

Processo n.º 282/2005

(Recurso Penal)

Data: 19/Janeiro/2006

Assuntos:

- Nulidade e valoração das declarações para memória futura

SUMÁRIO:

1. O acto de prestação de declarações para memória futura não é um acto de comparência obrigatória, de onde decorre que a falta de notificação ao arguido e ao seu defensor para comparecerem a tal acto apenas determina uma mera irregularidade e já não pode ser considerada uma nulidade insanável por não se enquadrar nas que estão taxativamente previstas na lei (art. 106º do C.P.P.)
2. Nada impede que as declarações para memória futura seja tomadas, ainda que não tenha havido arguido constituído, desde que verificados os pressupostos previstos no n.º 1 do art. 253º.
3. A lei não restringe a leitura das declarações para memória futura àquelas em que o arguido esteve presente ou lhe foi dada a oportunidade

de estar presente, para além de que o contraditório sempre pode ser assegurado na audiência de julgamento com a vantagem, para o arguido de previamente conhecer o teor das declarações prestadas para memória futura.

4. As declarações de testemunhas, desde que sejam prestadas nos termos do art. 253º do CPPM e lidas em audiência e aí contraditadas, podem ser tomadas em conta pelo Tribunal para efeitos de formação da sua convicção, sendo que a imediação resulta da sua análise em sede de julgamento.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 282/2005

(Recurso Penal)

Data: 19/Janeiro/2006

Recorrente: A

Objecto do Recurso: Acórdão condenatório da 1ª Instância

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

O arguido **A** vem interpor recurso do douto acórdão que, em cúmulo jurídico, o condenou na pena de 5 anos e 9 meses de prisão efectiva, pela prática dos crimes de auxílio à imigração clandestina, acolhimento e exploração da prostituição.

Para tanto alega, em síntese:

A questão que o ora recorrente traz à superior apreciação deste Tribunal de Segunda Instância é a nulidade da sentença por violação do art. 336º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Consagra-se, expressamente, no art. 336º do CPP afloramentos dos

princípios da imediação e do contraditório, enformadores do processo penal e que se traduzem, essencialmente, no facto de toda a prova que serve para formar a convicção do julgador dever ser produzida ou examinada oralmente em audiência e ser objecto de apreciação, em contraditório, pelos sujeitos processuais.

Decorre do próprio texto da decisão recorrida que as declarações para memória futura prestadas pelas testemunhas B e C foram valoradas e consideradas relevantes para os factos considerados provados.

Tais declarações foram tomadas num momento, em que pese o facto de ser, então, suspeito e de ser conhecida a sua identificação, ainda não fora constituído formalmente arguido o ora recorrente, razão por que não esteve presente nem lhe foi nomeado oficiosamente um defensor por forma a acautelar os seus direitos de defesa.

No art. 50º do Código de Processo Penal, estabelecem-se os direitos e os deveres a que fica adstrito o arguido e, entre eles, figura o direito de presença a actos processuais que directamente lhe disserem respeito; se é verdade que a inquirição de qualquer testemunha no âmbito do inquérito ou até na fase de instrução não colide com os direitos do arguido - podendo portanto o arguido não assistir ao acto - porque, mais tarde os respectivos depoimentos vão ser sujeitos ao contraditório, no que se refere às declarações para memória futura já isso não acontece, razão por que o arguido tem de ser convocado.

Embora da articulação dos artigos 106º, 53º, 253º, n.º 2, do Código de Processo Penal, se possa concluir que a presença do defensor na prestação do depoimento para memória futura é facultativa e, portanto, a sua falta não é cominada por lei como nulidade insanável, no caso sub judicio, o facto de não ter podido o ora recorrente contraditar tais depoimentos - aliás prestados antes da sua constituição como arguido - determina que embora não sendo nulos, tais depoimentos têm que ser

julgados ineficazes relativamente ao ora recorrente.

Dando-se a circunstância de não ter o Tribunal recorrido expressamente indicado quais os factos dados como provados para os quais foram relevantes os depoimentos das referidas testemunhas (pois podia acontecer que o Tribunal não tivesse fundamentado a sua convicção exclusivamente neles), outra não pode ser a solução que não passe pela anulação do julgamento, com a consequente repetição.

O douto Acórdão recorrido violou a norma do art. 336º, n.º 1, do Código de Processo Penal e o princípio do contraditório nela afluado.

Nestes termos requer seja dado provimento ao recurso, considerando-se ineficazes relativamente ao recorrente os depoimentos das testemunhas B e C, pelo que não podem ser os mesmos valorados, e, em consequência, seja anulada a decisão recorrida e respectivo julgamento.

O Digno Magistrado do MINISTÉRIO PÚBLICO responde, concluindo da seguinte forma:

A leitura em audiência de julgamento das declarações de testemunhas prestadas "para memória futura", nos termos do disposto no art. 253º do CPPM, a que não tenha assistido o arguido não constitui qual quer nulidade processual.

Muito menos uma nulidade insanável, uma vez que estas estão taxativamente enumeradas no art. 106º do CPPM e desse elenco não consta a "nulidade" invocada pelo arguido.

Não se tratando de nulidade insanável a invocada nulidade a existir dependia de arguição,

A qual devia ser feita na audiência de julgamento, na altura em que o Tribunal procedeu à leitura de tais declarações.

Uma vez que não foi arguida a nulidade a existir estaria sanada, não podendo ser agora invocada e conhecida.

Porém, mesmo que não fosse dada razão a este argumento de natureza formal, a invocada "nulidade" não existe.

Nem existe violação do princípio do contraditório, até porque em tal diligência "não é permitido o contra-interrogatório".

O contraditório é possível exercê-lo em audiência de julgamento, tendo até o arguido a vantagem de conhecer previamente o teor das declarações para memória futura.

Assim não se verificando a invocada nulidade e muito menos insanável, nem a violação do princípio do contraditório deve ser negado provimento ao recurso e confirmar-se o duto acórdão recorrido.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu duto parecer, donde se respigam as seguintes linhas de força:

De facto, a falta de arguido ou o seu defensor na tornada das declarações para memória futura não é cominada por lei como nulidade insanável, o que é, aliás, até reconhecido pelo próprio recorrente, uma vez que, como se sabe, nesta matéria vigora o princípio da legalidade e o vício invocado pelo recorrente não se enquadra em nenhuma das situações referidas no art. 106º do CPPM nem em qualquer outra disposição legal, pois não está em causa uma diligência em que a lei exige obrigatoriamente a presença do arguido ou do seu defensor, cuja comparência é

apenas facultativa (art. 253º, n.º 2 do CPPM).

E também não estamos perante uma nulidade dependente de arguição.

O vício invocado, mesmo existisse, constituiria apenas uma irregularidade nos termos do art. 110º do CPPM, que devia ter sido arguida no prazo legal.

É evidente que a arguição de tal irregularidade só em sede do recurso está fora do prazo aí previsto.

Resulta dos autos que, encontrando-se as testemunhas em Macau na situação ilegal, a diligência em causa foi realizada no dia 24-3-2005, altura em que não foi ainda localizado o ora recorrente e conseqüentemente não houve ainda arguido constituído.

E só com a intercepção do ora recorrente em 8-4-2005 foi possível a sua constituição como arguido.

Pergunta-se, perante esta situação concreta, se a realização da diligência está ferida de algum vício?

A resposta não pode deixar de ser, como é evidente, negativa.

Por um lado, a comunicação exigida no n.º 2 do art. 253º do CPPM refere-se ao arguido, e não ao "suspeito", o que pressupõe a constituição de alguém como arguido.

Como se sabe, é um acto formal a constituição de arguido, estatuto este que é muito diferente do mero suspeito na medida em que passa a ser sujeito processual, adquirindo a respectiva posição processual, e são asseguradas garantias especiais de defesa, tais como os de presença, de audição, de recusa de resposta, de assistência por defensor, de intervenção processual, de informação e de recurso, nos termos dos artigos 49º e 50º do CPPM.

Por outro lado, nada impede que as declarações para memória futura seja

tomadas, ainda que não tenha havido arguido constituído, desde que verificados os pressupostos previstos no n.º 1 do art. 253º.

No caso sub judice, não foi violado o princípio do contraditório, pelo que não se pode colocar a questão sobre a validade das declarações para memória futura prestadas pelas testemunhas.

É verdade que no art. 336º do CPPM é consagrado os princípios do contraditório e da imediação, segundo o qual todas as provas devem ser produzidas ou examinadas em audiência, sob pena de não serem valoradas pelo Tribunal, designadamente para formar a sua convicção, ressalvando-se, no entanto, as provas contidas em actos processuais cuja leitura em audiência seja permitida, entre as quais se inclui as declarações tomadas para memória futura nos termos do art. 253º do CPPM - artigos 336º e 337º, n.º 2, al. a) do CPPM.

A norma prende-se com a questão de valoração de provas e não de proibição de provas. (cfr. Código de Processo Penal de Macau, Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas-Santos, pág. 704)

Pelo exposto, entende que se deve rejeitar o recurso por ser manifestamente improcedente.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes, extraídos do acórdão condenatório:

“Discutida a causa ficaram provados os seguintes factos:

Visando obter proveitos ilegítimos para si próprio, o arguido A tomou de arrendamento, em diferentes ocasiões, duas fracções autónomas, ou seja, 7.º andar A do bloco 3 e 5.º andar F do bloco 14 do edf. “XXX”, sito no Bairro da Areia Preta, destinando-as às raparigas provenientes do Interior da China (tanto com permanência na RAEM autorizada como ilegal) para as mesmas residirem e praticarem actividades de prostituição, podendo dessa forma cobrar junto das raparigas a recompensa por lhes ter provido tais condições.

O arguido disse que se chamava “A Seng” (ou “A San”).

O arguido e B chegaram a um acordo que cabia ao arguido providenciar a B a aludida fracção, 7.º andar A do bloco 3 do edf. “XXX”, para a mesma residir e praticar actividades de prostituição. Por sua vez, B comprometeu que diariamente ia pagar MOP\$100,00 ao arguido a título de recompensa por aquilo que o arguido lhe ia proporcionar.

Sob coordenação do arguido, B residiu na fracção acima referida e praticou actividades de prostituição por uma semana e depois regressou para o Interior da China.

O arguido facultou a B a referida fracção para esta residir e praticar as actividades de prostituição com a finalidade de obter, através desse meio, proveitos ilegítimos.

O arguido, devido a isso, recebeu da B MOP\$700,00 como recompensa por aquilo que lhe tinha proporcionado.

Nos princípios de Outubro de 2004, B voltou de novo do Interior da China para Macau e levou sua amiga da China, C, para encontrar com o arguido em Macau.

O arguido chegou a um acordo com B e C de que o arguido se responsabilizava pelo fornecimento da fracção do edf. “XXX”, bloco 14, 5.º andar F para as mesmas residirem, prestarem serviços de massagem e praticarem actividades de prostituição. B e C comprometeram que cada uma delas ia pagar diariamente ao arguido a quantia de MOP\$100,00 a título de contrapartida por aquilo que o arguido lhes ia proporcionar.

Ao mesmo tempo, a fim de garantir um número suficiente de clientes para B e C, o arguido publicou ainda um anúncio “Fornecem-se serviços de massagens” no “Jornal de Macau”, onde indicou explicitamente como telefone de contacto para “prestação de serviços de massagem” o “telefone n.º XXX”, ou seja, o número de telefone do 5.º andar F do bloco 14 do edf. “XXX” (v. fls. 6v). O arguido teve como objectivo ajudar B e C, através da publicação do anúncio no jornal, a angariar clientes que procuram serviços sexuais, a fim de garantir dessa forma que poderia obter interesses ilegítimos para si mesmo.

Sob coordenação do arguido, B e C passaram a viver na referida residência e ali praticaram as actividades de prostituição por dois dias. No dia 12 de Outubro de 2004, foram detectadas pelos agentes da P.S.P. que ambas andavam a prestar serviços de massagens e prostituição, pelo que foram conduzidas para o comissariado da P.S.P. para colaborar nas investigações (v. Auto de Notícia da P.S.P. n.º 257/2004/C2 a fls. 6 a 7 dos autos).

Por fim, B e C foram expulsas da Região e interditas de voltar para Macau durante o período de 12 de Outubro de 2004 a 12 de Julho de 2005 (v. Aviso da P.S.P.

respeitante à Interdição da entrada na Região a fls. 10 e 13 dos autos).

Depois de ter tomado conhecimento de que B e C foram expulsas de Macau, o arguido entrou em contacto com elas, que se encontravam no Interior da China.

Estando ciente de que elas foram interditas de entrar na RAEM pela Autoridade Policial de Macau, o arguido disse-lhes: “Caso elas concordem em pagar-lhe RMB¥ 3.000,00 por cada pessoa, o arguido podia ajudá-las a reentrar na RAEM sem passar pelos postos fronteiriços do Serviço de Migração de Macau, e organizá-las para voltar a praticar posteriormente actividades de prostituição em Macau.

Depois de ter chegado a um consenso com B e C, o arguido, em 30 de Outubro de 2004, viu, primeiro, a passagem das mesmas pelo posto fronteiriço da China com os próprios passaportes da RPC e depois a espera das mesmas por ele à porta duma loja de venda de produtos isentos de imposto. No entanto, o arguido ordenou no mesmo dia a um indivíduo não identificado, de sexo masculino, que se deslocasse à referida loja e as transportasse de veículo para Macau pelo Posto Fronteiriço das Portas do Cerco, enfim, todas elas conseguiram entrar em Macau.

Depois de terem entrado em Macau, o indivíduo acima referido continuou a conduzir o carro para levar B e C ao edifício “XXX”, sito no Bairro da Areia Preta.

Após a chegada ao edifício “XXX”, esse indivíduo não identificado deslocou-se do local sozinho.

Posteriormente, conforme o acordo estipulado, B e C entregaram por cada pessoa RMB¥3.000,00 ao arguido, a título de recompensa pela ajuda prestada na reentrada clandestina em Macau.

O arguido tinha perfeito conhecimento de que B e C foram temporariamente interditas de entrar na RAEM pela Autoridade Policial de Macau, mesmo assim, o arguido ajudou-as a entrar em Macau por meios ilegais, no intuito de obter interesses ilegítimos para si próprio.

Conforme o acordo estipulado entre o arguido, B e C, o arguido responsabilizou-se pelo fornecimento do alojamento sito na zona da Areia Preta, no 7.º andar A do bloco 3 do edf. “XXX”, para B e C residirem, prestarem serviços de massagem e praticarem actividades de prostituição. Cada uma delas pagou diariamente ao arguido a quantia de MOP\$100,00 a título de contrapartida por aquilo que o arguido lhes tinha proporcionado.

O arguido tinha perfeito conhecimento de que B e C não possuíam documentos legais que lhes permitissem permanecer em Macau, mesmo assim, o arguido permitiu deliberadamente que elas se alojassem no local acima referido, com o intuito de obter interesses ilegítimos para si próprio.

Ao mesmo tempo, visando ajudar B e C a obter um número suficiente de clientes, o arguido voltou a publicar um anúncio “Fornecem-se serviços de massagens” no “Jornal de Macau”, onde indicou explicitamente como telefone de contacto para “prestação de serviços de massagem” o “telefone n.º XXX”, ou seja, o número de telefone do 7.º andar A do bloco 3 do edifício “XXX”, sito na zona da Areia Preta. O arguido teve como objectivo ajudar B e C, através da publicação do anúncio no jornal, a angariar clientes que procuram serviços sexuais, a fim de garantir dessa forma que poderia obter interesses ilegítimos para si mesmo.

Sob a coordenação do arguido, B e C residiam na fracção acima referida e

praticavam ali actividades de prostituição até ao dia 22 de Março de 2005, data em que estas foram descobertas pelos agentes da PSP.

O arguido agiu livre, deliberada e voluntariamente.

O arguido tinha perfeito conhecimento de que a sua conduta era proibida e punida por lei.

O arguido era vendedor de bilhetes antes da reclusão e auferindo um salário mensal de MOP\$1.600.00.

O arguido é casado, fica a seu cargo a mãe e três filhos.

O arguido não confessou os factos e é primário.

Factos não provados: os outros factos constantes da acusação, concretamente:

Num dia de Junho de 2004, o arguido conheceu no Hotel “Hou Kong”, em Macau, B, oriunda do Interior da China.

Juízo de Factos:

O Tribunal Colectivo analisou sinteticamente o depoimento do arguido no julgamento, procedeu à leitura das declarações para a memória furtara prestadas pelas testemunhas B e C, constantes de fls. 30, 31, 35 e 36 dos autos e conjugou-as com o depoimento dos três agentes da P.S.P. no julgamento e entres outras provas documentais para formular o juízo de factos.

(...)”

III – FUNDAMENTOS

O escopo do recurso circunscreve-se à análise da questão relativa à pretensa nulidade e valoração das declarações para memória futura das testemunhas **B** e **C** por "ter o douto Tribunal recorrido formado a sua convicção valorando um meio de prova que a lei não permite, pois tomou em consideração declarações para memória futura que não passaram pelo crivo do contraditório, tratando-se de uma nulidade insanável que forçosamente terá de afectar todo o julgamento, que terá de ser repetido".

Não obstante a brilhante argumentação expendida ela não convence.

Desde logo o regime das nulidades sanáveis e insanáveis é taxativo e encontra-se contemplado nos artigos 105º a 110º do CPP e aí não se encontra a invocada pelo recorrente.

Tal eventual nulidade, invocada pelo recorrente, a existir, só poderá ser enquadrável nas irregularidades e, por isso dependentes de arguição que nos termos do art. 110 do CPP devia ter sido arguida no julgamento quando o Tribunal procedeu à leitura das referidas declarações para memória futura.

Como bem anota o Digno Magistrado do MP, não tendo sido

atempadamente arguida, está a eventual irregularidade sanada, não sendo agora possível a sua invocação e apreciação.

Na verdade, o art. 253º, n.º 2, do Código de Processo Penal estipula que *"ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e da parte civil são comunicados o dia, hora e local da prestação do depoimento, para que possam estar presentes se o desejarem"*; donde se pode entender que o acto de prestação de declarações para memória futura não é um acto de comparência obrigatória, de onde decorre que a falta de notificação ao arguido e ao seu defensor para comparecerem a tal acto apenas determina uma mera irregularidade e já não pode ser considerada uma nulidade insanável por não se enquadrar nas que estão taxativamente previstas na lei (art. 106º do C.P.P.)

Este tem sido o entendimento consagrado na Jurisprudência de Macau¹ e na Jurisprudência comparada², sendo pacífico que não é obrigatória a presença do arguido ou do seu defensor ao acto de declarações para memória futura. Integra mera irregularidade a não comunicação àquele primeiro do dia, hora e local da prestação de tal depoimento.

¹ - Ac. do TSJM, de 10-3-1999, proc. n.º 991 e proc. n.ºs 1003, 1012, 1013, 1016 e 1017; e de 29-9-1999, proc. n.º 1121

² - Ac STJ, proc. 97P034, <http://www.dgsi.pt>

Também não assiste razão ao recorrente quando diz que se não devem considerar eficazes relativamente ao recorrente tais declarações pelo facto de não estar constituído qualquer arguido à data da tomada de declarações para memória futura e por isso também não haver defensor officioso ou constituído.

Nada impede que as declarações para memória futura seja tomadas, ainda que não tenha havido arguido constituído, desde que verificados os pressupostos previstos no n.º 1 do art. 253º.

A relevar-se este argumento basta pensar em tantas situações em que são exactamente as declarações do ofendido que vão dar início ao inquérito e que por razões prementes se têm de reduzir a auto de declarações para memória futura, como sejam os casos dos crimes cometidos contra cidadãos não residentes em Macau.

Acresce que a lei não restringe a leitura das declarações para memória futura àquelas em que o arguido esteve presente ou lhe foi dada a oportunidade de estar presente, para além de que o contraditório sempre pode ser assegurado na audiência de julgamento com a vantagem, para o arguido de previamente conhecer o teor das declarações prestadas para memória futura.

Não se deixa ainda de referir que o argumento que procura esgrimir com os princípios do contraditório e da imediação, segundo o qual todas as provas devem ser produzidas ou examinadas em audiência, sob pena de não serem valoradas pelo Tribunal, designadamente para formar a sua convicção, esbarra com a ressalva das provas contidas em actos processuais cuja leitura em audiência seja permitida, entre as quais

se inclui as declarações tomadas para memória futura nos termos do art. 253º do CPPM - artigos 336º e 337º, n.º 2, al. a) do CPPM.

Como bem anota o Exmo Senhor Procurador Adjunto, tal norma prende-se com a questão de valoração de provas e não de proibição de provas.

As declarações de testemunhas, desde que sejam prestadas nos termos do art. 253º do CPPM e lidas em audiência e aí contraditadas, podem ser tomadas em conta pelo Tribunal para efeitos de formação da sua convicção, sendo que a imediação resulta da sua análise em sede de julgamento.

Nesta conformidade, afigura-se que o recurso em análise é manifestamente improcedente, devendo, conseqüentemente, ser rejeitado face ao disposto nos artigos 407º, n.º 3-c, 409º, n.º 2-a e 410º do C. P. Penal.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em rejeitar o recurso interposto por A por manifestamente improcedente, confirmando a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, fixando em 6 UC a taxa de justiça, devendo pagar ainda o montante de MOP 1500,00 a título de sanção, ao abrigo do disposto no artigo 410º, n.º4 do CPP.

Macau, 19 de Janeiro de 2006,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator)

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong