

## **Processo n.º 143/2009**

(Recurso Penal)

Data: **3/Junho/2010**

Recorrente: **A (XXX)**

Objecto do Recurso: **Acórdão condenatório da 1ª Instância**

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

#### **I - RELATÓRIO**

1. O arguido **A** veio interpor recurso do duto acórdão que o condenou na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, suspensa na sua execução por 2 anos, com o dever de pagar ao ofendido a indemnização no montante de MOP3.000,00 e HKD16.000,00 no prazo de 90 dias.

Para tanto, alega, em síntese:

*No acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo ora recorrido, o arguido **A** foi condenado pela prática de :*

*- um crime de burla qualificada p. e p. pelo art. º 211º, n.º 3, conjugado com o art. º 196º, al. a), o art. 21º e o art.º 22º do Código Penal, na pena de 1 ano e 9 meses de prisão, suspensa por 2 anos com o dever de pagar ao ofendido a indemnização no prazo de 90 dias.*

*Porém, de acordo com os factos provados constantes do 1º parágrafo de fls. 4 do acórdão:*

*“Para obter interesse ilegítimo, pela última vez que pediu emprestada a B a máquina fotográfica digital (Marca: Canon, Modelo: A75, Valor: acerca de MOP3.000,00), o arguido apoderou-se da máquina fotográfica digital em vez de lha devolver.”*

*A declaração do ofendido B constitui o único fundamento para provar o aludido facto.*

*Claro, ao abrigo do art. ° 114° do CPP, o Tribunal a quo ter o poder da livre apreciação da prova;*

*porém a referida livre apreciação da prova tem que ser formada segundo as regras da experiência.*

*Segundo as regras da experiência, em entendimento geral e objectivo, existe colisão de interesses entre o ofendido e o arguido quanto aos factos de que o arguido foi acusado,*

*portanto, quando os fundamentos dos factos provados só resultaram da declaração do ofendido, tal modo de lógica não é digno de confiança, nem se pode qualificar os factos acusados só conforme a declaração do ofendido.*

*Como o nosso CPP tem como princípios fundamentais “presunção de inocência” e “in dubio pro reo”, a condenação do arguido tem que ser feita sem dúvida nenhuma.*

*Neste termos, por ter provado, apenas com a declaração do ofendido, o facto acusado no 1° parágrafo de fls. 4 do acórdão,*

*o acórdão ora recorrido está eivado dos vícios previstos no art.° 400°, n.° 2, al. a) do CPP.*

*Ademais, quanto aos factos provados nos parágrafos 2° a 6° de fls. 4 do acórdão,*

*De acordo com fls. 5 e 6 do mesmo acórdão, a convicção dos aludidos factos baseia-se nos respectivos fundamentos:*

- A declaração prestada pelo ofendido **B**,

- Uma outra testemunha que naquela altura estava na biblioteca apresentou a declaração, dizendo esta que ouviu o arguido dizer que era médico e viu o ofendido dar o dinheiro ao arguido para comprar medicamento.

- Os amigos do ofendido fizeram declarações na audiência de julgamento, relatando de forma explícita o decurso de que o ofendido pediu dinheiro emprestado a vários amigos ao tempo do facto.

No entanto, conforme as declarações apresentadas pelas respectivas testemunhas gravadas na audiência de julgamento do Tribunal a quo, não se resultam directamente os factos acusados do arguido das aludidas declarações, nem se verifica relação directa entre as aludidas declarações e os factos provados no acórdão.

Porém, o Tribunal a quo ainda tomou as declarações prestadas pelas referidas testemunhas como fundamentos para provar os factos.

De facto, apenas na declaração prestada pelo ofendido se referiu os factos acusados do arguido.

Reitero os pontos s 6º e 7º da conclusão da presente petição de recurso;

Ademais, no que diz respeito ao facto provado constante do 2º parágrafo de fls. 5 do acórdão,

segundo a gravação da audiência de julgamento do Tribunal a quo, nenhuma das testemunhas prestou respectivo depoimento.

Nestes termos, padecem dos vícios previstos do art.º 400º, n.º 2, al. a) e b) do CPP os factos provados e os respectivos fundamentos constantes dos parágrafos 2º a 6º a fls. 4, e do parágrafo 2º a fls. 5,.

*Caso não assim se entenda, deve considerar de novo a determinação da medida da pena do arguido.*

*Decidiu o Tribunal a quo condenar o arguido, pela prática na forma tentada de um crime de burla qualificada p. e p. pelo art.º 211º, n.º 3 do Código Penal, conjugado com o art.º 196º, al. a) e os art.º s 21º e 22º do mesmo Código, que é punido com pena de prisão de 1 mês a 3 anos e 4 meses, ou com pena de multa de 10 a 600 dias;*

*De facto, segundo outros factos provados a fls. 5 do acórdão, **o arguido é delinquente primário;***

*e conforme os factos provados, o Tribunal entende **ordinária a circunstância do crime cometido pelo arguido** ( 2º parágrafo de fls. 7 do acórdão );*

*Face ao exposto, nos termos dos requisitos legais da determinação da medida concreta previstos nos art.º s 40º e 65º do Código Penal, é adequado condenar o arguido na pena inferior a 1 ano e 9 meses de prisão.*

Face ao exposto, solicita que se julgue procedente o presente recurso e liberte o arguido, ou caso não assim se entenda, se considere de novo a determinação da medida da pena do arguido e se condene numa pena inferior a 1 ano e 9 meses de prisão .

**2. O Digno Magistrado do MP** responde doutamente no sentido da sem reazão do recorrente

**3. O Exmo Senhor Procurador Adjunto** emite o seguinte douto

parecer:

*O nosso Exm<sup>o</sup>. Colega demonstra, cabalmente, a sem razão do recorrente.*

*E nada temos a acrescentar, de relevante, às suas judiciosas considerações.*

*O arguido chama à colação os vícios referidos nas als. a) e b) do n.º 2 do art. 400º do C. P. Penal.*

*Mas mais não faz, realmente, do que manifestar a sua discordância em relação ao julgamento da matéria de facto, afrontando o princípio da livre apreciação da prova consagrado no art. 114º do C. P. Penal.*

*E isso, como é sabido, está-lhe vedado.*

*A pena aplicada, por outro lado, não pode deixar de ter-se como justa e equilibrada.*

*Em benefício do recorrente, nada de significativo se apurou.*

*O facto de ser primário, nomeadamente, tem um valor despiciendo.*

*Em termos agravativos, há que destacar, desde logo, a grande intensidade de dolo que presidiu à sua actuação.*

*Acresce, ainda, o facto de o valor de burla se aproximar mais do “consideravelmente elevado” do que do “elevado”.*

*Deve, pelo exposto, o recurso ser julgado improcedente - ou até, mesmo, manifestamente improcedente (com a sua conseqüente rejeição, nos termos dos artigos 407º, n.º 3-c, 409º, n.º 2-a e 410º do C. P. Penal).*

#### 4. Foram colhidos os vistos legais

## **II - FACTOS**

Com pertinência, respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

”(...)

### **Factos provados:**

Em Julho de 2005, o arguido **A** conheceu **B** na Biblioteca Central de Macau que se situa na Avenida do Conselheiro Ferreira de Almeida.

Naquela altura, o arguido disse chamar-se a si próprio **C**.

O arguido e **B** encontraram-se e conversaram na biblioteca por várias vezes, ficando os dois gradualmente bem conhecidos.

\*

Depois de adquirir a confiança de **B**, o arguido começou a pedir-lhe emprestada uma máquina fotográfica digital.

No início, após o uso da máquina fotográfica digital, o arguido devolvia-a para **B**.

Posteriormente, para obter interesse ilegítimo, pela última vez que pediu emprestada a **B** a máquina fotográfica digital (Marca: Canon, Modelo: A75, Valor: acerca de MOP3.000,00), o arguido apoderou-se da máquina fotográfica digital em vez de lha devolver.

\*

O arguido sabe, através das várias conversas com **B**, que quando este era pequeno, feriu, sem intenção, os olhos de um amigo quando os dois brincaram, fazendo com que o seu amigo sofresse, desde então, da doença dos olhos que ainda não se consegue recuperar. Para

isso, **B** tem-se sentido culpado.

O arguido, para obter para si enriquecimento ilegítimo, disse falsamente a **B** de que ele era médico da medicina tradicional chinesa e trabalhava no Hospital Kiang Wu. O arguido ainda disse que ele tinha uma maneira especial que podia curar a doença dos olhos do amigo de **B**, desde que este pagasse ao arguido as despesas médica e medicamentosa no valor de HKD100.000,00.

Naquela altura, o arguido tinha perfeito conhecimento de que ele não é médico da medicina tradicional chinesa, nem trabalha no Hospital Kiang Wu, até mesmo nem tem capacidade de curar doença dos olhos.

Posteriormente, **B** acreditou que o arguido conseguia ajudar a curar a doença dos olhos do seu amigo e pagou em prestações um montante total de HKD16.000,00 ao arguido como parte das despesas médica e medicamentosa pelo arguido.

O arguido recebeu de **B** o montante supracitado de HKD16.000,00 e depois apoderou-se de todo esse dinheiro.

Em 22 de Julho de 2005, o arguido combinou encontrar-se com **B** na Mcdonald situada na Avenida de Horta e Costa, com objectivo de adquirir de **B** o resto das despesas médica e medicamentosa.

Naquele momento, às duas horas da tarde, o arguido entrou na Mcdonald na Avenida de Horta e Costa e dirigiu-se à mesa onde **B** estava sentado.

O arguido não sabia que **B** tinha comunicado à Polícia por duvidar que ele próprio caísse no conto do vigário passado pelo arguido, nem tinha ideia de que havia no local, naquela momento, dois agentes de polícia à paisana (n.º s XXX e XXX), à espera ao seu lado.

O arguido continuou a enganar **B**: Este ainda precisava de pagar HKD4.000,00 para comprar medicamento para curar a doença dos olhos do seu amigo.

E depois o arguido recebeu de **B** o aludido montante de HKD4.000,00 por ele requerido, embrulhou-o com um papel higiénico branco e pô-lo em cima da mesa.

O arguido continuou a enganar **B**: Caso este não preparasse mais rápido possível o dinheiro para curar os olhos do amigo, o pai dele seria vítima da desastre.

Por fim, o arguido pegou o referido montante de HKD4.000,00 e apoderou-se desse dinheiro.

Quando o arguido preparou-se para sair do referido restaurante, foi interceptado imediatamente pelos aludidos dois agentes de polícia à paisana.

O arguido, ao fazer as aludidas promessas para o ofendido **B**, tinha perfeito conhecimento de que ele não é médico da medicina tradicional chinesa nem tem capacidade de curar doença dos olhos do amigo de **B**, porém, fez de propósito aludidas promessas falsas para o ofendido e induziu o mesmo em engano, a fim de determiná-lo à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial.

O arguido cometeu livre, consciente e dolorosamente a conduta supracitada.

O arguido tinha perfeito conhecimento da ilicitude da sua conduta que seria punida por lei.

\*

**Mais se provou:**

O ofendido pediu ao arguido uma indemnização pelo prejuízo patrimonial por si sofrido.

Segundo o CRC, o arguido é delinquente primário.

O arguido declarou que devido à doença, ele tem estado internado no Hospital da Cidade Hoi Peng da Província de Guangdong durante um longo período de tempo. Como não tem nenhum rendimento, ele tem de ser sustentado pelos seus irmãos em Macau. O arguido tem como



habilitações literárias o 7º ano de escolaridade.

\*

**Factos não provados:**

Nada a assinalar.

\*

**Convicção do Tribunal:**

O arguido prestou declaração na audiência de julgamento, negando a acusação.

O ofendido **B** fez declaração na audiência de julgamento, dizendo explicitamente o decurso de que o arguido lhe pediu emprestada a máquina fotográfica e se apoderou dessa, e que o arguido burlou seu dinheiro com pretexto de ele ser médico da medicina tradicional chinesa e conseguir curar a doenças de olhos do seu amigo. O ofendido relatou também o prejuízo pecuniário por si sofrido e manifestou a sua vontade de ser indemnizado.

Uma outra testemunha que naquela altura estava na biblioteca prestou declaração na audiência de julgamento, dizendo que ouviu o arguido dizer que era médico e viu o ofendido dar o dinheiro ao arguido para comprar medicamento.

Os amigos do ofendido fizeram declarações na audiência de julgamento, relatando de forma explícita o decurso de que o ofendido pediu dinheiro emprestado a vários amigos ao tempo do facto.

Os respectivos agentes da polícia relataram, na audiência de julgamento, o decurso de que vigiaram, no dia da ocorrência do facto, a entrega de dinheiro ao arguido e o processo de detenção do arguido.

Analisadas de forma objectiva e sintética as declarações prestadas respectivamente pelo arguido e pelas várias testemunhas na audiência de julgamento e em conjugação com as

provas documentais, provas materiais apreendidas e outras provas apreciadas na audiência de julgamento, bem como atentas as declarações explícitas feitas pelos ofendido e testemunhas de vista, o Tribunal Colectivo pode provar que o arguido praticou os factos que lhe foram imputados.

\*

**Motivos:**

Conforme os factos provados, o arguido, ao fazer as respectivas promessas para o ofendido **B**, tinha perfeito conhecimento de que ele não é médico da medicina tradicional chinesa, nem tem capacidade de curar a doença de olhos do amigo de **B**, porém, fez de propósito promessas falsas para o ofendido e induziu o mesmo em engano, a fim de determiná-lo à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial. O arguido tentou burlar o ofendido **B** uma quantia de HKD100.000,00, mas como o ofendido não tinha dinheiro suficiente, o arguido adquiriu apenas HKD16.000,00, não conseguindo burlar o montante de valor elevado que o arguido intentara burlar. Nestes termos, o arguido cometeu, em autoria material, na forma tentada, um crime de burla qualificada p. e p. pelo n.º 3 do art.º 211º do Código Penal de Macau conjugado com a al. a) do art.º 196º e os art.º s 21º e 22º do mesmo Código, que é punido com pena de prisão de 1 mês a 3 anos e 4 meses, ou com pena de multa de 10 a 4

(...)"

### **III - FUNDAMENTOS**

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;

- contradição insanável na matéria de facto apurada;
- severidade da pena aplicada.

## 2. Não assiste razão ao recorrente.

O arguido invoca dois vícios, quais sejam o da contradição da matéria de facto dada como provada e insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, aludindo ao artigo 400º, n.º 2, a) e b), mas, com todo o respeito, tais vícios não vêm concretizados.

O recorrente confunde a sua própria versão e leitura das provas produzidas com os apontados vícios, mas essa posição traduz-se tão somente numa discordância com a matéria de facto dada como provada.

E não podemos esquecer que se é legítimo a qualquer pessoa, cidadão fazer a sua interpretação da lei e dos factos, fazer a sua própria leitura das provas produzidas, o que releva é aquela que é feita pelo Tribunal, a entidade competente, ao abrigo do disposto no art. 114º do CPP.

3. Para que se verifique o vício da al. a) do n.º. 2 do artigo 400º do CPP , no que se refere à **insuficiência da matéria de facto** provada indispensável à decisão de direito e não não já à insuficiência da prova para a matéria de facto provada, questão do âmbito da livre apreciação da prova (art.

114º do CCC), que é insindicável em reexame da matéria de direito, é necessário que a matéria de facto se apresente como insuficiente para a decisão proferida por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária para uma decisão de direito.

Ocorre ainda o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando, no decurso da audiência, resulta fundada suspeita da verificação de factos relevantes e necessários para uma boa decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, mas não descritos na acusação ou na pronúncia, e que não importem uma alteração substancial dos factos descritos e o tribunal os não considera na sentença, não procedendo nos termos do art. 339.º, n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal.

Ora, nenhuma destas situações se observa.

4. Entende-se que existe **contradição insanável** quando se verifica um incompatibilidade entre factos dados como provados, bem como entre facto dados como provados e factos não provados, como entre os factos provados e não provados e a fundamentação probatória da matéria de facto, desde que se apresente insanável ou irreduzível, ou seja que não possa ser ultrapassada com recurso à decisão recorrida no seu todo e às regras da experiência comum

Da análise dos factos dados como provados não se verifica, pois, qualquer contradição entre eles.

5. Atentemos, no entanto, nos fundamentos do arguido.

Concretamente o que diz é que, basicamente, o Tribunal relevou especialmente a versão do ofendido contra a do arguido e sendo aquela parte interessada na causa, aquela prova perde consistência.

No fundo tratar-se-ia de uma palavra contra a outra, pretendendo retirar daí um *non liquet* em termos de apuramento dos factos.

Só que, não se estando perante uma prova tarifada, nada impede que o Tribunal valore aqui a versão do ofendido contra a do arguido, noutro caso que valore a do arguido contra o ofendido, que extraia de um único elemento probatório o fundamento para firmar a sua convicção.

Daí a imediação, base da livre convicção - que não significa arbitrariedade - que se funda ou pode fundar em hesitações, posturas, sentimentos, atitudes, silêncios, contradições, tudo apreciado pelo juiz na função exigente da difícil arte de julgar.

O depoimento de uma testemunha pode valer mais do que o depoimento de uma dezena, tudo dependendo de um conjunto de factores subjectivos e objectivos.

Ora, pretender, como pretende o recorrente, desvalorizar o depoimento do ofendido enquanto diz que o arguido ficou com a câmara digital ou se apoderou de MOP 16.000,00, apenas porque o ofendido é parte interessada é uma visão muito redutora não só da prova produzida em audiência, como até da própria vida e das regras da experiência comum.

Para além de que neste caso, essas versões não deixam de ser corroboradas com uma atitude muito suspeitosa por parte do arguido e por outras testemunhas que confirmam práticas e condutas ilícitas e que o arguido só não contesta porque não pode contestar, face à evidência dos factos.

Para ele, aquilo que não foi testemunhado, já não é verdade. Ora, a realidade das coisas aponta noutro sentido, sendo que, infelizmente, a maior parte dos crimes não são cometidos às escâncaras.

Em todo o caso não vem requerida a renovação da prova em sede de recurso, nem ela se afigura necessária face ao que vem dito

#### 6. Da alegada **severidade da pena**.

Também aqui não assiste razão ao recorrente.

Defende este que "a pena de prisão deve ser em medida inferior a 1 ano e nove meses", sem, contudo, concretizar qual a pena concreta que julga ajustada..

A moldura penal para o crime imputado ao arguido é de 1 mês a 3 anos e 4 meses de prisão.

É verdade que a pena concreta fixada pelo tribunal se situa muito próximo do ponto médio da moldura abstracta.

Abstractamente poder-se-ia partir de um nível mais baixo dentro da moldura abstracta, mas o critério legal é definido nos termos dos artigos 40º e

65º por uma adequação da pena em função da culpa e das exigências da prevenção criminal.

Ora, no caso *sub judice*, a favor do arguido temos apenas a primariedade. Tal circunstância – sempre melhor do que com um passado criminal - não significa necessariamente bom comportamento no sentido positivo da conformação social. Nem todo o não criminoso, no sentido de ausência de registo cadastral, é necessariamente uma pessoa bem comportada.

Depois, temos uma situação em que não há confissão, arrependimento, reconhecimento, enfim, do mal do crime.

O circunstancialismo é muito censurável, aproveitando-se o arguido de uma dor moral que acompanhava o ofendido, desde há muito, mostrando desprezo por esse sentimento.

O crime, configurado como único, não deixou de abranger condutas diversas, eventualmente autonomizáveis em termos de integração típica: foi a câmara, foram as MOP 16.000,00, foram, depois, mais MOP 4000,00, foi toda uma conduta destinada a sacar MOP 100.000,00 ao ofendido.

Acresce, como salienta, o Exmo Senhor Procurador que o valor perseguido está mais próximo do valor do consideravelmente elevado do que do valor integrante do valor elevado; ainda aí, MOP 70.000,00 acima do valor qualificante e MOP 50.000,00 abaixo do valor que qualificaria ainda mais gravemente o crime.

Poder-se-á dizer que o valor atenuativo foi *jogado no prato* da suspensão da pena pela Mma Juiz em sede das finalidades da punição. Contrapor-se-á que primeiro há que escolher a pena e encontrada esta é que se irá apreciar da suspensão. Se em tese tal se afigura como mais lógico e cronológico, o certo é que o legislador elegeu mesmos critérios para a escolha da pena, para uma modificação da mesma e até para medidas que lhe são estranhas como acontece com a sua execução e, suspensão.

E aqui reside um dos problemas complexos do Direito Penal que é o de saber quando é que o mesmo factor pode operar, parecendo ser razoável que o mesmo *trunfo* não possa ser usado por duas vezes, pelo menos, na mesma vertente.

No nosso caso, o requisito da satisfação das necessidades da prevenção criminal funcionou em sede de suspensão da execução da pena.

Donde se conclui não merecer censura a decisão condenatória proferida.

7. Entende-se assim que o recursos se mostra manifestamente improcedente, devendo, conseqüentemente, ser rejeitado nos termos dos artigos 407º, n.º 3 - c), 409º, n.º 2 - a) e 410º, do C. P. Penal.

#### **IV - DECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em rejeitar o recurso por manifestamente improcedente.



Custas pelo recorrente, fixando em 6 UCs a taxa de justiça, devendo pagar ainda o montante de 3 UCs, a título de sanção, ao abrigo do disposto no artigo 410º, n.º 4 do CPP.

Fixam-se os honorários da Exma Defensora em MOP 1200,00, a adiantar pelo GABPTUI.

Macau, 3 de Junho de 2010,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan