

Processo n.º 830/2015

Data do acórdão: 2016-6-16

(Autos em recurso penal)

Assuntos:

- decisão judicial oral
- gravação da audiência de julgamento
- acta da audiência de julgamento
- irregularidade processual
- art.º 86.º, n.º 4, do Código de Processo Penal
- art.º 89.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), do Código de Processo Penal
- art.º 105.º, n.º 2, do Código de Processo Penal
- art.º 110.º, n.º 1, do Código de Processo Penal
- interceptação das comunicações electrónicas em tempo real
- mensagens de correio electrónico
- mensagem recebida mas ainda não aberta
- mensagem recebida e já aberta
- regime de protecção de reserva das comunicações
- conversas deixadas na aplicação “wechat” de telemóvel
- conversação ou comunicação propriamente dita
- art.º 175.º do Código de Processo Penal
- meio de prova legalmente admissível
- art.º 112.º do Código de Processo Penal

S U M Á R I O

1. O facto de determina decisão judicial oral não constar da acta da audiência de julgamento em que foi feita a decisão só traduz uma irregularidade processual no acto de elaboração da acta (cfr. as disposições conjugadas dos art.^{os} 86.º, n.º 4, 89.º, n.^{os} 1 e 2, alínea d), 105.º, n.º 2, e 110.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), e como tal não pode ter implicado a inexistência da própria decisão, porque esta já estava gravada.

2. Sendo interceptadas em tempo real, enquanto percorrem as redes de comunicação, as mensagens de correio electrónico terão que ser consideradas *comunicações electrónicas*. Porém, após o seu recebimento no computador a que se destinam, quando a comunicação já chegou ao seu destino e ficam alojadas no computador, sob a forma de um ficheiro em formato digital, a comunicação já cessou. As mensagens deixam de ter a essência de uma comunicação em transmissão, para passarem a ser antes uma comunicação já recebida, que terá porventura a mesma essência da correspondência.

3. Tal como acontece com o correio tradicional, no âmbito da recolha de prova em processo penal, deverá ser dado um tratamento diferenciado a mensagens recebidas mas ainda não abertas, por um lado, e a mensagens recebidas e já abertas, por outro. Quanto às primeiras, se se lhe aplicar o regime processual do correio tradicional, têm que ser consideradas correspondência não aberta. No que respeita às segundas, se já foram abertas, porventura lidas e mantidas no computador a que se destinavam, não deverão ter mais protecção que as cartas em papel que são recebidas, abertas e porventura guardadas numa gaveta, numa pasta ou num arquivo.

Sendo meros documentos escritos, estas mensagens não gozam da aplicação do regime de protecção de reserva da correspondência e das comunicações.

4. No caso dos autos, as conversas deixadas pelo 1.º arguido na aplicação “wechat” instalada no telemóvel do 2.º arguido já foram transmitidas (e não em via de transmissão) por esta aplicação e aí conhecidas pelo 2.º arguido (posto que este até já respondeu às mesmas pela mesma via), pelo que o facto de tais conversas assim transmitidas, e já conhecidas pelo seu destinatário, se encontrarem guardadas na conta de “wechat” deste não impede a consideração de que essas conversas já deixaram de constituir conversação ou comunicação propriamente dita para efeitos do art.º 175.º do Código de Processo Penal. Não é, pois, aplicável a essas conversas o regime estatuído nos art.ºs 172.º a 174.º deste Código, podendo as mesmas conversas ser valoradas como um meio de prova legalmente admissível, em sede da formação da livre convicção do tribunal sentenciador aquando do julgamento da matéria de facto (art.ºs 112.º e 114.º do mesmo Código).

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 830/2015

(Autos de recurso penal)

Recorrentes: Ministério Público

1.º Arguido B (B)

Recorrido: 2.º arguido C (C)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

I – RELATÓRIO

Por acórdão proferido em 24 de Julho de 2015 a fls. 618 a 650 dos autos de Processo Comum Colectivo n.º CR4-15-0089-PCC do 4.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base, ficaram condenados o 1.º arguido B como autor material de um crime consumado de tráfico ilícito de

estupefacientes, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, da Lei n.º 17/2009, de 10 de Agosto (doravante abreviada como Lei de droga), na pena de onze anos de prisão, e de um crime consumado de consumo ilícito de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 14.º da mesma Lei, na pena de dois meses de prisão, e, em cúmulo jurídico, finalmente na pena única de onze anos e um mês de prisão, e o 2.º arguido C, apenas como autor material de um crime consumado de acolhimento, p. e p. pelo art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2004, de 2 de Agosto, na pena de sete meses de prisão, ficando este arguido absolvido do inicialmente também acusado crime consumado, em co-autoria com o 1.º arguido, de tráfico ilícito de estupefacientes.

Inconformados, vieram recorrer quer o Ministério Público quer o 1.º arguido, aquele no respeitante à decisão final absolutória do 2.º arguido do imputado crime consumado de tráfico, e o 1.º arguido na parte relativa à medida da pena de onze anos de prisão do seu crime de tráfico, por ele tida como desproporcionada, inadequada e excessiva, ao arrepio dos art.ºs 40.º, n.ºs 1 e 2, e 65.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal (CP), pedindo, assim, aquele Ente Judiciário a invalidação da decisão absolutória do 2.º arguido do inicialmente acusado crime de tráfico, com consequente reenvio do processo para novo julgamento a respeito desta parte, enquanto rogando o 1.º arguido a sua condenação no crime de tráfico em pena não superior a oito anos e dez meses de prisão (cfr., e com detalhes, o teor das respectivas motivações de recursos apresentadas a fls. 663 a 664v e a fls. 677 a 687 dos presentes autos correspondentes).

Ao recurso do 1.º arguido, respondeu o Ministério Público (a fls. 690 a 693) no sentido de improcedência manifesta.

Outrossim, o Ministério Público recorreu do “despacho judicial proferido oralmente” na sessão de 13 de Julho de 2015 de audiência de julgamento mas não constante da correspondente acta lavrada a fls. 604 a 604a, através do qual se terá afirmado judicialmente, a propósito do teor das conversações na aplicação “wechat” instalada no telemóvel do 2.º arguido a que se referem as fls. 84 a 90 dos autos, que não se pode falar das conversas aí do 1.º arguido, porque estas não servem como meio de prova. Entendeu, pois, o Ministério Público que o Tribunal *a quo* violou o art.º 112.º do Código de Processo Penal (CPP) ao considerar o teor dessas conversas do 1.º arguido como de valoração proibida em sede de audiência de julgamento, pelo que deveriam relevar essas conversas do 1.º arguido, susceptíveis de provar o consenso entre o 2.º arguido e o 1.º arguido na prática, em co-autoria material, de um crime de tráfico (cfr., e com pormenores, o conteúdo da motivação do recurso junta a fls. 666 a 668v dos autos), recurso intercalar esse que aliás serviu de alicerce lógica à fundamentação do seu acima referido recurso interposto do acórdão final da Primeira Instância.

A este recurso intercalar e àquele recurso final do Ministério Público, respondeu o 2.º arguido recorrido (unamente a fls. 699 a 717) que, desde já, inexistiria o objecto no recurso intercalar (por o recorrido despacho judicial proferido oralmente não ter constado da respectiva acta de audiência de julgamento), e que, subsidiariamente falando, também seria extemporâneo o

recurso intercalar (por o Ministério Público não ter suscitado nada na sessão da audiência de julgamento), e que, fosse como fosse, seria salva a decisão judicial que o Ministério Público pretendia impugnar no recurso intercalar, o que prejudicaria, por decorrência lógica da questão da prova proibida, o recurso final do Ministério Público.

Subidos os autos, emitiu a Digna Procuradora-Adjunta parecer (a fls. 728 a 730), pugnando pela procedência dos recursos intercalar e final do Ministério Público, com opinada condenação directa do 2.º arguido no crime de tráfico, para além de considerar dever ser mantida a pena já achada pelo Tribunal *a quo* ao crime do tráfico do 1.º arguido.

Feito o exame preliminar e corridos os vistos, cumpre decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO FÁCTICA

Do exame dos autos, retira-se o seguinte, com pertinência à decisão:

– na acta da sessão de audiência de julgamento, realizada no dia 13 de Julho de 2015 (cfr. o teor dessa acta lavrada a fls. 604 a 604a-verso), não consta nenhuma referência à “afirmação judicial” aludida na motivação do recurso intercalar do Ministério Público, acerca da não valoração, como prova, das conversas (a que aludem as fls. 84 a 90 dos autos) deixadas pelo 1.º arguido na aplicação “wechat” instalada no telemóvel do 2.º arguido; entretanto, o Ministério Público recorrente retirou, a partir do teor da gravação da audiência de julgamento, o conteúdo dessa “afirmação

judicial” (no sentido de que a propósito do teor das conversações na aplicação “wechat” instalada no telemóvel do 2.º arguido a que se referem as fls. 84 a 90 dos autos, não se pode falar das conversas aí do 1.º arguido, porque estas não servem como meio de prova);

– até à interposição, em 29 de Julho de 2015, desse recurso intercalar, o Ministério Público e o 2.º arguido não chegaram a suscitar qualquer questão sobre a falta de referência dessa “afirmação judicial” na referida acta da sessão de audiência de julgamento (cfr. o que resulta do exame do processado de fls. 604 a 666);

– na resposta ao recurso intercalar do Ministério Público, o 2.º arguido alegou sobretudo que as decisões oralmente proferidas em audiência de julgamento que conheçam de qualquer questão interlocutória têm necessariamente de estar consignadas na acta, e que a inobservância desta regra implica a inexistência da respectiva decisão e conseqüentemente a impossibilidade de ser sindicada em sede de recurso;

– o Tribunal *a quo* proferiu o acórdão final a fls. 618 a 650, cujo teor se dá por aqui integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;

– nesse acórdão, deu-se por não provado mormente o acusado facto de os 1.º e 2.º arguidos terem praticado conjuntamente as actividades de tráfico de produto estupefaciente;

– da fundamentação da sua convicção probatória sobre os factos então sob indagação, o Tribunal *a quo* não fez nenhuma referência ao teor das conversas do 1.º arguido na aplicação “wechat” a que se referem as fls. 84 a 90 dos autos, conversas essas cujo teor se dá por aqui integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

III – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De antemão, cumpre notar que mesmo em processo penal, e com excepção da matéria de conhecimento oficioso, ao tribunal de recurso cumpre resolver só as questões material e concretamente alegadas na motivação do recurso e ao mesmo tempo devidamente delimitadas nas conclusões da mesma, e já não responder a toda e qualquer razão aduzida pela parte recorrente para sustentar a procedência das suas questões colocadas (nesse sentido, cfr., de entre muitos outros, os acórdãos do TSI, de 7 de Dezembro de 2000 no Processo n.º 130/2000, de 3 de Maio de 2001 no Processo n.º 18/2001, e de 17 de Maio de 2001 no Processo n.º 63/2001).

Nesses parâmetros, e por uma questão de lógica processual, há que conhecer primeiro do recurso intercalar do Ministério Público.

Dos elementos processuais acima coligidos dos autos, resulta nítido que este recurso foi tempestivamente interposto dentro do prazo de vinte dias fixado no art.º 401.º, n.º 1, do CPP.

E este recurso não deve ser rejeitado por falta de objecto, porquanto se é certo que a “afirmação judicial” oral sob impugnação pelo Ministério Público não constou efectivamente da acta da sessão de audiência de julgamento em que foi feita essa afirmação, não é menos certo que esse problema de tal afirmação oral não ter constado da acta só traduziu uma irregularidade processual no acto de elaboração da acta (cfr. as disposições conjugadas dos art.ºs 86.º, n.º 4, 89.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), 105.º, n.º 2, e

110.º, n.º 1, do CPP), e como tal não pôde ter implicado a inexistência de tal afirmação judicial, porque esta já estava gravada.

Assim, e directamente sobre o mérito desse recurso intercalar, é de abraçar, desde já, como pertinente, a seguinte posição jurídica veiculada no texto “Apreensão de correio electrónico em Processo Penal” de **PEDRO VERDELHO**, publicado na **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, Ano 25, Out-Dez 2004, N.º 100, págs. 153 a 164, já citada em algumas passagens suas na motivação desse recurso:

– <<[...] sendo interceptadas em tempo real, enquanto percorrem as redes de comunicação, as mensagens de correio electrónico terão que ser consideradas *comunicações electrónicas*. Porém, após o seu recebimento no computador a que se destinam, quando a comunicação já chegou ao seu destino e ficam alojadas no computador, sob a forma de um ficheiro em formato digital, a comunicação já cessou. As mensagens deixam de ter a essência de uma comunicação em transmissão, para passarem a ser antes uma comunicação já recebida, que terá porventura a mesma essência da correspondência. De acordo com esta perspectiva, enquanto circulam pelas redes comunicacionais, do computador de origem, através dos servidores, até ao computador de destino, as mensagens são inequivocamente uma comunicação electrónica. No entanto, após o seu recebimento pelo computador destinatário, a comunicação cessa. A mensagem pode ficar arquivada no computador de destino ou ser apagada. Neste momento, na sua essência, uma mensagem de correio electrónico em nada se distingue

de uma carta remetida pelo correio físico, dito tradicional, que após ser recebida pode igualmente ser guardada ou destruída. Portanto, neste estágio, as mensagens de correio eletrônico deixam de ser uma *comunicação*, passando a ter uma natureza similar à da correspondência, embora sob a forma digital.

[...]

[...] tal como acontece com o correio tradicional, no âmbito da recolha de prova em processo penal, deverá ser dado um tratamento diferenciado a mensagens recebidas mas ainda não abertas, por um lado, e a mensagens recebidas e já abertas, por outro.

Quanto às primeiras, se se lhe aplicar o regime processual do correio tradicional, têm que ser consideradas correspondência não aberta. [...]

No que respeita às segundas, se já foram abertas, porventura lidas e mantidas no computador a que se destinavam, não deverão ter mais protecção que as cartas em papel que são recebidas, abertas e porventura guardadas numa gaveta, numa pasta ou num arquivo. Portanto, não merecem a mesma protecção das outras no momento da sua apreensão. [...] Na sua essência são documentos sob forma digital, armazenados num computador, com um estatuto idêntico ao de uma carta em papel que tenha sido recebida pelo correio, aberta e guardada num arquivo pessoal. Ou ainda com a mesma natureza de um texto escrito em programa de processamento de texto e guardado em suporte informático. Sendo meros documentos escritos, estas mensagens não

gozam da aplicação do regime de protecção de reserva da correspondência e das comunicações>>.

No caso dos autos, das fotografias impressas a fls. 86 a 90 dos autos, vê-se que as conversas deixadas pelo 1.º arguido na aplicação “wechat” instalada no telemóvel do 2.º arguido já foram transmitidas (e não em via de transmissão) por esta aplicação e aí conhecidas pelo 2.º arguido (posto que este até já respondeu às mesmas pela mesma via), pelo que o facto de tais conversas assim transmitidas, e já conhecidas pelo seu destinatário (2.º arguido), se encontrarem guardadas aí na conta de “wechat” deste não impede a consideração de que essas conversas já deixaram de constituir conversação ou comunicação propriamente dita para efeitos do art.º 175.º do CPP, pelo que não é aplicável a essas conversas o regime estatuído nos art.ºs 172.º a 174.º do CPP. Daí que as mesmas conversas assim deixadas pelo 1.º arguido na conta “wechat” do 2.º arguido podem ser valoradas como um meio de prova legalmente admissível, em sede da formação da livre convicção do tribunal sentenciador aquando do julgamento da matéria de facto (art.ºs 112.º e 114.º do CPP).

Procede, pois, o recurso intercalar do Ministério Público, com o que há que revogar o despacho judicial oral recorrido, invalidando também, por simultâneo provimento do recurso final do mesmo Ente Recorrente, a decisão absolutória do 2.º arguido do inicialmente acusado crime de tráfico, devendo o mesmo Tribunal *a quo* voltar a julgar toda a matéria de facto objecto do acusado crime de tráfico do 2.º arguido, e proferir depois nova decisão de direito sobre a posição processual deste arguido.

Isto tudo porque o Tribunal *a quo* não levou em consideração, ao contrário do que seria devido jusprocessualmente, em sede da formação da sua livre convicção sobre os factos então sob indagação a respeito do crime de tráfico imputado ao 2.º arguido, o teor das conversas deixadas pelo 1.º arguido na conta “wechat” do 2.º arguido a que se referem as fls. 84 a 90.

E agora quanto ao mérito do recurso final do 1.º arguido, que ataca apenas a justeza da pena achada no acórdão recorrido ao seu crime de tráfico, realiza o presente Tribunal *ad quem* que vistas todas as circunstâncias fácticas já apuradas pelo Tribunal *a quo* e descritas como provadas no texto da decisão recorrida (sobretudo as quantidades concretas de diversas substâncias estupefacientes em causa), e à luz dos padrões da medida da pena vertidos nos art.ºs 40.º, n.ºs 1 e 2, 65.º, n.ºs 1 e 2, do CP, tendo em consideração especial as inegáveis elevadas exigências da prevenção geral do delito de tráfico de estupefaciente em Macau, a pena de onze anos de prisão para este crime do 1.º arguido, como tal já fixada pelo Tribunal *a quo* dentro da respectiva moldura penal aplicável (de três a quinze anos) prevista na Lei de droga, já não pode admitir mais redução.

Improcede, pois, o recurso final do 1.º arguido, sem mais indagação por ociosa.

IV – DECISÃO

Dest'arte, **acordam em julgar providos os recursos intercalar e final do Ministério Público, e não provido o recurso final do 1.º arguido**, revogando, pois, o recorrido despacho judicial oral sobre a questão da prova, invalidando também a recorrida decisão absolutória do 2.º arguido do inicialmente acusado crime de tráfico, devendo o mesmo Tribunal *a quo* voltar a julgar toda a matéria de facto objecto do acusado crime de tráfico do 2.º arguido, e proferir depois nova decisão de direito sobre a posição processual deste arguido.

Pagará o 2.º arguido as custas dos dois recursos do Ministério Público, com quatro UC de taxa de justiça no recurso intercalar e duas UC de taxa de justiça no recurso final.

E pagará o 1.º arguido as custas do seu recurso final, com três UC de taxa de justiça.

Macau, 16 de Junho de 2016.

Chan Kuong Seng
(Relator)

Tam Hio Wa
(Primeira Juíza-Adjunta)

Choi Mou Pan
(Segundo Juiz-Adjunto)