

Tópicos de correção:

Questão 1

O problema da interpretação e da proibição da analogia desfavorável em direito penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP) está relacionada com a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea c), da Constituição).

Com efeito, se a competência para “definir o crime” cabe à Assembleia da República (ou ao Governo com autorização), não poderá o Tribunal, no momento da interpretação e aplicação normativa, defraudar esta imposição constitucional, através de uma re-definição criativa e inovadora dos critérios do ilícito inicialmente estabelecidos pelo legislador.

Ora, se os Tribunais têm de respeitar a “definição do crime” realizada pelo legislador e o legislador “define o crime” através da utilização de palavras, então, daqui resulta lógica e teleologicamente que o respeito pela “definição do crime” implica o respeito pelas palavras utilizadas nessa mesma definição (*lex stricta*).

Nessa medida – e sem prejuízo de existirem conceções alternativas que relativizam o valor do texto legal em benefício de condições axiológico-valorativas fundamentadoras dos tipos penais e de condições sistemáticas de coerência e unidade do sistema (p.ex. Castanheira Neves) –, a doutrina e a jurisprudência têm considerado maioritariamente que a interpretação em direito penal tem como limite inultrapassável os sentidos possíveis e previsíveis que podem ser assumidos pelas palavras utilizadas pelo legislador, dentro do (con)texto jurídico em que as mesmas estão sistematicamente inseridas.

Neste caso, existem duas interpretações possíveis:

a) houve descriminalização total do consumo de estupefacientes, quaisquer que sejam as doses detidas exclusivamente para consumo próprio, pelo que o disposto no n.º 2 do artigo 2.º da lei n.º 30/2000 deve ser interpretado em conformidade, não sendo tal interpretação contrária ao princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP) pois o n.º 1 do mesmo artigo claramente inclui o consumo (todo) no conceito típico de contraordenação punível;

b) apenas ocorreu uma descriminalização parcial do consumo, quando as doses possuídas para consumo não excedam os 10 dias, pelo que, havendo lacuna no que toca ao enquadramento da posse de estupefacientes em doses superiores aos 10 dias, deverá fazer-se interpretação restritiva (*rectius*: redução teleológica) do artigo 28.º da lei n.º 30/2000, mantendo-se em vigor o disposto no antigo artigo 40.º/2 do Decreto-lei n.º 15/93 no que respeita à criminalização do consumo (a opção alternativa de enquadramento do consumo na lei contraordenacional fica excluída por implicar interpretação proibida ou não se adequar à resposta política-criminal exigida pela posse de doses elevadas de estupefacientes).

No Acórdão do STJ de 25/06/2008 (fixação de jurisprudência) foi dada preferência à segunda interpretação, tendo tal opção sido considerada compatível com a constituição pelo Acórdão do TC n.º 587/2014.

A posição do STJ suscita dúvidas à luz do princípio da legalidade, já que a “interpretação restritiva” do artigo 28.º pode contrariar os limites da interpretação permitida em Direito Penal.

A aceitar-se, em termos rigorosos, a posição de que a interpretação admissível em Direito Penal está limitada pelo sentido possível das palavras, é claro que não existe apoio no texto legal para se considerar ainda em vigor a norma relativa à criminalização do consumo.

Mesmo admitindo uma visão mais ampla da interpretação permitida em Direito Penal, a interpretação feita pelo STJ, por implicar um retrocesso na opção legislativa da descriminalização do mero consumo (tratado agora como doença, sujeita a tratamento, ou mero comportamento

socialmente indesejável, punível com mera coima), coloca em causa a segurança jurídica e as legítimas expectativas dos cidadãos.

Aliás, segundo Maria Fernanda Palma, a criminalização da detenção de um certo número de doses – ainda que destinadas para consumo – configura uma espécie de presunção inilidível de tráfico que, para além das implicações ao nível do princípio da legalidade, relativiza o princípio da culpa — *cfr. Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.^a ed. revista e ampliada, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 102 e Ac. do TC 295/03.

Mais, e não menos importante, a interpretação do STJ implica a realização de uma opção de política-criminal em substituição do legislador ordinário, colocando em causa a dimensão de Estado de Direito – por afetar a garantia da separação de poderes – do princípio da legalidade criminal. A “interpretação restritiva” da norma inequivocamente revogatória do artigo 40º quanto ao crime de consumo de estupefacientes, contida no artigo 28º Lei 30/200, traduz-se na reposição em vigor de uma norma incriminadora revogada, alargando o âmbito da punibilidade. Operação que deve entender-se tão proibida quanto a analogia incriminatória (arts. 29º/1 e 3 CRP, 1º/3 CP).

Em contrapartida, a interpretação que permite incluir estes casos na contraordenação ainda tem apoio no texto legal (o n.º 1 do artigo 1.º da lei n.º 30/2000 não estabelece distinções), revelando-se a mais próxima do sentido político-criminal expresso pelo legislador na mesma lei.

Ainda que não fossem exigíveis estes elementos adicionais (não sendo penalizada a não referência aos mesmos), seria de valorizar a resposta que considerasse:

(i) A interpretação de Faria Costa, vertida no sumário de um acórdão do STJ de 2012, do artigo 2º/2 Lei n.º 30/2000, no sentido de a posse de droga em quantidade que exceda os 10 dias constituir um possível indício de tráfico, para cuja averiguação é competente o MP. Se não forem recolhidos indícios suficientes de tráfico, o caso deverá ser processado como contraordenação.

(ii) A referência à quantidade necessária para o consumo médio individual durante 10 dias, com o valor de mero juízo pericial (artigo 71º/3 DL n.º 15/93), que pode ser afastado pelo juiz no caso concreto (artigo 163º CPP), considerando o grau de dependência e os hábitos de consumo do agente, com a consequente responsabilização a título de contraordenação.

Questão 2

Adélia cultiva *cannabis* no jardim da embaixada. Trata-se de um crime de mera atividade, que se esgota no próprio comportamento descrito pela lei – a ação de cultivar –, não carecendo de qualquer evento externo (resultado), espacio-temporalmente dissociado daquele comportamento.

Segundo o artigo 7.º do CP, o facto considera-se praticado, tanto no local em que o agente atuou, como naquele em que o resultado se verificou (critério da ubiquidade, misto ou plurilateral alternativo). Considerando o que se disse no parágrafo anterior, neste caso, relevaria apenas o local onde o agente atuou. O agente atuou no jardim da embaixada, logo, em território português, uma vez que as embaixadas não constituem qualquer forma de extensão do território do Estado titular da missão diplomática.

Contudo, Adélia é mulher do embaixador, pelo que se pergunta se esta goza de alguma imunidade diplomática que impeça a aplicação da lei portuguesa.

As imunidades diplomáticas visam salvaguardar a soberania dos Estados, impedindo que um Estado exerça jurisdição sobre outro ou ponha em causa o exercício das funções próprias do outro Estado. Nessa medida, segundo os artigos 31.º e 37.º do DL 48295, que transpõe para o ordenamento português a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, os membros da família de um embaixador, que com este viverem, gozam de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditador (neste caso, o Estado acreditador seria Portugal).

Contudo, nesta hipótese, Adélia não gozaria de imunidade diplomática por ser portuguesa (artigo 37.º, n.º 2, da Convenção).

A lei portuguesa seria aplicável a Adélia, nos termos do artigo 4.º, alínea *a*), do CP (à luz do princípio da territorialidade).

Em segundo lugar, Adélia conduziu o seu automóvel sob o efeito de *cannabis*. O facto foi praticado em Portugal (artigo 7.º do CP), pelo que a lei portuguesa é territorialmente competente (artigo 4.º do CP). O facto de Adélia ser mulher do embaixador, como ficou referido no parágrafo anterior, não constitui qualquer impedimento à aplicação da lei portuguesa.

Neste caso, a lei portuguesa aplica-se a Adélia.

Em terceiro lugar, Adélia ofereceu *cannabis* a uma amiga que sofria de doença dolorosa, durante a viagem que fez ao país estrangeiro, conduta que era incriminada no país estrangeiro.

Neste caso, o facto foi praticado fora do território português (artigo 7.º CP), pelo que se excluía a competência territorial da jurisdição portuguesa (artigo 4.º do CP).

Recorre-se ao artigo 5.º do CP para verificar se Portugal tem competência extra-territorial¹).

As alíneas *a*), *c*), *d*) do artigo 5.º, n.º 1, do CP não se aplicam, pois o tráfico de estupefacientes não vem previsto nos mesmos.

A alínea *b*), do mesmo artigo, também não se aplica, porque não se trata de crime praticado contra portugueses.

Quanto à aplicação da alínea *e*), do mesmo artigo: trata-se de crime praticado por português; o agente é encontrado em Portugal; o facto é qualificado como crime no *locus delicti* e constitui crime que admite extradição (não se trata de crime previsto no artigo 7.º da Lei 144/99).

Quanto ao último pressuposto do artigo 5.º, alínea *e*), parágrafo iii), seria necessário abrir uma alternativa:

Se o país estrangeiro fosse extra-comunitário, Adélia não poderia ser extraditada, por ser cidadã portuguesa, não estando verificadas as condições do artigo 33.º, n.º 3, da CRP e 32.º, n.º 2, da Lei 144/99. Nesse caso, a jurisdição portuguesa seria competente para julgar Adélia, ainda que se devesse aplicar a lei do lugar da prática do facto, se esta se revelasse mais favorável (artigo 6.º, n.º 2, CP).

Se o país estrangeiro fosse comunitário, Adélia poderia ser entregue, ao abrigo do mandado de detenção europeu, mesmo sendo cidadã portuguesa, ao abrigo do artigo 13.º, alínea *b*), da Lei 65/2003, ainda que se sujeita a entrega à condição de devolução da pessoa. Nesse caso, a jurisdição portuguesa não seria competente para julgar Adélia.

Nota final:

Diz o enunciado que, posteriormente, o cultivo de *cannabis* para fins terapêuticos foi descriminalizado.

Ora, em rigor, o facto aqui descriminalizado – o cultivo de *cannabis* – é diferente do facto praticado por Adélia no estrangeiro e anteriormente analisado – cedência a terceiro de *cannabis*.

Contudo, é possível sustentar o entendimento de que a descriminalização do cultivo para fins terapêuticos encerra, quer no sentido *possível* e *previsível* das palavras utilizadas, quer no sentido teleológico da solução legislativa (o sentido do permitido e do proibido), uma descriminalização do próprio uso terapêutico e também da disponibilização da substância para uso terapêutico.

Serão assim ponderadas as respostas que considerem que, na descriminalização do cultivo do *cannabis* para efeitos terapêuticos, está também incluída a descriminalização da disponibilização terapêutica dessa mesma substância.

Neste cenário, as respostas anteriormente apresentadas teriam de sofrer algumas alterações:

¹ A norma atributiva de competência extra-territorial que consta do artigo 49.º da Lei da Droga – DL 15/93 – é inaplicável ao caso concreto.

No caso de o país estrangeiro ser país extra-comunitário, Portugal continuava a não extraditar, mas também por um motivo acrescido: não estava verificado o princípio da dupla incriminação (artigo 31.º da Lei 144/99). Nesse cenário, embora competente para conhecer do caso, a lei portuguesa determinaria a final o arquivamento do processo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do CP, uma vez que o facto deixou de ser crime em Portugal, por lei posterior mais favorável que se aplica retroativamente.

No caso de o país estrangeiro ser comunitário, Portugal podia continuar a ter de entregar Adélia, uma vez que, segundo o artigo 2.º, n.º 2, alínea e), da L 65/2003, no caso de tráfico de estupefacientes, prescinde-se do controlo da dupla incriminação, desde que o país requerente puna o facto com pena não inferior a três anos.

Questão 3

O cultivo de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas é considerado um ilícito criminal (*vide* resposta a questão 1).

Contudo, com a alteração legislativa agora em causa, o legislador veio delimitar negativamente o escopo normativo do referido ilícito criminal: a partir de dado momento, o cultivo de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas é considerado um ilícito criminal, salvo se se tratar de *cannabis* para fins terapêuticos. Esta última situação é portanto retirada do âmbito do proibido, passando a ser considerada permitida.

Para realizar esta delimitação (negativa) do âmbito do proibido, o legislador recorreu a uma técnica remissiva, uma vez que a lei penal remete para outra sede normativa (infra-legal), neste caso uma portaria, a definição de elementos que delimitam negativamente o comportamento criminoso.

Esta técnica legislativa pode suscitar, em tese, várias ordens de problemas. Por um lado, suscita um eventual problema de violação do princípio da legalidade, na sua vertente de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, pois a “definição” do crime é realizada, não pela lei formal do Parlamento, mas por esta, em conjugação com um outro instrumento de valor infra-legal (artigo 165.º, alínea c), da CRP). Por outro lado, pode suscitar problema de violação do princípio da legalidade, na sua vertente de lei certa (artigo 29.º, n.º 3, CRP), uma vez que o intérprete, para compreender a exata extensão do comportamento proibido, tem de realizar um esforço de interpretação conjugada de várias normas. Por fim, colocando-se um eventual problema de lei certa, por definição, coloca-se também um eventual problema de violação do princípio da culpa (artigo 1.º, 2.º e 29.º da CRP), pois se a lei não for certa, então, o destinatário não ficará suficientemente orientado sobre os limites do permitido.

Para se dizer que fica violado o princípio da legalidade, não basta que exista uma segregação entre diferentes bases normativas, ao nível da “definição” do crime. Segundo Maria Fernanda Palma, este só sai violado quando a possibilidade de compreensão e controlo do desvalor expresso no tipo legal de crime deixa de existir (*cf. Direito Penal, Idem*, p. 131).

Assim, o Tribunal Constitucional já esclareceu que esta técnica remissiva será legítima quando a norma penal contiver o *critério da ilicitude*. Ou seja: quando contiver aquelas informações que permitem compreender o sentido essencial do ilícito, de tal forma que o destinatário da norma penal consegue conhecer, no essencial, qual o bem jurídico que se pretende tutelar, qual a ação desvaliosa que se pretende evitar e qual o resultado desvalioso que se pretende prevenir.

Assim, para que a norma penal em branco seja válida, a norma complementadora – que neste caso seria uma portaria – não pode assumir um papel criativo e inovador, na diferenciação entre comportamento permitido e proibido.

Neste caso concreto, o destinatário da norma penal sabe que, por regra, o cultivo de *cannabis* é proibido e sabe que, quando exista uma indicação terapêutica, o mesmo será permitido.

Nessa medida, parece ser defensável o entendimento de que existe um conteúdo perceptivo na norma penal que orienta suficientemente o agente e impede a definição criativa do comportamento proibido pelas instâncias infra-legais.

Caso se viesse a entender que a norma descriminalizadora era inconstitucional, e considerando que a mesma é posterior ao momento da prática do facto, poder-se-ia defender uma das seguintes posições:

1. Aplicação da norma ripristinada (artigo 282.º/1 CRP), por se entender que a questão da validade das normas precede lógica e valorativamente a da aplicação da lei mais favorável e que os tribunais estão impedidos de aplicar normas inconstitucionais (artigo 204º CRP). Sendo a lei penal inconstitucional nula, nunca produziu quaisquer efeitos, pelo que não pode ser aplicado a Adélia a solução descriminalizadora.
Não se pode empregar, neste caso, o regime do erro (não censurável) sobre a proibição (artigo 17.º/1 CP) – o qual é invocado por parte da doutrina (Rui Pereira) em situações em que se reconhece a necessidade de tutelar as legítimas expectativas dos agentes de aplicação da lei mais favorável – uma vez que a lei inconstitucional não estava em vigor no momento da prática do facto.
Não existindo, de acordo com a informação disponibilizada no enunciado, caso julgado, não há lugar à ressalva expressamente prevista no artigo 282.º/3, 1.ª p., CRP;
2. Aplicação da lei inconstitucional mais favorável ao agente, considerando-se, com Taipa de Carvalho, que o artigo 29.º/4 CRP pode incluir leis penais inconstitucionais, prevalecendo então estas, se forem de conteúdo mais favorável ao arguido;
3. Aplicação da contraordenação, ou seja, da lei inconstitucional mais favorável ao agente, em razão (i) do princípio da igualdade, por referência ao teor do artigo 282.º, n.º 3, da Constituição, que salvaguarda a intangibilidade do caso julgado, no caso de aplicação da lei inconstitucional mais favorável e (ii) por força da prevalência do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º CRP) sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade em geral, assente em razões de necessidade da lei penal e da confiança objetiva gerada pelas manifestações legislativas do Estado, *cfr.* MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal Idem*, pp. 177-178.
Haveria assim uma lacuna na regulamentação do artigo 282.º da CRP, no que diz respeito à situação da lei inconstitucional mais favorável, a qual deveria ser integrada, segundo os princípios relevantes nesta matéria, dando-se prevalência a essa mesma lei mais favorável.

Questão 4

A regra geral, no que respeita à aplicação da lei penal no tempo consta dos artigos. 29.º, n.º 1, da CRP, e 2.º, n.º 1, do CP, devendo aplicar-se, em princípio, a lei penal vigente no momento da prática do facto, sendo tal momento, à luz do artigo 3.º do CP, o momento em que o agente atuou (critério unilateral da conduta).

Neste caso, Adélia atuou num momento em que estava em vigor o disposto no artigo 291.º, n.º 1, alínea a) do CP, sendo punida a condução sob efeito de estupefacientes que crie perigo para a vida (perigo concreto) com uma pena até 3 anos de prisão. Após a prática do facto, foi eliminada esta norma, tendo-se mantido, porém, o tipo previsto no artigo 292.º do CP (n.ºs 1 e 2) que incrimina a conduta de quem conduza sob efeito de estupefacientes, ainda que não seja criado qualquer perigo concreto. Contudo, esta norma foi alterada, tendo-se agravado a punição, que passar a poder ir até aos 3 anos de prisão.

Importa determinar se a conduta de Adélia se mantém punível e, se for o caso, qual a lei penal em concreto mais favorável (artigos. 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.º 4, do CP).

Tratando-se de uma conversão de crime de perigo concreto em crime de perigo abstrato, sendo certo que a mera criação de perigo abstrato já era punível à data da prática do facto, deverá concluir-se que se mantém a punibilidade da conduta de Adélia, uma vez que tal conduta era já punível, com ou sem criação de perigo concreto, no momento em que Adélia atuou.

Está-se, então, perante um caso de sucessão de lei em sentido estrito, mantendo-se a continuidade do ilícito típico.

Resta, assim, determinar qual a lei, em concreto, mais favorável, uma vez que a aplicabilidade retroativa da lei nova depende de esta se revelar mais favorável para o agente.

Em contrapartida, também a ultratividade de uma lei penal revogada apenas será admissível caso uma nova lei penal de conteúdo mais gravoso (mantendo-se a continuidade do ilícito típico e a punibilidade da conduta do agente) venha a entrar em vigor.

Seriam equacionáveis duas hipóteses:

Primeira: a avaliação do regime que, em concreto, se revela mais favorável depende de uma análise global do regime penal em vigor nos dois momentos, à luz da lei do momento da prática do facto e da lei nova.

O regime do artigo 291.º, por admitir uma pena menos grave aos casos em que o agente atue por negligência (n.º 4 do artigo 291.º), por contraposição com o regime do artigo 292.º, que equipara, para efeitos de pena, as atuações dolosas e negligentes (e não sendo indicado no enunciado a que título, doloso ou negligente, terá atuado Adélia) revela-se, em concreto, mais favorável.

Portanto, os termos do disposto nos artigos 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.º 4, do CP, a lei aplicável a Adélia seria a lei penal em vigor no momento da prática do facto, ou seja, o regime constante do artigo 291.º, na redação anterior à alteração legal.

Segunda: existe uma outra hipótese interpretativa segundo a qual a comparação deve ser feita de acordo com o regime diferenciado mitigado (ponderando-se a lei antiga norma a norma, mas nunca admitindo a aplicação de “partes” da norma constantes da lei antiga e da lei nova).

Nesta ótica, a “lei penal” em vigor no momento da prática do facto, considerando-se, porém, a já consolidada revogação da alínea a) do n.º 1 do artigo 291.º, apenas permite punir a conduta de Adélia nos termos do disposto no artigo 292.º do CP na redação em vigor no momento da prática do facto (com uma pena até 1 ano de prisão).

Uma vez que a nova pena até 3 anos de prisão, inserida após a prática do facto no artigo 292.º do CP (por implicar um agravamento da punição do agente resultante de lei que entra em vigor após a prática do facto e, portanto, proibido constitucionalmente) não poderá ser aplicada a Adélia, o pleno respeito pelo princípio da legalidade e pelas normas constantes do artigo 29.º da CRP deverá conduzir à aplicação a Adélia do disposto no artigo 292.º na redação em vigor no momento da prática do facto.

Esta é, de facto, a solução que melhor garante as distintas dimensões do princípio da legalidade (segurança jurídica, proibição de retroatividade, tutela de expectativas, proibição do arbítrio e garantia do Estado de Direito Democrático).

Questão 5

A criminalização do mero consumo de estupefacientes – tratando como crime um comportamento aditivo não inteiramente controlável pelo agente e, nesta ótica isolada, colocando em causa somente os bens jurídicos do próprio agente – pode revelar-se inconstitucional pelas

seguintes razões, ponderado o problema jurídico-constitucional do conceito material de crime, à luz do disposto no artigo 18.º da CRP:

- a) Carência de bem jurídico, salvo os detidos pelo próprio agente do crime, correspondendo a uma intervenção paternalista excessiva do Direito Penal na autonomia e liberdade individual dos cidadãos, pelo que há violação do princípio da necessidade penal (artigo 18.º n.º 2 da CRP), por falta de carência de intervenção penal.
- b) Também se verifica violação do princípio da necessidade por falta de ofensividade da conduta, quando se pretende justificar a incriminação do consumo considerando os eventuais danos sociais (remotos, difusos e dificilmente determináveis) resultantes do consumo generalizado de drogas para a saúde pública em geral (transmissão de doenças), o património e a propriedade (face à necessidade de custear a adição), a segurança pública e a estabilidade das relações familiares, profissionais e sociais (em virtude da perda de senhorio de si). Tratando-se de danos remotos, difusos, dificilmente determináveis e de verificação não necessária, não consegue identificar-se uma conduta inequivocamente ofensiva de bens jurídicos concretos e determinados. A prevenção desses danos seria quando muito a ratio de uma tal incriminação, não corresponderia à proteção de quaisquer bens jurídicos concretos e determinados.
- c) A admitir-se a existência de um bem jurídico – a saúde pública – há, ainda assim, violação do princípio da necessidade penal (artigo 18.º n.º 2), por violação da proporcionalidade *stricto sensu*, na medida em que o próprio consumidor nunca deveria ser punido, visto que são os seus bens jurídicos os tutelados pela incriminação e que se trata, principalmente, de uma vítima do tráfico de estupefacientes, e não um agente do crime.
- d) Ainda que assim não se entendesse, ocorre violação do princípio da necessidade penal (artigo 18.º n.º 2), por falta de adequação ou eficácia da lei penal, por estar demonstrado que a incriminação não exerce um efeito dissuasor do consumo, especialmente quando este é mais intenso, isto é, quando se trata de consumidores toxicodependentes (com adição).
- e) E, ainda, ocorre violação do princípio da necessidade penal artigo 18.º n.º 2), por violação da proporcionalidade *stricto sensu*, já que a aplicação de penas criminais aos consumidores releva-se sempre desproporcional, quer porque se trata de comportamento inócuos (pequenos consumos, esporádicos ou recreativos), quer porque se trata de comportamentos aditivos, não inteiramente controláveis pelo agente, sendo este carente de tratamento e não de penas criminais. Tal violação da proporcionalidade *stricto sensu* é reforçada pela existência de mecanismos alternativos eficazes: sanções administrativas, pedagogia contra o consumo de droga, tratamentos.

De valorizar a referência à distinção entre o consumo de drogas proibidas e de álcool ou tabaco, que ainda assim não legitima a incriminação do consumo, apenas o seu tratamento como ilícito contraordenacional. Todos os dados estatísticos apontam o álcool como a substância mais perigosa e letal num contexto de política criminal (o consumo de álcool está na base de cerca de 80% de toda a violência interpessoal, de acordo com dados da OMS, sendo estatisticamente omnipresente, em Portugal, na criminalidade violenta – homicídios e ofensas à integridade física graves – e na violência doméstica; o consumo de álcool é ainda estatisticamente mais relevante na sinistralidade rodoviária face ao consumo de substâncias estupefacientes não legais). Porém, nem por isso se pondera a criminalização da venda ou do consumo de álcool, assumindo-se que se revela mais eficaz e menos prejudicial – menos restritivo das liberdades fundamentais com uma carga criminógena menor – a opção por campanhas de educação, prevenção e tratamento. Por outro lado, existem hoje inúmeros estudos no sentido dos efeitos medicinais benéficos do consumo regulado da *cannabis* numa multiplicidade de doenças. Para algumas destas doenças, não existem soluções farmacológicas legais com a mesma eficácia. A criminalização do consumo de *cannabis*, a esta luz e para lá dos argumentos já aduzidos, pode ser assim uma restrição inadmissível do direito à saúde e ao bem-estar, incompatível com os arts. 18.º e 64.º da CRP.

Ponderado o debate jurídico-constitucional em torno do consumo, torna-se também bastante duvidosa a incriminação do cultivo para consumo próprio (pequeno cultivo, amador). Isto, claro, num contexto em que a aquisição da *cannabis* não é legal, não havendo uma oferta regulada em Portugal. Uma vez que o consumidor não pode adquirir, de modo legal e regulado, a substância para seu consumo próprio, quem queira consumir tem apenas duas alternativas: ou se torna *cliente* do tráfico de estupefacientes, não sendo punido, mas alimentando as associações criminosas que o promovem, sujeitando-se a adquirir substâncias cuja origem é duvidosa e cujo conteúdo pode estar adulterado; ou promove o cultivo da substância, tornando-se, com a incriminação, um *traficante*. Ora, numa ótica de política-criminal – admitindo que a atual política criminalizadora do tráfico é compatível com a CRP e eficaz na proteção dos bens jurídicos que pretende garantir – a transformação de cada potencial consumidor num *cliente* do tráfico de estupefacientes revela-se mais prejudicial, e contraproducente, ante a tolerância perante pequenos produtores amadores que se dediquem apenas ao cultivo para consumo próprio. Também na ótica da saúde pública a opção de descriminalizar o pequeno cultivo se revela menos prejudicial, pois quem cultiva para consumo próprio terá um melhor controle da qualidade da substância.

Questão 6

O conceito de *déviante* secundária – que na linha de Edwin Lemert é também designada por “*commitment to deviance*” – consiste na ideia de que o indivíduo, a quem foi inicialmente atribuído o estigma de criminoso, assume esse mesmo rótulo e, depois, até como mecanismo psicológico de gestão dos problemas que lhe são colocados pelo seu meio ambiente (ou seja: como mecanismo psicológico de defesa), vai comportar-se em conformidade.

Ou seja: num primeiro momento, o indivíduo vai ser catalogado como criminoso. Isso pode acontecer de várias formas. Por um lado, através da ação das instâncias formais de controlo (por exemplo: um Tribunal que o condenou pela prática de um crime ou a Polícia que o revista na rua, a meio da noite, sem motivo aparente, apenas porque ele apresenta uma certa *aparência física*). Por outro lado, através das instâncias informais de controlo (por exemplo: a entidade patronal que, havendo um furto na empresa, lança as suspeitas imediatamente naquele trabalhador que tem certa *origem, nacionalidade* ou *estatuto social*).

Depois, esta rotulagem inicial vai exercer uma influência psicológica sobre o indivíduo, no âmbito da construção da sua própria identidade e da sua própria narrativa pessoal, potenciando a possibilidade de este vir a efetivamente *encarnar* a personagem que lhe foi socialmente destinada.

Finalmente, no desempenho do papel que lhe havia sido socialmente atribuído, o indivíduo realiza outros atos criminosos.

O exemplo paradigmático da *déviante* secundária consiste na criminalização do consumo de estupefacientes. Ao rotular o consumidor de criminoso, cria-se as condições para que este integre esse estatuto na construção da sua personagem social, podendo assim ajudar a quebrar as barreiras de inibição psicológica para a prática de outros crimes (roubo, furto, extorsão, tráfico, etc).

A teoria criminológica que utiliza este conceito é o *labeling approach*, fazendo-o com o objetivo de mostrar a relevância dos processos sociais na criminalização de condutas e na prática de atos criminosos (*vide*, p.ex. *Outsiders* de Becker).

Tal conceção vem aliás na linha do *interacionismo simbólico*, que defendia, em síntese, que a realidade social era construída através de processos linguísticos mediante os quais cada indivíduo atribuída um valor simbólico ao comportamento alheio, reagindo em conformidade.

Assim, segundo o *labeling approach*, não era apenas a *déviante* secundária que resultava de processos sociais de definição e atribuição do comportamento desviante.

Logo ao nível da *déviante* primária, a mesma resultava, não de características internas do próprio facto, mas antes de processos de seleção social, mediante os quais as referidas instâncias formais e informais de controlo elegiam algumas condutas e não outras como desviantes.

As análises criminológicas podem constituir argumento da fundamentação da pena.

Por um lado, podem permitir avaliar de forma mais rigorosa a censura dirigida ao indivíduo, na medida em que este pode ser encarado como alguém que, por influência de instâncias sociais externas (formais ou informais) pode ter desenvolvido um processo psicológico de assunção do estatuto criminoso (embora esta tese não seja determinista², pelo que não elimina a liberdade do agente de fazer opções diferentes). Note-se que, de acordo com o artigo 40.º, n.º 2, do CP, a culpa é sempre o limite máximo da pena.

Por outro lado, em termos de fins das penas, estas conceções podem apresentar o agente como alguém carecido de uma melhor integração social, através de meios não estigmatizantes (p.ex. através de meios não privativos da liberdade), pelo que a finalidade de prevenção especial positiva, assumindo aqui especial relevância, poderia exigir formas de reação do sistema penal que evitassem a *déviance* secundária.

² Ainda que esta afirmação não seja pacífica, existindo discussão em redor deste tópico.