

COLEÇÃO FORMAÇÃO



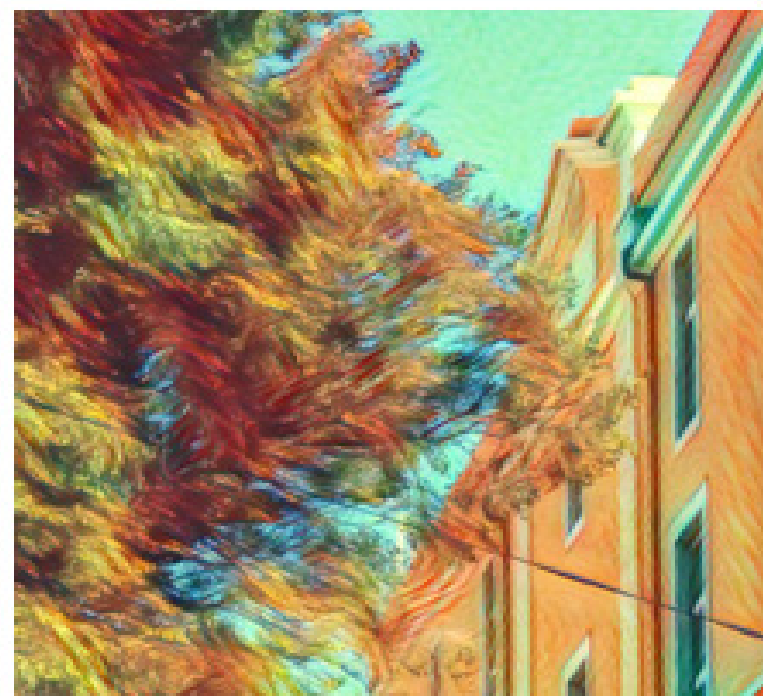
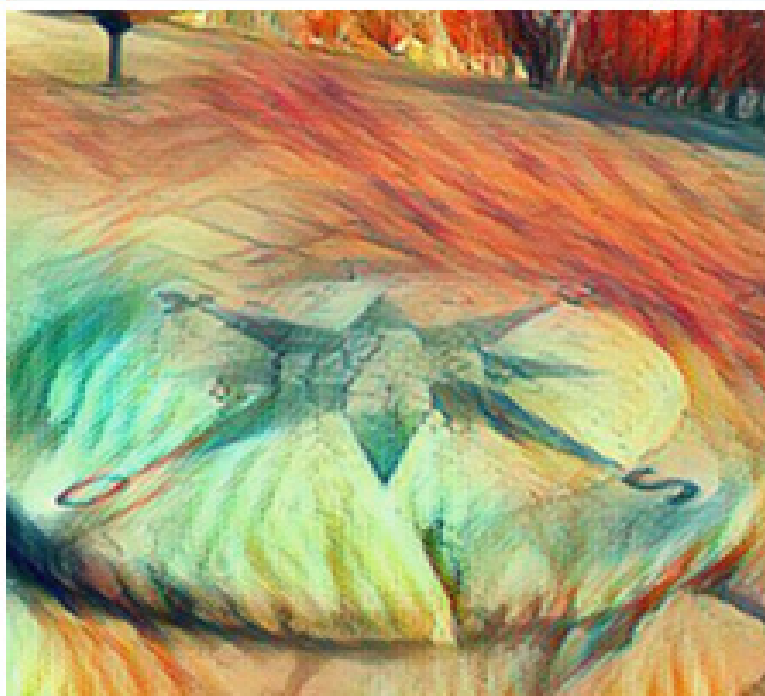
MINISTÉRIO PÚBLICO

AUTORIA E COMPARTICIPAÇÃO – TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES

TRABALHOS DO 2.º CICLO DO 32.º CURSO

ABRIL 2019

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Diretor do CEJ: João Manuel da Silva Miguel, *Juiz Conselheiro*

Diretores Adjuntos:

Paulo Alexandre Pereira Guerra, *Juiz Desembargador*

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, *Procurador-Geral Adjunto*

Coordenador do Departamento de Formação:

Edgar Taborda Lopes, *Juiz Desembargador*

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais:

Helena Leitão, *Procuradora da República*

Grafismo: Ana Caçapo, *CEJ*

Fotos da capa: Edifício da Procuradoria Geral da República, Rosa dos ventos na PGR, Rosa dos ventos e pormenor da fachada do CEJ.



Apresentação

Dando continuidade à publicação da série de e-books da colecção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que compreendem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo, do 32.º Curso de Formação.

Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas no momento da publicação dos seus antecessores.

Sem embargo, não será de mais salientar que as fases designadas por 2.º Ciclo e Estágio, que se desenrolam num contexto puramente judiciário e que correspondem a dois terços de toda a formação inicial organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, constituem um tempo e um lugar onde se visa a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público.

Neste contexto, a par da formação pessoal (o *saber* e o *saber-ser*) é fundamental continuar a desenvolver nessas fases formativas a dimensão institucional, traduzida na aquisição e aperfeiçoamento de competências, cultura, ética e deontologia judiciárias (o *saber-fazer* e o *saber-estar*).

Os e-books que agora se publicam recolhem o conjunto dos trabalhos elaborados pelos auditores de justiça do Ministério Público em formação no 2.º ciclo para a denominada *semana temática*, enquanto componentes de um modelo de avaliação que pretendeu privilegiar fins formativos.

A centralização da actividade onde foram publicamente apresentados, a dinamização que nela imprimiram os seus promotores, e o bom acolhimento que a iniciativa teve por parte dos formandos, permitiu confirmar o seu significado e impacto efectivo na execução de uma estratégia pedagógica coerente.

A apresentação dos trabalhos temáticos serviu de teste à validação das competências práticas que foram sendo adquiridas na comarca junto dos formadores, ao mesmo tempo que se avaliaram competências de adequação e de aproveitamento quanto a todos os auditores, uma vez que a aludida apresentação ocorreu na mesma oportunidade, perante os mesmos avaliadores e perante os pares, que assim também beneficiaram de efectiva formação.

Tratou-se, pois, de uma excelente oportunidade para apreciar competências relativas a todos os parâmetros avaliativos, tanto no que se refere ao estrito aproveitamento como, também, à adequação.

Pelo trabalho escrito foi possível avaliar, entre outros, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis. Por seu turno, a apresentação oral permitiu fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.

A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou sobretudo nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

É inegável que alguns temas têm dificuldades associadas, mesmo na circunscrição de um objecto passível de tratar em espaço e tempo limitados. Essa foi também uma oportunidade de testar a capacidade de gestão da informação e mesmo da destreza na identificação e formulação das questões essenciais, o nível de abertura às soluções plausíveis, a autonomia e personalização e o sentido prático e objectividade. A opção do

auditor, face ao tempo e espaço limitados de que dispõe, envolverá sempre riscos e a circunscrição do objecto do trabalho revelará a inteligência, o sentido prático, o grau de empenhamento individual e respectivo nível de iniciativa, de capacidade de indagação e de capacidade de gestão da informação.

Estes trabalhos não pretendem que, através deles, o futuro magistrado cultive a polémica, a retórica ou o academismo do direito sem experiência e sem aplicação. Trata-se de uma oportunidade para teorizar a prática, em consonância com a fase de formação de 2.º ciclo, fazendo com que a *praxis* se abra à pluralidade de contextos sociais, económicos, comunicacionais, político-legislativos, em atenção concomitante aos sentimentos e opiniões sociais que fazem apelo às ideias de Justiça, reclamando dos princípios e normas a capacidade de se adaptarem a esses contextos e às suas mutações.

Uma breve nota final descritiva da forma como se operacionalizou a elaboração destes trabalhos:

Na sequência de prévias reuniões dos coordenadores com o Director Adjunto, foram seleccionadas as temáticas que viriam a constituir o objecto dos trabalhos escritos.

Seguidamente foram difundidas aos auditores as seguintes orientações:

- a) Um tema para cada grupo de 4 auditores de justiça (sem possibilidade de repetição).
- b) Cada trabalho temático escrito seria individual, sujeito a avaliação.
- c) A escolha do tema e a constituição de cada grupo de auditores por tema decorreu de forma consensual entre os auditores de justiça.
- d) Foi fixada uma data limite para o envio do trabalho escrito e do suporte da respectiva apresentação aos coordenadores regionais.
- e) O trabalho escrito teve o limite de 30 páginas A4.
- f) A apresentação oral teve lugar no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, em Junho de 2018.
- g) Nas apresentações orais foram utilizados meios de apoio, designadamente, o recurso a *data-show* (suporte «*powerpoint*» ou «*Prezi*»).

-
- h) Os auditores de justiça que trabalharam o mesmo tema, sempre na prossecução do conceito de trabalho em equipa, foram encarregados de se articularem entre si, empreendendo as diligências necessárias por forma a investirem, na oportunidade devida, numa apresentação oral que resultasse coordenada, lógica e sequencial, sem repetição de conteúdos e portanto operada num contexto de partilha de saber e de estudo e com observância do limite temporal fixado.
- i) A comparência foi obrigatória para todos os auditores de justiça (incluindo nos dias que não estiveram reservados à respectiva intervenção).

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira

Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte

Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze

Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque

Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho

Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

Autoria e Participação – Tráfico de estupefacientes

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira (Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários)

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte (Coordenador Regional Norte – Ministério Público)

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze (Coordenadora Regional Centro – Ministério Público)

José Paulo Ribeiro de Albuquerque (Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público)

Olga Maria Caleira Coelho (Coordenadora Regional Sul – Ministério Público)

Intervenientes:

Ana Catarina Martins Oliveira*

Bruno Alcarva*

Joana Gouveia*

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

* Auditores/as de Justiça do 32.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –09/04/2019	

Autoria e Comparticipação

– Tráfico de estupefacientes

Índice

1. Autoria e comparticipação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes.	11
Enquadramento jurídico, prática e gestão processual	
Ana Catarina Martins Oliveira	
2. Autoria e comparticipação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes	49
enquadramento jurídico, prática e gestão processual	
Bruno Alcarva	
3. Autoria e comparticipação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes	79
Enquadramento jurídico, prática e gestão processual	
Joana Gouveia	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Autoria e participação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Ana Catarina

Martins Oliveira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. AUTORIA E COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA NOS CRIMES RELATIVOS A ESTUPEFACIENTES. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Ana Catarina Martins Oliveira

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Autoria e a participação criminosa no Código Penal
 - 1.1. Introdução ao tema
 - 1.2. Autoria no Código Penal português
 - 1.2.1. Autoria como domínio do facto
 - 1.2.1.1. Autoria mediata
 - 1.2.1.2. Co-autoria
 - 1.2.1.3. Cumplicidade
 - 1.2.1.4. Instigação
 - 2. A autoria e a participação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes
 - 2.1. Introdução
 - 2.2. Tipos de ilícito dos artigos 21.º, 24.º, 25.º, e 26.º, do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro
 - 2.3. Aplicação prática
 - 2.4. O crime de branqueamento, previsto no artigo 368.º-A, do Código Penal
 - 2.5. O crime de consumo, previsto no artigo 40.º, do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro
 - 3. Prática e gestão processual
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

No longínquo mês de Dezembro do ano de 1992, o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro era promulgado.

À data, o tráfico de estupefacientes era uma preocupação e faziam-se campanhas publicitárias viradas para os mais jovens dizerem “não às drogas”. O famoso traficante Pablo Escobar tinha acabado de morrer e o tráfico de droga continuava em largo crescimento.

O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, surgiu, assim, no âmbito de uma preocupação e de um movimento mundial contra o tráfico de estupefacientes e na sequência da assinatura e ratificação, por Portugal, da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91, publicados no Diário da República, de 6 de Setembro de 1991).

De lá para cá, o tráfico de estupefacientes foi assumido pela justiça portuguesa como uma prioridade, tendo sido criadas Secções Especializadas para o tráfico de estupefacientes, nos Departamentos de Investigação e Acção Penal, unidades de combate ao tráfico de estupefacientes nas forças policiais, sendo sincronizados esforços entre as várias autoridades portuguesas (Polícia Judiciária, Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Autoridade Tributária e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) e novas formas de investigação surgiram.

Porém, o tráfico de estupefacientes continua a existir em larga medida e a sua irradiação da sociedade será difícil, se não mesmo impossível, não só porque existirá sempre quem consuma, como também por ser uma actividade que proporciona expressivas vantagens económicas a todos os que nela intervêm, quer seja o produtor, vendedor, intermediário ou o correio de droga.

Acresce que a localização de Portugal como o país mais ocidental da Europa leva a que seja a porta de entrada, quer por via marítima, quer por via aérea, de muito do estupefaciente (sobretudo cocaína) provindo da América do Sul e que se destina à distribuição por vários países do velho continente. A democratização dos voos comerciais e a inexistência de fronteiras terrestres entre os países da União Europeia, facilita a entrada, saída e distribuição do estupefaciente pelos vários países que a compõem¹ e onde Portugal se inclui.

O tráfico de estupefacientes faz parte da criminalidade objectivamente grave, com consequências de elevada danosidade que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, pelo que, atendendo às dificuldades de investigação, são hoje admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à sua prevenção e combate. A pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos têm imposto em todas as legislações, meios como a admissibilidade de escutas telefónicas, a utilização de agentes infiltrados ou as entregas controladas.

O tema deste Guia é, por isso, de extrema actualidade.

Assim, procuraremos debater, numa perspectiva prática, os vários crimes de tráfico de estupefacientes, previstos no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e a forma de actuação dos respectivos autores e participantes, bem como, os elementos probatórios e as diligências mais importantes na investigação destes ilícitos criminais.

II. Objectivos

O presente Guia pretende proporcionar aos Magistrados do Ministério Público, seus principais destinatários, uma breve abordagem teórica e prática das formas de autoria e participação criminosa nos crimes relativos a tráfico de estupefacientes, previstos no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como, uma abordagem prática sobre a gestão processual dos inquéritos em que se investigam tais ilícitos penais.

Com a elaboração deste Guia pretendeu-se que o leitor, no final, fosse capaz de distinguir, na prática, as várias formas de autoria e participação criminosa, como também que fosse capaz de enquadrar a actuação do agente num dos ilícitos penais que escolhemos analisar mais aprofundadamente: os artigos 21.º, 24.º, 25.º e 26.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

¹ Veja-se o Relatório Anual, do ano de 2016, do Combate ao Tráfico de Estupefacientes, em Portugal, disponível em <https://www.policiajudiciaria.pt/wp-content/uploads/2017/06/p25037-2016.pdf>.

Na parte relativa à prática e gestão processual, propositadamente, indicamos os elementos probatórios que consideramos ser os mais relevantes na investigação dos crimes relativos a tráfico de estupefacientes e centramo-nos na sua análise, sob uma perspectiva prática, indicando os seus principais problemas e vantagens.

Espera-se, pois, que os objectivos traçados sejam alcançados e que o Guia cumpra a sua função.

III. Resumo

O presente Guia divide-se em três partes: uma primeira mais dogmática e as duas últimas mais práticas.

Na primeira parte (autoria e participação criminosa no Código Penal), por considerarmos que o enquadramento teórico é importante para distinguir as várias formas de autoria e participação criminosa, começamos por analisar dogmaticamente os artigos 26.º e 27.º, do Código Penal.

Na segunda parte (autoria e a participação criminosa nos crimes relativos a estupefacientes) é feita uma análise teórico-prática dos tipos de ilícito que escolhemos para analisar no presente Guia. Começamos por distinguir os artigos 21.º, 24.º, 25.º e 26.º, através de indicadores práticos para, depois, através de acórdãos seleccionados, demonstrarmos várias situações da vida real que foram enquadradas, pela jurisprudência, numa ou noutra forma de autoria ou participação criminosa ou num ou outro tipo de ilícito.

Propositadamente, dada a economia do presente trabalho, não nos dedicamos à análise de todos os tipos de ilícito previstos no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Termina, por isso, esta segunda parte do Guia com a análise dos artigos 368.º-A, do Código Penal e o artigo 40.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

A terceira e última parte (prática e gestão processual) centra-se, essencialmente, nos elementos probatórios que se consideram ser os mais relevantes para a investigação deste tipo de crimes relativos a estupefacientes, concretamente: as vigilâncias; a prova testemunhal; a prova pericial; as revistas e as buscas; as apreensões; as escutas telefónicas; o registo de voz e imagem, as acções encobertas e as entregas controladas.

1. Autoria e a participação criminosa no Código Penal

1.1. Introdução ao tema

Neste primeiro ponto, vão ser objecto de especial atenção os artigos 26.º e 27.º, do Código Penal, incluídos no Capítulo II, do Título I, com a epígrafe “Formas do Crime”.

A lei portuguesa acolheu, no artigo 26.º, do Código Penal, um conceito extensivo de autor, prevendo-se duas formas de autoria singular (imediate e mediata) e duas formas de autoria plural (co-autoria e instigação).

Isto porque, um facto punível pode ser obra de um ou de vários agentes. Assim, quando alguém age sozinho, realizando pessoalmente e por inteiro a conduta típica, a eventual atribuição de responsabilidade penal só a essa pessoa diz respeito. Porém, ainda que a grande maioria da parte especial do Código Penal descreva condutas construídas de acordo com um autor individual, frequentemente, a actuação delituosa é produto da concorrência de várias condutas, realizadas por uma pluralidade de agentes em participação.

A primeira parte do artigo 26.º (quem executa o facto por si mesmo) refere-se à **autoria material, imediata e singular**, em que o agente executa o facto sozinho. Esta autoria material singular é compatível com a participação, desde que revista a forma de instigação ou de cumplicidade (artigo 27.º, do Código Penal).

Já se o agente executar o facto por intermédio de outra pessoa (**autoria mediata**), ou determinar dolosamente outra pessoa à prática do crime, desde que haja execução ou começo da execução (**instigação**) chama-se **autoria moral**².

O autor pode, ainda, actuar em participação. A participação criminosa pode assumir duas formas: a forma de co-autoria, prevista no artigo 26.º, do Código Penal (“... *tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros...*”) e a forma de cumplicidade, prevista no artigo 27.º, do Código Penal.

1.2. Autoria no Código Penal Português

1.2.1. Autoria como domínio do facto

É doutrina maioritária, com assunção expressa do Supremo Tribunal de Justiça, que a **teoria do domínio do facto**³, desenvolvida por Roxin, é a vigente no ordenamento penal português⁴, aplicável aos crimes de “domínio” e aos comissivos dolosos e já não aos crimes negligentes, omissivos, de dever e específicos⁵.

² Esta distinção entre autoria material e autoria moral é puramente doutrinária, uma vez que o Código Penal apenas fala em autores.

³ Além da teoria do domínio do facto, existiam outras teorias, das quais se destacam as já abandonadas teoria objectivo-formal e teoria objectivo-material. Para a primeira, decisivo é apenas mas sempre a realização de algum ou de todos os actos executivos previstos no tipo legal. Esta teoria foi abandonada por não oferecer critério de distinção entre a causalidade do facto e autoria, conduzindo à mesma amplitude do conceito extensivo de autor. A segunda em que seria autor quem contribuisse objectivamente da forma mais importante (causa essencial) para o facto. Esta teoria foi abandonada por desconhecer o aspecto subjectivo na caracterização da contribuição para o facto, como por exemplo na autoria mediata.

⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2006 (Proc. 06P2812, rel. Cons. Santos Cabral): “V - Porém, é a teoria do domínio do facto que se apresenta como eixo fundamental de interpretação da teoria da participação e de análise do artigo 26.º, do Código Penal”.

⁵ Prof. Figueiredo Dias (*in* Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 770-772) e Susana Aires de Sousa (*in* A autoria nos crimes específicos: algumas considerações, RPCC, ano 15, n.º 3, p. 346).

Segundo a teoria do domínio do facto, é autor quem governa o curso do facto, isto é, domina a execução do crime, o “como” e o “se” da realização típica, pois tem o domínio do facto e a vontade de o dominar⁶.

Quem tem o domínio do facto tem o poder de deixar correr, deter ou interromper a realização/execução da acção típica. Tem o domínio do facto, desde logo, **o autor material, singular e imediato** que realiza o ilícito típico directamente, por si próprio, com o domínio da acção⁷.

Nesta perspectiva, a **autoria material, singular e imediata** é a que menos problemas levanta, pois o agente, tendo o domínio da acção, por si mesmo, executa a conduta típica cominada com pena. A autoria directa, imediata, é como que o protótipo da autoria, na medida em que significa o preenchimento do tipo de ilícito.

1.2.1.1. Autoria mediata

Porém, o mesmo não é possível dizer da **autoria mediata**. Aqui o autor mediato executa o facto por intermédio de outrem, o que significa a presença de duas pessoas na prática do crime: o “*homem de trás*” (autor mediato) que realiza o ilícito como próprio e o “*homem da frente*”, que é o executor ou intermediário, um “*instrumento humano*” e que pode ser juridicamente irresponsável ou parcialmente irresponsável. Neste caso, a teoria do domínio do facto exige que o facto seja obra do “homem de trás”, em especial da sua vontade responsável, só nesta acepção se podendo qualificar o “homem da frente” como instrumento⁸.

A autoria mediata caracteriza-se como domínio da vontade, mas também domínio do saber do sujeito de trás, pois o autor mediato actua utilizando mãos alheias para cometer o seu próprio crime, dominando o homem da frente que se encontra, em relação àquele, numa posição de subordinação.

Para que possa afirmar-se que o homem da frente tem o domínio do facto, é necessário que todos os pressupostos da punibilidade concorram na sua pessoa.

⁶ Com o “domínio do facto” ganhou-se, diz o Prof. Figueiredo Dias, (*in Formas Especiais do Crime – Textos de Apoio à disciplina de Direito Penal, Coimbra, 2004*), o “essencial”, “exactamente, um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico e, por isso, decisivo para a compreensão e a descoberta do sentido daquilo que está em causa na autoria e na distinção da participação”, acrescentando que “o conceito básico do domínio do facto pode e deve ser aperfeiçoado e precisado segundo as circunstâncias do caso” e, nomeadamente, “à luz das diversas espécies (também legais) de autoria e mesmo dos resultados que devam ser alcançados em tema de doutrina de participação”.

⁷ Esse domínio do facto, para Roxin, podia manifestar-se em três vertentes:

- o domínio da acção, em que o agente por suas mãos executa o facto, caso do autor imediato;
- o domínio da vontade próprio da autoria mediata, em que o homem de trás (o que formula o propósito criminoso e decide a sua efectivação) domina a vontade do homem da frente (o instrumento, ou executor que executa o facto), por coacção, indução em erro ou no âmbito de um aparelho organizado de poder, e,
- o domínio funcional do facto, característico da co-autoria face ao significado funcional da contribuição de cada co-autor, na divisão de trabalho ou repartição de tarefas na concretização da decisão conjunta.

⁸ Jorge de Figueiredo Dias, (*in Direito Penal, Parte Geral I, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.775*).

O Prof. Figueiredo Dias^{9/10} refere, a este propósito, que são de autoria mediata:

– Os casos em que ao agente imediato falta o domínio de acção por:

- a) Ter sido utilizado como instrumento destituído de capacidade de acção (v.g. coacção absoluta); ou
- b) Actuar sem dolo e, portanto, sem domínio do facto (v.g. actuar em erro sobre a factualidade típica);

– Os casos em que o autor imediato, possuindo em certo sentido o domínio da acção, carece do domínio ético-social, por ser incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Serão os casos em que o agente imediato actua sem culpa por inimputabilidade, falta de consciência da ilicitude não censurável, ou em situação de inexigibilidade;

– Os casos em que, apesar de o agente imediato ter actuado sem limitações sensíveis ao seu domínio sobre o acontecimento concreto, se perfilam crimes organizados dentro de e por um aparelho de pressão ou de força. São situações em que há aparelhos organizados de poder com estrutura hierárquica rígida, em que há fungibilidade, sem restrições, do executor da ordem de conteúdo criminoso e, por último, o facto de o aparelho organizado de poder, como um todo, se ter desvinculado do direito, funcionado à margem do ordenamento jurídico. Nestes casos, os chefes ou dirigentes de tais aparelhos são os verdadeiros “*senhores do facto*” realizado por meio do aparelho organizatório;

– Os casos em que o agente imediato, apesar de deter, em princípio, o domínio do facto, é um *extraneus* que não reúne as qualidades exigidas pelo típico específico que aconteceu;

– Os casos em que a tipicidade do crime exige uma intenção específica que não está presente no agente imediato, que não obstante tem o domínio do facto; aqui o *instrumento* não chega a preencher o correspondente tipo penal.

1.2.1.2. Co-autoria

Ainda que a grande maioria das incriminações da parte especial descrevam condutas construídas de acordo com o modelo do autor individual e que seja evidente que, na elaboração da teoria geral do crime, se tenha partido da realização singular do ilícito, mesmo assim – e isso é um dado da experiência – o agente não actua sempre sozinho, mas fá-lo, frequentemente, em conjunto com outro ou outros, quer dizer: em participação¹¹.

⁹ *In* Direito Penal, sumário e notas de lições, Coimbra, 1976, p. 61.

¹⁰ E de igual modo é referido por M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *in* Código Penal, Parte geral e especial, 2.ª Edição, Almedina, 2015, pp. 201 e seguintes.

¹¹ O termo “participação” emprega-o o Código Penal, por exemplo, nas epígrafes dos artigos 25.º, 28.º e 29.º.

Na **co-autoria**, para que possa falar-se em domínio do facto por todos os que tomam parte na acção, é necessário que haja uma decisão conjunta (componente subjectiva) e uma execução conjunta dessa decisão (componente objectiva).

A forma mais nítida, comum e normal, dessa decisão conjunta – enquanto adesão de vontades na realização de uma figura típica – é a do acordo prévio, que pode ser expresso ou tácito, e que exige que haja uma consciência de colaboração com carácter bilateral e uma vontade de colaboração de várias pessoas na realização de um tipo legal de crime¹².

O segundo elemento, de natureza objectiva – execução conjunta – consiste na participação na execução do facto criminoso, conjuntamente com outro ou outros, num exercício conjunto do domínio do facto, ou numa contribuição objectiva para a consumação do tipo legal visado. A execução conjunta, neste sentido, não exige que cada um dos agentes cometa integralmente o facto punível, que execute todos os factos correspondentes ao preceito incriminador, que intervenha em todos os actos a praticar para obtenção do resultado pretendido, bastando que a actuação de cada um, embora parcial, seja elemento componente do todo e indispensável à produção do resultado^{13/14}.

Como tal, verificando-se ter existido um acordo prévio para a execução integral do crime ou, por parte de cada co-agente, uma consciência de colaboração na actividade dos demais para essa integral realização, cada um dos agentes é responsável pela totalidade da conduta criminosa, ainda que a sua actividade haja executado parcialmente o crime¹⁵. Vale aqui o princípio da imputação recíproca de esforços e contribuições. Porém, cada co-autor responde apenas até onde vai o acordo recíproco, não sendo responsável pelos excessos do(s) outros(s). Se falta a vontade ou a consciência de cooperação numa acção comum e cada um dos agentes age por si, não há comparticipação, mas autoria colateral, também designada por autoria-paralela.

Assim é, uma vez que na co-autoria, ao contrário do que ocorre na cumplicidade, cada um dos agentes tem um domínio sobre o sucesso total do facto, levando a cabo um facto próprio. É esse domínio sobre a totalidade do facto, decorrente da essencialidade da função que cada agente desempenha no plano, que permite que a totalidade da conduta criminosa seja imputada a cada um dos co-autores, ainda que cada um apenas tenha uma intervenção parcial.

¹² Como refere José de Faria Costa (*in* Formas do Crime, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, 1983, p. 170): “Para definir uma decisão conjunta parece bastar a existência da consciência e vontade de colaboração de várias pessoas na realização de um tipo legal de crime (“juntamente com outro ou outros”). É evidente que na sua forma mais nítida tem de existir um verdadeiro acordo prévio – podendo mesmo ser tácito – que tem igualmente que se traduzir numa contribuição objectiva conjunta na realização típica. Do mesmo modo que, em princípio, cada co-autor é responsável como se fosse autor singular da respectiva realização típica”.

¹³ cf. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-03-1998, Proc. n.º 1133/97 - 3.ª, CJSTJ 1998, tomo 1, pág. 220.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1984, BMJ, n.º 339, p. 276.

¹⁵ Neste sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1987, TJ, n.º 29, p. 29.

1.2.1.3. Cumplicidade

Já assim não ocorre na **cumplicidade**. A cumplicidade diferencia-se da co-autoria, pela ausência do domínio do facto; o cúmplice limita-se a facilitar o facto principal, através de auxílio físico (material) ou psíquico (moral).

Germano Marques da Silva¹⁶ explica que “A linha divisória entre autores e cúmplices está em que a lei considera como autores os que realizam a acção típica, directa ou indirectamente, isto é, pessoalmente ou através de terceiros (dão-lhe causa) e como cúmplices aqueles que, não realizando a acção típica nem lhe dando causa, ajudam os autores a praticá-la”. Continuando mais à frente dizendo que a cumplicidade é uma forma de participação secundária na comparticipação criminosa, secundária num duplo sentido: de dependência da execução do crime ou começo de execução e de menor gravidade objectiva, na medida em que não é determinante da prática do crime que seria sempre realizado, embora eventualmente em modo, tempo, lugar ou circunstâncias diversas. Traduz-se “num mero auxílio, não sendo determinante da vontade dos autores nem participa da execução do crime, mas é sempre auxílio à prática do crime e nessa medida contribui para a prática do crime, é uma concausa do crime”¹⁷.

De igual modo, Faria Costa¹⁸ salienta que a primeira ideia que ressalta do artigo 27.º, n.º 1, do Código Penal é a de que a cumplicidade experimenta uma subalternização relativamente à autoria, estando-se face a actividade que se fica pelo auxílio, perante uma causalidade não essencial. A infracção sempre seria praticada, só que o seria em outro tempo, lugar ou circunstância.

Apesar de todos os desenvolvimentos dogmáticos à volta do conceito de autoria e cumplicidade, nem sempre é fácil, no plano da prática, diferenciar a contribuição do co-autor, da contribuição do cúmplice, podendo ser facilmente encontrados vários acórdãos dos tribunais superiores em que se discute a comparticipação criminosa¹⁹.

Uma vez que o cúmplice, como *auxiliator*, só o pode ser do crime principal e não de um qualquer crime autónomo, a pena a aplicar-lhe será a do autor, mas especialmente atenuada (artigo 27.º, n.º 2, do Código Penal).

¹⁶ In Direito Penal Português, Verbo, 1998, volume II, pág. 279.

¹⁷ In Direito Penal Português, Verbo, 1998, volume II, pp. 291 e 292.

¹⁸ Formas do Crime, in Jornadas de Direito Criminal, Fase I, CEJ 1983, p. 174.

¹⁹ A título de exemplo, ver os Acórdãos dos Supremo Tribunal de Justiça de 31.03.20014, do relator Henriques Gaspar, e de 21.10.2004, do relator Simas Santos, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

1.2.1.4. Instigação

No caso da **instigação**, quem tem o domínio do facto é o instigador que, por isso, é o autor do facto – porque sem ele não havia crime –, a figura central e a causa necessária da decisão do instigado em cometer o crime^{20 21}.

O instigador tem, por isso, o domínio do facto, sob a forma de domínio da execução, sendo o verdadeiro senhor, dono ou dominador, se não do ilícito típico como tal, ao menos, e seguramente, da decisão do instigado de o cometer.

Actuando num momento anterior ao facto, a conduta de quem instiga limita-se a determinar outrem à prática do crime, ficando dependente de uma execução por este iniciada.

Claro que, para que o crime tenha lugar, não basta a acção do instigador, importando ainda que haja quem o execute. E o executante também será autor, quer porque se entenda que o seu contributo é decisivo, quer porque se considera que domina o facto, sob a forma de domínio da acção. Há dois autores (ou mais), portanto, daí que a instigação seja um afloramento de autoria plural.

Deste modo, o instigador não é aquele que induz, incentiva, aconselha, sugere ou reforça o propósito de outrem de cometer um ilícito típico, ajudando o autor a vencer resistências físicas, intelectuais ou morais, ou afastando os últimos obstáculos que o separam do crime. Neste caso estaremos mais perante uma participação sob a forma de cumplicidade.

Instigador, nos termos do artigo 26.º, do Código Penal, é unicamente quem produz ou cria de forma cabal, no executor, a decisão de cometer um facto ilícito típico, se necessário, inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando, de perto e ao pormenor, a tomada de decisão definitiva pelo executor²².

Por isso é que o dolo do instigador tem de ser duplo, abrangendo o seu próprio comportamento indutor – a determinação de outrem à prática de um facto ilícito típico – como também deverá abranger a consumação de um facto doloso (*“quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática de facto”*).

Ao contrário do que acontece na autoria mediata, na instigação o legislador fez depender a sua relevância de haver *“execução ou começo de execução”*.

²⁰ V. Germano Marques da Silva, in *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 193.

²¹ Na dogmática alemã, na definição do que seja “determinar” (*“bestimmen”*) outra pessoa à prática do facto, criando nela a decisão de o cometer, alguns autores colocam poucas exigências, bastando-lhes, para que seja considerada instigação, qualquer meio de influenciar outrem psicicamente. Será, por isso, suficiente um simples conselho, uma indicação ou sugestão, um desabafo, um palpite, um palpite ou um estímulo quanto à oportunidade de cometer o delito, a promessa de uma recompensa, um pedido, uma expressão de um desejo – v. neste sentido, M. Miguel García, *Código Penal Parte Geral e Especial*, com notas e comentário, 2.ª edição, Almedina, 2015.

²² V. neste sentido Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *“Código Penal, Parte geral e especial, 2.ª Edição*, Almedina, 2015, p. 208.

2. A autoria e a participação criminosa nos crimes relativos a estupeficientes

2.1. Introdução

Aqui chegados, e feita uma muito breve abordagem teórica aos conceitos de autoria e participação criminosa, passemos ao tema do nosso Guia: a autoria e a participação criminosa nos crimes relativos a estupeficientes.

Para o efeito, recorreremos ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (doravante DL 15/93), onde tais crimes relativos a estupeficientes estão previstos, concretamente, no Capítulo III, com a epígrafe Tráfico, branqueamento e outras infracções e no Capítulo IV, com a epígrafe Consumo e Tratamento.

Como referimos acima, dada a economia do Guia optamos por não analisar todos os tipos de crime relativos a estupeficientes. Por tal, iremos debruçar-nos de forma mais aprofundada sobre os ilícitos típicos previstos nos artigos 21.º, 24.º, 25.º, e 26.º e de forma mais superficial sobre aqueles que estão previstos nos artigos 23.º e 40.º, do Decreto-Lei 15/93.

A autoria e participação criminosa, tal qual foram acima analisadas, à luz do Código Penal, não revelam diferenças quando aplicadas aos crimes relativos a estupeficientes.

Porém, atendendo à multiplicidade de formas de participação, na prática dos crimes relacionados com estupeficientes – pensemos que no negócio da droga podemos ter o correio da droga, o intermediário, o dono do produto e o seu produtor –, podem ser levantadas questões sobre se se está perante autoria material, moral ou participação criminosa, sendo que é nesta última que mais problemas se levantam.

Por outro lado, o modo de actuação dos agentes do crime é, também, determinante para a decisão de subsunção da respectiva conduta a um ou outro ilícito típico.

2.2. Tipos de ilícito dos artigos 21.º, 24.º, 25.º, e 26.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro

O bem jurídico tutelado no crime de tráfico é, inequivocamente, conforme jurisprudência uniforme²³, a saúde pública, no seu sentido mais amplo, nas suas componentes física e mental, em ordem a garantir um desenvolvimento são, seguro e livre dos cidadãos e da sociedade, face aos perigos representados pelo consumo e tráfico de drogas, atentatórios da dignidade humana.

²³ Ver a título de exemplo Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 02.10.2014, da relatora Helena Moniz, de 04.06.2014, do relator Oliveira Mendes, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.04.2016, da relatora Alice Santos e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 22.02.2016, do relator João Lee Ferreira, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

O crime de tráfico de estupefacientes configura-se como um crime de perigo abstracto, não sendo pressuposto da sua existência, nem a verificação de um dano, nem a produção de um perigo concretamente definido ou identificado. Requer apenas uma acção potencialmente criadora de perigo para o bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

De tal forma assim é que a mera detenção ou transporte doloso de produto estupefaciente já é punido como crime consumado, pela potencialidade do perigo que encerra, pois a experiência mostra que ninguém detém plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV para seu deleite ou por mera curiosidade científica, independentemente de ulterior destinação.

Por ficar perfeito com a comissão de um só acto, preenchendo-se o resultado típico com esse acto gerador, o crime de tráfico é concebido como um crime de trato sucessivo, de execução permanente, comumente denominado de crime exaurido²⁴.

A nível subjectivo, este tipo de ilícito pressupõe a existência de uma vontade livremente dirigida à prática de qualquer das acções descritas no tipo incriminador e por ele proibidas.

O **artigo 21.º**, do Decreto-Lei 15/93, define o tipo fundamental do crime de tráfico de estupefacientes, pelo qual se punem diversas actividades ilícitas, cada uma delas com virtualidade bastante para integrar o elemento objectivo do crime. Este normativo está projectado para assumir a função típica de acolhimento dos casos de tráfico de média e grande dimensão, tanto pela larga descrição das variadas acções típicas, como pela amplitude dos limites de moldura penal, que indicam a susceptibilidade de aplicação a todas as situações, graves e mesmo muito graves, de crimes de tráfico.

O **artigo 24.º** prevê as condições agravantes da medida abstracta das penas previstas no artigo 21.º, do Decreto-Lei 15/93 (e também do artigo 22.º), decorrente de um juízo especial de censura da ilicitude e da culpa. São situações que ofendem já de forma grave ou muito grave o bem jurídico protegido com a incriminação. Tais casos, excepcionalmente graves, estão elencados de forma taxativa e descritos, em alguns casos, através de conceitos abertos.

Porque o foco deste trabalho não é a apreciação crítica dos ilícitos relativos a estupefacientes, abstermo-nos de fazer uma análise exaustiva de cada uma das alíneas previstas no artigo 24.º por a maior parte delas não levantar problemas de maior na sua interpretação. Cingimo-nos, assim, à referência às alíneas b) e c), por representarem, quanto a nós, maior dificuldade de integração.

Com respeito à alínea b) do artigo 24.º, “*distribuição por grande número de pessoas*”, a lei não fornece qualquer critério para se determinar o quantum ou o universo mínimo de pessoas que se devam ter por suficientes para se considerar preenchida tal qualificativa²⁵.

²⁴ O crime exaurido é uma figura criminal em que a incriminação da conduta do agente se esgota nos primeiros actos de execução, independentemente de corresponderem a uma execução completa do facto, e em que a imputação dos actos múltiplos e sequentes é imputada a uma realização única – v. neste sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.7.2006, do relator Armindo Monteiro, disponível em www.dgsi.pt.

No entanto, tem-se entendido que tem de estar presente uma exasperação do perigo de tal modo intensa e fora do comum que não possa ser pensável ou considerada, na habitualidade das coisas, como modelo de actividade própria da normalidade dos tráficos. Para acusar com base nesta alínea basta que dos factos apurados no inquérito conste que o agente abasteceu um grupo de pessoas de tal modo numeroso que leve a concluir que o traficante contribuiu consideravelmente para a disseminação da droga²⁶. Supõe, pois, uma ordem de grandeza de distribuição própria das organizações de grande tráfico, não sendo, por regra, resultado do chamado tráfico de rua, que, pela sua dimensão organizatória e capacidade de projecção e disseminação, não assume aquela amplitude²⁷.

Quanto à alínea c) do artigo 24.º, “*avultada compensação remuneratória*”, o que está em causa não é a diminuição do património do adquirente, mas uma particular censura do espírito de lucro ou de ganho que não recua perante as nefastas consequências para eminentes bens ou interesses jurídicos, pessoais, colectivos lesados pelo tráfico de droga.

Aqui, com respeito ao que seria uma avultada compensação, duas teorias se perfilaram: uma que defende a aplicação do artigo 202.º, alíneas a), b) e c), do Código Penal, *ex vi* artigo 48.º do Decreto-Lei 15/93, e outra que defende que, atentos os bens e interesses jurídicos em causa, que não são exclusivamente patrimoniais, mas também pessoais, e uma particular censura pelo espírito de lucro, deve ser encontrada de forma intra-sistemática e autónoma.

A jurisprudência tem entendido, no entanto, que não é de chamar à colação os valores que a lei penal considera para os crimes patrimoniais, dado tratar-se de situações diferentes em que nenhuma analogia é razoável²⁸.

O carácter “*avultado*” da remuneração terá de ser avaliado mediante a ponderação global de diversos factores indiciários, de índole objectiva, que forneçam uma imagem aproximada, com o rigor possível, da compensação auferida ou procurada pelo agente. Assim, a qualidade e quantidade dos estupeficientes traficados, o volume de vendas, a duração da actividade, o seu nível de organização e de logística, e ainda o grau de inserção do agente na rede clandestina, são factores que, valorados globalmente, darão uma imagem objectiva e aproximada da remuneração obtida ou que o agente pretendia alcançar. “*Avultada*” será, assim, a remuneração que, avaliada nesses termos, se mostre claramente acima da obtida no vulgar tráfico de estupeficientes, revelando uma actividade em que a ilicitude assumia uma dimensão invulgar, assim justificando a agravação da pena abstracta em um quarto, nos seus limites máximo e mínimo.

O **artigo 25.º**, do Decreto-Lei 15/93, é um tipo privilegiado do artigo 21.º, do mesmo normativo legal, prevendo um conjunto de causas que atenuam a pena. É como uma válvula

²⁵ V. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 12.7.2007, relator Carmona da Mota, sumário disponível em http://www.pgdisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=26475&codarea=2.

²⁶ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1.10.2003, *in* CJ XI-III-182.

²⁷ V. neste sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.6.2004, relator Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt.

²⁸ São exemplos os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17.4.2013, relator Pires da Graça, de 4.12.2008, relator Maia Costa e de 30.6.2011, relator Rodrigues da Costa, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

de segurança do sistema que evita a punição com penas desproporcionadas em situações de menor gravidade objectiva²⁹. A sua aplicabilidade delimita-se pela negativa, preenchendo-se quando não se verificam as circunstâncias comuns dos tipos base dos artigos 21.º (ou 22.º) do Decreto-Lei 15/93.

A diminuição da ilicitude que o tráfico de menor gravidade pressupõe, resulta de uma avaliação global da situação de facto, atenta a qualidade ou a quantidade do produto, os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção. Para tanto, a lei enumera, de modo não taxativo, diversos índices, alguns atinentes à própria acção típica (meios utilizados, modalidades, circunstâncias da acção) e outros ao objecto da acção típica (qualidade ou quantidade do estupeficiente).

Ora, se é relativamente fácil o enquadramento do crime agravado, pois a lei enumera taxativamente as diversas circunstâncias que considera qualificativas (ainda que através de conceitos abertos), já é matéria pouco elaborada pela jurisprudência a exemplificação do que deverá ser o tráfico de menor gravidade, cujo tipo criminal é sempre apresentado de um modo teórico e pouco uniformizado e, depois, casuisticamente determinado, com inevitáveis discrepâncias de tribunal para tribunal.

Atendendo às dificuldades da jurisprudência na aplicação do artigo 25.º, do Decreto-Lei 15/93, o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 23.11.11, do relator Santos Carvalho, disponível em www.dgsi.pt, enumera oito circunstâncias, tendencialmente cumulativas, em que o agente do tráfico de menor gravidade deverá estar:

- 1)** A actividade de tráfico é exercida por contacto directo 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);
- 2)** Há que atentar nas quantidades que esse vendedor transmitia individualmente a cada um dos consumidores, se são adequadas ao consumo individual dos mesmos, sem adicionar todas as substâncias vendidas em determinado período, e verificar ainda se a quantidade que ele detinha num determinado momento é compatível com a sua pequena venda, num período de tempo razoavelmente curto³⁰;
- 3)** O período de duração da actividade pode prolongar-se até a um período de tempo tal que não se possa considerar o agente como “abastecedor”, a quem os consumidores recorriam sistematicamente em certa área há mais de um ano, salvo tratando-se de indivíduo que utiliza

²⁹ Neste sentido, Fernando Gama Lobo, *in* Droga – Legislação Notas, Doutrina e Jurisprudência, *Quid Juris*, Sociedade editora, 2006, p. 62.

³⁰ Sendo certo que, segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.11.2011, já citado, refere que admite que aqueles que vendem na rua com a finalidade de, essencialmente, poderem prover o seu próprio consumo (não considerados legalmente como vendedores-consumidores para o efeito do artigo 26.º, onde se exige que essa finalidade seja exclusiva), devam gozar de uma maior condescendência quanto ao período temporal de manutenção da actividade, pois a toxicod dependência é uma doença de difícil reversão, geradora de actos compulsivos.

os proventos assim obtidos, essencialmente, para satisfazer o seu próprio consumo, caso em que aquele período poderá ser mais dilatado;

4) As operações de cultivo ou de corte e embalagem do produto são pouco sofisticadas;

5) Os meios de transporte empregues na dita actividade são os que o agente usa na vida diária para outros fins lícitos;

6) 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 estupeficientes;

7) A actividade em causa deve ser exercida em área geográfica restrita;

8) Ainda que se verifiquem as circunstâncias mencionadas anteriormente, não pode ocorrer nenhuma das que são mencionadas no artigo 24.º, do DL 15/93.

Naturalmente, um problema importante que deve ser equacionado é o da qualidade da droga, não propriamente a questão das “drogas leves” ou das “drogas duras”, mas da percentagem do princípio activo que contém o produto estupefaciente apreendido. Com efeito, quanto mais puro for o produto, isto é, quanto mais princípio activo contiver, maior é a quantidade de doses individuais de consumo que pode proporcionar. Há que ter em conta, para esse efeito, a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, que estabeleceu, com base nos “*dados epidemiológicos referentes ao uso habitual*”, o limite quantitativo máximo, do princípio activo de cada produto, para cada dose média individual diária.

No **artigo 26.º** prevê-se que o agente pratique algum dos factos referidos no artigo 21.º, tendo por finalidade exclusiva³¹ conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, com a limitação prevista no n.º 3, isto é, que tais plantas, substâncias ou preparações não excedam a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

É, também, um tipo privilegiado que reconhece uma culpa diminuída nos consumidores agentes deste crime que cessa quando os produtos detidos excedam o necessário para o consumo individual durante cinco dias. As quantidades diárias de consumo estão definidas no mapa anexo, a que se refere o artigo 9.º, da Portaria 94/96, de 26.03, por força do artigo 71.º, n.º 1, al. c), do DL 15/93.

A exigência que o tráfico seja, exclusivamente, para “uso pessoal” leva a que a motivação do agente tenha de ser a de adquirir meios ou produtos exclusivamente para o seu uso pessoal, caindo fora da previsão da lei a afectação, ainda que parcial, de tais meios ou produtos adquiridos a outros fins, designadamente, ao sustento pessoal, sendo essa a linha que separa o

³¹ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24.11.1999, processo n.º 1029/99, *in* BMJ, p. 88 que refere que o tráfico só é subsumível ao tipo privilegiado da previsão do artigo 26.º (traficante-consumidor) quando o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir droga para uso pessoal.

crime de tráfico puro e o de tráfico para consumo. Assim, a aplicação do artigo 26.º defende que, da prova produzida, decorra que o agente tenha desenvolvido toda a sua conduta no sentido único de conseguir a obtenção de produtos estupeficientes para seu consumo próprio.

Uma breve pesquisa pelo sítio na internet da DGSJ leva-nos a perceber que este artigo 26.º é de aplicação rara, pois poucas são as situações da vida real em que o agente, por norma toxicodependente, que vive numa situação de marginalidade social, com carência de meios, apenas se dedica ao tráfico por forma a obter para si as quantidades de estupeficiente de que necessita. Na generalidade das situações, e porque o traficante-consumidor precisa de sobreviver para consumir, acaba por traficar, também com a finalidade de obter alguns rendimentos que lhe permitam a satisfação das necessidades de subsistência básicas³².

A doutrina, porém, tende a fazer uma interpretação mais condescendente relativamente à exigência de tal finalidade exclusiva, admitindo uma interpretação da expressão “*uso exclusivo*” de forma menos rígida e admitindo que o agente possa obter do tráfico algum rendimento que financie a sua sobrevivência³³.

2.3. Aplicação prática

Neste subcapítulo pretendemos analisar, na prática, quer dos conceitos, anteriormente, adquiridos de autoria e participação criminosa, quer dos tipos de ilícitos vindos de descrever.

Para o efeito, seleccionamos alguns acórdãos onde foram debatidas questões relacionadas quer com o tipo de autoria e/ou participação criminosa em causa, quer com o tipo de ilícito praticado pelos agentes:

– O **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.02.2007, do relator Pereira Madeira**, disponível em www.dgsj.pt, considerou que actuou como cúmplice do crime previsto no artigo 21.º, do DL 15/93, o agente que, não tendo intervenção na decisão de traficar droga, assim como não a tendo na respectiva execução, por se encontrar “acamado”, apenas ajudou numa tarefa considerada como secundária, de divisão de estupeficiente, acondicionamento de embalagens e recorte de plástico, limitando-se a usufruir vantagens da actividade que sabia ser criminosa. Considerou o Supremo Tribunal de Justiça que tal colaboração do arguido não foi especialmente relevante no cometimento do crime pela outra agente, esta sim, autora material, que sem tal colaboração teria traficado a droga, porventura, em condições distintas.

³² V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.9.2006; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.9.2012, relator Raul Borges; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3.10.2002, relator Abranches Martins todos disponíveis em www.dgsj.pt; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.5.2000, processo n.º 260/2000, in Revista do Ministério Público, n.º 83, p. 181.

³³ É o caso de Eduardo Maia Costa, in Comentário crítico ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.5.2000, processo n.º 260/2000, in Revista do Ministério Público, n.º 83, p. 187; João Luís de Moraes Rocha, in Droga, Regime Jurídico, Livraria Patrony, 1994.

Em sentido contrário tinha entendido o tribunal recorrido que considerou que, atendendo a tal conduta, a actuação do arguido foi uma clara participação nas actividades desenvolvidas e não apenas uma contribuição facilitadora do crime praticado pela outra arguida, concluindo, por isso, ter praticado o crime previsto no artigo 21.º, n.º 1, do DL 15/93: *“... tem necessariamente de concluir-se ter o arguido praticado tal crime como autor, não se limitando a facilitar a sua execução sem nele tomar parte directa, pelo que não configura o seu comportamento a actuação de um cúmplice, nos moldes supostos pelo artigo 27.º, do Código Penal. Este arguido, por seu turno, conhecia a característica da substância transaccionada pela arguida AA, quis colaborar nessa actividade, sabia que a respectiva conduta era também proibida e não agiu ao abrigo de qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, pelo que deve ser condenado, como autor, de um crime de tráfico de estupefacientes, tal como a arguida...”*.

Neste acórdão em causa estava, também, o crime praticado pela autora material: se teria sido o tipo ilícito previsto nos artigos 24.º, 25.º, ou 21.º, do DL 15/93.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que a actividade da arguida não era suficiente para permitir o seu enquadramento na al. h) do artigo 24º, do DL 15/93, pois, não obstante alguns dos contactos e entregas efectuados tivessem ocorrido nas imediações de uma escola e num parque infantil, não constava da matéria de facto provada que a arguida tivesse deliberadamente procurado tais locais, que tivesse consciência de que aí se encontravam e do perigo acrescido que tal localização representava, pelo que, considerou o Supremo Tribunal de Justiça, que o dolo com que a arguida se conduziu não abrangia tal circunstância e, não sendo possível o preenchimento das alíneas do artigo 24.º a título negligente, decidiu que não havia lugar à agravação prevista no preceito citado.

Por outro lado, o Supremo Tribunal de Justiça considerou não ser de aplicar, também, o artigo 25.º, do DL 15/93, uma vez que na conduta da arguida não se manifestavam razões para uma diminuição da ilicitude, tendo em consideração:

- A qualidade da droga – heroína, tida como uma droga “pesada”, tendo em conta os efeitos nefastos na saúde dos consumidores;
- O lapso de tempo em que a actividade decorreu – oito meses;
- O nível de actividade desenvolvida – a arguida procedeu à entrega, a uma multiplicidade de pessoas, de doses individuais de heroína (substância contemplada na tabela I-A, anexa ao diploma legal citado), recebendo contrapartida monetária desses mesmos indivíduos e, ainda, a arguida tinha consciência das características dos estupefacientes que detinha e vendia.

E neste mesmo sentido decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.4.2008, do relator Raúl Borges, disponível em www.dgsi.pt que considerou que:

“Tendo em consideração que:

– *O arguido fez diversas vendas, como colaborador ou intermediário, (...) vendeu a vários indivíduos cuja identidade não foi possível apurar e a outros que foram identificados – sendo estes últimos 19 – e, relativamente a três clientes, as vendas tiveram lugar por “diversas vezes”, “com regularidade” foram processadas transacções com cinco outros clientes e, no que tange às vendas quantificadas, o que aconteceu com onze compradores, ficou provado que as mesmas ocorreram, pelo mínimo, cinquenta e uma vezes;*

– *O tempo de actividade foi longo, prolongando-se desde princípios de 2002 a 12-12-2004, ou seja, durante quase três anos;*

– *O arguido agiu integrado numa rede organizada (...);*

– *Transaccionava heroína e cocaína, caracterizadas pela sua bem conhecida elevada danosidade, sendo que, embora o DL 15/93 não adira totalmente à distinção entre drogas leves e drogas duras, não deixa de afirmar no preâmbulo que «a gradação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade», havendo que atender à inserção de cada droga nas tabelas anexas, o que constitui indicativo da respectiva gradação, pois a organização e colocação nas tabelas segue, como princípio, o critério da sua periculosidade intrínseca e social;*

– *As quantidades transaccionadas foram elevadas e a intervenção do recorrente processou-se de forma continuada, organizada e intensa, em colaboração permanente, integrada em organização supervisionada pelo co-arguido, com fornecimentos a considerável número de consumidores, sendo grande a disseminação dos produtos transaccionados;*

– *Não se está face a diminuta quantidade de ilícito, pois a quantidade de estupefacientes transaccionada, a qualidade dos mesmos, o modus operandi, a regularidade e constância da actividade, a inserção numa rede organizada mais ampla, a dimensão do risco criado e potenciado para a saúde pública, sendo estes vectores tomados no circunstancialismo envolvente, apresentam uma dimensão, que não pode deixar de ser vista como de demérito da acção, que não consente a afirmação de uma ilicitude consideravelmente mitigada, permitindo mesmo, no caso concreto, a afirmação oposta, de a ilicitude se apresentar com um grau acentuado, sendo de concluir que é de manter a qualificação da conduta do recorrente como integrante do crime p. e p. pelo art. 21.º, n.º 1, do DL 15/93, de 22-01”.*

E assim se decidiu, por se entender que há que atender à valorização global do episódio, não se mostrando suficiente que um dos factores interdependentes indicados na lei seja idóneo em abstracto para qualificar o facto como menos grave ou leve, devendo valorar-se complexivamente todas as circunstâncias.

– **O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.12.2013, do relator Rodrigues da Costa**, disponível em www.dgsi.pt, considerou, porém, que pratica o crime previsto no artigo 25.º, al. a), do DL 15/93, a arguida que pretende fazer passar 43,138g de cannabis para o interior de um estabelecimento prisional, transportando-a no interior da vagina.

Considerou o acórdão que, apesar do facto ter sido praticado no interior do EP, o que agrava a conduta, nos termos do artigo 24.º, al. h), do DL 15/93, ocorreram circunstâncias que se enquadram no artigo 25.º: a qualidade da substância de estupefaciente – cannabis – remete-a para o elenco das menos nocivas à saúde e socialmente menos danosa e a quantidade da droga foi pouco significativa, atendendo ao tipo de droga – 43,138g. Por outro lado, ainda, que o processo de transporte seja astucioso e refinado e com um carácter dissimulatório, é uma vulgaridade pela frequência com que se põe em prática e pela difusão que alcançou através dos meios de comunicação social e, por tal, não devendo ser subestimado em termos de ilicitude, também não deve ser sobrevalorizado. Por outro lado, refere o acórdão que não se provou que a droga se destinasse à venda no interior do estabelecimento prisional, pelo companheiro da arguida. Por isso, globalmente consideradas, as circunstâncias da prática do tráfico revelam uma ilicitude diminuída.

Em termos semelhantes, foi qualificada como tráfico de menos gravidade, nos termos do artigo 25.º, al. a), do DL 15/93, a conduta de um recluso que detinha pequenas quantidades de heroína (2,314g) e de cannabis (17,911g) e que era consumidor de substâncias estupeficientes. Aqui, o Supremo Tribunal de Justiça afastou a aplicação do artigo 24.º, al. h), por considerar que o quadro factual não permitia configurar a existência de difusão ou perigo de difusão da droga pelos reclusos do Estabelecimento Prisional, não só por ser pequena a quantidade de droga detida pelo arguido, mas também por este ser consumidor daquelas substâncias, ou seja, necessitar da droga detida para seu consumo (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.7.2009, do relator Oliveira Mendes, disponível em www.dgsi.pt).

– O **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.10.2014, da relatora Helena Moniz**, disponível em www.dgsi.pt, condenou os arguidos pela prática do crime de tráfico de estupeficientes agravado uns pelas alíneas b), c) e i), e outros apenas pelas alínea b) e c), do artigo 24.º, do DL 15/93.

O acórdão trata de uma situação em que os arguidos tinham uma projecção no negócio do tráfico de estupeficientes que ultrapassava uma dimensão normal, pois estavam inseridos numa grande rede de distribuição, vendendo quer a intermediários, quer directamente a consumidores, protagonizando um dos principais centros de distribuição das chamadas “drogas duras” (heroína e cocaína), no Funchal. Os arguidos chegavam a um grande número de pessoas, fazendo, ordenando e preparando entregas, a consumidores e intermediários, colocando, ainda, estes em contacto com aqueles. Além disso, realizadas buscas às habitações dos arguidos foram apreendidas quantidades consideráveis de substâncias de estupefaciente (2384 doses de heroína e 685 doses de cocaína).

Por outro lado, atendendo à quantia apreendida em casa de um dos arguidos – €2.950,00 –, ao dinheiro depositado numa conta bancária titulada por um dos arguidos sem ocupação profissional, no valor de €8.930,00 (produto de vários depósitos feitos no período de três meses), e às inúmeras referências a quantias monetárias consideráveis (detectadas nas transcrições das conversações telefónicas) concluiu o Supremo Tribunal de Justiça que os arguidos obtinham avultada compensação remuneratória com o tráfico.

A qualificação pela alínea i) do artigo 24.º, do Decreto-Lei 15/93, deveu-se ao facto de alguns arguidos terem feito entregas de estupeficientes a consumidores e intermediários através de crianças.

– O **Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 05.11.2013, do relator João Gomes de Sousa**, disponível em www.dgsi.pt, considerou, relativamente a correios de droga, que “O acordo existente entre os três arguidos para se deslocarem a Marrocos, utilizando o veículo de um deles, com vista à aquisição e transporte para Portugal de produtos estupeficientes destinados a um terceiro, mediante determinada contrapartida monetária, e a realização conjunta da acção típica e ilícita insere-se numa co-autoria e não numa plúrima autoria paralela, pois estas (autorias paralelas), pela sua natureza, exigem que não haja qualquer acordo ou colaboração entre os diversos autores, sequer o conhecimento do agir de outrem”.

Considerou o tribunal que existiu domínio funcional do facto – que define a co-autoria, segundo a teoria do domínio do facto –, pois, os arguidos, ao aceitarem a proposta de um terceiro, acordando deslocar-se a Marrocos, decidiram conjuntamente realizar o facto (“domínio do facto material como domínio da decisão”) que depois, foi conjuntamente executado.

Ora, supondo a co-autoria uma divisão de tarefas ou um agir em conjunto que torna possível o crime, o facilita ou diminui o risco da acção, os três arguidos deslocaram-se a Marrocos, adquiriram o produto estupefaciente e ingeriram-no, com o objectivo comum de o trazerem para Portugal, recebendo a quantia de €1,00 por cada grama de estupefaciente que entregassem ao tal indivíduo que lhes fez a proposta.

Por outro lado, entendeu tal acórdão que os três co-autores praticaram o crime previsto no artigo 21.º, n.º 1, do DL 15/93, não sendo de aplicar o artigo 25.º, do mesmo diploma legal, atendendo à imagem global do facto, designadamente: a quantidade de cannabis apreendida aos arguidos (1179,9gr+1081,300gr+98,900) que não pôde dizer-se ser diminuta à luz da tabela anexa à Portaria 94/96, de 26 de Março, mas também à actuação em rede e deslocação ao território de Marrocos para aquisição e importação do produto.

– **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.11.2007, do relator Henriques Gaspar**, disponível em www.dgsi.pt, considerou estar-se perante co-autoria e não cumplicidade, uma vez que, o agente actuou seguindo um plano previamente acordado, para transporte, guarda, cedência, entrega e venda de produtos estupeficientes, designadamente, heroína, em troca de dinheiro, entregue como pagamento da quantidade de tal substância fornecida, com intervenção específica no desenvolvimento da actividade, e com o domínio do facto tanto na concepção, como na execução. Pois, designadamente, o agente contactava e era contactado por terceiros e pelos co-arguidos, com quem acertava entregas de produto estupefaciente, entregava a outros co-arguidos produtos estupeficientes, em ordem a estes os comercializarem em determinada zona e contava com a colaboração de uma filha que, a seu pedido, guardava o produto estupefaciente em sua casa.

Por outro lado, considerou ainda o Supremo Tribunal de Justiça que, tendo em conta a persistência, a duração, a participação concreta num modo organizado de distribuição do produto estupefaciente, algum domínio de ordenação sobre a execução das tarefas e a natureza do produto, afastavam decisivamente a qualificação da ilicitude como consideravelmente diminuída, imputando-lhe a prática do crime previsto no artigo 21.º, n.º 1, do DL 15/93. Com efeito, os agentes actuavam, há cerca de um ano, em rede, de forma organizada, acertando vendas e aceitando pedidos via telefone, comercializando estupefacientes, entre os quais heroína, em diversas zonas de Lisboa.

– **Os acórdãos de 14.6.1995, do relator Amado Gomes; de 03.10.2002, do relator Abranches Martins; de 26.9.2012, do relator Raul Borges e de 05.11.2014, do relator Pires da Graça**, todos disponíveis em www.dgsi.pt, são exemplos de processos em que foi negada a aplicabilidade do artigo 26.º, do DL 15/93, por não se ter provado que o agente tivesse praticado os factos referidos no artigo 21.º, com a finalidade exclusiva de conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal. No mais das vezes, além de adquirirem produto estupefaciente para uso pessoal, adquiriam, também, de modo a obter algum benefício económico, ainda que para a estrita satisfação das necessidades de alimentação, vestuário e consumo daquelas substâncias.

2.4. O crime de branqueamento, previsto no artigo 368.º-A, do Código Penal

Foi o DL 15/93 que, através do seu artigo 23.º, com a epígrafe “*Conversão, transferência e dissimulação de bens ou produtos*”, criou o crime vulgarmente designado por branqueamento de capitais.

A Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, revogou o referido artigo 23.º e aditou, ao Código Penal, o artigo 368.º-A, com a epígrafe “Branqueamento”.

O crime de branqueamento traduz-se, fundamentalmente, na conversão ou transferência, através de dissimulação dolosa, da origem ilícita de bens e produtos, procurando dar-lhes uma aparência lícita, introduzindo-os no circuito legal. Por outras palavras, pode dizer-se, em termos genéricos, que o branqueamento supõe o desenvolvimento de actividades que, podendo integrar várias fases³⁴, visam dar uma aparência de origem legal a bens de origem ilícita, assim encobrindo a sua origem.

³⁴ No branqueamento está incluída a colocação (*placement*) – a fase de maior risco, em que o delinvente se procura desembaraçar do numerário, retirando os fundos de qualquer relação directa com o crime, nomeadamente através da sua colocação numa conta bancária; circulação (*empilage*) – multiplicação das operações, em mais que um país se possível, com movimentos por várias contas, cheques sobre o estrangeiro, tudo com a finalidade de ocultação; investimento (integração) – operações com vista a criar a aparência de legalidade: investimento de curto prazo, em meios de transporte e comunicação; médio prazo, aquisição de companhias de fachada com recurso a empregados qualificados; longo prazo, em actividades “inteiramente” legais ou de influência política (apoios eleitorais), económica ou social - A. G. Lourenço Martins, *in* Branqueamento de Capitais: Contramedidas e nível internacional e Nacional, *in* RPCC ano 9.º, fascículo 3.º (Julho-Setembro 1999), p. 455. Acrescentando o mesmo autor que a “regra cardeal consiste em aproximar o dinheiro o mais possível das transacções legais. E quanto mais o dinheiro sujo penetra no sistema mais difícil se torna identificar a sua origem”.

Este crime pressupõe um crime subjacente, gerador das vantagens propiciadas pelos crimes que o n.º 1, do artigo 368.º-A, do Código Penal elenca, entre os quais se encontram as infracções previstas nos artigos 21.º, 22.º, 24.º, e 25.º, do DL 15/93.

A noção de vantagem encontra-se no n.º 1, do artigo 368.º-A, do Código Penal, sendo definida como os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação – desde a execução do facto por si mesmo, até ao simples auxílio à prática dos crimes (artigos 26.º e 27.º, do Código Penal) –, dos factos ilícitos típicos dos crimes ali enunciados³⁵.

A consumação do crime em análise ocorre com a prática de actos do branqueamento, que são autónomos da forma ilícita como os bens branqueados ou a branquear foram obtidos, do agente desses crimes ou do local do crime. Assim, o crime de branqueamento é um crime autónomo, embora, claro, esteja associado ao crime base e dependente da prova deste.

Mesmo a simples conduta do agente de apenas depositar, na sua conta bancária, quantias monetárias provenientes do crime-subjacente por si cometido, pode integrar a prática do crime de branqueamento. Mas, claro, tudo depende do modo como, na peça acusatória, é configurado e descrito, em termos fácticos, o crime de branqueamento. Não é, portanto, apenas por ser mais “elementar” ou menos sofisticado o modo de execução do acto de “branqueamento” ou de “reciclagem” praticado pelo agente, que pode de imediato concluir-se que essa conduta não integra o crime de branqueamento; se fosse esse o entendimento a seguir, correr-se-ia o risco de restringir excessivamente (contra a vontade do legislador) a área de tutela típica desta incriminação, além de se esquecer a necessária articulação funcional com o conteúdo do bem jurídico que se quis proteger.

Falando do bem jurídico³⁶, consideram uns que é a realização da justiça³⁷ e outros que é a pureza da circulação de bens, isto é, que a punição do branqueamento visa tutelar a pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime, ou mais especificamente, o interesse do aparelho judiciário na detecção e perda das vantagens de certos crimes³⁸.

³⁵ Actualmente, dúvidas não restam que o crime de branqueamento se encontra em concurso real com o crime de tráfico de estupefacientes (e com todos os que são previstos no n.º 1, do artigo 368.º-A, do Código Penal), porém, nem sempre assim foi, justificando, já na vigência da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 13 de Dezembro de 2007 que esclareceu que: “Na vigência do artigo 23.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21.º, n.º 1, do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.”

³⁶ Na altura em que o crime, então designado de “branqueamento de capitais”, era previsto no artigo 23 do DL nº 15/93 de 22/1, discutia-se se o bem jurídico protegido era, nomeadamente, o mesmo que o do tráfico de estupefacientes, se era antes o “património”, ou se era a “concorrência”, ou a “circulação de bens” ou a “administração da justiça”.

³⁷ Fernando Gama Lobo (*in* Droga Legislação Notas Doutrina e Jurisprudência, *Quid Juris*, 2006, Sociedade Editora, p. 55).

³⁸ Jorge Fernandes Godinho (Do Crime de “Branqueamento” de Capitais. Introdução e Tipicidade, Almedina, 2001, p. 143); Pedro Caeiro (A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa, *in* Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 1086).

2.5. O crime de consumo, previsto no artigo 40.º, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro

O crime de consumo, previsto no artigo 40.º é, talvez, o mais controverso do DL 15/93, com avanços e recuos na respectiva interpretação.

Este artigo 40.º foi revogado pelo artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, excepto quanto ao cultivo³⁹.

De acordo com o disposto no artigo 2.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, praticará uma contra-ordenação quem consumir ou, com intenção de consumir, detiver ou adquirir substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei 15/93, em quantidade que não exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

Dificuldades surgidas com a aplicação deste novo regime – com decisões não coincidentes e constatação de vazios de punição – deram origem a uma querela prolongada nos Tribunais e ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2008, de 25 de Junho de 2008,⁴⁰ que uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos: *“Não obstante a derrogação operada pelo art.º 28.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”*.

Posteriormente, o sentido deste acórdão veio já a ser confirmado, num recurso de decisão contra jurisprudência fixada – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.7.2011, do relator Souto de Moura, disponível em www.dgsi.pt – que considerou *“não existir qualquer razão para alterar a jurisprudência fixada no Acórdão n.º 8/2008, do Supremo Tribunal de Justiça, publicado no DR Série I, n.º 150, de 5/8/2008”*.

Mais recentemente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 587/2014⁴¹, decidiu *«Não julga[r] inconstitucional a norma constante do artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, quando interpretada no sentido de que se mantém em vigor o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, relativamente a aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias»*.

Consequentemente, o artigo 40.º, do DL 15/93 conserva válido e actual o seguinte texto:

³⁹ O artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, tem a seguinte redacção: *“São revogados o artigo 40.º, excepto 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.”*

⁴⁰ *In* Diário da República, Série I, n.º 150, de 2008.08.05.

⁴¹ *In* Diário da República, Série II, n.º 234, de 2014.12.03.

“1 – Quem, para o seu consumo, cultivar plantas compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Se a quantidade de plantas cultivadas 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.

2 – Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.”

Simplificando: a norma do artigo 40.º não foi totalmente revogada pelo artigo 28.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, mas apenas parcialmente, isto é, o sentido da revogação foi o de restringir o seu campo de aplicação nos casos punidos pelo artigo 2.º, n.º 2, da referida Lei. Assim, faz-se uma interpretação restritiva do preceito revogatório – o mencionado artigo 28.º – tendo em vista obter um resultado interpretativo razoável e lógico do ponto de vista político criminal. Mantém, pois, o artigo 40.º, a sua vigência e validade para situações de aquisição ou detenção para consumo de droga em quantidades superiores às necessidades legalmente previstas para períodos superiores a 10 dias.

Em conclusão, diremos, apenas, que cabe a quem investiga e a quem aplica a lei a tarefa de averiguar os elementos objectivos e subjectivos dos ilícitos, o que nem sempre é tarefa fácil, pois, quando o arguido detiver uma quantidade de droga superior ao necessário para o seu consumo durante 10 dias, deverá apurar-se o concreto circunstancialismo que rodeia tal facto em ordem à percepção se se destina, realmente, ao seu consumo ou ao tráfico, permitindo-se, assim, a contraprova do perigo (abstracto) típico da actividade traficante, respeitando-se o princípio da culpa. Sendo certo que, a partir de certo quantitativo de droga, lógico será de concluir que, pelo excesso, o detentor a não destina, pelo menos, exclusivamente, ao seu consumo próprio, mas também ao de outros, e assim sendo, ao tráfico.

3. Prática e gestão processual

Abstemo-nos aqui de descrever passo a passo a dinâmica do inquérito em que se investiga o tráfico de estupefacientes e centramo-nos no que consideramos ser o mais importante: a recolha da prova.

Não sem antes, porém, ainda que de forma breve, referirmos que, de acordo com a al. i) do n.º 3 do artigo 7.º, da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, e sem prejuízo do artigo 8.º, do mesmo diploma legal, é da competência reservada da Polícia Judiciária a investigação dos crimes relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tipificados nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º, e 28.º, do DL 15/93, e os demais previstos em tal normativo que lhe sejam participados ou de que colha notícia, o que significa, na prática, que quer a Guarda Nacional Republicana, quer a Polícia de Segurança Pública têm competência investigatória daqueles ilícitos penais.

De forma abreviada referimos, ainda, a importância do segredo de justiça, na fase de inquérito, nos processos em que se investiga o tráfico de droga. Não nos referimos àqueles em que se investiga o pequeno vendedor de rua, que trafica de forma tosca ou pouco organizada, com o intuito principal de poder financiar o seu consumo ou a sua subsistência; referimo-nos àqueles em que, pela sua persistência, média/grande organização e distribuição de tarefas abrange uma área considerável, atingindo já não apenas a “meia dúzia” de consumidores.

É claro que a necessidade de ser declarado o segredo de justiça é apreciada casuisticamente e um caso de um pequeno vendedor de rua pode justificar a necessidade de vir a ser declarado. No entanto, importa reter aqui que, por princípio, nos grandes processos deverá ser das primeiras decisões que o Ministério Público deve tomar.

E assim será, uma vez que os processos de tráfico de droga requerem uma investigação complexa, morosa e perigosa para os investigadores, que pode começar muito antes das constituições de arguidos ou das inquirições de testemunhas. A publicidade do processo poderá contender com a investigação, pondo em causa a recolha de prova, mas também a segurança de quem investiga. Num processo em que se recorre, não raras vezes, a escutas telefónicas, buscas, vigilâncias, recolhas de som e imagem, permitir a quem trafica saber da existência do processo seria o equivalente a não se descobrir coisa nenhuma. Por outro lado, permitir saber quem são as testemunhas, por exemplo, poderia, sem dúvida, perturbar o decurso do inquérito e a aquisição de prova.

Por isso, o segredo de justiça deve ser determinado, pelo Ministério Público, nos termos do artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, em nome dos interesses da investigação, assim que se inicie o inquérito ou, pelo menos, a determinada altura do inquérito, ficando sujeito a validação pelo Juiz de Instrução, no prazo máximo de setenta e duas horas. Sendo que, para que o juiz de instrução valide o segredo de justiça, tem-se entendido que basta que exista um inquérito, com um “suspeito” e com indícios que tornam provável a verificação de um crime grave, mesmo que os indícios ainda sejam pouco consistentes e a investigação se encontre numa fase incipiente⁴².

Por último, ainda abreviadamente, referimo-nos às medidas de coacção, concretamente, à mais gravosa de todas: a prisão preventiva. Nos termos do artigo 202.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo Penal, é aplicável a prisão preventiva se “*Houver indícios de prática de crime doloso (...) que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a três anos.*”

De acordo com a al. m) do artigo 1.º, do Código de Processo Penal considera-se “*criminalidade altamente organizada as condutas que integrem crime de (...) tráfico de estupefacientes...*”.

Assim, verificando-se os pressupostos legais, desde logo, os constantes do artigo 204.º, do Código de Processo Penal, e a inadequação e insuficiência das restantes medidas de coacção previstas no mesmo diploma legal, a prisão preventiva pode ser aplicada, desde que haja

⁴² V. neste sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.01.2011, do relator Nuno Gomes da Silva, disponível em www.dgsi.pt.

indícios da prática dos tipos ilícitos previstos nos artigos 21.º, 24.º e 25.º, n.º 1, al. a), do DL 15/93.

No entanto, no que toca ao tráfico de menor gravidade, previsto na referida al. a) do n.º 1 do artigo 25.º, convém referir que a aplicação de tal medida de coacção exige uma cautela adicional, uma vez que se consubstancia num crime privilegiado que visa comportamentos em que a ilicitude dos factos se mostra consideravelmente diminuída, tendo em conta, nomeadamente, como já viemos referindo, os meios utilizados, a modalidade e as circunstâncias da acção, qualidade ou quantidade das substâncias, o que poderá levar à excessividade e desproporcionalidade da prisão preventiva.

Regressando ao início, consideramos que, num inquérito de tráfico de estupeficientes, de entre todas os meios de prova, meios de obtenção de prova e diligências de recolha de prova previstas no Código de Processo Penal e na legislação avulsa, devem ser consideradas úteis os seguintes:

- a) Vigilâncias;
- b) Prova testemunhal;
- c) Prova pericial;
- d) Revistas e buscas;
- e) Apreensões;
- f) Escutas telefónicas;
- g) Registo de voz e imagem;
- h) Acções encobertas e
- i) Entregas controladas.

a) Vigilâncias

As vigilâncias policiais assumem particular relevância ainda antes do inquérito, estando muitas vezes na origem do processo-crime, por suspeita de tráfico de estupeficientes.

Isto porque, as forças policiais, no âmbito das suas competências, não raras vezes, levam a cabo vigilâncias a determinados locais por terem conhecimento que são frequentados, de forma regular, por toxicodependentes. Através das vigilâncias, conhecendo o local, por quem é frequentado e até o comportamento de quem lá se desloca⁴³, concluem se há ou não suspeitas da prática do crime de estupeficientes.

De igual modo, quer porque o inquérito se iniciou com uma denúncia – muitas vezes anónima –, quer porque é necessário continuar a apurar a actividade dos agentes do crime, o seu modo de actuação, a respectiva identidade e até a identidade dos consumidores que poderão vir a ser testemunhas, as vigilâncias assumem um lugar importante, também, durante o inquérito.

⁴³ No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.5.2016, do relator Fernando Chaves, disponível em www.dgsi.pt, refere-se que, durante as vigilâncias, as forças policiais se aperceberam que as pessoas que entravam em determinada habitação saíam dela com as “mãos fechadas”, indiciando que transportavam algo pequeno na palma da mão.

Na peça acusatória deverão ser indicados como testemunhas, os agentes que executaram as vigilâncias, de modo a relatarem, na audiência de discussão e julgamento, o que constataram. Isto, sem prejuízo de, após cada vigilância, ser elaborado um auto que é junto ao processo.

b) Prova Testemunhal

A prova testemunhal – prevista nos artigos 128.º a 139.º e 348.º e 349.º, do Código de Processo Penal – é, malgradadamente, a prova rainha no processo penal (assim como, nas restantes jurisdições). Dizemos malgradadamente, uma vez que, não raras vezes, fica muita da prova dependente de percepções e perspectivas subjectivas ou, pior, falsos depoimentos.

Nos crimes relativos a estupefacientes a prova testemunhal dos consumidores de estupefacientes assume especial relevância, desde logo, porque através dela, e sem recurso a outros elementos probatórios, é possível determinar quem eram os agentes do crime e delimitar a sua actividade e modo de actuação (que tipo de substâncias vendiam, a duração da actividade, a quantidade de pessoas a quem chegavam, os valores que cobravam, os locais onde actuavam, se actuavam sozinhos, ou com recurso a intermediários, se actuavam de forma organizada, etc.).

Porém, neste tipo de processos, não são raras as situações em que a inquirição de uma testemunha – habitualmente consumidora de estupefacientes –, na fase de julgamento, termina com extracção de certidão, para envio aos Serviços do Ministério Público, a fim de ser instaurado procedimento criminal, por crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo artigo 360.º, n.ºs 1 e 3, do Código Penal, dada a contrariedade entre o depoimento prestado em fase de inquérito e aquele que é prestado na fase de julgamento.

E assim é, dado que estes consumidores, “clientes” habituais dos traficantes são, por norma, pessoas vulneráveis, que habitualmente vivem à margem da sociedade e da família, com dívidas monetárias aos arguidos – traficantes – e alguns até, segundo julgam, dívidas de gratidão e que, acima de tudo, têm receio de depor com verdade, perante o traficante. Não podemos esquecer que, na fase de julgamento, há muito que o segredo de justiça terminou e os arguidos conhecem a identidade das testemunhas e o depoimento que prestaram na fase de inquérito.

Por isso, poderá ser importante, nos casos em que o processo o permita e o justifique, recorrer mais regularmente à Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, Lei de Protecção de Testemunhas, designadamente, à ocultação da testemunha (artigo 4.º) e à teleconferência (artigo 5.º) ou, simplesmente, recorrer mais regularmente à possibilidade dada pelo artigo 352.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal, de afastar o arguido da sala de audiência enquanto a testemunha estiver a depor, de modo a que esta o possa fazer sem constrangimentos.

De todo o modo, para que o tribunal tome esta última medida, sempre será importante ou que a testemunha informe que se sente inibida de dizer a verdade, na presença do arguido, ou que o tribunal, de qualquer modo, disso se aperceba.

Por outro lado, para aplicação da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho é necessário um *plus*, designadamente, que o tribunal tenha conhecimento que a testemunha é alvo de intimidação, nos termos definidos pelo artigo 2.º, al. b), do mencionado diploma legal.

Não será, também, despiciente que na fase de inquérito, o Magistrado do Ministério Público opte por presidir à inquirição das principais testemunhas do processo, de modo a que, nos termos do artigo 356.º, n.º 3, do Código Penal, seja possível a leitura das suas declarações, na fase de julgamento.

c) Prova pericial

Prevê o artigo 163.º, do Código de Processo Penal, que a prova pericial, em princípio, não possa ser submetida à livre apreciação do julgador que deve seguir o caminho, apontado pelo relatório resultante da perícia e que, não o fazendo, deverá fundamentar o motivo da divergência.

A perícia é um estudo de natureza eminentemente técnica, científica ou artística, efectuada por pessoas especialmente habilitadas para tal, visando obter o seu parecer ou opinião, relativamente a factos com interesse para a prova a produzir. Por isso, a prova pericial, pela sua idoneidade, deve ter lugar sempre que haja necessidade de lidar com especiais conhecimentos.

No Código de Processo Penal a prova pericial vem prevista nos artigos 151.º a 163.º e, no DL 15/93, é feita referência a tal meio de prova nos artigos 43.º, 52.º, 53.º, 62.º, n.ºs 1 e 2, e 7.º, n.º 1, al. a), e n.º 3.

Nos processos relativos aos crimes de tráfico de estupefacientes, a prova pericial assume especial relevância. E assim será, desde logo porque, no que para o nosso tema importa – deixando de parte os artigos 43.º, 52.º e 53.º, do Decreto-Lei 15/93 e, conseqüentemente, os artigos 2.º a 8.º, da Portaria 94/96, de 26 de Março –, é através da prova pericial que é possível qualificar a planta, substância ou preparação examinada, bem como o respectivo princípio activo, com referência ao qual é determinado o número de doses médias individuais que é possível fazer com a quantidade apreendida.

Daí que, nos inquéritos em que se investiga o tráfico de estupefacientes, a realização de uma perícia às substâncias apreendidas seja uma “diligência obrigatória”, pois o respectivo resultado, conjugado com o mapa anexo à Portaria 94/96, será um elemento decisivo/relevante para determinar se se está perante uma contra-ordenação por consumo (artigo 2.º, da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro), um crime de consumo (artigo 40.º, do Decreto-Lei 15/93), ou um crime de tráfico de estupefacientes (artigos 21.º, 24.º ou 25.º, do Decreto-Lei 15/93) e, neste caso, se é de aplicar o tipo matricial, o tipo agravante ou o privilegiado – relembramos que à aplicabilidade dos artigos 21.º, 24.º ou 25.º, não é indiferente a qualidade do estupefaciente e o número de doses individuais que é possível fazer com determinada quantidade de substância.

De resto, veja-se o artigo 21.º, que faz referência às plantas, substâncias ou preparações, compreendidas nas tabelas I a III (no n.º 1) ou na tabela IV (no n.º 4); o artigo 25.º que se refere às tabelas I a III, V e VI, (na al. a)) e à tabela IV, (na al. b)) e os artigos 26.º e 40.º, que além de fazerem referência às tabelas I a IV, fazem referência, às quantidades máximas para que se possa considerar que o agente é traficante consumidor ou consumidor.

d) Revistas, buscas e apreensões

No Código de Processo Penal, as revistas e as buscas vêm previstas nos artigos 174.º a 177.º e as apreensões nos artigos 178.º a 186.º. No Decreto-Lei 15/93, é feita menção à revista, no artigo 53.º.

As revistas, buscas e apreensões são talvez os meios de obtenção de prova mais utilizados nos inquéritos em que se investiga o tráfico de estupefacientes e tal como a perícia, são transversais a todo o tipo de tráfico, quer se esteja a falar do pequeno traficante de rua, quer se esteja a falar do grande tráfico organizado e susceptível de ser enquadrado no artigo 24.º do Decreto-Lei 15/93.

É, sobretudo, através das buscas e das revistas que é possível a apreensão dos instrumentos utilizados na prática da actividade de tráfico, bem como da substância, planta ou preparação traficados.

Uma vez que a revista ou a busca, fora dos casos do artigo 174.º, n.º 5, do Código de Processo Penal, onde se tratam de situações iminentes, irá alertar o agente para a existência de um processo-crime pendente, desde logo porque é entregue ao visado cópia do despacho que a determinou, será conveniente que estas não sejam determinadas num momento incipiente do processo, mas numa altura em que o inquérito está estruturado, do qual constem vários elementos de prova. Pois que, se assim não for, estando o agente alertado para a existência de uma investigação, o mais provável é que procure dificultar a recolha de prova.

Já assim não será numa situação de flagrante delito, nos termos dos artigos 254.º, n.º 1, al. a), e 256.º, do Código de Processo Penal, em que o agente é detectado na posse de estupefaciente, em quantidade suficiente para que esteja verificado um crime de tráfico. Neste caso, sendo uma quantidade que indicia não ser para consumo próprio, porque as regras da experiência nos dizem que o agente não terá a totalidade do produto estupefaciente consigo, será importante que o órgão de polícia criminal realize, de imediato, busca domiciliária, independente de autorização do juiz de instrução criminal ou de ordem do Ministério Público:

– Nos termos da al. c) do n.º 2 do artigo 177.º, *ex vi* do artigo 177.º, n.º 3, al. b), do Código de Processo Penal, entre as 21 e as 7 horas, desde que o flagrante delito seja pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos, pelo aqui apenas não será possível realizar a busca domiciliária se estiver em causa o ilícito criminal previsto no artigo 25.º, al. b), do DL 15/93;

– Nos termos do n.º 3 al. a) do artigo 177.º, *ex vi* do artigo 174.º, n.º 5, al. c), do Código de Processo Penal, entre as 7 horas e as 21 horas, sempre que o flagrante delito seja por crime a que corresponde pena de prisão, pelo que, neste caso, será possível realizar a busca domiciliária relativamente a qualquer um dos crimes relativos a tráfico de estupeficientes (artigos 21.º, 24.º, ou 25.º, do DL 15/93).

e) Escutas telefónicas

As escutas telefónicas vêm previstas nos artigos 187.º a 190.º, do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo 187.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas podem ser autorizadas durante o inquérito, quanto a crimes relativos a estupeficientes.

Este é um meio de obtenção de prova a que o Ministério Público recorre com alguma regularidade quando está em causa o crime de tráfico de estupeficientes, um crime que, atendendo à grande danosidade social, justifica a compressão dos direitos individuais.

Atendendo a tal danosidade social, o recurso a escutas telefónicas não pode considerar-se desproporcionado, apesar de ser um meio de obtenção de prova polimórfico, altamente intrusivo da vida privada, não só dos visados, mas também de todos os terceiros que com eles contactam.

Por ser assim, não é um meio a que se possa recorrer numa fase embrionária da investigação, tendo sido entendido pelos tribunais⁴⁴ que, para que seja autorizada a sua utilização, é necessário que os indícios tenham alguma consistência e que esteja evidenciada a necessidade de usar meios de obtenção de prova mais invasivos, pelas dificuldades de prosseguir a investigação, devido, por exemplo, à sofisticação dos procedimentos dos traficantes, reserva dos contactos ou dispersão dos suspeitos.

Por isso, quando procede à análise do pedido de autorização de realização de escutas telefónicas, o juiz de instrução criminal terá que apurar, primeiro, se existem indícios da prática de algum dos crimes para cuja investigação é possível utilizá-las, depois terá que decidir se este meio de prova é indispensável ou se, sem ele, a prova será muito difícil ou impossível de obter e, por último, terá que se certificar que o alvo se enquadra de entre o elenco das pessoas escutáveis.

Tal como refere Costa Andrade⁴⁵, para que possa ser autorizada a realização de uma escuta telefónica, exige-se *“uma forma relativamente qualificada da suspeita da prática do crime”*, explicitando aquele autor que *“há-de tratar-se de uma suspeita assente em factos determinados”*, não se exigindo *“o limiar dos fortes indícios da prática do crime (de que o artigo 202.º, do Código de Processo Penal, faz depender a prisão preventiva) ”*, mas não

⁴⁴ A título de exemplo, ver Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.01.2011, do relator Nuno Gomes da Silva e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11.5.2016, do relator Fernando Chaves, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴⁵ *In* Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra Editora, 1992, p. 290.

bastando a existência de *“meras suposições ou boatos não confirmados”*, acrescentando também que *“a suspeita tem, pelo contrário, de atingir um determinado nível de concretização a partir de dados do acontecer exterior ou da vida psíquica”*.

No entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁶, aquando da autorização da escuta, têm de existir indícios *“fundados”* da prática dos crimes do catálogo, *“já que o alvo da escuta tem, pelo menos, de ser suspeito da prática dos factos criminosos ou de ser intermediário de mensagens destinadas ou provenientes do suspeito”*, acrescentando o mesmo autor que *“o legislador pretendeu que a autorização judicial discriminasse os crimes que justificam a escuta telefónica e os elementos probatórios que fazem fundadamente supor que a prova desse crime é “impossível ou muito difícil” sem a escuta telefónica”*.

A importância deste meio de prova está no facto de, habitualmente, neste tipo de actividade ilícita, os consumidores, traficantes ou vendedores contactarem-se entre si via telefónica, quer seja os consumidores contactarem telefonicamente os traficantes, para lhes dar conhecimento das suas deslocações ou para saber se estes efectivamente possuem o estupefaciente, bem como o contrário, os próprios traficantes informarem os consumidores que têm o produto pretendido ou o local onde poderão encontrar-se.

As escutas telefónicas são, por isso, um importante meio de obtenção de prova, permitindo:

- Perceber eventuais alterações na estrutura responsável pela venda de estupefaciente, delimitando individualmente o grau de envolvimento de cada indivíduo; ou mesmo deslocações para outros pontos do país;
- Em tempo real, antever alterações de moradas ou alterações às suas rotinas ou mesmo deslocações para outros pontos do país;
- Prever o momento da chegada do produto estupefaciente à posse dos suspeitos e deste modo poder interceptar uma maior quantidade das substâncias traficadas;
- Identificar e localizar os locais de armazenamento do produto estupefaciente aquando da sua recepção por parte dos indiciados;
- Localizar alvos em tempo real para uma abordagem com sucesso, sem possibilidade de, caso tal não aconteça, existir a forte probabilidade de culminar na perturbação da investigação, com destruição de provas e/ou ausência dos alvos para parte incerta;
- Esclarecer o volume de vendas, preço e quantidades de estupefaciente.

Na realidade, sendo conhecidas as cautelas usadas pelos traficantes de estupefacientes, as estratégias e os meios que utilizam para se furtarem ao controlo policial, a rapidez e a dissimulação na concretização dos actos de tráfico e a circunstância de, em muitos dos casos,

⁴⁶ In Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 504, nota 5.

conhecerem os agentes policiais e as viaturas que utilizam, torna-se evidente que as escutas telefónicas, tal como o registo voz e de imagem, de que a seguir falaremos, constituem um poderoso instrumento de investigação particularmente adequado e eficaz.

De resto, no crime de tráfico de estupeficiente, é difícil e improvável a obtenção de outros meios de prova, como, por exemplo, a prova testemunhal (quase impossível atentas as relações, dependências e cumplicidades normalmente estabelecidas entre os intervenientes no tráfico de estupeficientes e que acima já nos referimos), além de que as cautelas usualmente observadas pelos intervenientes neste tipo de actividade criminosa para manutenção do anonimato e fácil mobilidade se traduzem, habitualmente, no recurso à utilização de telemóveis para a realização dos contactos entre esses intervenientes, tendo em vista o desenvolvimento dessa mesma actividade.

Deste modo, havendo razões para crer que o recurso às escutas telefónicas não só se mostra indispensável para a descoberta da verdade, como a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, justifica-se o recurso à interceptação e gravação das comunicações telefónicas, assim como se justifica a recolha de imagens, pois os resultados de investigação que se pretendem com a realização de tal diligência não são passíveis de ser alcançados através do recurso a outros meios de produção de prova.

f) Registo de voz e imagem

O registo de voz e imagem encontra-se previsto no artigo 6.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, sendo admissível a sua utilização, mediante autorização e controlo judicial quanto a tal captação, apenas relativamente aos crimes tipificados no artigo 1.º, do referido diploma legal, de entre os quais estão os crimes de tráfico de estupeficientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º, do Decreto-Lei n.º 15/93 (artigo 1.º, al. a)).

Ao contrário do que é referido no artigo 187.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, não exige, como requisito de admissibilidade do registo de voz e de imagem, a “indispensabilidade” da diligência mas tão só a sua “necessidade para a investigação”, pelo que o recurso a esta diligência de recolha de prova sempre será mais fácil, do que o recurso às escutas telefónicas que apresenta requisitos mais apertados à sua utilização. Tanto mais que, conforme tem sido entendido, não depende da existência de fortes indícios da prática de um crime do catálogo.

E assim será, designadamente, porque a recolha de som e imagem é menos intrusiva da vida privada, quando comparada com as escutas telefónicas. Ali, é feita uma recolha de forma mais criteriosa, fotografando ou filmando o que poderá ter relevo para a investigação que se está a fazer; aqui todas as conversações, quer tenham ou não relevo para a investigação são interceptadas e gravadas, invadindo-se a privacidade, também, daqueles que são completamente alheios à prática do crime e que simplesmente contactam telefonicamente o alvo das escutas. Ainda que, posteriormente seja considerada irrelevante e não seja transcrita para os autos, ou até ordenada a respectiva destruição.

Ponto é que tal registo se revele idóneo para conseguir o objectivo proposto, necessário por não existir outro meio igualmente capaz de atingir esse objectivo e menos oneroso para o direito fundamental, e não excessivo relativamente às finalidades para que é produzido.

Como salienta Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁷, “o catálogo legal do artigo 6.º, da Lei n.º 5/2002, é mais apertado do que o do artigo 187.º, n.º 1, do CPP, mas o crivo “da necessidade para a investigação” é mais lasso que o crivo da «indispensabilidade para a descoberta da verdade» do Código de Processo Penal”.

O registo de som e imagem constitui, pois, um meio de prova documental de grande relevância para a prova do crime. No fundo, trata-se de documentar, em fotografia ou em filme, situações de flagrante delito. Ora, na senda do que já se veio dizendo relativamente ao crime de tráfico, atendendo às cautelas usadas pelos traficantes, as estratégias e os meios que utilizam para se furtarem ao controlo policial, a rapidez e a dissimulação na concretização dos actos de tráfico e a circunstância de, não raro, conhecerem os agentes policiais e as viaturas que utilizam, o registo de voz e imagem é, tal como as escutas telefónicas, um instrumento de investigação particularmente adequado e eficaz.

No entanto, não deve deixar de ser indicado, na acusação, como prova testemunhal, o agente policial que procedeu à recolha de tal registo de som e imagem.

g) Acções encobertas

As acções encobertas estão previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

O artigo 1.º, n.º 2, do mencionado diploma legal, define as acções encobertas dizendo que são “... aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro, actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”.

O artigo 2.º, al. I), refere que são admissíveis as acções encobertas no âmbito da prevenção e repressão dos crimes relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 3, daquele diploma legal, a realização de uma acção encoberta, no âmbito do inquérito, depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução; considerando-se validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes.

As acções encobertas podem, também, ser utilizadas no âmbito da prevenção criminal e, nesse caso, é competente para a autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público.

⁴⁷ Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição actualizada, página 528, nota 12.

A propósito da infiltração policial, a doutrina e a jurisprudência distinguem entre o agente provocador, por um lado e, por outro, o agente encoberto.

O agente provocador será o membro do órgão de polícia criminal, ou alguém a seu mando, que pela sua actuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a actividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da actividade de outra pessoa, o membro do órgão policial.

O agente encoberto – polícia ou agente por si comandado – é aquele que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infracções. Neste caso, o agente não suscita a infracção, introduz-se na organização com o objectivo de descobrir e fazer punir o criminoso, não actuando para dar vida ao crime, mas antes contribuindo para a sua descoberta.

As acções encobertas não são, porém, utilizadas com frequência, talvez por existirem formas menos expostas de obter a prova⁴⁸.

h) Entregas Controladas

A Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto, revogou o artigo 61.º, do DL 15/93, que tinha a epígrafe de “Entregas Controladas” e aditou à Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, o artigo 160.º-A precisamente com a mesma epígrafe.

Nos termos daquele artigo 160.º-A, após pedido efectuado por um Estado estrangeiro, a entrega controlada é autorizada, ou não, pelo Ministério Público português que, depois, incumbirá as autoridades policiais portuguesas de lhe dar a execução, desencadeando as operações necessárias à vigilância e controlo da encomenda, em coordenação com a autoridade estrangeira que apresentou o pedido.

Este pedido pode, também, ser desencadeado pelas autoridades portuguesas, perante o Ministério Público do país estrangeiro, desencadeando-se todo o procedimento nos termos acima descritos, sendo as autoridades policiais estrangeiras as responsáveis pela execução da diligência.

O objectivo da entrega controlada é que a diligência culmine com a apreensão da encomenda, logo após a concretização da entrega ao destinatário, de molde a conseguir a identificação e responsabilização criminal do maior número possível de agentes de ilícito criminal.

⁴⁸ A este propósito, leia-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.03.2011, do relator Nuno Gomes da Silva, disponível em www.dgsi.pt que escreveu que “As acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio”.

Em audiência de discussão e julgamento, o que vale é a prova documental, que certifica a execução da entrega controlada e, bem assim, os depoimentos dos elementos policiais que nela intervieram e que a deverão relatar, pelo que tais provas deverão ser elencadas, na peça acusatória, pelo Ministério Público.

De acordo com o relatório anual de 2016, do combate ao tráfico de estupefacentes, em Portugal⁴⁹, foram realizadas naquele ano vinte e uma entregas controladas que permitiram a apreensão de 55,122 kg de cocaína e um total de trinta detenções. Do total das entregas controladas, dezanove (91% do total) foram desencadeadas pelas autoridades portuguesas, junto das autoridades de Espanha, Bélgica, Dinamarca, Itália, França, Alemanha, Suíça e Cabo Verde.

⁴⁹ Já acima citado. Disponível em <https://www.policiajudiciaria.pt/wp-content/uploads/2017/06/p25037-2016.pdf>.

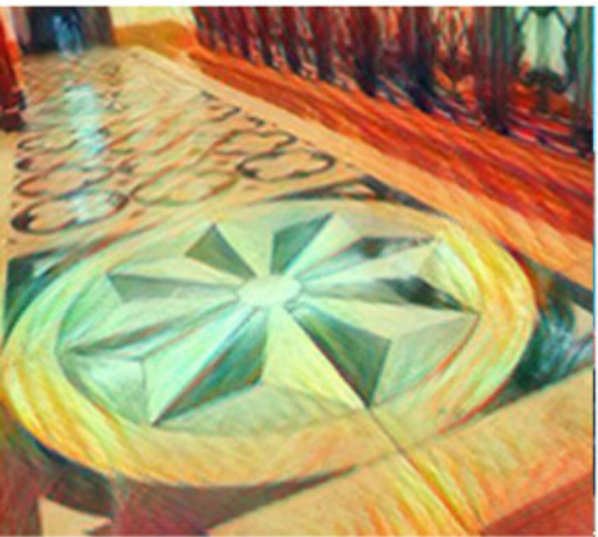
IV. Hiperligações e referências bibliográficas

www.dgsi.pt;

<http://www.pgdlisboa.pt/home.php>;

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal, 3.^a edição actualizada, página 528, nota 12.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, página 504, nota 5.
- ALMEIDA, Carlos, Legislação Penal sobre a droga: Problemas de aplicação, citação extraída do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.11.2011, relator Santos Carvalho, disponível em www.dgsi.pt.
- ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra Editora, 1992, página 290.
- BELEZA, Teresa Pizarro, Direito Penal, 2.^o volume, AAFDL, s/d., página 459.
- CAEIRO, Pedro, A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a Relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, página 1086.
- COSTA, Eduardo Maia, Comentário crítico ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.5.2000, Processo n.º 260/2000, in Revista do Ministério Público, n.º 83, página 187.
- COSTA, José de Faria, Formas do Crime, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, 1983, páginas 170 e 174.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2007, páginas 770 a 772 e 775.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Formas Especiais do Crime – Textos de Apoio à disciplina de Direito Penal, Coimbra, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Sumário e Notas de Lições, Coimbra, 1976, página 61.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Sumários e Notas ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas, 1976, páginas 67 a 72.

- GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, Código Penal, Parte geral e especial, 2.ª Edição, Almedina, 2015, páginas 201 a 208.
- GODINHO, Jorge Fernandes, Do Crime de “Branqueamento” de Capitais. Introdução e Tipicidade, Almedina, 2001, página 143.
- LOBO, Fernando Gama, Droga – Legislação Notas, Doutrina e Jurisprudência, Quid Juris, Sociedade editora, 2006, páginas 55 e 62.
- MARTINS, A. G. Lourenço, Branqueamento de Capitais: Contramedidas e nível internacional e Nacional, in RPCC, ano 9.º, fascículo 3.º (Julho-Setembro 1999), página 455.
- ROCHA, João Luís de Moraes, Droga, Regime Jurídico, Livraria Patrony, 1994.
- SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português, Verbo, 1998, Volume II, páginas 279, 291 e 292.
- SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português, Teoria do Crime, Universidade Católica Portuguesa, 2015, página 193.
- SOUSA, Susana Aires de, A autoria nos crimes específicos: algumas considerações, RPCC, ano 15, n.º 3, página 346.



2.
Autoria e
comparticipação
criminosa nos crimes
relativos a
estupefacientes
enquadramento
jurídico, prática e
gestão processual

Bruno Alcarva

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. AUTORIA E COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA NOS CRIMES RELATIVOS A ESTUPEFACIENTES ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Bruno Alcarva*

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Crime de tráfico de estupefacientes: autoria e participação
 - 1.1. Aspectos gerais
 - 1.2. Análise de situações concretas
 - 1.2.1. Tráfico e outras actividades ilícitas – co-autoria ou cumplicidade?
 - 1.2.2. Tráfico e outras actividades ilícitas (art. 21.º) versus tráfico agravado (art. 24.º) e tráfico de menor gravidade (art. 25.º)
 - 1.2.3. Tráfico versus consumo
 - 1.2.4. O traficante-consumidor
 - 1.2.5. O policonsumo
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Aspectos processuais relevantes
 - 2.1.1. Competência para a investigação
 - 2.1.2. Segredo de justiça e excepcional complexidade do inquérito
 - 2.1.3. Meios de obtenção de prova mais relevantes
 - 2.1.4. Medidas de coacção
 - 2.1.5. Prova pericial
 - 2.1.6. Perda de objectos
 - 2.1.7. Penas acessórias
 - 2.1.8. Comunicações
 - 2.1.9. Quando recorrer?
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

À escala mundial, entre um quinto e um terço dos proventos económicos de grupos criminosos organizados, é proveniente do tráfico de estupefacientes. O crescente desenvolvimento das formas de comunicação tem vindo a proporcionar novas oportunidades aos agentes deste ilícito. Perfeitamente ilustrativo dessa realidade é o facto de a *darknet* já possibilitar, aos seus utilizadores, transaccionar estupefacientes, de forma anónima, com recurso a divisas virtuais, como as *bitcoins*.¹

* Agradecimentos

Pelos contributos dados para o desenvolvimento da presente obra, um especial agradecimento à 1.ª Secção (tráfico de estupefacientes) do Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa:

Dr. Manuel Fernando Gonçalves, Procurador da República (Coordenador)

Dr.ª Tânia Teresa Almeida Gomes Gouveia de Albuquerque, Procuradora-Adjunta

Dr. Pedro Miguel Fino Fernandes Tavares, Procurador-Adjunto

Dr.ª Ana Cristina dos Santos Crisóstomo, Procuradora-Adjunta.

E, ainda, à **Dr.ª Sandra Maria Marques Oliveira**, Procuradora-Adjunta, do Juízo Local de Pequena Criminalidade de Lisboa.

¹ In https://www.unodc.org/wdr2017/press/WDR_Press_Release.pdf consultado em 18/03/2018.

Trata-se de um ilícito que representa, segundo dados da EUROPOL², apenas a nível europeu, o impressionante montante de vinte e quatro mil milhões de euros – de lucros anuais estimados. Segundo a mesma fonte, 35% da criminalidade organizada na Europa dedica-se a este tipo de actividade, sendo que 75% transacciona mais do que um tipo de substância. Todavia, somente 1% dos lucros emergentes desta actividade, acabam por ser apreendidos, pelas autoridades estatais.

Só na Europa, no ano de 2015, ocorreram 8.841 mortes, por *overdose*, o que constitui um aumento de 6%, relativamente ao ano anterior³.

Para além das consequências imediatas, para a saúde daqueles que consomem tais substâncias, em torno desta actividade gravita, ainda, a prática de crimes contra o património, contra a integridade física e vida, falsificação de documentos, corrupção, branqueamento de capitais, e esta serve, inclusivamente, como forma de financiamento do terrorismo.

Assim, compreende-se que a «incriminação pelo crime de tráfico de estupeficientes protege valores tão importantes como a da saúde individual do consumidor e a pública, a sua liberdade individual, a estabilidade familiar e até a economia do Estado, afectada por negócios com origem no mundo subterrâneo da droga.»⁴

Ora, Portugal é, como se sabe, uma das principais portas de entrada de estupeficientes na Europa, principalmente da cocaína proveniente dos países da América do Sul, ou do haxixe, de Marrocos⁵.

Por todos estes motivos, é com naturalidade que se constata que o tráfico de estupeficientes e de substâncias psicotrópicas é encarado, pelo legislador nacional, como um dos crimes de prevenção prioritária – *vide* o art. 2.º, alínea j), da Lei n.º 96/2017, de 23.08, que aprova a Lei de Política Criminal para o biênio de 2017-2019.

Foi como forma de combate a tão nefasto fenómeno, que surgiu a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico de Estupeficientes, em 20/12/1988⁶, a qual serviu como «razão determinante» para a criação do DL n.º 15/93, de 22.01. Ao longo do presente trabalho debruçar-nos-emos sobre algumas questões que se suscitam, a propósito dos crimes tipificados neste diploma.

² In <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-strategic-report-how-illegal-drugs-sustain-organised-crime-in-eu> consultado em 18/03/2018.

³ In <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/how-illegal-drugs-sustain-organised-crime-in-eu> consultado em 18/03/2018.

⁴ Ac. do STJ de 04/10/2006, Proc. n.º 06P812, disponível in www.dgsi.pt.

⁵ Relatório Anual do SICAD sobre a situação do país em matéria de drogas e toxicod dependência: http://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/129/RelatorioAnual_2016_A_SituacaoDoPaisEmMateriaDeDrogas_e_Toxicoddependencias.pdf consultado em 18/03/2018.

⁶ Ratificada em Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6.9, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, da mesma data.

II. Objectivos

Pretende-se, com o presente trabalho, abordar duas grandes temáticas, no atinente aos crimes relativos a estupefacientes:

- 1) A autoria *versus* a cumplicidade, bem como algumas questões controversas ou de fronteira, no concernente ao preenchimento de tais ilícitos;
- 2) Prática e gestão processual, da perspectiva do Ministério Público.

O que explanaremos, ao longo deste trabalho, destina-se, essencialmente, a magistrados do Ministério Público, em funções na jurisdição penal. Porém, consideramos poder revestir interesse para todos os profissionais da área forense, envolvidos nas lides deste tipo de criminalidade.

III. Resumo

Os crimes relativos ao tráfico de estupefacientes estendem-se do art. 21.º ao 33.º, do DL n.º 15/93, de 22.01. Centrar-nos-emos, contudo, nos ilícitos mais habituais, relativos ao tráfico propriamente dito, tanto na sua forma simples (art. 21.º), como na agravada (art. 24.º), de menor gravidade (art. 25.º), do traficante consumidor (art. 26.º), ou, ainda, referentes ao consumo (art. 40.º, n.º 2).

Quanto aos primeiros, tentaremos delinear, de forma tão clara quanto possível, a fronteira entre os mesmos – a qual não se apresenta tão linear como possa transparecer da mera leitura da lei.

No que concerne ao último, traçaremos a distinção entre o consumo, enquanto mera contra-ordenação – que cai no âmbito de aplicação da Lei n.º 30/2000, de 29.11, que aprovou o Regime Jurídico aplicável ao Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas –, e o consumo, enquanto ilícito penal (art. 40.º, n.º 2, do DL 15/93, de 22.01).

Recorreremos, para o efeito, à exposição de alguns casos práticos, inspirados em processos que correm/correram termos na 1.ª Secção do DIAP de Lisboa, bem como no Juízo Local de Pequena Criminalidade de Lisboa – e à apresentação das soluções que se têm, na nossa óptica, como mais acertadas.

Na segunda parte do trabalho, trataremos da gestão processual, desde o momento da delegação de competências, nos OPC, até uma eventual fase de recurso da decisão final, passando por temáticas tão diversas como o segredo de justiça, a excepcional complexidade do inquérito, os meios de obtenção de prova, as medidas de coacção, a prova pericial, a perda de objectos, as penas acessórias e as comunicações obrigatórias para o Ministério Público. Falo-emos, de uma perspectiva eminentemente prática, com certos apontamentos específicos, para os crimes relativos a estupefacientes.

1. Crime de tráfico de estupeficientes: autoria e participação

1.1. Aspectos gerais

O tráfico de estupeficientes reconduz-se às categorias dos designados crimes de perigo abstracto e crimes de perigo comum.

«Nos crimes de perigo abstracto, a Lei basta-se com a aptidão genérica de determinadas condutas para constituírem um perigo que atinja determinados bens e valores. Baseia-se na suposição legal de que determinados comportamentos são geralmente perigosos para esses bens e valores. O perigo não é, pois, elemento do tipo, mas somente o fundamento da punição.»⁷ Fala-se em crime de perigo comum, por outro lado, face à multiplicidade de bens jurídicos que se pretende salvaguardar.

A doutrina e a jurisprudência têm identificado a *saúde pública*, como bem jurídico complexo que primacialmente se visa proteger – através das incriminações constantes do DL n.º 15/93, de 22.01 –, o qual abarca diversos bens jurídicos pessoais, como a integridade física e a vida dos consumidores, e tutela valores como a tranquilidade, a coesão inter-individual das unidades de organização fundamental da sociedade, a liberdade individual, a estabilidade familiar e até a Economia do Estado.⁸

Qualificam-se, outrossim, como tipos de ilícito *exauridos*, *executados* ou de *empreendimento*. «Nestes crimes o resultado típico alcança-se logo com o que normalmente configura a realização inicial do *iter criminis* (uma mera tentativa), precisamente porque já aí, antes de se verificar qualquer lesão, se verifica o perigo dessa lesão. A tutela penal é, deste modo, antecipada. O tráfico de estupeficientes é punido como um processo, e não apenas como resultado de um processo»⁹.

Partindo desta caracterização, importa sublinhar que, face ao amplíssimo espectro de condutas elencadas no art. 21.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, de 22.01, a distinção entre comportamentos subsumíveis às categorias da *autoria* ou da *cumplicidade* tende a esbater-se. Ou, dito de outra forma, poucos serão os casos que cairão na figura jurídica do *cúmplice*, pois qualquer contacto ou proximidade com o produto estupefaciente parece integrar, por si só, a tipicidade do ilícito em causa. Tal não significa, porém, que se afaste, de todo, a possibilidade da *cumplicidade*, nestes crimes. Apenas que, face ao detalhado leque de condutas contempladas no referido n.º 1 do art. 21.º, tais situações serão marginais.

«A linha divisória entre autores e cúmplices está em que a lei considera como autores os que realizam a acção típica, directa ou indirectamente, isto é, pessoalmente ou através de terceiros

⁷ PATTO, Pedro, “Comentário ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê o regime de tráfico e consumo de estupeficientes, alterada pela Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio (Artigos 21.º a 40.º, 44.º, 45.º, 48.º e 49.º), in AA.VV., *Comentário das Leis Penais Extravagantes - Volume 2, organização de Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco*, 1.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 487.

⁸ Vide os Acórdãos do STJ: Proc. n.º 45/12.8SWSLB.S1, de 02/10/2014; Proc. n.º 05P2906, de 04/10/2006; Proc. n.º 06P812, de 04/10/2006, todos disponíveis in www.dgsi.pt.

⁹ PATTO, Pedro, *ob. cit.*, pág. 487.

(dão-lhe causa), e como cúmplices aqueles que, não realizando a acção típica nem lhe dando causa, ajudam os autores a praticá-la – cf. Germano Marques da Silva, *in* Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II, ed. Verbo, pág. 179.»¹⁰

Ora, «sendo certo que apenas a venda ao consumidor final constitui a conduta, realmente, ofensiva do bem jurídico aí tutelado (a saúde pública, na exacta dimensão que lhe é dada pelo direito de cada um à preservação da sua integridade física), as distintas modalidades de acção, legalmente, previstas (cultivar, produzir, fabricar...) devem ser entendidas por referência àquela conduta principal. É dizer que essas modalidades são, afinal, formas diversas de execução do mesmo ilícito típico – tráfico de estupefacientes, verificando-se, destarte, uma equiparação típica entre actos, materialmente, distintos: a par de actos de tráfico “*stricto sensu*”, existem outros que têm natureza preparatória (v.g. cultivar), e outros ainda de carácter ancilar (v.g. transportar).»¹¹

Não se trata de discussão meramente académica ou de somenos importância, porquanto da conclusão que nos encontramos perante um *cúmplice*, resultará a atenuação especial da pena, consagrada no art. 27.º, n.º 2, do Código Penal (efectuada em conformidade com as regras constantes do art. 73.º do mesmo diploma).

1.2. Análise de situações concretas

1.2.1. Tráfico e outras actividades ilícitas – co-autoria ou cumplicidade?

«O crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo art. 21.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, de 22.01, consuma-se com a prática de qualquer das modalidades de acção aí previstas, mesmo que integrada numa actividade de tráfico muito mais ampla levada a cabo pela repetição do mesmo tipo de acto ou pela pluralidade de actos indicados na previsão da norma, ficando excluídas as formas da tentativa e da cumplicidade relativamente ao facto constitutivo de qualquer das modalidades de acção e ao agente que o executou, mesmo que com a intenção dolosa de forma de auxílio a outrem numa actividade mais ampla de tráfico por este.»¹²

Assim, que situações serão enquadráveis na *cumplicidade*? Mantendo presente a distinção que resulta dos arts. 26.º e 27.º do CP – aplicáveis *ex vi* art. 48.º do DL n.º 15/93, de 22.01 –, devidamente conjugada com o catálogo de condutas vertidas no n.º 1 do art. 21.º do DL n.º 15/93, de 22.01, vejamos.

«É cúmplice o indivíduo de sexo feminino que, vivendo em comunhão semelhante à dos cônjuges com um traficante de droga, se limitou, num caso, a contar o dinheiro necessário

¹⁰ Ac. do STJ, de 07/11/2007, Proc. n.º 07P3242, disponível *in* www.dgsi.pt.

¹¹ VARELA, João, “Tráfico ilícito de drogas: questões de autoria e participação à luz do respectivo tipo legal de crime”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 17, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, Julho-Setembro de 2007, págs. 523 e 524.

¹² Ac. do STJ, de 21/11/2001, Proc. n.º 2758/01, disponível *in* www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=12080&codarea=2

para a transacção, sem ter tido qualquer outra participação, nem se tendo provado sequer que a droga tivesse sido albergada na casa de ambos.»¹³

«(...) quanto ao tráfico de estupeficiente, é seu cúmplice aquele que, voluntária e conscientemente, colabora, ainda que com intenção de obter droga para seu consumo, com um traficante na recepção de droga que sabidamente este destinava ao narcotráfico.»¹⁴

«É cúmplice o agente que auxilia outro no tráfico de droga, atendendo as chamadas, anotando os locais de encontro e os recados relacionados com essa actividade e acompanhando-o por vezes nas entregas, assim lhe proporcionando acrescida protecção.»¹⁵

Da pesquisa jurisprudencial realizada verifica-se, destarte, o restrito e escasso tipo de situações que se considera – e bem, a nosso ver – reconduzíveis à figura do *cúmplice* do crime de tráfico.

Casos há, ainda, em que a discussão entre autoria e cumplicidade – pelos crimes de tráfico – será de afastar, verificando-se um terceiro tipo de solução, porquanto a saúde pública, como bem jurídico que se visa proteger, não justificará a punição como crime de tráfico de estupeficientes:

«A arguida que, no interior da casa buscada se limita a, face à intervenção da Polícia de Segurança Pública aquando do arrombamento da porta, introduzir na sanita produtos estupeficientes pertencentes à sua co-arguida, fazendo uma descarga do autoclismo com intenção de a destruir (vindo a ser recuperada em parte na fossa de saneamento) não actua como cúmplice do crime de tráfico de estupeficiente. Tal comportamento, porque o crime de tráfico já estava consumado, preenche antes o crime de favorecimento pessoal do artigo 367.º n.º 1, do CP.»¹⁶.

1.2.2. Tráfico e outras actividades ilícitas (art. 21.º) *versus* tráfico agravado (art. 24.º) e tráfico de menor gravidade (art. 25.º)

¹³ Ac. do STJ, de 22/07/2003, Proc. n.º 03P3364, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁴ Ac. do STJ, de 07/06/1995, Proc. n.º 046334, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁵ Ac. do TRP, de 09/02/2009, Proc. n.º 0847917, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁶ Ac. do TRP, de 07/06/2001, Proc. n.º 0111079, disponível in www.dgsi.pt.

Caso A

Desde data não concretamente apurada, no ano de 2016, até 09/06/2017, o arguido dedicou-se à comercialização de cannabis, junto a um café, nas imediações de uma creche. A esse local afluíam consumidores, diariamente, para proceder à compra de produto. Em quatro dias consecutivos, apurou-se que o arguido vendeu, em média, a 4 consumidores.

Caso B

Foram encontrados, na cela do arguido, no Estabelecimento Prisional de Lisboa, 15,09g (quinze vírgula nove gramas) de cannabis (resina), substância que se destinava quer ao consumo do mesmo, quer à venda.

Caso B1

A arguida foi encontrada na posse de 3 bolotas de haxixe, com o peso total de 17,33g (dezassete vírgula trinta e três gramas), ao tentar entrar no Estabelecimento Prisional de Lisboa, onde ia visitar o seu filho.

No **Caso A**, parece resultar a prática de um crime de tráfico de estupefacientes agravado, p. e p. pelos arts. 21.º, n.º 1 e 24.º, n.º 1, alíneas b) e h) do DL n.º 15/93, de 22.01, por referência à tabela I-C anexa ao mesmo diploma legal.

Por seu turno, os **Caso B e B1** aparentam configurar a prática de um crime de tráfico de estupefacientes agravado, p. e p. pelos arts. 21.º, n.º 1 e 24.º, n.º 1, alínea h) do DL n.º 15/93, de 22.01, por referência à tabela I-C anexa ao mesmo diploma legal.

Discute-se, porém, a propósito deste tipo de situações, a questão da aplicação automática das agravantes constantes do art. 24.º.

De acordo com Fernando Gama Lobo¹⁷, «O art. 24.º, nas suas alíneas, revela que o legislador quis punir mais gravemente um conjunto de acções e condutas, que merecem uma reprovabilidade maior, perante o perigo aditivo que revela para o bem jurídico protegido. (...) E assim sendo, não vemos que possa a sua aplicação ser afastada em benefício do art. 21.º ou 25.º.»

Com o devido respeito, discordamos de tal entendimento. Com efeito, face às molduras penais que o art. 24.º encerra, há que analisar as circunstâncias concretas do caso, interpretando as diversas alíneas de tal preceito e analisando se nos encontramos, de facto, perante um quadro de excepcional gravidade. Tal raciocínio terá, indubitavelmente, de ser realizado, pois no art. 25.º enquadram-se as situações de mais pequena gravidade – comumente, o pequeno tráfico de rua –, enquanto o art. 21.º abrange não só os casos de média, mas também os de grande dimensão – *i.e.* de superior ilicitude. O art. 24.º deverá ser deixado, portanto, para casos que claramente excedam os limites da ilicitude que o art. 21.º pretende abranger.¹⁸

¹⁷ LOBO, Fernando Gama, *Droga – Legislação, Notas, Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2010, pág. 67.

¹⁸ Linha de argumentação adoptada nos Acórdãos do STJ, de 08/02/2006, Proc. n.º 05P2988, e de 26/09/2007, Proc. n.º 07P1890, ambos disponíveis in www.dgsi.pt.

As consequências nefastas do crime de tráfico já foram suficientemente sopesadas e previstas pelo legislador penal, ao cominar (no art. 21.º) uma moldura penal com uma significativa elasticidade (entre 4 e 12 anos), de molde a permitir sancionar, de forma adequada, a gravidade de cada situação concreta.

«Só dessa forma poderá ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a gravidade das penas aqui previstas».¹⁹ Aliás, o princípio da proporcionalidade é basilar não só no nosso ordenamento jurídico-constitucional (art. 18.º, n.º 2 da CRP), mas também, no que concerne especificamente ao tráfico ilícito de estupefacientes, o mesmo sobressai do disposto no art. 3.º, n.º 4, da Convenção da O.N.U. de 20/12/1988²⁰ – a qual esteve na base do DL n.º 15/93, de 22.01, e onde se reafirma, igualmente, tal princípio, no respectivo preâmbulo.

Voltando às situações *supra* descritas, quanto ao **Caso A**, chamemos à colação o entendimento sufragado pelo Tribunal da Relação do Porto²¹: «No tráfico de estupefacientes junto de estabelecimento de ensino ou em qualquer local em que se pratiquem actividades lectivas de qualquer natureza, o que se visa é evitar o perigo de contacto com a droga por parte de pessoas/crianças/jovens especialmente vulneráveis, incluindo, por isso, o território de incriminação as “imediações” dos locais onde se encontram ou possam encontrar. II-Para se evidenciar a agravante consignada no artigo 24º, al. h), do DL 15/93, basta que se crie o perigo de os jovens contactarem, comprarem ou de lhes ser oferecida a droga.»

Ainda que concordando, em abstracto, com tal entendimento, certo é que no **Caso A** se verifica a proximidade com um estabelecimento escolar (creche), frequentada por crianças em idade pré-escolar. Desta forma, não poderemos sequer falar no perigo destas adquirirem ou lhes ser oferecido produto estupefaciente. Por esse motivo, consideramos ser de afastar o preenchimento da alínea h) do art. 24.º.

E no tocante à alínea b) do art. 24.º, será que poderemos concluir que o arguido vendeu o produto em causa a um *grande número de pessoas*?

No caso sob análise, com um suficiente grau de certeza, apenas se tem por demonstrado um total de 16 transacções (4 por dia, ao longo de 4 dias). Ora, a «prova da venda, em quantidade indeterminada, a uma pluralidade não determinada de consumidores, e durante um largo período de tempo, desacompanhada de outro elemento coadjuvante, não poderá ser valorada na dimensão mais gravosa para o arguido. A precisão sobre a qualidade ou a quantidade de droga distribuída naquela continuada actividade de distribuição é essencial para a determinação do tipo legal e, assim, a dúvida sobre tal quantidade e, nomeadamente, sobre as que relevam em termos jurisprudenciais para a transposição do tipo legal do art. 21.º do DL 15/93, de 22.01, para o do seu art. 24.º, tem de ser equacionada de acordo com o princípio *in dubio pro reo*.»²² Assim, forçoso se torna concluir que, face à indeterminabilidade do número de consumidores a que o arguido vendeu (os quais poderiam, até, ser um pequeno grupo de

¹⁹ PATTO, Pedro, ob. cit., pág. 500.

²⁰ Ratificada em Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 6/9, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, da mesma data.

²¹ De 21/04/2010, Proc. n.º 19/08.3GASTS.P1, disponível in www.dgsi.pt.

²² Ac. do STJ, de 03/09/2008, Proc. n.º 08P2044.

clientes habituais e regulares), não se poderá considerar ser de aplicar a agravante da alínea b). Acresce que o tráfico de rua já implica, pela sua natureza, uma distribuição por um número considerável de pessoas. Caberá ao intérprete o enquadramento jurídico no art. 21.º ou no art. 24.º e, mais concretamente, ao Ministério Público, investigar e provar o número de pessoas a que o produto terá sido distribuído.

Assim, poderá ser «enquadrável no art. 25.º, alínea a), do DL n.º 15/93, de 22.01, a conduta do agente que se dedica ao pequeno tráfico, com venda de estupefaciente directamente ao consumidor final, através de contacto directo e de rua, sem a utilização de quaisquer meios sofisticados, em pequenas doses, ainda que de forma regular.»²³

Nos **Casos B e B1** descrevem-se situações que grande debate têm suscitado e relativamente às quais não existe concordância, desde logo a nível jurisprudencial. Partilhamos, contudo – pelos motivos aduzidos até este ponto –, o entendimento da linha que propugna que «A razão de ser da agravação por via da al. h) do art. 24.º do DL 15/93, por efeito da conduta integrante haver tido lugar em estabelecimento prisional reside na perturbação do processo de ressocialização dos reclusos e no grave transtorno da ordem e organização das cadeias que o tráfico comporta. Os estabelecimentos prisionais face aos inevitáveis problemas e questões que a clausura gera, estados de depressão e inactividade dos reclusos, concentração e massificação das pessoas, conflitos pessoais, carências afectivas, sentimentos de frustração, perda de auto-estima, são particularmente propícios ao consumo de estupefacientes e, conseqüentemente, constituem um dos alvos prioritários dos traficantes. II - Sendo essa a razão de ser daquela agravante modificativa, e não o desrespeito pela autoridade do Estado, a mesma só deverá funcionar perante comportamentos através dos quais se haja processado a difusão de substâncias estupefacientes pelos estabelecimentos prisionais ou, pelo menos, face a condutas potenciadoras desse perigo. (...) No caso concreto, face à mera detenção dos estupefacientes, a pequena quantidade detida e o facto de o arguido ser consumidor, entende-se qualificar os factos como tráfico de menor gravidade.»²⁴

Por outro lado – concretamente para o **Caso B1** –, «Não se justifica, nomeadamente - quer relativamente a ela, quer relativamente a ele - no caso em que uma mãe vai visitar um filho ao estabelecimento prisional e leva com ela, a pedido dele, cerca de 10 gramas de haxixe, sendo detectada no controle de entrada. Ficando afastada a agravante qualificativa, nada obsta a que se considere a figura do tráfico de menor gravidade, prevista no art.º 25.º do mesmo Decreto-lei.»²⁵

No sentido da não agravação automática, relativamente à prática do crime em estabelecimento prisional, *vide* ainda os Acórdãos do STJ, de 30/3/2005 (Proc. n.º 3963/04), 21/4/2005 (Proc. n.º 1273/05) e 14/7/2004 (Proc. n.º 2147/04).

²³ Ac. do STJ, de 02/10/2014, Proc. n.º 45/12.8SWSLB.S1, disponível in www.dgsi.pt.

²⁴ Ac. do STJ, de 07/07/2009, Proc. n.º 52/07.2PEPDL.S1, disponível in www.dgsi.pt.

²⁵ Ac. do STJ, de 08/02/2006, Proc. n.º 05P3790, disponível in www.dgsi.pt.

Em síntese, tudo depende, como se compreende, das particularidades do caso concreto, não sendo de proceder a uma agravação “automática”, pura e simplesmente, pela suposta verificação de uma das alíneas do art. 24.º.

1.2.3. Tráfico *versus* consumo

Caso C

O arguido encontrava-se junto à Escola Secundária Marquês de Pombal, sita na Rua Alexandre de Sá Pinto, na zona de Belém, em Lisboa, onde é estudante, tendo vários pedaços de cannabis (resina), com o peso total de 7,348g (sete vírgula trezentos e quarenta e oito gramas), apresentando um grau de pureza de 12,7% (doze vírgula sete por cento), equivalendo a 18 doses de consumo médio diário – que o arguido destinava, na íntegra, ao seu consumo.

Tendo sido apurado, unicamente, que o arguido era consumidor de estupefacientes, será, obviamente, de afastar o preenchimento da circunstância qualificativa da alínea h) do art. 24.º do DL n.º 15/93, de 22.01, bem como do tráfico de menor gravidade (art. 25.º, do mesmo diploma). Resta, portanto, a problemática do consumo de estupefacientes – regulado pela Lei n.º 30/2000, de 29.11²⁶ –, e a forma como se articula com o art. 40.º, do DL n.º 15/93, de 22.01.

Independentemente da controvérsia que tal matéria possa ter encerrado, o Acórdão n.º 8/2008, do Supremo Tribunal de Justiça (publicado no DR n.º 150, Série I, de 05/08/2008) veio uniformizar a jurisprudência, no sentido de que «Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias»²⁷. E, para cálculo de tal consumo diário, temos como referencial o mapa constante da Portaria n.º 94/96, de 26.03.

O que significa que, no **Caso C**, após se verificar que o arguido detém quantidade suficiente para 18 dias de consumo (em função do grau de pureza do estupefaciente e do limite quantitativo máximo de 0,5g resultante do mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26.03, a que se refere o art. 9.º da mesma), o mesmo praticou um crime de consumo de estupefacientes, p. e

²⁶ Que aprovou o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

²⁷ Também o Tribunal Constitucional se pronunciou, sobre esta controvérsia, no Ac. n.º 587/2014, publicado no DR n.º 234/2014, Série II, 03/12/2014: «Não julga inconstitucional a norma constante do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, quando interpretada no sentido de que se mantém em vigor o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, relativamente a aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas i a iv, em quantidade superior a necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias».

p. pelo art. 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.01, por referência à tabela I-C anexa ao mesmo diploma legal.

Porém, no atinente ao factor *quantidade*, importa chamar à atenção para certos aspectos essenciais.

Primeiramente, «À luz do princípio *in dubio pro reo*, a dúvida sobre se determinada quantidade de produto estupefaciente é, ou não, destinada a consumo do arguido há-de beneficiá-lo, devendo considerar-se, nesse caso de dúvida, que esse produto será destinado a esse consumo.»²⁸

Depois, «Do ponto de vista das regras da experiência comum, é no entanto de afastar a imputação pelo consumo, quando a quantidade de droga detida é tão substancial, que não pode considerar-se adequada ao simples consumo individual do seu detentor, por excederem notoriamente essas necessidades. E esta questão é recorrentemente discutida nos tribunais, pois não raro, apreensões significativas de droga, vêm a sua posse, alegadamente explicada pelos arguidos, como destinando-se ao seu consumo pessoal. Não existe nenhum limite que trace neste campo quantitativo a fronteira entre o consumo e o tráfico. Apenas a experiência comum e indiciariamente o recurso às tabelas dos quantitativos máximos diários normais de consumo (v. Portaria 94/96, de 26.03, em anexo) poderão decidir.»²⁹

Em terceiro lugar, é de sublinhar que o factor quantidade não deverá ser tido como absoluto e inultrapassável, para que se considere, directa e necessariamente, que nos encontramos perante um crime de consumo, ao invés de um ilícito de mera ordenação social.

Como bem se refere no Ac. do TRC de 21/10/2015, Proc. n.º 313/14.4GDLRA.C1 (disponível *in* www.dgsi.pt), «Podemos dizer que o conceito de quantidade necessária superior para o consumo médio individual durante o período de 10 dias poderá ser encontrado segundo vários critérios a ponderar em cada caso concreto, como seja o modo de consumo do arguido, mas deve ter em conta sempre o grau de pureza, (...). Os limites fixados na portaria têm um valor de meio de prova, a apreciar, como atrás referimos, nos termos da prova pericial, mas deve entender-se que a remissão para a portaria são valores indicativos, cujo afastamento pelo tribunal é possível, embora acompanhado da devida fundamentação. (...) Os valores dos quantitativos máximos para cada dose média individual diária referidos nas tabelas anexas à Portaria 94/96 não são assim de aplicação automática, e por isso, tratando-se de valores de referência, devem ser interpretados e integrados pelo conjunto da prova produzida para concretizar o conceito de “princípio activo para cada dose média individual diária das substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV, de consumo mais frequente”, a que alude o art. 71.º, n.º 1, al. c), do DL 15/93.»³⁰ (sublinhado nosso)

²⁸ Ac. do TRP, de 04/06/2014, Proc. n.º 29/09.3SFPRT-B.P1, disponível *in* www.dgsi.pt.

²⁹ Ac. do TRC, de 27/04/2016, Proc. n.º 113/14.1GASJP.C1, disponível *in* www.dgsi.pt

³⁰ Partilhando da mesma tese, cfr. *maxime* os Acórdãos do TRP, de 07/07/2012, Proc. n.º 5525/05.9TDPRT.P2, de 25/11/2015, Proc. n.º 13/12.0GEVFR.P, de 13/03/2013, Proc. n.º 330/10.3PWPRT.P1; do TRE, de 24/05/2016, Proc. n.º 522/14.6GBSLV.E1; e da TRL, de 26/09/2017, Proc. n.º 36/13.1GBALQ.L1-5, de 09/01/2018, Proc. n.º 621/17.2SYLSB.L1-5, todos disponíveis *in* www.dgsi.pt.

Nesse mesmo sentido aponta o Ac. do TC n.º 534/98, de 7/8/1998, Proc. n.º 545/98 (bem como os Acórdãos do mesmo Tribunal n.º 559/01 e 43/02, todos disponíveis *in* www.tribunalconstitucional.pt) acrescentando ainda que, quanto à intervenção do julgador: «Assim, os limites fixados na portaria, tendo meramente um valor de meio de prova, a apreciar nos termos da prova pericial, não constituem verdadeiramente, dentro do espírito e da letra do artigo 71º do Decreto-Lei nº 15/93, uma delimitação negativa da norma penal que prevê o tipo de crime privilegiado. Não está em causa a remissão para regulamento da definição dos comportamentos puníveis através do artigo 26º, mas tão-só, bem mais modestamente, a remissão para valores indicativos, cujo afastamento pelo tribunal é possível, embora acompanhado da devida fundamentação.» (sublinhado nosso)

«(...) é um dado das regras da experiência comum que nem todos os consumidores necessitam da mesma quantidade diária de estupefaciente, pelo que também se não poderá deixar de sopesar as necessidades diárias de cada concreto consumidor para o preenchimento do conceito de dose média diária individual de consumo, tarefa essa reservada ao juiz.» – Ac. do TRP, de 13/03/2013, Proc. n.º 330/10.3PWPRT.P1, disponível *in* www.dgsi.pt.

Não obstante, sempre terá de resultar como provado que o arguido consome, diariamente, dose superior à fixada no mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26.03, para que estes limites sejam afastados.

Assim, como se compreende, neste contexto, importa não olvidar a importância de aferir o grau de pureza do produto estupefaciente, por referência à percentagem do princípio activo do mesmo (art. 10.º da Portaria n.º 94/96, de 26.03), sempre que se coloquem dúvidas sobre se a factualidade concreta se deve enquadrar no previsto no art. 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, ou meramente no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000, de 29.11.

Exemplificando, com a clareza expendida no Ac. do TRC, de 08/11/2017, Proc. n.º 29/17.0GBGRD.C1 (disponível *in* www.dgsi.pt): «se determinada resina de cannabis, com o peso líquido de 5 gramas (por hipótese) tiver a concentração de 10% de tetraidrocannabinol, então corresponderá ao limite quantitativo máximo para consumo médio individual durante 10 dias (à tal razão de meio grama diária); porém, se a concentração for de 5%, a mesma quantidade de resina de cannabis corresponderá ao consumo médio individual durante 5 dias (como, de outro lado, se a concentração for de 20%, corresponderá ao consumo médio individual durante 20 dias, pois que quanto maior for a concentração da substância activa, menor será a necessidade do consumidor do referido produto, para obter o efeito desejado) - ver Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6/11/2012, Processo n.º 5929/09.8TDLSB.L1-5, relatado pelo Exmo. Desembargador Jorge Gonçalves; no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2/10/2013, Processo n.º 2465/11.6TAMTS.P1, relatado pelo Exmo. Desembargador Pedro Pato, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20/5/2013, Processo n.º 65/11.0PFBRG.G1, relatado pelo Exmo. Desembargador Paulo Fernandes Silva.»

Caso D

O arguido comprou 3,23g (três vírgula vinte e três gramas) de cocaína (cloridrato), na Rua Maria Carlota, em Lisboa, parte para seu consumo, o restante para um amigo que lho tinha pedido. Chegado junto do seu amigo, entregou-lhe 1,38g (um vírgula trinta e oito gramas) de produto.

Caso D1

O arguido, que se encontrava a fumar um cigarro de haxixe, passou o mesmo ao seu amigo, para que este também o fumasse.

No **Caso D**, conclui-se que o arguido ficou, para consumo próprio, com 1,85g (um vírgula oitenta e cinco gramas), tendo *cedido* ao seu amigo 1,38g (um vírgula trinta e oito gramas).

Tal como doutamente explanado no Ac. do TRC, de 07/03/2007, Proc. n.º 247/04.0GASPS.C1, (disponível *in* www.dgsi.pt), «A posse de estupefacientes em quantidade superior ao consumo médio individual durante um período superior a dez dias, para consumo do próprio arguido e de alguns amigos, integra o crime de tráfico de menor gravidade, ainda que aqueles estupefacientes tenham sido adquiridos com dinheiro em parte seu e em parte previamente dado por esses amigos.»

Aliás, o comportamento do arguido no **Caso D** vai ainda mais longe, pois este adquire e posteriormente entrega ao seu amigo, o produto estupefaciente – comportamento que é reconduzível, de forma clara e indubitável ao art. 21.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, na vertente da *cedência*.

Fazendo o confronto com o **Caso D1**, importa esclarecer que «“Partilhar o consumo” e “ceder para consumo” não têm, necessariamente, o mesmo significado. A distinção tem relevo quando apenas se provou que as substâncias estupefacientes que o arguido detinha, a si pertenciam, mas que as havia adquirido de forma não apurada e com o propósito de as consumir e ocasionalmente partilhá-las com a companheira com que vive.»³¹

Como doutamente sumariado no Ac. do TRL, de 04/10/2007, Proc. n.º 622/15.5 T9VFX-3, (disponível *in* www.dgsi.pt): «1.– O nosso regime jurídico não comporta um crime específico de uso compartilhado de drogas e muito menos se a partilha é a dois, de haxixe e de forma esporádica. 2.– Não havendo pagamentos trocas ou lucros, e se é tudo consumo imediato e pessoal, se não há determinação da quantidade e da pureza, se tudo indica e o próprio tribunal admite que é tudo diminuto e diminuído, não há a ameaça que deva ser contida ou acto que deve ser punido. 3.– Tratando-se de cannabis consumido em casa de outrem ou mesmo partilhado (para o arguido e outro indivíduo), não se especificando a quantidade e o grau de pureza da respectiva substância estupefaciente, não se pode considerar a conduta do arguido integradora do crime de tráfico de menor gravidade ou até sequer do crime de consumo de estupefacientes pelo que há que absolver como autor material e na forma consumada, de um

³¹ Ac. do TRE, de 03/07/2012, Proc. n.º 224/09.5GAELV.E1, disponível *in* www.dgsi.pt.

crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade da previsão do art. 25.º, al. a), do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22/Jan.»

Concorda-se com o entendimento assim explanado, pois compreende-se que a pedra de toque reside, precisamente, em traçar de forma clara a distinção entre situações de *partilha de consumo*, de outras «em que o arguido adquiriu produto estupefaciente destinado ao seu consumo próprio e de terceiros, após prévio acordo, firmado por todos, no sentido de que cada um pagaria parte da totalidade do preço, ou em que a compra é realizada, conjuntamente, por várias pessoas, e a substância se destina ao consumo simultâneo do “grupo” (ficando, no entanto, o produto estupefaciente na posse de uma só pessoa), entendemos que estão preenchidos os elementos típicos do crime de tráfico de estupefacientes, na sua veste simples ou privilegiada (cfr., neste mesmo sentido, o Ac. da R.L. de 04-12-2002, in CJ, Ano XXVII, tomo V, pág. 136).»³² As condutas primeiramente referidas (*partilha de consumo*) não se enquadram, a nosso ver e tal como decidido na jurisprudência citada, em qualquer uma das condutas elencadas n.º 1 do art. 21.º, do DL n.º 15/93, de 22.01.

Assim, «verificados os pressupostos de um “autoconsumo em grupo” – dizer, (i) gratuito e restrito a um grupo delimitado de consumidores, (ii) em que as quantidades em causa correspondam às legalmente previstas para o consumo diário criminalmente atípico e (iii) se destinem a um consumo esporádico e imediato – não se pode falar na prática de um crime de tráfico de estupefacientes, em qualquer dos seus tipos ou modalidades.»³³

1.2.4. O traficante-consumidor

A este respeito, chamaremos apenas à atenção para a redacção do art. 26.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, de 22.01, no qual se faz uso do vocábulo “exclusivamente”, delimitando-se, assim, o âmbito legal deste preceito, às situações em que o agente praticar algum dos factos referidos no art. 21.º, unicamente com a finalidade de *conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal*. Basta, portanto, que fique demonstrado que os proventos obtidos se destinam, designadamente, a fazer face às despesas pessoais que o mesmo tenha, ou ao sustento de terceiros, para automaticamente ser afastada a aplicabilidade desta disposição legal.

Exclui-se, ainda, a subsunção jurídica a este ilícito, *quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias* (art. 26.º, n.º 3).³⁴

³² Ac. do TRE, de 03/07/2012, Proc. n.º 224/09.5GAELV.E1, disponível in www.dgsi.pt.

³³ Ac. do TRP, de 06/07/2011, Proc. n.º 2171/09.1PAVNG.P1, disponível in www.dgsi.pt.

³⁴ Para uma análise bastante detalhada ao ilícito constante do art. 26.º do DL n.º 15/93, de 22.01, vide o Ac. do STJ, de 23/11/2011, Proc. n.º 127/09.3PEFUN.S1, disponível in www.dgsi.pt.

1.2.5. O policonsumo

Caso E

O arguido detinha as seguintes substâncias, que alega serem para consumo pessoal:

- Cannabis (resina), com o peso líquido de 1,576g (um vírgula quinhentos e setenta e seis gramas), apresentando um grau de pureza de 15,8% (quinze vírgula oito por cento), equivalendo a 4 doses de consumo médio diário;
- MDMA, com o peso líquido de 0,419g (zero vírgula quatrocentos e dezanove gramas), apresentando um grau de pureza de 71,7% (setenta e um vírgula sete por cento), equivalendo a 3 doses de consumo médio diário;
- Anfetaminas, com peso líquido de 0,72g (zero vírgula setenta e dois gramas), equivalendo a 7 doses de consumo médio diário.

O arguido encontrava-se na posse, portanto, de um total de 14 doses (de consumo médio diário) de estupefacientes, caso somemos as diferentes substâncias que lhe foram apreendidas.

Em primeiro lugar, dependendo do contexto em que o arguido fosse encontrado, na posse de tais substâncias – designadamente numa discoteca –, equacionável seria acusar o mesmo de um crime de tráfico.

Admitamos, porém, que todas as substâncias se destinavam, unicamente, ao consumo daquele indivíduo. Será que se deve proceder à soma aritmética das doses de cada uma das substâncias ou, de outro modo, considerá-las isoladamente? Da resposta a tal questão dependerá a subsunção jurídica ao crime de consumo – no primeiro caso – ou ao ilícito de mera ordenação social – no segundo.

No Ac. do TRE, de 03/11/2015, Proc. n.º 498/14.0GBLLE.E1, disponível *in* www.dgsi.pt, refere-se que «Podendo proceder-se à soma de duas ou mais quantidades de diferentes produtos, essa quantidade não pode ultrapassar, no total, o limite estabelecido por lei pelo conjunto de estupefaciente encontrado para consumo. Isto é, podendo caber nestes o consumo de mais de um produto, não pode o total de produtos exceder os dias de consumo previstos no tipo penal ou contra-ordenacional em causa.» Estamos de acordo com tal posição. Com efeito, como se encontra referido, no mesmo aresto, caso se perfilhasse um entendimento distinto, «(...) nada impediria que um “consumidor” detivesse o limite máximo admissível de todos e cada um dos produtos indicados no Mapa Anexo o que o transformaria num mini-mercado ambulante de “produtos”».

Acrescentaríamos, ainda, tal como defende Fernando Gama Lobo³⁵, que as decisões com entendimento diverso «(...) atentam não só contra a letra da lei (o tipo está descrito no plural: *plantas, substâncias, preparações*) como contra a sua teleologia (visa punir-se todo o consumo e não o monoconsumo) e o tráfico».

³⁵ LOBO, Fernando Gama, *ob. cit.*, pág. 142.

2. Prática e gestão processual

2.1. Aspectos processuais relevantes

2.1.1. Competência para a investigação

Em conformidade com o disposto no art. 57.º, n.º 1, do DL 15/93, de 22.01, *presume-se deferida à Polícia Judiciária, através da Direcção Central de Investigação do Tráfico de Estupefacientes, a competência para a investigação dos crimes tipificados nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º e 28.º do presente diploma e dos demais que lhe sejam participados ou de que colha notícia*. Resultando, ademais, do plasmado no art. 7.º, n.º 3, alínea i), da Lei n.º 49/2008, de 27.08 – Lei de Organização da Investigação Criminal –, que os mesmos ilícitos são da competência reservada deste mesmo OPC (salvo verificando-se as circunstâncias excepcionais descritas no art. 8.º do mesmo diploma).

E tem-se por deferida à Polícia de Segurança Pública ou à Guarda Nacional Republicana, em função da competência territorial de cada uma, a investigação:

- a) Do crime previsto e punido no artigo 21.º, do DL 15/93, de 22.01, quando ocorram situações de distribuição directa aos consumidores, a qualquer título, das plantas, substâncias ou preparações nele referidas;
- b) Dos crimes previstos e punidos nos artigos 26.º, 29.º, 30.º, 32.º, 33.º e 40.º, do mesmo diploma – arts. 57.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, de 22.01 e 6.º da Lei n.º 49/2008, de 22.01.

Em síntese, a criminalidade de maior complexidade – internacional ou organizada –, deverá ser investigada pela Polícia Judiciária, enquanto a restante caberá à Polícia de Segurança Pública ou à Guarda Nacional Republicana. O Ministério Público terá de ter em conta os presentes preceitos, ao proferir o despacho de delegação de competências investigatórias nos OPC – art. 270.º, n.º 1, do CPP.

Não obstante, o OPC que primeiro tomar conhecimento dos factos tem competência própria para praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, em cumprimento do ínsito nos arts. 55.º, n.º 2 e 249.º, ambos do CPP.

Acresce, por último, que não existe um “OPC natural”, porquanto em termos processuais apenas releva que os actos sejam praticados, efectivamente, por um OPC, que não extravase o âmbito dos poderes delegados pelo Ministério Público. E, ainda que o faça, sempre estará na disponibilidade do Ministério Público – enquanto *dominus* do inquérito –, considerar os mesmos válidos.

2.1.2. Segredo de justiça e excepcional complexidade do inquérito

O regime regra, em processo penal, é o da publicidade do mesmo (art. 86.º, n.º 1, do CPP).

Porém, em certos casos, será da maior relevância o Ministério Público ponderar a determinação do segredo de justiça (interno), em conformidade com o plasmado no n.º 3, do art. 86.º do CPP (e art. 20.º, n.º 3, da CRP), sujeitando essa decisão a validação do juiz de instrução, no prazo de setenta e duas horas. Importa realçar que «A intervenção do juiz na definição do segredo de justiça na fase do inquérito, tendo como limites a autonomia do MP e a eficácia da investigação, deve restringir-se aos casos em que, manifestamente, a investigação não pode ser comprometida, ou em que não haja risco para a presunção de inocência, nem para a segurança das testemunhas ou de outros intervenientes processuais. II. Quando o que se investiga é um dos crimes previstos nas als. i) a m) do art.º 1.º do CPP, (...), o segredo de justiça é, em regra, o que melhor permite preservar a eficácia da investigação e a segurança das pessoas.» – Ac. do TRP de 4/03/2009, CJ, 2009, T2, pág.233.

Com efeito, nos crimes de tráfico de estupefacientes, frequentes são os casos em que se investiga, se não uma associação criminosa, pelo menos um grupo de pessoas com algum tipo de organização e distribuição de tarefas, revelando-se essencial manter o inquérito em segredo. Caso contrário, poderá perigar toda a investigação. Efectivamente, caso os sujeitos investigados suspeitem da existência de um inquérito, poderão destruir os equipamentos telefónicos que utilizam, bem como os respectivos cartões *SIM*, passar a encetar contactos de forma diversa e muito mais cautelosa ou, até, abandonar momentaneamente a prossecução do ilícito, para a retomarem somente quando considerem mais “seguro”. Ora, a função primordial do segredo de justiça é, precisamente, a preservação da integridade da investigação e o conseqüente apuramento da verdade material.

Quanto aos limites temporais do segredo de justiça: há que considerar os prazos de duração máxima do inquérito – art. 276.º do CPP, devidamente conjugado com o n.º 6, do art. 89.º do mesmo diploma –, a que poderá acrescer uma primeira prorrogação por três meses e, eventualmente, uma segunda – aplicável aos crimes de tráfico de estupefacientes, por remissão do n.º 6 do art. 89.º para o art. 1.º, alínea m), do CPP. Nunca sendo demais recordar que a eventual segunda prorrogação é fixada «pelo juiz de instrução pelo período de tempo que se mostrar objectivamente indispensável à conclusão da investigação, sem estar limitado pelo prazo máximo de três meses, referido na mesma norma.»³⁶.

Deve o Ministério Público ser cauteloso, porém, pois o pedido de prorrogação terá sempre de ser feito antes de expirado o prazo de duração máxima do inquérito.

Intimamente relacionada com o segredo de justiça encontra-se, não raras vezes, a figura da “excepcional complexidade”, a qual pode ser declarada a requerimento do Ministério Público, pelo juiz de instrução criminal, ou oficiosamente (art. 215.º, n.º 4, do CPP, com os fundamentos do n.º 3 do mesmo preceito). De realçar que a declaração de excepcional complexidade tem como particularidade – para além de elevar os prazos de duração máxima da prisão preventiva (art. 215.º, n.º 3, do CPP) –, nos crimes de tráfico, um aumento dos prazos máximos de inquérito, para 18 meses, o que se encontrará conexo, como acima

³⁶ Ac. do STJ n.º 5/2010, de Uniformização de Jurisprudência, DR n.º 94, Série I, de 14/05/2010.

referimos, com a duração do segredo de justiça – como resulta da conjugação dos arts. 276.º, n.º 3, alínea c), 215.º, n.ºs 2 e 3, e 1.º, alínea m), todos do CPP.

2.1.3. Meios de obtenção de prova mais relevantes

Esta temática reveste-se da maior essencialidade, a nível investigatório, porquanto as regras processuais a respeitar são vastas, e um desrespeito pelas mesmas acarreta, frequentemente, a nulidade das provas, pela aplicação do regime constante no art. 126.º do CPP.

Sem ambicionarmos fazer uma análise exaustiva destes meios, apontaremos algumas situações específicas, relativamente ao tipo de ilícito ora em causa:

- i. Revistas ou perícias: *quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupeficientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia*, a qual pode ser realizada em meio hospitalar. Na ausência de consentimento do visado, terá de haver uma *prévia autorização da autoridade judiciária, e quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias* – art. 53.º do DL n.º 15/93, de 22.01³⁷.
- ii. Buscas (arts. 174.º a 177.º, e 251.º do CPP, e 34.º n.ºs 2 e 3, da CRP): há que ser especialmente cauteloso com o regime das buscas domiciliárias (art. 174.º do CPP). Releva apontar que no pequeno tráfico “de rua”, os autores de tais ilícitos frequentemente se socorrem das vulgarmente designadas “casas de recuo” – locais onde guardam uma maior quantidade de estupefaciente, apenas transportando consigo pequenas doses, para venda, para prevenir o risco de serem interceptados pelos OPC. Ora, é usual a detenção dos mesmos em flagrante delito, o que legitima a realização de buscas, nos termos do art. 174.º, n.º 4, alínea c), do CPP, como excepção ao consagrado no n.º 3, do mesmo artigo. Também se recolhe, frequentemente, o consentimento do visado, o que permite tanto a realização de buscas não domiciliárias, como de domiciliárias [arts. 174.º n.º 5, alínea b) e 177.º, n.º 2, alínea b), do CPP].
- iii. Apreensões (arts. 178.º a 186.º do CPP): para além dos casos mais comuns, chama-se à atenção para a situação da apreensão de encomendas, que contenham estupeficientes, porquanto a mesma terá de ser autorizada ou ordenada pelo juiz de instrução criminal [arts. 179.º, n.º 1 e 269.º, n.º 1 alínea d) do CPP], e é este a *primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida* (arts. 179.º, n.º 3, 252.º n.º 1, do CPP). Excepcionalmente – como medida cautelar e de polícia –, nos casos descritos no n.º 2 do art. 252.º, podem ser os OPC a proceder à abertura da encomenda, após

³⁷ «Na fase de Inquérito, não há necessidade de intervenção do JIC no exame previsto no n.º 3 do art.º 53º, do DL n.º 15/93, de 22.01, sendo que aí se prevê apenas, *na falta de consentimento do visado, a prévia autorização da autoridade judiciária* (e não judicial) *competente.*» - Ac. do TRC, de 30/03/2011, Proc. n.º 10/10.0PECTB.C1 disponível in www.dgsi.pt.

autorização do juiz. Verificadas as condições elencadas neste preceito, podem também os OPC *ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações*, o que deve ser convalidado por despacho fundamentado do juiz, no prazo de 48 horas (art. 252.º, n.º 3, do CPP).

- iv. Intercepções telefónicas (arts. 187.º a 190.º do Código de Processo Penal): Trata-se de um dos meios, por excelência, nestes inquéritos [art. 187.º, n.º 1, alínea b), do CPP]. Deve ser respeitado o máximo grau de cuidado, nos procedimentos a seguir, sob cominação de nulidade da prova que, por vezes, constitui os alicerces de toda a investigação e do posterior despacho de acusação. Designadamente, das regras constantes do art. 188.º, n.º 3 (*O órgão de polícia criminal referido no n.º 1 leva ao conhecimento do Ministério Público, de 15 em 15 dias a partir do início da primeira intercepção efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios*), n.º 4 (*O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas*) e n.º 7 (*Durante o inquérito, o juiz determina, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do termo de identidade e residência*). Constituindo, actualmente, Jurisprudência Fixada, que «A simples falta de observância do prazo de 48 horas, imposto no n.º 4 do art. 188º do CPP, para o Mº Pº levar ao juiz os suportes técnicos, autos e relatórios referentes a escutas telefónicas, constitui nulidade dependente de arguição, nos termos dos art.s 190º e 120º, ambos do CPP.»³⁸.

Enquadráveis no regime de extensão consagrado no art. 189.º do CPP, assinalam-se, a título exemplificativo, o correio electrónico, a localização celular, os registos da realização de conversações ou comunicações, ou a captura de dados de telecomunicações que se encontrem em uso pelos suspeitos, nomeadamente para identificação de outros aparelhos (telemóveis) eventualmente utilizados por estes (também conjugado com o regime do art. 18.º, da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – Lei do Cibercrime). A colocação de *GPS*, pelos OPC, em veículos de pessoas investigadas em inquérito, também deverá ser sujeita a autorização judicial.³⁹

- v. Registo de voz e imagem: é admissível, nos crimes de tráfico de estupefacientes a que se reportam os arts. 21.º a 23.º e 28.º, do DL n.º 15/93, de 22.01, *o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado, o qual depende de prévia autorização ou ordem do juiz, sendo aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.º do CPP* – arts. 1.º, n.º 1 e 6.º, da Lei n.º 5/2002, de 11/01 e art. 188.º do Código de Processo Penal.
- vi. Solicitação de informações e de apresentação de documentos (art. 60.º do DL n.º 15/93, de 22.01): *Podem ser pedidas informações e solicitada a apresentação de documentos*

³⁸ Ac. do STJ n.º 1/2018, de Uniformização de Jurisprudência, DR n.º 30/2018, Série I, de 12/02/2018.

³⁹ Não obstante não ser pacífico jurisprudencialmente, subscrevemos a tese do Ac. do TRP, de 21-03/2013, Proc. n.º 246/12.9TAAZ-A.P1 – pelos motivos que constam do mesmo – e não a do Ac. do TRE, de 07/10/2008, Proc. n.º 2005/08-1 (ambos disponíveis in www.dgsi.pt). Contra a possibilidade de utilização, em qualquer caso, deste tipo de aparelho, cfr. o Ac. do TRL, de 13/04/2016, Proc. n.º 2903/11.8TACSC.L1-3, disponível in www.dgsi.pt.

respeitantes a bens, depósitos ou quaisquer outros valores pertencentes a indivíduos suspeitos ou arguidos da prática de crimes previstos nos artigos 21.º a 23.º, 25.º e 28.º, com vista à sua apreensão e perda para o Estado (n.º 1). Tal não pode ser recusado por nenhuma entidade, pública ou privada, desde que o pedido se mostre individualizado e suficientemente concretizado (n.º 2), e é formulado pela autoridade judiciária competente, devendo, se respeitar a instituições bancárias, financeiras ou equiparadas, ser formulado através do Banco de Portugal (n.º 3).

- vii. Entregas controladas: este meio de obtenção de prova já se encontrou especificamente regulado no art. 61.º do DL n.º 15/93, de 22.01, tendo sido, porém, revogado pela Lei n.º 104/2001, de 25.08 – que alterou a Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Neste âmbito, é relevante o preceituado no art. 160.º-A deste diploma, importando sublinhar que *é competente para decidir do pedido de entregas controladas o magistrado do Ministério Público na comarca de Lisboa (n.º 9 do art. 160.º-A).*

Como descreve, de forma exemplificativa e extremamente prática, Manuel Gonçalves⁴⁰:

«A PJ toma conhecimento (...) de que no aeroporto foi detectado produto estupefaciente dissimulado na bagagem de passageiros que aí se encontra em trânsito para outro país. Confirmado que não se trata de nenhum cidadão nacional e na ausência de indícios que apontem no sentido de que os suspeitos transportam estupefacientes no interior do organismo, ou que este não está em trânsito para país onde tais factos sejam punidos com prisão perpétua ou pena de morte – art 33º da Constituição da República Portuguesa – encetam de imediato contactos com as autoridades do país de destino a fim de lhes permitirem, querendo, manifestar interesse em que seja autorizada a entrega controlada e, em simultâneo, entram em contacto, via telemóvel, com o Magistrado do Mº Pº do DIAP de Lisboa com vista a obterem a pertinente autorização para as diligências prévias.

Obtida esta e recebido o pedido das autoridades estrangeiras diligenciam pela entrega controlada da bagagem e passageiro que, segue viagem por via aérea, e que, à chegada ao destino, é controlado pelas autoridades do país do destino com vista a deterem o maior número possível de agentes e apreenderem o estupefaciente.

Após o que, comunicam-nos o resultado das diligências efectuadas, dando conta da identidade completa dos suspeitos, natureza e características dos produtos apreendidos e demais elementos relevantes para as investigações.

Tais situações podem ocorrer, não só nos aeroportos, mas também em contentores transportados por via marítima e detectados, designadamente, nas alfândegas.»

⁴⁰ GONÇALVES, Manuel, “A dinâmica da investigação em segmentos criminais específicos – A investigação do crime de tráfico de estupefacientes”, in E-book do CEJ de Direito Penal e Processual Penal (2012 a 2015), Dezembro de 2016, pág. 130. Disponível na Internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf. ISBN: 978-989-8815-44-6.

viii. Acções encobertas (Lei n.º 101/2001, de 25.08): esta matéria constava dos arts. 59.º e 59.º-A, do DL n.º 15/93, de 22.01, até à revogação dos mesmos pelo art. 7.º, da Lei n.º 101/2001, de 25.08. Uma vez que se trata de matéria relativamente à qual se suscitam questões bastante complexas, dir-se-á, apenas, que:

(i) *São acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade* (art. 1.º, n.º 2),

(ii) *Admissíveis quanto aos crimes de tráfico de estupefacientes* [art. 2.º, alínea l)],

(iii) *Devem respeitar os princípios da adequação e proporcionalidade* (art. 3.º, n.º 1),

(iv) *Em inquérito depende de prévia autorização do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes* (art. 3.º, n.º 3),

(v) *Se decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, mediante proposta do Ministério Público junto do DCIAP* (art. 3.º, n.ºs 4 e 5),

(vi) *A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela* (art. 3.º, n.º 6),

(vii) *A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5 do artigo 3.º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios* (art. 4.º, n.º 1), e

(viii) *Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma* (art. 6.º, n.º 1).

«Caso se opte pela junção do aludido relato e seja necessário o depoimento do(s) agente(s) encoberto(s) devem tomar-se as precauções previstas no art.º 4.º, n.ºs 3 e 4, da Lei 101/2001 e 87.º, n.º 1, do CPP, ausência da publicidade e lei da protecção das testemunhas – Lei 93/99, de 14/7 – ocultação de imagem, teleconferência, ocultação de identidade, etc.»⁴¹.

⁴¹ GONÇALVES, Manuel, ob. cit., pág. 132.

2.1.4. Medidas de coacção

Independentemente do olhar crítico que deve recair sobre o caso concreto, nos ilícitos de tráfico de estupefacientes são patentes, normalmente, com especial intensidade, os perigos de continuação da actividade criminosa, de perturbação do inquérito, e de grave perturbação da ordem pública, sendo que, em alguns casos, se verificará ainda o perigo de fuga.

Exceptuar-se-ão, em princípio, os crimes de tráfico de menor gravidade, em que o perigo mais intenso será o de continuação da actividade criminosa.

Diga-se, desde já, que por regra, quanto a estes não se reveste como admissível a medida de coacção de prisão preventiva – art. 202.º *a contrario* do CPP –, mas apenas, no limite, a obrigação de permanência na habitação, sujeita a meios técnicos de controlo à distância – art. 201.º do CPP e Lei n.º 33/2010, de 02.09. Efectivamente, apenas se revela como possível a aplicação da mais gravosa das medidas cautelares, nos casos subsumíveis ao art. 25.º do DL n.º 15/93, de 22.01, quando os mesmos se enquadrem nas situações referidas no art. 203.º do CPP. Assim, nesta criminalidade de menor ilicitude, não será aplicável a referida medida, a não ser aos casos de *violação das obrigações impostas por aplicação de uma medida de coacção ou quando houver indícios de que, após a aplicação da medida de coacção, o arguido cometeu crime doloso da mesma natureza* – mas mantendo-se sempre em vista a última *ratio* das medidas cerceadoras da liberdade, e o princípio da proporcionalidade, em relação à sanção que, previsivelmente, será aplicada (art. 193.º, n.º 1 *in fine*, do CPP). Sendo de privilegiar, pois, ao invés, as medidas de obrigação de apresentação periódica (art. 198.º do CPP) e a proibição de permanecer em certos locais ou contactar determinadas pessoas [art. 200.º, n.º 1, alíneas a) e d), do CPP].

Por outro lado, as condutas subsumíveis aos ilícitos dos arts. 21.º a 24.º e 28.º, todos do DL n.º 15/93, de 22.01, são equiparáveis aos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada – como sobressai da conjugação do art. 51.º, n.º 1, do mesmo diploma, com o art. 1.º, alínea m), do CPP. Por essa razão, estas são enquadráveis na previsão do art. 202.º, n.º 1, alínea c), do CPP, sendo admissível a medida de coacção de prisão preventiva.

Sem prejuízo do que acima referimos, quanto ao tráfico previsto e punido pelo art. 25.º do DL n.º 15/92, de 22.01, importa acentuar que, na nossa óptica, ao verificar-se a existência de um concreto perigo de continuação criminosa, deverá excluir-se a aplicação da obrigação de permanência na habitação, por não se revelar viável para acautelar tal perigo. De facto, ainda que o arguido seja colocado na sua residência, nada impede que continue a dedicar-se à comercialização de estupefacientes, a encetar contactos tendentes a tal actividade (por telemóvel ou correio electrónico, por exemplo) ou à grande maioria das condutas previstas no art. 21.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, de 22.01 – razão pela qual será de optar pela aplicação da medida coactiva de prisão preventiva.⁴²

⁴² Entendimento perfilhado, *maxime*, no Ac. do TRC, de 07/10/2009, Proc. n.º 14/09.5GAOVR-A.C1, disponível in www.dgsi.pt.

Como exemplo real, paradigmático, ainda que algo extremo, do que propugnamos:

No contexto da prática de ilícito p. e p. pelo art. 21.º, n.º 1, do DL 15/93, de 22.01, foi decidido aplicar ao arguido a medida de coacção de obrigação de permanência na habitação, com vigilância electrónica. Porém, ao se deslocarem à residência do arguido, para elaboração do competente relatório, os técnicos da DGRSP verificaram que aquele residia com um consumidor de estupefacientes, numa casa frequentada por outros consumidores – pelo que constataram que era impossível aplicar tal medida.

Analisemos um outro caso concreto:

Uma cidadã, de nacionalidade brasileira, chegou ao aeroporto de Lisboa, com um número indeterminado de “bolotas” de cocaína, no interior do estômago. Após ser transportada para o Hospital São José, em Lisboa, expeliu 73 bolotas, desconhecendo-se o concreto número que ainda se encontraria no interior do seu organismo. Verificou-se, por isso, a impossibilidade de a arguida comparecer, para realização de primeiro interrogatório judicial, no prazo de 48 horas a que alude o art. 256.º, n.º 1, alínea a), do CPP.

Em conformidade com o disposto no art. 194.º, n.ºs 1 e 4, do CPP: com excepção do termo de identidade e residência, *as medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade, sendo tal aplicação precedida de audição do arguido, ressalvados os casos de impossibilidade devidamente fundamentada.*

Ora, o caso retratado mostra-se plenamente subsumível à mencionada *impossibilidade*, a qual permite a aplicação de medida de coacção, sem necessidade da prévia audição da arguida.

Assim, para que o prazo de quarenta e oito não fosse ultrapassado, e face à detenção em flagrante delito, à factualidade fortemente indiciada, e à existência dos perigos de fuga, de perturbação do inquérito e de continuação da actividade criminosa, no caso concreto promoveu-se:

- i. A aplicação da medida de coacção de prisão preventiva – nos termos conjugados dos arts. 191.º a 193.º, 194.º, 202.º, n.º 1, alínea c), por referência ao 1.º, alínea m), e 204.º, alíneas a), b) e c), todos do CPP, e 28.º, n.º 1, da CRP;
- ii. Que tal medida fosse suspensa, permanecendo a arguida sujeita ao internamento hospitalar em que se encontrava – em conformidade com o preceituado no art. 211.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal –, o qual não poderia cessar, para salvaguarda da sua vida, até que a mesma acabasse de expelir todos os invólucros que existiam no interior do seu organismo; e

iii. A imediata condução da arguida a primeiro interrogatório judicial, após concessão de alta hospitalar – a qual deveria ser comunicada ao Tribunal de Instrução Criminal, pelo meio mais expedito.

Por último, neste tópico, chamaremos à colação o art. 55.º do DL n.º 15/93, o qual contém uma medida de coacção específica à presente criminalidade, que consiste na *obrigação de tratamento em estabelecimento adequado*, caso o crime seja punível *com pena de prisão de máximo superior a três anos e o arguido tiver sido considerado toxicodependente* (n.º 1). *A prisão preventiva não é imposta a arguido que tenha em curso um programa de tratamento de toxicoddependência, salvo se existirem, em concreto, necessidades cautelares de especial relevância* (n.º 4). Contudo, *Se a prisão preventiva tiver de ser ordenada, executa-se em zona apropriada do estabelecimento prisional* (n.º 5).

2.1.5. Prova pericial

Esta consiste, nos presentes ilícitos, na realização de exame pericial aos estupeficientes, pelo Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária. Dois apontamentos se mostram relevantes:

i. É fundamental aferir o grau de pureza do produto estupefaciente, por referência à percentagem do princípio activo do mesmo (art. 10.º, da Portaria n.º 94/96, de 26.03), sempre que existam dúvidas sobre se a factualidade concreta se deva enquadrar no previsto no art. 40.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, ou meramente no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000, de 29.11. E, da mesma forma, para eventual aplicação do art. 26.º, do DL n.º 15/93, de 22.01, face à redacção do respectivo n.º 3;

ii. Existem situações em que os exames terão de ser realizados com a maior urgência, designadamente nos casos das plantações de cannabis (que rapidamente secam e morrem) e das plantas designadas por khat. No caso destas últimas, as mesmas contêm, normalmente, os princípios activos catinona ou a catina – ambas incluídas nas tabelas II-A e II-B anexas ao DL n.º 15/93, de 22.01. Trata-se de substâncias de fácil degradação, quer por acção de enzimas existentes na própria planta, quer por oxidação. Sucede, assim, que apenas alguns dias depois de colhidas, e com a maturação das folhas, deixa de ser detectável a presença dos mencionados princípios activos, a não ser que tenham sido adoptados procedimentos adequados de conservação das amostras. Por esse motivo, já foram detidos, no aeroporto de Lisboa, cidadãos estrangeiros que transportavam khat, e que tiveram, posteriormente, de ser libertados, quando as plantas foram sujeitas a exames laboratoriais e não revelaram qualquer princípio activo, constante das Tabelas anexas ao DL n.º 15/93, de 22.01.

2.1.6. Perda de objectos

São declarados perdidos a favor do Estado:

- i. *Os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infracção prevista no DL n.º 15/93, de 22.01, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto (art. 35.º, n.ºs 1 e 3)⁴³;*
- ii. *As plantas, substâncias e preparações incluídas nas tabelas I a IV do DL n.º 15/93, de 22.01, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto (art. 35.º, n.ºs 2 e 3);*
- iii. *Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de uma infracção prevista no DL n.º 15/93, de 22.01, para eles ou para outrem (art. 36.º, n.º 1);*
- iv. *Os objectos, direitos e vantagens que, através da infracção, tiverem sido directamente adquiridos pelos agentes, para si ou para outrem (art. 36.º, n.º 2);*
- v. *Os direitos, objectos ou vantagens obtidos mediante transacção ou troca com os direitos, objectos ou vantagens directamente conseguidos por meio da infracção (art. 36.º, n.º 3);*
- vi. *As recompensas, objectos, direitos ou vantagens a que se refere o art. 36.º tiverem sido transformados ou convertidos em outros bens (art. 37.º, n.º 1);*
- vii. *As recompensas, objectos, direitos ou vantagens a que se refere o art. 36.º tiverem sido misturados com bens licitamente adquiridos (art. 37.º, n.º 2); e*
- viii. *Os juros, lucros e outros benefícios obtidos com os bens referidos nos arts. 35.º a 37.º do DL n.º 15/93, de 22.01 (art. 38.º).*

Tais objectos terão o destino consagrado no art. 39.º do DL n.º 15/93, de 22.01, à excepção das substâncias estupefacientes, às quais se aplica o disposto no art. 62.º de tal diploma:

- i. *Após a sujeição das mesmas a exame, o perito procede à recolha, identificação, pesagem, bruta e líquida, acondicionamento e selagem de uma amostra, no caso de a quantidade de droga o permitir, e do remanescente, se o houver (art. 62.º, n.º 2);*
- ii. *Caso exista remanescente, no prazo de cinco dias após a junção do relatório do exame laboratorial, a autoridade judiciária competente ordena a destruição do mesmo (art. 62.º, n.º 4 e Circular da PGR n.º 3/2008, de 01.02);*

⁴³ Foi eliminado – pelo DL n.º 81/95, de 22.04 – o segmento final do art. 36.º, n.º 1, na sua redacção originária (anterior à alteração introduzida), no qual se dispunha: *quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas ou a ordem pública, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.*

iii. Quanto à **amostra**, *fica guardada em cofre do serviço que procede à investigação, até decisão final* (art. 62.º n.º 3), sendo posteriormente destruída, por ordem do tribunal (art. 62.º, n.º 6), *por incineração, na presença de um magistrado, de um funcionário designado para o efeito, de um técnico de laboratório, lavrando-se o auto respectivo* (art. 62.º, n.º 5). Sendo remetida cópia do auto de destruição, ao tribunal.

Esta matéria deve ser alvo de tratamento especial e cuidado, pelo Ministério Público, durante o inquérito (no que concerne ao remanescente) e na elaboração do despacho final de inquérito (no atinente à amostra-cofre, e todos os demais bens apreendidos), em capítulo específico dedicado ao destino a dar aos objectos. É de sublinhar, a este propósito, que se trata de um regime especial, relativamente ao existente nos arts. 109.º e seguintes do CP, pelo que a aplicação deste diploma se encontra afastada.

2.1.7. Penas acessórias

Quanto estejam em causa arguidos estrangeiros, dois tipos de situação se colocam. Em qualquer caso, deve o Ministério Público deduzir os pertinentes factos em sede de acusação, e peticionar, após a imputação criminal, a aplicação da respectiva pena acessória:

i. Quando o agente do crime seja nacional de um Estado-Membro da União Europeia, deverá ser ponderado o **afastamento do território nacional** – em conformidade com as disposições conjugadas dos arts. 34.º, n.º 1 e 48.º, do DL n.º 15/93, de 22.01, e dos arts. 22.º, 23.º e 28.º, da Lei n.º 37/2006, de 09.08, que regula a livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e famílias em território nacional;

ii. Caso se trate de um indivíduo estrangeiro, não nacional de um Estado-Membro, há que equacionar a **expulsão** do mesmo – por aplicação do art. 34.º, n.º 1, do DL n.º 15/93, de 22.01.

2.1.8. Comunicações

Com a publicação da nova orgânica do Ministério da Saúde, o Governo procedeu à criação do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD), extinguindo, em consequência, o Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P.. Por sua vez, o Instituto da Droga e da Toxicodependência, I. P., já havia absorvido as competências cometidas ao extinto Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga – através do DL n.º 31/99, de 05.02.

Por essa razão, é ao SICAD que deverão ser comunicadas (pelo Ministério Público) todas as apreensões de plantas, substâncias e preparações compreendidas nas tabelas I a IV do DL n.º 15/93, de 22.01, e enviadas cópias das decisões proferidas em processo crime (pelos tribunais), por infracções previstas em tal diploma – em cumprimento do ordenado no art. 64.º, n.ºs 1 e 2.

Outras comunicações obrigatórias:

i. Ao EUROJUST: a criminalidade transnacional, envolvendo dois ou mais Estados membros da União Europeia ou envolvendo dois ou mais Estados membros da União Europeia e um ou mais países terceiros, em que esteja em causa tráfico de estupefacientes – art. 9.º-A, n.º 2, da Lei n.º 36/2003, de 22.08;

ii. Ao DCIAP: no prazo de 5 dias após a instauração de processos de inquérito, relativos a crimes de tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e percursoras, (salvo tratando-se de situações de distribuição directa ao consumidor), e associação criminosa para o tráfico – art. 47.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 47/86, de 15.10 (que aprovou o Estatuto do Ministério Público). Deve fazer-se menção desse facto no processo, mediante preenchimento e envio de uma ficha cujo modelo se encontra anexo à Circular da PGR n.º 11/99, de 03.11, onde igualmente consta a lista dos crimes da competência do DCIAP (Circular da PGR n.º 6/2002 de 11.03);

iii. À PGR: do despacho de arquivamento, nos cinco dias úteis imediatos à data da prolação do mesmo, com envio da respectiva cópia, quando os crimes de tráfico sob investigação foram puníveis com pena superior a 5 anos de prisão, excepto se os inquéritos correrem contra desconhecidos – Circular da PGR n.º 6/2002, de 11.03;

iv. À Polícia Judiciária (aos dirigentes dos departamentos que tiverem realizado as investigações): dos despachos finais em inquéritos investigados por este OPC – comunicação a efectuar por via electrónica, para os endereços indicados no ofício da PGR, com n.º 4776/2011, de 28.02 – Circular da PGR n.º 4/2008, de 06.03. A comunicação de despachos de arquivamento é efectuada após o decurso do prazo previsto no art. 278.º do CPP e a dos despachos de acusação é efectuada após as notificações previstas no art. 283.º, n.º 5, do CPP.

2.1.9. Quando recorrer?

Sem se pretender indicar um raciocínio genérico, a ser adoptado de forma indiscriminada, sem a necessária análise casuística do caso concreto, sempre diremos que no que concerne aos crimes subsumíveis ao n.º 1 do art. 21.º, do DL n.º 15/93, de 22.01 (e, logicamente, ao art. 24.º, que constitui a forma agravada do tipo base), «a jurisprudência tem acentuado que as exigências de prevenção geral, positiva e negativa, decorrentes da nocividade social do tráfico de estupefacientes, da dimensão da ameaça que representa e da censura comunitária que suscita, reclamam, de um modo geral, uma punição severa.

Essas exigências desaconselham, de um modo geral, a **suspensão a execução da pena de prisão (...)**. Assim, mesmo quando estejam verificados outros pressupostos da suspensão de execução da pena de prisão, designadamente os relativos à prevenção especial positiva e à não desinserção social do condenado, as exigências de prevenção geral, positiva e negativa, a necessidade de reforço da confiança comunitária na validade e integridade das normas e valores por estas protegidos, poderão desaconselhar essa suspensão (...)

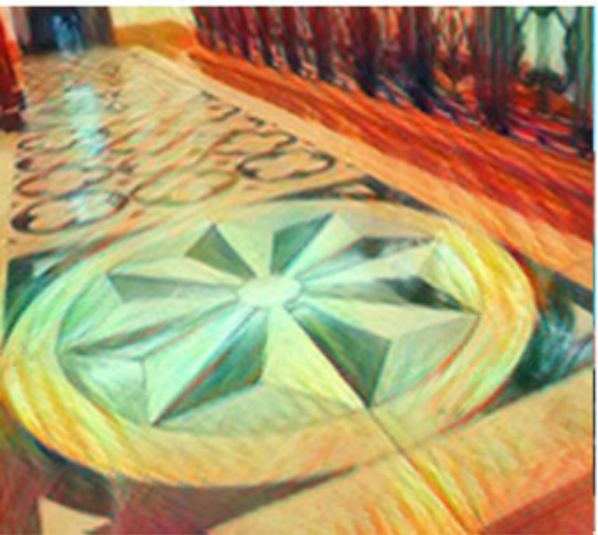
Acentuam estes aspectos, entre muitos outros, os Acs. Do STJ de 9.6.04, *in* CJ-STJ, XII,2, p. 221; de 13.4.05, proc. N.º 0494313; de 24.10.07, proc. N.º 07P3220; de 15.11.2007, proc. N.º 07P3761; de 5.12.07, proc. N.º 07P3396; de 13.12.07, proc. N.º 07P3292; de 9.4.08, proc. N.º 08P825; de 18.12.08, proc. N.º 08P3378; e de 25.2.09, proc. N.º 09P0097; o Ac. do TRG de 12.1.09, proc. N.º 2421/08-1; e o Ac. do TRP de 28.1.09, proc. N.º 0812505, todos estes *in* www.dgsi.pt.»⁴⁴

Com tal fundamentação, na sequência de uma decisão de aplicação de pena suspensa na sua execução, quando estejam em causa ilícitos enquadrados no n.º 1 do art. 21.º, do DL n.º 15/93, de 22.01 (e no art. 24.º), deve o Ministério Público ponderar, cuidadosamente, a necessidade de interpor recurso.

IV. Referências bibliográficas

- PATTO, Pedro, *“Comentário ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê o regime de tráfico e consumo de estupeficientes, alterada pela Lei nº 18/2009, de 11 de Maio (Artigos 21.º a 40.º, 44.º, 45.º, 48.º e 49.º), in AA.VV., Comentário das Leis Penais Extravagantes - Volume 2, organização de Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, 1.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.*
- LOBO, Fernando Gama, *Droga – Legislação, Notas, Doutrina e Jurisprudência, 2.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2010.*
- GONÇALVES, Manuel, *“A dinâmica da investigação em segmentos criminais específicos – A investigação do crime de tráfico de estupeficientes”, in E-book do CEJ de Direito Penal e Processual Penal (2012 a 2015), Dezembro de 2016. Disponível na Internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Penal_ProcessualPenal.pdf.*
- VARELA, João, *“Tráfico ilícito de drogas: questões de autoria e participação à luz do respectivo tipo legal de crime”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 17, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, Julho-Setembro de 2007, 2007.*
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, 2.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.*
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Drogas, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014.*

⁴⁴ PATTO, Pedro, *ob. cit.*, págs. 494 e 495.



3.
Autoria e
comparticipação
criminosa nos crimes
relativos a
estupefacientes.
Enquadramento
jurídico, prática e
gestão processual

Joana Gouveia

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

**3. AUTORIA E COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA NOS CRIMES RELATIVOS A ESTUPEFACIENTES.
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Joana Gouveia

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Autoria singular e participação
 - 1.2. As formas de autoria
 - 1.2.1. Autoria singular, material e moral
 - 1.2.2. Autoria mediata
 - 1.2.3. Instigação – agente provocador, instigação em cadeia e excesso de mandato
 - 1.3. Comparticipação criminosa
 - 1.3.1. Co-autoria
 - 1.3.2. Cumplicidade
 - 2. Autoria e comparticipação criminosa quanto aos crimes relativos a estupefacientes
 - 2.1. Tráfico e outras actividades ilícitas – art.º 21.º
 - 2.2. Tráfico de Menor Gravidade - art.º 25.º
 - 2.3. Traficante-consumidor – art.º 26.º
 - 2.4. Consumo – art.º 40.º
 - 3. Prática e gestão processual
 - 3.1. Da abertura e direcção do inquérito
 - 3.2. Investigação – recolha de prova no inquérito
 - 3.3. Procedimentos no âmbito da detenção dos suspeitos
 - 3.4. Do encerramento do inquérito
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

No livro I, Capítulo II, do Código Penal, relativo às formas do crime, o legislador elencou, além do mais, a destrição entre autoria e cumplicidade, o que se revela de fundamental relevância para aferir do posicionamento do sujeito que pratica o facto, o que, como veremos, determina relevantes implicações não só dogmáticas mas, ainda, de índole prática.

De facto, surgem muitas dificuldades, que se reflectem, nomeadamente, a nível jurisprudencial, no que concerne à qualificação como autor, co-autor ou cúmplice no âmbito dos crimes relativos a estupefacientes que se encontram previstos no D.L. n.º 15/93, de 22.01, que tem por objecto *“a definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”* (cfr. art.º 1.º).

A matéria em apreço tem relevância ao nível da definição do grau de participação dos sujeitos no âmbito de uma temática criminal com profundo impacto social, como seja a problemática do consumo/tráfico dos estupefacientes que, além de ter tipificação penal, é geradora de um grande alarme social, constituindo-se a difusão/profusão das vulgarmente conhecidas “drogas” como um verdadeiro flagelo mundial.

Assim, importa ter bem definidas as boas práticas de investigação no âmbito desta criminalidade específica, com demandas também elas muito específicas de modo a obter

resultados mais rigorosos e desfechos desejáveis aquando da prolação dos despachos finais em sede de inquérito.

II. Objectivos

O trabalho que se segue tem como objectivo principal problematizar as questões da destrição da autoria e participação criminosa que surgem no âmbito dos crimes previstos no D.L n.º 15/93, de 22.01. Pretendemos, assim, discorrer sobre a responsabilidade de cada agente na prática dos crimes relativos a estupeficientes com maior relevância a nível jurisprudencial.

Ademais, atentas as dificuldades com que, no dia-a-dia, se deparam os Magistrados que têm a seu cargo as investigações relacionadas com tais processos, tentaremos, sem pretensões de exaustão, atenta a profusão de matérias relacionadas, enveredar esforços no sentido de disponibilizar uma espécie de guia relativo à gestão processual dos inquéritos, em especial, no que concerne à investigação do crime de tráfico e outras actividades ilícitas, previsto no art.º 21.º do D.L n.º 15/93, de 22.01.

Pretendemos, desta forma, providenciar aos principais destinatários deste trabalho, os auditores de justiça e os magistrados do Ministério Público, as ferramentas jurídicas mais eficazes na investigação e combate aos crimes de tráfico e consumo de estupeficientes.

III. Resumo

Em ordem a tratar o tema a que nos propomos, isto é, a autoria e participação criminosa nos crimes relativos a estupeficientes, seguiremos o plano que em seguida explicitamos.

Em primeiro lugar, procederemos a um enquadramento jurídico das formas do crime, distinguindo as tipologias de autoria e de participação criminosa e, de seguida, analisaremos as questões que se colocam, nesse âmbito, nos crimes relativos a estupeficientes com maior relevância a nível jurisprudencial.

Por fim, iremos debruçar-nos sobre a prática e gestão do inquérito respeitante ao crime de tráfico, nomeadamente, através da análise de um processo. Aí, iremos desenvolver as formas de investigação deste tipo de crime, versando, designadamente, os vários meios de obtenção de prova como sejam buscas, apreensões, escutas telefónicas, vigilâncias, entregas controladas e acções encobertas.

1. Enquadramento jurídico

1.1. Autoria singular e participação

No que concerne às formas do crime, o nosso ordenamento jurídico acolheu a teoria do “domínio do facto” que nos permite distinguir as diversas formas de autoria e entender a diferença entre autoria e participação em facto de outrem. Segundo esta teoria, o autor é a “figura central do acontecimento típico”¹, ou seja, o autor tem, por um lado, o domínio positivo do facto, uma vez que, é ele que decide consumir o crime e, por outro lado, o domínio negativo do facto, tendo em conta que é ele que decide quando o faz cessar².

Ressalte-se que, esta teoria apenas se aplica aos crimes dolosos, tendo em conta que a própria ideia de domínio implica o dolo do agente. Para dogmaticamente melhor compreender esta aplicabilidade restringida aos crimes dolosos pensemos no caso (*a contrario*) dos crimes negligentes em que o agente não tem intenção de cometer o crime, logo, não tem o domínio do facto, uma vez que não decidiu executar o mesmo³. Esta teoria também não se aplica à instigação, dado que o instigador não possui o domínio do facto, da vontade, como veremos infra.

1.2. As formas de autoria

1.2.1. Autoria singular, material e moral

Na prática de um facto ilícito podem participar diversos autores, contudo, um determinado agente pode actuar sozinho e cometer o crime por ele próprio e aí estamos perante a autoria imediata prevista na primeira parte do art.º 26.º do CP que dispõe que “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo (...)”. Assim, concentram-se na actuação deste agente quer os elementos objectivos quer os subjectivos.⁴

Importa aqui realçar a situação da categorização do crime de mão própria, que não se basta com o domínio de facto pelo agente, mas, outrossim, impõe que só aquele agente é que, detendo as qualidades necessárias para o realizar por si próprio, pode cometer o ilícito típico em questão (nestes casos fica excluída qualquer forma de autoria mediata).

A lei não distingue a autoria material da moral. Assim, esta distinção tem vindo a ser efectuada, apenas, ao nível doutrinal. Desta forma, a doutrina tem entendido que estamos perante uma situação de autoria material quando um agente executa o crime por si mesmo ou toma parte directa na sua execução. Por sua vez, estamos perante um caso de autoria moral

¹ Cfr. GARCIA, Miguez M. e RIO, Castela J. M., Código Penal Parte geral e especial, com notas e comentários, Almedina, 2.ª Edição, 2015, nota 1, p. 200.

² Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 759-760.

³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pp. 770-771.

⁴ FIGUEIREDO DIAS e PAULO PINTO ALBUQUERQUE consideram ainda que, também constitui autoria imediata a execução do facto pelo agente que utiliza o corpo de um terceiro, como se de um objecto se tratasse, cfr. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p.777 - 778 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (3ª Edição), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 122.

quando o agente executa o facto por intermédio de outrem ou determina outra pessoa à sua prática.

De facto, o autor material pratica os actos de execução do crime, podendo ser autor singular ou co-autor⁵. Além disso, pode ser também participante, se os restantes participantes forem autores morais ou cúmplices.

A doutrina considera que os autores mediatos e os instigadores são autores morais, uma vez que, ao contrário dos autores materiais, não executam o facto por si mesmos. Na verdade, usam o chamado “homem-da-frente”, como um mero instrumento ou determinando-o a praticar o crime. No primeiro caso, trata-se de autoria mediata e no segundo de instigação, onde quem executa é convencido previamente a cometer um crime pelo denominado “homem-de-trás”⁶.

1.2.2. Autoria mediata

A autoria mediata encontra-se prevista no art.º 26.º do CP, quando estabelece que “*É punível como autor quem executar o facto (...) por intermédio de outrem (...)*”. Conforme já referimos, está aqui em causa a execução de um crime por intermédio de um “homem-da-frente”. No entanto, é na esfera jurídica do “homem-de-trás” que se consumam os elementos subjectivos do ilícito⁷. Assim, é o “homem-de-trás” que mantém o domínio da vontade do “homem-da-frente”, usando-o como um mero instrumento.

Ora, a autoria mediata reflecte-se nas seguintes situações:

- O “homem-da-frente” age sem dolo do tipo, por coacção ou por erro sobre a factualidade. Neste caso o executor actua com base em erro e a sua conduta preenche o tipo objectivo de ilícito, mas não o tipo subjectivo.
- O “homem-da-frente” age sob uma causa da justificação, quando o “homem-de-trás” cria uma situação em que o obriga a agir com base em estado de necessidade desculpante, ao abrigo do artigo 35.º do CP. Aqui verifica-se a autoria mediata do “homem-de-trás” ao contrário das situações em que o “homem-da-frente” se encontra numa situação de necessidade desculpante e o homem-de-trás determina-o a cometer o facto. Neste caso não pode aceitar-se uma autoria mediata do “homem-de-trás”, mas antes a instigação ou cumplicidade⁸.

⁵ A este propósito, GERMANO MARQUES DA SILVA, Direito Penal II, Teoria do Crime, Verbo, 1998, p. 282, ensina que “*autores materiais são os que executam, realizam, no todo ou em parte, o facto típico*”. Assim, se o agente executa o facto sozinho - executa o crime na totalidade - é autor singular; já se executar o facto juntamente com outros - realiza parte do facto - é co-autor material.

⁶ Cfr. HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES, Dicionário de Direito Penal e Processo Penal, 3ª edição, Quid Juris Sociedade Editora, 2008, pp. 90-92.

⁷ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 122.

⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 785.

- O “homem-da-frente” age sem culpa, seja por inimputabilidade (em virtude da menoridade ou de anomalia psíquica permanente ou transitória), falta de consciência não censurável ou estado de necessidade desculpante.
- O “homem-da-frente” age com negligência seja ela consciente ou inconsciente. Quando o “homem-da-frente” actua sem consciência de que vai cometer um crime, verifica-se a autoria mediata do “homem-de-trás”. Já no caso de o “homem-da-frente” actuar com negligência consciente a doutrina não é unânime. Vejamos, pois: por exemplo, A pretendia ferir gravemente C e convence B a disparar para o chão junto aos pés de C com o intuito de o assustar, contudo, A tinha conhecimento que B se julgava melhor atirador do que aquilo que na realidade é. Com o disparo, B acaba por ferir gravemente C nas pernas, apesar de actuar convencido que o resultado não se produziria. A autoria mediata medita verifica-se no “homem-de-trás”⁹.
- A actuação do “homem-da-frente” tem lugar no âmbito dos aparelhos organizados de poder, isto é, associações criminosas, pessoas colectivas ou entidades análogas e até Estados e decorre do cumprimento de ordens que lhe são dadas que poderão ou não ser motivadas por ameaças de consequências graves.

1.2.3. Instigação – agente provocador, instigação em cadeia e excesso de mandato

O artigo 26.º do CP determina que: “*É punível como autor quem (...) dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.*”. Estamos perante a figura da instigação quando uma pessoa determina outra à prática de um ilícito típico, quando esta não tenha anteriormente dolo em relação a esse facto ilícito típico. O dolo do instigador é duplo por se reportar, por um lado, à determinação do instigado e, por outro, ao facto cometido pelo instigado, sendo certo que é no instigador que se verifica a presença dos elementos subjectivos.¹⁰

Decorre do próprio artigo 26.º do CP que é instigador quem determina dolosamente outrem a prática de um crime, pelo que, a negligência está excluída do âmbito da instigação.¹¹ Podemos, contudo, considerar que é possível o instigador agir com dolo eventual, ou seja, representando a possibilidade de sucesso da sua determinação e conformando-se com tal possibilidade. Importa aqui estabelecer o que distingue a autoria mediata da instigação. Na primeira, o agente mediato serve-se de outrem para executar o crime, enquanto que, na segunda, o instigador exerce uma determinada influência no instigado, influência essa que não é suficiente para tornar autor do crime o primeiro (uma vez que, o agente imediato passa a agir de forma consciente e tem, por isso, o domínio do facto).

⁹ Cfr. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal, Parte Geral, Volume II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto, 2006., p. 61-62; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 780 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 123.

¹⁰ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p.124.

¹¹ “*Se o agente induz negligentemente outrem a prática do facto, o homem-de-trás é punido a título de negligência (autoria paralela negligente).* Por outro lado, não é concebível uma autoria mediata negligente, por constituir uma contradição nos seus próprios termos”. Cfr. PAULO PINTO ALBUQUERQUE, ob. Cit., p. 127, Nota 30.

Ademais, só estaremos perante uma situação de instigação quando se verificarem determinados pressupostos, sob pena de configurar uma cumplicidade moral, caso em que o instigador será considerado cúmplice ou indutor.¹² Acresce que, o instigado tem de realizar pelo menos um acto de execução, sendo a tentativa (frustrada) de instigação impune.

Refira-se a este propósito, a figura do “*agente provocador*”, proibida no nosso ordenamento jurídico e que assume maior relevo (teórico) no âmbito do combate à criminalidade organizada e onde intervêm agentes policiais que assumem o papel de agentes provocadores, literalmente provocando outrem à prática de um crime e intervindo na sua consumação, ou seja, o crime poderia não ocorrer senão fosse essa provocação¹³.

Em síntese, podemos considerar que, a instigação é uma forma de participação no facto ilícito cometido por outrem, ou seja, a instigação é acessória do crime cometido pelo agente imediato. Desta forma, é o agente imediato que tem o domínio do facto, sendo assim, o único autor. A diferença em relação à autoria mediata é que o instigador cria no instigado a vontade (própria) de cometer um ilícito típico em concreto.

No entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque¹⁴, existem diversas formas de instigação, desde logo, quando o “homem-da-frente” age com dolo do tipo, mas é imputável diminuído, sendo requisito essencial o conhecimento dessa fragilidade psíquica daquele pelo “homem-de-trás”.¹⁵ Em nosso entendimento, consideramos, todavia, que só estaremos perante instigação – e não autoria mediata –, quando essa fragilidade que está na base da imputabilidade diminuída, não for de tal modo grave que impeça a liberdade de determinação e permita, assim, um juízo de censura e de culpa.¹⁶

A instigação pode, ainda, ser cometida por mais do que uma pessoa, o que configura uma co-instigação, ou seja, quando as acções dos vários instigadores são contemporâneas ou sucessivas, tal como é o caso da designada **instigação em cadeia**¹⁷. Nestas situações, o instigador recorre a uma terceira pessoa para servir de intermediário na acção de determinação e este tendo conhecimento do duplo dolo do primeiro, age em conformidade

¹² Cfr. Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, ob. Cit., pp. 800-801.

