

MÁRIO WILSON FONSECA SERRANO

**O CRIME DE CONSUMO DE DROGAS EM
PORTUGAL**

Orientador: Professor Doutor José de Sousa e Brito

**Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias
Faculdade de Direito**

Lisboa

2017

MÁRIO WILSON FONSECA SERRANO

**O CRIME DE CONSUMO DE DROGAS EM
PORTUGAL**

Dissertação defendida em provas públicas para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, conferido pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias com o Despacho de Nomeação de Júri nº 144/2017 no dia 6 de Junho de 2017 a seguinte composição:

Presidente-Professor Doutor António Manuel Tavares de Almeida Costa

Arguente-Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva

Orientador- Professor Doutor José de Sousa e Brito

Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias

Faculdade de Direito

Lisboa

2017

Agradecimentos

O meu profundo agradecimento ao meu Professor e Orientador, Doutor José de Sousa e Brito, por todo o apoio, disponibilidade e confiança.

Muito Obrigado!

RESUMO

O presente trabalho analisa a evolução legislativa sobre estupefacientes em Portugal no seu contexto social desde 1927 até hoje. O estudo incide em especial sobre a criminalização e descriminalização do consumo de drogas, e termina com o exame do crime de consumo de drogas, de acordo com a jurisprudência fixada.

Palavras-Chave: Crime; Consumo; Droga;

ABSTRACT

This essay analyzes the legal developments on drugs in Portugal and their social context from 1927 until today. The study focuses in particular on the criminalization and decriminalization of drug use, and it ends with the analysis of the crime of drug use, according to the established jurisprudence.

Key-words: Crime; Consumption; Drug;

Abreviaturas e siglas

CEJ	Centro de Estudos da Juventude
CEPD	Centro de Estudos da Profilaxia da Droga
CDT	Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência
CP	Código Penal
CPP	Código Penal Português
DL	Decreto-Lei
EMCDA	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction
IDT	Instituto da Droga e Toxicodependência
ONU	Organização das Nações Unidas
PNCDT	Plano Nacional Contra a Droga e Toxicodependências
RGCO	Regime Geral de Contraordenações
RED	Relatório Europeu sobre Drogas

ÍNDICE GERAL

Introdução

Capítulo I – A evolução da legislação sobre drogas em Portugal 9

1.1. Aspectos gerais das leis sobre drogas até 1983 9

1.2. Evolução da política legislativa sobre drogas desde 1983 12

Capítulo II - Os crimes relacionados com o consumo de drogas 16

2.1. Criminalização e descriminalização do consumo de drogas 16

2.2. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008..... 19

Capítulo III - O crime de consumo de droga do art.º 40 do Decreto-lei n.º15/93 29

3.1. O bem jurídico 29

3.2. O tipo..... 32

3.2.1. O tipo objetivo de ilícito 32

3.2.2. O tipo subjectivo de ilícito 35

3.3. As causas de exclusão da punibilidade no consumo de estupefacientes..... 35

3.4. A pena 39

3.4.1. As medidas alternativas 39

3.4.2. A atenuação especial ou dispensa da pena 40

3.4.3. A atenuação especial da pena 41

3.4.4. A suspensão da pena..... 42

3.4.5. A atenuação especial para jovens..... 44

3.4.6. A admoestação 47

3.4.7. A pena relativamente indeterminada 48

3.4.8. O concurso..... 53

3.5. No âmbito do processo contraordenacional.....54

Conclusões

BIBLIOGRAFIA

Introdução

A aplicação das leis da droga em Portugal revela uma associação com o cenário social interno e as diversas modalidades legislativas sobre a droga. Num primeiro momento, o problema da droga é legislado, nomeadamente no Decreto n.º 12.210, de 24 de Agosto de 1926 (publicado em 27), como um problema fiscal, no que se refere ao seu comércio e representada como mercadoria, com fortes implicações para a saúde pública.

Nos anos 1970 a droga surge como objeto de discurso político, e dá-se o início da disseminação do fenómeno. O Decreto-Lei n.º 420/ 70, de 3 de Setembro, incriminou tanto o tráfico com o consumo. Mais tarde, o decreto-lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, faz a distinção entre o traficante-consumidor e o mero consumidor. No ano de 1988, as Nações Unidas aprovaram a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, que foi entretanto ratificada por Portugal e deu origem ao decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que continuou a criminalizar o consumo.

Finalmente a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro descriminalizou o consumo de drogas, que passou a ser punido como contraordenação, salvo se o agente adquirir ou detiver uma quantidade de estupefaciente que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias. A jurisprudência fixada no do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, decidiu manter em vigor o artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93, para além do cultivo, que constitui crime a aquisição e detenção para consumo próprio de drogas em quantidades que excedam esse consumo. São distinguidas as sanções administrativas, as quais são aplicadas pela Comissão para Dissuasão da Toxicodependência (CDT), das penas e medidas de segurança, aplicadas pelo Juizes dos tribunais judiciais competentes.

Capítulo I – A evolução da legislação sobre drogas em Portugal

1.1. Aspectos gerais das leis sobre drogas até 1983

A aplicação das leis da droga em Portugal não foi aleatória e revela uma associação com o cenário social interno e as diversas modalidades legislativas sobre a droga. A evolução aplicativa das leis da droga ao nível nacional podem ser agrupadas em cinco quadros de referência, as leis de 1927, de 1970, de 1983, de 1993 e de 2002.¹

Ao nível nacional, o aumento do consumo de drogas foi rápido, pois surgiu com a explosão da toxicodependência. Até aos anos 1960, o consumo de produtos estupefacientes esteve apenas circunscrito a elites, e até ao início da década de 1970, não foi considerada como um problema social, ficando este somente restrito ao consumo de álcool.

As leis que foram publicadas em Portugal em matéria de consumo e comércio de drogas surgiram com o impulso dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado. Assim, as primeiras leis da droga em Portugal remetem ao paradigma fiscal, de 1914 a 1970 e implementaram alguns acordos assumidos internacionalmente, como nas Conferências de Xangai (1909) e de Haia em 1911 e 1912, através das quais o comércio dessas substâncias é fiscalizado pelo Estado.

¹ Para maior desenvolvimento, cfr. Ana Rita Valinho dos Santos Marques, As droga(s) e a(s) toxico-dependência(s) – Representações sociais e políticas em Portugal, Dissertação de mestrado, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2008, que seguimos de perto no texto.

Posteriormente, entre o ano de 1970 e 1975, a droga começa a estar associada a eventos que colocavam em causa a ordem social, tais como as greves, movimentos estudantis, e insatisfação nas forças armadas. É após a década de 80 que se alteraram os padrões de consumo com a introdução de um mercado de venda de heroína. De acordo com Fernandes (1993) esta nova fase caracteriza-se por um novo produto, a heroína, e por novos atores sociais, como os “junkies e os dealers”.

Após este momento histórico, as drogas levantaram dois problemas: o consumo e o acesso ilegal a produtos de elevado custo. A droga surge então como uma entidade mágica, com propriedades alucinogénias, que prejudica a saúde, e principalmente, que afeta o corpo social.

Em relação a este aspeto, salienta-se que o poder político da altura respondeu através de medidas legislativas, especificamente pelas leis substantivas. O Decreto Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro e o Decreto Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, permitiu uma maior atenção ao tratamento do que à punição, e separou as figuras do traficante e do consumidor.

Todo o sistema de controlo da droga em Portugal incluiu três tipos de controlo, os hétero-controlos, da responsabilidade do aparelho repressivo e médico; os controlos sociais, promovidos essencialmente pelas instâncias agenciadoras da socialização como a família, a escola, a igreja e as associações; e os autocontrolos, que corresponde à monitorização reflexiva da ação.

Num primeiro momento, o problema da droga é legislado, nomeadamente no Decreto n.º 12.210, de 24 de Agosto de 1926 (publicado em 27), como um problema fiscal, essencialmente, no

que se refere ao seu comércio e representada como mercadoria com fortes implicações para a saúde pública.

Nos anos 1970, e com a aplicação da lei sobre o toxicodependente, a droga surge como objeto de discurso político, e dá-se o início da disseminação do fenómeno.

A fase posterior foi considerada como sendo a mais problemática, iniciando-se neste momento, o paradigma da criminalidade e o consumo problemático de jovens das grandes cidades como Lisboa, Porto e Coimbra. O Decreto-Lei n.º 420/ 70, de 3 de Setembro, incriminou tanto o tráfico quanto o consumo, dispondo nomeadamente quanto a este, que actos de importação, compra, obtenção, preparação, cultivo, detenção e guarda de estupefacientes, quando se destinarem a uso pessoal do agente, serão punidos com prisão até dois anos e multa (art. 2.º, n.º 2). Segundo o n.º 3 do artigo 4.º, quando o uso habitual de estupefacientes houver publicado uma toxicomania, seria aplicado o regime do § 2.º do artigo 71.º do Código Penal de 1886 (na redacção do Decreto-Lei n.º 39 688, de 5 de Julho de 1954), que dispunha que os delinquentes poderão cumprir a pena de prisão em que tiverem sido condenados e ser internados após esse cumprimento em estabelecimento especial, em prisão-asilo ou em casa de trabalho ou colónia agrícola, por período de seis meses a três anos prorrogável por períodos sucessivos de três anos.

Nos anos 1970 a 1975, assistiu-se a uma dupla descontinuidade na qualificação do consumo de drogas, nomeadamente, passou da ótica fiscal e comercial para a noção criminal como droga-delito. Por essa razão se considera uma época de transição e de mudança de olhar.

No final de 1975, e após o 25 de Abril de 1974, criou-se o Centro de Estudos da Juventude (CEJ), com competência do estudo dos problemas associados ao uso da droga e do tratamento médico-social do toxicodependente e posteriormente o CIJD (Centro de Investigação Judiciária da Droga), com a responsabilidade de investigação, fiscalização e repressão criminal no domínio do consumo de drogas, no Decreto-lei n.º 745/75.

Salienta-se igualmente, que neste período de tempo, as ações governamentais estavam sob a tutela do Ministério da Justiça, colocando-se a tónica do problema na substância e no seu consumo.

Posteriormente, através do DL nº 791/76, de 5 de Novembro, o CEPD (Centro de Estudos da Profilaxia da Droga) substituiu o CEJ e constituiu-se como o principal responsável pelas questões relacionadas com a redução da procura e o Centro de Investigação e Controle da Droga (CICD) – por substituição do CIJD, com a responsabilidade pelas questões relativas ao controlo da oferta.

Consequentemente a estes aspetos, o discurso do legislador entre o ano de 1975 e 1982 alterou-se: da pura penalização ou castigo passou a utilizar os termos “flagelo social”, “uma difusão epidémica”, “combate à droga”.

Neste período, o discurso não demonstra uma coerência ou seja, refere-se a violência necessária para a erradicação do problema do consumo de droga, através do tráfico, ou por outro lado se considera o consumidor como um doente.

1.2. Evolução da política legislativa sobre drogas desde 1983

O decreto-lei nº 430/83, de 13 de Dezembro implementou inicialmente o paradigma de intervenção. É feita a distinção entre o traficante-consumidor (art. 25.º) do mero consumidor. Sobre este,

dispõe o art. 36.º: “A aquisição ou detenção ilícita de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a IV, para consumo pessoal, fora da previsão do art. 25, será punida:

a) Com pena de prisão até 3 meses e multa até 90 dias, podendo o tribunal, em caso de consumo ocasional, correspondente a experiência fortuita, proferir simples admoestação ou dispensar a pena nos termos do artigo 75.º do Código Penal;

b) Com multa até 30 dias, se as substâncias ou preparados se destinavam a fim terapêutico, podendo o tribunal proferir, igualmente, simples admoestação ou dispensar a pena.”

No ano de 1988, as Nações Unidas aprovaram a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, que foi entretanto ratificada por Portugal e deu origem ao decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Assim, o regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes e psicotrópicos criminalizou o consumo de drogas, embora já continha na sua descrição tendências para a imposição de contraordenações e multas para pequenos consumidores. Foi assim, com base neste percurso e neste contexto, que Portugal instituiu a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro da descriminalização do consumo de drogas. Definiu no seu artigo 1º, o *regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes*, “*bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica*”².

Cristina Líbano Monteiro, acerca da Lei 30/2000, refere que

«*o diploma começa por uma definição ou qualificação dogmática da conduta que descreve: diz que se*

² Artigo 1º, Lei n.º 30/2000

considera contraordenação tanto o consumo como a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro (vulgo, drogas ou drogas ilícitas). Vê-se logo a seguir que a fronteira que separa este ilícito do crime de tráfico deve traçar-se de acordo com dois critérios: 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 10 doses diárias individuais). Se quiséssemos descrever de outro modo a conduta proibida, poderíamos dizer: quem consumir ou, com intenção de consumir, detiver ou adquirir drogas ilícitas, em quantidade que não exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, praticará uma contraordenação»³.

Com esta opção legislativa assumia-se que a punição criminal deveria ser retirada de quem tinha um problema de saúde e que por isso consumia, necessitando de ajuda e apoio, reservando-se tal punição e repressão para o tráfico e branqueamento de capitais, ao mesmo tempo que se assumia, pragmaticamente, que haveria sempre franjas da população que iriam manter os seus consumos.

E, como medida de coação especial e inovadora a aplicar a indivíduos toxicodependentes, prevê-se a obrigação de tratamento em estabelecimentos adequados para esse mesmo fim⁴. O âmbito de aplicação limita-se essencialmente aos toxicodependentes e aos crimes que são punidos com pena máxima de três anos, o mesmo

³ "O consumo de droga na política e na técnica legislativas : comentário à lei n.º 30-2000", Cristina Líbano Monteiro, Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, (Jan.-Mar.2001), p.67-98

⁴ artigo 47.º e artigo 55º, n.º 1 a n.º 3, DL 15/93, de 22 de Janeiro

significa que, somente é aplicável quando está em causa o traficante-consumidor⁵ ou crime de cultivo.⁶

Ressalva-se que no caso em que haja lugar à aplicação da suspensão provisória do processo prevista no artigo 281º, do CPP, impõe-se para além das regras de conduta, a obrigação de tratamento ou internamento, desde que o arguido seja comprovadamente considerado toxicodependente⁷.

A Lei nº 30/2000, de 29/11, não deixa assim de constituir uma evolução natural destes valores, ou seja, “*facilitar a recuperação do toxicodependente e a sua reinserção na sociedade*” e, neste caso, acentuando-os com a adoção do paradigma bio-jurídico-sociológico. Sendo que, o indivíduo é o centro da atuação, objeto de algumas medidas terapêuticas, de prevenção de futuros consumos, de inserção social, embora concomitantemente, violou as normas de ordenação social e, como tal tem que ser responsabilizado por esta infracção.

Assim, a alteração legislativa transforma a natureza do ilícito de crime para contraordenação, retira da alçada dos tribunais a competência de julgar o atos que configurem no ilícito, e cria uma nova instância administrativa extrajudiciária que seja responsável pela sua apreciação, o CDT (Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência).

A descriminalização foi adoptada em diversos países, como a Itália, o México, a Argentina, a República Checa, a Croácia, o Canadá, o Brasil, a Austrália ou o Chile, com modelos com maior ou menor semelhança com o português.

⁵ artigo 26.º DL 15/93, de 22 de Janeiro
⁶ artigo 40.º DL 15/93, de 22 de Janeiro
⁷ artigo 56.º DL nº 15/93, de 22 de Janeiro

Capítulo II - Os crimes relacionados com o consumo de drogas

2.1. Criminalização e descriminalização do consumo de drogas

Tendo em conta o tipo de infracção em causa, bem como a sua forte componente biopsicológica, houve a necessidade de escolher um sistema interventivo que substituísse o criminal. Esta escolha recaiu sobre o ilícito de mera ordenação social.

O direito de mera ordenação social é o conjunto de normas jurídicas que em vista ao desenvolvimento ordenado da vida colectiva definem certos comportamentos humanos como contraordenações e atribuem aos seus agentes uma coima como consequência desses comportamentos.

O direito das contraordenações ou de mera ordenação social em Portugal teve base inspiratória no exemplo alemão das *Ordnungswidrigkeiten* e, foi introduzido pela primeira vez através do Decreto Lei nº 232/79, de 14 de Julho, que instituiu o ilícito de mera ordenação social no ordenamento jurídico nacional, e considerou contraordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal para o qual se comina uma coima.

Considera-se que a distinção entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito penal não se pode reconduzir a uma questão de quantidade, e isto porque, segundo Figueiredo Dias, existe um conjunto de contraordenações que estão próximas da ilicitude penal e, por isso protegem bens jurídicos com dignidade penal, quando não existe necessidade de sanção penal, mas somente de sanção contraordenacional.

Por esta razão, as contraordenações incluem as contraordenações de natureza preventiva e as contraordenações que ofendem bens jurídicos portadores de dignidade penal.

O processo contraordenacional na sua primeira fase, é tratado pelas autoridades administrativas, embora o processo penal seja elevado à categoria de direito subsidiário⁸. No caso de concurso entre crime e contraordenação, o processamento da contraordenação é da responsabilidade das autoridades com competência para o processo criminal (artigo 38º).

No contexto de evolução política e tendo em consideração as tendências de consumo em Portugal, surgiu o Plano Nacional Contra a Droga e Toxicodependências⁹, que foi inicialmente aprovado pelo Conselho de Ministros nº 115/2006, de 18 de setembro. Esse documento assumiu o pensamento político relacionado com a matéria em causa e deu corpo às directrizes da política nacional contra a droga.

O PNCDT dá cumprimento a três Convenções das Nações Unidas, a Convenção Única sobre estupefacientes de 1961, modificada pelo Protocolo de 1972; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988 e ainda à Estratégia da União Europeia de Luta contra a Droga.

Em relação à investigação criminal correspondente à droga, consagra-se no artigo 57º, Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro que foi republicado pelo artigo 3º, da Lei nº 18/2009, de 11 de Maio, onde está especificado o regime jurídico de investigação criminal no contexto da droga.

⁸ n.º 1, art.º 41.º RGCO

⁹ Plano Nacional Contra a Droga e Toxicodependências (PNCDT), 2005-2012

Em matéria de responsabilidades, cabe à Polícia Judiciária a investigação dos crimes de tráfico¹⁰, comercialização de precursores¹¹, abuso no exercício de profissão¹² e associações criminosas¹³.

Têm sido feitos estudos comparativos que têm como finalidade a análise de dados relacionados com o uso de drogas, antes e após a introdução da alteração legal, no sentido de permitir analisar o significado dessa mudança nos comportamentos dos indivíduos. Como tal, a descriminalização das drogas em Itália e Portugal representou um dos exemplos mais significativos em matéria de alterações legislativas.

A Itália foi o primeiro país a descriminalizar o uso de drogas em 1975, embora tenha voltado a criminalizar o seu consumo em 1990. No ano de 1993, voltou a descriminalizar o consumo de drogas. Foi Soliveti¹⁴ que efetuou um estudo de análise dos indicadores de consumo de drogas, tendo como base estas alterações à lei. Os seus resultados demonstraram que a alteração legislativa de 1990 e a de 1993, não tiveram registo notório nestes indicadores de consumo.

Em Portugal, a Lei n.º 30/2000 consagra a descriminalização do consumo de drogas e, com base na ordem social e não criminal (através da prevenção). Nesta época foi importante a Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência que teve como responsabilidade principal a aplicação de sanções administrativas aos consumidores.

¹⁰ artigo 21.º DL n.º 15/93

¹¹ artigo 22.º DL n.º 15/93

¹² artigo 27.º DL n.º 15/93

¹³ artigo 28.º DL n.º 15/93

¹⁴ Soliveti, L., *Drug use criminalization v. decriminalization: An analysis in the light of the Italian experience*, . Rome: Report on Mandate of the Federal Office of Public Health, 2001, *apud* Helena de Fátima Ferreira Antunes, *Perceções sobre o regime legal das drogas e Influências normativas nos consumos de drogas*, tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, p. 10.

Foi Quintas¹⁵ que procedeu à elaboração de estudos com vista a analisar o impacto da experiência portuguesa de descriminalização e, constatou a existência de aumento considerável nos consumos de drogas, antes e depois da descriminalização.

De acordo com o autor, Portugal mantém ainda níveis baixos em comparação com os outros países da Europa e, as oscilações ocorridas não devem ser atribuídas ao processo de descriminalização, pois estas dependem essencialmente, da evolução dos padrões de uso de drogas, bem como das medidas de redução de riscos e minimização de danos.

2.2. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008

Com a entrada da Lei 30/2000, de 29.11, gerou-se uma controvérsia jurisprudência e doutrinal, que se resolveu com o Ac. de Fixação de Jurisprudência do S.T.J. n.º 8/2008, de 5 de agosto, proferido no processo 1008/07, da 5ª Secção.

O n.º 1 do art.º 40.º do DL n.º 15/93, declarava que “*quem consumisse ou, para seu consumo cultivasse, adquirisse ou detivesse plantas, substâncias ou preparações das tabelas I a IV seria punido com pena de prisão até 3 meses ou pena de multa até 30 dias*”.

No n.º 2 do mesmo artigo, previa que caso o consumidor detivesse quantidades acima das necessárias para o seu consumo médio individual¹⁶ durante o período de cinco dias, teria como moldura penal a pena de prisão até um ano ou a multa até 120 dias.

¹⁵ Quintas, J. Regulação legal do consumo de drogas: Impactos da experiência portuguesa da descriminalização, . Porto: Fronteira do Caos Editores Lda.2011, *apud* Helena Antunes, ob. cit.

¹⁶ O consumo médio individual estipulado na Portaria n.º 94/96, de 26.03

Os indivíduos que detivessem quantidades inferiores e desde que se destinassem ao consumo seriam punidos nos termos do n.º 1.

Assim, o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contraordenação, nos termos do n.º 1, do art.º 2.º. Indo ao encontro do n.º 2, é expresso que *“para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio não pode exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante dez dias”*.

Contudo, o legislador “esqueceu” a previsão legal nos casos em que o consumidor que detenha quantidades acima do consumo médio individual para dez dias.

Ademais, no art.º 28.º é expressamente revogado o art.º 40.º do DL n.º 15/93, á excepção do cultivo, deixando aparentemente, um vazio sancionatório para o o consumidor que detenha quantidades acima do consumo médio individual para dez dias.

A partir daqui, surgiram algumas teses doutriniais e jurisprudenciais divergentes entre si, acerca da solução para a problemática desta questão.

Uma parte, sugeria uma interpretação restritiva do art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, em termos de se manter em vigor a vigência do artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93, apenas quanto a essa situação (além do cultivo), que continuaria a constituir crime. Outra, uma interpretação extensiva do n.º 1 do art.º 2 da Lei 30/2000, considerando descriminalizada toda e qualquer detenção para consumo, independentemente da quantidade. Contrariamente, outra parte defendia uma incriminação pelo crime de tráfico de menor gravidade do art.º 25.º do DL 15/93. E ainda, quem salvaguardasse a

existência de vazio legislativo pela carência de cominação punitiva, determinada pela não punibilidade.

A primeira solução, defendia que a prática desse facto não deveria ser punido, na medida em que não existia uma norma jurídica a prever essa punibilidade, por força do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Contudo, esta solução atentava contra o princípio da proporcionalidade, uma vez que era prevista e punida uma conduta de menor gravidade através de uma contraordenação, ao passo que a mais gravosa não seria punida a qualquer título. Depois, ao abrigo do n.º 1, do art.º 13.º, da Constituição da República Portuguesa, era passível se de proporcionar um estado de liberalização, quando o legislador apenas pretendeu a descriminalização do consumo de drogas. Assim, não faria sentido penalizar uma conduta menos gravosa, e liberalizar a mais gravosa.

Surgiu uma segunda solução, que sugeria que deveriam ser punidas como crime de tráfico de estupefacientes, por via do art.º 25º, do D.L. n.º 15/93 de 22/01.

Isto porque, o legislador na no n.º 2, do art.º 2.º, da Lei n.º 30/2000, criou uma norma imperativa com a expressão “*não poderão exceder*”, de forma a fazer distinção da aquisição e detenção para consumo próprio, do tráfico. Mesmo admitindo o armazenamento das drogas para consumo para mais de dez dias, seria considerado um acto de tráfico, derivado ao perigo e do risco que representa para a sociedade dessas drogas reentrarem no mercado ou serem proporcionadas a terceiros a qualquer título.

Após a entrada da Lei 30/2000, o legislador teve como intenção despenalizar a detenção para consumo de drogas numa quantidade que não excedesse o necessário para o consumo individual durante dez dias. Por outro, a detenção de quantidades

superiores deveria ser sancionada como um ilícito criminal, por via do art.º 21.º, art.º 25.º, ou art.º 26.º do DL n.º 15/93.

O perigo envolvido com a detenção de quantidades de estupefacientes superior à necessária para o consumo médio individual durante dez dias, potencia o risco dessa detenção, independentemente da vontade de quem a detém, vir a ser reintroduzida na sociedade e ser proporcionada a outrem, e porque, citando o Acórdão do TC n.º 295/03,

“tendo em conta o autêntico “flagelo” que constitui para a sociedade o flagelo da droga, levou o legislador a penalizar um tal circunstancialismo (...) de uma quantidade de substâncias que excede aquela que serviria para, pelo mesmo, ser consumida durante um determinado período de tempo (...) constitui (ou, ao menos, potencia) – por si e independentemente da falta de intenção do detentor de, ao detê-la, a oferecer, proporcionar, ceder, distribuir ou vender a terceiros, de a pôr à venda, distribuir, transportar ou transitar - um risco de essas mesmas substâncias assumirem a acessibilidade para algumas daquelas situações que se não incluíam ou incluem na vontade do agente.”

Fernanda Palma¹⁷ votou vencida, pois defendia na declaração de voto, que a interpretação do art.º 25.º do DL n.º 15/93, de forma a incriminar quem detém substâncias estupefacientes ou psicotrópicas em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante dez dias e desde que destinadas exclusivamente a consumo próprio e individual,

¹⁷ Ac. de Fixação de Jurisprudência do S.T.J. n.º 8/2008, de 5 de agosto, proferido no processo 1008/07, da 5ª Secção

“exclui a possibilidade de o arguido fazer contraprova do perigo e de demonstrar que não atuou com dolo de perigo (tráfico). Ora tal delimitação do tipo seria (...) uma autêntica violação do princípio da culpa (decorrente dos artigos 1º e 27º, n.º 1 da Constituição) pela via da atribuição de um carácter “imperativo categórico” à proibição de deter uma quantidade de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas superior às doses médias individuais consideradas necessárias ao consumo”. Refere ainda, que essa interpretação violaria o princípio da legalidade, “ao admitir, para além do sentido possível da palavra, um puro crime de detenção de droga para consumo”.

Assim, com fundamento da descriminalização do consumo, considerou essa interpretação uma afronta ao princípio da proporcionalidade.

Eduardo Maia Costa, considera inconstitucional essa interpretação, referindo ser

“manifestamente inconstitucional, por claramente desproporcionada e excessiva, uma interpretação que assimile a detenção para consumo do tráfico, tratando-se de condutas completamente distintas quanto à censura ético jurídica que merecem, conforme o legislador reconheceu precisamente ao descriminalizar a aquisição e a detenção para consumo”. E acrescenta que “ao admitir a criminalização do puro risco, sem qualquer suporte num perigo material, ainda que abstrato,

essa interpretação ofende o princípio da necessidade das penas.”¹⁸

Cristina Líbano Monteiro, defendeu que

*“a razão dominante da descriminalização do consumo de drogas foi considerar o toxicodependente um doente, e parece ser contraditório vir a considerar a sua conduta como crime, e transforma-lo num traficante, pelo facto de deter uma quantidade superior à do consumo médio individual para dez dias. Aliás, não se afigura razoável, por exemplo, punir como crime um consumidor que detenha uma só grama em excesso para consumo”.*¹⁹

Por seu turno, José de Faria Costa,

*«não considerou inteiramente adequada uma tal compreensão (...) porque (...) não encontrou uma única razão que tivesse levado o legislador a querer continuar a punir como crime, em função de um critério puramente quantitativo, uma conduta que, com fundamentos vários, decidiu despenalizar».*²⁰

Aliás, o campo de aplicação do art.º 21.º restringe a aplicação dos casos previstos no art.º 40.º do DL 15/93, isto é, quando a posse de drogas tenha como finalidade exclusiva o consumo próprio e individual, não pode ser passível de se configurar como tráfico, mas somente como crime de consumo.

¹⁸ "Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal", comentário de Eduardo Maia Costa, Revista do Ministério Público, Lisboa, (Out.-Dez.2003), p.157-169, e págs. 275-280

¹⁹ "O consumo de droga na política e na técnica legislativas : comentário à lei n.º 30-2000", Cristina Líbano Monteiro, Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, (Jan.-Mar.2001), p.67-98

²⁰ "Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga", José Francisco de Faria Costa, Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, (1Jan.2002), p.275-280

Na verdade, eleger a solução de qualificação como crime de tráfico seria subsumir o arguido a um regime mais severo, por outro lado, não faria sentido punir um consumidor por uma grama que fosse a mais, quando o seu destino era o consumo próprio e exclusivo, o que violaria o espírito do Decreto-Lei n.º 15/93, que distingue o traficante do consumidor nos termos do art.º 40.º, e impede que esse consumidor seja titulado como traficante pelo simples facto de ele deter uma quantidade de droga que exceda os limites do n.º 2, do art.º 2.º, da Lei 30/2000. Assim, desrespeitaria ainda o princípio *in dubio pro reo*, na medida em que nos casos de dúvida razoável após a produção da prova o tribunal tem de decidir no sentido mais favorável ao arguido. Ademais, transformaria um doente num criminoso, e isso, contrariaria os fins da Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga n.º 46/99, de 26.5, cuja fundamentação deu origem à Lei n.º 30/2000, de 29.10.

A terceira solução, solucionava a questão através da aplicação da contraordenação, nos termos do n.º 2 do art.º 2.º da Lei n.º 30/2000, independentemente das quantidades apreendidas.

Inês Bonina, defendia que o art.º 2º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, ao introduzir um limite quantitativo para o consumo médio individual durante o período de dez dias, apenas tinha como objectivo estipular um critério orientador que fizesse distinção entre o tráfico e o consumo. Deste modo, seria possível existir casos em que essas quantidades detidas ultrapassavam esse limite quantitativo, contudo, se o consumidor fizesse prova que essas substâncias detidas se destinavam ao consumo individual, seria afastada a presunção do crime de tráfico, nos termos do D.L. n.º 15/93. Assim, seria aplicada uma contraordenação.²¹

²¹ "Descriminalização do consumo de estupefacientes – detenção de quantidade superior a dez doses diárias", Inês Bonina, Revista do Ministério Público, Ano 23, n.º 89, (Jan.-Mar.2002), p. 185-188

Faria José Costa, assumiu que

“a detenção de quantidades maiores de droga indicia que esta pode destinar-se ao tráfico.”

Desta feita, seria o Ministério Público que em primeira mão tomava contacto com o processo, e caso não recolhesse indícios suficientes da prática do crime, deveria remeter o processo à Comissão da Dissuasão da Toxicodependência (CDT), para aplicação de uma contraordenação.²²

Patrícia Nari Agostinho, referiu que

“o conceito de quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias deve ser aferido em face do caso concreto atendendo, nomeadamente, ao tipo de estupefaciente, ao grau de adição do consumidor, à forma como é consumido (posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo médio individual durante dez dias)”.²³

No fundo, optar por qualificar o excesso da quantidade como contraordenação violaria os limites e o alcance da descriminalização prevista no n.º 2 do art.º 2.º da Lei 30/2000.

A quarta solução ser punir como crime de consumo, previsto no art.º 40.º do DL 15/93, recorrendo a uma interpretação restritiva da norma revogatória art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, considerando o art.º 40º do D.L. n.º 15/93, á excepção do cultivo, apenas relevando

²² "Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga", José Francisco de Faria Costa, Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, (1Jan.2002), p.275-280

²³ "Posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo médio individual durante dez dias", Patrícia Nari Agostinho, Revista do Ministério público, Lisboa, (Jan.-Mar.2004), p.139-143

a revogação em relação às condutas correspondentes com o art.º 2.º, da Lei n.º 30/2000.

Desta forma, se o consumidor detivesse quantidades de estupefacientes superiores às necessárias para o consumo médio individual durante o período de dez dias, seria punido pelo crime de consumo, nos termos do art.º 40.º do D.L. n.º 15/93.

Eduardo Maia Costa, referiu que

“a nova lei apenas “arrancou” uma parcela ao ilícito, (...) previsto no art.º 40º (toda a detenção ou aquisição de droga para consumo pessoal que não exceda 10 doses diárias), convertendo-o num ilícito de menor dignidade punitiva, mantendo a restante parcela (ilícito criminal) intacta.”²⁴

Pode ler-se no Ac. Do STJ n. 8/2008, que

“não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29/11, o artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, de 22/01, 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”.

Esta divergência teve como desfecho, no Ac. De fixação de jurisprudência do STJ n.º 8/2008 (publicado no DR, Iª série, de 5.8.08), o qual fixou a jurisprudência de forma a dar uma interpretação restritiva do art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, mantendo

²⁴ "O consumo de droga na política e na técnica legislativas : comentário à lei nº 30-2000", Cristina Líbano Monteiro, Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, (Jan.-Mar.2001), p.67-98

em vigor o artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93, para além do cultivo, que constitui crime a aquisição e detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV do Decreto-Lei n.º 15/93 em quantidades que excedam o consumo médio individual durante o período de dez dias.

Ficou decidido que a vontade do legislador, indo ao encontro do art.º 9.º do Código Civil, seria manter em vigor o art.º 40.º do DL 15/93, embora de forma parcial e condicionalmente. Começou por esclarecer que consumo é um vício e o consumidor é um doente, mas, quando o doente tem droga excesso, superior ao necessário por mais de 10 dias de consumo, coloca sobre si um perigo, e é criado um risco para a sociedade em geral.

Assim, os consumidores passaram a assumir a figura de doentes, caso detenham na sua posse a quantidade de droga correspondente a 10 dias de consumo e, são punidos com uma contraordenação, á luz da lei 30/2000. Caso esse limite quantitativo seja ultrapassado, esses consumidores serão julgados em processo crime, por força do art.º 40.º do DL 15/93, desde que o façam com a finalidade exclusiva do seu consumo próprio.

A fundamentação desta decisão do acórdão foi sentido de harmonizar o objectivo legal que foi a discriminação da aquisição e detenção de drogas ilícitas para consumo pessoal em quantidades que não excedam as necessárias para consumo médio individual durante o período de dez dias. A remissão para a norma do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 é no sentido presume que “*o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”, á luz do n.º 3, do art.º 9.º do Código Civil. Este artigo revoga o art.º 40.º do DL 15/93, excepto quanto ao cultivo. Contudo, despenalizar as condutas para quem exceder aquela quantidade vai de encontro aos elementos literal,

lógico-racional e histórico de interpretação da norma. Basicamente, não faz qualquer sentido o legislador ter intenção de punir uma conduta menos gravosa como contraordenação e tornar impune outra mais grave.

Deve realizar-se uma interpretação extensiva do art.º 28.º, da Lei n.º 30/2000, tendo em conta um mínimo de correspondência verbal na letra da lei (n.º 2, do art.º 9.º do Código Civil), e atendendo ao facto não se verificar uma revogação total, mas antes parcial, do artigo 40.º do DL 15/93, o que permite uma margem de manobra mais flexível dessa norma legal. a opção eleita é a que *“mais se coaduna com o espírito das normas e do sistema”*, com a maior harmonia e com *“um mínimo de correspondência verbal”* na letra da lei.

Assim, a correspondência pode ser verificada atendendo ao art.º 28.º da Lei 30/2000, o qual revoga o art.º 40.º do DL 15/93, e *“demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime”*. A partir daí, é possível fazer uma interpretação relativa dessa revogação em relação ao art.º 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, isto é, que demonstra uma incompatibilidade com o regime.

Capítulo III - O crime de consumo de droga do art.º 40 do Decreto-lei n.º15/93

3.1. O bem jurídico

Ao ser determinado que o consumo de certa substância é ilícito, o Estado tem como pretensão reconhecer que a utilização desta acarreta danos graves à saúde do indivíduo, e como resultado deste efeito, a difusão da sua utilização cria um problema de saúde colectivo e social. Ora em matéria legislativa, emergem actualmente diversas discussões em torno da inserção de algumas substâncias que deveriam ser proibidas ou não. Então parte-se do pressuposto de que a definição de droga inclui as substâncias que têm um potencial danoso comprovado, devendo por isso, ser sua utilização controlada para assim ser também diminuída.

Em qualquer actividade penal e incriminadora por parte do Estado deve basear-se na protecção dos direitos, de bens jurídicos que são definidos pela própria sociedade. O mesmo ocorre na análise do valor que se procura proteger na criminalização da conduta do consumo de drogas.

Desde há muitos anos que o consumo se encontra expressamente representado nas normativas portuguesas, a partir do DL nº 420/074, e que a sua criminalização é com base na protecção da saúde, ou seja, de acordo com Quintas²⁵,

“ao ter em conta os perigos que aquele consumo comporta para a saúde física e moral dos indivíduos passa-se da droga mercadoria à droga delito. O consumidor de drogas é, pela primeira vez, tomado em consideração na lei, mas faz-se corresponder a esta figura apenas uma vertente criminal, na convicção de

²⁵ Quintas, J. Regulação legal do consumo de drogas: Impactos da experiência portuguesa da descriminalização, . Porto: Fronteira do Caos Editores Lda.2011, *apud* Helena Antunes, ob. cit.

que as ortopedias punitivas são a solução para obstar o consumo”.

E atualmente, a Lei efetua-se em torno da integridade da saúde do consumidor. Salienta-se a este aspecto, o Acórdão com o processo nº 45/12.8SWSLB.S1, de 02/10/2014, relativamente às necessidades de prevenção geral de integração da norma e de protecção de bens jurídicos são urgentes, como se trata de um crime, o sentimento jurídico de comunidade apela a eliminação do tráfico de estupefacientes destruidor de vidas e famílias e como são alargadas as exigências de prevenção da reincidência e de advertência individual (o arguido voltou a cometer crimes logo após o fim do período de liberdade condicional), não deve ser aplicada a pena de substituição de suspensão da execução da pena de prisão.

A lei n.º 30/2000, que define o novo regime jurídico português aplicado ao consumo de substâncias psicotrópicas e a protecção sanitária e social que envolve os consumidores, identifica que o que “*for encontrado para uso próprio uma quantidade de estupefaciente não superior à necessária para consumo médio individual durante 10 dias*”. E, neste contexto, o consumidor recai não em sanções penais mas num conjunto de sanções administrativas designadas contraordenações, que podem variar em função da necessidade de prevenir um novo consumo de substâncias psicotrópicas.

Assim, a saúde pública é o bem jurídico protegido do consumo de estupefacientes. E claro está, a saúde individual do consumidor, a sua integridade física e psíquica, sobretudo a sua dignidade.

Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91 refere que

"O escopo do legislador é evitar a degradação e destruição dos seres humanos provocada pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia. O tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: vida, integridade física, e liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes e, ademais, afecta a vida em sociedade, na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovada eficácia criminógena".

O bem jurídico da saúde pública está em risco quando está em causa um número indefinido e indeterminado de pessoas. Caso seja circunscrito e reduzido o número de pessoas a quem a droga possa ser transmitida, considera-se excluído o perigo para a saúde pública, e logo, a conduta não pode ser punida nesses termos.

O acto da mera cedência de droga, por meros motivos de amizade, potencia uma forma de promover a dependência e atinge a saúde de outra pessoa.

A cedência a terceiros coloca em risco o perigo de lesões no próprio a terceiros, e caso seja ocasional pode vir a ser substancialmente reduzida, nos termos do art.º 25.º do DL 15/93, aplicando-se uma pena adequada e de acordo com os princípios da proporcionalidade.

Em segundo lugar, estará em causa a protecção da economia do Estado, com a existência desta economia paralela.

No Decreto-Lei n.º 430/81, de 13.12, é referido que o

"Combate à droga é o combate contra a degradação dos seres humanos. A toxicomania priva ainda a

sociedade do contributo que os consumidores poderiam trazer à comunidade de que fazem parte. O custo social e económico do abuso de drogas é, pois, exorbitante, em particular se se atender nos crimes e violações que origina e na erosão de valores que provoca".

3.2. O tipo

3.2.1. O tipo objetivo de ilícito

A tipicidade é um dos elementos do tipo penal, junto à conduta, ao resultado e ao nexó causal, ou seja, para que o tipo se configure não basta a previsão legal, é necessário um ato do indivíduo, produzindo um resultado previsto e que este possua uma ligação directa com a vontade em obtê-lo. Na conduta tipificada, é possível a distinção dos aspectos objectivo e subjectivo, é designado por objectivo o tipo de conduta propriamente dita, ou seja, no crime de consumo de drogas do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º8 de 2008 :

- para seu consumo cultivar plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV do Decreto-Lei n.º 15/93,
- ou para seu consumo adquirir ou detiver as mesmas substâncias em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.

Dizem-se elementos objectivos o agente, a conduta ou descrição de acção típica, o resultado o nexó de imputação e algumas circunstâncias que rodeiam a conduta e referenciam

entidades que existem independentemente de qualquer representação na mente do agente do facto por ele praticado.

A possibilidade de previsão do resultado deve ser analisada pelo ponto de vista objectivo e, tendo em consideração não somente o autor em concreto, mas também a pessoa, o ser racional, que deve assim, estar em condições de prever um acontecimento específico. Esta concepção assume que a imputação é uma tentativa de delimitação entre fatos próprios do agente e os acontecimentos acidentais. Assim, o resultado não é somente uma sucessão de causa e efeitos mas um todo, cuja realização está a cargo do agente, podendo ser ele imputado.

Caracteriza-se o delito como de perigo abstracto, embora somente no que litigia com o segmento típico de desenvolvimento de actividades, ou na participação das mesmas, não se exigindo para a respectiva consumação, que o bem jurídico, *in casu*, tenha estado sequer ameaçado de lesão.

Igualmente, a previsão do artigo 25º, do DL nº 15/93, de 22 de janeiro aponta, no ponto de vista de tráfico de menor gravidade para uma situação em que a ilicitude objetiva do facto se mostre diminuída, por referência à ilicitude material pressuposta nos artigos 21º e 22º, do mesmo diploma legal.

A quantidade do produto estupefaciente é um importante fator para se ter em conta. Por força do princípio *in dubio pro reo*, caso exista alguma indeterminação em relação a essa quantidade de produto, e se essa quantidade se destinava ao consumo próprio e exclusivo, em caso de dúvida não podem prejudicar o consumidor, isto é, não pode vir a ser condenado por crime de tráfico, nos termos do art.º 25.º do DL 15/93, mas de consumo, art.º 40.º do mesmo diploma legal. Por outro lado, caso esteja dentro das dez

doses diárias de consumo, e com finalidade desse consumo próprio e exclusivo, será aplicada uma coima, por força do n.º 2, do art.º 2.º da Lei 30/2000.

O Ac. STJ, de 4/11/1998, defendeu que

“Deve entenderse que o princípio in dubio pro reo se aplica aos elementos do tipo de crime em causa, às circunstâncias agravantes e atenuantes, modificativas ou gerais, às causas de exclusão da ilicitude e da culpa e à prova de quaisquer factos cuja fixação prévia seja condição indispensável de uma decisão susceptível de desfavorecer, ou favorecer, o arguido”.

Apurar o grau de pureza do produto estupefaciente pode revelar-se determinante na maior parte dos casos, o tráfico de drogas contém uma percentagem de produto activo (o agente que actua no sistema nervoso central) que é relativamente reduzido. Por norma, é prática frequente os produtos estupefacientes serem alterados sucessivamente desde o momento que saem do produtor até chegar ao consumidor final, pois são adicionadas diversas substâncias alheias, conhecida como a técnica do “corte”, as quais aumentam o volume das drogas, e logo, o lucro dos traficantes²⁶.

O Ac. da Relação do Porto, de 3/11/2010, declarou 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”.

E ainda, o Ac. da Relação do Porto, de 25/3/2010, refere que

²⁶

Breves notas sobre a penalização do pequeno tráfico de estupefacientes, Vítor Paiva, Revista do Ministério Público, Lisboa (Jul.-Set.2004), p.137-153

"no crime de consumo de estupefacientes é essencial identificar o grau de pureza, dizer: a concentração do princípio activo existente no produto apreendido de modo a que, em abstracto, a quantidade apreendida seja superior à necessária para consumo médio individual durante 10 dias, considerando ao valores da tabela. (...) Não estando este valor alegado na acusação, não está configurado o crime de consumo imputado ao arguido".

3.2.2. O tipo subjectivo de ilícito

Exige-se sempre o dolo, uma vez que não está especialmente prevista na lei a punição da negligência (art. 13.º do Código Penal).

3.3. As causas de exclusão da punibilidade no consumo de estupefacientes

As doutrinas gerais da exclusão da ilicitude e da culpa aplicam-se ao crime de consumo de estupefacientes sem particularidades significativas. O mesmo não pode dizer-se quanto às causas de exclusão da punibilidade, em que a desistência e o arrependimento activo são particularmente relevantes.

Figueiredo Dias, declarou que o

"(...) pressuposto de punibilidade é todo o elemento que não relevando ao nível do tipo de ilícito ou do tipo da culpa, todavia torna o facto susceptível de provocar um efeito ou uma consequência jurídica".²⁷

Contudo, este autor defende uma intervenção *concentrada* da dignidade penal, autonomizando a categoria do sistema do crime, com a punibilidade em sentido estrito, referindo que

²⁷ "Temas básicos da doutrina penal", Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra : Coimbra Editora, 2001

*“na medida em que se possa aceitar este caminho, é evidente que se excluem da punibilidade justamente aquelas outras condutas que, por não serem produtoras de perigo, devem considerar-se axiologicamente neutras”.*²⁸

Figueiredo Dias, indica que

*“no caso do tráfico de estupefacientes, entendemos que se for, por exemplo, feita a prova de que o produto foi voluntariamente destruído pelo seu detentor o tipo não se encontra preenchido. Não há sequer infracção”.*²⁹

A causa de exclusão da punibilidade (*stricto sensu*), possibilita individualizar o facto punível na categoria jurídico-penal. Assim, o conceito da dignidade penal, constituindo um critério ou princípio regulativo, sustenta não se poder reduzir a um dos outros elementos constitutivos do crime a punibilidade. Este conceito, surge como o princípio que regula todos os elementos constitutivos do crime, enquanto qualificação de todas as categorias do crime – o tipo, o ilícito, a culpa e, a punibilidade, que aparece de forma autónoma.

A categoria da punibilidade, pode ser verificada em condições objectivas de punibilidade³⁰, e nas causas de exclusão da pena e causas de levantamento da pena (causas subjectivas de

²⁸ "Sobre o estado actual da doutrina do crime : sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito : sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade", Jorge de Figueiredo Dias, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, (Jan.-Mar.1991) ; (Jun.-Mar.1992), p.9-53 ; p.7-44; Direito penal, "questões fundamentais: a doutrina geral do crime", Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996

²⁹ "Legislação penal sobre droga : problemas de aplicação", Carlos Rodrigues de Almeida, Revista do Ministério Público, Lisboa, (Out.-Dez.1990), p.81-96

³⁰ Direito criminal, Eduardo Correia, com a colaboração de Figueiredo Dias, Coimbra : Almedina, 2001

punibilidade). As primeiras, as condições objectivas de punibilidade, operam condicionando a punibilidade das condutas em virtude de factores ou motivações objectivamente perceptíveis, alheias e externas à pessoa do agente, actuando independentemente da sua vontade. Exemplo desta condição é o facto do agente ser encontrado em Portugal quando o crime tenha sido praticado no estrangeiro.³¹ As segundas, as causas subjectivas de impunibilidade, apresentam uma natureza pessoal, podendo consistir em causas de exclusão da pena, quando impeçam a punição no momento da prática da acção, ou causas de levantamento da pena, quando actuem após o cometimento do facto. É este o caso, da desistência da tentativa³², da isenção de punição concedida ao usurário que renuncie ao seu projecto criminoso³³, ao agente que pertencendo a uma associação criminosa impeça a actividade criminosa da associação de que é membro³⁴, e, no domínio do crime de favorecimento pessoal, de parentes ou em causa própria³⁵.

Figueiredo Dias refere que

“o Código Penal prevê em variadas disposições a possibilidade de o tribunal isentar de pena o agente. Em muitos destes casos (...) tratar-se(-ão) (...) de causas de exclusão da pena (...) e portanto de hipóteses que actuam logo ao nível das condições de punibilidade do facto, (e) não ao (nível) da determinação da pena (...) pode acontecer (...) que a punição acabe por não dever efectivar-se, por razões que já não têm a ver com a doutrina do facto, mas autonomamente com a doutrina da consequência

³¹ al. c), n.º 1, art.º 5.º CP

³² art.º 24.º CP

³³ n.º 5, art.º 226.º CP

³⁴ n.º 4, art.º 299.º CP

³⁵ n.º 5, do art.º 367.º CP

jurídica, com a doutrina da pena. A oposição que aqui desejo pôr em claro exprime-se de resto no nosso sistema legal, com meridiana clareza (...) entre os casos de isenção da pena (...) constituírem hipóteses de falta de punibilidade (...)".³⁶

Desta feita, os elementos típicos da exclusão da punição requerem três pressupostos de actuação. O primeiro, de ordem subjectiva, concretiza-se com o arrependimento do agente. Em relação a este arrependimento, é designado como o elemento da decisão ética da conscienciosa do agente, de correcção do mal provocado. Consiste numa atitude interior (pessoal e autónoma) de culpa e remorso. Exige-se a consumação do crime, sendo necessário que se tenha praticado um facto ilícito, típico e culposos.³⁷ O segundo, de natureza objectiva, baseia-se na conduta do agente (elemento objectivo), e é definida através da denúncia junto das autoridades policiais ou administrativas da existência de drogas, respectivas quantidades e local onde se encontram, ou pelo auxílio na prestação de informação útil e relevante. O terceiro, de natureza temporal, determina o termo da execução da conduta, a qual deverá ser espontânea, voluntária, autónoma e eficaz, e deverá ser executada antes intervenção da autoridade ou da própria denúncia.

Assim, as causas de exclusão da punibilidade e causas de exclusão da pena (incluindo as causas de levantamento da pena), conservam a ilicitude e a culpa, excluindo apenas a punibilidade do agente.

³⁶ "Sobre o estado actual da doutrina do crime : sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito : sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade", Jorge de Figueiredo Dias, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, (Jan.-Mar.1991) ; (Jun.-Mar.1992), p.9-53 ; p.7-44

³⁷ arts. 24.º e 25.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro

3.4. A pena

3.4.1. As medidas alternativas

Inicialmente, cumpre aferir que é importante distinguir as sanções administrativas, as quais são aplicadas pela Comissão para Dissuasão da Toxicodependência (CDT), das penas e medidas de segurança, decorrentes da prática de crime, aplicadas pelo Juizes dos tribunais judiciais competentes.

As primeiras, e são reguladas pelo Regime Jurídico do Consumo de Estupefacientes³⁸ e o Ilícito de Mera Ordenação Social³⁹, ao passo que as segundas, pela Legislação de Combate à Droga⁴⁰, e subsidiariamente, pelo Código Penal⁴¹.

Assim sendo, cumpre à CDT julgar os processos contraordenacionais de aquisição e a detenção para consumo próprio que não excedam a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, á luz do n.º 2, do art.º 2.º da Lei 30/2000. Caso essas quantidades sejam excedidas, ou alguma da quantidade não se destine ao consumo próprio e exclusivo, será o agente julgado em processo crime, á luz do art.º 40.º (nos casos de consumo em quantidades excessivas), e quando não o seja para consumo próprio e individual, nos termos do art.º 21.º (tráfico), 25.º (tráfico de menor gravidade) ou 26.º (traficante-consumidor), do DL n.º 15/93.

³⁸ Lei 30/2000, de 29 de Novembro

³⁹ DL n.º 433/82, de 27 de Outubro

⁴⁰ DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro

⁴¹ art.º 48.º DL 15/93, com remissão para o DL n.º 48/95, de 15 de Março

3.4.2. A atenuação especial ou dispensa da pena

Nos crimes de consumo⁴², de tráfico⁴³, de tráfico de menor gravidade⁴⁴, ou traficante-consumidor⁴⁵, é possível que o juiz aplique o regime da atenuação especial da pena⁴⁶, da dispensa da pena⁴⁷, ou o regime especial para jovens⁴⁸.

Indo ao encontro do artigo 31.º do DL 15/93, é prevista uma norma especial de atenuação ou dispensa de pena para este tipo de crimes. Contudo, nos crimes de tráfico, a aplicação deste instituto é muito restrita por força da gravidade do dano do bem jurídico social, a saúde pública.

Pretende-se que o arguido demonstre um arrependimento, e não uma atitude oportunista, daí ter-se em especial atenção às expressões "*voluntariamente*", "*considerável*", "*seriamente*" e "*concretamente*".

Os pressupostos para aplicação deste art.º 31.º, são que, primeiro, o agente de crimes de tráfico previstos nos artigos 21.º (tráfico base), 22.º (tráfico percursores), 28.º (crime associação criminosa), e art.º 40.º do DL 15/93 (consumo) abandone voluntariamente a actividade ilícita. Depois, que afaste ou diminua consideravelmente o perigo da conduta. Seguidamente, que impeça ou se esforce seriamente para impedir o resultado típico; E por fim, que auxilie concretamente as autoridades na recolha de provas para a identificação e captura dos responsáveis.

42

43

44

45

46

47

48

remissão ao DL n.º 401/82, de 23.09

art.º 40.º DL 15/93

art.º 21.º DL 15/93

art.º 25.º DL 15/93)

art.º 26.º DL 15/93

artigos 72.º e 73º CP

art.º 74.º CP

art.º 9.º CP com

No crime de consumo, está previsto na lei a dispensa da pena, no caso de se tratar de consumidores habituais, á luz do n.º 3, do art.º 40.º, do DL 15/93.

Por outro lado, o art.º 31.º do DL 15/93, recompensa a desistência activa e a colaboração relevante na investigação criminal, e

“Apenas se exige, que no caso, que as provas fornecidas pelo agente seja decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis”⁴⁹.

Nos casos em que o arguido está preso, caso demonstre arrependimento, o fornecimento de informações sobre outras actividades criminosas, aliado ao bom comportamento, e à submissão a desintoxicação, sem que se exija total recuperação e reinserção, ponderado com gravidade do tráfico efectuado, são fundamento para a redução do mínimo da pena em dois anos, mas não mais, respeitando o disposto no n.º 2, do art.º 31.º, do DL 430/83 (actual art.º 31.º da Lei 15/93) e artigo 72.º do CP.⁵⁰

3.4.3. A atenuação especial da pena

Pode ser aplicada a dispensa da pena, nos termos do n.º 3, do art.º 74.º do Código Penal. O seu carácter singular reflete-se numa sanção material, que se finda na censura dessa condenação em processo-crime.

Quando o arguido demonstre arrependimento, pode ser aplicada a atenuação especial da pena, com ponderação, em relação aos crimes de tráfico e consumo de drogas, nos termos dos artigos 31.º, do DL 15/93, com remissão aos artigos 72.º e 73.º do Código Penal.

⁴⁹ Ac. STJ de 14.02.2008

⁵⁰ Ac. STJ de 02.05.1990

No entanto, no Ac. do STJ de 06.10.05, o caso de uma arguida que foi agente de correio de droga, economicamente desfavorecida, salário precário e com 3 filhos para criar, e sem qualquer antecedente criminal, mesmo confessando os fatos, não lhe foi concedida a aplicação da atenuação especial da pena, nos termos do art.º 72.º do CP.

Atento á gravidade que representa o tráfico de droga para a sociedade, á priori, os tribunais não devem aplicar a atenuação especial da pena. Contudo, a dependência, isto é, a satisfação das suas necessidades de consumo próprio e exclusivo pode vir a ser determinante para aplicação deste instituto.

3.4.4. A suspensão da pena

A execução das penas de prisão podem ser suspensas caso se verifiquem os requisitos previstos nos termos dos artigos 50.º a 57.º do Código Penal.

É necessário garantir a promessa da comunidade na validade da norma jurídica violada, e garantir a imperatividade da prevenção geral. Para que a suspensão da prisão se opere aos casos de tráfico de estupefacientes tem obrigatoriamente de se aferir primeiramente a necessidade estratégica nacional e de combate ao crime. As necessidades de prevenção geral devem ser reforçadas nos crimes de tráfico de estupefacientes⁵¹.

O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 5 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições de vida, á sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluindo que a simples censura

⁵¹ Ac. do TRP de 23.09.2015

do facto e a ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição⁵².

Assim, a suspensão tem como requisito, em primeiro lugar, uma pena de prisão, a qual corresponde ao limite material. Para favorecer o arguido, o tribunal deve ter em consideração a sua personalidade, a sua conduta geral e o acto ilícito para a realização do fim das penas, que se consubstanciam na protecção dos bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade⁵³.

Como é regra geral, o instituto de prevenção é acompanhado do cumprimento de deveres, a regras de conduta ou regime de prova, com monitorização do instituto de reinserção social, á luz dos artigos 51.º, 52.º, e 53.º do CP.

O instituto da suspensão tem como finalidade o afastamento do delinquente da prática de futuros crimes , ou seja, a prevenção da sua reincidência. Ou seja, não são considerações de culpa que prejudicam na decisão de execução da pena, mas antes as finalidades preventivas, de prevenção geral positiva ou integração, ou de prevenção especial de socialização.

No instituto da suspensão,

*“devem ser garantidas as exigências de prevenção geral, ligadas á necessidade de correspondência às expectativas da comunidade na manutenção da validades das normas violadas”*⁵⁴,

e ainda,

”nos crimes de consumo, geralmente, tem demonstrado uma medida sancionatória adequada com a finalidade da punição, e reposição da confiança na comunidade

⁵² n.º 1, do art.º 50.º CP

⁵³ n.º 1, do art.º 40.º CP

⁵⁴ Ac. do STJ de 10.11.1999

*acerca da validade da norma jurídica e à convicção na instituição jurídico-penal.*⁵⁵

No Ac. do STJ de 09.04.2008, verifica-se uma não aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, por a matéria apurada ser insuficiente para formular um juízo de prognose social favorável ao arguido, e porque o combate ao tráfico de droga em que Portugal internacionalmente se comprometeu impõe que não seja suspensa a execução da pena nos casos de tráfico comum e de tráfico agravado de estupefacientes, em que não se verifiquem razões muito ponderosas. Considerou ser atentatória da necessidade estratégica nacional e internacional de combate a esse tipo de crime, e faria desacreditar as expectativas comunitárias na validade da norma jurídica violada e não serviria os imperativos de prevenção geral.

Posto isto, quando as circunstâncias do caso em concreto forem significativas, e o arguido revelar que a censurabilidade e ameaça da pena são suficientes para o inibir da prática de novos crimes, pode vir a ser aplicada a suspensão da execução da pena de prisão, respeitando o regime mais favorável.

3.4.5. A atenuação especial para jovens

Aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade, pode ser ponderado pelo tribunal a aplicação do Regime especial para jovens, previsto no art.º 9.º do CP com remissão ao DL n.º 401/82, de 23.09, quando tenham praticado os crimes de tráfico ou de consumo de drogas, atenuando especialmente a pena.

É importante ressaltar, que em caso de condenação de menor de 21 anos, o regime previsto no art. 4.º do Dec. Lei n.º 401/82 é de ponderação legal obrigatória.

⁵⁵ Ac. do STJ de 24.11.1999

Contudo, este instituto só é aplicado caso existam sérias razões para crer que dessa atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado. Contudo, é obrigatória a pronuncia pelo juiz de se pronunciar oficiosamente sobre esta matéria, ao abrigo do art.º 9 do CP, e art.º 4.º do DL 401/82 de 23.09, sob pena de nulidade. *"O juiz atenuar especialmente a pena se ocorrer o condicionalismo ali referido"*, isso significa que tem o dever de, oficiosamente, averiguar se existem pressupostos de facto para a actuação sempre que o menor esteja nas condições ali indicadas. Não o tendo feito, deve o julgamento ser oficiosamente anulado, no tocante é medida da pena, nos termos dos artigos 379.º e 374.º-2 do CPP⁵⁶.

Este regime penal próprio dos jovens delinquentes efectiva a política criminal, lado a lado com o elemento racional e intencional das finalidades de integração e socialização, e por essa razão, requer a interpretação e a avaliação da condicional da aplicação.

Defende a jurisprudência que

"É exigido que este instituto seja apto a realizar as finalidades de reintegração dos jovens delinquentes, de inclusão e assimilação dos valores da comunidade. A concordância entre as exigências impostas pela preservação da confiança da comunidade na validade das normas e imposições, também fundamentais, de prevenção especial de socialização relativamente a jovens adultos, realiza-se por meio da intervenção de instrumentos colocados à disposição do juiz no direito penal dos jovens, especialmente, e no que respeita á criminalidade mais grave, pelo poder-dever de atenuação especial da pena prevista no art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de Setembro, sempre que

⁵⁶

Ac. do STJ de 15.10.1997

*haja razões sérias para crer que da atenuação possam resultar vantagens para a reinserção social do jovem condenado”.*⁵⁷

Pese embora a ponderação seja obrigatória, a aplicação é facultativa pelo tribunal. Caso o tribunal não se pronunciar, incorre numa nulidade da sentença,

*"Não obstante a aplicação do regime especial constante do DL 401/82 não ser obrigatória, o tribunal, quando se trate de arguidos menores de 21 anos, tem sempre de considerar, na sentença, a pertinência ou a inconveniência da aplicação de tal regime e justifica a sua opção, ainda que o considere inaplicável. Assim, a não consideração oficiosa pelo tribunal da aplicação daquele regime faz incorrê-lo em nulidade por omissão de pronúncia”.*⁵⁸

É possível verificar o Ac. do STJ de 05.02.98, o qual considerou que

"embora a atenuação especial por menoridade de 21 anos não opere automaticamente e pressuponha a existência de sérias razões para crer que da atenuação especial da pena resultam vantagens para a reinserção social do jovem, ou seja, embora a aplicação do regime especial estabelecido no DL 402/82 não revista carácter de obrigatoriedade, não está o Tribunal dispensado de considerar, tratando-se de arguido com menos de 21 anos de idade, da pertinência ou inconveniência da aplicação deste regime especial, devendo por isso o acórdão referido

⁵⁷

Ac. do STJ de 20.03.2003

⁵⁸

Ac. do STJ de 19.11.2008

ter justificado a posição adoptada, ainda que sendo esta no sentido da inaplicação".

Na verdade, o regime especial do DL n.º 401/82 não é de aplicação obrigatória aos menores de 21 anos, porém, o tribunal não está dispensado de considerar na decisão a pertinência ou inconveniência da aplicação de tal regime, devendo justificar a posição adoptada, ainda que seja no sentido de inaplicabilidade,

*"O arguido que, à data dos factos que praticou e integram o crime da previsão do artigo 21.º, n.º 1 do DL 15/93, de 22 de Janeiro, ainda não tinha atingido 21 anos de idade, não deve, nem pode, beneficiar do regime previsto no artigo 4.º do DL 401/82, de 23 de Setembro, pois razões prementes de reinserção social de ordem sancionatória e de prevenção geral de defesa do ordenamento jurídico em ordem a preservar a confiança na Comunidade em relação ao mesmo, uma vez que vem provado que ele não era um novato na detenção e tráfico de droga, mas antes um indivíduo já metido nos meandros do negócio"*⁵⁹.

Neste sentido,

*"a atenuação especial não só não opera automaticamente como, mais do que isso, é necessário que se tenha estabelecido positivamente que há razões sérias para crer que dessa atenuação especial resultam vantagens para a reinserção social do jovem delinquente, sem prejuízo da necessidade de prevenção geral"*⁶⁰.

⁵⁹

Ac. do STJ de 19.02.1998

⁶⁰

Ac. do STJ de 15.01.1997

3.4.6. A admoestação

Aparentemente, outra alternativa á condenação aplicável aos consumidores de drogas é a admoestação, á luz do art.º 48.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro. Neste artigo, é referido que *"são aplicáveis subsidiariamente as disposições da parte geral do Código Penal e respectiva legislação complementar"*.

A admoestação é regulada pelo art.º 60.º do Código Penal. A sua particularidade consiste na inexistência de uma sanção material, e finda-se na censura que é própria admoestação proferida pelo Juiz de Direito, em processo criminal.

Contudo, em sentido contrário, o Ac. do TRL de 12-05-1998, considerou que

*"a admoestação, pena de carácter simbólico sem quaisquer consequências efectivas para o futuro, não deve, por regra, ser aplicada como pena de substituição da multa imposta a arguido pela prática do crime de detenção de droga (heroína) para consumo, por não possuir qualquer eficácia preventiva nem realizar cabalmente as finalidades da punição (...) A prévia reparação do dano, como pressuposto da aplicação da admoestação, só quadra bem em relação aos crimes de resultado, lesão ou dano (...) No crime de detenção de droga para consumo, em que o bem protegido é a saúde do próprio consumidor, aquele requisito não tem interesse dogmático; nada há a reparar pelo que, a sua falta, só por si, não obstará à aplicação da admoestação."*⁶¹

⁶¹

Ac. do TRL de 12.05.1998

3.4.7. A pena relativamente indeterminada

Uma outra via, é a pena relativamente indeterminada, que é possível aplicar aos consumidores, agentes de crimes relacionados de forma directa com o seu consumo excessivo de estupefacientes e manifestem tendências de perigosidade para o mundo do crime, á luz dos artigos 86.º a 88.º do Código Penal.

O Ac. Do STJ de 04/06/2008, refere que

“é necessário, em primeiro lugar, que o agente seja, nos termos da lei, «um alcoólico» ou uma pessoa «com tendência para abusar de bebidas alcoólicas» (...) a distinção entre aquele e esta é evanescente e, em definitivo, privada de conteúdo, por ser óbvio que um alcoólico não pode deixar de ser uma pessoa com tendência para abusar de bebidas alcoólicas. O que importa, pois, num caso como no outro, é a tendência para ingerir em excesso bebidas alcoólicas (ou, nos termos do art. 88.º, para abusar de estupefacientes). Tanto importando, para o efeito, que a tendência se revele disposicional ou adquirida, culposa ou não culposa: importante é só que ela exista e se revele de uma forma mais ou menos intensa, criando no agente repetidos estados de embriaguez ou de intoxicação, com as consequências que a tais estados normalmente se ligam em matéria social e, em particular, criminal; (...) Em segundo lugar, impõe-se que o agente tenha praticado «um crime a que devesse aplicar-se concretamente prisão», valendo aqui, por identidade de razão, a exigência de que se trate de prisão efectiva. Exigência que, neste contexto, se torna absolutamente clara através do preceituado no art. 86.º (segundo o qual «o disposto no número anterior

*não é aplicável quando o delinquente seja condenado em pena suspensa ou sujeito ao regime de prova), mas sem que esta circunstância permita que dela se retire um argumento a contrario sensu para os delinquentes por tendência. (...) em terceiro lugar, que «o crime tenha sido praticado em estado de embriaguez ou esteja relacionado com o alcoolismo ou a tendência do agente» (art. 86.º, n.º 1). Ou seja, é preciso que o facto praticado seja expressão da tendência que possui o agente e que, em consequência deste, sejam de esperar novos factos ilícitos-típicos da mesma espécie”.*⁶²

Figueiredo Dias, alude que os pressupostos para aplicação de uma pena relativamente indeterminada, nos termos do art.º 86.º, n.º 1, do Código Penal, são a

*“personalidade e o comportamento social do agente”, o “crime praticado”, e, o “relacionamento entre este crime e a personalidade do agente”.*⁶³

Nos termos do capítulo V, do Código Penal, acerca da pena relativamente indeterminada, na secção I, dos delinquentes por tendência, interpretando o sentido do art.º 86.º, n.º 1, se um consumidor tiver tendência para abusar de produtos estupefacientes praticar crime a que devesse aplicar-se concretamente prisão efectiva e tiver cometido anteriormente crime a que tenha sido aplicada também prisão efectiva, é punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que os crimes tiverem sido praticados em estado de intoxicação ou estiverem relacionados com o consumo ou com a tendência do agente. No n.º 2, informa que a

⁶² Ac. do STJ de 04.06.2008

⁶³ Direito penal 2 : parte geral : "as consequências jurídicas do crime": lições de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, FDUC, 1988

pena relativamente indeterminada tem um mínimo correspondente a dois terços da pena de prisão que concretamente caberia ao crime cometido e um máximo correspondente a esta pena acrescida de 2 anos na primeira condenação e de 4 anos nas restantes, sem exceder 25 anos no total. No artigo seguinte, declara que a execução da pena prevista é orientada no sentido de eliminar o consumo do agente ou combater a sua tendência para abusar de produtos estupefacientes. No art.º 88.º faz-se a equiparação ao abuso de estupefacientes, quando é expresso que *"o disposto nos artigos 86.º e 87.º é correspondentemente aplicável aos agentes que abusarem de estupefacientes"*, e como tal ao consumo, previsto no art.º 40.º do DL 15/93.

Esta pena pode ser aplicada quando o primeiro crime seja apenas um meio para que o segundo se possa consumir. Isto é,

“se um delinquente que abuse de estupefacientes praticar um crime a que se devesse aplicar concretamente prisão, será punido com uma pena relativamente indeterminada sempre que o crime tenha sido praticado para obter estupefacientes (...) o pressuposto da aplicação do artigo 86.º do Código Penal é uma toxicodependência por parte do agente, que está ainda a ser tratada, estando os crimes relacionados com a sua psicose (...) a execução da pena do artigo 86.º deverá ser orientada no sentido de eliminar a toxicodependência do agente (...) as normas penais visam vários fins entre os quais os de prevenção. Punir é prevenir os que se propõem delinquir, com o mal das sanções penais e a degradação social que elas acarretam, mas é também lançar uma cortina na defesa dos cidadãos e da sociedade contra os males dos crimes. (...) A pena indeterminada, (...) deve ser orientada no sentido de

eliminar a tendência do agente para o consumo de estupefacientes, é a medida que se impõe face aos factos e ao Direito.”⁶⁴

À luz do n.º 1 do art.º 89.º, terá de ser elaborado um plano de readaptação, isto é, um plano individual de readaptação do delinquente com base nos conhecimentos que sobre ele houver e, sempre que possível, com a sua concordância. No n.º 2 do mesmo artigo, refere que o decurso do cumprimento da pena são feitas no plano as modificações exigidas pelo progresso do delinquente e por outras circunstâncias relevantes. E no n.º 3, que o plano e as suas modificações são comunicados ao delinquente.

Figueiredo Dias, defende que

“a culpa adiciona um novo elemento à acção ilícita-típica, sem o qual nunca poderá falar-se de facto punível, ou seja, necessário se torna que o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem de responder perante as exigências do dever-ser ético comunitário”.

Desta forma, deverá ter sido em conta que o facto ilícito praticado condicionado fora por uma dependência de droga e à necessidade de satisfação desse vício.⁶⁵

Nos termos do art.º 90.º do Código Penal, acerca da liberdade condicional e liberdade para prova, refere-se que até dois meses antes de se atingir o limite mínimo da pena relativamente indeterminada, a administração penitenciária envia ao tribunal

⁶⁴ Ac. Do STJ de 1.07.1992

⁶⁵ "Temas básicos da doutrina penal", Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra : Coimbra Editora, 2001

parecer fundamentado sobre a concessão da liberdade condicional, aplicando-se correspondentemente o disposto nos números 1 e 3, do artigo 61.º e no artigo 64.º. Sendo que o n.º 2, indica que a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo que faltar para atingir o limite máximo da pena, mas não será nunca superior a cinco anos. E o n.º 3, adverte que caso a liberdade condicional, não for concedida, ou vier a ser revogada, aplica-se correspondentemente, a partir do momento em que se mostrar cumprida a pena que concretamente caberia ao crime cometido, o disposto no n.º 1 do artigo 92.º (cessação e prorrogação do internamento), nos números 1 e 2 do artigo 93.º (revisão da situação do internado) e nos artigos 94.º (liberdade para prova) e 95.º (revogação da liberdade para prova).

3.4.8. O concurso

Indo ao encontro do n.º 1, do art.º 77.º, do Código Penal, é expresso que *“quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena, sendo nesta considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente”*.

A pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas, não podendo, contudo, ultrapassar 25 anos, tratando-se de pena de prisão, e como limite mínimo, a mais elevada daquelas penas, á luz do n.º 2, do art.º 77.º.

Assim, a pena aplicável em abstracto (moldura) é configurada através das penas singulares aplicados aos crimes em concreto. Depois, é ponderada a determinação concreta das penas dos crimes, por força dos critérios da culpa e da prevenção geral e especial, nos termos do n.º 2 do art. 71.º do Código Penal.

O ACSTJ, de 06.06.2001, declarou que

“quem utiliza droga para vender e se dedica também ao consumo dela, comete, em concurso real, os crimes de tráfico e de consumo de estupefacientes, uma vez que estão em causa bens jurídicos diferentes. No primeiro ilícito, o bem jurídico protegido é a saúde pública, enquanto no segundo é a própria saúde do consumidor”.

3.5. No âmbito do processo contraordenacional

Salienta-se a importância da distinção entre os toxicodependentes e os consumidores ocasionais (não toxicodependentes).

Aos primeiros, a sanção somente é aplicada nos casos de recusa ou abandono injustificado do tratamento, por força do n.º 2 e n.º 3, do art.º 11.º, e n.º 3 do art.º 13.º. Aos segundos o processo é suspenso, nos termos do n.º 1 do art.º 11.º, e são aplicadas sanções em caso de reincidência, á luz da al. a) do n.º 2, e n.º 3, do art.º 13.º, ambos da Lei 30/2000.

A Lei 30/2000, de 29.11, já prevê expressamente no seu art.º 18.º, a pena de admoestação ao consumidor, em processo administrativo. Mas também estão previstas outras sanções principais, como a coima (pecuniária ou não), e as sanções restritivas de direitos, á luz do n.º 1 e n.º 2, do art.º 17.º. São sanções destinadas aos consumidores ocasionais reincidentes, á luz do n.º 1 e n.º 2, do art.º 15.º. Estas sanções estão obviamente vedadas aos consumidores toxicodependentes.

Nos termos do n.º 3 do art.º 17.º da Lei 30/2000, a prestação de serviços gratuitos a uma instituição pública ou privada de

solidariedade social é uma das sanções alternativas de substituição. Contudo, revela-se necessária a aceitação do consumidor, com remissão ao n.º 3 e 4 do art.º 58.º, do Código Penal.

Conclusões

1. A aplicação das leis da droga em Portugal não foi aleatória e revela uma associação com o cenário social interno e as diversas modalidades legislativas sobre a droga. A evolução aplicativa das leis da droga ao nível nacional podem ser agrupadas em cinco quadros de referência, as leis de 1927, de 1970, de 1983, de 1993 e de 2002.
2. Num primeiro momento, o problema da droga é legislado, nomeadamente no Decreto n.º 12.210, de 24 de Agosto de 1926 (publicado em 27), como um problema fiscal, essencialmente, no que se refere ao seu comércio e representada como mercadoria e com fortes implicações para a saúde pública.
3. Nos anos 1970 a droga surge como objeto de discurso político, e dá-se o início da disseminação do fenómeno. O Decreto-Lei n.º 420/70, de 3 de Setembro, incriminou tanto o tráfico com o consumo, dispondo nomeadamente quanto a este, que actos de importação, compra, obtenção, preparação, cultivo, detenção e guarda de estupefacientes, quando se destinarem a uso pessoal do agente, serão punidos com prisão até dois anos e multa (art. 2.º, n.º 2).
4. O decreto-lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, faz a distinção entre o traficante-consumidor (art. 25.º) e o mero consumidor. O mero consumo será punido: com pena de prisão até 3 meses e multa até 90 dias, podendo o tribunal, em caso de consumo ocasional, correspondente a experiência fortuita, proferir simples admoestação ou dispensar a pena; com multa até 30 dias, se as substâncias ou preparados se destinavam a fim terapêutico, podendo o tribunal proferir, igualmente, simples admoestação ou dispensar a pena (art. 36.ª).

5. No ano de 1988, as Nações Unidas aprovaram a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, que foi entretanto ratificada por Portugal e deu origem ao decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que continuou a criminalizar o consumo. Finalmente a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro descriminalizou o consumo de drogas, que passou a ser punido como contraordenação, salvo se o agente adquirir ou detiver uma quantidade de estupefaciente que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.

6. É de aplaudir a jurisprudência fixada no do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, segundo o qual se mantém em vigor o artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93, para além do cultivo, que constitui crime a aquisição e detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV do Decreto-Lei n.º 15/93 em quantidades que excedam o consumo médio individual durante o período de dez dias.

7. A saúde pública é o bem jurídico protegido do consumo de estupefacientes, bem como a saúde individual do consumidor, a sua integridade física e psíquica.

8. O tipo objectivo no crime de consumo de drogas do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, segundo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8 de 2008, consiste em, para seu consumo, cultivar plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV do Decreto-Lei n.º 15/93, ou para seu consumo, adquirir ou detiver as mesmas substâncias em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.

9. A desistência e o arrependimento activo são particularmente relevantes no consumo de estupefacientes como causa de exclusão da punibilidade.

10. É importante distinguir as sanções administrativas, as quais são aplicadas pela Comissão para Dissuasão da Toxicodependência (CDT), reguladas pelo Regime Jurídico do Consumo de Estupefacientes e Ilícito de Mera Ordenação Social, das penas e medidas de segurança, previstas na Legislação de Combate á Droga , e subsidiariamente, pelo Código Penal decorrentes da práticas de crime, aplicadas pelo Juizes dos tribunais judiciais competentes.

11. Nos crimes de consumo, de tráfico, de tráfico de menor gravidade, ou traficante-consumidor, é possível que o juiz aplique o regime da atenuação especial da pena, da dispensa da pena, ou o regime especial para jovens. Contudo, nos crimes de tráfico, a aplicação destes institutos é muito restrita por força da gravidade do dano do bem jurídico social, a saúde pública, mas são fundamento para redução da pena.

12. Pode ser aplicada a dispensa da pena, quando o arguido demonstre arrependimento comprovado.

13. A execução das penas de prisão podem ser suspensas caso se verifiquem os requisitos previstos nos termos dos artigos 50.º a 57.º do Código Penal, quando as circunstâncias do caso em concreto forem significativas, e o arguido revelar que a censurabilidade e ameaça da pena são suficientes para o inibir da prática de novos crimes. Assim, pode vir a ser aplicada a suspensão da execução da pena de prisão, respeitando o regime mais favorável.

14. Aos jovens com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos de idade, pode ser ponderada pelo tribunal a aplicação do Regime especial para jovens, previsto art.º 9.º do CP com remissão ao DL

n.º 401/82, de 23.09, quando tenham praticado os crimes de tráfico ou de consumo de drogas, atenuando especialmente a pena, mas requer a interpretação e a avaliação das condições de aplicação. Não é de aplicação obrigatória, porém, o tribunal não está dispensado de considerar na decisão a pertinência ou inconveniência da aplicação de tal regime, devendo justificar a posição adoptada, ainda que seja no sentido de inaplicabilidade.

15. A jurisprudência considera que a admoestação, embora seja possível de aplicar, não tem quaisquer consequências práticas para o futuro, e não deve, por regra, ser aplicada como pena de substituição da multa imposta ao arguido pela prática do crime consumo, na medida em que não possui eficácia preventiva nem realiza as finalidades da punição.

16. A pena relativamente indeterminada pode ser aplicada aos consumidores, quando praticados em estado de intoxicação ou estiverem relacionados com o consumo ou com a tendência do agente, mas deve ser orientada no sentido de a eliminar. Para tal, deve ser elaborado um plano individual de readaptação, o qual requer a concordância do consumidor.

17. O regime do concurso de crimes é aplicado quando o agente tiver praticado vários crimes, sendo condenado numa única pena. Deverão ter-se em conta os factos e a personalidade do agente. Assim, o limite mínimo é mais elevada das penas dos crimes cometidos não podendo a pena ultrapassar os 25 anos.

18. No âmbito do processo contraordenacional aos toxicodependentes a sanção apenas é aplicada nos casos de recusa ou abandono injustificado do tratamento, ao passo que aos consumidores ocasionais o processo é suspenso e são aplicadas sanções em caso de reincidência. Pode ser aplicada uma sanção

alternativa de substituição, através da prestação de serviços gratuitos a uma instituição pública ou privada de solidariedade social, mas revela-se necessária a aceitação do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Patrícia Narí

Posse de estupefacientes em quantidade que exceda o necessário para o consumo medio individual durante dez dias
Revista do Ministério público, Lisboa, Ano 25. n.º 97 (Jan.-Mar.2004), p.139-143

ALMEIDA, Carlos Rodrigues de

“Legislação penal sobre droga : problemas de aplicação”, Revista do Ministério Publico, Lisboa, Ano 11, n.º 44 (Out.-Dez.1990), p.81-96

BONINA, Inês

”Descriminalização do consumo de estupefacientes – detenção de quantidade superior a dez doses diárias”
Revista do Ministério Público, Ano 23, n.º 89, (Jan.-Mar.2002), p. 185-188

COSTA, José Francisco de Faria

“Algumas breves notam sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga”
Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, Ano 134, n.º 3930 (Jan.2002), p. 275-280

COSTA, Eduardo Maia

[comentário de] PORTUGAL. Tribunal Constitucional -

“Constitucionalidade da integração no crime de tráfico de estupefacientes da detenção de quantidade superior a dez doses diárias para consumo pessoal”

Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 24, n.º 96 (Out.-Dez.2003), p. 157-169

CORREIA, Eduardo

Direito criminal / Eduardo Correia ; com a colaboração de Figueiredo Dias. - Coimbra : Almedina, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo

“Sobre o estado actual da doutrina do crime : sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito : sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade”

Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, Ano 1, n.º 1, (Jan.-Mar.1991), p. 9-53; Ano 2, n.º 1 (Jun.-Mar.1992); p.7-44

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias

Temas básicos da doutrina penal / Coimbra : Coimbra Editora, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo

Direito penal 2: parte geral : as consequências jurídicas do crime: lições, Coimbra : FDUC, 1988

DIAS, Jorge de Figueiredo, Manuel da Costa Andrade

Direito penal : questões fundamentais : a doutrina geral do crime. - [S.l.] : [Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito], 1996

MONTEIRO, Cristina Líbano

“O consumo de droga na política e na técnica legislativas : comentário à lei nº 30-2000”

Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, Ano 11, n.º 1 (Jan.-Mar.2001), p. 67-98

PAIVA, Vítor

Breves notas sobre a penalização do pequeno tráfico de estupefacientes / Vítor Paiva

Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 25, n.º 99 (Jul.-Set.2004), p. 137-153

Outras fontes:

ANTUNES, Helena de Fátima Ferreira, Perceções sobre o regime legal das drogas e Influências normativas nos consumos de drogas, tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, consultável em

https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=30048

MARQUES, Ana Rita Valinho dos Santos, As droga(s) e a(s) toxico-dependência(s) – Representações sociais e políticas em Portugal, Dissertação de mestrado, Faculdade de Economia da Universidade do Porto, 2008, consultável em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/20579/2/As%20Drogas%20e%20as%20ToxicodependciasRepresentaes%20Sociais%20e%20Polticas%20em%20Portugal.pdf>

Plano Nacional Contra a Droga e Toxicodependências (PNCDT), 2005-2012, consultável em http://observatorio-lisboa.eapn.pt/ficheiro/Plano_Nacional_contra_a_Droga_e_as_Toxicodependencias_2005_2012.pdf