

**ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO PLENO DAS SECÇÕES CRIMINAIS N.º 8/2008. FIXAÇÃO
DE JURISPRUDÊNCIA OU UM VERDADEIRO ASSENTO?
— AS HIPOTÉTICAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS
QUE PODEM AFECTAR A COMPATIBILIDADE
DO ARESTO COM A LEI FUNDAMENTAL**

JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO
RUI PEDRO LUÍS

No presente texto, os Autores propõem-se sindicar a concordância prática entre a Lei da Droga e a doutrina imposta pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, debruçando-se, em particular, sobre as repercussões de tal jurisprudência no domínio jurídico-constitucional. Nesta senda, questionam os Autores se se mantém inalterada a posição do arguido que, detendo quantidade de estupefaciente superior à média de consumo individual de 10 dias, demonstre em juízo que tal se destina exclusivamente ao seu consumo. A partir desta interrogação densificam-se e analisam-se criticamente as várias “teses” sustentadas em resposta à questão suscitada. Finalmente, conclui-se que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, de 22/01, na interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, promovida pelo citado acórdão uniformizador de jurisprudência — segundo a qual tal norma está em vigor também quanto às situações em que o arguido adquire ou detém, para consumo próprio, 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 inconstitucional, por violar os princípios da legalidade e da tipicidade dos actos legislativos.

Descritores: Lei da Droga; Acórdão de Fixação de Jurisprudência; princípios constitucionais; legalidade; tipicidade dos actos legislativos.

Na sua obra fundamental, Francesco Ferrara ensina que «a tarefa central a que o juiz se dedica é a determinação do direito que há-de valer no caso concreto. Para este fim deve levar a cabo três indagações:

- 1) Apurar que o direito existe;
- 2) Determinar o sentido desta norma;
- 3) Decidir se esta norma se aplica ao caso concreto;

Aplicação das leis envolve, por consequência uma tríplice investigação: sobre a existência da norma; sobre o seu significado e valor; e sobre a sua aplicabilidade» ¹.

¹ Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Edições Arménio Amado, Coimbra 1987, p. 113.

Baptista Machado ² observa muito justamente que o jurista «deve proceder como um agente activo do direito, chamado a descortinar, a interpretar e a conformar segundo a ideia de direito e dinâmica dos dados institucionais face aos movimentos de utilidade social».

Partindo das premissas de Ferrara, a incumbência que nos propomos realizar neste pequeno texto é a de avaliar da concordância prática existente entre a Lei da Droga ³ e a doutrina imposta pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º8/2008⁴ e das respectivas implicações ao nível do ordenamento jurídico-constitucional.

Prescrevia o artigo 40.º do DL n.º 15/93, de 22/01, que:

«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».

A entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, de 29/11, veio introduzir alterações significativas no regime sancionatório da droga, que consistiram em qualificar como contra-ordenação as condutas previstas no artigo 2.º de tal diploma legal. Com efeito, prescreve o artigo 1.º da Lei n.º 30/2000:

«1 — A presente lei tem como objecto a definição do regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem com a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

2 — As plantas, substâncias e preparações sujeitas ao regime previsto neste diploma são as constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de 22.1».

Lê-se, por seu turno, no artigo 2.º do mesmo diploma legal:

«1 — O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação”.

2 — Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão

² Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, 12.ª reimpressão, 2000, p. 120.

³ Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

⁴ Publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 150, de 5 de Agosto de 2008.

exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias».

Aqui chegados, nenhum problema de interpretação e aplicação da lei se suscitaria se não fosse o preceituado no artigo 28.º da mesma Lei, estatuição essa que, pela sua importância para a presente equação, se passa, igualmente, a reproduzir:

«São revogados o artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo e o artigo 41.º do DL n.º 15/93, de 22/01, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime».

Em redor desta norma revogatória surgiram dissídios hermenêuticos e multiplicaram-se decisões com entendimento antagónico relativamente aos casos em que um arguido detivesse uma quantidade de estupefaciente superior à média de consumo individual de 10 dias [que, no caso mais vulgar, o da cannabis (resina), é de 5,00 gramas — face ao que dispõe a Portaria n.º 94/96, de 26/03] e se demonstrasse que tal estupefaciente se destinava ao consumo exclusivo do agente.

Em nossa opinião, a regra precipitada no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, deverá ser interpretada no sentido de que o legislador entendeu que a detenção por consumidor de quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias constitui um critério legal, meramente orientador, de distinção entre o consumo e o tráfico de estupefacientes ⁵. Aliás, o arguido pode fazer prova de que tem uma capacidade aditiva superior ^{6 7}.

Porém, desde logo, surgiram teorias distintas sobre a questão em apreço, as quais se podiam agrupar em três grandes linhas orientadoras, tanto numa matriz jurisprudencial, como numa visão doutrinal:

- a) O comportamento do agente deverá ser punido pelas penas aplicáveis ao crime de tráfico ⁸.

⁵ Inês Bonina, *in* Revista do Ministério Público n.º 89, Ano 23, p. 187.

⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 534/98, de 07/08/1998, *in* www.tribunalconstitucional.pt/te/acordaos/19980534.html.

⁷ A mesma conclusão é tirada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 295/03, de 12/06/2003.

⁸ A evolução jurisprudencial acabou por arredar este entendimento apoiando-se no sentido expresso no voto de vencido subscrito por Maria Fernanda Palma no âmbito do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 295/03, *in* www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030295.html, que, em favor do seu posicionamento, arregimentou o argumento que tal solução excluiria «(...) a possibilidade de o arguido fazer contraprova do perigo e de demonstrar que não actuou com dolo de perigo (de tráfico). Ora tal delimitação do tipo seria já não uma mera antecipação de tutela, como é próprio dos crimes de perigo, mas uma autêntica violação do princípio da culpa (decorrente dos artigos 1.º e 27.º, n.º 1, da Constituição) pela via da atribuição de um carácter de “imperativo categórico” à proibição de deter uma quantidade de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas superior às doses médias individuais consideradas legalmente necessárias para o consumo.

- b) O comportamento do agente, não se podendo reconduzir à categoria de crime, deveria ser sancionado como contra-ordenação, em conformidade com o disposto no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 30/2000 ⁹.
- c) A situação em apreensão não pode ser punida como crime de tráfico nem pode merecer uma reacção contra-ordenacional, pelo que, sendo a conduta do agente relevante, deveria a mesma reconduzir-se ao crime de consumo, previsto e punível no artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, por via de interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 ¹⁰.

Esta última tese foi acolhida no Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, que assentou no seguinte pressuposto: "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 10 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 Decreto-Lei n.º 15/93 ao contexto do próprio diploma".

Em função disso, o Supremo Tribunal de Justiça fixou jurisprudência nos seguintes termos:

«Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, 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».

Em síntese, aquele aresto entendeu que a revogação legislativa não era operante para os casos em que a droga detida era superior à necessária ao

Como, no caso concreto, foi provado que as doses se destinavam ao consumo, uma de duas conclusões se imporia: ou subsistiria, absurdamente e com violação do princípio da culpa, uma presunção de tráfico, ou estar-se-ia perante uma mera proibição de detenção de droga in se, sem referência à protecção de bens jurídicos, o que poderia pôr em causa o princípio da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)».

⁹ A favor desta solução: Lourenço Martins, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 11, fasc. 3.º, p. 449 e 450 e Faria Costa, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 134.º, n.º 3930, fls. 275 e seguintes.

¹⁰ Defendem esta tese Cristina Líbano Monteiro, in Consumo de Droga na Política e na Técnica Legislativas: Comentário à Lei n.º 30/2000, "Revista Portuguesa de Ciência Criminal", Ano 11, fascículo 1, Pedro Vaz Pato, Comentário do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/01, in Comentário das Leis Penais Extravagantes, vol. II, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 538-543.

consumo médio individual durante 10 dias e, neste espectro lógico e existencial, reescreveu o n.º 2 do artigo 40.º do DL n.º 15/93, de 22/01, impondo a interpretação que a referência a três dias deveria ser substituída pela expressão 10 dias, em ordem a compatibilizar a solução adoptada com a previsão legal inscrita no n.º 2 da Lei n.º 30/2000.

Desde sempre, não comungamos desse entendimento, por entendermos que tal compreensão significa uma substituição do legislador pelo julgador na conformação de um tipo legal e viola claramente o princípio da legalidade, como tentaremos demonstrar.

No plano histórico, a Lei n.º 30/2000, de 29/11 teve como sua fonte essencial a Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99¹¹, que aprovou a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga e a opção fundamental ali exarada foi a da descriminalização do consumo de drogas e a sua classificação como ilícito de mera ordenação social. Nesse instrumento, foi claramente verbalizada a intenção de descriminalizar o consumo de drogas, independentemente da quantidade detida.

No desenvolvimento desta política e na justificação da solução legal abraçada foi expressiva a intenção normativa subjacente à modificação avançada, pois a linha condutora da estratégia nacional de luta contra a droga foi óbvia ao optar «pela descriminalização do consumo de drogas e pela sua proibição como ilícito de mera ordenação social, com a consequente alteração do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Essa opção respeita não apenas ao consumo propriamente dito mas também à detenção (posse) e aquisição para esse consumo. Já o cultivo para consumo, porque se alia perigosamente ao tráfico, justifica a manutenção de uma sanção de tipo criminal».

E essa indiscutibilidade é patente, quando se anuncia «que fique claro: não se trata de legalizar ou sequer de despenalizar, ao menos no sentido amplo do termo. Trata-se de substituir a proibição através de um ilícito criminal, pela proibição através de um mais adequado ilícito de mera ordenação social».

E esta «voluntas legislatoris» não se ficou por um processo de intenção, antes ficou consignada na redacção da norma revogatória. Na nossa óptica, a referida orientação está expressa na Lei n.º 30/2000, quando no seu artigo 2.º, n.º 1, se afirma constituir contra-ordenação o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de estupefacientes. Como consequência racional deste intento, o seu artigo 28.º revoga expressamente o artigo 40.º, excluindo da revogação apenas o cultivo.

Salvo o devido respeito por opinião contrária, sufragamos na integra a posição advogada por Faria Costa ¹² no sentido de que não existe qualquer

¹¹ Publicada no *Diário da República* I Série B, n.º 122, a 26 de Maio de 1999 (cfr. Opções Estratégicas, 2, p. 2982).

¹² Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 134.º, n.º 3930, fls. 275 e seguintes.

razão que possa ter levado o legislador a pretender manter a criminalização, em função dum mero critério quantitativo, duma conduta que havia decidido descriminalizar, sendo incompreensível que a detenção de uma única dose de estupefaciente a mais possa fazer variar a natureza do ilícito.

Na justificação da solução aí perfilhada, o referido Acórdão de Fixação de Jurisprudência sustenta que “...não se justificando, constitucionalmente, a criminalização do consumo em si (ou seja, «do próprio facto do consumo»), já no entanto se justificará nesse contexto, a criminalização de condutas que, conquanto originariamente destinadas ao consumo próprio, «fomentem ou possibilitem o consumo (alheio)», como será o caso do cultivo de drogas ilícitas ou a sua aquisição ou detenção em quantidades que manifestamente excedam as «necessidades próprias» quotidianas. Com efeito, o «armazenamento para consumo próprio» — que, ao contrário do consumo em si, não poderá considerar-se uma «conduta autolesiva» — constitui um procedimento que, em si, 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 (depois de aparentemente haver chegado, com a sua aquisição para autoconsumo, ao termo do seu circuito) e, eventualmente, a reacender a já tendencialmente extinta «relação exploratória»”.

No entanto, com a devida vénia, este argumento tende a confundir condutas estritas de consumo com comportamentos dissemelhantes. O armazenamento de droga para consumo individual não é uma antecâmara necessária de uma linha evolutiva para um estágio criminal de nível superior como é o caso do tráfico. Na hipótese do consumo é comumente assumido que o bem jurídico é o da prevenção do dano para a saúde do consumidor. Todavia, naquele Acórdão Uniformador para Fixação de Jurisprudência perpassa uma ideia distinta que se cristaliza no **perigo de disseminação da droga** e esta transmutação dos fundamentos punitivos equivale, no fundo, ao cabo e ao resto, à criação de um novo tipo legal por via jurisdicional. E, assim sendo, caso prevalecesse a tese vertida no douto Acórdão Uniformizador, estaríamos perante um caso de aplicação «do direito penal do inimigo», por antecipação injustificada da tutela penal do bem jurídico protegido ^{13 14 15}.

¹³ No voto de vencido Maia Costa afirma que «a protecção do perigo recua 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 desafecte do consumo pessoal».

¹⁴ Maria Fernanda Palma, Consumo e Tráfico de Estupefacientes: Absorção do “direito penal de justiça” pelo “direito penal secundário”, in Revista do Ministério Público, n.º 96, p. 26, aponta que os crimes de perigo pressupõem uma possibilidade típica de dano directamente ligado à conduta, e não apenas danos potenciais e indirectos derivados de uma conduta, mas realizados através de outros de que o agente não é responsável, como o tráfico ou a criminalidade a esta associada.

¹⁵ Em contraponto, Vaz Pato, Comentário do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/01, in Comentário das Leis Penais Extravagantes, vol. II, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 542-543, convoca o argumento da amplitude dos potenciais danos para sustentar a antecipação da

Está perfeitamente sedimentado que a letra da lei é o ponto de partida da interpretação, cabendo-lhe, desde logo, eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio no texto ^{16 17 18 19}. E, nesta dimensão hermenêutica, é para nós claro, linear e incontestável que a letra da lei não abarca o conteúdo que lhe foi fixado pelo Supremo Tribunal de Justiça.

É absolutamente consensual que está vedada a aplicação analógica de normas incriminadoras por violação inadmissível do princípio da legalidade. A propósito deste tema, Paulo Pinto de Albuquerque refere que «a proibição aplicação analógica da lei penal, isto é, da aplicação da norma a uma situação da vida que não está abrangida por nenhum dos sentidos possíveis do texto, vale para a qualificação do facto como crime, a definição de um estado de perigosidade e a determinação da sanção criminal (penas e medidas de segurança) e ainda para as normas do regime da parte geral» ²⁰.

Costa Andrade ²¹ apenas admite a interpretação extensiva e actualista dos tipos penais, desde que esta «não implique ultrapassar o teor literal da regulamentação e o seu campo de significações adequadas ao entendimento comum das palavras que naquela foram utilizadas».

Também Teresa Beleza ²² perfilha de idêntico juízo quando afiança que «a Constituição admite a interpretação extensiva em direito penal até ao limite do “sentido literal possível”».

Vale aqui plenamente a máxima germânica que «não pode, no decurso da interpretação, uma lei inequívoca segundo o teor literal e o sentido ser investida de um sentido contrário, nem o conteúdo normativo ser determinado de novo de modo fundamental, nem a meta legislativa defraudada num ponto de vista essencial» ²³.

Karl English ²⁴ sublinhou os perigos da interpretação extensiva e restritiva que «podem já ser consideradas como uma espécie de complementação da

tutela penal, partindo do pressuposto que a «criminalização do consumo de droga não encontra obstáculos constitucionais e o de que o princípio da necessidade das penas não impõe a referida redução teleológica do âmbito da protecção da norma incriminadora».

José Souto Moura, in “Droga Livre, sociedade suiSIDA”, Revista do Ministério Público, n.º 43, também acentua em termos similares a danosidade social do consumo de droga e sustenta a necessidade da incriminação.

¹⁶ Manuel de Andrade, Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis, 4.ª edição, Arménio Amado Editor, 1987.

¹⁷ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. I, Almedina, 4.ª edição, 2010, p. 160.

¹⁸ Oliveira Ascensão, O Direito — Introdução e Teoria Geral, Almedina, 2013, p. 342.

¹⁹ Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, 6.ª reimpressão, 1993, p. 185.

²⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 46.

²¹ O princípio constitucional «nullum crimen sine lege» e a analogia no campo das causas de justificação, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134.º, p. 76.

²² Direito Penal, vol. I, AAFDL, 2.ª edição revista e actualizada, 1985, p. 489.

²³ BVerfGE 54, p. 299.

²⁴ Introdução ao Pensamento Jurídico, Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ª edição, p. 197.

lei. Mais um passo e encontramos-nos com a chamada heurística jurídica (descoberta do Direito) «*praeter legem*» cujo principal exemplo é a analogia, e com a heurística jurídica «*contra legem*», que em sentido estrito significa uma «correção» da lei, ao passo que a verdadeira interpretação se apresenta como via de uma descoberta (heurística) do Direito «*secundum legem*», de acordo com o princípio da fidelidade ao texto legal».

Neste contexto estamos longe de uma interpretação extensiva²⁵, pois já vimos que, ao nível do significado, a norma revogatória apenas contempla na sua letra uma excepção à revogação, a do cultivo. E o sentido literal possível não se encontra na formulação legislativa «bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime», pois, face ao carácter expresso da primeira parte da norma revogatória, torna-se óbvio que este segundo segmento não visa ampliar a exclusão [do cultivo] a outros casos, mas sim viabilizar outro tipo de articulação endonormativa que possa ocorrer nesta sede.

Aquilo que o Acórdão operacionaliza é uma vinculação a uma doutrina pré-definida, que, apesar de não a consideramos sustentada em considerações ideológicas, no plano das consequências, do devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta a aproxima das posições proibicionistas que contestaram a validade e a oportunidade da medida de descriminalização.

Já vimos que no plano histórico, teleológico e literal os critérios hermenêuticos prosseguidos pelo Supremo Tribunal de Justiça não se adequam ao contexto em que foram executados os trabalhos preparatórios, aos desígnios da estratégia nacional de combate à droga e, além do mais, atentam contra a natureza transparente, inequívoca e não condicionada do texto do diploma, o qual, reitera-se, não contém qualquer cláusula restritiva do alcance e do sentido da norma revogatória para além da menção ao «cultivo».

Eduardo Correia na sua dissertação escreve que a técnica legislativa possui «um engenhoso recurso, que consiste precisamente no “tipo legal de crime” (Tatbestand). Nele descreve o legislador aquelas expressões de vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais, que violam, portanto, os bens ou interesses jurídico criminais. Neles vasa a lei em moldes os seus juízos valorativos, neles formula de maneira típica a anti-jurisdicticidade, a ilicitude criminal.

Depois, uma vez formulados esses tipos legais de crime, impõe ao juiz como quadros, a que este deve subsumir os acontecimentos da vida para lhes atribuir a dignidade jurídico-criminal.

²⁵ José de Sousa Brito, A Lei Penal da Constituição, in Estudos sobre a Constituição, 1978, vol. II, pp. 197-254, antigo Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional que, a propósito do sentido possível das palavras e da correspondência verbal, afiança que «a interpretação que, embora tendo na lei um mínimo de correspondência verbal, excede o sentido possível das palavras da lei, é interpretação extensiva e deve considerar-se proibida pelo artigo 29.º da Constituição».

Nisto consiste precisamente a chamada tipicidade, intimamente ligada ao princípio do “*nullum crimen sine lege*”»²⁶.

Também Jorge de Figueiredo Dias²⁷ atenta que «não pode esperar-se que a norma cumpra a sua função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos — seja na sua vertente negativa de intimidação, seja sobretudo na sua vertente positiva de estabilização das expectativas — se aqueles não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis». Na explanação deste raciocínio, este Professor de Coimbra acrescenta 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».

Rui Pereira assinala que o consumo é uma «conduta autolesiva»²⁸. Por isso a sua incriminação é ilegítima, apesar de não o ser a sua conversão em ilícito de mera ordenação social»²⁹. No mesmo texto, o referido penalista e fugaz Juiz do Tribunal Constitucional assinala a existência de um vazio sancionatório que resulta do erro legislativo, opondo-se peremptoriamente à punição criminal do consumidor que detenha droga em quantidade superior à necessária para o consumo médio durante o período de 10 dias. Com efeito, na sua leitura, «o princípio da legalidade opõe-se também, decisivamente, a esta solução, justamente por causa da revogação expressa que foi operada. A aplicação de uma norma incriminadora revogada viola directamente o *nullum crimen, nulla poena sine lege* (...) [e que o] alargamento contra legem do ilícito corresponde ainda a uma violação do princípio da legalidade»³⁰.

Ora, na hipótese vertente, com o devido respeito pela decisão jurisprudencial sob análise, ao fazer uma interpretação restritiva do alcance da norma revogatória e ao propor uma repristinação parcial da norma anteriormente vigente com alteração do elemento do tipo de ilícito de forma a compatibilizá-la com a redacção prevista para o delito contra-ordenacional, o Supremo Tribunal de Justiça exerceu uma função criadora que não está no leque das suas

²⁶ A Teoria do Concurso em Direito Criminal, Unidade e Pluralidade de Infracções, reimpressão Almedina, 1983, p. 107.

²⁷ “Direito Penal — Parte Geral”, Tomo I, “Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, Coimbra Editora, 2007, 2.ª edição, p. 180.

²⁸ Também Carlos Almeida, Breves Considerações sobre a Nova Lei da Droga, Revista do Ministério Público, n.º 44, pp. 57-58, pugna pela descriminalização com fundamento em critérios de distinção entre moral e direito penal com base no princípio constitucional da limitação do direito penal à necessária tutela de bens jurídicos.

²⁹ A discriminação do consumo de droga, Liber Discipulorum para Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 1168.

³⁰ Rui Pereira, A discriminação do consumo de droga, Liber Discipulorum para Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 1175.

competências e não se bastou à realização da tarefa de uniformização do direito, a única que lhe estava reservada.

Na verdade, ao não valorizar a força vinculativa da norma revogatória, o Supremo Tribunal de Justiça destaca-se da letra da lei e considera socialmente nocivo e reprovável a ***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.***

Perfilhamos, sem reservas, o juízo formulado pelo Juiz Conselheiro Henriques Gaspar ³¹ ³² ³³, actual Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, quando assevera que «a revogação expressa de uma norma penal incriminatória não é compatível, na perspectiva de garantia plena do princípio da legalidade penal, com uma interpretação que privilegie uma (possível) compreensão do plano sistémico, contrariando pelo mecanismo interpretativo da compatibilidade (óptima) de sistemas o efeito da revogação expressa.

A interpretação restritiva de norma expressa revogatória de uma norma incriminadora, encurtando o sentido e o alcance da revogação, constitui, no plano material, não uma restrição, mas uma extensão da norma incriminadora que permaneceria em parte apesar da revogação».

O referido princípio da legalidade impõe que ninguém pode ser criminalmente responsável por acção ou omissão cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior ao momento da sua prática, nem ser alvo de pena que não resulte de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Idênticas vinculações estão igualmente consagradas em instrumentos legais internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 11.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 7.º).

De acordo com Eduardo Correia «não basta o princípio da legalidade do crime, por um lado, e o da legalidade da pena, por outro, mas é ainda necessário ter também em conta a conexão legal do crime e da pena» ³⁴.

Também Paulo Pinto de Albuquerque ³⁵ salienta que «se a lei nova pune como contra-ordenação uma conduta anteriormente punida como crime (é o caso do consumo de estupefacientes depois da Lei n.º30/2000, de 29/11) ou

³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2005, Processo 05P1831, in www.dgsi.pt.

³² As declarações de voto dos Juízes Conselheiros Henriques Gaspar e Maia Costa lavradas a propósito do Acórdão Uniformizador n.º8/2008 retomam os mesmos fundamentos.

³³ Artur Matias Pires, Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio, in Revista do Ministério Público, n.º 93, p. 118, sublinha que o entendimento contido no Acórdão de Fixação de Jurisprudência «resulta na perversa interpretação extensiva do artigo 40.º, o que colide frontalmente com o princípio constitucional da separação de poderes, com os princípios fundamentais do direito penal português da legalidade e da tipicidade».

³⁴ Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. Parte Geral. Tomo I, Lisboa, AAFDL, p. 49.

³⁵ Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 49.

ainda se a lei nova pune como contra-ordenação uma conduta anteriormente punida como transgressão (...). Num caso como noutro, as condutas mantêm a sua relevância jurídica, devendo ser puníveis como contra-ordenações».

Consequentemente, no exercício da missão jurisdicional que nos está cometida, propugnamos que o artigo 40.º do DL n.º 15/93, de 22/01, na interpretação restritiva do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, promovida pelo citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008 — segundo a qual tal norma está em vigor também quanto às situações em que o arguido adquire ou detém, para consumo próprio, 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 inconstitucional, por violar o princípio da legalidade precipitado no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa e replicado no artigo 1.º, n.ºs 1 e 3 do Código Penal.

Na busca do lugar paralelo, a situação normativa criada pelo Acórdão sub judice apenas encontra similitude com a problemática dos Assentos. E com isto, não queremos sugerir que o Acórdão de Fixação de Jurisprudência configura dogmática e estruturalmente um Assento. Conhecemos as diferenças e sabemos que o Assento tinha o seu campo de aplicação no domínio do processo civil e estava erigido como fonte de interpretação autêntica legislativa.

Nas palavras de Antunes Varela os assentos eram «proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o “preceito que coroa a decisão do caso concreto” com “força genérica”»³⁶. Ou, na formulação proposta por Oliveira Ascensão³⁷, é «uma nova norma jurídica que, como tal fundamentalmente se impõe no sistema jurídico», com repercussões positivas «ao nível jurídico da legislação ordinária»³⁸.

Na construção de Castanheira Neves³⁹ os assentos surgem como «uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo jurídico-obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito».

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96 afirma que «originados embora numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito».

³⁶ Do Projecto ao Código Civil, Comunicação à Assembleia Nacional, 1966, p. 18.

³⁷ Oliveira Ascensão, O Direito — Introdução e Teoria Geral, Almedina, 2013, p. 283.

³⁸ Castanheira Neves, O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra, 1983, p. 368.

³⁹ O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra, 1983, p. 315.

A Constituição da República Portuguesa não interdita o legislador ordinário de prever institutos adequados à uniformização de jurisprudência, «mas veda-lhe seguramente a criação de instrumentos ali não previstos que, com eficácia externa (e, por maioria de razão, com força obrigatória geral) interpretem, integrem, modifiquem, suspendam ou revoguem normas legais»⁴⁰.

Ao fim e ao cabo, e daí decorre a proximidade com a figura do extinto assento, «a norma visada sofre, por via do assento interpretativo, profunda recomposição: é uma nova norma, deste modo recomposta, que passa a existir no direito positivo. Há pois como que uma fusão entre a norma atingida e a norma do assento que a modula»⁴¹.

Neste conspecto entendemos que a solução encontrada pelo citado acórdão de fixação de jurisprudência viola o princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa⁴², concretamente por causa da interpretação restritiva da decisão de revogação expressa que foi operacionalizada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2003, de 29/11, a qual não pode ser limitada nos seus efeitos, extensão e intencionalidade por qualquer Tribunal Comum e, concomitantemente, atenta contra o princípio da tipicidade dos actos legislativos.

Efectivamente, a nosso ver, com o devido respeito por aquele Colendo Tribunal, ao formular a tese ali vertida, o Supremo Tribunal de Justiça acabou por ultrapassar o carácter estrito da incumbência de uniformização de jurisprudência e, ao superar a natureza da jurisdicional da sua actividade, veio (re)escrever uma norma jurídica com eficácia erga omnes e o resultado desse empreendimento equipara-se à introdução de uma disposição legislativa no ordenamento jurídico.

Na verdade, tratando-se de um Acórdão de Fixação de Jurisprudência, face ao aludido princípio da tipicidade das leis, não é admissível a uma disposição de natureza não legislativa interpretar, integrar, modificar, alterar, suspender ou revogar um preceito legal com eficácia externa absoluta.

Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que interpretação distinta contende inevitavelmente com o disposto na primeira parte do n.º 5 do artigo 112.º parte da Constituição da República Portuguesa. Na visão da dupla de

⁴⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/1996, de 28 de Maio de 1996, in www.tribunal-constitucional.pt/te/acórdãos/19960743.html.

⁴¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 40/84, publicado no Diário da República, II série, de 7 de Julho de 1984.

⁴² Em sentido contrário, encontramos os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 07/02/2011, do Tribunal da Relação de Évora de 31/05/2011, do Tribunal da Relação de Évora de 25/10/2011, todos in www.dgsi.pt. Nestes arestos, com especial ênfase no do Tribunal da Relação de Guimarães, sobressai a solução que «os tribunais só podem divergir da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça quando tenham argumentos nela não debatidos, ou seja, a divergência tem de se fundamentar em argumentos novos que não aqueles constantes da tese que ficou vencida no acórdão para fixação de jurisprudência, sob pena de a uniformização não ter qualquer efeito e os tribunais continuarem com base nos argumentos a produzirem decisões desencontradas». Todavia, na nossa visão, sem embargo de concordarmos com a posição de princípio, a questão da compatibilidade com a Lei Fundamental não fica solucionada enquanto o Tribunal Constitucional não se pronunciar sobre a querela interpretativa.

constitucionalistas a norma é cristalina e da mesma decorre que: «(a) a aprovação do princípio da tipicidade dos actos legislativos e consequente proibição de actos legislativos apócrifos ou concorrenciais, com a mesma força e valor de Lei; (b) a ideia de que as leis não podem autorizar que a sua própria interpretação, integração, modificação, suspensão ou revogação seja afectada por outro acto que não seja uma outra lei. Salvo os casos expressamente previstos na Constituição» ⁴³.

Com a edição desta norma na Lei Fundamental «o que se pretendeu foi proibir a interpretação autêntica das leis através de actos normativos não legislativos», tal como foi **certeiramente evidenciado pelo Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 34/84, de 20 de Junho de 1984** ⁴⁴.

Aquilo que sublinhamos é que, face à função modeladora que incorpora, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008 ultrapassa as baias da interpretação e assume-se como fonte de direito «não derivada da auto-vinculação subjacente ao cometimento de função legislativa a órgãos representativos dos cidadãos» ⁴⁵. Com isto, aproxima-se, assim, finalisticamente, também por esta via, da figura do extinto Assento, instrumento esse que consabidamente como fonte de direito foi declarado inconstitucional com força obrigatória geral ⁴⁶.

Em conformidade e como resultado destas asserções, a distinguir-se o nosso entendimento, não podem os Tribunais aplicar a doutrina vertida naquele Acórdão de Fixação de Jurisprudência, sob pena de, assim não ser, se violarem ditames constitucionais associados aos princípios da legalidade e da tipicidade das fontes legislativas.

Em adição, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem proíbe a aplicação analógica da lei penal ⁴⁷ e a interpretação extensiva da incriminação em detrimento do arguido, ao abrigo dos argumentos de igualdade ou maioria de razão e na esfera de amparo desta interdição inclui-se também a redução do alcance regulativo de uma norma revogatória. A par desta realidade, à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não existe um dever de criminalizar ⁴⁸. Figueiredo Dias ^{49 50} aceita a existência de imposições jurídico-constitucionais explícitas de incriminação mas recusa a admissibilidade de obrigações implícitas, como decorrência imediata dos princípios da inter-

⁴³ Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2010, p. 67.

⁴⁴ Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 341, p. 96.

⁴⁵ Declaração de voto de Maria Fernanda Palma no âmbito do citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/1996 in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96, de 28 de Maio de 1996, in www.tribunalconstitucional.pt/te/acordaos/19960743.html.

⁴⁷ Acórdão do TEDH Pessino v. França, de 10/10/2006.

⁴⁸ Acórdão do TEDH Öztürk v. Alemanha (plenário), de 21/02/1984.

⁴⁹ Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 80.

⁵⁰ Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, 2001, p. 59 e seguintes.

venção mínima e da necessidade das penas e das medidas de segurança. Indirectamente, no seu significado implícito, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência transparece ter sido contagiado com a filosofia contrária de existir um dever base de criminalizar a conduta sob apreciação.

Socorrendo-nos das palavras de Luhmann esta constitui uma “decisão programante” típica da função legislativa. Aliás, no seu enfoque metodológico, a jurisprudência vinculativa em discussão surge como uma aproximação pontual aos ensinamentos da Escola da Jurisprudência dos Interesses — cujo principal expoente foi Philipp Heck —, ao prosseguir a tarefa de preenchimento de lacunas [actividade não admissível à luz dos quadros fundamentais de preservação dos direitos dos arguidos e da vida comunitária que é um dos pilares estruturantes do direito penal português] e ao interpretar autenticamente o sentido de uma lei revogatória. Em conformidade, assume um papel criativo e edita ela própria regras para a resolução de situações concretas que, a seu ver, mereciam uma tutela diferente do direito. Ao assim actuar, invoca que está perante um caso de direito legislado incorrecto (English), onde o juiz (*rectius*, o Supremo Tribunal de Justiça) age «*corrigendi causa*», mas ignorando o contexto histórico, teleológico, teórico e literal que envolveu a edição da norma revogatória.

Recorde-se que, no passado, também a lógica da uniformização da jurisprudência e da unidade do direito, motivou uma intervenção semelhante no caso das armas, onde foi firmada jurisprudência que validou a interpretação que as armas de fogo de calibre 6,35 não registadas nem manifestadas se encontravam abrangidas pela previsão legal do artigo 260.º do Código Penal de 1982 ⁵¹. Nessa época, por razões de prevenção da criminalidade, por via desta doutrina obrigatória ⁵², os Tribunais consideraram como integrantes do referido tipo legal um conjunto de comportamentos que, anteriormente, não fosse a doutrina vertida naquele aresto, numa dimensão textual não estavam manifestamente na órbita da esfera de resguardo da norma habilitante.

Naquela hipótese, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a providência jurisdicional ⁵³ do Supremo Tribunal de Justiça, a qual, então, igualmente, tinha imposto em termos gerais e abstractos o sentido jurídico com que tinha sido solucionada a divergência jurisprudencial.

A sobreposição de identidade e de valor axiológico entre as duas realidades [a pretérita das armas e a vigente detenção de produto estupefaciente superior ao consumo médio individual necessário a 10 dias] é patente e indiscutível. Porém, ao contrário de outras ocasiões, inexplicavelmente, no

⁵¹ Norma que foi substituída pelo artigo 275.º do Código Penal, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

⁵² Acórdão do Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1989, publicado no Diário da República n.º 109, I série, de 12 de Maio de 1989.

⁵³ Acórdão n.º 410/94, de 18 de Maio de 1994, in www.tribunalconstitucional.pt/te/acórdãos/19940410.html.

que concerne ao consumo de droga, tem sido negada a possibilidade da fiscalização concreta da constitucionalidade ⁵⁴.

O tempo vai longo e outros melhor do que nós podem avançar com a justa solução desta problemática interpretativa, a qual, para os subscritores do texto, se estriba apenas em argumentos de lógica e de metodologia jurídica.

Como nótula de síntese, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2008 opera uma reconstrução de uma norma existente e institui uma outra que se apresenta como uma regra punitiva original que preenche uma folga valorativa do sistema penal. Ao fazê-lo, acaba por qualificar como crime uma conduta que havia sido descriminalizada pela norma revogatória, incorrendo, assim, em clara violação aos princípios da legalidade e da tipicidade dos actos legislativos. E, com isso, de uma maneira subentendida, essa jurisprudência qualificada, porque dotada de uma expressão de *legislatio*, repercute-se na própria liberdade de julgar.

Em adição, quanto à necessidade social da punição, através da protecção contra-ordenacional ela fica suficientemente garantida, sendo que, neste domínio, mais do que a aplicação da pena pública, a tarefa primordial do Estado é assegurar que o toxicodependente beneficie de tratamento adequado. Não obstante o consumo de droga ser uma actividade ilícita e proibida — e não defendemos o contrário —, a eficácia do exercício do poder punitivo em matéria de consumo só é real se existir um aumento de estruturas disponíveis a nível do sistema de tratamento da toxicodependência e forem desenvolvidas políticas articuladas de combate à exclusão social, à promoção do ensino e de actividades desportivas e lúdicas junto de jovens estudantes e concretizadas campanhas de informação e de divulgação dos malefícios da droga. E esta é a linha directora dos instrumentos internacionais a que Portugal está vinculado e as referidas obrigações convencionais apenas impõem a perseguição do consumo, relegando para o direito interno a opção entre a correspondente qualificação do facto como proibição penal ou ilícito administrativo. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 ⁵⁵ e a Recomendação n.º 1141 (1991) do Conselho da Europa têm um grau de plasticidade que permite que a intervenção punitiva do Estado se realize por intermédio do direito de mera ordenação social ou por outra via sancionatória.

⁵⁴ Entre outros, exemplifica-se com o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 02/03/2010, proferido no Processo n.º 10/08.0PEPTG.E1, não publicado, que, apesar de ter decidido recusar a aplicação da jurisprudência obrigatória — confirmando o veredicto da primeira instância —, não foi objecto de recurso [obrigatório] para o Tribunal Constitucional. Naquele acórdão foi deliberado «não aplicar o artigo 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na interpretação preconizada no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008, por a mesma violar o princípio da legalidade (artigo 29.º da CRP) e, como tal, não se mostrar conforme à Constituição Portuguesa».

⁵⁵ Ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91.

Antes de terminar e pelo conjunto de argumentos atrás convocados, consideramos que a conduta de todos aqueles que detenham, para consumo próprio, quantidades de estupefacientes superiores às necessárias para o consumo individual durante 10 dias só pode e deve ser sancionada nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000. E esta asserção implica que, em sede de processo penal, tal como temos vindo a fazer nos processos concretos onde é suscitada a questão, haja uma recusa fundada na aplicação da doutrina vertida naquele Acórdão de Fixação de Jurisprudência, por violação dos supracitados princípios constitucionais. E, por conseguinte, nestas situações, a vencer a tese agora proposta, a par da recusa da aplicação do Acórdão Uniformizador, deve ser tirada certidão das peças com relevo probatório e ordenada a sua remessa para a Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência para efeitos de aplicação da correspondente coima.

Para finalizar, a nosso ver, face à sucessão de decisões jurisdicionais com o mesmo jaez, impõe-se que, sem hesitações, a questão da inconstitucionalidade seja debatida pelo Tribunal Constitucional e se eliminem os entraves processuais à subida de recursos àquele órgão em ordem a sindicarem definitivamente a compatibilidade daquele Acórdão de Fixação de Jurisprudência com a Lei Fundamental.