-nos que se baseia na dignidade da pessoa humana, o que o legislador constituinte quer transmitir-

⁹⁵² Idem, p. 39.

⁹⁵³ Na International Classification of Diseases – ICD10, fala em doenças e distúrbios mentais pelo uso de substâncias como opiáceos, canabinóides, cocaína e alucinogénios, in www.who.int

⁹⁵⁴ No sentido de esclarecer o conceito de toxicodependente e de doente *vide* este respeito, PATRÍCIO, Luís D. Droga Para Que Se Saiba, Figueirinhas, Lisboa, 1.ª edição, 2002, p.15 a 21. “é o conceito de toxicodependente, que se atribui a uma pessoa que, perante uma situação de falta súbita da droga de que depende (privação aguda), sente sempre sinais ou sintomas psíquicos, e por vezes também físicos. Em abstinência dessa substância, o dependente sente uma necessidade compulsiva de voltar a consumir a mesma substância ou uma outra, alternativa.”

nos no essencial, é a ideia de que cada pessoa tem em si mesma um valor autónomo, específico e inalienável e que, por consequência, deve ser vista como sujeito e não como objecto dos poderes.⁹⁵⁵ Se o consumidor é doente para aplicação de uma pena, também o deveria ser para aplicação de uma coima.⁹⁵⁶ Esta é uma conclusão lógica. Mas nem sempre a lógica reflecte as complexidades sociais. O toxicodependente não se vitima só a si mesmo, como em regra os demais doentes. Ele é também causador de outras vítimas.⁹⁵⁷ Poderemos considerar que com a Lei n.º 30/2000, ficou vedada uma atitude meramente passiva do Estado, que passou a estar obrigado a procurar os consumidores e a oferecer-lhes, quando forem toxicodependentes, condições de tratamento. O indivíduo toxicodependente será sempre um doente, por mais que a legislação penal o considere como criminoso. Consequentemente, o problema da toxicodependência deve ser resolvido nos serviços de saúde e não nos tribunais ou nos estabelecimentos prisionais.⁹⁵⁸ Deste modo entender-se-á que o modelo criminalizador não será o melhor para enfrentar os problemas relacionados com as drogas,⁹⁵⁹ dado que a intenção legislativa da descriminalização veio no sentido de impedir que os consumidores de drogas entrassem no sistema formal de justiça.⁹⁶⁰ Para tal suceder procedeu-se, o que nem sempre acontece, à auscultação dos pontos de vista de profissionais do terreno, como técnicos e investigadores os quais se pronunciaram pela descriminalização.⁹⁶¹ Tratou-se portanto de uma descriminalização, não somente política, mas acima de tudo oriunda de um conjunto de saberes provenientes da investigação científica e da prática da intervenção, o que alarga o nível da representatividade.⁹⁶² Nesta linha, cremos portanto, poder dizer-se que foi uma descriminalização oriunda da própria sociedade.

Apesar disso, estaremos sempre perante um eterno debate ideológico, que tem como matriz o exercício do direito com um papel de regulação que se alicerça na interdição do consumo e do tráfico, tipicamente por via criminal. Tal debate sempre se delimitou entre proibicionistas e os anti proibicionistas.

⁹⁵⁵ CANOTILHO J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República... op. cit. p. 59.

⁹⁵⁶ Manuel Valente, Consumo de Drogas... op. cit. p. 35.

⁹⁵⁷ Seja a família, amigos e vítimas de crimes por eles praticados com o objectivo de sustentar o vício.

⁹⁵⁸ DIAS, Lúcia Nunes, As Drogas em Portugal, o Fenómeno e os factos Jurídico Políticos de 1970 a 2004, Pé de Página Editores, Porto, 2007, p. 130.

⁹⁵⁹ Idem, p. 127.

⁹⁶⁰ Exposição de motivos da proposta de lei n.º 36/VII, DAR, n.º 43, II Série-A de 18 de Maio de 1996.

⁹⁶¹ Cfr. Preâmbulo da RCM n.º 46/99 de 22 de Abril.

⁹⁶² RODRIGUES, Joaquim, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 319.

A lógica proibicionista, na sua aparência simples, deveria permitir a diminuição dos consumos de drogas e dos problemas que lhe estão associados. Os estados adoptam legislação que interdita o uso e o tráfico de estupefacientes onde as polícias e os tribunais perseguem e sancionam os transgressores. Como corolário, a oferta seria controlada e a procura limitada.⁹⁶³ Contudo, é precisamente aqui que reside “a primeira objecção ao proibicionismo. Isto é, dirige-se à sua eficácia no controlo dos comportamentos”.⁹⁶⁴ Inúmeros autores sublinham os “resultados desastrosos da política oficial, apesar dos setenta e cinco anos de cruzada activa e repressão feroz. Todos afirmam que os regimes proibicionistas são contraproducentes porque suscitam efeitos indesejáveis e inevitáveis de primeira grandeza”.⁹⁶⁵ Em 2 de Setembro de 1989, *The Economist* escrevia: “a Colômbia está a travar uma guerra contra as drogas. A América está a perder a sua. O resto do mundo também a perderá, se usar a arma da proibição. Há melhores caminhos. No comércio legal, a venda pode ser controlada, tributada e fiscalizada, e os perigos do seu uso denunciados em cada embalagem. Com isto as drogas envenenarão menos consumidores, matarão menos vendedores, subornarão menos funcionários e corromperão menos políticos”.⁹⁶⁶ Repare-se que já em 1989 assim se pensava e não deixa de ser verdade que as drogas não deixam de proliferar nas sociedades ocidentais, apesar dos dispositivos repressivos mobilizarem constantemente recursos. As políticas proibicionistas, expressas frequentemente na metáfora de uma “guerra à droga,” surgem, assim, como um enorme fracasso, reconhecido pelos próprios responsáveis, ao aceitarem como optimista o cálculo de 10% de sucesso nas operações de intercepção de drogas a nível internacional.⁹⁶⁷ Em suma, o principal argumento do anti proibicionismo é o de que “as leis e sua aplicação concreta têm vindo a causar mais danos do que as drogas propriamente ditas.”⁹⁶⁸ Por sua vez os defensores do proibicionismo defendem que a criminalidade ligada à droga, por si só é um factor decisivo para a continuidade da sua proibição, designadamente a do consumo. E de que espécie de crimes se fala? Crê-se que o aumento do consumo e do tráfico

⁹⁶³ QUINTAS, Jorge, *Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização*, Fronteira do Caos Editores, Porto, 2011, pp. 41-42.

⁹⁶⁴ *Idem*, p. 42.

⁹⁶⁵ CABALLERO, Francis, *Théorie du droit de la drogue*, Paris, 1989, pp. VII-XI e 9-138, tradução de Maria Portela, in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, Drogas, Poder e Ilusão, 2.^a Edição, 1994, Maio-Agosto, pp. 80 - 81.

⁹⁶⁶ *Drugs – it doesn't have to be like this*, traduzido por Maria Julia Paixão, in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, Drogas, Poder e Ilusão, 2.^a Edição, 1994, Maio-Agosto, p. 3.

⁹⁶⁷ QUINTAS, Jorge, *Regulação Legal do Consumo...* op. cit. p. 43.

⁹⁶⁸ *Idem*, p. 45.

de droga está na origem da criminalidade, nomeadamente do crime de índole económica ou do crime patrimonial.⁹⁶⁹ De acordo com esta lógica, uma política repressiva de droga devia ter como efeito uma diminuição dos crimes patrimoniais, já que se entende que os consumidores de droga são aqueles que também cometem os crimes para financiarem os seus vícios. No mesmo sentido vai um estudo da PJ.⁹⁷⁰ Porém devemos ressaltar que neste caso a análise passa somente por um factor. O criminoso ser consumidor de estupefacientes. O facto de um burlão consumir estupefacientes não quer dizer forçosamente que ele o faça para alimentar o vício. Nem todos os crimes praticados por consumidores são para alimentar o vício. A experiência diz-nos que a criminalidade que mais colide com o sentimento de segurança da sociedade é a violenta e grave, da qual notoriamente não fazem parte, pelo menos os toxicodependentes. A mesma experiência revela-nos porém, que estes já serão, em grande parte, responsáveis pelo crime de furto em interior de veículo. Outros estudos apontam para outras variáveis preponderantes para a relação entre consumo de drogas ilícitas e a delinquência. Verificou-se uma associação estatisticamente significativa, no caso do consumidor já não morar com a família e o facto de estar desempregado. As únicas variáveis contrárias são os consumidores de drogas por via intravenosa e os casos de policonsumo⁹⁷¹ que têm mais apetência para delinquir. Assim, não será correto afirmar que a criminalidade associada à droga abrange todo o consumo.

Porém, pelo menos ao nível senso comum essa é a percepção dominante. Será caso para interrogar-nos se a estratégia repressiva tem resultado numa diminuição da criminalidade contra a propriedade. SILVIA MENDES,⁹⁷² admite que se “a resposta a esta questão for afirmativa, é possível confirmar a tese de que a comunidade de toxicodependentes coincide, em grande parte, com a população daqueles indivíduos que cometem os crimes contra a

⁹⁶⁹ Sobre esta problemática torna-se obrigatória a referência ao trabalho de Nelson Lourenço e Manuel Lisboa, que conseguiram projectar no mesmo plano os crimes de consumo e tráfico de estupefacientes, com os vários tipos de furtos e roubos, estabelecendo por essa via uma relação (causa-efeito) entre estes tipos de criminalidade. Vide LOURENÇO, Nelson e LISBOA, Manuel, *Dez Anos de Crime em Portugal, Análise Longitudinal da Criminalidade Participada às Polícias (1984-1993)*, Cadernos do CEJ n.º 17, Ed. GEJS/CEJ, Lisboa, 1998, p. 156. cit in COSTA, Carlos Alberto Pires, *A Droga, o Poder Político e os Partidos em Portugal*, Edição IDT, Coleção Monografias, Lisboa, 2007, p. 21.

⁹⁷⁰ COSTA, Carlos e LEAL, José, *A criminalidade associada à droga : evolução comparativa 1996-1999 e 2000-2003*, Lisboa, Secção Central de Informação Criminal. DCITE. PJ, 2004.

⁹⁷¹ JOAQUIM, Henrique Costa, *Criminalidade e consumo de substâncias ilícitas*, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 11, n.º 1, 2005, pp. 53-64.

⁹⁷² Mendes, Silvia M, *Análise Económica do Crime e o seu Contributo para a Definição de uma Política Penal*, Dissertação de mestrado em Estudos Económicos e Sociais, 1997, pp. 10-12, in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/4228> consultado em 18/04/2012.

propriedade”. Porém, se pelo contrário, “a resposta a esta questão for negativa, temos de descobrir porque é que o investimento na repressão tem falhado”. A mesma autora faz referência a alguma investigação sobre esta polémica já publicada nos EUA, citando alguns autores⁹⁷³ que se atreveram a testar hipóteses que contradizem a lógica subjacente à guerra declarada à droga, especialmente no Estado Federado da Florida.⁹⁷⁴ Daquele continente surge mais uma voz discordante, o ex-presidente norte-americano Jimmy Carter escreveu um artigo de opinião no New York Times, fazendo o balanço sobre a responsabilidade do poder político desde a administração Reagan na tragédia em que se transformou a "guerra às drogas" para a juventude dos EUA. Carter apoia a estratégia da Comissão Global, liderada por Kofi Annan e antigos presidentes de vários países. Jimmy Carter é uma das vozes em defesa de respostas alternativas ao proibicionismo incompetente.⁹⁷⁵

Um facto não se pode olvidar, outrora as políticas repressivas eram mais eficazes para com o consumidor, pois na linha do tráfico aparecia sempre em primeiro lugar, sendo quase sempre, como ainda o é actualmente, o elo de ligação ao traficante. A repressão para com os consumidores é bem patente na análise das sentenças proferidas entre 1986 e 1991, no âmbito do DL n.º 430/83. Ali constata-se que foram condenados por tráfico, 34,4 % dos arguidos, por tráfico-consumo 7,3% e por consumo 58,1%.⁹⁷⁶ Veja-se que os consumidores correspondem a mais de metade dos condenados o que obviamente pesava na máquina da segurança interna e justiça. As polícias, num primeiro momento interceptavam o consumidor e como estavam perante um crime desde logo era desencadeado o respectivo processo. Não temos dúvidas que tal obstaria ao empenho de tempo e de meios no combate ao verdadeiro crime que é o tráfico.

Terá sido por isso importante tratar o consumo das drogas como um problema de saúde e não como um problema de justiça. Esta foi aliás, uma das recomendações da Comissão de

⁹⁷³ Sollars, David L., Bruce L. Benson e David W. Rasmussen, 1994, Drug Enforcement and the Deterrence of Property Crime Among Local Jurisdictions, Public Finance Quarterly, Vol. 22, nº 1, p. 22-45.

⁹⁷⁴ Neste Estado, o excessivo investimento no combate à droga aparentemente estava a levar ao aumento do crime contra a propriedade. Contrariamente ao esperado, este aumento não se ficou a dever à subida dos preços da droga (que a forte repressão poderia ter provocado) porque estes preços diminuíram. Em face disto, os autores lançaram a questão de saber se será o uso da droga ou a política repressiva da droga, a verdadeira responsável pela criminalidade patrimonial. Eles chegaram a conclusões que apontam para a ideia de que fortes medidas repressivas estão na origem do aumento do crime contra o património. São resultados que, no mínimo, obrigam à reflexão das reais consequências do investimento desmedido numa guerra “sem tréguas” contra a droga.

⁹⁷⁵ In <http://www.esquerda.net/dossier/cancelem-guerra-global-%C3%A0s-drogas> consultado em 28/03/2012.

⁹⁷⁶ RAPOSO, Luísa M. Simões, Justiça e Drogas: 1986-1991,” Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga – Lisboa, in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, Drogas, Poder e Ilusão, 2ª Edição, 1994, Maio-Agosto, pp. 109 - 110.

Inquérito Parlamentar de 22 de Novembro de 1989.⁹⁷⁷ Além de tal recomendação, propôs a disponibilização de drogas não adulteradas para combater os problemas sanitários e criminais existentes. Tal relatório esteve na génese da Resolução do Parlamento Europeu B3-0668/92 de 13 de Maio, que apesar daquelas recomendações, manteve a estratégia até então. Isto é, baseada na proibição concluindo que a legalização não era solução viável. Referimos este relatório para demonstrar que não foi somente ao nível de estudos científicos que a antítese proibicionismo e anti proibicionismo existiu, pois a possibilidade da legalização já esteve no debate político europeu.

Apesar de não ser o nosso escopo enveredarmos por tal debate, sentimos a necessidade de o chamarmos à colação, para melhor compreendermos o facto de, aparentemente, ainda ser um assunto tabu na nossa sociedade. Apesar disso, há quem defenda que o consumo não deva constituir crime nem contra-ordenação, reconhecendo contudo, as vantagens de constituir contra-ordenação, dado que motivará a adesão ao tratamento.⁹⁷⁸

9.3 - Onze anos de descriminalização.

Sem dúvida, que mais esclarecidos poderemos encarar a descriminalização do consumo como uma alternativa viável. Numa sociedade que se diz livre e esclarecida não se pode negar àquele debate e de que há necessidades de mudança de paradigma como aquele que sucedeu em 2000. Sem querermos demonstrar que a legalização é a melhor solução, o que aliás implicaria um outro tipo de estudo deveras multidisciplinar, pretende-se, pelo menos, apontar que a continuidade da criminalização não fará sentido nos moldes em que se encontra. Mas isso não pode deixar de ser feito sem uma análise, ainda que abreviada dos anos da descriminalização.

As vozes outrora discordantes da descriminalização depressa mudaram de opinião, face aos resultados alcançados.⁹⁷⁹ Embora inicialmente alguns receios fossem legítimos, com o decorrer do tempo pode-se dizer que os mesmos foram dissipados. Um desses receios era o facto de Portugal poder transformar-se num paraíso para os consumidores e consequentemente

⁹⁷⁷ Cit. in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, Drogas, Poder e Ilusão, 2ª Edição, 1994, Maio-Agosto, pp. 95 - 103.

⁹⁷⁸ POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo de drogas: Abordagem... op. cit. p. 33.

⁹⁷⁹ Veja-se o Órgão Internacional de Controlo de Estupefacientes, na comunicação de 30/11/2000, dirigida ao Ministério dos Negócios Estrangeiros, com uma posição. Já na comunicação de 24/07/2004 a posição é bem diferente. Cit. in RODRIGUES, Joaquim, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 319.

haver um aumento do consumo, de consumidores e do tráfico. “Afinal, Portugal não se tornou o “paraíso das drogas” por via da descriminalização do consumo, como profetizavam, com mil certezas, aqueles que no país e fora dele perfilham e alimentam as políticas punitivas repressivas.⁹⁸⁰ Ao que parece tal não sucedeu, como foi em sentido contrário, pois a lei descriminalizadora serviu efectivamente um dos objectivos para que foi concebida, dissuadindo os consumidores de consumir e pôr os toxicodependentes em contacto com os serviços de saúde.⁹⁸¹ É um facto que a descriminalização correu bem. Foi há mais de uma década que o consumo de drogas foi descriminalizado por um governo de António Guterres. O “autor” da legislação, Vitalino Canas, diz que a realidade provou que esse foi o caminho certo. “Não se verificaram os vaticínios de que Portugal se tornaria num paraíso para os consumidores. Os indicadores mostram que teve efeitos positivos”.⁹⁸²

Ao que parece, o caminho não está todo percorrido, havendo quem pense que o futuro passará pela descriminalização do cultivo para consumo.⁹⁸³ Aliás atente-se que na comunicação social, recentemente se noticiou que já existe um esboço no sentido de despenalizar o consumo da planta *cannabis sativa*.⁹⁸⁴ Aliás Portugal não é pioneiro, dado que recentemente o presidente do Uruguai anunciou a legalização do comércio e produção de marijuana.⁹⁸⁵ Tais notícias apontam, no que à legalização da *cannabis* diz respeito, para um consenso dos partidos políticos com assento parlamentar. Assim, julgamos não haver razões para existirem dúvidas quanto ao consumo de estupefacientes e para não haver uma intervenção legislativa em todo o Direito Penal da droga e não uma intervenção parcelar, que tanto problemas pode trazer como a de 2000. Aliás, não nos parece consentâneo que se legalize o consumo da *cannabis* sem legalizar o seu cultivo, pois, como já havíamos dito anteriormente, em 2000 descriminalizou-se o consumo de produtos adquiridos no traficante e manteve-se a criminalização do cultivo, mesmo para o consumo próprio. De acordo com o

⁹⁸⁰ Cândido Agra, no prefácio de QUINTAS, Jorge, Regulação Legal do Consumo... op. cit.

⁹⁸¹ RODRIGUES, Joaquim, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 322.

⁹⁸² Vitalino Canas ao Jornal i, em 11/08/2012 e disponível in <http://www.ionline.pt/portugal/canabis-legalizacao-cultivo-venda-pode-ter-apoios-no-ps-psd>

⁹⁸³ Idem, p. 326.

⁹⁸⁴ Idem.

⁹⁸⁵ Jornal Público de 25/06/2012 e disponível in <http://www.publico.pt/Mundo/governo-do-uruguai-devera-dar-inicio-em-setembro-a-plantacao-de-marijuana-1551919>

nosso entendimento encontramos CABALLERO,⁹⁸⁶ que refere que “admitir que o consumo deixe de ser punido enquanto o tráfico permanece incriminado é esconder a cabeça na areia, pois equivale a reconhecer juridicamente uma possibilidade que não pode ser exercida de facto, por falta de fornecimento lícito”.

Decididamente, a questão da droga não será um assunto somente jurídico⁹⁸⁷ o que afasta a intervenção jurídico-penal clássica ficando mais permeável ao conhecimento científico.⁹⁸⁸ Foi isso que foi feito, e passado este período de descriminalização julga-se que tal opção legislativa não “veio revelar-se indutora do incremento do consumo, como tem permitido uma melhor ligação dos consumidores problemáticos ao sistema de saúde, pelo que a descriminalização não tem alternativa válida e o caminho a seguir é o do aperfeiçoamento de alguns dispositivos legais”.⁹⁸⁹ Daí que continuará a haver necessidade de equacionar o problema da droga, abrindo espaço para a entrada em cena de novos actores, de novas práticas de cuidados e movimentos críticos das políticas tradicionais.⁹⁹⁰

Mas em que medida o problema da droga é visto pela nossa sociedade? Num inquérito realizado à população jovem presente no Rock in Rio – Lisboa 2008,⁹⁹¹ concluiu-se que os respondentes tendem a considerar a droga um problema grave da sociedade portuguesa, embora sem provocar grande alarme social. A representação social da droga é entendida mais no plano individual do que social, afastando-se hoje de problemáticas como a delinquência, o crime ou a repressão. No mesmo sentido vai um outro estudo⁹⁹² que conclui que o consumo de drogas ilegais é uma prática cada vez mais comum em cidadãos “convencionais”, como forma de diversão e busca de prazer. Como veremos, estudos apontam que muitos consumidores têm consciência dos potenciais danos das drogas mas, ponderando os seus riscos e benefícios,

⁹⁸⁶ CABALLERO, Francis, *Théorie du droit de la drogue*, Paris, 1989, pp. VII-XI e 9-138, tradução de Maria Portela, in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, Drogas, Poder e Ilusão, 2ª Edição, 1994, Maio-Agosto, pp. 85 - 86.

⁹⁸⁷ POIARES, Carlos, *A descriminalização do consumo...* op. cit. p. 32.

⁹⁸⁸ POIARES, Carlos, *Variações sobre a droga*, In *Revista Toxicodependências*, Edição SPTT, Vol. 7, n.º 2, 2001, p. 33.

⁹⁸⁹ COSTA; Eduardo Maia, *Descriminalização do Consumo de Estupefacientes em Portugal – Análise preliminar*, In *Revista Toxicodependências*, edição IDT, Vol. 15, n.º 3, 2009, p. 3.

⁹⁹⁰ FERNANDES, Luís, *O que a droga faz à norma*, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 15, n.º 1, 2009, p. 3.

⁹⁹¹ CALADO, Vasco Gil e LAVADO, Elsa, *Representações Sociais da Droga e da Toxicodependência. Inquérito à população jovem presente no Rock in Rio – Lisboa 2008*, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 16, n.º 3, 2010, pp. 17-27

⁹⁹² CRUZ, Olga Sousa e MACHADO, Carla, *Consumo «não problemático» de drogas*, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 16, n.º 2, 2010, pp. 39-47.

optam por utilizá-las. Fazem-no, todavia, adoptando alguns cuidados de gestão dos consumos, de modo a reduzir potenciais danos. Reconhece-se hoje a existência de consumidores cujo ajustamento global não é significativamente prejudicado por esta prática.

Certo é, que se reconheçam as vantagens da descriminalização, as quais têm sido elogiadas em vários quadrantes. O Ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, em visita a Portugal referiu que “ao descriminalizar as drogas, Portugal quebrou um paradigma. Ao invés de insistir em medidas repressivas ineficazes, quando não claramente contraproducentes, Portugal optou por políticas mais humanas e eficientes. Pessoas que usam drogas mas não causam dano a outros não são criminosos a encarcerar mas sim pacientes a tratar”.⁹⁹³ Também dos EUA, um dos mais conhecidos constitucionalistas do país onde a política da droga é das mais severas, analisou o que se passa em Portugal, e concluiu que deve servir de exemplo. Glenn Greenwald poderá abusar da adjectivação no relatório “Descriminalização da droga em Portugal: lições para criar políticas justas e bem sucedidas sobre a droga”, Mas tem o mérito de ter chamado a atenção para o que por cá se faz em matéria de luta contra a toxicodependência. No documento apresentado no Cato Institute de Washington, fala de “sucesso retumbante”. E fá-lo comparando Portugal com a Europa e com os EUA.⁹⁹⁴ Porém a mentalidade repressiva que vem de longe, continua a travar o “movimento descriminalizador que deve ser levado tão longe quanto uma visão pragmática da eficácia das penas detentivas o justifique”.⁹⁹⁵

Poder-se-á concluir que a opção adoptada por Portugal foi a melhor, dado que “os dados disponíveis apontam que a descriminalização do consumo de drogas goza hoje em dia de uma aceitação generalizada”.⁹⁹⁶ Mas isso não obsta a que verifiquemos alguns dados sobre o impacto da descriminalização do consumo de estupefacientes.

Após a descriminalização, entre 2002 e 2008, foram condenadas pelos tribunais, pelo crime de consumo, 143 pessoas, uma delas inclusive com prisão efectiva em 2008.⁹⁹⁷ Sucede

⁹⁹³ Disponível in <http://www.dependencias.pt/detalhe.php?id=84> consultado em 23/03/2012.

⁹⁹⁴ Disponível in http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=1198578&page=1 consultado em 29/04/2012.

⁹⁹⁵ SANTOS, Maria A. M. Areias de Almeida, Contributos para uma análise da Experiência descriminalizadora do consumo de drogas, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 10, n.º 1, 2004, pp. 37-42.

⁹⁹⁶ MOREIRA, Maria, TRIGUEIROS, Fátima e ANTUNES, Carla, Avaliação da política nacional contra a droga e toxicodependência 1999-2004. O processo e o impacto da nova política, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 13, n.º 3, 2007, p. 80.

⁹⁹⁷ QUINTAS, Jorge, Regulação Legal do Consumo... op. cit. p. 192.

que esses mesmos tribunais não aplicaram nenhuma medida de natureza terapêutica,⁹⁹⁸ o que demonstra claramente que não estarão vocacionados para esta temática. Ao contrário, as CDTs encaminham para as instituições de saúde um número significativo de consumidores.⁹⁹⁹

No que concerne ao tráfico, com a descriminalização, o número de condenações manteve-se relativamente estável, não sofrendo globalmente grandes alterações. Nota-se sim uma progressiva preferência pelo tráfico de menor gravidade.¹⁰⁰⁰

Já as condenações por tráfico-consumo permanecem relativamente raras.¹⁰⁰¹

Na evolução dos consumos, de 2001 a 2007, regista-se um aumento generalizado do consumo de droga na população, nos indicadores de prevalência ao longo da vida. Já no consumo actual, há uma estabilidade no consumo de qualquer droga.¹⁰⁰²

Acresce ainda que nos inquéritos em meio escolar verifica-se um decréscimo das taxas de consumo de drogas ilícitas entre o período imediatamente após a descriminalização, 2001-2003 e a 2006-2007. Independentemente da evolução dos indicadores internos, Portugal continua comparativamente com outros países ocidentais, Europa e América do Norte, a ter níveis gerais de consumo de drogas ilícitas baixos.¹⁰⁰³ Conclui-se também que os consumidores de drogas estão actualmente muito mais sob a alçada legal do que antes da descriminalização do consumo, uma vez que as CDTs, apreciam muito mais infracções do que aquelas que os tribunais julgaram.¹⁰⁰⁴

Em suma:

O consumo de drogas aumentou nos períodos, anterior e imediatamente à descriminalização do consumo e voltou a diminuir, nas populações escolares nos anos mais recentes; O consumo problemático de drogas está em retracção; As consequências no consumo, medidas pelas mortes associadas, e pelos indicadores relativos à epidemia SIDA, são menos gravosas no período que se segue á descriminalização.¹⁰⁰⁵

Pelo que conclui que:

⁹⁹⁸ Idem.

⁹⁹⁹ Idem, p. 193.

¹⁰⁰⁰ Idem, p. 190.

¹⁰⁰¹ Idem.

¹⁰⁰² Idem, p. 202.

¹⁰⁰³ Idem, pp. 204-205.

¹⁰⁰⁴ Idem, p. 217.

¹⁰⁰⁵ Idem, p. 218.

A lei da descriminalização do consumo prescinde da ameaça penal, mas não da interdição legal do comportamento; A aplicação da lei põe sob efectiva alçada legal um número significativo de consumidores; O aumento do consumo precede diacronicamente a alteração legislativa; O aumento do consumo inscreve-se numa tendência geral para o aumento e diversificação do consumo de drogas entre populações jovens na Europa, ocorrido também em países que não alteraram a sua legislação; Há uma indicação da diminuição dos consumos nos anos mais recentes; Portugal mantém em todos estes períodos, níveis modestos de consumo em termos comparativos com os restantes países europeus.¹⁰⁰⁶

Vejamos agora as conclusões do mesmo estudo, mas agora da posição das pessoas em face à interdição da conduta:

Com a excepção do grupo de toxicodependentes, os participantes preferem que o acto de consumo praticado por um adulto continue a ser proibido por lei. Contudo, não tanto como um instrumento de regulação dos consumos, mas mais por conferir aos sujeitos um conforto normativo; No tocante à criminalização ou descriminalização do consumo, à excepção dos toxicodependentes, há níveis semelhantes de aceitação para cada uma das opções; Os resultados mostram, contudo, que os níveis de suporte das opções de regulação sanitária e de comércio passivo são elevados em todos os grupos; Verifica-se uma oposição à liberalização do mercado de drogas e também à mera legalização do uso.

Os participantes conferem ao regime contra-ordenacional níveis de aceitação similares à criminalização dos actos de consumo. Todos concordam que quando interceptados por uma autoridade, esta deva aconselhar a pessoa a tratar-se ou condicionar o tratamento como alternativa a uma possível sanção. Todas as outras possibilidades punitivas, como a multa e a prisão, foram rejeitadas.¹⁰⁰⁷

Relembremos agora os objectivos gerais da ENLCD de 1999, que continuam actuais:

Contribuir para uma adequada e eficaz estratégia internacional e europeia face ao problema mundial da droga, nas vertentes da redução da procura e da oferta, incluindo o combate ao tráfico ilícito e ao branqueamento de capitais; Assegurar uma melhor informação da sociedade portuguesa sobre o fenómeno da droga e da toxicodependência e sobre a sua evolução, bem como sobre a perigosidade das diferentes drogas, numa perspectiva de

¹⁰⁰⁶ Idem, p. 219.

¹⁰⁰⁷ Idem, pp. 290-292.

prevenção; Reduzir o consumo de drogas, sobretudo entre os mais jovens; Garantir os meios necessários para o tratamento e a reinserção social dos toxicodependentes; Defender a saúde pública e a segurança de pessoas e bens; Reprimir o tráfico ilícito de drogas e o branqueamento de capitais.

Perante o exposto, tornar-se-á necessário perguntar, para quê a intervenção penal no consumo de estupefacientes?

9.4 - Da intervenção do Direito Penal.

Actualmente aceita-se que o Direito Penal seja “a parte do ordenamento jurídico que estabelece quais são os comportamentos humanos qualificados como crimes e os estados de perigosidade criminal, define os agentes dos crimes e os sujeitos dos estados de perigosidade e fixa as penas e medidas de segurança a serem-lhes aplicadas”.¹⁰⁰⁸ Porém, uma acepção formal como esta parece-nos diminuta, tornando-se assim necessário encontrar uma definição material, como forma de limitar o jus puniendi do Estado, restringindo o âmbito de aplicação deste ramo do Direito. Certo é, que se estivéssemos à mercê de um conjunto de preceitos e princípios provindos de forma arbitrária, definindo os crimes e as devidas consequências jurídicas, sem submissão a qualquer princípio, estaríamos perante uma regressão à situação em que o Estado praticava o jus puniendi por forma a zelar apenas pelos seus interesses. Sucintamente, pode considerar-se que o Direito Penal visará “a protecção de interesses especialmente importantes para a convivência social, interesses que constituiriam condições de existência, conservação e progresso social ou numa formulação mais moderna a protecção de bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade e, por isso, merecedores da tutela penal”.¹⁰⁰⁹ Desta forma pode-se anunciar a noção de crime como “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”.¹⁰¹⁰ Porém, acresce destacar que a procura de um conceito ajurídico de crime também não faz sentido. Comum a todas definições de crime é a conduta humana, o seu

¹⁰⁰⁸ SILVA, Germano M. da, *Direito Penal Português*, Verbo, Lisboa/S. Paulo, 1997, Vol. I, p. 12.

¹⁰⁰⁹ *Idem*, p. 13.

¹⁰¹⁰ Art.º 1.º al. a) do CPP.

juízo e a definição desse juízo como próprio ou impróprio, permitido ou proibido.¹⁰¹¹

Sendo certo que devem ser criminalizadas todas as condutas gravemente anti-sociais, poderemos ter dificuldade em definir o que é anti-social. Não existirão situações que são consideradas crimes e que não são anti-sociais, nem tão pouco imorais, e o inverso não existe? Não existirão situações tipificadas como crimes, não o devendo ser, e outras que o sendo não deveriam ser? Como dizem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, existem crimes “que exprimem um inequívoco consenso de toda a colectividade e despertam nela sentimentos de coesão e solidariedade”,¹⁰¹² bem como, “não faltam crimes “criados” para emprestar eficácia a uma particular moralidade ou a um determinado arquétipo de organização económica, social ou política”.¹⁰¹³ E, obviamente, descriminalizações de análogo sentido.

Podemos então dizer que crime, são todos os comportamentos humanos que lesam ou põem em perigo de lesão os bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade.¹⁰¹⁴ Todavia, apesar de definido materialmente o Direito Penal bem como o seu fim, resta-nos saber em que casos essenciais, deve o mesmo intervir, dada a dificuldade em conceptualizar o que são de facto interesses especialmente importantes para a convivência social ou os bens jurídicos especialmente relevantes para a vida em sociedade. Dado que vivemos num Estado de Direito Democrático,¹⁰¹⁵ o poder punitivo deve ser sempre democraticamente legitimado, como é exigido pela CRP, sendo esta o critério fulcral que contém os caminhos adequados na escolha do que é de facto bem jurídico relevante para ser considerado digno da tutela penal.¹⁰¹⁶ Deste modo não se entende, por exemplo, porque razão são feitos referendos¹⁰¹⁷ (princípio do consenso)¹⁰¹⁸ para o aborto e para a regionalização, e não para a da descriminalização das drogas, quando a própria ENLCD, aprovada pela RCM n.º 46/99, preceitua no seu n.º 8, ponto 8, o princípio da participação, traduzindo “na intervenção da comunidade na definição das políticas relativas à droga e à toxicod dependência (...)” Deve-se modificar o velho hábito de “criar anteprojectos de lei, operada no segredo dos gabinetes

¹⁰¹¹ DIAS, J. Figueiredo, ANDRADE, M. da Costa, *Criminologia – O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 2.ª Reimpressão, p. 84.

¹⁰¹² *Idem*, p. 89.

¹⁰¹³ *Idem*.

¹⁰¹⁴ SILVA, Germano M. da, *Direito Penal Português...op. cit.* p. 13.

¹⁰¹⁵ Art.º 2.º da CRP.

¹⁰¹⁶ SILVA, Germano M. da, *Direito Penal Português... op. cit.* p.23.

¹⁰¹⁷ Art.º 115.º, 161.º e 164.º da CRP.

¹⁰¹⁸ DIAS, J. Figueiredo, ANDRADE, M. da Costa, *Criminologia – O Homem... op. cit.* pp. 405 e 406.

governamentais ou em negociações partidárias de corredores e comissões parlamentares que não deixam rasto de justificação sobre o que (des)fazem”.¹⁰¹⁹ Não devem portanto as incriminações, ou descriminalizações, obedecer a simples interesses de grupos dominantes nos planos político ou económico. Tal como diz HANS KELSEN, “a ordem social vigente deve harmonizar-se, não com a vontade de todos os que lhes estão submetidos, mas apenas com a vontade do maior número possível. Consequentemente, aceita-se o princípio da maioria. A justiça da autodeterminação transforma-se em justiça da democracia”.¹⁰²⁰

Uma vez que invocamos KELSEN, devemos também salientar, tal como sublinha na sua obra, que também a justiça penal deve submeter-se a uma ordem anterior e superior ao próprio direito, e que podemos designar por direito natural.¹⁰²¹ Neste sentido, as penas visam a redução da violência na sociedade e a harmoniosa manutenção da ordem. Assim, podemos afirmar que o Direito Penal tem como finalidade principal a prevenção geral, e só secundariamente a punição das infracções e delitos. Daí a gravidade da distância temporal entre o momento da infracção e o momento da sanção que lhe cabe, isto é, da decisão penal. Quando estas têm lugar já dificilmente são relacionadas com a infracção que lhe deu causa. Segundo as teorias psicodinâmicas da criminologia, o criminoso colhe imediatamente as satisfações resultantes do seu crime, enquanto que as sanções, para além de incertas, têm lugar, quando têm, muito depois do acto criminoso.¹⁰²²

Entende-se que “a história do Direito Penal é também a história do mais rotundo insucesso da pena-castigo, quer do ponto de vista da prevenção geral quer especial, como bem o atesta o aumento da reincidência”.¹⁰²³ Coloca-se assim a questão de saber se será aceitável a descriminalização de uma conduta, deixando que ela se constitua uma liberdade? Pensamos que descriminalizar uma conduta é uma medida que tanto pode justificar-se, se a nova punição se revelar eficaz, como não, se pelo contrário coloque em perigo a protecção desse bem jurídico. De facto e como afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, “a descriminalização de certos comportamentos comporta frequentemente o risco potencial de diminuição dos efeitos preventivos gerais que inerem à norma penal, sobretudo quando o facto antes tipificado

¹⁰¹⁹ MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo de droga na política... op. cit. p.68

¹⁰²⁰ KELSEN, Hans, A justiça e o Direito Natural, trad. de João Baptista Machado, Almedina, Coimbra, 2001, p. 83

¹⁰²¹ Idem, pp. 41 a 50.

¹⁰²² DIAS, J. Figueiredo, ANDRADE, M. da Costa, Criminologia – O Homem... op. cit. pp. 209 a 217.

¹⁰²³ Idem, p. 216.

como ilícito criminal continua a ser indesejável para a vida em sociedade”.¹⁰²⁴ Fatalmente, se optássemos por descriminalizar todos os crimes que segundo estatísticas não são eficazmente nem eficientemente tutelados pelo Direito Penal, então a maioria dos crimes teriam já sido descriminalizados.¹⁰²⁵ Não obstante, se uma medida contra-ordenacional se revela tão eficaz, como uma severa reacção penal, deve optar-se por aquela, pois a evolução histórica faz-se no sentido de cada vez menos penas, e de penas cada vez menos severas e desumanas.

No caso em estudo, se dúvidas existem, as mesmas poder-se-ão dissipar quando se verifica, que no embrião da lei descriminalizadora, optou-se por referir que “nem a defesa da saúde pública, nem a salvaguarda da segurança pública quando mediatamente ameaçada, nem mesmo a protecção da saúde dos consumidores menores têm necessariamente de fazer-se criminalizando os consumidores de drogas pelo simples facto de consumirem, possuírem, deterem ou adquirirem drogas exclusivamente para o seu consumo.”¹⁰²⁶

Face ao exposto, coloca-se agora a questão de saber qual a justificação da criminalização do consumo de drogas, sendo que aparentemente o único bem em causa é a saúde do próprio consumidor. Não poderá cada um de nós dispor do próprio corpo do modo que bem lhe aprouver? Vamos punir criminalmente todos os consumos lesivos da saúde do consumidor? Porquê as drogas e não o álcool? Porque as drogas e não o tabaco?

Já que a última ratio do Direito Penal não é a sanção, mas a prevenção a montante do acto criminoso, a prevenção e a ressocialização serão as metas primárias. Nesse sentido, pese embora o facto de o escopo preventivo e ressocializador não ter sido totalmente eficaz,¹⁰²⁷ não o podemos afirmar categoricamente, pois a “passagem dos consumidores de droga pelos tribunais tem sido muitas vezes uma oportunidade desperdiçada como momento propício que os impelisse para o tratamento”.¹⁰²⁸ Apesar de todas as oportunidades legislativas que os tribunais tiveram para encaminhar os toxicodependentes para o tratamento, constatou-se que a pena de multa era a mais aplicada,¹⁰²⁹ não sendo porventura a mais adequada. Dessa forma, as medidas de suspensão do processo, admoestação, dispensa de pena, hoje largamente, e bem,

¹⁰²⁴ SILVA, Germano M. da, *Direito Penal Português...* op. cit. p. 41.

¹⁰²⁵ VALENTE, M. Guedes, *A Descriminalização do Consumo de Drogas: A nova Via*, in *Revista Polícia Portuguesa*, n.º 127, Lisboa, Janeiro/ Fevereiro, 2001, p.31.

¹⁰²⁶ *Estratégia Nacional da Luta Contra a Droga saída da RCM n.º 46/99 de 22 de Abril.*

¹⁰²⁷ *Idem.*

¹⁰²⁸ MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga – Nova Política Legislativa*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, Julho-Setembro 2001, Fasc.º 3.º, p.417

¹⁰²⁹ *Idem*, p. 416.

usadas pelas CDTs, eram escassas. Isto é, foram-no para apenas cerca de 1% das acusações deduzidas.¹⁰³⁰ Todavia, e em prol da verdade, também é certo que não existia até há bem pouco tempo as infra-estruturas necessárias para proceder de forma expedita, célere e eficaz à avaliação dos toxicodependentes no momento mais próximo da prática do acto delituoso. Neste sentido compreende-se o fracasso da prevenção e da ressocialização das anteriores políticas criminalizadoras. De facto, e como afirmava CARLOS POIARES, de que serve “consignar como medida alternativa à prisão a prestação de trabalho em favor da comunidade se, no quotidiano judicial, são inexistentes os meios que possibilitem a sua aplicação? Qual a utilidade de se prescrever que os toxicodependentes, quando encarcerados, serão colocados em ala especial dos estabelecimentos penitenciários, ou internados em unidades vocacionadas para os acolher se, no dia-a-dia das cadeias, coabitam com todo o tipo de condenados”?¹⁰³¹ De que vale criticar as opções legislativas anteriores se, no fundo, nunca puderam ser comprovadas devido à manifesta falta de ferramentas para as aplicar efectivamente? Hoje em dia esses instrumentos já existem, mas numa outra lógica, num quadro de uma outra opção legislativa, que não aproveita esses instrumentos da forma mais eficiente, resultando, tal como anteriormente, na não intervenção. Não estará o Estado a eximir-se da obrigatoriedade de protecção à saúde e bem-estar dos seus cidadãos?¹⁰³² Será explicação suficiente, o facto de o consumidor estar a dispor do seu corpo, e por este motivo não ser legítima a intervenção por parte do estado? Então como se justifica a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança? Se não for legítima a intervenção do Estado quando cada um dispõe livremente do seu corpo, porventura qualquer intervenção estadual ou institucional poderá ser posta em causa.¹⁰³³ Não põe o consumo de estupefacientes em perigo a saúde pública? Como vimos anteriormente, MAIA COSTA,¹⁰³⁴ é da opinião de que o bem jurídico, saúde pública não é atingido quando se trata da saúde de pessoas certas e determinadas. Já LOURENÇO MARTINS,¹⁰³⁵ no seu comentário ao AFJ do STJ, chama à colação uma sentença do Tribunal de Verona, de 24 de Julho de 2006¹⁰³⁶ na qual se afirma a inconstitucionalidade da norma que pune a posse de droga para uso pessoal – por violação do princípio da liberdade individual face à inexistência

¹⁰³⁰ Idem, p. 417.

¹⁰³¹ POIARES, Carlos Alberto, *Análise Psicocriminal das Drogas...* op. cit. p. 64.

¹⁰³² Art.º 64.º e 66.º da CRP.

¹⁰³³ VALENTE, M. Guedes, *A Descriminalização do Consumo de Drogas: A nova Via...* op. cit. p. 29.

¹⁰³⁴ COSTA, Eduardo Maia, *Direito Penal da Droga...* op. cit. pp. 97 a 100.

¹⁰³⁵ MARTINS, Lourenço, *Comentário ao acórdão...* op. cit.

¹⁰³⁶ Disponível in www.altalex.com/index.php?idnot=34603

de perigo concreto ou de dano a direitos e bens de terceiros. Uma coisa é certa, o Estado terá de ter um limite de intervenção sob pena da mesma, de tão exaustiva se tornar inócua. Veja-se a notícia da pretensão do Estado em proibir fumo dentro de carros particulares que transportem crianças. Não terá de ficar tal conduta somente dependente da consciência dos responsáveis pelas crianças?

Outros entendem que a toxicodependência é sintomática de que a pessoa humana não é uma ilha isolada e de que nem todas as condutas auto lesivas são desprovidas de danosidade social.¹⁰³⁷ Tais questões, ilustram bem a dificuldade na resolução dos problemas sociais, não sendo possível nem aconselhável uma generalização de situações por vezes tão distintas. A identidade aqui será mais com o consumo de álcool e do tabaco. Os quais são de consumo livre e importantes do ponto de vista económico, pois geram receitas fiscais para o Estado.

Não podemos descurar que, por força do princípio da intervenção mínima das normas penais, estas se reservam para situações em que estão em causa violações de bens jurídicos tidos como essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.¹⁰³⁸ Há quem questione, se poderá o Estado arrogar-se no direito de intervir no consumo privado de drogas. Este consumo poderá equiparar-se a um suicídio lento, integrando a liberdade de cada um decidir causar um mal a si próprio.¹⁰³⁹ Porém admite-se a intervenção do Estado, dado que nem sempre se estará perante um consumo privado, havendo necessidade dessa intervenção. Apesar disso, a criminalização do consumo não é o “meio absolutamente necessário ou sequer adequado para enfrentar o problema”, e que a censura social e jurídica fornecida pela Lei n.º 30/2000, que converteu o ilícito em mera ordenação social, basta-se para cumprir as obrigações internacionais a que Portugal está vinculado, bem como na tutela do bem jurídico.¹⁰⁴⁰ Deste modo o legislador assinala ao acto de consumo um desvalor que merece censura social ainda que não revista dignidade penal. Por tal motivo, ao longo das últimas décadas têm-se desenvolvido programas de descriminalização, em nome do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.¹⁰⁴¹

¹⁰³⁷ ALBUQUERQUE, P. Pinto, BRANCO, José e PATTO, Pedro, Comentário das Leis Penas Extravagantes, vol. 2, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p. 541.

¹⁰³⁸ LEAL, Celso, Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “Não Constitucionalidade” do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça” in *Revista do Ministério Público*, n.º 119, ano 30.º, Jul./Set., 2009, p. 194.

¹⁰³⁹ *Idem*, pp. 187-188.

¹⁰⁴⁰ *Idem*.

¹⁰⁴¹ POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 33.

FIGUEIREDO DIAS, refere que “numa política criminal que se queira válida para o presente e para o futuro próximo e para um Estado de Direito Material de cariz social e democrático, deve exigir do Direito Penal que só intervenha com os instrumentos próprios de actuação, ali onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais da livre realização desenvolvimento e cada homem”.¹⁰⁴² O mesmo distinto professor defende¹⁰⁴³ que não pode haver criminalização onde não exista o propósito de tutela de um bem jurídico-penal, que não seja revestido da necessidade ou carência penal previsto no artigo 18.º da CRP. Entende ainda que a intervenção do Direito Penal “pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da proibição de excesso, quando se determine a intervenção penal para protecção de bens jurídicos que podem ser suficientemente tutelados por intervenção dos meios civis ou por sanções do direito administrativo”.

ANABELA RODRIGUES,¹⁰⁴⁴ diz que o artigo 18.º n.º 2 da CRP “consagra o critério da necessidade social como critério legitimador primário de toda a intervenção penal, possibilitando uma melhor concretização dos bens jurídicos que é possível tutelar penalmente”. Não só a sua intervenção está vedada por não ser adequada ou necessária, como também, porque poderia pôr em causa o núcleo essencial de certos direitos.¹⁰⁴⁵ Por sua vez, MARIA FERNANDA PALMA refere-se ao comando dado pelo artigo 18.º da CRP, no sentido do qual se ampara o princípio da necessidade da pena ou da intervenção do Direito Penal, como corolário de que aquele não pode intervir sob pena de impedir o livre exercício dos direito fundamentais. Tal como não pode intervir para protecção de determinados valores sociais, como certas moralidades ou ideologias. Esta autora avoca ainda as relações da pessoa com ela própria e a justificação da criminalização como para a pacificação da sociedade e coesão social.¹⁰⁴⁶ A principal questão que o consumo e o tráfico de estupefacientes suscita, é a da criminalização de tais condutas em face do conjunto de bens e valores constitucionais.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴² DIAS, J. Figueiredo, *Novos Rumos*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 3, 1983, p.5.

¹⁰⁴³ DIAS, J. Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, p. 57.

¹⁰⁴⁴ RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, Coimbra Editora, 1995, p. 285.

¹⁰⁴⁵ PALMA, Maria Fernanda, *Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário?* in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003, p. 22.

¹⁰⁴⁶ *Idem*. P. 23.

¹⁰⁴⁷ *Idem*, p. 21.

Também COSTA ANDRADE, entende que a legitimidade do Direito Penal está dependente de, na sua essência, residir o fim teleológico de servir valores ou metas inerentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica, moralista ou ideológica.¹⁰⁴⁸ Ao que parece, ao legislador não basta, contudo provar a danosidade social da conduta, recaindo-lhe também o ónus probandi de que a tutela penal é eficaz, ou seja, recai-lhe o ónus da prova da eficiência, que é exigida pelo princípio da subsidiariedade e pela dignidade penal da lesão.¹⁰⁴⁹ Este autor, por outro lado, salienta que não se pode justificar a descriminalização de uma conduta desviante com o fundamento de que a sua criminalização demonstrou ineficácia quanto aos objetivos iniciais. Conclui dizendo que a otimização de resultados em Direito Penal é um perigo epidémico num Estado de Direito Democrático.¹⁰⁵⁰ Na mesma linha vai ANABELA RODRIGUES, quando afirma que a legitimidade do Direito Penal não pode assentar nos valores de racionalidade e eficácia, mas ser o reflexo das coordenadas e dos limites jurídico-constitucionais do Direito Penal.¹⁰⁵¹

Também em nome da dignidade humana tem-se sentido a necessidade de restringir o recurso à pena criminal a certas lesões de bens jurídicos de reconhecida importância ética social concedendo-se uma maior margem de tolerância relativamente a comportamentos que, merecedores de juízo de censura, não são suficientemente graves para acarretarem sanção penal.¹⁰⁵² No que às drogas diz respeito, a criminalização peca ainda por defeito, na medida em que se provou, desde há muito tempo, que não é eficaz. Então há que perguntar que vantagens adviriam de se conservar um modelo ineficaz?¹⁰⁵³

Embora a arquitectura penal procure pelo direito assegurar que o crime seja um fenómeno irrepitível na vida do infractor,¹⁰⁵⁴ a tentativa dessa irrepitibilidade no caso do fenómeno do consumo de estupefacientes tem sido “manifestamente frustrada”. O consumo de drogas como acção ilícita e penalmente tipificada¹⁰⁵⁵ não foi uma conduta irrepitível por aqueles que já foram condenados a penas de prisão ou multa. Mas essa irrepitibilidade

¹⁰⁴⁸ ANDRADE, M. da COSTA, A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica racional do crime, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2º fascículo, 1992, p. 178.

¹⁰⁴⁹ VALENTE, Manuel Guedes, Consumo de drogas... op. cit. p. 29.

¹⁰⁵⁰ Idem, p. 32.

¹⁰⁵¹ RODRIGUES, Anabela, A determinação da medida... op. cit. p. 254.

¹⁰⁵² Andrade, M. Costa, Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã) in *Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, 1980/1981, p. 118.

¹⁰⁵³ POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo... op. cit. p. 33.

¹⁰⁵⁴ POIARES, Carlos Alberto, Análise Psicocriminal Das Drogas... op. cit. p. 64.

¹⁰⁵⁵ Art.º 40.º do DL n.º 15/93.

verifica-se caso ao agente infractor fosse aplicado o tratamento clínico que tem alcançado bons resultados nos consumidores que espontaneamente solicitam a assistência dos serviços de saúde.¹⁰⁵⁶ Por isso reiteramos, há quem entenda que a passagem dos consumidores de estupefacientes e substâncias psicotrópicas pelos tribunais é, assim muitas vezes, uma oportunidade perdida.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁶ VALENTE, Manuel Guedes, Consumo de drogas... op. cit. p. 33.

¹⁰⁵⁷ CORREIA, João Conde, Droga: Exame laboratorial... op. cit.pp. 87 a 91.

CONCLUSÕES

*“Há pessoas que vivem em equilíbrio com os seus consumos - e podemos fazer o paralelismo com o álcool, outras, não. Haverá um momento na evolução social em que tudo será deixado à livre escolha das pessoas. O uso das substâncias será uma escolha de cada um. Penso é que não é ainda o momento certo, nem pode ser uma decisão de um só país”.*¹⁰⁵⁸

Ao que parece, o sismo de 2001,¹⁰⁵⁹ provocado pela entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, repercute-se actualmente com danos e com réplicas que nem o AFJ n.º 8/2008 do STJ evitou. Tal acontece sem que o legislador esboce qualquer intenção legislativa nesta área.

Em suma, como vimos, a questão central é como enquadrar a conduta da pessoa que tem na sua posse estupefaciente em quantidades superiores ao consumo médio de dez dias. Nos capítulos IV e V, foram, analisadas as posições que se levantaram na doutrina e jurisprudência e no capítulo VI debruçamo-nos sobre a posição vencedora no referido AFJ do STJ.

É certo que existe uma presunção de consumo, quando essa pessoa tem na sua posse quantidade de estupefaciente até dez dias, mas a dúvida persistirá se ultrapassada tal quantidade. Poderá existir presunção de tráfico? Ou o artigo 40.º do DL n.º 15/93, continua em vigor quanto ao consumo. Essa pessoa é punida a título de crime? Como fazer a fronteira entre o crime de consumo e a contra-ordenação? Onde está o limite? Como fazer a fronteira entre o consumo e o tráfico?

Aqui chegados, parece-nos incontornável que o legislador de 2000, ao proceder à protecção sanitária e social das pessoas que consomem estupefacientes sem prescrição médica, descriminalizando essas condutas e revogando o artigo 40.º do DL n.º 15/93, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do mesmo diploma, convertendo-as em ilícito de mera ordenação

¹⁰⁵⁸ Alegações finais de João Goulão, Presidente do instituto da Droga e Toxicodependência “No futuro, as drogas serão uma escolha de cada um”. Consultado em 16/05/2012, in http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=657020&page=2

Consultado em 16/05/2012.

¹⁰⁵⁹ Entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.

social, fê-lo, conforme nos diz a ENLCD, por razões de vária ordem. Fê-lo pela necessidade do aparelho judicial estar mais afecto ao combate do tráfico de drogas e à criminalidade complexa que lhe anda associada¹⁰⁶⁰ e, por via disto, desobrigá-lo da luta contra outros ilícitos de menor gravidade e relevância como o consumo. Fê-lo ainda, devido às conclusões retiradas dos parcos e desencorajadores resultados obtidos até então com a criminalização, que não dissuadiu os consumidores de utilizarem as drogas. O legislador concluiu portanto, que a problemática do consumo devia ser abordada de forma multidisciplinar, bem como o drama do consumidor, que devia ser encarado, mais como um doente a reclamar medidas de protecção sanitária e social, do que como um criminoso.

Aliás, no ponto 5, al. a) da ENLCD, prevê-se como objectivo o combate ao tráfico ilícito, incluindo a aplicação de sanções penais adequadas aos traficantes e aos traficantes consumidores. Por sua vez no mesmo ponto 5, al. c), prevê-se a manutenção do desvalor legal do consumo e da posse de drogas.

Ora se fosse intenção do legislador continuar a punir o consumo a título criminal, com certeza, tê-lo-ia referido expressamente no documento que serviu de base à Lei n.º 30/2000. Lembramos ainda que a ENLCD foi concebida com base num relatório de uma comissão científica que auscultou a comunidade, fazendo palestras e ouvindo dúvidas por todo o país, o que vem reforçar a sua legitimidade social. Ali também não encontramos nenhum limite à quantidade de droga para consumo, pelo menos como fronteira entre contra-ordenação e crime, o que, pelo facto de somente referir manter-se o desvalor legal do consumo, optando pelo ilícito de mera ordenação social, deverá considerar-se simplesmente contra-ordenação, o consumo (e a aquisição ou detenção para consumo), independentemente da quantidade de droga que estivesse em causa.

A própria UE, por força do princípio da subsidiariedade, dispôs que a sua acção deverá centrar-se nos tipos mais graves de infracções em matéria de droga, excluindo determinados tipos de comportamentos, no que se refere ao consumo pessoal, não constituindo uma orientação do Conselho a maneira como os Estados-Membros devem tratar esses outros casos na sua legislação nacional. Aliás na Decisão-quadro 2004/757/JAI do Conselho de 25 de Outubro de 2004,¹⁰⁶¹ que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das

¹⁰⁶⁰ Branqueamento de capitais, associações criminosas, tráfico de armas, corrupção, etc.

¹⁰⁶¹ In <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0757:PT:NOT> Consultado em 27/04/2012.

infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga, prevê no seu artigo 2.º n.º 2 que “os actos descritos no n.º 1¹⁰⁶² não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da decisão-quadro, quando praticados exclusivamente para consumo dos seus autores, tal como definido na legislação nacional”. Esta decisão mostra claramente outro tipo de abertura para a temática do consumo, deixando aos Estados membros liberdade de actuação. A UE fá-lo-á pelos mesmos motivos que a ENLCD, que referimos, mas provavelmente também por receio de impor regras num assunto tal delicado, que em última instância deverá caber a cada Estado que melhor conhece a sua sociedade.

Tal sociedade, se fosse ideal, não necessitaria de justiça, dado que não existiriam injustiças. Como essa sociedade não existe, torna-se necessário acreditar na justiça, que é o mesmo que dizer, nas instituições de um Estado de Direito Democrático, que têm por missão zelar pelos Direitos Liberdades e Garantias dos cidadãos. Por tal facto não se pode admitir que haja procedimentos, acusações e condenações por crimes que não estejam plasmados em lei anterior, que seja clara e precisa. “A lei penal incerta é por si inconstitucional”.¹⁰⁶³

Em Direito Penal, o princípio da legalidade impõe que as suas normas sejam formuladas de um modo preciso e determinado. Acresce que como é um ramo de direito que contende com a liberdade dos cidadãos, a segurança jurídica, valor subadjacente ao referido princípio da legalidade, “não consente outra interpretação que não a literal e restritiva”.¹⁰⁶⁴ Desta forma, achamos que não poderá ser o julgador, com interpretações arbitrárias, a corrigir um engano ou um erro do legislador, o que aliás foi expressamente assumido pelo STJ no AFJ n.º 8/2008.

Ideal, seria também, que o combate ao tráfico e ao consumo começasse bem cedo. Numa altura em que tende a desaparecer a disciplina de formação cívica, acreditamos que com novos conteúdos, esta podia ter um papel preponderante na prevenção junto dos mais jovens. Desde muito cedo, todos deviam aprender a importância do sufrágio, conhecer os seus direitos

¹⁰⁶² Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam punidos, quando ilegítimos, os seguintes actos intencionais: a) Produção, fabrico, extracção, preparação, oferta, comercialização, distribuição, venda ou fornecimento em quaisquer condições, intermediação, expedição, expedição em trânsito, transporte, importação ou exportação de drogas; b) Cultivo da dormideira (*papaver somniferum*), do arbusto de coca ou da planta de cannabis; c) Posse ou aquisição de drogas com o objectivo de efectuar uma das actividades enumeradas na alínea a); d) Fabrico, transporte ou distribuição de precursores, com conhecimento de que serão utilizados na produção ou fabrico ilícitos de drogas.

¹⁰⁶³ LEAL, Celso, *Droga. Aquisição ou detenção para consumo...* op. cit. p. 202.

¹⁰⁶⁴ DAVIN, João, *Consumo privado de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas – o retrocesso à luz da posição do STJ*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, n.º 3, 2009, Julho-Setembro, p. 459.

e deveres, tomar conhecimento da consequência da evasão fiscal que mina toda uma economia e saber das implicações do consumo de certas substâncias que mina toda uma sociedade. Só desta forma se podem elaborar estratégias culturais de prevenção, de forma a evitar que todo o ónus recaia sobre o sistema repressivo. Assim, tal como qualquer política criminal, a da droga, deve ser uma política social de longo prazo, privilegiando a prevenção com o contributo de outras áreas, como a educação, já citada, a da formação profissional, a da empregabilidade, a do urbanismo, a de rendimentos, família, saúde, integração social e cultural das minorias, de forma a evitar campos frutíferos para a marginalidade e delinquência.

É aceitável que todos temos o direito de escolher o caminho a seguir desde que não haja interferência ou colisão na esfera de direitos dos outros. Se a conduta fica restrita ao próprio agente, não haverá necessidade de ingerência do Direito Penal. A cada um cabe escolher o que vestir, comer, ouvir, ler, defender, criticar e até pôr fim à própria vida e nem por isso há a criminalização dessas condutas. Logo, o que “usar” ou “curtir”, desde que não colida com direito dos outros, deve estar na esfera de opção de cada um dos cidadãos.

Há que empenhar esforços no combate ao verdadeiro crime, combatendo a produção, o transporte, a comercialização, a difusão de produtos nocivos que devem ser impedidos de circular, apreendidos, destruídos, responsabilizando os seus autores e não perder tempo com a responsabilidade criminal das pessoas que ingerem ou usam tais produtos. A pessoa do consumidor deve ser esclarecida, orientada, tratada e não condenada como criminosa. Podemos negar o cigarro ao fumador, a bebida ao alcoólico, arrancar a pistola ao suicida, apreender a cocaína ao toxicod dependente, mas, mais do que isso, deve-se sobretudo compreender a sua escolha ou o drama que viverá. Se não quisermos reconhecer e tratar o consumidor como um doente, pelo menos devemos respeitar sua liberdade individual.

Ao analisar a temática da droga e da toxicod dependência, verifica-se, que não havendo verdades absolutas da melhor via a seguir, seja proibicionista ou não, parece-nos que o tema deve ser encarado de forma global e interdisciplinar, como aliás ultimamente vem sendo feito. Não poderá caber somente ao Direito Penal tal ónus, pois como também vimos, a sua intervenção não resolveu o problema. Tal não quer dizer que defendamos uma legalização total do consumo. Pois além de não ser o intento deste trabalho, por motivos óbvios e como já referido, não concordamos com a legalização do consumo de um produto cujo comércio é ilegal. Por tal facto, admitindo que a via repressiva não seja o caminho, concordamos que deva

existir uma censura legal, pois o consumo de estupefacientes não é seguramente um fenómeno individual, tratando-se de um comportamento que se repercute na sociedade, lesando bens como a vida, a saúde individual e liberdade, aliada à própria segurança das populações, tornando-se legítimo e imperioso que o Estado tutele. Mas terá de fazê-lo a título penal? Frequentemente diz-se que é somente uma punição simbólica, o que por si só será ilegítima como finalidade penal. Não esqueçamos que o Direito Penal visa a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Creemos portanto, que a sociedade aceitará já com certa naturalidade certos consumos e por via disso, o consumo de estupefacientes, à luz do sentimento colectivo, não terá a dignidade penal de outrora, pelo que não se justificará a punição a título de crime.

Apesar disso, por erro do legislador, como quase todos apelidam, acaba-se por diagnosticar a “enfermidade” do Direito Penal da droga. Porém, como dizíamos inicialmente, ninguém avança com uma “cura”, que é possível através de uma intervenção legislativa. Em vez disso, é mantido nos “cuidados paliativos”, permanecendo inalterado com interpretações incongruentes e ofensivas dos Direitos Liberdades e Garantias, cujo único desígnio será “deixar bem o legislador”.

Por tal facto, com todo o respeito, ousamos discordar com a posição do STJ, não acolhendo a sua tese. A norma do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, não deixou margem para dúvidas relativamente ao artigo 40.º do DL n.º 15/93, revogando-o expressamente, no que se refere ao consumo de estupefacientes. Ao revogar o artigo 40.º, nos termos referidos, dúvidas não restam de que se descriminalizou o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de estupefacientes, independentemente da quantidade de produto adquirido ou detido.

Assim, após os vários argumentos esgrimidos em todas as posições adoptadas, e tendo em conta os princípios basilares do Direito Penal conjugados com os problemas da aplicação da Portaria n.º 94/96, e do princípio activo, com a clara violação do princípio da legalidade, somos do entendimento que o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, que define a quantidade até dez dias, deve interpretar-se no sentido de ser meramente indicativo, ou seja, consta na lei com o propósito de habilitar o julgador com uma medida orientadora para a conclusão a extrair na circunstância. A qualificação de uma conduta como contra-ordenação de um consumo ou como crime de tráfico de droga, conforme ainda previsto na lei actual, tem de depender do propósito do agente destinar ou não a droga ao seu próprio uso, e não de um

critério meramente quantitativo. Como vimos pode existir tráfico, mesmo com menos quantidade. Também não podemos admitir que se possa criar uma situação em que bastaria o agente ter uma dose a mais para variar a sanção a aplicar e a natureza do ilícito (crime ou contra-ordenação), sobretudo quando se coloca em causa a forma como é definida a dose individual para os vários tipos de droga. Daí que se conclua que, provado que o arguido destine a droga detida ao seu exclusivo consumo, ainda que essa quantidade ultrapasse o necessário para o consumo médio individual durante dez dias, comete a contra-ordenação do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000. A detenção de quantidades superiores ao consumo médio individual pode indiciar a prática do crime de tráfico, mas deve ser feita uma análise a cada caso, subjugada essencialmente à apreciação da prova, ou seja, a preocupação do legislador fica sempre salvaguardada pela intervenção do tribunal e pela regra da livre apreciação da prova, que deve ser apreciada nos termos supra definidos.

Acresce que, concordando com LOURENÇO MARTINS, a conduta do agente que adquira ou detenha para consumo próprio quantidade de estupefaciente superior à necessária para o consumo durante o período de dez dias não deixa de estar abrangida pelo ilícito de mera ordenação social, pelo que não podemos concordar que o julgador se permita fazer de legislador, distinguindo a conduta em função da quantidade, quando esta devia somente prevalecer para a sanção e da medida da coima.¹⁰⁶⁵

Não se pode olvidar também, que a posse de quantidade superior a dez doses diárias, poderá estar directamente relacionada com a capacidade económica de cada consumidor, bem como da oportunidade, a fim de evitar deslocar-se todos os dias ao traficante.

Resumindo e clarificando, julgamos que, após tudo o que foi dito, nomeadamente em relação à Portaria n.º 94/96, e ao princípio activo das substâncias, a reprimenda do artigo 40.º do DL n.º 15/93, na parte do consumo, pelo STJ, não serviu os propósitos do legislador de 2000, não serviu a justiça e acima de tudo não serviu os consumidores. Daí que julgamos mais consentâneo interpretar-se o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, no sentido de ser meramente indicativo, aliás tal como são indicativos os valores da Portaria n.º 94/96. Como vimos, se assim não fosse, estaríamos perante uma inconstitucionalidade. Assim é, com o objectivo de, constando em Lei, habilitar o julgador para este extrair na circunstância,¹⁰⁶⁶ dado

¹⁰⁶⁵ Art.º 15.º a 17.º da Lei n.º 30/2000.

¹⁰⁶⁶ Tendo em consideração o consumidor concreto.

que não será do senso comum a avaliação sobre a quantidade necessária para o consumo médio durante dez dias. Daí tornar-se imperativo fixá-la em termos médios com o escopo de nortear o julgador nesse contexto. O julgador perante o termo médio decidirá os casos concretos, o que não lhe restringe a possibilidade de subsumir uma determinada conduta ao consumo mesmo que seja ultrapassada essa referida média.

O Direito Penal da droga, carecerá então de uma intervenção legislativa no seu todo, de forma a clarificar o enquadramento do consumo, mas não só. Tal intervenção deveria passar também pela questão das quantidades que delimitam a fronteira entre o traficante consumidor do traficante comum, bem como pela questão das quantidades que delimitam a fronteira do crime de cultivo para consumo,¹⁰⁶⁷ ainda em vigor, do artigo 40.º, com as do cultivo agravado previsto no n.º 2 daquele preceito do DL n.º 15/93.

O legislador, como vimos, dada a dificuldade em enquadrar a conduta no consumo ou no tráfico, definiu que a fronteira entre ambos, independentemente da quantidade de estupefacientes, era o elemento subjectivo do detentor afectar ou não, o produto exclusivamente ao seu consumo. Falávamos então, de dois tipos criminais. Na questão em estudo, trata-se como definir a fronteira entre o ilícito contra-ordenacional e o ilícito criminal, que não existia antes de 2000. Cremos, que o legislador pode e deve definir uma fronteira que não deixe dúvidas na sua aplicação. Actualmente, tal fronteira (a Portaria n.º 94/96) não gera consenso e não é rigorosa, mas a partir do momento que seja elaborada com rigor científico e acima de tudo esteja plasmada em lei, a fim de evitar a violação do princípio da legalidade, não poderá ser contestada. Tais fronteiras existem noutros dispositivos. Veja-se o caso da imputabilidade em razão da idade. Porquê aos 16 anos e não no dia anterior? No limite de velocidade, porquê acima de determinado limite passa a ser contra-ordenação leve, podendo passar a grave e ainda a muito grave? Mais, na condução sob o efeito do álcool, como no excesso de velocidade, existem três limites para o regime contra-ordenacional, e ainda o limite para âmbito criminal. Assim, tais fronteiras existem e são comumente aceites. Atente-se ainda, que no âmbito do excesso de velocidade os limites variam consoante o local onde é praticado. Ou seja, são agravados de acordo com a maior probabilidade do bem jurídico estar mais exposto ao perigo. Ora, parece-nos que no caso da droga, tal também podia ser

¹⁰⁶⁷ Recordemos a crítica feita, à descriminalização do consumo que se abastece no traficante e não no do cultivo próprio.

realizável. Senão vejamos. Se é o bem jurídico, saúde pública que se quer proteger, entendendo-se que existe o perigo de disseminação do estupefaciente, parece-nos razoável que o consumidor seja punido não só consoante a quantidade, mas também conforme o local onde seja encontrado. Recordemos o caso do pescador, do trabalhador da plataforma petrolífera, do indivíduo que está sozinho e vai a caminho de casa, do que está ou vai para meio escolar, o que está em locais com grande afluência de pessoas, onde é comum o consumo dessas substâncias.¹⁰⁶⁸ Julgamos pois, que o legislador tem muita margem de manobra para esse enquadramento, dado que no artigo 24.º do DL n.º 15/93, o tráfico já é agravado em alguns locais e consoante a qualidade do traficante, porque não o consumo? Sendo proibido e estando na lei, é um risco que correrá por conta do consumidor, afectar ou não determinada quantidade a um determinado local.¹⁰⁶⁹

A fronteira de que falamos seria então traçada, como vimos, consoante o legislador optasse por limites quantitativos, ou pelo princípio activo.

No primeiro teria em consideração o consumo médio da substância em bruto, sem incluir o princípio activo, o que do ponto de vista prático era mais simples, menos oneroso e por conseguinte menos burocrático. Porém, implicava que os limites sofressem alterações periódicas, por exemplo através dos resultados oriundos do relatório bienal do OEDT.

Ao optar sempre pela percentagem de princípio activo, implicaria sempre a realização da perícia nessa vertente, dado que em casos de crime o exame no LPC é sempre realizado, para aferir da qualidade e peso líquido do produto.

Estaria na altura do legislador olhar a legislação da droga, realizando uma reforma a fim de finalmente colocar em prática a RCM n.º 46/99, que apresentou ao público a ENLCD, a qual enunciou expressamente a sua visão humanista do toxicodependente enquanto doente e não como um delinquente. Não caberá portanto ao Direito Penal punir a auto lesão, dado já ser

¹⁰⁶⁸ NAIA, Ana, SIMÕES, Celeste e MATOS, Margarida Gaspar, Consumo de Substância na Adolescência, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 13, n.º 3, 2007, p. 23. Neste estudo os resultados afirmam que existe uma relação entre o consumo de substâncias ilícitas e os contextos frequentados pelos jovens nos seus tempos livres, onde as discotecas/bares e os cafés parecem estar mais associados ao risco.

¹⁰⁶⁹ Vejamos o regime da licença de uso e porte de arma, da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, que permite a obtenção de licença, mas no seu Art.º 89.º, define a detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos, prevendo que quem transportar, “detiver, usar, distribuir ou for portador em recintos desportivos ou religiosos, em zona de exclusão, em estabelecimentos ou locais onde decorra manifestação cívica ou política, bem como em estabelecimentos ou locais de diversão, feiras e mercados” incorre num crime punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

punido e mantido o desvalor legal da conduta através do ilícito de mera ordenação social que, como vimos cumpre cabalmente os compromissos assumidos internacionalmente por Portugal.

Ora, finalizando como iniciamos, na realidade não é isso que se passa e inevitavelmente ocorrem injustiças. Estará na hora de nos deixarmos de falsos moralismos, argumentando que descriminalização do consumo contribui para o aumento da criminalidade, para o aumento do consumo e para o aumento do tráfico. Como vimos, os mais recentes estudos, mais valiosos que as opiniões, que também são muitas, mostram que após a descriminalização do consumo, este não aumentou, bem como não aumentou a criminalidade a ele associado. Verificou-se aliás que o crime de consumo não existe em termos estatísticos nas polícias e por conseguinte no RASI. Tais estudos, no que concerne ao tráfico, apontam para uma estabilização de apreensões e detenções. Este número poderia aumentar se canalizassem os meios gastos nos inúmeros processos de consumo, para esse fim.

Perante o estado a que o Direito Penal da droga chegou, urge fazer algo, uma vez que não havendo intervenção do poder legislativo, caberá apenas ao poder judicial, um remendar dos problemas, como aliás vem fazendo desde 2001, que culminam em condenações díspares para situações idênticas, que atentam contra os Direitos Liberdades e Garantias e em nada dignificam a justiça em geral e o Direito Penal em particular.

Por tudo isso, não poderíamos ficar indiferentes.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

- AGRA, Cândido da, Entre droga e crime, Editorial Notícias, Lisboa, 2002.
- ALBUQUERQUE, P. Pinto, Comentário do Código de Processo Penal, 3.^a edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2009.
- ALBUQUERQUE, P. Pinto, BRANCO, José e PATTO, Pedro, Comentário das Leis Penas Extravagantes, vol. 2, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, O Direito, 13.^a Edição refundida, Almedina, 2005.
- CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, I, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.
- BECCARIA, César, Dos delitos e das penas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BELEZA, Teresa Pizarro, Direito Penal, 1.^o vol., Lisboa: ed. AAFDL, reimp. 1998, 2.^a ed., revista e actualizada-1984.
- BRITO, José de Sousa, A lei penal na Constituição, Estudos sobre a Constituição, vol. 2.^o, Lisboa, 1978.
- CANOTILHO, Gomes, Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 5.^a ed., 1991.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.^a ed., Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 4.^a ed. rev., Coimbra 2007.
- CORREIA, Eduardo, Direito Criminal, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1963.
- Dias, J. Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, vol. I, 1984.
- DIAS, J. Figueiredo Dias, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, J. Figueiredo, O Movimento de Descriminalização e o ilícito de Mera Ordenação Social, in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Coimbra Editora, 1998, Vol. I.
- DIAS, J. Figueiredo, Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, 2001.

- DIAS, J. Figueiredo e ANDRADE, M. da Costa, *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 2.^a Reimpressão.
- DIAS, Lúcia Nunes, *As Drogas em Portugal, o Fenómeno e os factos Jurídico Políticos de 1970 a 2004*, Pé de Página Editores, Porto, 2007.
- EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, 7.^a Edição, Quid Juris, 2008.
- FERREIRA, Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. 1.º, 1986.
- GONÇALVES, M. Maia, *Código de Processo Penal – Anotado*, Almedina, Coimbra, 1999.
- LOBO, Fernando Gama, *Droga-Legislação, notas doutrina e jurisprudência*, Quid Juris, 2.^a edição, 2010.
- Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal - Comentários e notas prévias*, Coimbra Editora, 2009.
- KELSEN, Hans, *A justiça e o Direito Natural*, trad. de João Baptista Machado, Almedina, Coimbra, 2001.
- MARTINS, Lourenço, *Droga - Decisões de 1.^a Instância*, 1994.
- MARTINS, A. G. Lourenço, *Droga e Direito - Legislação, Jurisprudência, Direito Comparado, Comentários*, Aquitas, Lisboa, 1994.
- MIRANDA, Jorge, *VI Manual de Direito Constitucional*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2008.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Defesa Criminal Activa*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PALMA, Maria Fernanda, *Constituição e Direito Penal – as questões inevitáveis, Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976, II*, Coimbra, 1997.
- PATRÍCIO, Luís, *Droga Para Que Se Saiba*, Figueirinhas, Lisboa, 1.^a edição, 2002.
- PEREIRA, Rui, *A descriminação do consumo de droga*, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- POIARES, Carlos, *Análise Psicocriminal Das Drogas – O Discurso do Legislador*, Almeida & Leitão Ld.^a, Porto, 1999.
- PINTO, A. A. Tolda, *Tráfico e Consumo Ilícito de Estupefacientes – O regime Penal e a Respectiva Tramitação Processual*, Porto, ELCLA Editora, 1995.
- QUINTAS, Jorge, *Regulação Legal do Consumo de Drogas: Impactos da Experiência Portuguesa da Descriminalização*, Fronteira do Caos Editores, Porto, 2011.

- ROCHA, J. L. Morais, Droga – Regime Jurídico, Lisboa Livraria Petrony, 1994.
- RODRIGUES, Anabela, A determinação da medida da pena privativa da liberdade, Coimbra Editora, 1995.
- SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, Noções de Processo Penal, Rei dos Livros, 2010.
- SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, Noções de Direito Penal, Rei dos Livros, 4ª Ed., 2011.
- SILVA, Germano M. da, Curso de Processo Penal, Vol. I, 6.ª edição revista e aumentada, Edições Babel, 2010.
- SILVA, Germano M. da, Direito Penal Português, Verbo, Lisboa/ S. Paulo, 1997, Vol. I.
- SOARES, Tito, Detecção de Drogas – Manual para Agentes Policiais e Funcionários Aduaneiros, 6.ª Edição, Presidência do Conselho de Ministros – Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga, 2008.
- SOUSA, António Francisco de, Actuação Policial e Princípio da Proporcionalidade, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, s/d.
- VALENTE, M. Guedes, Consumo de Drogas – Reflexões sobre o quadro legal, 3.ª Edição revista e aumentada, Almedina, 2006.
- VALENTE, M. Guedes, Revista e Buscas, Almedina, 2.ª Edição, Coimbra, 2005.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

- AGOSTINHO, Patrícia Narí, Posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo médio individual durante dez dias, in *Revista do Ministério Público*, n.º 97, Ano 25.º, Jan./Mar., 2004.
- ALMEIDA, Carlos, Legislação penal sobre droga: problemas de aplicação, in *Revista do Ministério Público*, n.º 44, ano II.
- ANDRADE, M. da Costa, A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico racional do crime, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2.º fascículo, 1992.
- ANDRADE, M. da Costa, Contributo para o conceito de contra ordenação (a experiência alemã), in *Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, 1980/1981.

- BALLOTA, Danilo, Princípios gerais da política da droga e incongruência entre ciência e política, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- BONINA, Inês, Descriminalização do consumo de estupefacientes – Detenção de quantidade superior a dez doses diárias, in *Revista do Ministério Público*, n.º 89, ano 23.º, Jan./Mar., 2002.
- CABALLERO, Francis, Théorie du droit de la drogue, in *Revista, Sub Judice, Justiça e Sociedade, Drogas. Poder e Ilusão*, 2.ª Edição, 1994, Maio-Agosto.
- CALADO, Vasco Gil e LAVADO, Elsa, Representações Sociais da Droga e da Toxicoddependência. Inquérito à população jovem presente no Rock in Rio – Lisboa 2008, in *Revista Toxicoddependências*, Edição IDT, Vol. 16, n.º 3, 2010.
- CORREIA, João Conde, Droga: Exame laboratorial às substâncias apreendidas e diagnóstico da toxicoddependência, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2004, n.º 1.
- CORREIA, João Conde, Aspectos jurídico-penais da lei da droga: as fontes, muita jurisprudência e alguma doutrina, *Lusíada, Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, n.º 1 e 2, 2002.
- CORREIA, João Conde, Validade dos exames periciais normalmente efectuados pelo Laboratório de Polícia Científica – Constitucionalidade, legalidade e interpretação dos quantitativos fixados na Portaria n.º 94/96, in *Decisões de Tribunais de Primeira Instância*, 1998-1999.
- COSTA, Eduardo Maia, Descriminalização do Consumo de Estupefacientes em Portugal – Análise preliminar, in *Revista Toxicoddependências*, edição IDT, Vol. 15, n.º 3, 2009.
- COSTA, Carlos Alberto Pires, A Droga, o Poder Político e os Partidos em Portugal, Edição IDT, Colecção Monografias, Lisboa, 2007.
- COSTA, Carlos e LEAL, José, A criminalidade associada à droga : evolução comparativa 1996-1999 e 2000-2003, Lisboa, Secção Central de Informação Criminal. DCITE. PJ, 2004.
- COSTA, Eduardo Maia, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Maio de 2003, in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, ano 24.º, Jul./Set., 2003.
- COSTA, Eduardo Maia, Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes, in *Revista do Ministério Público*, ano 22.º, n.º 87, Jul./Set., 2001.

- COSTA, Eduardo Maia, Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidades superior a dez doses diárias para consumo pessoal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003.
- COSTA, Eduardo Maia, Detenção de estupefacientes – Finalidades da detenção – Dever de investigação pelo tribunal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 95, ano 24.º, Jul./Set., 2003.
- COSTA, Eduardo Maia, Direito penal da droga: breve história de um fracasso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, ano 19.º, Abr./Jun., 1998.
- COSTA, Eduardo Maia, O crime de tráfico de estupefacientes: o direito penal em todo o seu esplendor, in *Revista do Ministério Público*, n.º 94, ano 24.º, Abr./Jun., 2003.
- COSTA, Eduardo Maia, Novos Rumos da Política sobre Drogas, in *Revista Toxicodependências*, edição SPTT, Vol. 7, nº 1, 2001.
- COSTA, José de Faria, Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3930, ano 134.º, 2002.
- CRUZ, Olga Sousa e MACHADO, Carla, Consumo «não problemático» de drogas, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 16, nº 2, 2010.
- DIAS, J. Figueiredo, Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas, in Presidência da República (org.), *Droga: Situação e Novas Estratégias*, Lisboa, INCM, 1998.
- DIAS, J. Figueiredo, Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas, in *Revista Jurídica de Macau*, 1995, Janeiro-Abril.
- DIAS, J. Figueiredo, Novos Rumos, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 3.º, 1983.
- DIAS, J. Figueiredo, Lei Criminal e Controlo da Criminalidade. O Problema legal Social de Criminalização e Descriminalização, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, 1976.
- DANTAS, António Leões, Contra-ordenações em matéria de consumo de droga, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência*, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.

- DANTAS, Antóneo Leones, Direito das contra-ordenações e consumo de estupefacientes, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. II, Lisboa, 2004.
- DAVIN, João, Consumo privado de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas – o retrocesso à luz da posição do STJ, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, n.º 3, 2009, Julho-Setembro.
- FERNANDES, Luís, O que a droga faz à norma, in *Revista Toxicoddependências*, Edição IDT, Vol. 15, n.º 1, 2009.
- FONSECA, Cristina Reis, Consumo de Drogas: Crime ou Contra-Ordenação? in *Revista Saúde Mental*, Volume VIII, n.º 4, Jul./Ago., 2006.
- GOULÃO, João Castel-Branco, O IDT e o novo enquadramento normativo: inovação e continuidade, in *Revista Toxicoddependências*, Edição IDT, Vol.13, n.º 2, 2007.
- GOULÃO, João Castel-Branco, Plano Nacional Contra a Droga e a Toxicoddependência: novas perspectivas, in *Revista Toxicoddependências*, Edição IDT, Vol.12,n.º 1, 2006.
- JOAQUIM, Henrique Costa, Criminalidade e consumo de substâncias ilícitas, in *Revista Toxicoddependências*, Edição IDT, Vol. 11, n.º 1, 2005.
- LEAL, Celso, Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “Não Constitucionalidade” do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça, in *Revista do Ministério Público*, n.º 119, ano 30.º, Jul./Set., 2009.
- LOPES, José A. Mouraz, A Lei e a toxicoddependência «Pequenos equívocos com importância», in *Revista do Ministério Público*, Ano 19, n.º 75, Jul.-Set., 1998.
- LOPES, José A. Mouraz, Comentário ao Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro, in *Revista, Sub Judice, Justiça e Sociedade, Drogas. Poder e Ilusão*, 2.ª Edição, 1994.
- LOURENÇO, Nelson e LISBOA, Manuel, Dez Anos de Crime em Portugal, Análise Longitudinal da Criminalidade Participada às Polícias (1984-1993), Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, n.º 17, Ed. GEJS/CEJ, Lisboa, 1998.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, Direito internacional da droga e da toxicoddependência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicoddependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- MARTINS, Lourenço, Comentário ao acórdão de fixação de jurisprudência n.º 8/2008 – STJ, in *Revista do Ministério Público*, n.º 115, Ano 29.º, Jul./Set., 2008.

- MARTINS, Lourenço, Consumo privado de produtos estupefacientes e substâncias psicotrópicas – o retrocesso à luz da posição do STJ, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, Ano 19.º, Jul./Set., 2009.
- MARTINS, Lourenço, Direito internacional da droga e da toxicodependência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- MARTINS, Lourenço, Droga – Nova política legislativa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11.º, Fasc. 3, Jul./Set., 2001.
- MARTINS, Lourenço, Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico, in *Revista do Ministério Público*, n.º 111, ano 28.º, Jul./Set., 2007.
- MIRANDA, Jorge, e MACHADO, Miguel Pedrosa, Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial – normas penais em branco, tipos abertos, crimes formais, e interpretação conforme à Constituição, separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, OUT-DEZ de 1994.
- MONTE, Mário Ferreira, Do princípio da legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade, in *Revista do Ministério Público*, n.º 101, ano 26.º, Jan./Mar., 2005.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à lei n.º 30/2000, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11.º, Fasc. 1.º, Jan./Mar., 2001.
- MOREIRA, Maria, TRIGUEIROS, Fátima e ANTUNES, Carla, Avaliação da política nacional contra a droga e toxicodependência 1999-2004. O processo e o impacto da nova política, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 13, Nº 3, 2007.
- NAIA, Ana, SIMÕES, Celeste e MATOS, Margarida Gaspar, Consumo de Substâncias na Adolescência, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 13, nº 3, 2007.
- NEVES, António Castanheira, Pessoa, Direito e Responsabilidade, In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 1, Jan-Mar, Coimbra, 1996.
- OLIVEIRA, Alexandre José Au-Yong, Os sistemas jurídicos e políticos vistos à luz da Teoria de Sistemas Sociais Luhmanniana, in Seminário: Teoria Política da Justiça Constitucional Universidade de Lisboa, 2009/2010.

- PAIS, Elza, Dois anos de actividade na luta contra a droga e a toxicodependência, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- PAIVA, Vítor, Breves notas sobre a penalização do pequeno Tráfico de Estupefacientes, in *Revista do Ministério Público*, n.º 99, ano 25.º, Jul./Set., 2004.
- PALMA, Maria Fernanda, Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do “Direito Penal de Justiça” pelo Direito Penal Secundário? in *Revista do Ministério Público*, n.º 96, ano 24.º, Out./Dez., 2003.
- PEREIRA, Artur, As Perícias na Polícia Judiciária, Polícia Judiciária, Directoria do Porto.
- PEREIRA, Manuel José Gonçalves, Detenção de estupefaciente em quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal, in *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25.º, Jan./Mar., 2004.
- PEREIRA, Rui, O novo regime sancionatório do consumo de droga em Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- PEREIRA, Rui, O consumo e o tráfico de droga na lei penal portuguesa, in *Revista do Ministério Público*, Ano 17, n.º 65, 1996.
- PEREIRA, Rui, A discriminação do consumo de droga, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.
- PIRES, Artur Matias, Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio, in *Revista do Ministério Público*, n.º 93, ano 24.º, Jan./Mar., 2003.
- POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo de drogas: do direito à intervenção juspsicológica, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- POIARES, Carlos e AGRA, Cândido da, A droga e a humanidade – reflexão psicocriminal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Problemas Jurídicos da droga e da toxicodependência, Coimbra Editora, Vol. I, Lisboa, 2003.
- POIARES, Carlos, A descriminalização do consumo de drogas: Abordagem Juspsicológica, In *Revista Toxicodependências*, Edição SPTT, Vol. 8, n.º 2, 2002.

- POIARES, Carlos, Variações sobre a droga, in *Revista Toxicodependências*, Edição SPTT, Vol. 7, n.º 2, 2001,
- RIBEIRO, João Salvado, Contributo para a história dos consumos de drogas em Portugal, in *Revista Toxicodependências*, Edição SPTT, Vol. 5, n.º 3, 1999.
- RAPOSO, Luísa M. Simões, Justiça e Drogas: 1986-1991, Gabinete de Planeamento e Coordenação do Combate à Droga – Lisboa, in *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*, “*Drogas, Poder e Ilusão*” 2ª Edição, 1994, Maio-Agosto, pp. 109 - 110.
- RODRIGUES, Joaquim, A descriminalização do consumo de drogas – contributos para uma avaliação, in Separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 2, Abr./Jun., 2007.
- SANTOS, Maria A. M. Areias de Almeida, Contributos para uma análise da Experiência descriminalizadora do consumo de drogas, in *Revista Toxicodependências*, Edição IDT, Vol. 10, n.º 1, 2004.
- Sollars, David L., Bruce L. Benson e David W. Rasmussen, 1994, Drug Enforcement and the Deterrence of Property Crime Among Local Jurisdictions, *Public Finance Quarterly*, Vol. 22, n.º 1.
- VALENTE, M. Guedes, A descriminalização do consumo de drogas: a nova via, in *Revista Polícia Portuguesa*, Ano LXIV, n.º 127, Jan.-Fev., 2001.

DISSERTAÇÕES

- ANDRADE, Hélder Fernando Arruda, O Tráfico de menor Gravidade e o consumo – O papel dos OPCs, dissertação final de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, ISCPSI, 2011.
- ANES, Filipe, Consumo de drogas ilícitas – O papel da PSP na prevenção, dissertação final de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, ISCPSI, 2008.
- FERNANDES, A. da Silva, Toxicodependências, caracterização sócio clínica de utilizadores/consumidores / não-consumidores de substâncias psicoactivas no decurso de um programa de substituição opiácea com metadona, dissertação de Mestrado em Psicologia do comportamento Desviante, Universidade do Porto, 2004.

MENDES, Sílvia M., *Análise Económica do Crime e o seu Contributo para a Definição de uma Política Penal*, dissertação de mestrado em Estudos Económicos e Sociais, Universidade do Minho, 1997.

DIPLOMAS LEGAIS

Constituição da República Portuguesa.

Código Civil.

Código Penal.

Código de Processo Penal.

Código do Procedimento Administrativo.

Decreto n.º 10/79, de 30 de Janeiro - Aprova a adesão à convenção de Viena.

Decreto n.º 12 210, de 24 de Agosto de 1926 - transpõe para o direito interno as disposições e recomendações introduzidas pela Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia, em 23 de Janeiro de 1912.

Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de Novembro - Transfere competências dos governos civis e dos governadores civis para outras entidades da Administração Pública, liquida o património dos governos civis e define o regime legal aplicável aos respectivos funcionários.

Decreto-Lei n.º 221/2007, de 29 de Maio – É mantido o Instituto da Droga e da Toxicodependência, que fora criado pelo Decreto-Lei n.º 269-A/2002, de 29 de Novembro, e que passa agora a designar-se Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P.,

O Decreto-Lei n.º 1/2003, de 6 de Janeiro - Reorganizou as estruturas de coordenação do combate à droga e à toxicodependência,

Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril - Regulamenta as medidas penais no uso e consumo de drogas ilícitas.

Decreto-Lei n.º 183/2001, de 21 de Junho - Regulamenta as medidas de prevenção do consumo de drogas ilícitas.

Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro - Lei Orgânica dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras.

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - Regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes e psicotrópicos.

Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro - Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro - Cooperação judiciária internacional em matéria penal.

Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro - Altera o regime em vigor, tipifica novos ilícitos penais e contravencionais e define novas penas ou modifica as actuais em matéria de consumo e tráfico ilícito de drogas.

Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro - Regime Geral das Contra Ordenações.

Decreto-Lei n.º 365/82, de 8 de Setembro - Reorganizou o Gabinete Coordenador do Combate à Droga assim como os Centros de Estudos e o Centro de Investigação.

Decreto-Lei n.º 790/76, de 5 de Novembro - Cria o Gabinete Coordenador do Combate à Droga, GCCD, que funcionará na dependência da Presidência do Conselho de Ministros.

Decreto-Lei n.º 745/75, de 31 de Dezembro - Cria na Presidência do Conselho de Ministros o Centro de Estudos da Juventude.

Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro - inseriu várias disposições sobre o tráfico ilegal de estupefacientes, e esboçou, pela primeira vez, a figura do consumidor e a passagem para o paradigma criminal.

Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio - Procede à décima sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que aprova o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, acrescentando as substâncias oripavina e 1-benzilpiperazina às tabelas anexas.

Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto - Lei de Organização da Investigação Criminal.

Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto - Lei Orgânica da Polícia Judiciária.

Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro - Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto - Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública.

Lei n.º 63/2007, de 6 de Novembro - Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana.

Lei n.º 47/96, de 15 de Outubro - Lei Orgânica do Ministério Público.

Lei de Autorização n.º 27/92, de 31 de Agosto - A Assembleia da República autorizou o Governo a rever a legislação de combate à droga, adaptando-a à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro - Aprova, para ratificação, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Portaria n.º 94/96, de 26 de Março - Define os procedimentos de diagnóstico e dos exames periciais necessários à caracterização do estado da toxicodependência. Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, *Diário da República*, 1.ª série - B, n.º 122, de 26 de Maio de 1999.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 179/2012, processo n.º 182/12.

Acórdão n.º 76/2008, processo n.º 1092/07.

Acórdão n.º 110/2007.

Acórdão n.º 295/2003, Processo n.º 776/2002.

Acórdão n.º 43/2002, processo n.º 443/01.

Acórdão n.º 559/2001, processo n.º 445/01.

Acórdão n.º 262/2001, processo n.º 274/2001.

Acórdão n.º 464/2001, processo n.º 166/2001.

Acórdão n.º 534/1998, processo n.º 545/98.

Acórdão n.º 743/1996.

Acórdão n.º 426/1991, processo n.º 183/90.

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008 de 25 de Junho.

07/12/2011, processo n.º 111/10.4PESTB.E1.S1.

23/11/2011, processo n.° 127/09.3PEFUN.S1.
14/09/2011, processo n.° 1421/10.6PBSTB.S1.
06/07/2011, processo n.° 4044/09.9TAMTS.S1.
12/05/2011, processo n.° 481/08.4GBVNF.S1.
15/04/2010, processo n.° 31/03.7GDLLE.S1.
15/04/2010, processo n.° 17/09.0PJAMD.L1.S1.
15/04/2010, processo n.° 631/03.7GDLLE.S1.
24-02-2010, processo n.° 141/08.6P6PRT.S1.
05/11/09, processo n.° 418/07.8PSBCL-A.S1.
28/10/2009, processo n.° 1012/08.1GLSNT.
03/06/09, processo n.° 21/08.5GAGDL.S1.
27/11/2008, processo n.° 08P2964.
19/11/2008, processo n.° 08P3454.
29/10/2008, processo n.° 08P2961.
16/09/2008, processo n.° 08P813.
25/06/2008, processo n.° 06P4684.
09/04/2008, processo n.° 08P113.
02/04/2008, processo n.° 08P415.
08/11/2007, processo n.° 07P3164.
10/10/2007, processo n.° 07P2684.
05/12/2007, processo n.° 07P3406
17/05/2007, processo n.° 07P1397.
11/04/2007, processo n.° 07P652.
21/03/2007, processo n.° 07P034.
04/01/2007, processo n.° 06P1708.
04/10/2006, processo n.° 069812.
28/09/2006, processo n.° 06P2049.
13/09/2006, processo n.° 06P1929.
27/07/2006, processo n.° 06P2815.
20/12/2006, processo n.° 06P3517.
25/05/2006, processo n.° 06P1389.

20/04/2006, processo n.° 06P554.
20/04/2006, processo n.° 06P554.
27/04/2006, processo n.° 06P120.
15/02/2006, processo n.° 05P3214.
08/02/2006, processo n.° 05P3790.
28/09/2005, processo n.° 05P1831.
26/01/2005, processo n.° 04P4221.
06/10/2004, processo n.° 04P1875.
09/06/2004, processo n.° 04P1128
28/04/2004, processo n.° 0491116.
01/10/2003, processo n.° 03P2646.
05/02/2003, processo n.° 02P4525.
30/10/2002, processo n.° 02P2930.
21/07/2002, processo n.° 02P3196.
29/04/2002, processo n.° 02P2930.
11/04/2002, processo n.° 02P376.
04/11/1999, processo n.° 99P419.
10/02/1999, processo n.° 1381/98.
02/12/1998, processo n.° 98P1103.
18/03/1998, processo n.° 97P1545.
19/02/1998, processo n.° 97P1113
16/10/1996, processo n.° 96P777.
15/05/1996, processo n.° 48306.
14/03/1996, processo n.° 048339.
18/10/1995, processo n.° 048338.
14/04/1993, processo n.° 44007.
02/06/1993, processo n.° 44083.
23/09/1992, processo n.° 042998.
03/04/1991, processo n.° 41481.
13/03/1991, processo n.° 41593.
09/01/1991, processo n.° 041196.

26/04/1989, processo n.º 039937.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

18/10/2006, processo n.º 210/05.4TAAND.C1.

14/06/2006, processo n.º 336/06.

15/12/2004, processo n.º 3452/04.

16/06/2004, processo n.º 1239/04.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora

08/05/2012, processo n.º 1036/09.1PCSTB.E1.

28/02/2012, processo n.º 238/10.2PFSTB.E1.

18/04/2006, processo n.º 386.06.

14/12/2004, processo n.º 1776/04-1.

02/11/1988.

15/04/1986.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães

12/03/2012, processo n.º 1444/10.5GBGMR.G1.

30/01/2012, processo n.º 415/10.6GCGMR.G1.

06/03/2006, processo n.º 2538/05-2.

23/09/2002, processo n.º 381/02.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

07/12/2011, processo n.º 5/11.6GACLD-A.L1.

01/02/2011, processo n.º 153/08.0PEALM.L1-5.

08/10/2009, processo n.º 282/07.7PDCSC.L1-9.

15/11/2007, processo n.º 9117/07-9.

03/05/2007, processo n.º 10048/06-5.

19/12/2006, processo n.º 5788/06.

17/10/2006, processo n.º 3926/06.

10/11/2005, processo n.º 4732/05.

09/06/2005, processo n.º 3476/05.
16/02/2005, processo n.º 8446/06.
08/07/2003, processo n.º 2725/2003.
25/02/2003, processo n.º 0096775.
04/12/2002, processo n.º 0048903
21/11/2002, processo n.º 3569.
01/10/2002, processo n.º 22745.
25/02/1997, processo n.º 8065.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Porto

04/07/2012, processo n.º 5525/05.9TDPRT.P2.
18/04/2012, processo n.º 560/10.8TABGC.P1.
06/07/2011, processo n.º 2171/09.1PAVNG.P1.
03/11/2010, processo n.º 997/08.2PRPRT.P1.
21/04/2010, processo n.º 19/08.3GASTS.P1.
13/10/2010, processo n.º 46/09.3SFPRT.P1.
25/03/2010, processo n.º 40/09.4PCPRT.P1.
25/03/2010, processo n.º 540/09.4PCPRT.P1.
03/03/2010, processo n.º 10/08.0SFPRT.P1.
07/03/2007, processo n.º 247/04.o GASPS.
17/02/2010, processo n.º 871/08.2PRPRT.P1.
31/01/2007, processo n.º 0612204.
10/01/2007, Processo n.º 0646649.
22/11/2006, processo n.º 0614664.
18/10/2006, processo n.º 0643527.
24/05/2006, processo n.º 0640988.
10/05/2006, processo n.º 0547038.
07/12/2005, processo n.º 0442812.
10/11/2005, processo n.º 4732/05.
12/10/2005, processo n.º 0416952.
06/07/2005, processo n.º 0445840.

16/02/2005, processo n.º 0414603.
09/02/2005, processo n.º 0410428.
12/01/2005, processo n.º 0314384.
09/12/2004, processo n.º 0415058.
11/02/2004, processo n.º 0111514.
26/11/2003, processo n.º 0315028.
22/10/2003, processo n.º 2387.
18/06/2003, processo n.º 0311307.
23/04/2003, processo n.º 0311311.
31/05/2001, processo n.º 0111082

OUTROS DISPOSITIVOS

Comunicação de Serviço n.º 4390/OP/2005, de 15/07/2005.

Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 20 de Dezembro de 1988.

Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 21 de Fevereiro de 1971.

Convenção Única sobre Estupefacientes, de 30 de Março de 1961.

Norma Procedimental n.º 02/2010 da 3.ª Divisão do Comando Metropolitano de Lisboa.

Plano de Acção Contra as Drogas e as Toxicodependências - Horizonte 2008, Diário da República, 1.ª série - n.º 222 - 17 de Novembro de 2006.

Relatório da Comissão para a Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga, 1998.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99 - Aprovou a Estratégia Nacional da Luta Contra a Droga.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/2006, de 18 de Setembro - Plano Nacional Contra a Droga e as Toxicodependências.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2001 - DIÁRIO DA REPÚBLICA - I SÉRIE-B n.º 84 - 9 de Abril de 2001 - Plano de Acção Nacional de Luta contra a Droga e a Toxicodependência - Horizonte 2004.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2001, DIÁRIO DA REPÚBLICA - I SÉRIE-B n.º 61 - 3 de Março de 2001 - objectivos da luta contra a droga e a toxicod dependência no horizonte 2004.

Resolução 39/141, de 14 de Dezembro de 1984, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

PORTAIS DA INTERNET

<http://www.dgsi.pt> - Portal do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça Bases Jurídico-Documentais.

<http://www.idt.pt> - Portal do Instituto da Droga e da Toxicod dependência.

<http://www.tribunalconstitucional.pt> - Portal do Tribunal Constitucional.

<http://www.apifarma.pt> - Portal da Associação Portuguesa da Industria Farmacêutica.

<http://www.dependencias.pt> - Portal de uma equipa de profissionais que dá voz a todos quantos neste mundo lutam contra o flagelo da droga.

<http://www.parlamento.pt> - Portal da Assembleia da República.

<http://www.infopedia.pt> - Portal da Porto Editora com enciclopédias e dicionários.

<http://www.incb.org> - Portal The International Narcotics Control Board, organismo das Nações Unidas.

<http://www.verbojuridico.com> - Portal de Direito.

<http://eurlex.europa.eu> - Portal de acesso ao Direito da União Europeia.

www.emcdda.europa.eu - Portal da European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction.

<http://www.pgdlisboa.pt> - Portal da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa.

<http://www.who.int> - Portal da World Health Organization.

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/4228>

<http://www.esquerda.net/dossier/cancelem-guerra-global-%C3%A0s-drogas>

<http://www.ionline.pt/portugal/canabis-legalizacao-cultivo-venda-pode-ter-apoios-no-ps-psd>

<http://www.publico.pt/Mundo/governo-do-uruguai-devera-dar-inicio-em-setembro-a-plantacao-de-marijuana-1551919>

http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=1198578&page=1

www.altalex.com/index.php?idnot=34603

ANEXO I

OUTROS DIPLOMAS SOBRE ESTUPEFACIENTES

Aviso n.º 113/98, de 29 de Maio - torna público o texto do protocolo celebrado em 26 de junho de 1996 entre o Governo da República Portuguesa e o Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, respeitante ao funcionamento em Portugal e à instalação da sua sede em Lisboa.

Declaração de Rectificação n.º 79/2006, de 17 de Novembro - De ter sido rectificadas a Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/2006, que aprova o Plano Nacional contra a Droga e as Toxicodependências no médio prazo até 2012, bem como o Plano de Acção contra a Droga e as Toxicodependências no curto prazo até 2008, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 180, de 18 de setembro de 2006.

Declaração de Rectificação n.º 11-H/96, de 29 de Junho - De ter sido rectificadas a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, dos Ministérios da Justiça e da Saúde, que define os procedimentos de diagnósticos e dos exames periciais necessários à caracterização do estado de toxicodependência, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 73, de 26 de Março de 1996.

Decreto do Presidente da República n.º 73/97, de 13 de Dezembro - É ratificada a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, assinada por Portugal em 8 de Novembro de 1990.

Decreto-Lei n.º 221/2007, de 29 de Maio - Aprova a orgânica do Instituto da Droga e da Toxicodependência, I.P.

Decreto-Lei n.º 172/2005, de 14 de Outubro - Altera os Estatutos do Instituto da Droga e da Toxicodependência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 269-A/2002, de 29 de novembro.

Decreto-Lei n.º 269-A/2002 de 29 de Novembro - Cria o Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT), resultante da fusão do Serviço de Prevenção e Tratamento da Toxicodependência (SPTT) e do Instituto Português da Droga e da Toxicodependência (IPDT).

Decreto-Lei n.º 183/2001, de 21 de Junho - Regime Geral / Políticas de Prevenção.

Decreto-Lei n.º 352/99, de 3 de Setembro – Estabelece o regime jurídico dos ficheiros informáticos da Polícia Judiciária.

Decreto-Lei n.º 31/99 de 5 de Fevereiro - O reforço e a racionalização dos meios disponíveis para a prevenção do consumo de droga.

Decreto-Lei n.º 72/99 de 15 de Março – Revisão do quadro jurídico ao abrigo do qual o Estado concede apoios às instituições privadas que trabalham com dependência, bem como na área da reinserção social dos toxicodependentes, sem a qual não pode haver um tratamento eficaz.

Decreto-Lei n.º 16/99 de 25 de Janeiro - Regula o licenciamento, o funcionamento e a fiscalização do exercício da actividade das unidades privadas que actuem na área da toxicodependência (revoga o Decreto Regulamentar n.º 42/93, de 27 de Novembro)

Decreto-Lei n.º 183/97, de 26 de Julho - Combate à dopagem no desporto.

Decreto-Lei n.º 193/96 de 15 de Outubro - Define os princípios gerais organizadores das acções e procedimentos do Programa Nacional de Prevenção da Toxicodependência - Projecto VIDA, adiante abreviadamente designado «Projecto VIDA», bem como os respectivos órgãos e competências.

Decreto-Lei n.º 81/95, de 22 de Abril - Prevê a criação de brigadas anticrime e de unidades mistas de coordenação integrando a Polícia Judiciária, a Guarda Nacional Republicana, a Polícia de Segurança Pública, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e a Direcção-Geral das Alfândegas.

Decreto- Lei n.º 90/83, de 16 de Fevereiro – Cria os centros de detenção para jovens com internamento de curta duração.

Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro – Estabelece o regime aplicável em matéria penal a jovens com idade entre os 16 e 21 anos.

Decreto Legislativo Regional n.º 22/2001/M, de 4 de Agosto - Adapta e regulamenta o novo regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e introduz medidas de protecção sanitária e social das pessoas que consomem essas substâncias sem prescrição médica.

Decreto Regulamentar n.º 28/2009, 12 de Outubro - Procedê à terceira alteração ao Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12 de Outubro, que veio proceder à regulamentação do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, relativo ao controlo do tráfico ilícito de

estupefacientes, de substâncias psicotrópicas e dos precursores e outros produtos químicos essenciais ao fabrico de droga.

Decreto Regulamentar n.º 86/2007, de 12 de Dezembro - Articula a acção das autoridades de polícia e demais entidades competentes no âmbito dos espaços marítimos sob soberania e jurisdição nacional.

Decreto Regulamentar n.º 19/2004, de 30 de Abril - Altera o Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12 de Outubro, que estabelece as regras relativas ao controlo do mercado lícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de utilização no fabrico de droga.

Decreto regulamentar n.º 23/99, de 22 de Outubro - Altera o Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12 de Outubro, que estabelece as regras relativas ao controlo do mercado lícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de utilização no fabrico de droga.

Decreto Regulamentar n.º 24/98, de 30 de Outubro - Regulamenta os procedimentos para fiscalização da condução sob influência do álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas.

Decreto Regulamentar n.º 22/95, de 23 de Agosto - Cria o Sistema Integrado de Informação Aduaneira e Antifraude (SIIAF/DGA).

Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12 de Outubro - Regulamenta o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Deliberação n.º 1148/2008, de 18 de Abril - Regulamento de horário de trabalho do pessoal do Instituto da Droga e da Toxicodependência, I.P.

Despacho 11055/98, do SEJ, no DR (2.ª série), de 30 de Junho - Aprova os procedimentos analíticos relativos aos exames de triagem e de confirmação do estado de toxicodependência.

Despacho 8/SEJ/97, no DR, II Série, de 23 de Abril - Regulamenta os procedimentos a adoptar nos exames complementares toxicológicos em amostras biológicas e exames serológicos a que se refere a alínea f) do n.º 3 da Portaria n.º 94/96, de 26 de Março.

Despacho conjunto (PCM e MJ) no DR II Série, de 01 de Abril - Homologa um protocolo de cooperação entre o Instituto do Desporto e o IML de Lisboa para execução de exames

toxicológicos complementares de exames destinados à caracterização do estado de toxicodependência.

Despacho conjunto da Justiça e da Saúde, no DR, II Série, de 25 Setembro - Aprova o Regulamento da Verificação do Grau de Alcoolemia e do Estado de Intoxicação de Estupefacientes do Pessoal do CGP.

Despacho n.º 4021/2009, de 2 de Fevereiro - Transferência para o IDT das competências dos governos civis previstas no n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro.

Despacho normativo n.º 51/2008, de 01 de Outubro - Aprova o Regulamento Interno do Instituto da Droga e da Toxicodependência, I.P.

Despacho conjunto n.º 679/2003, de 2 de Julho - Regulamento do Pessoal Dirigente do Instituto da Droga e da Toxicodependência.

Lei n.º 3/2003, de 15 de Janeiro - Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2001/8/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e procede à nona alteração do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (revê a legislação de combate à droga).

Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto – Estabelece o regime de acções encoberta para fins de prevenção e investigação criminal.

Lei n.º 109/99 de 3 de Agosto - Núcleo de acompanhamento médico ao toxicodependente.

Lei n.º 152/99, de 14 de Setembro - Primeira alteração do Decreto-Lei n.º 183/97, de 26 de Julho (combate à dopagem no desporto).

Lei n.º 17/98 de 21 de Abril - Regula as condições de financiamento público de projectos de investimento respeitantes a equipamentos destinados à prevenção secundária da toxicodependência.

Lei n.º 7/97 de 8 de Março - Alarga a rede de serviços públicos para o tratamento e a reinserção de toxicodependentes.

Lei n.º 5/95, de 21 de Fevereiro – Estipula a obrigação de porte de documento de identificação e estabelece procedimentos na identificação policial dos cidadãos.

Portaria n.º 1325/2010, de 30 de Dezembro - Aprova a lista de substâncias e métodos proibidos no âmbito do Código Mundial Antidopagem.

Portaria n.º 1267/2008, de 05 de Novembro - Aprova as tabelas de emolumentos devidos pelos serviços prestados pelo Instituto da Droga e da Toxicodependência, I.P., e revoga a Portaria n.º 603/2001, de 11 de Junho.

Portaria n.º 648/2007, de 30 de Maio - Aprova os Estatutos do Instituto da Droga e da Toxicodependência, I.P.

Portaria n.º 639/2005, de 4 de Agosto - Aprova o quadro de pessoal transitório do Instituto da Droga e da Toxicodependência.

Portaria n.º 1129/2003, de 28 de Agosto - Altera o n.º 3 do art.º 6º e as alíneas b) e j) do art.º 9º dos Estatutos do IDT, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 269-A/2002, de 29 de Novembro.

Portaria n.º 484/2003, de 15 de Abril - Aprova o Regulamento do Instituto da Droga e da Toxicodependência.

Portaria n.º 540/2001, de 28 de Maio - Identifica o centro de saúde competente para apresentações periódicas.

Portaria n.º 428-A/2001, de 23 de Abril - Estabelece o estatuto dos membros das comissões para a dissuasão da toxicodependência.

Portaria n.º 604/2001, de 12 de Junho - Regulamenta o registo central de processos de Contra ordenação.

Portaria n.º 540/2001, de 28 de Maio - Procedimentos no Âmbito do Consumo.

Portaria n.º 981/98 (2.º série), de 18 de Setembro - Aprova os modelos de livros de receita médica e médico-veterinária, de registo e de requisições de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Portaria n.º 230/87, de 27 de Março - Alarga a área de recrutamento para provimento de chefes de divisão psicossocial do Centro de Estudos da Profilaxia da Droga.

Resolução da Assembleia da República n.º 70/97, de 9 de Outubro de 1997 - Aprova a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, assinada por Portugal em 8 de Novembro de 1990.

Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 32/2012/M, de 1 de Agosto - Institui a proibição genérica de todas as substâncias psicoactivas.

Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 7/2006/M, de 26 de Abril - Recomenda ao Governo da República para que o Estado garanta, nas Regiões Autónomas, todos os meios necessários para o combate ao narcotráfico nas ilhas do Atlântico.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 136/98, de 4 de Dezembro - É criado o Programa VIDA-EMPREGO, no contexto global das medidas activas de emprego e formação e como instrumento de acção no quadro do Programa Nacional de Prevenção da Toxicodependência — Projecto VIDA, visando potenciar a reinserção social e profissional de toxicodependentes, como parte integrante e fundamental do processo de tratamento da toxicodependência.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/96, de 29 de Abril - Aprova o Programa de Acção para o sistema prisional.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 115/2006, de 18 de Setembro - Aprova o Plano Nacional contra a Droga e as Toxicodependências no médio prazo até 2012, bem como o Plano de Acção contra a Droga e as Toxicodependências no curto prazo até 2008.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2001, de 9 de Abril - Aprova o Plano de Acção Nacional de Luta contra a Droga e a Toxicodependência no Horizonte 2004.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2001, de 13 de Março - Aprova os 30 principais objectivos da luta contra a droga e a toxicodependência no horizonte 2004.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 62/96, de 29 de Abril - Aprova o Programa de Acção para o sistema prisional.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 23/87, de 21 de Abril - Aprova o plano integrado combate ao tráfico ilícito e uso indevido de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

ANEXO II

ACTOS DA UNIÃO EUROPEIA

Consultados in http://eur-lex.europa.eu/pt/dossier/dossier_65.htm

Actos normativos

- 32004R0273 - Regulamento (CE) n.º 273/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, relativo aos precursores de drogas (Texto relevante para efeitos do EEE), Jornal Oficial nº L 047 de 18/02/2004 p. 0001 – 0010.
- 32006R1920 - Regulamento (CE) n.º 1920/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativo ao Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (reformulação), Jornal Oficial nº L 376 de 27/12/2006 p. 0001 – 0013.
- 32007D1150 - Decisão n.º 1150/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Setembro de 2007, que cria, para o período de 2007 a 2013, o programa específico Informação e prevenção em matéria de droga no âmbito do programa geral Direitos fundamentais e Justiça, Jornal Oficial nº L 257 de 03/10/2007 p. 0023 – 0029.
- 32003H0488 - Recomendação do Conselho, de 18 de Junho de 2003, relativa à prevenção e redução dos efeitos nocivos da toxicodependência para a saúde. - Jornal Oficial nº L 165 de 03/07/2003 p. 0031 – 0033.
- 32001D0419 - 2001/419/JAI: Decisão do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao envio de amostras de substâncias regulamentadas, Jornal Oficial nº L 150 de 06/06/2001 p. 0001 – 0003.
- 32004F0757 - Decisão-quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga, Jornal Oficial nº L 335 de 11/11/2004 p. 0008 – 0011 e Jornal Oficial nº L 153 de 07/06/2006 p. 0094 – 0097.

- 32005R0111 - Regulamento (CE) n.º 111/2005 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2004, que estabelece regras de controlo do comércio de precursores de drogas entre a Comunidade e países terceiros, Jornal Oficial nº L 022 de 26/01/2005 p. 0001 – 0010 e Jornal Oficial nº L 333 de 11/12/2008 p. 0472 – 0501.
- 32005R1277 - Regulamento (CE) n.º 1277/2005 da Comissão, de 27 de Julho de 2005, que estabelece as normas de execução do Regulamento (CE) n.º 273/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos precursores de drogas e do Regulamento (CE) n.º 111/2005 do Conselho que estabelece regras de controlo do comércio de precursores de drogas entre a Comunidade e países terceiros
Texto relevante para efeitos do EEE, Jornal Oficial nº L 202 de 03/08/2005 p. 0007 – 0033 e Jornal Oficial nº L 287 de 18/10/2006 p. 0246 – 0272.
- 32004R0273 - Regulamento (CE) n.º 273/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, relativo aos precursores de drogas (Texto relevante para efeitos do EEE), Jornal Oficial nº L 047 de 18/02/2004 p. 0001 – 0010.
- 32008D0206 - Decisão 2008/206/JAI do Conselho, de 3 de Março de 2008 , que define a 1-benzilpiperazina (BZP) como uma nova substância psicoactiva que deve ser sujeita a medidas de controlo e a sanções penais, Jornal Oficial nº L 063 de 07/03/2008 p. 0045 – 0046.
- 32005D0387 - Decisão 2005/387/JAI do Conselho, de 10 de Maio de 2005, relativa ao intercâmbio de informações, avaliação de riscos e controlo de novas substâncias psicoactivas, Jornal Oficial nº L 127 de 20/05/2005 p. 0032 – 0037 e Jornal Oficial nº L 164 de 16/06/2006 p. 0030 – 0035.
- 31996F0699 - 96/699/JAI: Acção Comum de 29 de Novembro de 1996 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao intercâmbio de informações sobre a caracterização química das drogas para facilitar o desenvolvimento da cooperação entre os Estados-membros no combate ao tráfico de droga, Jornal Oficial nº L 322 de 12/12/1996 p. 0005 – 0006.
- 32011D0056 - 2011/56/UE: Decisão do Conselho, de 26 de Julho de 2010 , relativa à assinatura, em nome da União, de um Acordo entre a União Europeia e a República da Croácia sobre a participação da República da Croácia nos trabalhos

do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, Jornal Oficial nº L 026 de 29/01/2011 p. 0001 – 0001.

32009D0166 - 2009/166/CE: Decisão do Conselho, de 27 de Novembro de 2008 , relativa à celebração do Acordo entre a Comunidade Europeia e o Governo da República Popular da China sobre precursores de drogas e substâncias frequentemente utilizadas no fabrico ilícito de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, Jornal Oficial nº L 056 de 28/02/2009 p. 0006 – 0007.

22007A1208(02) - Acordo entre a Comunidade Europeia e a República da Turquia relativo à participação da República da Turquia nos trabalhos do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, Jornal Oficial nº L 323 de 08/12/2007 p. 0024 – 0033.

32008D0375 - 2008/375/CE: Decisão do Conselho, de 29 de Abril de 2008 , respeitante à celebração do Acordo entre a Comunidade Europeia e a República da Turquia relativo à participação da República da Turquia nos trabalhos do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, Jornal Oficial nº L 129 de 17/05/2008 p. 0048 – 0048.

32006D0914 - 2006/914/CE: Decisão do Conselho, de 13 de Novembro de 2006 , relativa à celebração do Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Noruega sobre a revisão do montante da contribuição financeira da Noruega prevista no Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Noruega relativo à participação da Noruega nos trabalhos do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (OEDT), Jornal Oficial nº L 349 de 12/12/2006 p. 0047 – 0048 e Jornal Oficial nº L 200 de 01/08/2007 p. 0359 – 0360.

32004G0422(02) - Resolução do Conselho de 27 de Novembro de 2003 sobre a importância do papel das famílias na prevenção do consumo dos estupefacientes pelos adolescentes, Jornal Oficial nº C 097 de 22/04/2004 p. 0004 – 0005.

32004H0406(01) - Recomendação do Conselho de 30 de Março de 2004 relativa a directrizes em matéria de recolha de amostras de drogas apreendidas, Jornal Oficial nº C 086 de 06/04/2004 p. 0010 – 0011.

- 32004G0212(01) - Resolução do Conselho de 17 de Dezembro de 2003 relativa à formação dos agentes dos serviços de aplicação das leis na luta contra o tráfico de droga, Jornal Oficial nº C 038 de 12/02/2004 p. 0001 – 0002.
- 32003D0847 - 2003/847/JAI: Decisão 2003/847/JAI do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativa a medidas de controlo e sanções penais respeitantes às novas drogas sintéticas 2C-I, 2C-T-2, 2C-T-7 e TMA-2, Jornal Oficial nº L 321 de 06/12/2003 p. 0064 - 0065
- 31997Y0807(02) - Conclusões do Conselho de 24 de Julho de 1997 sobre os aspectos sanitários do problema da droga, Jornal Oficial nº C 241 de 07/08/1997 p. 0007 – 0007.
- 41992X1211(02) - Conclusões do Conselho e dos ministros de Saúde dos Estados-membros, reunidos em Conselho, de 13 de Novembro de 1992, relativas ao segundo relatório sobre a redução da procura da droga na Comunidade Europeia, Jornal Oficial nº C 326 de 11/12/1992 p. 0003 – 0003.

Actos preparatórios

- 52009DC0669 - Relatório da Comissão sobre a aplicação da Decisão-Quadro 2004/757/JAI que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga [SEC(2009)1661].
- 51990DC0527 - RELATORIO SOBRE PROGRAMAS NACIONAIS DE REDUCAO DE PROCURA DE DROGAS NA COMUNIDADE EUROPEIA.
- 52011DC0430 - RELATÓRIO DA COMISSÃO sobre a avaliação da aplicação da Decisão 2005/387/JAI do Conselho relativa ao intercâmbio de informações, avaliação de riscos e controlo de novas substâncias psicoactivas.
- 52010DC0630 - RELATÓRIO DA COMISSÃO Revisão intercalar 2010 do Plano de Acção da UE de luta contra a droga (2009-2012).
- 52010SC1321 - COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT accompanying the REPORT FROM THE COMMISSION on the Mid-Term Review of the implementation of the EU Drugs Action Plan (2009-2012) COM(2010) 630.

- 52009PC0653 - Proposta de decisão do Conselho relativa à posição a adoptar pela União Europeia no que respeita à Proposta de alteração do anexo A do Acordo entre a Comunidade Europeia e o Governo da República Popular da China sobre precursores de drogas e substâncias frequentemente utilizadas no fabrico ilícito de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.
- 52007DC0199 - Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Recomendação do Conselho, de 18 de Junho de 2003, relativa à prevenção e redução dos efeitos nocivos da toxicod dependência para a saúde
- 52006AP0424 - Resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre uma proposta de decisão do Conselho relativa à conclusão do Acordo entre a Comunidade Europeia e a Noruega sobre a revisão do montante da contribuição financeira da Noruega prevista no Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Noruega relativo à participação da Noruega nos trabalhos do Observatório Europeu da Droga e da Toxicod dependência (OEDT) (COM(2006)0115 - C6-0140/2006 - 2006/0037(CNS)), Jornal Oficial nº 313 E de 20/12/2006 p. 0064 – 0064.
- 52004IP0101(01) - Recomendação do Parlamento Europeu sobre uma proposta de recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho e ao Conselho Europeu sobre a Estratégia europeia em matéria de luta contra a droga (2005/2012) (2004/2221(INI)) - Jornal Oficial nº 226 E de 15/09/2005 p. 0233 – 0238.
- 52003DC0681 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a coordenação em matéria de droga na União Europeia.
- 51981IP1079 - RESOLUTION ON THE COMBATING OF DRUGS, Jornal Oficial nº C 149 de 14/06/1982 p. 0120.
- 51984IP0313 - RESOLUTION ON DRUG-TAKING BY CHILDREN, Jornal Oficial nº C 172 de 02/07/1984 p. 0130.
- 51985IP0807 - RESOLUTION ON MEASURES TO COMBAT THE SPREAD OF DRUGS, Jornal Oficial nº C 262 de 14/10/1985 p. 0123.

Outros actos

- 52005XG0708(01) - Plano de Acção da União Europeia em matéria de luta contra a droga (2005-2008), Jornal Oficial nº C 168 de 08/07/2005 p. 0001 - 0018
- 52008XG1220(01) - Plano de Acção da UE em matéria de Luta contra a Droga (2009-2012), Jornal Oficial nº C 326 de 20/12/2008 p. 0007 – 0025.
- 52006DC0316 - Livro Verde sobre o papel da sociedade civil na luta contra a droga na União Europeia.
- E2005C1110(02) - Auxílio estatal — Islândia — Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA aos Estados da EFTA, aos Estados-Membros da União Europeia e aos terceiros interessados — Auxílio estatal 47901 (anteriormente SAM 030.02.006) — Auxílio proposto sob a forma de uma garantia estatal a favor da deCODE Genetics no contexto da criação de um departamento de desenvolvimento de medicamentos, Jornal Oficial nº C 277 de 10/11/2005 p. 0029 – 0029.
- 52008IP0169 - Livro Verde sobre o papel da sociedade civil na luta contra a droga na UE Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de Abril de 2008 , sobre o Livro Verde sobre o papel da sociedade civil na luta contra a droga na União Europeia (2007/2212(INI)), Jornal Oficial nº C 259 E de 29/10/2009 p. 0022 – 0029.
- 51991IP0341 - RESOLUÇÃO sobre a educação sanitária e o consumo ilegal de drogas nos Estados-membros da Comunidade Europeia e do Conselho da Europa, Jornal Oficial nº C 150 de 15/06/1992 p. 0042.
- 92003E0315 - PERGUNTA ESCRITA E-0315/03 apresentada por Chris Davies (ELDR) à Comissão. Análise dos dados sobre estupefacientes ilegais nos Estados-Membros da União Europeia, Jornal Oficial nº 051 E de 26/02/2004 p. 0018 – 0019.
- 92003E1779 - PERGUNTA ESCRITA E-1779/03 apresentada por Claude Moraes (PSE) à Comissão. Negociações de comércio da Ronda de Doha e drogas anti-retrovirais, Jornal Oficial nº 011 E de 15/01/2004 p. 0225 – 0226.
- 92000E1104 - PERGUNTA ESCRITA E-1104/00 apresentada por Cristiana Muscardini (UEN) à Comissão. Drogas sintéticas e consequências para a saúde, Jornal Oficial nº 046 E de 13/02/2001 p. 0124 – 0125.

ANEXO III

Alterações ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro - Regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Lei n.º 13/2012, de 26 de Março.

DL n.º 114/2011, de 30 de Novembro.

Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho.

Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio.

Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro.

Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Lei n.º 14/2005, de 26 de Janeiro

Lei n.º 17/2004, de 17 de Maio.

Lei n.º 11/2004, de 27 de Março.

Lei n.º 47/2003, de 22 de Agosto

Lei n.º 3/2003, de 15 de Janeiro.

DL n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto.

Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

DL n.º 69/2001, de 24 de Agosto.

Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

DL n.º 214/2000, de 02 de Setembro.

Lei n.º 45/96, de 03 de Setembro.

DL n.º 81/95, de 22 de Abril.

Rect. n.º 20/93, de 20 de Fevereiro.