¹³ No Ac. da Rel. de Lisboa de 22-03-2011, relator Nuno Gomes da Silva, define-se da seguinte forma: “*O agente provocador será o membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua actuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a actividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da actividade de outra pessoa, o membro do órgão policial*”.

¹⁴ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 124, nota 21.

¹⁵ A título de exemplo: A tendo conhecimento que B se encontra com uma depressão grave, determina-o a matar C seu marido, depois de ter convencido A que este era o causador da depressão que possuía; D movido por um puro sentimento de vingança sobre F conduz E, que sabe ser piromaniaco, a uma mata da propriedade de F e, na sequência de dar um isqueiro a E, convence-o a incendiar parte da mata onde ambos se encontram.

¹⁶ Refira-se a esse propósito FIGUEIREDO DIAS que entende que, quando o homem-da-frente for considerado imputável diminuído deve ser punido no âmbito da instigação, embora com uma atenuação de culpa, não havendo lugar à autoria mediata (cfr. ob. cit., pp. 804-805).

¹⁷ O artigo 26.º do CP não exige que a determinação de outrem à prática de um facto ilícito típico seja necessariamente directa e, portanto, é possível existirem situações de instigação em cadeia.

com ele, assumindo o plano criminoso como seu. Assim, ambos serão considerados co-instigadores.¹⁸

Por último, cumpre apenas referir as situações em que se verifica, no seio da instigação, **excesso de mandato**, isto é, quando o instigado vai além do dolo determinado pelo instigador. Por exemplo, quando o agente imediato executa um crime mais grave será punido pelo crime novo, sem prejuízo da imputação do facto a título de negligência nos termos gerais ao “homem-de-trás”. Já quando o agente imediato fica aquém do dolo do instigador, aí só será imputável ao primeiro o crime efectivamente cometido.¹⁹

1.3. Participação criminosa

No âmbito da participação criminosa, cada um dos agentes presta o seu contributo de modo a realizar o tipo legal objectivo e subjectivo do crime e este irá resultar obrigatoriamente da coadjuvação de todos os intervenientes. Nesse sentido, o art.º 29º do CP determina que: *“Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”*. Isto é, a culpa de cada um é pessoal. Assim, podem existir diversos agentes, mas apenas um ser responsável, o que sucederá, por exemplo, no caso dos outros serem inimputáveis ou não agirem com dolo ou culpa. Na verdade, nem todos os participantes têm de ser necessariamente responsáveis pelo crime comum.

Nos crimes de participação os agentes que intervêm na execução do facto ilícito como participantes podem ter uma participação principal ou secundária. Na principal estão incluídos os agentes que o art.º 26.º do CP denomina de autores e na secundária englobam-se os cúmplices, nos termos do art.º 27.º do CP.

Vejamos, assim, as diferenças entre co-autoria e cumplicidade.

1.3.1. Co-autoria

A co-autoria encontra-se prevista no artigo 26.º do CP quando estabelece que: *“ É punível como autor quem (...) tomar parte directa na execução do facto por acordo ou juntamente com outro ou outros (...) ”*. Assim, é co-autor material quem, em caso de participação, *“toma parte directa na execução, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros”*. Esta cooperação na execução do crime pode resultar de acordo ou não, mas neste caso importa ainda que os participantes tenham consciência de cooperarem na acção comum²⁰.

Nesse sentido, a co-autoria pressupõe um acordo de actuação conjunta, isto é, uma decisão e uma execução conjuntas. Faria Costa entende que para configurar uma decisão conjunta basta a consciência e a vontade de colaboração de várias pessoas que realizam um tipo legal de

¹⁸ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 125.

¹⁹ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 126.

²⁰ Cfr. SILVA, Germano Marques da, ob. cit., p. 283

crime e que, *“na sua forma mais nítida tem de existir um verdadeiro acordo prévio - podendo mesmo ser tácito - que tem igualmente que se traduzir numa contribuição objectiva conjunta para a realização típica. Do mesmo modo que, em princípio, cada co-autor é responsável como se fosse autor singular da respectiva realização típica”*²¹.

Esse acordo pode, então, ser expresso ou tácito e pode, ainda, ser estabelecido entre o início e o fim do facto ilícito (co-autoria sucessiva), o que importa é que nesse acordo se determine o papel a atribuir a cada co-autor, ou seja, a forma como cada um deles irá contribuir para a actividade criminosa, o que torna todos igualmente responsáveis pelo ilícito praticado.

Relativamente à co-autoria sucessiva, a mesma só se torna efectiva quanto à actividade que se praticar a seguir ao acordo, uma vez que, só a partir desse momento é que se pode afirmar a existência de uma decisão e uma execução conjuntas, logo, *“ (...) Se, por exemplo, o acordo só teve lugar depois de um arrombamento e só a respeito da subtracção, apenas se poderá pôr relativamente a esta o problema da co-autoria”*.²²

Quanto à questão da punibilidade nos casos em que um co-autor pratica, de acordo uma decisão prévia conjunta, o primeiro acto de execução, e os restantes co-autores não tenham praticado qualquer acto de execução, Figueiredo Dias e Conceição Valdágua entendem que estes co-autores só serão punidos pela tentativa se tiverem, de facto, alguma actuação que se possa considerar como integrando os actos de execução previstos no art.º 22.º, n.º 2, do Código Penal.

A esse propósito Conceição Valdágua refere que, *“a tentativa começa, em relação a cada co-autor, quando o respectivo agente, em conformidade com o plano de execução do facto acordado entre ele e os outros participantes, pratica ou torna parte directa na prática de um acto de co-autor (...) ou quando esse agente também em conformidade com o aludido plano, pratica ou toma parte directa na prática de um acto de cumplicidade, ao qual, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, tendo em conta o dito plano, irá seguir -se em estreita conexão temporal, um acto do co-autor, a praticar pelo mesmo agente ou em cuja prática ele tomará parte directa”*²³.

1.3.2. Cumplicidade

Preceitua o art.º 27.º, n.º 1, do CP que *“é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”*. É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada (n.º 2 do art.º 27.º). O cúmplice limita-se a prestar auxílio ao autor do facto ilícito²⁴, auxílio esse que pode ser físico (cumplicidade material) ou psíquico (cumplicidade moral). O que releva é que possibilite ou

²¹ Cfr. FARIA COSTA, em *"Formas do Crime"*, Estudo publicado nas Jornadas de Direito Criminal, Edição CEJ, p. 176.

²² Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Coleção Studium, 1953, págs. 136-137.

²³ Cfr. VALDÁGUA Conceição, *"Início da tentativa do co-autor"*, Lisboa: Ed. Danúbio, 1986, pp. 216-217.

²⁴ No seguimento do exemplo dado na nota de rodapé 21, MIGUEZ GARCIA, exemplifica que numa situação dessas *“(...) já seria, provavelmente, cumplicidade o contributo do taxista que pelo dobro do preço normal da corrida, conscientemente, acede a levar os ladrões ao local do crime”*, ob. cit., p. 16.

facilite a realização do facto ilícito, não basta o simples conhecimento ou mesmo a aceitação do facto ilícito típico do autor, sendo, outrossim, necessário que se queira efectivamente auxiliar alguém a praticar o facto ilícito, reforçando a decisão criminosa já tomada pelo autor.

Efectivamente, ao contrário da co-autoria, a prática do facto ilícito pelo autor não tem que depender do contributo do cúmplice, basta que o favoreça, ou seja, que aumente as hipóteses da realização do facto ilícito por parte daquele. Aliás, se o contributo do cúmplice não potenciar a realização do facto ilícito pelo autor, então, estaremos perante uma tentativa de cumplicidade que não é punível. Por outro lado, a cumplicidade só será punível quando a contribuição para a realização do facto ilícito ocorrer antes do facto estar completamente realizado, ou seja, só configurará cumplicidade até à consumação do ilícito típico.

Após breves considerações sobre as formas de autoria e participação previstas no Código Penal, importa agora aplicá-las aos crimes relativos a estupefacientes, através de uma análise das questões doutrinárias e jurisprudenciais que se discutem acerca deste tema.

2. Autoria e participação criminosa quanto aos crimes relativos a estupefacientes

No nosso ordenamento jurídico é o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro que tem por objecto “a definição do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas” (cfr. art.º 1.º), constando das tabelas anexas ao referido diploma, as “plantas, substâncias e preparações” (cfr. art.º 2.º) proibidas ou carecidas de regulamentação. Este decreto surgiu na sequência da aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), assinada por Portugal, ratificada por Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91, publicados no Diário da República de 06.09.91.

Ao aludido diploma aplicam-se subsidiariamente as “ (...) disposições da parte geral do Código Penal (...) ” (cfr. art.º 48.º). É, de resto, aos artigos 26.º e 27.º do Código Penal que vamos apreender os conceitos de autoria e participação, que já desenvolvemos supra, e que se mostram essenciais para o estudo dos diversos crimes relacionados com estupefacientes, que se encontram previstos ao longo dos artigos 21.º a 33.º do D.L supra referido. Contudo, não encontramos em relação a todos eles questões doutrinárias ou jurisprudenciais que importem uma análise individual mais aprofundada.

A nível jurisprudencial colocam-se questões relativamente à autoria e participação criminosa, em especial no crime de tráfico (previsto no art.º 21.º do D.L supra citado) que “assenta numa cadeia de produção, distribuição, guarda e venda clandestina efectuada em regra por diferentes agentes e em diferentes posições e situações”²⁵. Sendo certo que, quer o crime de tráfico de menor gravidade (previsto e punido pelo art.º 25.º), quer o crime de traficante-consumidor (previsto e punido pelo art.º 26.º), fazem apelo ao art.º 21.º no que

²⁵ Cfr. LOBO, Fernando Gama, in “Droga – Legislação – Notas, Doutrina, Jurisprudência”, Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 157.

respeita ao elemento objectivo referente à prática de uma das actividades ali descritas e, portanto, é nesse ponto que se torna comum a apreciação de tais questões.

No âmbito do crime de consumo, previsto e punido pelo art.º 40.º do aludido diploma legal, não existem dúvidas quanto à autoria, sendo que, quanto à participação criminosa, como veremos infra, coloca-se a questão do “consumo compartilhado”.

2.1. Tráfico e outras actividades ilícitas – art.º 21.º

O bem jurídico tutelado no crime de tráfico é a saúde pública, face aos perigos que, quer o tráfico, quer o consumo representam para os cidadãos e para a sociedade em geral. É, precisamente, por isso que se trata de um crime de perigo abstracto ou presumido, tendo em conta que não exige para a sua consumação a existência de um dano real e efectivo. O crime consuma-se com a simples criação de um perigo ou risco de dano para o referido bem jurídico protegido.

Assim, uma vez provada qualquer uma das actividades previstas no art.º 21.º [cultivar, produzir, fabricar, preparar, oferecer, puser à venda/vender, distribuir, comprar, ceder, receber, proporcionar a outrem), transportar, importar, exportar, fizer transitar/transitar, ilicitamente detiver/deter] levadas a cabo dolosamente, verificado estará o crime de tráfico.

Nesse sentido, os elementos típicos objectivos do crime de tráfico são:

“(I) A prática não autorizada de qualquer das actividades descritas no normativo,

(II) a não verificação de actividade de cultivo, aquisição ou detenção, com finalidade de consumo pessoal exclusivo,

*(III) a existência de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas anexas I, II, III e IV”.*²⁶

Por outro lado, o elemento subjectivo traduz-se no dolo, isto é, a vontade de desenvolver sem autorização e sem ser para consumo as actividades supra descritas e o conhecimento por parte do agente da natureza e especificidades do produto estupefaciente.

Relativamente à questão da consumação do crime de tráfico, é jurisprudência dominante que, o mesmo se engloba na categoria de “crime exaurido”, “crime de empreendimento” ou “crime executado”²⁷, ou seja, basta um acto de execução, não se exigindo um dano concreto.

²⁶ O crime não exige que a detenção de droga se destine à venda, bastando a simples detenção ilícita, desde que, o estupefaciente não se destine na totalidade ao consumo do próprio agente, cfr. Ac. da Relação de Lisboa de 13.4.2000, proc. n.º 8465/99, disponível in www.dgsi.pt.

²⁷ Cfr. Ac. STJ de 05.12.2007, in www.dgsi.pt; Ac. Rel. Lisboa de 13.04.200 in C.J.-XXV-II-157; Ac. STJ de 19.04.2006 in www.pgdlisboa.pt.

Assim, será autor ou co-autor do crime de tráfico quem causar determinado facto comissivo ou omissivo²⁸, isto é, quem detiver o domínio do facto, seja ele próprio ou não a praticar o facto ilícito. Nesta criminalidade em específico, a jurisprudência tem entendido que a co-autoria pode ser parcial, isto é, não tem de abranger todos os actos praticados em ordem à obtenção do resultado pretendido, o essencial é que se verifique uma decisão conjunta²⁹. Note-se que, esta decisão conjunta tem que ser consciente e querida por todos os intervenientes, daí a negligência ser incompatível com a co-autoria³⁰.

Ressalve-se, contudo, que a descrição de actividades no tipo legal é tão ampla que não permite uma distinção clara entre autoria e participação. Aliás em relação a outros crimes poderiam os mesmos agentes serem qualificados como cúmplices e, neste caso, seriam considerados autores. No entanto, como veremos, qualquer tipo de intervenção subjectiva no tipo de tráfico não configura necessariamente uma situação de autoria do crime.

Consequentemente, colocam-se diversas questões entre co-autoria e cumplicidade a nível jurisprudencial. Por um lado, considera-se como co-autor e não cúmplice do crime de tráfico de estupefacientes:

– *“Aquele que faz a viagem no mesmo avião, combinada com o outro agente, de quem era controlador, com conhecimento de todos os pormenores inerentes, e que eles agiram de comum acordo e em conjugação de esforços, livre e conscientemente, com o propósito concretizado de obter vantagens económicas quer do transporte quer da oportuna venda do produto apreendido”* (cfr. Ac. do STJ de 21-09-1994, proc. n.º 046468, relator Amado Gomes, disponível em www.dgsi.pt);

– *Aquele que “(...) auxiliava o co-arguido B no transporte, (...), que conhecia a qualidade estupefaciente do produto e sabia que não podia transportá-lo ou vendê-lo (...)”*. Neste caso, o arguido B era o dono da heroína e levava-a no seu carro, para venda, contudo, *“a viatura, utilizada por forma a facilitar as respectivas transacções e iludir a vigilância policial, era conduzida pelo recorrente A, que desse modo ajudava aquele em tal tarefa, sabendo tratar-se de estupefacientes e que era proibido transportá-lo ou vendê-lo. Esse transporte consciente de droga, que outrem detinha, assegurado pelo recorrente, preenche directamente e desde logo o crime de tráfico do art.º 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n. 15/93 (...) Verificando que o transporte de droga pelo recorrente logo preenche, só por si, o tipo legal, é claro que constitui autoria do crime de tráfico; e não mera cumplicidade”* (cfr. Ac. do STJ de 07-06-1995, proc. n.º 047245, relator Pedro Marçal, disponível em www.dgsi.pt);

E, ainda, a título de exemplo, *“aquele que cede a sua casa a traficante para aí ser transaccionada droga e aí recebe e encaminha os conhecidos para o quarto onde assistia às entregas, por esse traficante ter sido detido e, por isso, ter ficado impedido de continuar com o*

²⁸ A teoria da causalidade adequada decorre do art.º 10.º, n.º 1, do CP *“quanto um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se for outra a intenção da lei”*. Assim, é autor quem dá causa ao facto.

²⁹ Cfr. Ac. S.T.J. de 18 de Julho de 1984 in BMJ, 339, 276; Ac. do STJ de 10.07.03, proc. n.º 03P3399; Ac. da Rel. do Porto de 5.11.08, proc. n.º 0814979, relatora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ Cfr. Ac. do STJ de 07-05-1992, proc. n.º 042591, relator Sá Pereira, disponível in www.dgsi.pt.

negócio na sua residência” (cfr. Ac. do STJ de 18-04-1996, proc. n.º 96P049, disponível em www.dgsi.pt); e aquele que estava encarregue de prevenir a aproximação das autoridades policiais ao local, sendo certo que as transacções só se efectuavam depois de essa pessoa fazer um sinal gestual com a mão de que tudo estava controlado (cfr. Ac. do STJ de 9-2-1994, in CJ-STJ, II, 1, p. 223).

Em todas estas situações verificamos que existiu um acordo prévio, através do qual os agentes decidiram em conjunto e executaram essa decisão conjunta, ou seja, foi atribuído um papel a cada um dos agentes e todos contribuíram para a actividade criminosa e, portanto, todos são igualmente responsáveis pelo ilícito praticado.

Por outro lado, já será considerada cúmplice, aquela que, além de aceitar que o *marido guarde, prepare e doseie a droga na residência comum, também, lhe presta actos de auxílio, designadamente, chegando-lhe sacos e/ou outros instrumentos que aquele utilizava na preparação, doseamento e acondicionamento do produto estupefaciente*³¹; *ou ainda aquele que, mesmo estando acamado, ajudava a companheira na divisão e acondicionamento em doses individuais da droga por ela vendida, usufruindo ambos de proveitos obtidos com essa actividade*³². Ou, ainda, nos casos em que a *companheira do autor se limita a contar o dinheiro do produto das vendas do produto estupefaciente*.³³

Tais exemplos configuram, precisamente, o contributo do cúmplice para a realização do facto ilícito típico pelo autor e demonstram que mesmo sem esse contributo o autor o realizaria na mesma, apenas teve um auxílio, num dos casos físico, noutra moral. As tarefas supra descritas revelam que não há um domínio do facto, apenas uma vontade de ajudar o agente a praticar o ilícito, quer fornecendo “sacos e/ou instrumentos”, quer dando-lhe apoio moral.

Importa, ainda, referir que nos crimes de tráfico é usual a intervenção do chamado “agente infiltrado” que pode agir como autor material, co-autor material ou cúmplice. A esse propósito, refira-se o caso tratado no Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2013, relator Arménio Sottomayor (disponível em www.dgsi.pt), no qual se refere que “*O agente infiltrado é aquele que, sem revelar a sua identidade nem os objectivos da sua actividade, se introduz no meio frequentado pelo suspeito/arguido de forma a tentar ganhar a sua confiança, integrando até, eventualmente, a organização criminosa, ou, pelo menos, acompanhando as actividades ilícitas, obtendo informações, recolhendo indícios ou elementos de prova das infracções investigadas, que tanto podem estar já consumadas, como estar ainda em fase de execução ou mesmo de preparação. Nessa qualidade, segundo os termos do art.º 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, está isento de responsabilidade penal, podendo praticar actos preparatórios ou executivos de uma infracção em qualquer forma de participação, com exclusão da instigação e da autoria mediata, ou seja agir como autor material, co-autor material ou como*

³¹ Cfr. Ac. da Relação do Porto de 08.11.2017, proc. n.º 238/16.9PDPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.

³² “*Difícilmente se poderia ilustrar melhor um caso de cumplicidade do que num caso como o dos autos. A dar crédito aos factos provados - e outros não há - o arguido não teve qualquer intervenção na decisão de traficar a droga. Assim como a não tinha na respectiva execução. Apenas surge a «ajudar» a arguida, aliás, numa tarefa secundária de acondicionamento de embalagens e recorte de plásticos” in Ac. do STJ de 15.02.2007, proc. n.º 07P014, disponível em www.dgsi.pt.*

³³ Cfr. Ac. do STJ de 22.07.2003, proc. n.º 03P3364, disponível em www.dgsi.pt.

cúmplice.(...) Por isso, os actos praticados em co-autoria pelo agente infiltrado, como se de um membro do grupo criminoso se tratasse, levam a estender aos co-autores o domínio funcional do facto". (Sublinhado nosso)

Neste caso, competia a um agente retirar a droga do contentor onde foi transportada, guardá-la na sua residência e, após, entregá-la aos respectivos destinatários, pelo que estava em causa uma situação clara de co-autoria material. Ainda que tenha agido na situação de erro quanto à circunstância de a pessoa capaz de retirar a droga do contentor ser um agente infiltrado, tal circunstância não produz a quebra do domínio funcional do facto.

Por fim, quando estamos perante o tipo qualificado previsto no art.º 24.º do D.L n.º 15/93, de 22.01, ou seja, quando estão em causa as circunstâncias agravantes da medida abstracta das penas previstas nos art.ºs 21.º e 22.º, coloca-se a questão de se saber se quando a ilicitude do facto passa pelas qualidades ou relações especiais do agente, as mesmas comunicam-se ao co-autor. O art.º 28.º, n.º 1, do CP diz-nos que nesses casos "1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora".

Assim, a ilicitude comunica-se, excepto quando seja outra a intenção da norma incriminadora. Esta excepção refere-se aos crimes de mão própria, aqueles que exigem que os actos de execução do ilícito sejam efectuados fisicamente pela própria pessoa do agente nomeado, tendo em conta as qualidades ou relações especiais que detém. Neste caso, essas circunstâncias pessoais não se transmitem ao participante e, assim, a sua responsabilidade não pode ser agravada.

No caso do crime de tráfico agravado, previsto nas alíneas d) e e) do normativo a que vimos a aludir, estão em causa qualidades profissionais dos agentes, pelo que são delitos de mão própria e não se comunicam aos participantes. Refira-se, a título de exemplo, o caso em que dois traficantes acordam em vender droga e um deles é farmacêutico e vende droga no exercício das suas funções. Aqui a circunstância agravante da alínea e) do art.º 24.º não se estende ao outro. Sendo certo que, tendo conhecimento da profissão do outro agente, tal deverá agravar a sua culpa, mas nos termos do art.º 29.º do CP.

2.2. Tráfico de menor gravidade – art.º 25.º

O crime de tráfico de menor gravidade, previsto no art.º 25.º do D.L n.º 15/93, de 22.01, pressupõe que, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se encontre diminuída de modo considerável, tendo em conta nomeadamente a modalidade ou as circunstâncias da acção e a qualidade ou quantidade dos produtos.

A diferença entre os artigos 21.º e 25.º coloca-se apenas na ilicitude do facto, que neste último caso, será consideravelmente diminuída, por exemplo, quando o agente for consumidor, ou

seja, quando destine o produto estupefaciente também para seu consumo próprio e apenas parte desse produto seja destinado a cedência para terceiros³⁴.

Assim, será autor ou co-autor, mais uma vez, quem tiver o respectivo domínio do facto, sendo certo que, o art.º 25.º é um tipo privilegiado em relação ao tipo fundamental do art.º 21.º, logo será autor ou co-autor quem praticar uma das actividades ali descritas, mas desde que, a ilicitude do facto se mostre “*consideravelmente diminuída*”, atentas as circunstâncias que se verifiquem naquela acção concreta. Deste modo, também, nos deparamos neste tipo legal com a mesma problemática do art.º 21.º quanto à distinção entre autoria e participação, levando a que em certos casos se considerem os agentes como cúmplices e noutros como autores.

Para melhor compreendermos esta dificuldade de distinção entre autoria e cumplicidade faremos uma breve análise ao Acórdão da Relação de Coimbra de 27-04-2016, proc. n.º 113/14.1GASJP.C1, relatora Alice Santos (disponível em www.dgsipt). No âmbito do aludido processo, os arguidos haviam sido acusados, cada um, da prática de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, p. e p. no art.º 25.º, al. a), do D.L n.º 15/93 de 22.01. Após o julgamento, o arguido A foi condenado pela prática, como autor material, de um crime de consumo de estupefacientes p. e p. nos termos do disposto no artigo 40.º, n.º 2, do mesmo diploma e a arguida B, pela prática, como cúmplice, do mesmo crime.

Em suma, em datas não concretamente apuradas, o arguido A cultivava plantas de “cannabis” na sua residência, com vista ao seu consumo e à venda a terceiros, sendo que, durante um determinado período de tempo se ausentou do país. Nesse período, a arguida B ficou encarregue de ir regando os pés de cannabis. Até que, no dia 24 de Setembro de 2014, os arguidos tinham na sua posse “ (...) *no interior da residência de ambos, sita na Rua (...), Paredes da Beira, vários pedaços de resina de cannabis, com o peso bruto de 68,160 gramas, correspondendo a 133 doses individuais e, na varanda, 3 plantas de cannabis, uma com 75 cm de altura e duas com 45 cm de altura, com o peso líquido de 641,5 gramas, que correspondem a 733 doses individuais (...)* ”.

No entanto, em sede de recurso, o Tribunal da Relação considerou que, atenta a detenção e plantação da quantidade global de 866 doses não era possível integrar a conduta dos arguidos no crime de consumo de estupefacientes, mas sim, no crime de tráfico de menor gravidade. Ademais, quanto à arguida B, o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que a mesma não tinha agido como cúmplice, mas que ao cuidar da plantação, durante o tempo em que o arguido A esteve ausente, “ (...) *a sua actuação, ultrapassou o mero auxílio, tendo o domínio, nesse tempo decisivo, do cultivo, com o aludido fim (...)*, condenando ambos como co-autores materiais e na forma consumada da prática do crime de tráfico de menor gravidade.

Verifica-se, deste modo, que o arguido A detinha em seu poder plantas de cannabis, cultivava-as e extraía a substância activa psicotrópica, para consumo pessoal seu e da arguida e, também, com o objectivo de vender o produto a terceiros. Ou seja, a sua conduta integrou,

³⁴ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 04-05-2005, proc. n.º 05P1263, de 13.10.2004, proc. n.º 2693/04, e de 23 -02-2005, proc. n.º 130/05, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

pelo menos, quatro das actividades previstas no art.º 21.º. Já a arguida B, ao cuidar da plantação durante o período de tempo em que o arguido esteve ausente, com os mesmos objectivos, tinha o domínio da detenção e do cultivo do produto estupefaciente.

Assim, as condutas de ambos os arguidos integram algumas das actividades descritas no art.º 21.º, contudo, atenta a quantidade e natureza da droga em questão e o facto de o fim primordial ser o consumo, o Tribunal superior entendeu que, a ilicitude de ambos era consideravelmente diminuída e condenou-os pela prática, em co-autoria material, de um crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, p. e p. pelo art.º 25º, al. a), do DL nº 15/93, de 22.01.

2.3. Traficante-consumidor – art.º 26.º

Estamos perante um crime de traficante-consumidor nos termos do art.º 26.º, n.º 1, do Dec. Lei n.º 15/93, *“Quando, pela prática de algum dos factos referidos no art.º 21.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, ...”*³⁵.

Ressalve-se que, o simples facto de um traficante ser, também, um consumidor de estupefacientes, não implica necessariamente que se passe a considerar o mesmo como traficante-consumidor, uma vez que, tal só acontecerá quando através do tráfico o agente tiver como finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para consumo pessoal.³⁶ Porém, deverá ter-se sempre em atenção o disposto no n.º 3 do art.º 26.º que estabelece que *“Não é aplicável o disposto no n.º 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias”*³⁷.

Pese embora, a jurisprudência vir seguindo a interpretação literal relativamente à exigência de o agente ter por finalidade exclusiva a satisfação das necessidades de consumo de estupefacientes, concordamos com o autor Pedro Patto, quanto ao facto desta interpretação ser desfasada da realidade do tráfico e consumo de estupefacientes, uma vez que, o mais comum é o toxicodependente não auferir quaisquer outros rendimentos e através do tráfico satisfazer, também, as suas necessidades básicas e exigências mínimas de sobrevivência³⁸.

Nesse sentido, será considerado autor deste crime, aquele que agir com dolo específico, ou seja com o único e exclusivo objectivo de obter plantas, substâncias ou preparações para o seu próprio consumo. Assim, se se vier a verificar que o arguido pretendia, também, obter

³⁵ Este crime é sancionado de forma menos severa do que o tráfico simples e até do de menor gravidade, porque está dissociado do propósito de difusão ilimitado, está sim condicionado à satisfação do vício do traficante e, portanto, o perigo gerado é menor.

³⁶ Vide jurisprudência corrente nesse sentido, Acórdãos do STJ de 27-07-2006, Rec. 2815-6.º e 13-09-2006, proc. n.º 06P1929, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁷ Na aferição das quantidades de consumo médio individual diário devem ser considerados os valores fixados no mapa a que se refere o art.º 9.º da Portaria n.º 94/96, de 26.3.

³⁸ Cfr. ALBUQUERQUE, Pinto Paulo e BRANCO, José (Org.), Comentário das Leis Penais Extravagantes, volume 2, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 516 e 517.

proveitos económicos com a prossecução de qualquer uma das actividades descritas no art.º 21.º, fica imediatamente afastada a incriminação do art.º 26.º.

Assim, face ao exposto, verificamos que não se chegam a colocar questões de co-autoria ou cumplicidade nestes casos, uma vez que, na prática, a maior parte das situações abstractamente enquadráveis na incriminação típica do crime do traficante-consumidor é acusada pela incriminação do crime de tráfico, quer o simples, quer o de menor gravidade e é nesse ponto, como já desenvolvemos supra, que há lugar a discussões de âmbito jurisprudencial.

2.4. Consumo – art.º 40.º

O crime de consumo de estupefacientes encontra-se previsto no art.º 40.º do Dec. Lei n.º 15/93, de 22.01., punindo como tal *“Quem consumir ou, para o seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV (...)”* [n.º 1], diferenciando-se a correspondente reacção penal, para uma moldura mais grave, se a respectiva quantidade desses produtos *“exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias”* [n.º 2].

Assim enquanto aqueles outros ilícitos de tráfico apontam para a tutela da saúde pública da comunidade, nas suas múltiplas facetas, já no crime de consumo de estupefacientes pretende-se tutelar a vida, a saúde e o bem-estar do indivíduo [cfr. Ac. S.T.J. de 31-05-1885, *BMJ* 447/178].

Posteriormente e com a Lei n.º 30/2000, de 29/11, que instituiu o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, passou a consagrar-se no seu art.º 2.º, n.º 1, que *“O consumo, a aquisição e a a e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação”*.

Mas logo se acrescentou no seu n.º 2 que *“Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”* – este quantitativo pode considerar-se extensivo ao crime de traficante-consumidor, considerando-se parcialmente revogado o disposto no art.º 26.º, n.º 3, do Dec. Lei n.º 15/93, já que o mesmo se reportava apenas a um *“período de cinco dias”* [cfr. Ac. STJ de 20-04-2006, *CJ* (S) I/244].

Posteriormente e para solucionar o diferendo se o consumo de estupefacientes quando superior ao indicado *“período de 10 dias”* representava um crime ou uma contra-ordenação, surgiu o Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência, n.º 8/2008, de 25/Jun. [DR I, n.º 146, de 05-08-2008], que fixou a seguinte jurisprudência:

“Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto -Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só «quanto ao cultivo» como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”.

Ora, no crime de consumo o que releva é o destino que o agente dá á droga – o consumo ou o cultivo, aquisição e detenção para o consumo. O art.º 40.º pretende punir não só o próprio acto de consumo, mas *“exige que o seu destino seja para consumo próprio não autorizado, nisso consistindo o dolo do agente, que igualmente deverá actuar sabendo da proibição (consciência da ilicitude)”*³⁹. Trata-se, pois, de um crime próprio, individual. Assim, apesar de, na prática ser consabido que muitos consumidores se juntam com o propósito exclusivo de usarem ou consumirem estupefacientes, o que vem sendo designado na gíria como “consumo partilhado”, não existe, no ordenamento português, a previsão legal ou punição deste comportamento em sede de tipo de ilícito penal.

Isto posto, mesmo que se verifique a compra de estupefacientes para consumo “compartido” ou apenas quando ocorre um consumo em conjunto, não estaremos perante uma situação de co-autoria ou cumplicidade no âmbito do tipo legal previsto no art.º 40.º.

Eventualmente, constatar-se-á a prática de algumas das actividades descritas no art.º 21.º, nomeadamente, *“..., preparar, oferecer, ...comprar, ceder ou, por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, ...,fazer transitar ou ilicitamente detiver”*, e assim se preencher aquele crime de tráfico, que poderá ser mesmo de menor gravidade (nos casos de ilicitude consideravelmente diminuída nos termos do disposto no art.º 25.º), podendo, nesses casos vir a colocar-se as questões supra enunciadas.

3. Prática e gestão processual

3.1. Da abertura e direcção do inquérito

O Ministério Público adquire a notícia do crime - cfr. artigos 241.º, 242.º e 248.º do CPP -, e deve verificar, desde logo, se a competência foi delegada no OPC competente e se, sempre que forem solicitadas intercepções telefónicas ou buscas, foram efectuadas as comunicações prévias impostas pelo art.º 4.º, do DL. 81/95, de 22 de Abril. Caso não tenham sido, é necessário diligenciar pelo seu integral cumprimento.

Nos termos do art.º 57.º do D.L n.º 15/93, presume-se deferida à Policia Judiciária (PJ), através da Direcção Central da Investigação do Tráfico de Estupefacientes, a competência para investigação dos crimes previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 27.º e 28.º do referido diploma. Tal competência reservada da PJ encontra-se, também, prevista na Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto (LOIC) – art.º 7.º, n.º 3, al. i). Caberá a Guarda Nacional Republicana e à Policia de

³⁹ Nesse sentido, FERNANDO GAMA LOBO, ob. cit., p. 142.

Segurança Pública a investigação dos crimes previstos no n.º 2 do referido art.º 57.º. Acresce que, está em causa um crime de investigação prioritária, nos termos do disposto no art.º 2.º, al. j), da Lei n.º 96/2017, de 23.08.2017.

Atendendo a que as diligências de investigação deverão, nos moldes preditos, ser levadas a cabo pela Polícia Judiciária, ainda que ao Ministério Público caiba a tarefa de a dirigir e controlar (cfr. art.º 2.º, n.º 2 e 4, da LOIC), nomeadamente, através de relatórios intercalares de investigação, devendo sempre atentar nos prazos de duração máxima do inquérito e medidas de coacção, cremos que, na prática, tal controlo se mostra assegurado através da prévia criação de traslado. Trata-se, essencialmente, de uma duplicação dos elementos essenciais dos autos. Assim, sempre que se afigurar necessário, até por sugestão policial, ordenar ou promover alguma diligência, o inquérito original, na posse do OPC durante a realização das diligências de inquérito, regressará às mãos do magistrado do Ministério Público titular para uma melhor análise e fundamentação, o qual aferirá então, da utilidade e necessidade da concretização daquela.

O art.º 47.º, n.º 1, al. d), do Estatuto do Ministério Público define que compete ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal coordenar a direcção da investigação do crime de *“Tráfico de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e precursores, salvo tratando-se de situações de distribuição directa ao consumidor, e associação criminosa para o tráfico”* e bem assim, compete-lhe, de acordo com o n.º 3 do aludido preceito, dirigir o inquérito e a acção penal nos termos aí melhor descritos (Veja-se a este propósito, a Circular n.º 10/1999 da Procuradoria-Geral da República).

Cumpre notar também, neste âmbito, a Circular n.º 11/1999 da Procuradoria-Geral da República, de acordo com a qual se deverá, no início de qualquer processo de inquérito relativo aos crimes elencados no já mencionado art.º 47.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, proceder ao preenchimento e envio ao DCIAP de uma ficha anexa à supracitada Circular, nela se inserindo todos os dados que então já sejam conhecidos.

Deste modo, e logo que, no decurso das acções descritas no artigo 1.º da Lei de Organização da Investigação Criminal, surjam elementos que indiciem a prática de um crime, deverá ser instaurado o respectivo processo criminal, devendo ser dado imediato conhecimento ao Ministério Público.

3.2. Investigação – recolha de prova no inquérito

Para uma melhor compreensão prática da gestão processual de um inquérito, no âmbito do crime de tráfico de estupefacientes, iremos utilizar, a título de exemplo, o processo n.º 794/12.0JACBR, cuja investigação correu termos na 1.ª secção, do DIAP de Coimbra. Este processo iniciou-se com uma denúncia anónima enviada à Polícia Judiciária, dando conta da existência de uma rede de tráfico de droga, a actuar nas zonas de Coimbra, Figueira da Foz, Leiria e Pombal. Nesse seguimento, a PJ abriu inquérito e comunicou-o ao Departamento de Investigação e Acção Penal de Coimbra (DIAP), nos termos dos artigos 248.º e 53.º, n.º 2, do

CPP, artigos 2.º, n.º 3 e 7 da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto e da Directiva 1/2002, da PGR, DR II, Série n.º 79 de 4 de Abril.

De forma a conhecer a dimensão da alegada rede de tráfico, identificar o papel de cada interveniente, viaturas e locais utilizados, eventuais colaboradores, bem como o *modus operandi* dos suspeitos foi necessário proceder a diversas diligências de investigação que, iremos desenvolver e através das quais se logrou, na prática, a obtenção de elementos de prova da forma mais eficaz, tendo em conta a previsível indiciação/imputação pela eventual prática de um crime de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 21.º, do D.L n.º 15/93, de 22.01.

Antes de mais, cremos constituir uma boa prática quando se está perante um inquérito, em que se investiga a eventual prática de um crime de tráfico de estupefacientes, sujeitá-lo a **segredo de justiça**, nos termos do art.º 86.º do CPP. Assim se considera uma vez que, atenta a tipologia criminosa sob investigação o mesmo inquérito carece de diligências, nomeadamente, a realização de buscas e escutas em que a sua publicidade poderia comprometer toda a investigação, no que diz respeito à aquisição e conservação de prova.

Acresce que, tendo em conta a tipologia dos sujeitos habitualmente intervenientes nestas investigações (suspeitos vendedores, suspeitos fornecedores, consumidores...), o seu livre acesso poria em risco e perturbaria as diligências levadas a cabo, ora só a sua sujeição a segredo de justiça pode diminuir esses riscos, pelo que, nos termos do art.º 86.º, n.º 3, do CPP, o Magistrado do Ministério Público deve determinar a sujeição dos autos ao segredo de justiça (tal como o fez *in casu*), devendo tal decisão ser validada pelo JIC no prazo de 72 horas.

Ultrapassado o período máximo de duração do segredo de justiça – 14 meses – na sua vertente interna (cfr. art.º 276.º, n.º 3, al. a), por referência ao art.º 215.º, n.º 1 e 2, do CPP), o arguido poderá ter acesso a toda a documentação do processo. No mais, o segredo de justiça na sua vertente externa poderá manter-se, sendo que, a comunicação do teor de actos processuais poderá fazer incorrer os seus autores na prática do crime de violação do segredo de justiça, p. e p. pelo art.º 371.º do CP.

Após e, no âmbito de acções de vigilância pela PJ, afigura-se de extrema importância e utilidade para a obtenção da prova e descoberta da verdade material, de forma a apurar a identificação dos suspeitos e o *modus operandi*, proceder ao **registo de voz e imagem** daqueles.

Este meio de produção de prova encontra-se regulado na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e é admissível para a investigação, entre outros, do crime de tráfico de estupefacientes [cfr. art.º 1.º, n.º1, al. a)]. Tal registo depende de prévia autorização do Juiz, mediante promoção do Magistrado do Ministério Público nesse sentido, nos termos do disposto no art.º 6.º, do referido diploma legal. É um facto que, com esta diligência, “ (...) agride-se o direito à imagem, constitucionalmente garantido e protegido, cujo conteúdo integra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade individual, mas não a “privacy”, aquela área nuclear e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares; (...). Contudo, “ (...) deve prevalecer o entendimento de que o registo de voz e

*imagem, como meio idóneo para captar a prática de factos passíveis de serem considerados como ilícitos penais e, nos termos da lei processual penal, servir de meio de prova, não atinge, de forma intolerável, o núcleo essencial do direito à privacidade de cada um”.*⁴⁰

Quanto às formalidades aplicam-se, com as devidas adaptações, as previstas no art.º 188.º do CPP.

Por outro lado, um meio de prova, particularmente essencial à descoberta da verdade, no tráfico de estupefacientes são as intercepções telefónicas, vulgarmente designadas como **escutas telefónicas**⁴¹ que, por afectarem determinados direitos fundamentais⁴², têm de ser previamente autorizadas pelo Juiz de Instrução, mediante promoção do Magistrado do Ministério Público nesse sentido, nos termos do art.º 187.º n.º 1, al. b) e n.º 4 e 269.º, n.º 1, al. e), ambos do CPP. De 15 em 15 dias os autos, relatórios e suportes técnicos devem ser presentes ao Magistrado do Ministério Público que deve tomar conhecimento e submeter a validação judicial as gravações efectuadas, nos termos do art.º 188.º, n.º 3 e 4 do CPP, cumprindo ao Juiz determinar a transcrição das conversações com maior relevância para os autos, conforme previsto no art.º 188.º, n.º 7, do CPP, com vista a servirem, ademais, de fundamento para eventual aplicação da medida de coacção.

Ordenada, nos moldes preditos, uma ou várias intercepções a um ou mais aparelhos (vulgarmente, no mínimo, a um número de telefone de rede móvel ou fixa e, no caso daqueles, respectivo IMEI) são criados alvos de intercepção (um por aparelho móvel ou fixo ou IMEI), com suporte digital de onde constam as conversações e SMS recebidas e efectuadas.

Ao longo da investigação pode ser necessário prorrogar as intercepções para todos ou determinados alvos, de acordo com o previsto no n.º 6 do art.º 187.º do CPP, ou interceptar um novo suspeito (que, detendo um novo aparelho de comunicações que não seja, ainda, objecto de intercepção, dará origem a um novo alvo), passando tais sugestões do OPC sempre pelo crivo e activa promoção nesse sentido do Magistrado do Ministério Público e consequente aprovação e determinação expressa do Juiz de Instrução (desde que cumpridos os respectivos requisitos de admissibilidade).

Após o período de escutas telefónicas, transcritas as que se consideram relevantes para a descoberta da verdade, boa decisão da causa e aplicação de medida de coacção e concluindo-se pela muito forte probabilidade de o suspeito ou outras pessoas possuírem em sua casa (portanto, em lugar não acessível ao público⁴³) objectos relacionados com o tráfico ou produto

⁴⁰ Nesse sentido, vide Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-01-2011, proc. n.º 833/10.OPAMTJ-A.L1-5, disponível em www.dgsi.pt.

⁴¹ O disposto nos artigos 187.º e 188.º é aplicável “(...) às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes”.

⁴² A esse propósito vide o Ac. da Relação de Coimbra de 11-05-2016, relator Fernando Chaves, proc. n.º 98/14.4TANZR-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

⁴³ Só uma busca domiciliária permite a recolha desses objectos, pelo que, o direito à inviolabilidade, previsto no art.º 34.º CRP, deve ceder perante o interesse da investigação criminal para a boa aplicação da justiça. A mesma deve-se realizar nos termos do n.º 2 do art.º 177.º do CPP.

estupefaciente (artigos 174.º, n.º 2 e 177.º, ambos do Código Processo Penal), as **buscas** serão, muitas vezes, indispensáveis ao êxito da investigação, não dependendo de prévia autorização ou ordem de autoridade judiciária competente, atento o disposto nos art.ºs 174.º, n.º 5, al. a), do CPP e 51.º do D.L n.º 15/93, de 22.01. Nos casos de tráfico de estupefacientes, atenta a redacção daquele art.º 51.º, a busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada também pode ser ordenada pelo MP ou pelos órgãos de política criminal, mas, por força do art.º 177.º, n.º 2, do CPP, por remissão para o n.º 5 do art.º 174.º do mesmo diploma legal, a realização dessa diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação.

As boas práticas e o recurso à lei processual penal determinarão que, na maioria dos casos, as buscas domiciliárias sejam previamente ordenadas por Juiz de Instrução, mormente nos casos em que se pretenda que tal tenha lugar em período nocturno (período este que a prática tem demonstrado revelar-se mais eficaz, atento o facto surpresa e a circunstância de muita da actividade relacionada com o tráfico de estupefacientes ter lugar em período nocturno).

Com as buscas pretende-se apreender os referidos objectos e, sobretudo, produto estupefaciente, devendo a apreensão cumprir os pressupostos previstos no artigo 178.º, n.º 1, do CPP. No âmbito das apreensões ocorridas na investigação deste tipo de crime é realizado um teste rápido que permite saber se a substância em causa se trata de estupefaciente e qual o tipo, sendo certo que, este teste será sempre confirmado por exame a efectuar no Laboratório de Policia Científica (LPC).

A par destas diligências investigatórias, é possível, o recurso às designadas **acções encobertas**.

Foi o diploma conhecido como “Lei da Droga” - DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro - o pioneiro nesta matéria: no seu art.º 52º (“Conduta não punível”), n.º 1, estabelecia-se *“Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”*. Seguiu-se o DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que veio alterar a Lei da Droga, passando o anterior art.º 52º para o art.º 59º.

Em relação ao crime de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, as possibilidades de acção do agente infiltrado, *“para fins de prevenção ou repressão criminal”*, foram ampliadas pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, procedendo à alteração do art.º 59.º, do D.L n.º 15/93. É, ainda, nesta lei que, pela primeira vez, é feita menção ao *“agente infiltrado”*⁴⁴ e se prevê a possibilidade de estas acções serem efectuadas por *“terceiros infiltrados”* (novo art. 59º-A).

Actualmente, as acções encobertas são objecto de um regime jurídico próprio, estabelecido ao abrigo da Lei n.º 101/2001, o qual veio revogar as normas relativas a esta matéria até então

⁴⁴ Antes de vigorar o regime jurídico das acções encobertas falava-se em “agente infiltrado”, contudo, este regime veio subsumir o agente interveniente em operações *“com ocultação da qualidade e identidade”* à denominação de *“agente encoberto”*. Pelo que, consideramos não existir uma autonomia conceptual entre a figura do agente infiltrado e do agente encoberto.

em vigor (art.º 7º) – o RJA. Aqui é dada, pela primeira vez, no n.º 2 do art.º 1º, uma noção de “acção encoberta”, a saber “*aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados neste diploma, com ocultação da sua qualidade e identidade*”.

No decurso do inquérito, a sua realização dependerá de autorização do Ministério Público, com posterior comunicação ao Juiz de Instrução. Acresce, ao abrigo do n.º 6 do art.º 3.º, no desenrolar da acção encoberta, impende sobre a PJ o dever de fazer o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente, no prazo máximo de 48 horas após o seu termo.

Ora, é no art.º 6º do RAJE que está previsto o regime da isenção de responsabilidade penal do agente encoberto: “*Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma*”.

Fora desses casos, o recurso à figura do agente encoberto é legalmente inadmissível e, por isso, as provas assim obtidas são provas proibidas, face ao art.º 125.º do CPP e, consequentemente, nulas, nos termos do art.º 126.º, n.º 2, al. a), do CPP⁴⁵.

Refira-se a este propósito, o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso Teixeira de Castro C. Portugal (44/1997/828/1034) de 9 de Junho de 1998, no qual o Estado Português foi condenado a pagar a título de indemnização, a quantia de 10 milhões de escudos a um cidadão português, que havia sido condenado pelos tribunais portugueses por tráfico de droga, por concluir que os agentes das PSP ali referidos, com ocultação da sua qualidade, ao procederem à detenção do cidadão, no momento em que lhes entregou certa quantidade de heroína, que aqueles insistiram em comprar, não actuaram como agentes infiltrados, mas sim como verdadeiros agentes provocadores do crime.

Refira-se, ainda, outra hipótese de diligência investigatória, mas em acções de dimensão internacional: **as entregas controladas ou vigiadas**, que se encontram reguladas no art.º 160.º-A da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto e que consiste na “*(...) não actuação dos órgãos de polícia criminal no âmbito de investigações criminais transfronteiriças relativas a infracções que admitam extradição, com a finalidade de proporcionar, em colaboração com o Estado ou Estados estrangeiros, a identificação e responsabilização criminal do maior número de agentes da infracção*”, podendo ser autorizada pelo Ministério Público “caso a caso”.

⁴⁵ Está aqui em causa a conduta do designado “agente provocador” que instiga/provoca/gera o próprio crime e que, conforme já referimos, não é legalmente permitido no nosso sistema jurídico, e esse sim, constitui um método proibido de prova, nos termos do art.º 126.º, n.º 2, al. a), do CPP.

3.3. Procedimentos no âmbito da detenção dos suspeitos

Após um período prévio de investigação abrangendo uma série maior ou menor das diligências de obtenção de prova que supra elencámos, a detenção dos suspeitos em flagrante delito decorre normalmente, das acções de vigilância que vão sendo realizadas ou no âmbito das intercepções telefónicas, das quais resultem fortes suspeitas de que os visados irão proceder a uma transacção de estupeficientes num determinado dia e local. Assim, no âmbito de uma abordagem policial em que se verifique essa transacção, os suspeitos serão abordados e revistados, de acordo com as disposições conjugadas do art.º 175.º, n.º 1, do CPP e do art.º 53.º, do D.L n.º 15/93, de 22.01, e confirmando-se que se trata de produto estupefaciente os mesmos serão detidos em flagrante delito, nos termos dos artigos 255.º, n.º 1, al. a), e 256.º, do CPP.

Note-se que, da investigação realizada (nomeadamente em virtude de dados relevantes captados em sede de intercepções telefónicas) se se concluir também pelos fortes indícios da prática do crime de estupeficientes e, desde que se verifique uma das situações previstas no art.º 257.º do CPP, é usual a emissão de mandados de detenção fora de flagrante delito (cfr. art.º 258.º), com a subsequente apresentação dos visados, entretanto constituídos arguidos, a 1.º interrogatório judicial, nos termos e para os efeitos do art.º 141.º do CPP.

No seguimento da detenção em flagrante delito ou fora de flagrante delito ou até antes dessa actuação e no âmbito do art.º 174.º, n.º 5, al. c), do CPP são, então, desencadeadas as buscas domiciliárias (já autorizadas e que se desenvolvem nos termos supra explanados) às habitações dos detidos com vista a apreensão de produto estupefaciente ou outros relacionados com o crime.

No processo supra identificado, neste ponto, foram encontradas e apreendidas avultadas quantias monetárias em dinheiro, uma grande quantidade de estupefaciente (devidamente embalado ou pronto a ser “cortado” e vendido), uma balança de precisão, sacos com recortes circulares, o que levou a concluir, com grau relevante de certeza, que os indivíduos detidos se dedicavam em exclusivo ao tráfico de estupeficientes, fazendo desta actividade ilícita o seu “*modus vivendi*” de onde tiravam avultados proventos financeiros. Aliás, no decurso da investigação já havia resultado que nenhum dos detidos exercia qualquer actividade legalmente remunerada, o que sucede de forma usual em casos como o que ora expomos, uma vez que é vulgar a dedicação “exclusiva” a esta actividade altamente rentável.

Paralelamente tal como sucedeu no caso em apreço, são normalmente efectuadas buscas e apreensões dos veículos dos visados, já previamente autorizadas pelo Magistrado do Ministério Público. E, ainda, os próprios detidos são revistados e são apreendidos os telemóveis e outros instrumentos ou próprio produto estupefaciente que os mesmos transportem consigo.

Relativamente aos telemóveis que venham a ser apreendidos, tenha-se em consideração que só é possível legalmente proceder-se à leitura das listas de contactos, mensagens recebidas e enviadas, registos de chamadas e imagens de áudio, se o proprietário o autorizar ou mediante

autorização do Juiz de Instrução. É de todo o interesse para a investigação proceder à leitura dos conteúdos dos telemóveis apreendidos aos arguidos, de forma a analisar os contactos estabelecidos para aquisição/venda de estupeficientes com fornecedores e consumidores, pelo que, o Magistrado do Ministério Público deverá requerer ao JIC a respectiva autorização, nos termos do disposto nos artigos 269.º, n.º 1, al. e), 187.º, n.º 1, al. b), e n.º 4, al. a), 188.º e 189.º, todos do CPP.

Mais será necessário requerer, nos mesmos moldes (cfr. art.º 189.º, n.º 2, do CPP), a autorização da apreensão de correio electrónico ou registo de comunicações de natureza semelhante, que venham a ser encontradas na pesquisa informática, e que se revelem importantes para a descoberta da verdade e prova, nos termos do disposto nos art.s 11.º, n.º 1, al. c), e 17.º, da Lei n.º 109/15, de 15.09.

No seguimento de tais detenções, buscas e apreensões, normalmente encabeçadas pelo OPC, são aquelas comunicadas, de imediato, ao Magistrado do Ministério Público que irá, então, promover a apresentação dos detidos a 1.º interrogatório judicial, nos termos do art.º 141.º do CPP, com vista a aplicar uma medida de coacção mais gravosa do que o termo de identidade e residência a que os arguidos já se encontram sujeitos.

Desde logo, nessa promoção será validada a constituição dos arguidos, desde que reunidos os requisitos dos art.º 58.º, n.º 3, do CPP e as apreensões efectuadas, nos termos previstos no art.º 178.º, n.º 5, do CPP.

Será útil, nesta fase, promover a junção de certificado de registo criminal actualizado dos arguidos, bem como pesquisas de processos de natureza criminal pendentes. Complementarmente e porquanto poderá ser útil, em sede de 1.º interrogatório judicial, para efeitos de apuramento da situação económica dos detidos e sua comparação com a actividade profissional declarada, poderão ser levadas a cabo pesquisas (desde logo, no T-Menu: ISS, IP, Conservatória do Registo Predial e/ou Automóvel...) visando-se apurar do concreto património/proventos detidos ou auferidos pelo(s) suspeito(s).

De seguida, de acordo com os elementos de prova coligidos para o inquérito deve ser indiciada a factualidade imputada aos Arguidos, a sua qualificação jurídica e os elementos de prova que a sustentam. No caso que vimos de aludir, foi imputada a prática, por cada um dos arguidos, como autores materiais, de um crime de tráfico de estupeficientes, p. e p. pelo art.º 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/01, por referência à tabela I-A e I-C anexas ao mesmo diploma.

De notar que, sendo inequívoco que deverá, nos termos legais, em sede de indicição, ser indicada prova, relativamente a relatos de diligências externas e a sessões registadas (resultantes de intercepções telefónicas) é aconselhável promover que não se efectue a integral comunicação das transcrições das sessões aos arguidos, nos termos do disposto no art.º 141.º, n.º 4, al. e), do CPP, uma vez que, tal poderia colocar em causa a investigação e dificultar a descoberta da verdade material.

No âmbito do 1.º Interrogatório Judicial, neste tipo de criminalidade, amiúde, a medida de coacção adequada e suficiente a satisfazer as exigências cautelares que o caso requer, é a prisão preventiva, nos termos do disposto nos artigos 181.º, 193.º, 202.º, n.º 1, al. a) e 204.º, alíneas a) e c), todos do CPP. Na verdade, trata-se de um crime grave, que perturba a ordem e tranquilidade públicas, causando alarme social a libertação de arguidos, tendo em conta, as implicações sociais relacionadas com o flagelo que é a droga, que conduz, muitas vezes, a resultados trágicos no seio dos agregados e, conseqüentemente, da comunidade.

Existe, também, perigo de continuação da actividade criminosa, desde logo, quando se verifica que os arguidos não estão inseridos profissionalmente e que os seus rendimentos advêm exclusivamente da actividade delituosa que vêm desenvolvendo. Por outro lado, a prisão domiciliária não acautelaria as exigências neste tipo de criminalidade, tendo em conta, que os arguidos, normalmente, armazenam a droga e as quantias monetárias derivadas da actividade delituosa no interior das suas residências.

No caso do processo em referência, verificava-se que esse perigo era elevado em relação a alguns arguidos, uma vez que, um deles encontrava-se desempregado e o outro não desenvolvia uma actividade certa e remunerada. Quanto ao perigo de fuga, neste caso, colocava-se mais em relação a determinado arguido tendo em conta que o mesmo referiu que pretendia deslocar-se para o estrangeiro, onde alegava ter trabalhado ultimamente. Assim se levou a caso um juízo cautelar no sentido do previsível perigo de fuga, já que o arguido, segundo se apurou em sede indiciária, iria permanecer em local incerto para se eximir à acção da justiça.

É imprescindível ter em atenção os prazos para reexame dos pressupostos da prisão preventiva, que se encontram definidos no art.º 213.º do CPP e, uma vez que, no caso vertente, os arguidos encontravam-se indiciados pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo art.º 21.º, n.º 1, do DL n.º 15/93 de 22.01, pelo que, além da necessidade de revisão trimestral da medida detentiva, o prazo máximo de duração das medidas de coacção em causa, em fase de inquérito, era de 6 meses. Isto porque se está perante crime punível com pena de prisão de prisão de quatro a doze anos que integra criminalidade altamente organizada, de acordo com o art.º 1.º, al. m), do CPP.

Conforme se referiu, além do que antecede, cumpre proceder ao reexame trimestral. Tal sucedeu no caso em apreço em que, face ao decurso do prazo decorrido desde o último reexame dos pressupostos, nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 213.º, n.º 1, al. a), do CPP, importou proceder a novo reexame para ver se os pressupostos de aplicação da medida de coacção se mantinham ou se podiam ser impostas outras medidas de coacção menos gravosas, atentas as demandas do sempre atendível princípio da proporcionalidade, mormente na vertente da proibição do excesso.

Cumprido, ainda, assinalar que, antes da conclusão do inquérito, o Magistrado do Ministério Público deverá, sempre que possível, inquirir as testemunhas na sua presença, para que, antecipando a desejável e previsível fase de julgamento, os respectivos autos possam ser lidos

em audiência de discussão e julgamento, nos termos do disposto no art.º 356.º, n.ºs 3, 4 e 5, do CPP.

Tal justifica-se, sobretudo porque, a prática tem demonstrado que, normalmente as testemunhas deste tipo de crimes são consumidores, que acabam por se retrair com medo dos traficantes. Assim, a maior parte das vezes não comparecem na audiência de discussão e julgamento ou, nalgumas vezes, comparecem mas o seu testemunho é contraditório ou apresenta discrepâncias face às declarações prestadas anteriormente.

3.4. Do encerramento do inquérito

Concluída a investigação com todos os elementos de prova carreados para os autos e tendo em atenção os prazos de duração máxima do inquérito, previstos no art.º 276.º do CPP, o Magistrado do Ministério Público “*encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação*”, dando destino aos objectos apreendidos e efectuando as comunicações necessárias.

Assim, em simultâneo com o despacho final é necessário promover o **destino a dar aos objectos apreendidos**, devendo declarar-se perdidos a favor do Estado os produtos estupefacientes apreendidos e demais parafernália associada à actividade tráfico, nos termos previstos no art.º 35.º, n.º 1 e 2, do D.L n.º 15/93, de 22 de Janeiro, ordenando-se a destruição das amostras-cofre nos termos previstos no n.º 6 do art.º 62.º do mesmo diploma, bem como a destruição dos objectos associados à actividade de venda de produtos estupefacientes, nos termos do art.º 39.º, n.º 3, do referido diploma. Se existirem telemóveis, caso se apure o valor comercial, poderá requerer-se que se diligencie pela sua venda.

Relativamente aos demais objectos apreendidos, nomeadamente, quantias em dinheiro, veículos, móveis, etc., tendo sido adquiridos e obtidos pelos arguidos com os proveitos económicos auferidos na venda de estupefacientes ou tendo sido utilizados na prática do crime de tráfico de estupefacientes, será, ainda, de requerer que, a final, se declarem perdidos a favor do Estado, nos termos dos artigos 36.º, n.º 2 e 3, 37.º, n.º 1 e 2, e 39.º, do D.L n.º 15/93, de 22.01 e artigos 109.º e 111.º, do CP.

Note-se, que relativamente aos veículos podem os mesmos, além de serem declarados perdidos a favor do Estado, serem afectos à Polícia Judiciária, nos termos do disposto no art.º 19.º, da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto e 2.º, n.º 1, al. b), do D.L n.º 11/2007 de 19 de Janeiro.

Acresce que, quanto aos cartuchos/munições eventualmente apreendidos, deverá requerer-se que, a final, nos termos do art.º 109.º, n.º 1 e 2, do CP e art.º 78.º do Regime Jurídico das Armas e Munições se declarem perdidas a favor Estado, diligenciando-se pela sua entrega à PSP.

No que toca aos objectos que tenham sido apreendidos e que não se tenha vindo a apurar que os mesmos tivessem servido ou fossem produto da prática do crime, deverá determinar-se a

sua devolução aos respectivos proprietários e notifica-los para procederem ao seu levantamento, com a advertência do disposto no art.º 186.º, n.º 3 e 4 do CPP.

Quanto às **comunicações obrigatórias**, os Magistrados do Ministério Público comunicarão ao seu superior hierárquico imediato, nos termos a definir pelos Procuradores Gerais Distritais, os despachos de arquivamento proferidos nos termos dos n.º 1 e 2 do artigo 277.º do Código de Processo Penal, relativamente a processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, salvo se forem contra desconhecidos, ou tratando-se de casos que tenham tido, ou se preveja que venham a ter importante impacto público (Cfr.: Circular n.º 6/2002 da Procuradoria-Geral da República).

Atento o disposto na Circular n.º 4/2008, de 08.03, da Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público comunicará, também e pelo meio considerado mais adequado, o teor dos despachos de encerramento dos inquéritos aos dirigentes dos departamentos da Polícia Judiciária que tiverem realizado as investigações nos casos de crimes cuja investigação seja da sua competência reservada, como sucede com o crime de tráfico – cfr. art.º 7.º, n.º 3, al. i), da LOIC.

No âmbito dos crimes relativos a estupefacientes é, ainda, necessário comunicar, com cópia do despacho final, ao Instituto da Droga e da Toxicodependência, nos termos do art.º 64.º, n.º 2, do D.L n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Se, além de crimes relativos a estupefacientes estiver em causa o crime de branqueamento⁴⁶, punido e previsto pelo art.º 368.º-A, n.º 1, 2 e 3, do Código Penal, deve-se comunicar ao Conselho de Prevenção da Corrupção, nos termos previstos nos art.ºs 9.º, n.º 3, e 2.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 54/2008, de 4/9.

Refira-se, por último, que nos casos de grande dimensão de tráfico de estupefacientes, como se tratava no caso apontado, em simultâneo com o despacho final, deve-se efectuar o pedido de **perda ampliada de bens a favor do Estado**, ao abrigo dos artigos 7.º e seguintes da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

De facto, tipicamente, os autores do crime de tráfico de estupefacientes retiram proveitos económicos avultados dessa actividade que são usados para a compra de diversos bens, sendo que, usualmente, não exercem qualquer actividade profissional.

Nestes casos, o magistrado do Ministério Público terá previamente determinado, nos termos do disposto no art.º 4.º, n.º 1, als. a) e b), da Lei n.º 45/2011, de 24/06, que o Gabinete de Recuperação de Activos proceda à realização de uma investigação financeira e patrimonial aos suspeitos em causa.

Para o efeito o Magistrado do Ministério Público deve determinar a quebra do segredo profissional dos sujeitos previstos no n.º 1 do art.º 2.º, da Lei n.º 5/2911, de 11.01, quanto aos

⁴⁶ O crime de branqueamento traduz-se na conversão ou transferência, através de dissimulação dolosa, da origem ilícita de bens e produtos, procurando dar-lhes uma aparência ilícita, introduzindo-os no circuito legal. Tal crime pressupõe um crime subjacente que gere vantagens propiciadas pelos crimes previstos no n.1 do art.º 368.º-A do CP, entre eles, o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

elementos bancários, referidos no n.º 5, alíneas b), c) e d), do mesmo diploma legal, respeitantes aos arguidos.

No referido pedido de perda ampliada de bens efectuado importa requerer que as quantias monetárias encontradas sejam declaradas perdidas a favor do Estado, nos termos do art.º 109.º do CP, e que seja decretado o arresto dos bens imóveis, dos saldos das contas bancárias, do recheio da casa de habitação, dos artigos em ouro e dos veículos que se encontrem na sua posse.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

www.pgdlisboa.pt

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de e BRANCO, José (Org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Volume 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

ALMEIDA, Carlos Rodrigues de, “O registo de Voz e de Imagem – notas aos artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra editora, 2004.

CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Direito Penal, Parte Geral, Volume II, Teoria Geral do Crime*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2006.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Arménio Arnado Editor, Coimbra, 1953.

COSTA, FARIA, *Formas do Crime*, Estudo publicado nas Jornadas de Direito Criminal, Edição CEJ.

CUNHA, Conceição Ferreira da, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001.

DIAS, FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

EIRAS, HENRIQUES e FORTES, GUILHERMINA, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 3ª edição, Quid Juris Sociedade Editora, 2008.

GARCIA, Miguez M. e RIO, Castela J. M., *Código Penal Parte geral e especial, com notas e comentários*, Almedina, 2.ª Edição, 2015.

GONÇALVES Fernando, ALVES, João Manuel, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *LEI E CRIME – O AGENTE INFILTRADO VERSUS O AGENTE PROVOCADOR – OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL*, Coimbra, Almedina, 2001.

LOBO, Fernando Gama, *Droga – Legislação – Notas, Doutrina, Jurisprudência*, 2.ª Edição (revista e aumentada), Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues, *A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa, O Caso Português*, Coimbra Editora, 2001.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal II, Teoria do Crime*, Verbo, 1998.

VALDÁGUA, Conceição, *Início da tentativa do co-autor*, Lisboa, Ed. Danúbio, 1986.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Drogas – Reflexões sobre o novo quadro legal*, Coimbra, Almedina, 2002.

Título:

Autoria e Participação - Tráfico de estupefacientes

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-59-9

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt