

**Processo nº 562/2016**

(Autos de recurso penal)

**Data: 22.09.2016**

**Assuntos : Crime de “burla qualificada”.**

**Erro notório.**

**Pena.**

## **SUMÁRIO**

1. O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras de experiência ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores.

É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.

Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal.

2. Na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art.º 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites.

**O relator,**

---

José Maria Dias Azedo

**Processo nº 562/2016**

(Autos de recurso penal)

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

**Relatório**

1. Em audiência Colectiva no T.J.B. respondeu A, arguido com os sinais dos autos, vindo a ser condenado pela prática de 1 crime de “burla qualificada”, p. e p. pelo art. 211º, n.º 1 e 4, al. a) do C.P.M., na pena de 3 anos e 6 meses de prisão, e a pagar ao ofendido dos autos a indemnização de MOP\$206.000,00 e juros.

Em cúmulo jurídico com as penas que lhe foram aplicadas no âmbito dos Processos CR3-15-0531-PCS, CR4-15-0209-PSM e CR1-15-0537-PCS, fixou-lhe o Tribunal a pena única de 4 anos e 3 meses de prisão; (cfr., fls. 261 a 267-v que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

\*

Do assim decidido veio o arguido recorrer para em conclusões apresentadas a final da sua motivação de recurso imputar ao Acórdão recorrido o vício de “erro notório na apreciação da prova” e “excesso quanto à pena principal”; (cfr., fls. 283 a 289-v).

\*

Respondendo diz o Ministério Público que o recurso não merece provimento; (cfr., fls. 296 a 298-v).

\*

Neste T.S.I., juntou o Ilustre Procurador Adjunto o seguinte douto Parecer:

*“Na Motivação de fls.284 a 289v. dos autos, o recorrente assacou, ao douto Acórdão sob sindicância, o erro notório na apreciação de prova e a ofensa das disposições nos arts.40º e 65º do CPM por lhe se afigurar que a pena aplicada a si mostra excessivamente severa.*

*Antes de mais, subscrevemos inteiramente as concisas e criteriosas explanações da ilustre Colega na Resposta (cfr. fls.296 a 298v.), no sentido do não provimento do presente recurso.*

\*

*No que respeite ao «erro notório na apreciação de prova» previsto na c) do n.º2 do art.400º do CPP, é pacífica e consolidada, no actual ordenamento jurídico de Macau, a seguinte jurisprudência (cfr. a título meramente exemplificativo, Acórdãos do Venerando TUI nos Processo n.º17/2000, n.º16/2003, n.º46/2008, n.º22/2009, n.º52/2010, n.º29/2013 e n.º4/2014):*

*O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como*

*provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou ou não provou, ou que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem de formação média facilmente dele se dá conta.*

*Fundamentando o erro notório na apreciação de prova, o recorrente arguiu sucessivamente a escassa credibilidade dos depoimentos tanto do ofendido como da testemunha que é o amigo do ofendido, a insuficiência da prova firme para abonar seguramente o Acórdão na parte respeitante aos factos dados por provados pelo tribunal a quo, e a carência da prova para sustentar a conclusão de ele saber da falsidade das fichas.*

*Ponderando as provas constantes dos autos e atendendo à parte «事實之判斷» do Acórdão posto em crise, entendemos que é objectiva a conclusão (do tribunal a quo) de «經嚴謹、綜合、客觀和批判分析了於審判聽證中當庭宣讀的嫌犯之聲明、各證人的聲明，結合在審判聽證中審查的書證、扣押品及其他證據後，本合議庭認定上述事實。», e são suficientes e sólidas as provas para suportar os factos dados por*

*provados pelo tribunal a quo.*

*E sufragamos a proficiente observação da ilustre colega na douta Resposta, que aponta «在本案，被害人有港幣二十萬元現金賭本，上訴人宣稱借出相等於被害人原賭本一倍的金額給被害人賭博，條件是被害人簽下借據，被害人答應。上訴人安排同夥帶來港幣三十萬假籌碼換取被害人港幣二十萬現金。帶籌碼來的人並沒有帶走被害人簽下的借據，亦沒有要求被害人簽收較現金數目多出的籌碼，這是不尋常的情況，由此顯示，上訴人與帶籌碼來的人之間已有默契，而不是上訴人所宣稱的單純介紹人。隨後，上訴人在與被害人前往 X 娛樂場途中，逃去無踪。» O que torna manifestamente descabido o argumento do recorrente de ele não saber da falsidade da fichas.*

*A estas luzes, e sopesando os factos provados na sua totalidade em harmonia com a orientação jurisprudencial dominante no ordenamento jurídico de Macau, entendemos, sem hesitação, que não se verifica o invocado erro notório na apreciação de prova.*

*De outro lado, a mesma argumentação aduzida em sede do «erro notório na apreciação de prova» mostram nitidamente que ele pretendeu pôr em crise a apreciação e livre convicção do Tribunal a quo sobre os meios de prova, tentando sobrepor a sua valorização sobre a do Tribunal.*

*O que justifica que recordamos o ensinamento do Venerando TUI no seu Processo n.º13/2001: O recorrente não pode utilizar o recurso para manifestar a sua discordância sobre a forma como o tribunal a quo ponderou a prova produzida, pondo em causa, deste modo, a livre convicção do julgador.*

*Por sua vez, o Venerando TSI inculca (aresto no Proc.n.º470/2010): Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal.*

\*

*O próprio Acórdão sob sindicância demonstra, sem margem para dúvida, que ao graduar a pena a aplicar, o douto Tribunal a quo tomou como parâmetro e orientação o prescrito arts.40º e 65º do CPM, pois aí se refere expressamente « 量刑須根據《刑法典》第40及65條之規定。 »*

*Por outra banda, não faz sentido e é insubsistente o alegado na 37 conclusão da dita Motivação (雖然上訴人過往已有不少犯罪記錄，但觀乎其犯罪記錄全都是非法再入境罪，就本案的詐騙罪的犯罪性質來說屬初犯). De qualquer maneira, o recorrente não é primário para efeitos de graduação da pena.*

*Sendo assim, e atendendo à moldura penal consagrada na alínea a) do n.º4 do art.214º do Código Penal, afigura-se-nos justa e equilibrada a pena imposta ao recorrente, não descortinando a assacada violação do disposto nos arts.40º e 65º do mesmo Código”; (cfr., fls. 335 a 336-v).*

\*

Passa-se a apreciar.

## **Fundamentação**

### **Dos factos**

2. Estão provados e não provados os factos como tal elencados no Acórdão recorrido a fls. 262-v a 263-v, e que aqui se dão como integralmente reproduzidos.

## **Do direito**

3. Vem o arguido recorrer do Acórdão que o condenou nos termos atrás já referidos, na pena única de 4 anos e 3 meses de prisão.

Assaca à decisão recorrida o vício de “erro notório na apreciação da prova”, pedindo, subsidiariamente, a “redução da pena única”.

Porém, como – bem – se observa (e demonstra) no douto Parecer do Ministério Público que dá clara e cabal resposta às pretensões do ora recorrente, (e cujo teor aqui se dá por reproduzido), evidente é que nenhuma razão lhe assiste.

— Comecemos pelo alegado “erro”.

Repetidamente tem este T.S.I. afirmado que: *“O erro notório na apreciação da prova existe quando se dão como provados factos incompatíveis entre si, isto é, que o que se teve como provado ou não provado está em desconformidade com o que realmente se provou, ou*

*que se retirou de um facto tido como provado uma conclusão logicamente inaceitável. O erro existe também quando se violam as regras sobre o valor da prova vinculada, as regras de experiência ou as legis artis. Tem de ser um erro ostensivo, de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores”.*

*De facto, “É na audiência de julgamento que se produzem e avaliam todas as provas (cfr. artº 336º do C.P.P.M.), e é do seu conjunto, no uso dos seus poderes de livre apreciação da prova conjugados com as regras da experiência (cfr. artº 114º do mesmo código), que os julgadores adquirem a convicção sobre os factos objecto do processo.*

*Assim, sendo que o erro notório na apreciação da prova nada tem a ver com a eventual desconformidade entre a decisão de facto do Tribunal e aquela que entende adequada o Recorrente, irrelevante é, em sede de recurso, alegar-se como fundamento do dito vício, que devia o Tribunal ter dado relevância a determinado meio probatório para formar a sua convicção e assim dar como assente determinados factos, visto que, desta forma, mais não se faz do que pôr em causa a regra da livre convicção do Tribunal”; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 03.03.2016, Proc. n.º 82/2016, de 26.05.2016, Proc. n.º 998/2015 e de 14.07.2016, Proc. n.º 340/2016).*

Como também já tivemos oportunidade de afirmar:

“Erro” é toda a ignorância ou falsa representação de uma realidade. Daí que já não seja “erro” aquele que possa traduzir-se numa “leitura possível, aceitável ou razoável, da prova produzida”.

Sempre que a convicção do Tribunal recorrido se mostre ser uma convicção razoavelmente possível e explicável pelas regras da experiência comum, deve a mesma ser acolhida e respeitada pelo Tribunal de recurso.

O princípio da livre apreciação da prova, significa, basicamente, uma ausência de critérios legais que pré-determinam ou hierarquizam o valor dos diversos meios de apreciação da prova, pressupondo o apelo às “regras de experiência” que funcionam como argumentos que ajudam a explicar o caso particular com base no que é “normal” acontecer.

Não basta uma “dúvida pessoal” ou uma mera “possibilidade ou probabilidade” para se poder dizer que incorreu o Tribunal no vício de erro notório na apreciação da prova; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de 17.03.2016, Proc. n.º 101/2016, de 26.05.2016, Proc. n.º 998/2015 e de 16.06.2016, Proc. n.º 254/2016).

No caso dos autos, a decisão da matéria de facto apresenta-se-nos clara e lógica, perfeitamente compatível com os elementos de prova produzidos e apreciados pelo Tribunal a quo que, em sede de fundamentação, não deixa de explicitar, de forma adequada, a sua convicção, (cfr., fls. 264 a 265), não se vislumbrando como, onde ou de que forma tenha violado qualquer regra sobre o valor das provas legais ou tarifadas, regras de experiência, ou legis artis.

Assim, e limitando-se o recorrente a insistir na negação da prática dos factos que lhe eram imputados, e que, em audiência, se deram como provados, evidente é que se terá de julgar improcedente esta parte do recurso, pois que, não basta afirmar a existência de “erro” para que ele se verifique efectivamente.

Mais não se mostrando de dizer sobre a questão, continuemos.

— Passemos para a “pena”.

Vejamos.

Ao crime de “burla” pelo ora recorrente cometido cabe a pena de 2 a 10 anos de prisão; (cfr., art. 211º, n.º 4 do C.P.M.).

Nos termos do art. 40º do C.P.M.:

“1. A aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

2. A pena não pode ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

3. A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”.

E, em sede de determinação da pena, tem este T.S.I. entendido que *“na determinação da medida da pena, adoptou o Código Penal de Macau no seu art.º 65.º, a “Teoria da margem da liberdade”, segundo a qual, a pena concreta é fixada entre um limite mínimo e um limite máximo, determinados em função da culpa, intervindo os outros fins das penas dentro destes limites”*; (cfr., v.g., os recentes Acs. deste T.S.I. de

10.03.2016, Proc. n.º 134/2016, de 07.07.2016, Proc. n.º 436/2016 e de 21.07.2016, Proc. n.º 483/2016).

E, em causa estando um prejuízo do ofendido contabilizado em MOP\$206.000,00, não sendo o arguido primário, e verificando-se que a pena ao mesmo fixada se apresenta, ainda assim, próxima do seu mínimo legal, nenhuma redução desta pena se apresenta possível.

Vejam agora a “pena única”.

No caso, e em harmonia com o critério do art. 71º, n.º 2 do C.P.P.M., em causa está uma moldura penal com um mínimo de 3 anos e 6 meses de prisão e um máximo de 5 anos e 2 meses de prisão.

Ponderando na factualidade dada como provada e nas necessidades de prevenção criminal, fixou o Colectivo a quo a pena única de 4 anos e 3 meses de prisão.

Como se apresenta também aqui evidente, nenhuma censura merece o assim decidido.

Como decidiu o Tribunal da Relação de Évora (e em conformidade temos entendido):

*“I - Também em matéria de pena o recurso mantém o arquétipo de remédio jurídico, pelo que o tribunal de recurso deve intervir na pena (alterando-a) apenas e só quando detectar incorrecções ou distorções no processo de determinação da sanção.*

*II – Por isso, o recurso não visa nem pretende eliminar alguma margem de apreciação livre reconhecida ao tribunal de 1ª instância nesse âmbito.*

*III - Revelando-se, pela sentença, a selecção dos elementos factuais elegíveis, a identificação das normas aplicáveis, o cumprimento dos passos a seguir no iter aplicativo e a ponderação devida dos critérios legalmente atendíveis, justifica-se a confirmação da pena proferida”; (cfr., Ac. de 22.04.2014, Proc. n.º 291/13, in “www.dgsi.pt”, aqui citado como mera referência, e Decisão Sumária do ora relator de 29.04.2016, Proc. n.º 307/2016, de 24.05.2016, Proc. n.º 1031/2015 e de 30.05.2016, Proc. n.º 355/2016).*

Ora, no caso, e não se vislumbrando também nenhuma circunstância que diminua consideravelmente a culpa ou ilicitude da conduta, à vista está a solução, sendo pois de confirmar a pena única decretada.

Tudo visto, há que decidir pela improcedência do recurso.

### **Decisão**

**4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam negar provimento ao recurso.**

**Custas pelo recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 6 UCs.**

**Honorários ao Exmo. Defensor no montante de MOP\$1.800,00.**

Macau, aos 22 de Setembro de 2016

José Maria Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa