

A Lei n.º 55/2023 de 8 de setembro: uma nova Lei da Droga?

Maria Inês Godinho, Juíza de Direito

Resumo: O enquadramento legislativo e jurisprudencial do crime de consumo de estupefacientes. A configuração da aplicação da Lei n.º 55/2023 como um problema de sucessão de leis no tempo. A sucessão de leis penais em sentido amplo e em sentido estrito. A Lei n.º 55/2023 e a sucessão de leis penais em sentido amplo. O ilícito penal e o ilícito contraordenacional. A tese da unidade de sentido e aplicação da lei mais favorável. A tese do vazio de punibilidade. A configuração da Lei n.º 55/2023 como lei interpretativa. Conceito e características da lei interpretativa. O artigo 13.º do CC e os limites à sua aplicação no âmbito penal. A justificação constitucional da aplicação retroativa da lei penal mais favorável. A tendencial uniformidade na interpretação do artigo 40.º como circunstância legitimadora da aplicação retroativa da Lei n.º 55/2023.

Palavras-chave: Lei n.º 55/2023; Tráfico de estupefacientes; Sucessão de leis penais; Retroatividade da lei penal; Sucessão de punições; ilícito penal e contraordenacional.

Introdução

Entrou em vigor, no passado dia 1 de outubro, a Lei n.º 55/2023, de 8 de setembro, relativa à detenção, para consumo exclusivo, das plantas, substâncias e preparações constantes das tabelas i a iv, anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

A referida lei suscita questões quanto ao seu âmbito de aplicação, mais precisamente no tocante aos processos crime iniciados antes da sua entrada em vigor, quer no momento da apreciação jurídica dos factos que constituem o seu objeto, em sede decisória, quer no momento da execução de pena, tendo por referência as condenações

pela prática de um crime de consumo de estupefacientes, ao abrigo do disposto no art.º 40.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na versão reprimada pelo AUJ n.º 8/2008.

É esse o objeto do presente estudo.

1. Enquadramento legislativo e jurisprudencial do crime de consumo de estupefacientes.

O regime jurídico do tráfico de estupefacientes tem sede em legislação avulsa, mais precisamente no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 81/95, de 22 de abril, pela Lei n.º 45/96, de 3 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 214/2000, de 2 de setembro, pela Lei 30/2000, de 29 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 69/2001, de 24/02, pelas Leis n.º 101/2001 e n.º 104/2001 de 25 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro, pela Lei n.º 47/2003, de 22 de agosto, pela Lei n.º 3/2003, de 15 de janeiro, pela Lei .º 11/2004, de 27 de março, pela Lei n.º 17/2004, de 17 de maio, pela Lei n.º 14/2005, de 26 de janeiro, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, pela Lei n.º 18/2009, de 11 de maio, pela Lei n.º 38/2009, de 20 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro, pela Lei n.º 77/2014, de 11 de novembro, pela Lei n.º 22/2014, de 28 de abril, pela Lei n.º 13/2012, de 26 de março, pela Lei n.º 7/2017, de 02 de março, pela Lei n.º 8/2019, de 1 de fevereiro, pela Lei n.º 15/2020, de 29 de maio, pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, pela Lei n.º 25/2021, de 11 de maio, pela Lei n.º 49/2021, de 23 de julho, pela Lei n.º 9/2023, de 03 de março e, finalmente, com relevância para o presente estudo, pela Lei n.º 55/2023, de 8 de setembro.

Nos termos do disposto no art.º 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, “quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no art.º 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.” (sublinhado nosso).

Sob a epígrafe de “Tráfico de menor gravidade”, dispõe o artigo 25.º, do mesmo

diploma que:

“1. Se nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da ação, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de:

- a) prisão de 1 a 5 anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI.”
- b) Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.”

A essência da distinção entre os tipos fundamental e privilegiado assenta, assim, ao nível exclusivo da ilicitude do facto, aferida em função de um conjunto de fatores de natureza objetiva presentes no caso concreto, os quais devem ser globalmente considerados, em ordem à formulação de um juízo sobre a considerável diminuição da ilicitude pressuposta no tipo fundamental.

Na imagem global dos factos há que atender, conforme indicado exemplificativamente na norma, aos meios utilizados (a maior ou menor sofisticação da operação de venda - que as quantias monetárias apreendidas indiciam - o grau de preparação e impreparação revelada na atuação), à modalidade da ação (a concreta atividade desenvolvida: o cultivo, a detenção, o transporte, a cedência, a venda), às circunstâncias em que esta se desenvolve (por exemplo, se o agente atua sozinho ou em conjugação com outrem) e à qualidade e a quantidade das plantas, preparações e substâncias detidas pelo agente (considerando a natureza aditiva das mesmas e o seu risco de disseminação).

Numa tentativa de densificação do conceito e das circunstâncias em que pode assentar esse juízo de menor ilicitude, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão datado de 23.11.11, relatado pelo Sr. Conselheiro Santos Carvalho¹, decidiu que para se concluir por um crime de tráfico de menor gravidade devem verificar-se as seguintes circunstâncias, *tendencialmente cumulativas*:

¹ Processo n.º 127/09.3PEFUN.S1, disponível em www.dgsi.pt.

a) a atividade de tráfico é exercida por contacto direto do agente com quem consome (venda, cedência, etc.), isto é, sem recurso a intermediários ou a indivíduos contratados, e com os meios normais que as pessoas usam para se relacionarem (contacto pessoal, telefónico, internet);

b) a quantidade vendida a cada um dos consumidores é adequada ao consumo individual dos mesmos;

c) a quantidade que o agente detém num determinado momento é compatível com a realização de transações onerosas num período temporal razoavelmente curto e, ainda que tal atividade se estenda no tempo, com sucessivos atos de venda, o agente não assuma para o consumidor final a qualidade de “abastecedor habitual”;

d) as operações de cultivo ou de corte e embalagem do produto são pouco sofisticadas;

e) os meios de transporte empregues são aqueles que o agente utiliza na sua vida corrente, para fins lícitos;

f) os proventos obtidos são os necessários para a subsistência própria ou dos familiares dependentes, com um nível de vida necessariamente modesto e semelhante ao das outras pessoas do meio onde vivem, ou então os necessários para serem utilizados, essencialmente, no consumo próprio de produtos estupefacientes;

g) a atividade em causa é exercida em área geográfica restrita.

E desde que, naturalmente, não se encontrem verificadas quaisquer das circunstâncias agravativas do crime base, previstas no artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 15/93.

O grau de ilicitude liga-se, assim, a um juízo sobre o grau de perigo verificado para a saúde pública que a conduta do agente comporta, já que é este o bem jurídico protegido pela norma.

A saúde pública deve, aqui, ser entendida no seu sentido mais amplo, nas suas componentes física e mental, e enquanto garante de um desenvolvimento são, seguro e livre dos cidadãos e da sociedade, face aos perigos representados pelo consumo e pelo tráfico de drogas, atentatórios da dignidade humana².

²Neste sentido Fernando Gama Lobo, Droga, Legislação, Notas Doutrina Jurisprudência, *Quid Iuris* 2006, pág. 41. Como se refere no acórdão do STJ de 01.06.11, relatado pelo Sr. Conselheiro Santos Cabral, proferido no âmbito do processo n.º 2/06.3PJLRS, disponível em www.dgsi.pt. “O escopo do legislador é evitar a degradação e destruição de seres humanos provocada pelo

Para preenchimento do tipo subjetivo basta o dolo genérico, ou seja, “a vontade de desenvolver sem autorização e sem ser para consumo próprio, as atividades descritas no tipo, e a representação e o conhecimento por parte do agente da natureza e características estupefacientes do produto objeto de ação e uma atuação deliberada, livre e consciente de ser proibida a sua conduta.”³.

Todavia, para que o tráfico se afirme, em qualquer das suas hipóteses normativas supra analisadas (dos artigos 21.º e 25.º), torna-se igualmente necessário afastar a aplicabilidade do artigo 40.º, concernente ao crime de consumo de produto estupefaciente.

Na sua versão originária, o artigo 40.º dispunha 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 cultivadas, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.
3. No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena.”

Este artigo foi revogado pela Lei n.º 30/2000, através do seu artigo 28.º, mantendo-se o mesmo apenas em vigor quanto ao cultivo.

A Lei n.º 30/2000, que aprovou o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, veio alterar o paradigma sancionatório no âmbito da detenção, para consumo exclusivo, de produto estupefaciente, descriminalizando-o.

consumo de estupefacientes que o respetivo tráfico indiscutivelmente potencia. O tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: a vida; a integridade física e a liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes e, demais, afeta a vida em sociedade na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovados efeitos criminosos. É, assim, de um crime de perigo que tratamos, e de perigo comum, visto que a norma protege uma multiplicidade de bens jurídicos designadamente de carácter pessoal- reconduzidos à saúde pública”.

³ Gama Lobo, ob. cit, pág. 45.

A supramencionada Lei teve por base a Proposta de Lei n.º 31/VIII⁴, da qual resulta, de forma inequívoca, que foi intenção do legislador manter “o desvalor legal do consumo, em homenagem aos princípios da cooperação internacional e da segurança, mas também em honra da necessidade de não diminuir as condições de eficácia do combate ao tráfico e à criminalidade associada às drogas, bem como de assegurar a defesa da saúde pública”. Simultaneamente, procurava-se dar “significado aos princípios da necessidade, da adequação e da subsidiariedade da intervenção do direito penal, corolários do princípio humanista”. E, na ponderação dos dois interesses, “o consumo, a aquisição para consumo e a detenção para consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas [passaram] a constituir comportamentos ilícitos de ordem contra-ordenacional”.

E foi esta a solução consagrada no artigo 2.º que veio tipificar como contraordenação a aquisição e detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, que não excedessem a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

Sucedeu que, em 5 de Agosto de 2008⁵, foi publicado o AUJ n.º 8/2008, que fixou jurisprudência no sentido de que “[n]ão obstante a derrogação operada pelo art.º 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 necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”.

Daqui resultava, que incorria na prática de um crime p. e p. pelo artigo 40.º, n.º 2 quem consumisse ou, para tal fim, cultivasse, adquirisse ou detivesse plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV em quantidade superior à necessária ao consumo médio individual durante o período 10 dias, sendo tal conduta punível com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Não é irrelevante a menção que supra se fez à versão do artigo 40.º, reprimada

⁴Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=6026>

⁵ Publicado em 2008-08-05, no Diário da República n.º 146, série I.

pelo citado acórdão uniformizador de jurisprudência, uma vez que a 8 de setembro de 2023 foi publicada a Lei n.º 55/2023, que entrou em vigor no passado dia 1 de outubro e que veio introduzir uma nova redação daquele normativo, com importantes consequências práticas em processos que se encontrem pendentes.

Dispõe atualmente o citado normativo que:

1 - Quem, para o seu consumo, cultivar plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas i a iv é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.

2 - A aquisição e a detenção para consumo próprio das plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior constitui contraordenação.

3 - A aquisição e a detenção das plantas, substâncias ou preparações referidas no n.º 1 que exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias constitui indício de que o propósito pode não ser o de consumo.

4 - No caso de aquisição ou detenção das substâncias referidas no n.º 1 que exceda a quantidade prevista no número anterior e desde que fique demonstrado que tal aquisição ou detenção se destinam exclusivamente ao consumo próprio, a autoridade judiciária competente determina, consoante a fase do processo, o seu arquivamento, a não pronúncia ou a absolvição e o encaminhamento para comissão para a dissuasão da toxicod dependência.

5 - No caso do n.º 1, o agente pode ser dispensado de pena.

Na realidade, a nova redação vem fornecer um critério ao julgador a atender na apreciação da prova produzida, por forma a determinar, face ao número de doses que o agente tenha na sua posse, se a destinação pretendida é ou não o seu consumo exclusivo.

A finalidade subjacente à detenção do produto estupefaciente, não podendo assentar apenas na confissão do arguido (que aliás até pode não existir), atento o seu direito à não incriminação, pressupõe a análise da imagem global dos factos em apreciação.

Esta reside, em grande medida, em prova indireta, deduzindo-se a destinação pretendida de factos concretos que tenham sido apurados em julgamento. Entre estes, por exemplo, contam-se o modo como o produto se encontra acondicionado, a natureza

dos instrumentos encontrados na posse do arguido, a sua aptidão para serem usados na venda (instrumentos de corte, pesagem e acondicionamento) ou no consumo (mortalhas, isqueiros, tabaco), sem esquecer o valor alegadamente despendido na sua aquisição, quando considerada a situação económica deste, bem como o número de doses por si detidas e os seus alegados hábitos de consumo.

Todavia, o que agora se afirma é algo de qualitativamente diferente.

Com efeito, o limite quantitativo das 10 doses diárias é, apenas, um indício de um crime de tráfico de estupefacientes e já não a fronteira entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional⁶.

O Legislador alargou o campo de aplicação do tipo contraordenacional de consumo de estupefacientes, previsto no art.º 2.º, da Lei n.º 30/2000.

E fê-lo suprimindo um elemento do tipo objetivo do ilícito contraordenacional, transformando-o num mero indício de um crime de tráfico de estupefacientes.

Como resulta do seu título, a Lei n.º 55/2023 procura clarificar o regime sancionatório relativo à detenção de droga para consumo, independentemente da quantidade.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 848/XV⁷, o Legislador começou por fazer uma breve síntese da evolução legislativa nesta sede, conjugando-a com o AUJ n.º 8/2008, numa clara recensão crítica do mesmo.

Sem querermos entrar num fastidioso esforço teórico, a verdade é que para compreender a atual opção do legislador é necessário atender também ao modo como a valoração jurídico-penal do consumo evoluiu nos últimos anos, considerando a aprovação da Lei n.º 30/2000 que, de forma inovadora, veio regular o consumo de produto estupefaciente.

Como vimos, a partir da entrada em vigor de tal diploma, tornou-se claro que a

⁶ Tal solução já se vinha desenhando na jurisprudência recente de alguns tribunais superiores. Assim, o decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão proferido em 02.02.23, pela Sr.ª Desembargadora Raquel Lima, no processo n.º 137/22.5SCLSB.L1-9, disponível em www.dgsi.pt. Considerando os concretos hábitos de consumo do arguido, e não obstante o exame pericial junto aos autos relativamente ao número de doses individuais em que o produto, atento o seu grau de pureza podia ser dividido (27), foi decidido que o mesmo era adequado ao consumo por um período de dez dias, sendo, em consequência, a conduta do arguido subsumível à prática da contraordenação prevista no art.º 2.º, da Lei n.º 30/2000, de 29/11. Também o Tribunal da Relação de Coimbra, por acórdão proferido em 21.10.2015, no processo n.º 313/14.4GDLRA.C1, relatado pelo Sr. Desembargador Inácio Monteiro, faz apelo aos concretos hábitos de consumo, não afastando, sem mais, a subsunção à contraordenação. O acórdão encontra-se disponível no mesmo endereço.

⁷ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=173124>

aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas atrás referidas, que não excedesse a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, passou a constituir contraordenação (artigo 2.º).

Todavia, não era evidente, bem pelo contrário, a solução a dar no caso da quantidade apreendida ser superior à necessária para o consumo médio individual durante aquele período.

A este propósito, Fernando Gama Lobo, em anotação ao artigo 40.º escrevia que “esqueceu-se o legislador de forma grosseira, qual a incriminação ou penalização, quando a droga para consumo, excede tal quantidade (...) Literalmente, na falta de disposição legal punitiva, pela revogação do artigo 40.º, não constituiria crime, pelo que ficaríamos com a situação absurda de quem detivesse menos droga ser punido em sede contraordenacional e quem detivesse mais não fosse sequer punido”⁸.

Em consequência, foram-se desenhando na jurisprudência diversas teses, que iam “desde a impunidade da conduta (quer a título de crime, quer a título de contraordenação), a qualificação desta como contra-ordenação, a qualificação como crime nos termos do artigo 40.º (...), até à qualificação como crime de tráfico de estupefaciente nos termos do art.º 21.º, 25.º ou 26.º, do Decreto-Lei n.º 15/93 em apreço (uma vez que nestes se prevê a criminalização da aquisição e detenção da droga sem distinguir os fins dessa aquisição e detenção)”⁹.

Foi a segunda, como vimos, que teve acolhimento no STJ em acórdão de fixação de jurisprudência, que mereceu vários votos vencido¹⁰, e não deixou de ser disputada pela doutrina, nos anos subsequentes¹¹.

⁸ Lobo, Fernando Gama, Droga, Legislação, Notas Doutrina Jurisprudência, Quid Iuris 2006, pág. 98.

⁹ Patto, Pedro, em Comentário das Leis Penas Extravagantes, Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Org. Universidade Católica Portuguesa, Vol. II, página 539.

¹⁰ Votaram vencidos os Srs. Juízes Desembargadores António Silva Henriques Gaspar e Eduardo Maia Figueiredo da Costa, Armindo dos Santos Monteiro e António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes.

¹¹ Cfr. Leal, Celso, “Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “não constitucionalidade” do ac. Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça, Revista do Ministério Público, n.º 119, pág. 185 e ss e Lourenço Martins, “Droga. Aquisição ou detenção para consumo. DMID para período superior a 10 dias. Lei 30/2000, Revista do Ministério Público, n.º 115, pág. 171 e ss. Neste sentido também Tomé de Carvalho, José Manuel e Luís, Rui Pedro em “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 arresto com a Lei fundamental, Revista Julgar, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/11-J-Tom%C3%A9-Carvalho-e-Rui-Lu%C3%ADs.pdf>. Por outro lado, argumentando a necessidade de uma alteração legislativa que permitisse considerar a detenção de produto estupefaciente para consumo exclusivo como mera contraordenação, Faria da Costa escrevia “deve ponderar-se, *de lege referenda*, a introdução de normas de articulação entre os regimes

Aliás, entre os votos vencidos constava o do Sr. Conselheiro António Gaspar, amplamente citado na exposição de motivos do projeto de lei nº 848/XV¹² e que defendia que a interpretação restritiva do artigo 28.º assim operada era violadora do princípio da legalidade penal, e do princípio basilar do *nulla poena sin lege*, constituindo uma aplicação analógica de normas incriminadoras, expressamente proibida pelo artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição e pelo artigo 1.º, n.ºs 1 e 3, do Código Penal.

Em consonância, na exposição de motivos, citando Figueiredo Dias, o autor do projeto de lei relembra que não competia ao aplicador suprir o vazio legal decorrente da redação do artigo 28.º, já que “[e]squecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação 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”.

O projeto de lei afirma claramente a vontade de retornar ao caminho inicialmente traçado, de descriminalização do consumo de estupefacientes, concentrando os esforços do Estado na recuperação da pessoa adicta.

Clarificado o pensamento do legislador, temos que, sem sombra de dúvida, a detenção para consumo exclusivo das substâncias mencionadas no artigo 40.º, quando ocorrida após 1 de outubro de 2023, constitui contraordenação, independentemente do número de doses em que aquelas possam ser repartidas.

Todavia, dúvidas se suscitam quanto à configuração jurídica a dar a factos que foram praticados em momento anterior à sua vigência.

2. A configuração da aplicação da Lei n.º 55/2023 como um problema de sucessão de leis no tempo.

2.1. Sucessão de leis penais em sentido amplo e em sentido estrito

Atenta a falta de disposição expressa, uma primeira aproximação a uma resposta

de tráfico e do consumo”, sugerindo a seguinte “A posse de droga em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias é mero indício de tráfico”.- Costa, José Faria da, Algumas breves notas sobre o regime do consumo e do tráfico de estupefacientes, RLJ, Ano 134, n.º 3930, pág. 278.

¹² <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=173124>

poderá passar por perspetivar a questão como um problema de sucessão de leis no tempo.

Tal implica considerarmos que estamos perante duas leis que regulam, de forma diversa, o mesmo pedaço de vida e que a nova lei é impositiva e inovadora e não meramente interpretativa.

Assim, antes do mais, cumpre compreender o que se deve entender por sucessão de leis penais no tempo.

A sucessão de leis penais pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido restrito.

No primeiro caso, ela abrange tanto uma sequência de uma ou mais leis criminais, como a sequência de uma lei penal e de uma lei contraordenacional, como o inverso.

A sucessão de leis penais em sentido amplo abarca as alterações legislativas decorrentes de uma mudança de entendimento do legislador sobre a ilicitude ou sobre a necessidade da pena (descriminalizando ou penalizando a conduta), e aquelas que produzem uma modificação que, deixando “intocado o preceito primário ou a hipótese legal – e correspondentemente a responsabilidade penal, todavia, por razões de política criminal de prevenção geral e/ou especial, alteram o preceito sancionatório da norma penal, agravando-a ou atenuando-a”¹³.

Já a sucessão de leis penais em sentido estrito implica que quer a lei anterior quer a posterior sejam leis penais¹⁴.

Para que haja uma sucessão de leis penais em sentido estrito, necessário se mostra que a um determinado facto possa ser aplicada quer a lei penal vigente à sua prática quer a lei penal que lhe sobreveio, uma vez que a situação jurídico-penal criada ao abrigo da lei antiga ainda não se esgotou plenamente.

Por outro lado, na sucessão de leis penais em sentido estrito “a lei nova, não extinguindo embora a situação jurídico-penal existente à data da sua entrada em vigor, alter[a] os termos da responsabilidade penal imputada ao agente do facto [pela] lei penal antiga, agravando-a ou atenuando-a”¹⁵.

¹³ Idem.

¹⁴ Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica Editora Porto, 3.ª Edição, pág. 187.

¹⁵ Carvalho, Américo Taipa de, *Sucessões de Leis Penais*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, pág. 114-115.

Por fim, e como salienta Fernanda Palma, não existe verdadeira sucessão de leis penais no tempo “se o comportamento que é objecto do juízo de ilicitude for parcialmente reproduzido na lei posterior”¹⁶.

2.2. A Lei n.º 55/2023 e a sucessão de leis penais em sentido amplo.

A detenção de produto estupefaciente em quantidade superior à necessária ao consumo individual do agente durante 10 dias, na versão da lei antiga, *quando interpretada nos termos fixados pelo AUJ n.º 8/2008*, constitui crime, ao passo que ao abrigo da lei nova constitui contraordenação.

Se partirmos do pressuposto que a nova lei é inovadora, então ter-se-á de concluir pela existência de uma sucessão de leis penais em sentido amplo, que abrange uma lei penal propriamente dita e uma lei contraordenacional.

Aqui chegados, cumpre agora determinar qual o âmbito e alcance desta última na perspectiva da sua aplicação aos factos praticados em momento anterior à sua vigência.

2.2.1. O ilícito penal e o ilícito contraordenacional.

A solução à pergunta que nos ocupa não poderá deixar de ser dada através da delimitação do círculo de validade da lei penal e da lei contraordenacional, assente no princípio da legalidade e da não retroatividade, que têm a sua matriz constitucional no art.º 29.º, n.º 1, da CRP.

Dispõe o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que “ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

“Embora o artigo 29.º se refira somente à lei criminal, deve considerar-se que parte destes princípios (nomeadamente o da aplicação retroactiva desfavorável) se aplicam também aos dois outros ramos do chamado direito público sancionatório: o direito de

¹⁶ Direito Penal, Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos, Teoria da Lei Penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas, AAFDL, 4.ª Edição, pág. 174.

mera ordenação social e o direito disciplinar (...). No sentido da aplicação do princípio criminal da lei mais favorável também ao ilícito contra-ordenacional e ao ilícito disciplinar, vai o artigo 282.º, n.º3, da CRP.”¹⁷.

Consagra-se aqui o princípio da legalidade penal (e contraordenacional), com a proibição da aplicação retroativa da lei criminalizadora, princípio basilar de um Estado de Direito (artigo 2.º), que exerce uma dupla função: por um lado de proteção do cidadão contra o exercício arbitrário do *ius puniendi* e, por outro, de regulação social, permitindo que este se determine de acordo com o dever ser jurídico, atendendo no seu processo decisório às consequências jurídicas da sua conduta.

Do ponto de vista infraconstitucional, aquele princípio tem tradução quer no Código Penal, quer no Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO)¹⁸, respetivamente nos artigos 1.º, n.º1 e 2.º.

Deste modo, só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática e só será punido como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento em que o facto ocorreu.

Na determinação do âmbito temporal da aplicação da lei penal e da lei contraordenacional há que ter em consideração o *tempus delicti*, aquele em que se considera o facto praticado (artigo 3.º do Código Penal e artigo 5.º do RGCO), ou seja, o momento em que agente atuou ou, no caso da omissão, o momento em que deveria ter atuado, independentemente de quando é que o resultado típico se tenha produzido.

O *tempus delicti* é igualmente importante para a determinação da lei aplicável porque, por regra, os factos terão a configuração jurídica que resulta da lei vigente na data da sua prática (artigo 2.º, n.º 1 do CP e artigo 3.º, n.º1, do RGCO).

Mas, *quid iuris* se, entre o momento da infração e aquele em que o agente se confronta com as consequências da sua conduta, o regime se altera, deixando a mesma de ser punida como crime e passando a sê-lo como contraordenação?

A resposta, perante a sucessão de leis penais em sentido amplo, não poderá deixar

¹⁷Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Medeiros, Rui e Miranda, Jorge, 2005, pág.331.

¹⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10, de ora em diante RGCO.

de ter em consideração a diferente natureza da reação penal e da reação contraordenacional.

Tradicionalmente, defende-se que existe uma distinção entre o direito penal e o direito contraordenacional assente na importância axiológica e social dos bens subjacentes.

Assim, enquanto o direito penal tem um fundamento ético, o direito contraordenacional seria axiologicamente neutro.

Neste sentido, Eduardo Correia defendia que o ilícito contraordenacional é um *aliud* e não um *minus* em relação ao direito penal, sendo algo diferente deste último¹⁹.

Também Figueiredo Dias entende que existe uma diferença qualitativa entre os dois tipos de ilícito que se afirma na censurabilidade ética do comportamento criminalmente punido. Na contraordenação, a conduta em si mesma é neutra (só por si não chega a permitir o juízo de desvalor da ilicitude) mas, quando adicionada à decisão de a proibir, passa a suportar a valoração da ilicitude²⁰.

Daí que, para este autor, as sanções contraordenacionais tenham uma função de mera advertência ou reprimenda²¹.

Advogando igualmente a diferença qualitativa, Taipa de Carvalho, não nega, contudo, a natureza socialmente desvaliosa e censurável da infração contraordenacional, antes afirmando que ela se reporta a “valores sociais ou individuais que não são considerados, num dado momento histórico-cultural como fundamentais ou indispensáveis às exigências mínimas da vida comunitária e/ou da realização pessoal individual (...) ou, então, valores sociais ou individuais (...) que embora tidos por fundamentais, o legislador entenda como suficiente e adequada a sua inclusão no âmbito da tutela do direito de ordenação social”²². Daí que não caibam nas finalidades das sanções

¹⁹ Correia, Eduardo, *Direito Criminal I*, Coimbra Editora, 1971, pág. 24 e 25. Segundo o autor, na responsabilidade contraordenacional, a censura de que o agente é merecedor é meramente social e não ética, pois que não envolve “um sentido de retaliação ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinquentes”, mas antes “a ideia de uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social”, *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume XLIX, página. 271.

²⁰ Isto porque, “no direito de mera ordenação social [o que] é axiológico-socialmente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal”. Assim, “uma vez conexionada com esta [a proibição legal] ela passar a constituir um substrato idóneo de um desvalor ético-social. É este o critério decisivo que está na base do princípio normativo fundamentador da distinção material entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação social.”- *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, GESTLEGAL, 3.ª Edição, pág. 187.

²¹ *Idem*, pág. 192.

²² *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais*, Universidade Católica, 2003, pág. 161.

as ideias de retribuição, mas antes de dissuasão geral e individual coadjuvadas pelas funções de consciencialização social da importância comunitária/individual daqueles valores²³.

Já Nuno Brandão entende que a diferença entre o ilícito penal e contraordenacional assenta nas reações que desencadeiam, negando igualmente que este último seja axiologicamente neutro. Assim, contrariamente ao ilícito penal que pode desencadear uma reação privativa da liberdade, a reação ao ilícito contraordenacional tem uma natureza exclusivamente patrimonial²⁴. Dito de outro modo, o direito contraordenacional é um domínio sancionatório não privativo da liberdade.

Entendendo que a diferença é apenas de grau, Cavaleiro Ferreira sustentava que as infrações contraordenacionais são “infracções penais administrativas”, pelo que a distinção entre coima e pena é meramente nominal, “uma vez que ambas têm natureza penal”²⁵. Por esta razão, “a maior ou menor eticidade é sempre e ainda um problema de quantidade e não justifica a distinção essencial que se procura”²⁶.

Finalmente, Paulo Pinto de Albuquerque entende que a fronteira entre o ordenamento penal e o ordenamento contraordenacional não é traçada a partir da eticidade da conduta, mas antes resulta de uma “decisão política pragmaticamente fundada e legitimada na mundividência da Constituição”, quanto à necessidade ou não de tutela penal²⁷.

Expostas de forma sintética as diferentes conceções que a este propósito se têm vindo a desenvolver na doutrina, cumpre referir que nos inclinamos para a tese qualitativa, sobretudo na dimensão avançada por Taipa de Carvalho, por três ordens de razões.

²³ Idem, pág. 163.

²⁴ Refere o autor que “A natureza não privativa da liberdade que é típica da coima liberta assim o direito das contraordenações para desempenhar funções de tutela que ao direito penal se encontram vedadas, abrindo então espaço para a afirmação, ao nível do facto, de um reduto exclusivamente contraordenacional composto por contraordenações materialmente distintas dos crimes, seja em virtude da possibilidade de proteger interesses juridicamente relevantes destituídos de um referente constitucional, seja pela admissibilidade da sua intervenção em relação a factos que não suportam um juízo valorativo positivo de dignidade penal.” - Brandão, Nuno Fernando da Rocha Almeida *Crimes e Contra-ordenações: Da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma Recompreensão da Relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional*, Universidade de Coimbra, pág. 770.

²⁵ *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo I, Verbo*, 1981, pág. 17.

²⁶ Idem, pág. 113.

²⁷ Pinto de Albuquerque, Paulo, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, à luz da Constituição da República, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Universidade Católica Editora, 2.ª Edição, pág. 24-25.

Porque não é verdade que do ponto de vista ético, a contraordenação seja axiologicamente neutra, o que resulta evidente, desde logo, no âmbito das chamadas grandes contraordenações, ou seja, daquelas que tutelam interesses vitais da sociedade contemporânea (relativas às infrações ambientais, financeiras e económicas, por exemplo), às quais se ligam pesadas coimas e não despidiendas sanções acessórias, proporcionais quer à gravidade do dano provocado ou ao risco criado pela conduta, quer à capacidade económica do agente infrator²⁸.

Por outro lado, a contraordenação não é a mera desobediência à norma. Ela pressupõe a adesão do agente ao resultado antijurídico que a sua conduta produz, que torna por essa via o seu comportamento censurável.

O princípio jurídico-constitucional da culpa, assente no princípio da dignidade humana, é um limite ao poder punitivo do Estado e afirma-se independentemente de se tratar de sanção penal, contraordenacional ou disciplinar.

Dito de outro modo “o princípio constitucional de culpa tem a ver com a existência de punição e não com o ramo de direito em que se pune”²⁹.

Por fim, exemplificativo de que a diferença assenta na suficiência ou não da coima enquanto reação, tendo por base um determinado momento histórico-cultural (em respeito pelo princípio da intervenção mínima do direito penal), é que a mudança desse contexto pode levar à criminalização ou à descriminalização do mesmo comportamento, como aliás, sucedeu com entrada em vigor da Lei n.º 30/2000.

²⁸ A título de exemplo, as normas relativas ao correto funcionamento do mercado, a que o Tribunal Constitucional não deixa de reconhecer relevo constitucional. Veja-se, a este propósito, o acórdão do TC 500/21, que entendeu que a coima mínima de 5.000.000€, previstas no artigo a) do n.º 1 do artigo 388.º do CdVM, não era não era desproporcional considerando o merecimento de tutela sancionatória que os bens protegidos pela contra-ordenação suscita “A contra-ordenação em causa visa salvaguardar um valor de inegável relevo; o da verdade e da transparência do mercado de valores mobiliários. De facto, a fiabilidade da informação é um pilar fundamental do mercado de valores mobiliários, que permite assegurar que a decisão de investimento seja inteiramente esclarecida. (...) Em suma, a necessidade de assegurar a transparência e a fiabilidade da informação é essencial para o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários, o mercado e o sistema financeiro merecem protecção constitucional. O artigo 81.º alínea f), prevê o funcionamento eficiente dos mercados, e nesse contexto, designadamente, a repressão de práticas lesivas do interesse geral, como incumbências prioritárias do Estado. Por seu turno, o artigo 101.º obriga a que o sistema financeiro seja estruturado por lei de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social. (...) O funcionamento dos mercados de valores mobiliários constitui um instrumento específico do desenvolvimento económico do Estado. Estão em causa bens jurídicos supra-individuais afetos a um programa de desenvolvimento económico e isto explica a preocupação constitucional de tutela dos mercados. Mas não só. Em causa estão ainda os direitos patrimoniais dos aforradores, investidores e clientes das instituições financeiras. De facto, a exigência de informação corresponde ainda a uma exigência de protecção dos investidores que pretendam atuar no contexto de um mercado caracterizado por um elevado nível de risco. A contra-ordenação em causa visa também proteger direitos *individuais*, seja a salvaguarda do património próprio dos cidadãos”.

²⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 59/95, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

2.2.2 Lei que tipifica como contraordenação uma conduta anteriormente qualificada como crime: tese da unidade de sentido e aplicação da lei mais favorável; tese do vazio de punibilidade.

Face à sucessão de leis penais em sentido amplo que regulam de forma diversa a mesma questão, duas soluções poderão ser adiantadas:

- a) Considerar que é possível estabelecer uma unidade de sentido entre as diferentes reações, pelo que nada obsta à qualificação dos factos como contraordenação, já que tal solução é, em todo caso, concretamente mais favorável ao agente. Assim, há que fazer aqui apelo ao disposto no art.º 2.º, n.º 4, do Código Penal.

É este o entendimento de Fernanda Palma, para quem o que ocorre nestes casos é a “substituição de uma forma mais grave de responsabilidade por uma outra menos grave e a correspondente substituição de uma pena por uma coima”, solução que se impõe “por uma compreensão valorativa da substituição de regimes”. Nestas situações “existe, na realidade, um comportamento humano referente essencialmente idêntico, que assegura a unidade do facto e a continuidade normativa”³⁰.

Por outro lado, este entendimento permite perspetivar a atuação do agente face ao facto.

Este, quando se decidiu pelo injusto, sabia que o seu comportamento integraria, no mínimo, uma contraordenação. Tal é evidente em casos em que a quantidade detida não ultrapassa em grande medida o que anteriormente seria considerado contraordenação, podendo-se argumentar que no momento da aquisição não é possível ao agente controlar o peso ou o grau de pureza da substância que adquire.

Assim, há uma expectativa de punibilidade, que a aplicação aos factos da lei nova não contraria.

Também Figueiredo Dias sustenta uma posição idêntica, criticando a solução, que partindo da autonomia material do direito contraordenacional, advoga o vazio punitivo, por entender que a mesma é formal e redutora.

³⁰Palma, Fernanda, A aplicação da Lei no tempo: a proibição da retroactividade *in pejus*, Jornadas Sobre a Revisão do Código Penal, org. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, páginas 425 e 426.

Com efeito, segundo o autor “com a descriminalização, a conduta deixou de ter relevância penal, mas nem por isso deve ser daqui de todo desconsiderada (...). [O] que deve perguntar-se é se a proteção do cidadão perante o poder punitivo estadual e a tutela das suas expectativas, que conferem também razão de ser ao princípio da legalidade contraordenacional, são substancialmente postas em causa com uma eventual punição contraordenacional nestas circunstâncias. E a resposta parece não poder deixar de ser *negativa*, pois no momento da prática do facto não existiam razões para que o agente pudesse esperar ficar impune.”. Acrescenta ainda o autor que outro entendimento, “se levado às últimas consequências [pode] dar origens a soluções injustas e incompreensíveis para a sociedade”³¹.

De modo semelhante, aquando do início da vigência da Lei n.º 30/2000, e antes do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 8/2008, havia quem defendesse que a detenção de produto estupefaciente por mais de 10 dias devia ser considerada contraordenação, e não crime, “já que quem tem para mais de dez dias, também tem para menos, [pelo que] o núcleo central da previsão da norma é sempre violado”³².

Dito de outro modo, fazendo-se apelo à coerência do sistema, temos que “a aquisição ou detenção de droga destinada ao consumo próprio em doses médias individuais diárias superiores a dez dias abarca sempre as quantidades inferiores a esse limite, conduta sancionada como contra-ordenação”³³.

Rui Pereira, a propósito da descriminalização do consumo de droga sustentou que estão em causa “dois ramos do direito público sancionatório contíguos”, pelo que “na sucessão de leis criminais e contra-ordenacionais se deve aplicar sempre o regime de mera ordenação social”, o que aliás respeita “em absoluto os princípios constitucionais de direito penal que aqui estão em causa: legalidade, necessidade das penas e das medidas de segurança e igualdade”.

Para o autor seria, aliás, “absurdo tentar cindir, artificialmente, a decisão normativa

³¹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, I*, GESTLEGAL, pág. 235 e 236.

³² Lobo, Fernando Gama ob. cit. pág. 97. Na jurisprudência, acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06-03-2006, proferido no processo n.º 2538/05-2, do relator António Eleutério, acórdão da Relação do Porto de 10-05-2006, proferido no processo n.º 0547038 da relatora Isabel Pais Martins e de 10.01.07, proferido no processo JTRP00039924, do relator Artur Oliveira, todos eles disponíveis em www.dgsi.pt.

³³ Martins, Lourenço, ob. já citada, pág. 283.

em dois momentos: discriminação e criação de um novo ilícito”, porque, em rigor, “a discriminação efectuou-se *através* da criação do ilícito de mera ordenação social”.

Assim, Rui Pereira defende que, ao operar a transformação em ilícito de mera ordenação social, a lei procedeu de acordo com o princípio da aplicação retroativa da lei mais favorável, mandando aplicar o regime menos gravoso para o arguido, nomeadamente quanto “à medida das sanções aplicáveis”³⁴.

A favor desta tese, poderá argumentar-se que a intenção do legislador foi dar um tratamento mais benevolente ao consumo, encarando a toxicod dependência como doença, focando-se no seu tratamento. Nesta perspectiva, a aplicação da nova lei, *quando e se entendida como verdadeira norma reguladora e tipificante*, evita o vazio de punibilidade e garante o acompanhamento do agente, em ordem à superação da sua adição.

Em conclusão, o mesmo comportamento tem agora um tratamento mais favorável, devendo-se aplicar a nova lei, punindo-se tal facto como contraordenação³⁵.

- b) Considerar que os factos não podem ser qualificados nem como crime nem como contraordenação, sob pena de violação do princípio da legalidade. Não havendo norma transitória, as ações despenalizadas não podem ser julgadas como contraordenações, pois tal resulta da proibição da retroatividade da lei contraordenacional (artigo 3.º, n.º 1, do RGCO).

Dispõe o artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal que “o facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma nova lei o eliminar do número de infracções”.

Assim, a lei que converte o facto de crime em contraordenação é uma lei descriminalizadora ou despenalizadora.

Por outro lado, a aplicação do regime penal mais favorável, inscrito no art.º 2.º, n.º 4, do Código Penal, está reservado à sucessão de leis penais em sentido estrito.

Este é o entendimento de Taipa de Carvalho, explanado na sua obra Sucessão de

³⁴ A Discriminação do consumo da Droga, em Liber Discipulorum Jorge de Figueiredo Dias, pág. 1180- 1181. O autor vai ainda mais longe, criticando a posição da existência de um vazio normativo, por entender que tal integra uma “amnistia fraudulenta”, pág. 1182.

³⁵ Neste sentido na jurisprudência, o ac. do TC n.º 221/2007, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>,

Leis Penais: “uma lei que converte uma infração penal numa contra-ordenação é uma lei despenalizadora (...) que se aplica retroactivamente. Não se trata, pois, de uma verdadeira sucessão de leis penais, não intervindo, assim, o princípio da *lex mitior* (CP 1982/95, art.º 2.º-4), mas o princípio da lei despenalizadora, isto é, extintiva da responsabilidade penal (CP 1982/95, art.º 2.º-2)”³⁶.

Tal é o que resulta à evidência da letra da lei.

Com efeito, ao regular a aplicação no tempo da lei penal, o artigo 2.º, n.º4, estabelece que “quando as **disposições penais** vigentes no momento da prática do facto forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus **efeitos penais** logo que a parte da **pena** que se encontrar cumprida atinja o limite máximo **da pena prevista na lei posterior.**” (negrito e itálico nosso).

A aplicação no caso concreto do disposto no n.º 4, do artigo 2.º, pressuporia que o direito contraordenacional estivesse para o direito penal como um “*minus*”, e não como algo qualitativamente diferente, como vimos supra.

Assim, conclui Taipa de Carvalho que “se a lei que altera a qualificação jurídica do facto de crime (...) para contra-ordenação não estabelece, mediante norma transitória, a sua aplicabilidade às acções praticadas antes do seu início de vigência, tais acções que, necessária e constitucionalmente, são despenalizadas, também não podem ser julgadas como ilícitos de mera ordenação social. Tornaram-se, portanto, juridicamente irrelevantes”³⁷.

Outra solução afeta o princípio da legalidade e da exigência de lei prévia, a qual tem, como vimos, assento constitucional.

Por outro lado, considerar que o agente sabia que no mínimo cometeria uma contraordenação é tentador quando estamos a falar de quantidades relativamente reduzidas. Mas já não fará tanto sentido quando estejam em causa, ainda que para consumo exclusivo, valores de maior dimensão.

³⁶ Coimbra Editora, 2.ª Edição, pág. 133.

³⁷ Sucessão de Leis Penais, pág. 122.

Neste caso, o agente não poderia deixar de estar ciente da maior censurabilidade da sua conduta, assente no risco de disseminação de produto estupefaciente.

Acresce que, tal entendimento ignora que o agente, no seu processo decisório, não se determinou à prática da contraordenação, mas antes do crime, e esse já não existe.

Assim, se entendermos que a nova lei vem regular de forma inovadora o consumo de estupefacientes, não podemos deixar de concluir, na esteira de Taipa de Carvalho, que face à inexistência de lei transitória, a detenção de produto estupefaciente para consumo ocorrida em momento anterior à entrada em vigor da Lei n.º 55/2023 se tornou “juridicamente irrelevante”³⁸.

3. A Lei n.º 55/2023 como lei interpretativa.

3.1 Conceito e características da lei interpretativa.

Mas, uma outra solução pode ser alcançada, se entendermos que estamos aqui não perante uma sucessão de leis penais no tempo em sentido amplo, como ocorreu no passado quando se regulou de forma inovadora o consumo enquanto contraordenação³⁹, mas antes, e tão somente, perante uma lei interpretativa.

A lei interpretativa é aquela que resulta da interpretação autêntica⁴⁰, pela qual o Legislador fixa um sentido a uma lei anterior.

Uma lei é interpretativa quando se reporte a uma norma anterior, cuja solução legislativa seja efetivamente controvertida, ou, pelo menos incerta, situando-se a nova lei nos limites da controvérsia, evidenciando um sentido a que o julgador ou o intérprete poderia chegar porque contido no espírito e na letra da lei. Daí que “se o julgador ou o intérprete, em face de textos antigos, não podiam sentir-se autorizados a adotar a solução

³⁸ Neste sentido, vejam-se, entre outros, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 09.04.14 Proferido no processo n.º 31/06.7IDVRL.P1 e que teve como relator o Sr. Desembargador Gama Lobo, do STJ de 09.05.02 Proferido no processo n.º [STJ]000188, do relator Pereira Madeira e da Relação de Évora de 11.07.13 Relatado pela Sr.ª Desembargadora Ana Barata Brito no processo n.º 595/11.3GTABF.E1, disponíveis em www.dgsi.pt, onde igualmente se suscitou a sucessão de leis penais em sentido amplo.

³⁹ Taipa de Carvalho, na obra já citada, Sucessão de Leis Penais, dá como exemplo de lei descriminalizadora exatamente a Lei n.º 30/2000. Cfr. pág. 110.

⁴⁰ Fazendo a distinção entre a interpretação doutrinal e a interpretação autêntica, Francesco Ferrara escrevia que “a interpretação autêntica tem, por certo, de comum com a interpretação doutrinal o seu fim, a saber, a determinação do sentido da norma jurídica; mas ao passo que a interpretação doutrinal a procura livremente, deduzindo-a da letra e das razões, e só vale na medida em que corresponde à vontade real, a interpretação autêntica, pelo contrário, declara formal e obrigatoriamente o sentido de uma lei anterior, prescindindo de que este se ache efetivamente contido na lei interpretada” - Interpretação e Aplicação das Leis, Coleção Studium, 3.ª Edição, Coimbra 1978, pág.133.

que a LN vem consagrar, então esta é decididamente inovadora”⁴¹.

Por fim, as duas normas devem ser de idêntica categoria⁴².

Gomes da Silva entendia que “para haver interpretação autêntica é necessário que tenha havido dúvidas sobre a lei, orientações diferentes a procurar interpretá-la e é preciso que a interpretação opte por uma delas”⁴³ 44.

Dizia António Luiz de Seabra que a lei interpretativa é a lei anterior, mas mais clara, porque redigida em termos mais explícitos, “indicando o exacto sentido e alcance dos preceitos em questão, de modo que o pensamento do legislador se patenteia tal qual era”, não mais subsistindo os “intuitos que certos litigantes e certos juízes erradamente lhe atribuem.” Em suma, a “lei interpretativa diz o mesmo que a lei interpretada, mas diz-lo melhor”⁴⁵,

A natureza interpretativa da lei por vezes é expressa no texto ou no preâmbulo, mas não é necessário que o seja. Com efeito, tal natureza pode resultar de forma implícita do texto “quando for flagrante a tácita referência da nova fonte a uma situação normativa duvidosa preexistente”⁴⁶.

3.2. A Lei n.º 55/2023 como lei clarificadora.

Definido, nos moldes supra, o conceito de lei interpretativa, apontados os requisitos que a mesma deve obedecer, somos de concluir que a Lei n.º 55/2023 não é uma lei inovadora.

Com efeito, a natureza interpretativa do diploma é expressa, quer no corpo do texto (artigo 1.º), quer no seu título.

Com ela procurou o legislador, confessadamente, esclarecer o âmbito da aplicação da Lei n.º 30/2020, fixando-lhe um sentido que já era preconizado antes do AUJ n.º 8/2008.

Por outro lado, ela não vem introduzir uma alteração de regime, antes faz aquilo

⁴¹ Machado, Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, 1997, página 247.

⁴² Idem.

⁴³ Citado por Germano Marques da Silva, em Direito Penal Português I, Parte Geral, Introdução e Teoria da Lei Penal, Verbo, 3.ª Edição, pág. 284, nota de rodapé n.º1.

⁴⁴ No mesmo sentido de que a lei interpretativa deve integrar um dos sentidos com que a norma habitualmente é interpretada, pois só assim não será estranha aos interessados, Santos Justo, A. Introdução ao Estudo do Direito, Coimbra Editora, 10.ª Edição, pág. 394-395.

⁴⁵ Citado no parecer de Azeredo Perdigão, intitulado “Natureza e Efeitos das Leis Interpretativas” publicado na revista da Ordem dos Advogados e disponível no endereço <https://portal.oa.pt/upl/%7B7191EBE8-5F89-4BAF-B36C-CBFBB7506AAD%7D.pdf>.

⁴⁶ Ascensão, Oliveira, Introdução e Teoria Geral, 9.ª Edição, Almedina, 1995, pp. 501.

que se propôs fazer, a saber, clarificar o regime sancionatório relativo ao consumo (artigo 1.º, da Lei n.º 55/2023).

Esta é a solução que propugnamos, considerando simultaneamente, na interpretação da norma o elemento literal, o elemento sistemático e o elemento histórico.

Com efeito, no seu artigo 1.º, a Lei n.º 55/2023, ao definir o seu âmbito de aplicação, refere que “a presente lei *clarifica* o regime sancionatório relativo à detenção de droga para consumo independentemente da quantidade” (itálico nosso).

Clarificar não é, seguramente, inovar, mas tornar evidente o que não era, sendo de tal demonstrativo a interpretação diversa que o preceito foi merecendo desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, cuja breve resenha efetuamos supra.

Aliás, a falta de clareza da lei levou a que fosse proferido acórdão uniformizador de jurisprudência, contra o qual, e como já referimos, se insurge o autor do projeto de lei. Foi a discordância da interpretação que tem vindo a ser feita que suscitou, em grande medida, a aprovação desta lei clarificadora.

Por outro lado, a Lei n.º 55/2023 deixou intocado o artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, que continua a estabelecer que “são revogados o artigo 40.º, exceto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime.”.

Por fim, cumpre notar que já na alvorada da aplicação da Lei n.º 30/2000 havia quem defendesse a solução que agora a Lei n.º 55/23 preconiza, ou seja, que a detenção superior a 10 doses é um mero indício quanto à destinação pretendida⁴⁷.

A detenção em quantidade superior é indício de que o que está em causa não é o consumo exclusivo, mas antes uma das quaisquer outras atividades em que se pode concretizar o crime de tráfico de estupefacientes, seja do artigo 21.º ou do artigo 25.º. Mas exatamente por ser um mero indício, não afasta a subsunção dos factos ao tipo de ilícito contraordenacional, desde que se prove o consumo exclusivo.

De notar, que na exposição de motivos do projeto de lei que está na génese do Lei n.º 55/2023 se referia que “apesar de existir na doutrina o entendimento de que esta referência à «a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período

⁴⁷ Cfr. acórdãos citados na nota de rodapé n.º 32.

de 10 dias» constitui mero indício de que, sendo o valor inferior, o propósito seria o de consumo e, sendo o valor superior, o propósito seria o de tráfico (pelo que poderia existir tráfico mesmo que a pessoa detivesse quantidade inferior e a hipótese poderia ser de consumo quando se detivesse quantidade superior), o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência 8/2008, assim o não entendeu”.

E, como se referiu, é contra esta interpretação que o autor da Lei n.º 55/2023 reage, citando o voto vencido do Sr. Conselheiro António Henriques Gaspar, onde se pode ler que “dúvidas não restam, pois, que «a norma do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 é peremptória, directa, e com alcance imediatamente apreensível por si - o artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro foi expressamente revogado, excepto - o que também é directo e imediato - no que se refere ao cultivo de plantas para consumo privado próprio”.

Em consequência, conclui o autor da lei que a descriminalização do consumo, ressalvado o cultivo, era a vontade inequívoca do legislador, pelo que, “o exercício metodológico que conduziria a manter parcialmente em vigor uma norma expressamente revogada, restringindo o sentido da revogação, equivale, no rigor material das coisas, a uma extensão da norma revogada (...). Mas nem tal concepção teleológica é patente (bem em diverso, a nova ideia de política criminal foi precisamente a descriminalização do consumo de drogas como resulta da intenção política enunciada na Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, que aprovou a Estratégia Nacional de Luta contra a Droga, sobre o tratamento sancionatório do consumo de droga) nem a consequente extensão teleológica (descriminalização do consumo apenas quando o consumidor detivesse produto para o consumo de 10 dias) é admissível como instrumento metodológico com o efeito de adensar a dimensão penal de comportamentos, enfraquecendo e encurtando o princípio da legalidade”.

Até porque “a mera posse 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», (...). Aliás (...) não há nenhuma razão para «o legislador querer continuar a punir como crime, em função de um critério puramente quantitativo, uma conduta que, com fundamentos vários, decidiu despenalizar»”.

A posição que defendemos, que considera a Lei n.º 55/2023 como lei interpretativa, é aquela que, a nosso ver, melhor reconstitui o pensamento legislativo, partindo da letra da lei, sem descurar a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a mesma foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada- artigo 12.º, do Código Civil.

É também a solução que permite salvaguardar o interesse que sempre norteou o Legislador ao descriminalizar o consumo com a aprovação da Lei n.º 30/2000: a proteção da dignidade do consumidor, encarando-o como doente⁴⁸ ⁴⁹, não o abandonando, entregue à sua própria sorte.

3.3. O artigo 13.º, do Código Civil e os limites à sua aplicação em direito penal.

Mas partindo deste entendimento, que consequências decorrem do mesmo para os processos pendentes?

A resposta a tal questão não poderá deixar de ter em consideração o estatuído no art.º 13.º, do Código Civil.

Dispõe o artigo 13.º, n.º 1, do Código Civil, que a lei interpretativa se integra na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado.

O Tribunal Constitucional, no ac. n.º 395/2017⁵⁰ a propósito da retroatividade da lei interpretativa refere que esta assenta numa ficção temporal “a ficção de que um facto presente (a entrada em vigor da lei interpretativa) ocorreu no passado (a entrada em vigor da lei interpretada). A retroatividade das normas interpretativas resulta dessa ficção. E é precisamente pelo facto de, através dessa ficção, atribuir eficácia retroativa às normas interpretativas, que o legislador sentiu a necessidade de acautelar — «ficando salvos» —

⁴⁸ Lobo, Fernando Gama ob. cit., páginas 233 e 234.

⁴⁹ Cfr. a este propósito, pode ler-se na proposta de Lei n.º 31/VIII, que esteve na génese da Lei 30/2000, o seguinte: “a toxicod dependência deve ser encarada como uma doença, privilegiando, consequentemente, o tratamento voluntário, por tratar de forma diferenciada os consumidores, em função do carácter ocasional, habitual ou dependente do consumo, do tipo de plantas, substâncias ou preparações consumidas, da natureza pública ou privada do consumo, do local do consumo e da situação pessoal do consumidor e por adoptar uma política de redução dos danos. Um regime todo ele traçado a partir do princípio humanista - tal como ele é hoje concebido, isto é, como princípio aberto e agregador dos valores fundamentais da responsabilidade, da tolerância e do respeito pelo «outro» - do princípio da segurança e do princípio do pragmatismo”, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=6026>.

⁵⁰ Citado no ac. n.º 417/2020, disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20200417.html>.

uma série de efeitos já produzidos no momento em que a lei interpretativa entra em vigor, nomeadamente o «cumprimento da obrigação», a «sentença passada em julgado» e a «transacção, ainda que não homologada».

De acordo com Baptista Machado, a lei interpretativa tem eficácia imediata porque “vem “consagrar e fixar uma das interpretações possíveis da LA [lei antiga] com que os interessados podiam e deviam contar”. Por esta razão, “não é susceptível de violar expectativas seguras e legitimamente fundadas”⁵¹.

Daí que, segundo Oliveira Ascensão, “a lei interpretativa (...) abrange todos os casos que se encontrarem ainda em aberto, que comandem ainda as actuações das partes, mas (...) deixa de fora as situações consumadas, cuja eficácia se extinguiu, e persistem só nos efeitos definitivamente produzidos.”⁵².

Mas, terá o artigo 13.º, do CC plena aplicação em matéria penal?

Cavaleiro Ferreira afirmava, à luz do Código Penal de 1982, que em direito penal “há que fazer restrições à aplicação do artigo 13.º do Código Civil, pois, segundo o art.º 29.º, da Constituição (n.º 4) e artigos 1.º e 2.º do Código Penal, entre as várias leis que sucedem no tempo será sempre aplicável a mais favorável ao arguido”⁵³.

Todavia, o autor não desenvolve o raciocínio⁵⁴, não explicando em que razões assenta tal entendimento.

Por outro lado, cumpre lembrar, que à data em que escrevia, o Código Penal de 1982 tinha como limite à aplicação da lei concretamente mais favorável, o trânsito em julgado da decisão condenatória. Com efeito, dispunha o artigo 2.º, n.º 4, do CP de 1982 que quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem

⁵¹ Baptista Machado, *ob. cit.*, pág. 246.

⁵² Ascensão, Oliveira José de, *ob. cit.* pág. 503. Acrescenta o autor que a “lei interpretativa fixa autoritariamente qual o entendimento a dar à fonte anterior, por isso atinge todo o passado, salvo o que ficou já assente.” - *idem*, pág. 507.

⁵³ *Ob. cit.* pág. 62.

⁵⁴ Ao abrigo do Código Penal Precedente, o autor explica o seu raciocínio de forma mais detalhada. Defendia o autor na época que a lei interpretativa posterior, quando alargasse o âmbito da aplicação que resultasse de uma interpretação conforme com o artigo 18.º do CP, do Código Penal então vigente, não deixava de constituir uma lei “interpretativa de certo modo inovadora, uma extensão do conteúdo da lei interpretada com a violação do princípio da não retroactividade”. Dispunha o artigo 18.º do Código Penal de 1886, que “não é admissível a analogia ou a indução por paridade, ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime; sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso que a lei expressamente declarar.” Ou seja, uma interpretação conforme da lei antiga era necessariamente aquela que estivesse contida na sua letra e espírito, excluindo uma interpretação extensiva, proibida à data. Dito de outro modo, tal interpretação é um resultado possível da exegese da mesma. Se a lei nova vem alargar o âmbito da aplicação, então ela é necessariamente inovadora, e não meramente interpretativa, pois que, sem ela, o julgador não poderia chegar a tal resultado hermenéutico exactamente tendo em consideração o disposto no art.º 18.º. Daí que justamente Cavaleiro Ferreira se reporte a uma lei interpretativa “de certo modo inovadora”. Cavaleiro Ferreira, *Direito Penal Português*, Parte Geral, I, verbo 1981, pág. 99.

diferentes das estabelecidas em leis posteriores, será sempre aplicado o regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.

Germano Marques da Silva defende igualmente que o artigo 13.º, do CC, não tem plena eficácia em direito penal. Com efeito, salientando a importância de distinguir entre uma verdadeira lei interpretativa e uma lei que só pretensamente o seja, o autor defende a aplicação da mesma *ex nunc*, salvo se for mais favorável, por força do preceito constitucional do artigo 29.º, n.º4, da CRP⁵⁵ ⁵⁶.

Sobre esta questão pronunciou-se, de forma mais aturada, Taipa de Carvalho, que partindo das dificuldades em definir um critério seguro de distinção em relação à lei inovadora e refletindo sobre o risco “da possível utilização abusiva” da lei interpretativa, advoga que esta “em matérias jurídico-penais *tem de ser considerada* sempre como lei nova, relativamente à lei interpretada e, assim, [estar] sujeita ao regime da sucessão de leis penais” (itálico nosso)⁵⁷.

Deste modo, o problema temporal da lei interpretativa em matéria penal “deve ser resolvido, por força da especificidade e singularidade do direito penal, máxime da *ratio* de garantia política do cidadão perante o poder punitivo do Estado”⁵⁸.

Daí que, para o autor, “onde (...) a retroactividade da lei seja constitucionalmente proibida, não pode deixar de se tratar a lei interpretativa como lei nova, isto é, como lei inovadora.”⁵⁹.

Por outro lado, Taipa de Carvalho salienta que a lei penal carecida de ser interpretada pelo próprio legislador “pressupõe uma certa violação da exigência feita pela *ratio* do princípio da legalidade penal⁶⁰”, por falta de lei prévia, expressa e precisa. Deste modo, não pode o destinatário da norma ser vítima de uma correção posterior pelo legislador, que redunde num regime mais gravoso daquele que igualmente poderia

⁵⁵Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português I, Parte Geral, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, 3.ª Edição, pág. 283 e 284.

⁵⁶Na jurisprudência, em sentido idêntico, Acórdãos da Relação de Lisboa, de 12.10.00, relatado por Goes Pinheiro, no processo 0019709, de 27.10.99, do relator Santos Monteiro, no processo 0052423, do STJ de 16.10.02, que teve por relator Lourenço Martins e que foi proferido no processo n.º 02P2367.

⁵⁷ Ob. Cit.pág. 328.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ob. cit 330.

resultar da exegese da norma.

Por outro lado, para o autor a norma interpretativa não deixa de ser um acto normativo autónomo e, nesse sentido “é material e objectivamente um acto criador de direito, *uma inovação legislativa.*”, já que vincula a jurisprudência a, de futuro, decidir as questões jurídico-penais nesse sentido⁶¹.

E, voltando a reiterar a ausência de um critério seguro de distinção e as razões de segurança do cidadão (seja infrator, arguido ou condenado), conclui que se impõe “o tratamento da lei penal interpretativa como lei nova: aplicação retroactiva, isto é, aos factos praticado antes da sua entrada em vigor se mais favorável (CRP, artigo 29.º, n.º4, 2ª parte, CP, art. 2, ns 2 e 4), proibição da retroacção, se desfavorável (CRP, artigo 29.º, n.º1.1ª, 3.-1ª e 4.º, 1.ª. CP artigo 1.º, n.º1 2 2.º, n.º1)”.

Ou seja, mais importante que a classificação da lei, que se poderá revelar problemática no caso concreto, é a determinação do regime concretamente mais favorável.

Por fim, Taipa de Carvalho parece advogar que a aplicação retroactiva da lei interpretativa mais favorável poderá suscitar-se mesmo em momento posterior à condenação, quando se reporta a “condenado”.

Mas será assim?

3.4. A justificação constitucional da aplicação retroativa da lei penal mais favorável e os seus limites.

Para respondermos a esta questão temos, antes do mais, que compreender a razão de ser do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, para determinar se ele se impõe sobre o caso julgado entretanto formado.

O princípio da retroatividade da lei penal mais favorável encontra o seu fundamento no princípio da restrição mínima dos direitos fundamentais (a qual só é legítima quando na estrita medida da salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos- artigo 18.º, n.º2, da CRP), que aqui se concretiza no

⁶¹ Pág. 332-333.

princípio da necessidade da pena, e, ainda na atribuição às penas de uma finalidade preventiva e não retributiva⁶².

Por outro lado, são igualmente razões de igualdade que justificam a retroatividade da lei penal mais favorável⁶³.

O princípio da retroatividade da lei penal mais favorável está constitucionalmente consagrado na parte final do n.º 4, do artigo 29.º, da CRP.

Preceitua o referido artigo que ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.

Poderá discutir-se se o legislador constituinte, ao reportar-se ao arguido, pretendia com esta formulação salvaguardar a intangibilidade do caso julgado.

É que, o caso julgado é, igualmente, um princípio constitucional “com consagração implícita, que resulta do valor da certeza e segurança jurídicas, enquanto dimensão do princípio do Estado de Direito, do princípio da separação de poderes e da própria natureza da função jurisdicional”⁶⁴.

Fernanda Palma opõe-se a tal entendimento, pois o mesmo apenas se justificaria por “uma lógica exterior de segurança e estabilidade das instituições que executam as penas”, mais acrescentando que “a qualidade de arguido persistirá se o processo for reactivado”.

Com efeito, se uma medida restritiva da liberdade menos gravosa é adequada a salvaguardar os direitos fundamentais que a norma protege, então toda a aplicação e execução da lei anterior mais severa, porque a vigente à data dos factos, é desnecessária, podendo-se discutir, como Taipa de Carvalho se a mesma não será mesmo inconstitucional⁶⁵.

⁶² Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, ob. cit. pág. 330.

⁶³ Palma, Fernanda, Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos, Teoria da Lei Penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas, AAFDL, 4.ª Edição, pág.172.

⁶⁴ Salinas, Henrique, Os limites objectivos do *ne bis in idem* e a estrutura acusatória no Processo Penal Português, Universidade Católica Editora, 2014, pág. 145. Conforme explica o autor, na sua obra, o princípio geral do caso julgado não se confunde com o princípio do *ne bis in idem*, consagrado no n.º 5, do artigo 29.º, já que este é o garante da paz jurídica do indivíduo, ao passo que o caso julgado não só garante a definição jurídica da posição do arguido (artigo 32.º, da CRP) como assegura a viabilidade do sistema penal, permitindo a execução da pena e o restabelecimento da paz jurídica (idem, pág. 145 a 147).

⁶⁵ Da Sucessão de Leis no Tempo, pág. 103.

Concretizando o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, o artigo 2.º, n.º 4, do CP, na versão introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro⁶⁶, dispõe que quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.

Sucedo que, o artigo 2.º, n.º 4, do CP, tem de ser conjugado com o artigo 371.º-A, do CPP introduzido pela Lei n.º 47/2007, de 29 de agosto, nos termos do qual o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicável lei de conteúdo mais favorável, que tenha entrado em vigor em momento posterior à condenação.

Com esta solução procurou-se um equilíbrio entre a obediência à imposição constitucional da aplicação retroativa da Lei penal mais favorável e a segurança jurídica, evitando-se ou, pelo menos, minorando a perturbação que dela deriva para a atividade dos tribunais, com prolação de nova sentença, que aprecie globalmente os dois regimes, fazendo-a depender do requerimento do condenado⁶⁷.

3.5. A tendencial uniformidade na interpretação do artigo 40.º como circunstância legitimadora da aplicação retroativa da Lei n.º 55/2023

Considerando que na Lei n.º 55/2023 se consagrou uma das soluções preconizadas antes da publicação do AUJ n.º 8/2008, não se poderá deixar de considerar que ela é uma

⁶⁶ A constitucionalidade da versão originária do artigo 2.º, estabelecendo como limite à retroactividade da lei penal mais favorável o trânsito em julgado da decisão condenatória, mereceu várias críticas da doutrina (Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais no Tempo, pág. 102), Fernanda Palma, ob. cit. pág. 173, Teresa Pizarro Beleza, Direito Penal, Vol. I, AAFDS, 2ª edição, página 391 tendo a sua constitucionalidade sido, igualmente, suscitada. Pronunciando-se nesse sentido, entre outros, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 209/97 (processo n.º 865/96, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Monteiro Diniz), 572/2003 (processo n.º 205/2003, relatado pelo Sr. Juiz Conselheiro Mota Pinto), disponíveis em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁶⁷ A solução legislativa não é isenta de críticas e vários autores se pronunciaram sobre a sua inconstitucionalidade, mas por motivos diversos. Taipa de Carvalho entende que o preceito é inconstitucional por violador do princípio da necessidade e da restrição mínima dos direitos (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, do CP) - Direito Penal Parte Geral, pág. 201 a 204. No outro quadrante, por entender que é violadora do princípio constitucional do caso julgado, Paulo Pinto de Albuquerque, (Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2.ª edição actualizada, pág.934-925) e Maria João Antunes (Abertura da audiência para a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º 2 e 3, pág.345 e 346). Pronunciando-se, ainda que lateralmente, sobre a constitucionalidade do art.º 371.º-A, cfr. o AUJ n.º 15/2009, de 23.11.09, publicado no DR, 1.ª série, n.º 227. Em nosso entendimento, a opção do legislador é uma solução de compromisso, na compressão simultânea do princípio da necessidade e restrição mínima dos direitos e da aplicação da lei retroactiva mais favorável, por um lado, e do princípio da estabilidade do caso julgado. Restrição que tem pleno cabimento na letra do artigo 18.º, n.º 2, do CRP, garantindo-se, assim, o máximo do conteúdo essencial de cada direito, sendo, por isso, constitucional.

verdadeira lei interpretativa, uma vez que o sentido escolhido é um daqueles que a lei precedente necessariamente comportava.

Todavia, a publicação daquele AUJ limitou, por força do artigo 445.º, n.º 3, do CPP, a aplicabilidade de interpretação diversa, cristalizando, pelo menos na prática judiciária, o entendimento de que a detenção de produto estupefaciente, em quantidade superior à necessária ao consumo individual durante 10 dias, integrava a prática de um crime de consumo, p. e p. pelo artigo 40.º, n.º 1 e 2, do CP.

Poderá argumentar-se que não é idêntica a força vinculativa de um acórdão uniformizador de jurisprudência e de uma lei interpretativa, o que é verdade⁶⁸.

Com efeito, um acórdão uniformizador de jurisprudência não se confunde com os antigos assentos, pelo que existia, na vigência do AUJ 8/2008, margem para a tomada fundamentada de decisão diversa pelo julgador (artigo 445.º, n.º 3, do CPP).

Dito de outro modo, pese embora esteja em causa uma **lei claramente interpretativa**⁶⁹, que se integra na lei interpretada, o contexto passado da sua aplicação justifica que a mesma seja tratada **como se de lei nova se tratasse**, nos termos propostos por Taipa de Carvalho, aplicando-a retroativamente, isto é, aos factos praticados antes da sua entrada em vigor **por tal ser concretamente mais favorável** (artigo 29.º, n.º 4, da CRP e artigo 2.º, n.º 4, do CP).

Por outro lado, e como vimos, a especificidade do enquadramento constitucional do direito penal, decorrente da exigência de proteção do cidadão perante o poder punitivo do Estado, constitui um impedimento à aplicação plena do disposto no art.º 13.º do CC.

⁶⁸ A propósito da não retroatividade da lei interpretativa desfavorável em matéria fiscal, o ac. do TC 417/2020, já citado, entendeu que “se os tribunais, aos quais cabe a autoridade de dizer o direito — através de decisões juridicamente fundamentadas e no termo de um processo de partes com igualdade de armas —, reflectem e alimentam a controvérsia propiciada pela ambiguidade da lei, é inevitável concluir que a questão jurídica é, no momento presente, incerta ou insanável; os destinatários desta não têm, nessas circunstâncias, qualquer razão para formarem expectativas na prevalência de uma das posições compreendidas nos «quadros da controvérsia», e não podem, por essa mesma razão, invocar a frustração das suas expectativas legítimas contra a decisão do legislador de interpretar a lei num dos sentidos já acolhidos em decisões judiciais. O mesmo se diga, por maioria de razão, nos casos em que a jurisprudência dominante for no sentido da solução consagrada pela lei interpretativa.” Todavia, acrescenta o referido acórdão que: “não obstante as decisões de uniformização de jurisprudência não adquirirem a dimensão de precedente próprio de um sistema de stare decisis ou se converterem em regras ou princípios jurídicos vinculativos, a existência de um «padrão de conduta» interpretativo é o facto ou o elemento concreto que pode fazer com que os interessados acreditem que a lei poderá ser aplicada em conformidade com a interpretação uniforme que for fixada. Com efeito, perante a ambiguidade das posições jurisprudenciais, a solução do conflito através da interpretação da norma estabilizada em decisão de uniformização de jurisprudência constitui um facto capaz de gerar expectativas legítimas de aplicação futura do critério jurídico proclamado nessa decisão” (sublinhado nosso).

⁶⁹ E não de uma lei inovadora que transforma um ilícito criminal em ilícito contraordenacional, caso em que estaria em causa, em nosso entendimento, um vazio de punibilidade, não havendo lugar à reabertura da audiência nos termos do disposto no art.º 371.º-A, do CPP, mas antes à prolação de despacho que declare cessada a execução da condenação e dos seus efeitos- artigo 2.º, n.º 2, do CP.

Daí que o caso julgado não obste à aplicação da lei interpretativa, justificando-se a sua destruição no âmbito da ponderação do regime concretamente mais favorável ao arguido que expressamente o requeira, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 4, do CP e 371.º-A, do CPP.

3.6. A aplicação retroativa da Lei n.º 55/2023: consequências práticas.

Concluindo que a lei interpretativa deve ser tratada, atento o circunstancialismo histórico em que a Lei n.º 30/2000 foi aplicada após o AUJ n.º 8/2008, *como se de lei nova se tratasse*, cumpre, por fim, extrair de tal entendimento as devidas consequências.

Assim, no caso de factos ocorridos antes da vigência da norma interpretativa e ainda não julgados, a retroatividade da aplicação da Lei n.º 55/2023 não conhece qualquer limitação.

Com efeito, a lei interpretativa, ao fixar um dos sentidos que a norma comportava, em termos mais benignos por comparação com a solução que decorreria do sentido com que de forma uniforme vinha sendo interpretada, abrange necessariamente os factos passados.

Daqui resulta a absolvição do arguido pela prática do crime de tráfico (do artigo 21.º ou do artigo 25.º) no caso de se demonstrar que o produto estupefaciente detido se destinava ao seu consumo exclusivo. Se o crime imputado for o de consumo de estupefaciente (artigo 40.^{97º}), a decisão será igualmente absolutória.

Mas em que termos poderá ser conhecida a sua responsabilidade contraordenacional?

Dispõe o art.º 77.º, do Regime Geral das Contra-Ordenações, que o Tribunal pode apreciar como contra-ordenação uma infracção que foi acusada como crime.

Todavia, no artigo 40.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, na versão atualmente em vigor, estabelece-se um regime especial face ao regime geral do Decreto-Lei n.º 433/82. Assim, de acordo com o citado normativo, no caso de ficar demonstrado que a aquisição ou a detenção de produto estupefaciente se destina ao consumo exclusivo do agente, a

^{7º} Desde que não esteja em causa o cultivo de tais substâncias.

autoridade judiciária competente determina, consoante a fase do processo, o seu arquivamento, a não pronúncia ou a absolvição e o encaminhamento para a Comissão para a Dissuasão da Toxicod dependência.

Nos termos do disposto no art.º 41.º, do Decreto-Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril “quando, no decurso de um processo criminal, resultarem indícios de que o arguido cometeu uma contra-ordenação prevista no artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, a autoridade judiciária manda extrair certidão, remetendo-a, sempre que possível por via informática, à Comissão [para a Dissuasão da Toxicod dependência] territorialmente competente”, a quem cabe o seu conhecimento (artigo 2.º, n.º1, 9.º, 11.º e 26.º a 29.º do Decreto- Lei n.º 130-A/2001, de 23 de Abril).

Mas tal só fará sentido, no caso concreto, se o processo contraordenacional ainda puder ser instaurado, o que a mais das vezes não sucederá, atento o muito reduzido prazo de prescrição do mesmo, considerando o montante máximo da coima aplicável e as disposições conjugadas dos artigos 16.º, da Lei n.º 30/2020 e 27.º, al. c), do Regime Geral das Contra-Ordenações.

Em caso de prescrição, a responsabilidade contraordenacional não poderá ser conhecida pelo que, em consequência, deverá o Tribunal declarar perdido a favor do Estado o produto estupefaciente apreendido e determinar a sua destruição ao abrigo do disposto nos artigos 35.º e 62.º, do Decreto-Lei n.º 15/93.

Caso contrário, deverá ser extraída certidão de todo o processado, ficando o produto estupefaciente apreendido à ordem da certidão, a qual deverá depois ser remetida àquela Comissão.

*

Aplicando-se o regime concretamente mais favorável, o caso julgado apenas poderá ser destruído a solicitação do arguido, quando este venha requerer a reabertura da audiência, nos termos do disposto no art.º 371.º-A, do CPP.

Se tal não for peticionado, o caso julgado mantém-se imperturbável, com a consequente execução das penas em que o arguido tenha sido condenado por um crime de consumo.

Daqui resulta, em consequência, que tais condenações, constantes do certificado

do registo criminal⁷¹, mantêm-se para todos os efeitos, nomeadamente na apreciação do passado delitivo do arguido, na análise das necessidades de prevenção especial que o caso convoca, mas também na aferição de uma personalidade particularmente avessa, ou não, ao dever ser jurídico (artigo 40.º, n.º1, 77.º, n.º 1, parte final, do CP).

*

Pese embora seja nosso entendimento que a Lei n.º 55/2023, de 8 de setembro é uma lei interpretativa, estamos cientes que outra solução poderá ser defendida, no sentido de através dela se operar, pelo contrário, uma verdadeira descriminalização.

Estamos, por isso, em crer que em torno desta questão se virá a produzir, tal como no passado, doutrina e jurisprudência diversa.

⁷¹ Isto porque a inscrição de uma condenação no registo criminal é um efeito da prática de um crime. Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, pág. 640.