Recurso n° 82/2002

Data: 12 de Setembro de 2002

- Assuntos: - Extinção do direito de queixa
- Insuficiência da matéria de facto provada
- A escolha de pena
- Medida de pena
- A atenuação especial da pena

Sumário

1. O prazo de extinção do direito de queixa conta-se a partir não só do conhecimento do facto, como também do conhecimento dos seus autores, ou seja, do momento em que o ofendido conhece a identificação do agente do crime em causa.
2. Só existe insuficiência da matéria de facto provada quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de matéria, ou seja o vício ocorre quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada ou, quando o Tribunal não investigue tudo quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa suscitarem nos autos.
3. Na graduação judicial das penas de prisão em consequência do julgamento, o Tribunal pondera todas as circunstâncias constantes dos autos conforme as regras da medida da pena previstas, nomeadamente no artigo 65º do Código Penal, pelo qual o Tribunal pondera os elementos disponíveis para a

determinação da pena, de harmonia com a “Teoria da margem da liberdade” segundo a qual a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, e determinada em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

4. Essa referida liberdade atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não é arbitrariedade, é antes, uma actividade judicial juridicamente vinculada, uma verdadeira aplicação de direito.
5. Face à pena legal em alternativa, cabe ao Tribunal apreciar em primeiro lugar a questão de escolha de pena, dando prevalência a pena não privativa de liberdade desde que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.
6. O Tribunal pode atenuar especialmente a pena, para além dos casos elencados no nº 2 do Artigo 66º do Código Penal, quando existirem circunstâncias que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso n° 82/2002

Recorrentes: "A"

"B"

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

O Ministério Público acusou:

- 1) A 1ª arguida "C" e a 3ª arguida "B", cometeram em co-autoria e na forma consumada, um crime de burla como modo de vida (p. e p. pela alínea b) do nº4 do artº211º do CPM);
- 2) A 1ª arguida "C" e um indivíduo do sexo feminino, cuja identificação se desconhece, cometeram em co-autoria e na forma consumada, um crime de burla como modo de vida (p. e p. pela alínea b) do nº4 do artº211º do CPM);
- 3) A 1ª arguida "C" e a 2ª arguida "A", cometeram em co-autoria, na forma consumada e em concurso, dois crimes de burla como modo de vida (p. e p. pela alínea b) do nº4 do artº211º do CPM);
- 4) A 1ª arguida "C" e a 2ª arguida "A", cometeram em co-autoria e na forma tentada, um crimes de burla como modo de vida (tentativa de crime praticado contra a ofendida "D", p. e p. pela alínea b) do nº4 do artº 211º, artº 21º e 22º do CPM).

Autuados os autos sob nº PCC-113-01-3 e realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo acordou em:

- a) Absolver a 1ª arguida “C” do crime de burla ocorrido em Fevereiro de 1999, cuja ofendida foi a Sra. “E”;
- b) Condenar a 1ª arguida “C” na pena de dois (2) anos e três (3) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo artº211º nºs 1 e 3, conjugado com o artº 196º al. a) do CPM; na pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de cada um dos dois crimes de burla p. e p. pelo artºs 211º nº1 do CPM; e na pena de seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma tentada, de um crime de burla p. e p. pelos artºs 211º nºs 1 e 2, 22º e 67º do CPM.

Em cúmulo, condenar a mesma arguida na pena única e global de três (3) anos e nove (9) meses de prisão;

- c) Condenar a 2ª arguida “A” na pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de cada um dos três crimes de burla p. e p. pelo artº 211º nº 1 do CPM; e na pena de seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma tentada, de um crime de burla p. e p. pelos artºs 211º nºs 1 e 2, 22º e 67º do CPM.

Em cúmulo, condenar a mesma arguida na pena única e global de três (3) anos e seis (6) meses de prisão;

- d) Condenar a 3ª arguida “B” na pena de dois (2) anos e três (3) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo artºs 211º nºs 1 e 3, conjugado com o artº 196º al. a) do CPM; e na pena de um (1)

ano e seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo artº 211º nº 1 do CPM.

Em cúmulo, condenar a mesma arguida na pena única e global de dois (2) anos e nove (9) meses de prisão;

- e) Condenar as 1ª e 3ª arguidas a pagarem, solidariamente, à ofendida “F”, a título da indemnização pelos danos por esta sofridos, o montante de MOP\$31.000,00, a que acrescerão os juros vincendos à taxa legal até o seu efectivo pagamento; as 1ª e 2ª arguidas condenadas a pagarem, solidariamente, às ofendidas “G” e “H”, a título da indemnização pelos danos por estas sofridos, os montantes de MOP\$5.000,00 e MOP\$23.000,00, respectivamente, a que acrescerão os juros vincendos à taxa legal até o seu efectivo pagamento; e as 2ª e 3ª arguidas condenadas a pagarem, solidariamente, à ofendida “E”, a título da indemnização pelos danos por esta sofridos, o montante de MOP\$16.000,00, a que acrescerão os juros vincendos à taxa legal até o seu efectivo pagamento.
- f) Declarar perdidos a favor da RAEM os anéis de metal amarelo apreendidos por serem instrumentos do crime e ficam apensos aos autos o envelope da PJ e as quatro bobinas de cassetes.
- E devolver os remanescentes objectos (v. 413) aos seus legítimos proprietários;
- g) Condenar ainda as arguidas em cinco Ucs de taxa de justiça (individual) e nas custas do processo (solidárias), com mil e duzentas patacas de honorários (individual) a favor dos Exmºs Defensores nomeados, bem como a quantia de quinhentas

patacas (individual) nos termos do artº 24º da Lei nº 6/98/M, de 17 de Agosto.

Por não conformados com a decisão condenatória, recorreram as arguidas “A” e Cheong Kao, que alegaram respectivamente, em síntese, o seguinte:

“A”:

- “1. A decisão recorrida sofre do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, por não ter sido devidamente investigada matéria com inegável interesse para a decisão da causa;
2. Vício contido na alínea a) do nº. 2 do artº. 400º do CPPM pelo que, nos termos do disposto no artigo 418º nº. 1 do CPPM deverá ordenar-se o reenvio do processo para novo julgamento;
3. Aquando da denúncia do referido crime de Fevereiro de 1999 encontrava-se extinto o direito de queixa, o que acarreta falta de legitimidade para o exercício da acção penal, atenta a natureza semi-pública do crime de burla p. e p. do artº 211º nº 1 do C.P.;
4. A pena de prisão concretamente fixada mostra-se exagerada e merecedora de atenuação;
5. Foi violado o disposto no artº 400, nºs 1 e 2, al. a) do C.P.P. e o disposto nos artºs 65º, 66º e 211º do C.P.”

Pede que seja dado provimento ao recurso, anulando-se a decisão recorrida ou atenuando-se a pena aplicada a recorrente, nos termos peticionados.

“B”:

1. “O presente recurso é interposto do douto Acórdão de 18 de Março de 2002, proferido nos autos em epígrafe, que condenou

a Arguida “B” na pena de dois (2) anos e três (3) meses de prisão pela prática, em co-autora e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo art.º 211º n.ºs 1 e 3, conjugado com o art.º 196º al. a) do CPM; e na pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo art.º 211º n.º 1 do CPM.

Em cúmulo, vai a 3ª arguida condenada na pena única e global de dois (2) anos e nove (9) meses de prisão;

2. As penas abstractas aplicáveis aos crimes pelos quais a Arguida “B” foi condenada são de uma pena de prisão até três anos ou uma pena de multa (artigo 221º, n.º 1 do Código Penal de Macau) e uma pena de prisão até 5 anos e uma pena de multa até 600 dias (artigo 211º, n.º 3 do Código Penal de Macau).
3. Face ao factualismo dado como provado e salvo o devido respeito afigura-se à Recorrente que a pena a aplicar pela prática dos factos descritos no ponto 1 e no ponto 2 da acusação deveria ser precisamente, em ambos os casos, uma pena de multa.
4. Pelo exposto, e salvo o devido respeito o Tribunal *a quo* não atendeu devidamente ao artigo 64º do Código Penal de Macau, desrespeitando e assim violando essa norma na sentença recorrida.
5. Deve pois a decisão ora impugnada ser nessa parte revogada, com o duto suprimento de V. Exª e ser substituída por outra em que uma eventual condenação da Recorrente o seja numa pena mínima de multa, em ambos os casos.
6. Na determinação da medida pena relativamente aos factos descritos no ponto 1 da acusação o acórdão ora em apreço limita-se a citar o artigo 65º do Código Penal de Macau

enunciando em termos abstractos as circunstâncias que no seu entender contribuíram para determinar a pena aplicada.

7. Não foram dadas como provadas quaisquer circunstâncias agravantes em relação à arguida “B”, antes pelo contrário, favorecem-na determinadas circunstâncias atenuantes, como a falta de antecedentes criminais e as suas condições e sociais.
8. É ainda essencial para a determinação da medida concreta da pena averiguar da possibilidade de a mesma poder ser especialmente atenuada nos termos do artigo 66º do Código Penal de Macau.
9. O Tribunal *a quo* na determinação concreta da pena aplicada pela prática dos factos descritos no ponto 1) da acusação, não atendeu a todas as circunstâncias, nomeadamente as previstas nos artigos 65º e 66º do Código Penal de Macau, desrespeitando e, assim, violando essas normas, no acórdão recorrido.
10. O que se disse no capítulo III do presente recurso tem total aplicação quando analisada a pena concretamente aplicada à ora Recorrente pela prática dos factos descritos no ponto 2 da acusação.
11. O Tribunal *a quo* não atendeu também nesta parte a todas as circunstâncias, nomeadamente as previstas nos artigos 65º e 66º do Código Penal de Macau, desrespeitando e, assim, violando essas normas, no acórdão recorrido.
12. Deve pois a decisão impugnada, também neste ponto, ser revogada, com o duto suprimento de V. Ex.a., e ser substituída por outra em que uma eventual condenação da arguida “B” o seja na pena mínima, ou pelo menos, numa pena inferior à aplicada, ao entender-se que à arguida não poderá deixar de se aplicar uma pena de prisão.

Pede que seja dado provimento ao recurso e, em consequência, seja revogado o douto acórdão proferido em 18 de Março de 2002, nos termos expostos.

Destes recursos, respondeu o M^o P^o, pugnando pelo não provimento dos respectivos recursos, aceitando, porém, a redução da pena concretamente aplicadas às arguidas.

Neste instância, a Digna Procurador-Adjunto do M^o P^o deu o seu douto parecer propugnando, mantendo a posição tomada nas respectivas respostas, pela redução da pena aplicada às arguidas, quer recorrentes quer não recorrentes.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes-Adjuntos.

Cumpra-se decidir.

À matéria de facto o Tribunal *a quo* deu por assentes os seguintes factos, tendo alterado os factos descritos no artigo 2 da acusação, com o cumprimento do princípio do contraditório (fls.479 a 480):

1^o

Em Fevereiro de 1999, quando a ofendida “E” passava numa das ruas perto do Mercado de Iao Hon, em Macau, a 2^a arguida “A” e a 3^a arguida “B” aproximaram-se da ofendida para lhe perguntar pela localização do Templo Kun Iam, uma vez que estas tinham acabado de apanhar num terreno de construção na Taipa um lote de anéis de ouro, pretendiam agradecer aos deuses, prestando culto no templo (vide fls. 198, 333 e 338 dos autos).

As duas arguidas disseram ainda à ofendida, que eram trabalhadoras não residentes e que não podiam levar todos os anéis de ouro para a China Continental, razão porque pretendiam vendê-los por

um preço mais baixo à ofendida, tendo estas sugerido ainda deslocar-se à residência da ofendida para lhe provar que os anéis eram verdadeiros.

Na residência da ofendida, as duas arguidas queimaram no fogão dois anéis de ouro. para que esta acreditasse de que se tratava, todos de verdadeiros anéis de ouro.

De seguida, depois de terem negociado o preço, a ofendida adquiriu por dezasseis mil patacas o lote de anéis de ouro, num total de cento e dez anéis. As duas arguidas deixaram o local, logo após terem recebido o dinheiro.

Nessa noite, a filha da ofendida abriu um dos anéis do lote ao meio e verificou que o interior deste era preto, pelo que não se tratavam de verdadeiros anéis de ouro.

Posteriormente, no acto de reconhecimento, a ofendida reconheceu a 2ª arguida “A” e a 3ª arguida “B” como sendo as pessoas que nesse dia lhe venderam os anéis (vide fls. 181 a 184).

2º

Em Maio de 1999, no jardim perto do Mercado de Iao Hon, em Macau, a 3ª arguida “B” perguntou à ofendida “F” onde poderia comprar os “papéis para oferenda” que são queimados na veneração dos deuses, uma vez que esta tinha acabado de apanhar um lote de anéis num terreno de construção na Taipa, pelo que pretendia agradecer aos deuses (vide fls. 194v, 203 e 220 dos autos).

A 3ª arguida disse ainda à ofendida que e tratavam de verdadeiros anéis de ouro, mas uma vez que ela era trabalhadora não residente, não podia levar todos os anéis de ouro para a China Continental, pelo que pretendia vendê-los por um preço mais baixo à ofendida, que aceitou.

Depois de negociarem o preço, a ofendida adquiriu por trinta mil dólares de Hong Kong e mil patacas aquele lote de anéis, num total de duzentos e setenta anéis.

Para levantar os acima referidos trinta mil dólares de Hong Kong, a ofendida deslocou-se ao Banco de China, onde depois de ter procedido ao levantamento, entregou à entrada do Banco a quantia em questão à companheira da 3ª arguida: à 1ª arguida “C”. Estas deixaram o local depois de receberem o numerário, tendo deixado os anéis.

Segundo exame pericial, os acima referidos duzentos e setenta anéis de ouro são falsos (vide fls.229 dos autos).

3º

No dia 4 de Janeiro de 2001, cerca do meio dia, perto do Mercado de S. Domingos, em Macau, quando a ofendida “G” fazia compras, a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” aproximaram-se para conversar com esta, dizendo que tinham acabado de apanhar um lote de anéis de ouro num terreno de construção na Taipa, mas uma vez que eram residentes da China Continental, não podiam levá-los para a China; razão porque pretendiam vendê-los por um preço mais baixo à ofendida (vide fls. 21 e 43v dos autos).

Para comprovar que os anéis de ouro eram verdadeiros, as duas arguidas forma com a ofendida à Ourivesaria “XX”, situada na Avenida Almeida XXX e no interior desta, a 1ª arguida “C” retirou um anel de ouro e o mostrou a um empregado do estabelecimento, tendo de seguida o vendido pelo preço de duzentas e sessenta patacas à ourivesaria.

Posteriormente, as duas arguidas sugeriram vender os anéis de ouro, num total de cinquenta anéis, pelo preço de cem patacas cada, à ofendida, aos quais seria acrescida uma oferta de dez anéis de ouro.

A ofendida para mais uma vez se certificar da veracidade dos anéis de ouro pediu à arguida que lhos exhibisse. Então, no interior do lavabo público perto da Praça de Ponte e Horta, quando as duas arguidas abriram o saco para que a ofendida visse os anéis e depois, deslocou-se ao banco e à sua residência para buscar cinco mil patacas, para entregar às duas arguidas para a aquisição dos acima referidos sessenta anéis de ouro. As duas arguidas depois de terem recebido o montante deixaram o local.

Segundo exame pericial, os acima referidos anéis de ouro são falsos (vide fls. 115 dos autos).

Posteriormente, no acto de reconhecimento, a ofendida reconheceu a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” como sendo as pessoas que nesse dia lhe venderam os anéis (vide fls. 59 a 60 e 65 a 66).

4º

No dia 4 de Junho de 2001, cerca das 9H30 da manhã, quando a ofendida “H” passava na Rua Fernão Mendes Pinto, em Macau, a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” aproximaram-se para conversar com esta, dizendo que tinham acabado de apanhar num terreno de construção em Macau um lote de anéis de ouro e que pretendiam vendê-los por um preço mais baixo à ofendida (vide fls.25, 161 e 274), que aceitou.

Razão porque a ofendida se deslocou ao Banco da China para levantar dezasseis mil patacas e ao Banco Weng Hang para levantar sete mil patacas, tendo posteriormente entregue o total de vinte e três mil patacas às duas arguidas acima referidas para aquisição da totalidade dos trezentos e vinte e um anéis.

Segundo exame pericial, os acima referidos anéis de ouro são falsos (vide fls. 308 dos autos).

Posteriormente, no acto de reconhecimento, a ofendida reconheceu a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” como sendo as pessoas que nesse dia lhe venderam os anéis (vide fls. 164 a 167).

5º

No dia 26 de Junho de 2001, pelas 11H00 da manhã, quando a ofendida “D” passava perto da Igreja de S. Domingos, situada na Rua de S. Domingos, em Macau, a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” aproximaram-se para conversar com esta, dizendo que tinham acabado de apanhar num terreno de construção no Bairro Iao Hon um lote de anéis de ouro, mas uma vez que estas eram residentes da China Continental, não era conveniente que fossem vender as acima referidas jóias às ourivesarias de Macau, pelo que pretendiam vender por um preço baixo, ou seja, por cem patacas cada anel à ofendida (vide fls. 1 e 42).

A ofendida aceitou e pediu às arguidas que fossem consigo à sua residência buscar a caderneta bancária, para que pudesse levantar dinheiro no Banco para adquirir os anéis.

Quando as três se aproximavam do 1º Comissariado da PSP. Situado no Largo de Santo Agostinho, a ofendida gritou estar sendo burlada por aqueles dois indivíduos do sexo feminino e quando os guardas se aperceberam de imediato correram em perseguição das duas arguidas que apressadamente se puseram em fuga. Posteriormente, estas acabaram por ser interceptadas na Rua da Alfândega e recuperou-se total dos trezentos e vinte e quatro anéis de cor do ouro que a 2ª arguida “A” lançou ao chão durante a fuga (vide fls. 3).

Os guardas policiais encontraram ainda no quarto XX da Pensão XXX, situada na Rua XXX, residência temporária das duas arguidas, cento e sessenta anéis de cor do ouro (vide fls. 6).

Segundo exame pericial, os acima referidos anéis de ouro são falsos (vide fls. 3 a 4 e 6 a 7 dos autos).

Posteriormente, no acto de reconhecimento, a ofendida reconheceu a 1ª arguida “C” e a 3ª arguida “B” como sendo as pessoas que nesse dia lhe queriam vender os anéis (vide fls. 61 a 64).

A 2ª arguida “A” e a 3ª arguida “B” agiram, em conjugação de intenções e de esforços e repartindo tarefas, com intenção de obterem para si enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre os acima referidos factos que astuciosamente provocaram, determinando a ofendida “E” à prática de actos que lhe causaram prejuízo patrimonial.

A 1ª arguida “C” e a 3ª arguida “B”, bem como, a 1ª arguida “C” e a 2ª arguida “A” agiram, em conjugação de intenções e de esforços e repartindo tarefas, com intenção de obterem para si, por meio de erro ou engano sobre os acima referidos factos que astuciosamente provocaram, determinando as ofendidas à prática de actos que lhes causaram prejuízo patrimonial.

As três arguidas agiram livre, voluntária e coincidentemente, tendo perfeito conhecimento de que as suas condutas eram proibidas e punidas por Lei.

Contudo, por razões alheias à vontade das 1ª e 2ª arguidas, no dia 26 de Junho de 2001, não conseguiram atingir o objectivo de burlar a ofendida “D”, pelo que o crime foi praticado na forma tentada (tentativa).

A 1ª arguida nega os factos.

Aufere cerca de 500 renminbis por mês e tem a seu cargo a sogra e dois filhos menores. Nunca estudou.

A 2ª arguida confessa parcialmente os factos.

Aufere cerca de 600 renminbis por mês e tem a seu cargo um filho. Possui o curso primário incompleto.

A 3ª arguida nega os factos.

Aufere cerca de 500 renminbis por mês e tem a seu cargo os sogros e três filhos menores. Possui o curso primário incompleto.

A ofendida "E" deseja procedimento criminal e indemnização pelo danos sofridos no valor de MOP\$16.000,00.

A ofendida "F" deseja procedimento criminal e indemnização pelo danos sofridos no valor de MOP\$31.000,00.

A ofendida "G" deseja procedimento criminal e indemnização pelo danos sofridos no valor de MOP\$5.000,00.

A ofendida "H" deseja procedimento criminal e indemnização pelo danos sofridos no valor de MOP\$23.000,00.

A ofendida "D" deseja procedimento criminal.

Nada consta em desabono das arguidas dos seus CRC's junto aos autos.

Não se provou que as 1ª e 2ª arguidas tenham dado algo para a ofendida "G" cheirar, pondo-a a obedecer às suas instruções .

E também não se provou que a 1ª arguida tenha participado no ilícito ocorrido em Fevereiro de 1999, cuja vítima é a "E" .

Não se provaram que as três arguidas faziam da burla como modo de vida.

Nem se provaram quaisquer outros factos da acusação e que não estejam em conformidade com a factualidade acima assente.

A convicção do Tribunal baseou-se na prova constante dos autos, na análise crítica e comparativa das declarações das arguidas e no depoimento das testemunhas inquiridas que depuseram com isenção e imparcialidade.

Relevaram para o caso o depoimento das ofendidas que descreveram, com detalhes, o que lhes aconteceram pessoalmente, bem como a actuação individual dos arguidas nos respectivos casos.

Conhecendo:

Nos presentes autos, há dois recursos interpostos respectivamente pelas duas arguidas, que, embora levantaram algumas questões iguais, estavam nas situações juridicamente diferentes. Assim, conhecemos por ordem dos respectivos recursos.

1. O recurso da arguida "A"

1.1. Caducidade do direito da queixa

A recorrente invocou que "da denúncia do referido crime de Fevereiro de 1999 se encontrava extinto o direito de queixa".

Mas não tem razão.

Diz o artigo 107º do Código Penal:

"1. O direito de queixa extingue-se no prazo de 6 meses a contar da data em que o titular tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido ou da data em que ele se tiver tornado incapaz.

2. ..."

A lei penal é clara, o prazo de extinção conta-se a partir não só do conhecimento do facto, como também do conhecimento dos seus autores, ou seja, do momento em que tiver conhecimento de que foram identificados os agentes do crime em causa.

E dos autos, nomeadamente dos factos dados como provados e conforme o teor das fls. 181 a 184, constatou que a ofendida “E”, embora tivesse conhecimento acerca dos factos dos anéis falsos no mesmo dia em que adquiriu os mesmos (facto 1º), só veio a reconhecer as autoras do crime em causa (18 de Julho de 2001), que teve lugar após a detenção das arguidas (26 de Junho de 2001), tendo apresentado a sua queixa, perante a autoridade policial em 5 de Julho de 2001 (fl.333 e ss).

Pelo que o direito da queixa da ofendida relativamente ao crime de Fevereiro de 1999 não se encontra caducado.

1.2. Insuficiência da matéria de facto provada

A recorrente arguiu o vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão de direito, alegando que a recorrente tinha sido condenada pelo crime, ocorrido em Fevereiro de 1999, que não praticou, porque no ano 1999 ela não esteve em Macau.

Seguidamente, pondo em causa a credibilidade do reconhecimento da ofendida, concluiu que “está em causa uma questão de direito, a aplicação daquele princípio de presunção de inocência, na medida em que o processo penal exige, como fundamento da condenação, uma certeza e não mero juízo de probabilidade contido na acusação que resulta da declaração de um sujeito processual – a ofendida – com manifesto interesse na causa”.

Como se sabe, só existe insuficiência da matéria de facto provada “quando o Tribunal não deu como provados todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador por falta de apuramento de

matéria”,¹ ou seja “o vício ocorre quando se verifica uma lacuna no apuramento dessa matéria que impede a decisão de direito; quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à solução de direito encontrada ou, quando o Tribunal não investigue tudo quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa suscitarem nos autos”.²

No fundo o que a recorrente alegou é exactamente a questão de (in)suficiência da prova, que é do âmbito do princípio da livre apreciação da prova.

Como nos vários acórdãos deste TSI, o julgador forma a sua convicção com base em todos os elementos fácticos constantes dos autos, conjugando entre si. O auto de reconhecimento é apenas uma espécie da prova, e faz apenas parte dos elementos fácticos, até decisivos, para a formação da convicção do Tribunal, mas isto já está no âmbito da insindicabilidade nos termos do artigo 114º do Código de Processo Penal.

Quanto à alegação que a recorrente “não esteve em Macau, no ano de 1999”, não pode a mesma ser apta para impugnar a decisão da matéria de facto. Uma vez que o Tribunal não deu como provado que ela não esteve em Macau, não podia aquela alegação servir como um facto assente, mas sim uma mera prova constante dos autos - declaração da arguida -, sujeita à livre apreciação do Tribunal.

O que é mais importante é que o Tribunal deu como provado o facto ocorrido em Fevereiro de 1999 em que foi autora a própria recorrente, existe, assim, “todos os factos pertinentes à subsunção no preceito penal incriminador”.

Pelo que inverificado o vício invocado, improcede o recurso nesta parte.

¹ Entre outros, o acórdão de 15/6/2000 no Recurso nº 92/2000.

² Entre outros, o Acórdão de 14 de Setembro de 2000 do processo nº 128/2000.

1.3. Medida de pena

Finalmente, a recorrente “A” insurgiu-se contra a medida da pena, considerando exagerada a pena concreta aplicada.

Para tal invocou que “a arguida é primária, está ciente de que confessou os factos e de modo relevante – já que foi a única – para a descoberta da verdade, demonstrando arrependimento”, razões pelas quais a pena deveria ter sido especialmente atenuada”.

Destaque-se que a atenuação especial só se pode operar quando dos autos se verificam circunstâncias que permitem o Tribunal constituir um juízo da diminuição, de forma acentuada, da ilicitude do facto e da culpa do agente. Como se vê dos autos, não se encontra qualquer das circunstâncias, nomeadamente aquelas elencadas no artigo 66º do Código Penal.

Como resulta dos autos, a arguida ora recorrente foi condenada por três crimes de burla consumado, p. e p. pelo artigo 211º n.º 1 do Código Penal, na pena, cada um, de um ano e seis meses de prisão; e por um crime de burla tentado, p. e p. pelos artigos 211º n.º 1 e 2, 22º do Código Penal na pena de seis meses de prisão, e em cúmulo na pena única de três anos e seis meses de prisão.

Conforma a disposição do artigo 211º n.º 1 do Código Penal, a moldura penal do crime é (de um mês – artigo 41º n.º 1 do CPM) até 3 anos de prisão ou com pena de multa.

Como se sabe, na graduação judicial das penas de prisão em consequência do julgamento, o Tribunal pondera todas as circunstâncias constantes dos autos conforme as regras da medida da pena previstas, nomeadamente no artigo 65º do Código Penal, pelo qual o Tribunal pondera os elementos disponíveis para a determinação da pena, de harmonia com a “Teoria da margem da liberdade” segundo a qual a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, e

determinadas em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.³

Essa referida liberdade atribuída ao julgador na determinação da medida da pena não é arbitrariedade, é antes, uma actividade judicial juridicamente vinculada, uma verdadeira aplicação de direito.⁴

Uma vez que a pena de prisão aplicada à recorrente foi fixada dentro da moldura legal, tendo em conta todos os factos assentes e ponderando todos os factores previstos no artigo 65º do CPM, consideram-se adequada e equilibradamente fixadas as penas parcelaras.

Em relação à questão levantada pela recorrente sobre os elementos de ser primária, limitamo-nos a destacar que os julgadores da primeira instância ponderaram tal facto, como bem claro resultou do texto do acórdão recorrido nas fls. 509, no qual ponderou também os factos de não ter confessado os factos e não ter demonstrado arrependimento pelas suas condutas ilícitas.

Nesta conformidade, tendo em conta a regra da punição do concurso dos crimes previsto no artigo 71º do Código Penal, sendo a moldura penal conjunta de 18 meses a 5 anos, a pena única de 3 anos e 6 meses de prisão mostra-se equilibrada.

Assim sendo, conclui-se pela improcedência do recurso da arguida “A”.

2. O recurso da arguida “B”

A recorrente “B” levantou duas questões, uma é que o Tribunal deveria dar preferência à pena de multa face à pena alternativa fixada por lei, outra é que, caso o Tribunal, não pudesse deixar de aplicar a pena de prisão, deveria operar a atenuação especial na medida de pena.

Vejamos.

³ Citam-se para todos os Ac. do TSI de 3 de Fevereiro de 2000 do Processo nº 2/2000, de 15 de Junho de 2000 do processo nº 96/2000.

⁴ Ac. do TSI de 3 de Fevereiro de 2000 do Processo nº 2/2000.

2.1. A escolha de pena

Aos crimes pelos quais a recorrente foi condenada, a lei penal impõe uma moldura de pena, um com prisão até 5 anos ou com pena de multa (artigo 211º n.º 3), e outro com prisão até 3 anos ou com pena de multa (artigo 211º n.º 1).

Face à pena legal em alternativa, para cada crime, cabe ao Tribunal apreciar em primeiro lugar a questão de escolha de pena, por força do disposto no artigo 64º do Código Penal.

Diz o artigo 64º do Código Penal:

“Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”

A lei é clara: a escolha da pena não privativa de liberdade carece da justificação de realização de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Caso o julgador entenda que com a aplicação da pena de multa se alcança de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, escolhe a pena de multa, dando preferência à pena não privativa de liberdade.

In casu, o Tribunal *a quo* na medida concreta de pena considerou que:

“As arguidas são primárias, contudo não confessam os factos e não demonstram arrependimentos pelas suas condutas ilícitas.

Por outro lado, as arguidas não são residentes da RAEM e vieram a Macau para praticar crimes, escolhendo vítimas que são na sua maioria idosas e de condição modesta, portanto, mais frágeis e susceptíveis de caírem nas suas “armadilhas” por isso, o desvalor de conduta de cada uma das arguidas é assaz reprovável.

....

Relevam ainda quanto aos crimes também as exigências da prevenção criminal, pois se sabe a quantidade de crimes semelhantes que foram praticados no território, sem que se tenham descoberto os seus autores, assim como a perturbação que esse tipo de crimes causam à tranquilidade pública.”

Basta uma consideração global dos elementos constantes dos autos, não é difícil concluir, perante as circunstâncias também referidas pelo Acórdão recorrido, ora transcrito, a pena de não privativa de liberdade não possibilitar a realização de forma adequada e suficiente as finalidades de punição.

Para a sua motivação do recurso, embora não levasse para as conclusões, a recorrente invocou a natureza de semi-público do crime de burla, os danos causados pela recorrente e a função ressocializadora da pena, para concluir que “as finalidades de prevenção geral e especial estarão plenamente asseguradas com a aplicação da pena de multa”.

Nesta parte, subscrevemos totalmente o parecer da Digna Procurador-Adjunto do Minsitério Público:

“Por um lado, a natureza do crime e a quantia dos danos causados não são elementos decisivos para ponderar se as finalidades da punição estão adequada e suficientemente asseguradas.

Não obstante se tratar do crime semi-público, o legislador não deixa de prever uma pena de prisão, em alternativa de multa, fornecendo ao julgador o maior espaço de “manobra”, o que significa que a natureza do crime, por si só, não assume a relevância de afastar a aplicação da pena de prisão.

Por outro lado, não resulta dos autos nenhum indício de que a recorrente possui boas condições para reinserção social.”

Pelo que, é correcta a escolha da pena privativa de liberdade da arguida ora recorrente.

2.2. A atenuação especial da pena

Subsidiariamente, a recorrente impugnou a medida concreta da pena, entendendo que “na determinação da medida de pena relativamente aos factos descritos no ponto 1 da acusação o acórdão limita-se a citar o artigo 65º do Código Penal de Macau enunciando em termos abstractos as circunstâncias que no seu entender contribuíram para determinar a pena aplicada.

Não foram dadas como provadas quaisquer circunstâncias agravantes em relação à arguida “B”, antes pelo contrário, favorecem-na determinadas circunstâncias atenuantes, como a falta de antecedentes criminais e as suas condições económicas e sociais.”

O regime geral de atenuação especial da pena está previsto no artigo 66º do Código Penal, e conforme o disposto deste artigo, no nosso entender, qualquer das circunstâncias referidas na motivação do recurso não se enquadram em qualquer das alíneas do artigo supra, nem o Tribunal pode verificar quaisquer outras circunstâncias que, embora não enquadráveis em nenhuma das alíneas do nº 2, preencham os pressupostos materiais do nº 1 parte final, ou seja que as mesmas permitem a constituição de um juízo da diminuição, de forma acentuada, da ilicitude do facto e da culpa do agente.

Sendo assim, não se permite viabilizar uma atenuação especial na medida da pena, considerando a moldura legal das penas.

A favor da recorrente, realmente, nada se positivo se averiguou, para o efeito da pretendida atenuação especial da pena.

Por outro lado, quanto à medida concreta da pena aplicada, mesmo pelo critério que este tribunal julgou o recurso da arguida “A”, relativamente à medida concreta da pena, e conjugando todos os

elementos constantes dos autos, entende-se que as penas concretas aplicadas, quer da parcelar quer unitária, foram equilibrada e proporcionalmente atribuídas, não merecendo qualquer censura.

Assim, conclui-se pela improcedência do recurso da arguida “B”.

Ponderado, resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento aos recursos interpostos pelas arguidas “A” e “B”, mantendo-se assim a decisão recorrida.

As custas pelas recorrentes, fixando a taxa de justiça, cada um, 5 UC’s.

Atribui-se ao Ilustre Defensor Oficioso nomeado para a recorrente “B” a remuneração de MOP\$1.500,00.

Macau, aos 12 de Setembro de 2002

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong