

Processo n.º 7/2009

(Recurso Penal)

Data: 26/Fevereiro/2009

Assuntos:

- Nulidade decorrente da falta de nomeação de defensor aquando das declarações para memória futura;
- vício de contradição insanável da fundamentação;
- erro notório na apreciação da prova;
- insuficiência da matéria de facto provada;
- medida da pena.

SUMÁRIO:

1. É de admitir no nosso ordenamento que se proceda a declarações para memória futura sem nomear um advogado se ainda não tiver sido constituído alguém como arguido.

2. Em termos de fixação de matéria de facto não é possível encontrar contradição entre factos provados e não provados, pela razão simples de que os factos provados não existem para fins de relevância de

enquadramento típico e por isso não faz sentido que possam contradizer outros factos que se deram com provados. O que pode acontecer é que não seja admissível responder sim e não à mesma pergunta sobre uma determinada realidade.

3. Se o arguido utilizou identidade falsa, fazendo-se passar por quem não era, se levou o ofendido a vir a Macau e aqui, ainda a pretexto de esperar pela pessoa que tinha poderes de proceder a um dado negócio, foi induzido a jogar, numa situação em que o objectivo era sacar dinheiro ao ofendido e a vítima, em circunstâncias de alguma inferioridade, limitação, perda de liberdade e autonomia de vontade ordenou à sua C.^a uma transferência de avultada quantia, a pretexto de ter perdido vários milhões naquele jogo, necessariamente ilícito, em que o objectivo não era sequer sujeitarem-se às regras da fortuna ou azar, mas sim *extorquir* dinheiro ao ofendido, está preenchido o crime de burla agravada e mostra-se adequada ao caso uma pena de 3 anos e 9 meses de prisão.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 7/2009

(Recurso Penal)

Data: 26/Fevereiro/2009

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

A (XXX), melhor identificado nos Autos à margem identificados, em que é arguido, tendo sido notificado do acórdão do Tribunal Colectivo do 2º Juízo Criminal,

- tendo sido ali condenado, em co-autoria material e na forma consumada dum crime de burla qualificada, p.p. pelo art.º 211.º, n.º 1, n.º 4, al. a) e art.º 196.º, al. b) do Código Penal, na pena de 3 anos e 9 meses de prisão efectiva e ainda no pagamento ao ofendido B, a título de indemnização do dano patrimonial, no montante de RMB 1.000.000,00, acrescidos do juro à taxa legal, a contar desde a data do facto ilícito, ou seja, de 6 de Julho de 2007 até efectivo e integral pagamento -

e com ele não se conformando, vem interpor recurso, alegando fundamentalmente:

Na elaboração do Acórdão em que concluiu pela condenação do ora Recorrente

na pena de três anos e nove meses de prisão, o Tribunal Judicial de Base considerou prova resultante das declarações do Ofendido para memória futura que padecem de nulidade insanável nos termos conjugados dos artigos 253º (declarações para memória futura), 53º no. 1, al. f) (obrigatoriedade de assistência nos casos dos artigos 253º e 276º) e 106º, al. c) (ausência de arguido ou defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência), todos do Código Penal de Macau, vício constante do n.º 3 do artigo 400º do Código de Processo Penal, que constitui fundamento do presente recurso e deverá ser declarada oficiosamente. invalidando a prova produzida com base nessas declarações, ou, caso assim se entenda, ordenar a renovação da prova com base nas mesmas produzida nos termos do artigo 415º.

Ainda que não houvesse nulidade e a prova constante das declarações para memória futura devesse ser considerada, os factos dados como provados no Acórdão que condenou o ora Recorrente com base nas mesmas, são, nos termos da alínea a), do n.º 2, do artigo 400º do Código de Processo Penal, insuficientes para provar o preenchimento dos elementos objectivo e subjectivo do tipo de crime pelo qual o Recorrente foi condenado, nos termos do artigo 211º, n.ºs. 1 e 4.

Tais factos não provam, designadamente, (i) a intenção de o Recorrente obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; (ii) que tenha havido erro ou engano sobre factos astuciosamente provocados pelo Recorrente; nem (iii) que o Recorrente tenha determinado o Ofendido à prática de factos que lhe causassem prejuízo patrimonial.

Para os efeitos da alínea b), do n.º 2, do artigo 400º do Código de Processo Penal, resulta do Acórdão contradição absoluta entre os factos considerados não provados. a fls. 13, com a conclusão de não ter sido provada a utilização de identificação falsa com o intuito de

enganar terceiros, e os motivos invocados a fls. 14 cara a decisão, que concluem que o ora Recorrente utilizou identidade falsa que levou o Ofendido a vir a Macau jogar, em vez de tratar de negócios.

Entrando ainda em contradição com as declarações de ambas as testemunhas da acusação que confirmaram que o ora Recorrente entrou em Macau com o Ofendido utilizando a sua própria e verdadeira identificação.

Das conclusões encontradas em face da ausência de verificação de factos que consubstanciem o crime de burla de valor consideravelmente elevado previsto e punido nos termos do artigo 211, n.ºs. 1 e 4, do Código Penal, resulta erro notório na apreciação da prova nos termos da alínea c), do n.º 2, do artigo 400º, do Código de Processo Penal.

A nulidade de parte da prova, a ausência de justificação fáctica e o exigido respeito pelo Princípio da Presunção da Inocência, em face da prova produzida, para o juízo de ilicitude e de culpa que, a final, o Tribunal a quo faz lavrar, justifica a revogação e reforma parcial da decisão recorrida, na parte em que condenou o ora Recorrente pela prática, em co-autoria material, de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, e a sua substituição por outro que conclua pela não aplicação de qualquer sanção ao ora Recorrente.

E, conseqüentemente, a revogação da decisão de condenação do ora Recorrente ao pagamento ao Ofendido da indemnização arbitrada oficiosamente pelo Tribunal Judicial de Base nos termos do artigo 74º do Código de Processo Civil.

Ainda que devesse considerar-se como provada a culpa do ora Recorrente – o que, de todo o modo, considera não se ter verificado - razão alguma existe para que não tenha sido

considerado que a pena de 15 meses já cumprida em prisão preventiva pelo ora Recorrente seria suficiente para realizar, de forma adequada e suficiente, as finalidades da punição.

Para mais tendo em consideração que o Recorrente não tem quaisquer antecedentes criminais, é pai de família e revelou bom relacionamento familiar e boas características sociais (cfr. resultou do Relatório Social de fls. 348 a 353).

Nestes termos requer seja o presente recurso julgado procedente, por provado e legalmente justificado, com a conseqüente (a) (i) declaração oficiosa de nulidade das declarações para memória futura a fls. 65 dos autos e invalidação da prova por elas produzida, e (ii) revogação da decisão de condenação pela prática, em co-autoria material, de um crime de burla de valor consideravelmente elevado, por total ausência de prova, com a conseqüente reforma parcial do acórdão recorrido em conformidade, ou, subsidiariamente, (b) renovação da prova e repetição da audiência de discussão e julgamento.

Responde o Digno Magistrado do MP, defendendo a bondade e justeza da decisão, invocando em síntese:

A nulidade insanável que suscita, emerge do facto de o seu defensor não ter estado presente nas declarações para memória futura de fls. 65, prestadas pelo ofendido.

Sucedee, porém, que não foi apenas o seu defensor que não esteve presente aquando da prestação das ditas - 13/07/2007.

Também ele, recorrente, não esteve, pois que ainda não tinha sido constituído arguido, o que só sucedeu no dia 30/07/2007, depois de ter sido interceptado.

Não esteve - nem tinha que estar, diga-se - presente nas referidas declarações para memória futura e muito menos o seu defensor, à data bem longe de ser nomeado ou constituído.

O Tribunal, escrupulosamente respeitando o princípio da livre apreciação, consagrada no art. 114º do C. P. Penal, teve-as em conta e atribuiu às mesmas o valor que, em seu alto critério, entendeu.

Oportuno é lembrar que, como se alcança do Capítulo convicção do Tribunal do duto acórdão; além das aludidas declarações, o tribunal formou a sua convicção numa panóplia de provas, produzidas e apreciadas em audiência de julgamento, nomeadamente as declarações discrepantes e contraditórias que o recorrente prestou em audiência e as que havia prestado no J.I.C. – nas quais, se bem se lembra, havia dito a participação que teve como co-autor, no acto de burla – a documentação apreendida e o depoimento credível dos agentes da P.J..

Não se vislumbra qualquer insuficiência nos factos abundantemente provados e não se descortina qualquer contradição e/ou erro notório entre o que se provou e não se provou.

Até parece que o arguido se limita a discordar da forma como o Tribunal apreciou a prova.

Como o fez com todo o respeito pelo princípio da livre apreciação da prova, segundo as regras da experiência e a sua convicção, trata-se de discordância inóqua, irrelevante e inconsequente.

Por conseguinte,

Inexistindo os apontados vícios, não se mostram, de todo, preenchidos os requisitos da renovação de prova, (que o recorrente, subsidiariamente, pede), referidos no art. 415º, n.º 1 do C. P. Penal.

Termos em que se pronuncia pelo não provimento ao recurso, quiçá rejeição do mesmo.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o seguinte douto parecer:

I. O recorrente vem, “subsidiariamente”, requerer a renovação da prova.

Conforme tem entendido este Tribunal, essa renovação pressupõe:

- que tenha havido documentação das declarações prestadas oralmente perante o Tribunal;

- que o recorrente indique as provas a renovar, com menção relativamente a cada uma delas dos factos a esclarecer e das razões justificativas da sua renovação;

- que se verifique qualquer dos vícios referidos no n.º 2 do art. 400º do mesmo Diploma; e

- que haja razões para se crer que a renovação permitirá evitar o reenvio do processo.

(cfr., nomeadamente, ac. de 12-?-2003, proc. n.º 107/2003)

E, encontrando-se preenchido o primeiro requisito, mostram-se inverificados o segundo e o terceiro.

Vejamos.

É manifesto, desde logo, o incumprimento do comando do art. 402º, n.º 3, do citado C. P. Penal.

Não se mostra feita, de facto, minimamente, a indicação a que o mesmo se refere.

Não se antolha, por outro lado, a existência de qualquer dos vícios em causa.

No que tange ao vício da al. a) do aludido n.º 2, há que ter presente a Jurisprudência desta Segunda Instância, na esteira de um aresta do nosso mais Alto Tribunal que veio precisar os contornos do vício em apreço.

De acordo com o mesmo, na verdade, “ocorre o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando a matéria de facto provada se apresente insuficiente para a decisão de direito adequada, o que se verifica quando o tribunal não a apurou matéria de facto necessária para uma boa decisão da causa, matéria essa que lhe cabia investigar, dentro do objecto do processo, tal como está circunscrito pela acusação e defesa, sem prejuízo do disposto nos artigos 339º e 340º do Código de Processo Penal” (ac. de 20/3/2002, proc. n.º 3/2002 - sublinhado acrescentado).

E não se vislumbra, "in casu", atento o objecto do processo, qualquer lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada.

Em relação ao vício da al. b), o raciocínio do arguido mostra-se equivocado.

O Tribunal, efectivamente, deu como não provada a factualidade relacionada com o crime de falsificação de documento de especial valor.

Deu como provado, entretanto, que o mesmo usou "falsa identidade", sendo certo que se apurou, além do mais, que simulou ser subordinado do "C" e referiu ser o "Sr. D".

Não se divisa, assim, a propósito, qualquer contradição.

Relativamente ao vício da al. c), por seu turno, o recorrente mais não faz, realmente, do que discordar do julgamento da matéria de facto feito na decisão recorrida, afrontando flagrantemente a regra da livre apreciação da prova consagrada no art. 114º do citado C. P. Penal.

Falecendo, pois, os mencionados pressupostos, não deve ser admitida a propugnada renovação da prova.

2. No que concerne à invocada "nulidade insanável", o nosso Exmo. Colega demonstra, muito claramente, a sem razão do arguido.

Daí que se tornem ociosas, a esse respeito, quaisquer outras considerações.

A pena aplicada, finalmente, mostra-se justa e equilibrada.

Em benefício do recorrente, na realidade, nada se provou.

E, em termos agravativos, há que destacar, antes do mais, o grande intensidade de dolo que presidiu à sua actuação.

Para além disso, impõe-se relevar, em especial, o montante da burla e a averiguada situação de comparticipação.

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).

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Respiga-se do acórdão recorrido o seguinte:

“(…)

Factos provados:

O ofendido **B**, é o presidente da “**E** Internacional Marine Holdings Co. Ltd.” da cidade de Shanghai, China, tendo como principal actividade serviços de transporte marítimo.

Para obter interesses ilícitos, o arguido em concluso com 6 suspeitos, “**C**”, “**F**”, “**G**”, “**D**”, “**H**” e “**I**” e de mútuo acordo participaram em acto de burla, utilizando uma companhia fictícia e demais documentos e cartão pessoal de negócios, tomando em consideração abordagens relacionados com negócios, cuja finalidade é a de aliciar o ofendido para vir a Macau que posteriormente organizaram jogos de fortuna e azar

para burlar dinheiro do ofendido.

Em Junho de 2007, dia indeterminado, um dos concluídos do arguido declarou falsamente ser o gerente da “J Holdings (HK) Limited”, C (C), cujo pretexto era a de abordar negócios de valor elevado, telefonando ao chefe, L, da Companhia do ofendido. Após terem tido contacto, no dia 10 de Junho de 2007, C deslocou-se pessoalmente à Companhia do ofendido para falar com ele sobre negócios, mas não obteve resultados. Posteriormente, “C”, continuou a manter contactos com o ofendido.

No dia 1 de Julho de 2007, “C” telefonou de novo ao ofendido, disse falsamente que o Presidente, “G” da sua Companhia deslocará a Macau no dia 5 e Julho de 2007 marcando encontro com o ofendido.

No dia 5 de Julho de 2007, o ofendido sem ter sido suspeita de que se tratava de burla, deslocou-se de Shanghai a Zhuhai. Na altura, “C” juntamente com um indivíduo suspeito de nome “F” deslocaram-se ao aeroporto de Zhuhai para receber o ofendido, em seguida hospedaram-se para descansar num Hotel em Zhuhai.

Posteriormente, o arguido A, simulando ser o subordinado de “C” (referindo ser Sr. D), juntamente com C deslocaram-se ao Hotel à procura do ofendido que de seguida acompanharam-no, deslocando de barco em Zhuhai, passando por HK para entrar em Macau.

Cerca das 23:30 horas do mesmo dia, o ofendido, em companhia do arguido, chegaram a Macau e tendo sido organizado o seu alojamento no quarto n.º XXX do Hotel Fortuna.

No dia seguinte (isto é, 6 de Julho de 2007), cerca das 8:30 horas da manhã,

“C” acompanhou o ofendido até ao quarto n.º 2018 do “Hotel Crown Towers Taipa”. Na altura, além do “G” estava no respectivo quarto, um indivíduo que declarou falsamente ser treinador de cavalos do “Macau Jockey Club”, “D” (D) e um outro indivíduo que declarou falsamente ser filho de “M”, “H”.

Nessa altura, “G” referiu falsamente ao ofendido que tinha que aguardar pela vinda do protocolo de cooperação, sendo assim, referiu para participarem no jogo de cartas “Show Hand” para passatempo, “G” explicou de seguida ao ofendido a maneira de como jogar as cartas, assim sendo, o ofendido após ter sido convencido por eles começou a jogar as cartas com os respectivos suspeitos.

No início, cada um apostava somente o montante de umas centenas a uns milhares de dólares de HK, tendo o ofendido ganho mais de dez mil dólares de HK, tendo o último jogo o ofendido obtido três cartas de “10”, os diversos suspeitos começaram a aumentar o valor do montante das apostas e o “C” que estava sentado ao lado do ofendido, encorajando-o sucessivamente para que seguisse as suas apostas, por essa razão o ofendido utilizou o dinheiro em numerário que levava consigo, incluindo 8,000 dólares americanos, 10,000 dólares de HK e 30,000 renminbis como montante de aposta, posteriormente alteraram o método das apostas ter aumentado para 5 milhões de dólares de HK, só restavam 4 indivíduos, nomeadamente o ofendido, “G”, “D” e “H”. Aquando da exibição das cartas, foi ganho pelo “H” que possuía 3 cartas de “J”. Tendo o “H” referido que o ofendido ter perdido no total 5 milhões de dólares de HK. O suspeito, “H”, pediu de imediato para que o ofendido entregasse o documento de identificação para ser fotocopiado, e tendo telefonado para um indivíduo de nome “T” para que ele tirasse a fotocópia do documento do ofendido. Após o “T” ter tirado a fotocópia do documento do ofendido, o “H” não devolveu de imediato o

documento ao ofendido. Após a negociação, “**H**” obrigou para que o ofendido transferisse em primeiro 1 milhão de renminbis para a conta bancária por si indicada e assinar uma nota de dívida no valor de 2 milhões de renminbis para poder ausentar-se.

Na altura, o ofendido estava com receio de que caso não seguisse as indicações do “**H**”, não o deixavam ausentar do local, por esta razão o ofendido telefonou de imediato para a sua Companhia da China, pedindo para que o funcionário transferisse 1 milhão de renminbis, nomeadamente para as duas contas bancárias indicados pelo “**H**”, sendo uma para o “Agricultural Bank of China”, conta n.º XXX, nome de conta: **N**, montante de 200 mil renminbis, e outra para o, “Shenzhen Zhenhua Branch of Industrial and Comercial Bank of China”, conta n.º XXX, nome da conta: **O** Co., Ltd, montante de 800 mil renminbis. Tendo o ofendido assinado uma nota de dívida no valor de 2 milhões de renminbis. Após o “**H**” ter confirmado a recepção do montante transferido, o ofendido acompanhado pelo “**C**” e “**H**” ausentou-se do hotel.

Através da navegação pela *internet*, o ofendido descobriu que o rosto do Presidente da “**J** Holdings (HK) Limited”, **G** não correspondia ao **G** que esteve no “Hotel Crown Towers Taipa” em Macau. Deste modo, o ofendido telefonou à companhia “**J** Holdings (HK) Limited” para motivos de consulta, veio a descobrir que não se encontrava nessa companhia os dois indivíduos, “**C**” e “**F**”. O ofendido sentiu ter sido burlado daí que se deslocou a Macau para efectuar uma participação.

Cerca das 16:15 horas do dia 30 de Agosto de 2007, o arguido (Sr. **D**) foi interceptado pelos guardas no posto fronteiriço das Portas do Cerco. Durante a investigação, os investigadores da PJ descobriram na posse do arguido materiais para a dissimulação da sua identidade, incluindo um salvo conduto para residentes de Hong

Kong e Macau para entrada e saída do Continente n.º XXX, cujo documento pertence a um indivíduo de nome **P**, e um Bilhete de Identidade de Residente da RPC n.º XXX, cujo documento pertence a indivíduo de nome **Q**, e as fotografias constantes nos dois documentos de identificação são do arguido, actualmente apreendidos.

No dia indeterminado, o arguido em Shenzhen, conseguiu obter através do “**G**” (**G**) um salvo conduto para residentes de Hong Kong e Macau para entrada e saída do Continente n.º XXX, cujo titular de nome **P**, e um Bilhete de Identidade de Residente da RPC n.º XXX, cujo titular de nome **Q**.

O arguido tinha claro conhecimento que além da fotografia constante nos dois documentos supracitados serem realmente sua, todos os outros dados de identificação nele constante não eram verdadeiras. O arguido desde que obteve os documentos acima referidos manteve-os sempre em sua posse.

De acordo, com os resultados obtidos de inspecção da Polícia Judiciária, a parte frente do Bilhete de Identidade de Residente da RPC que constava o nome de **Q** já tinha sido substituída, e o salvo conduto para residentes de Hong Kong e Macau para entrada e saída do Continente que continha o nome **P** foi-lhe substituído a fotografia do portador dando origem ao respectivo documento.

O arguido agiu livre, voluntariamente e consciente, juntamente com os suspeitos praticaram dolosamente os actos acima referidos. Utilizando falsa identificação, tomando em consideração abordagens relacionados com negócios aliciou o ofendido para vir a Macau para participar em jogos de fortuna e azar, burlando-lhe dinheiro, conseguindo assim obter para si e para terceiros interesse ilegítimo.

O arguido bem sabia da ilegalidade dos actos acima praticados, e que será punido pela lei.

*

Mais se provou:

De acordo com o CRC, o arguido é delinquente primário.

O arguido declarou que antes de ser preso explorava em conjunto com uns amigos seus uma companhia de treino artístico, dedicando-se à organização das programas de exibição para os conjuntos de cantos e danças. A mulher do arguido auxilia-o a tratar os negócios. Tem com a sua mulher dois filhos, os quais frequentam universidade e escola secundária, respectivamente. O arguido é bacharelado em indústria química.

Factos não provados:

Outros factos relevantes constantes da acusação, nomeadamente os seguintes:

O intuito do arguido de falsificar os documentos de identificação consiste no encobrimento da sua verdadeira identidade para proceder à burla.

O arguido agiu livre, voluntariamente e consciente, tinha claro conhecimento que não era portador do documento acima referido, mas para satisfazer os seus próprios interesses, mesmo sabendo que não possuía essa qualidade, utilizou dolosamente o documento de identificação falsificado, com o intuito de enganar

outrem, conseguindo assim obter para si ou para terceiros interesse ilegítimo, não podendo consumir-se por motivo alheio à sua própria vontade.

Os actos supracitados praticados pelo arguido prejudica a fé pública, autenticidade e legalidade do documento de identificação supracitado. Estes actos também afectam os interesses da RAEM e de terceiros.

*

Convicção do Tribunal:

O arguido prestou declaração em audiência, negando o crime acusado. Porém, o arguido já tinha confessado, quando interrogado no JIC, que em cooperação com outras pessoas e com o pretexto de abordagem de negócios, ele aliciara o ofendido para vir a Macau participando nos jogos de fortuna e azar, fazendo com que o ofendido perdesse dinheiro. Procedeu-se à leitura da respectiva declaração em audiência.

Ao prestar declaração para memória futura no JIC, o ofendido **B** contou de forma explícita e detalhada o processo de ser burlado, identificando o arguido como um dos burlões. Foi lida em audiência a referida declaração.

O investigador da PJ relatou o processo e o resultado de investigação da causa, dizendo que pode ser confirmado através da respectiva videogravação que o arguido estava presente, confirmando que encontraram na posse do arguido duas certidões falsificadas e umas cartas de visita dos outros suspeitos da presente causa, mas com elementos de identidade que estes usaram na altura.

Certifica-se através do documento constante de fls. 257 dos autos que os

referidos dois documentos eram falsificados.

Tendo apreciado as declarações do arguido, do ofendido, bem como as provas documentais, os objectos apreendidos e as outras provas, e ainda os cartões de visitas encontrados na posse do arguido que são idênticos aos que foram entregues pelos outros suspeitos da presente causa ao ofendido, o Tribunal Colectivo confirmou todos os factos de burla imputados ao arguido. Porém, os dados de identificação constantes dos dois cartões encontrados na posse do arguido não os declarados pelo arguido perante o ofendido, pelo que, o tribunal colectivo não conseguiu confirmar a intenção do arguido no encobrimento da identidade para proceder à burla.

*

Motivos:

Não se provando que o arguido tivesse falsificado documentos de identificação para enganar terceiros e satisfazer os interesses pessoais, com pleno conhecimento de que ele não tinha a dita identidade, apenas não teve sucesso por motivos alheios à sua vontade, assim, o arguido deve ser absolvido do crime de falsificação de documento de valor consideravelmente elevado, previsto e punido pelos artigos 245.º, 244.º, n.º 1, alínea c) e 243.º, alínea c) do CPM.

Por outro lado, em conformidade com os factos já provados, sabemos bem que o arguido praticou as respectivas condutas em cooperação com os outros suspeitos de forma livre, voluntária e consciente, utilizando a falsa identidade, com o pretexto de abordagem de negócios, aliciou o ofendido para vir jogar em Macau, tendo enganado desta maneira, RMB 1.000.000,00 do ofendido, ganhando para si e para outros

benefícios ilegítimos. Pelo que, o arguido cometeu, em co-autoria material e na forma consumada, um crime de burla de valor consideravelmente elevado, punível com a pena de prisão de 2 até 10 anos.

(...)”

III – FUNDAMENTOS

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

- Nulidade decorrente da falta de nomeação de defensor aquando das declarações para memória futura;

- vício de contradição insanável da fundamentação;

- erro notório na apreciação da prova;

- insuficiência da matéria de facto provada;

- medida da pena.

2. Começamos pela questão relativa à nulidade das declarações para memória futura a fls. 65 dos autos e invalidade da prova por elas produzidas, por falta de nomeação de defensor officioso.

Sobre isto, se é verdade que não foi nomeado qualquer defensor, não é menos verdade que nesse momento ainda não fora constituído arguido, donde a nomeação de um defensor se afiguraria virtual.

O defensor visa defender alguém no processo, tornar viva e actuante a voz do defendido, exercer o contraditório. Ora, se não existe ainda defendido, como se pode dar essa voz, desconhecendo as razões e motivações do defendente?

Mas as coisas não são assim tão lineares.

Imaginemos, como é o caso, que alguém identifica o agressor ou autor dos factos de que o declarante se diz vitimizado e com base nessas declarações o visado é constituído arguido. Não é justo que ele deva ter a oportunidade de contraditar o reconhecimento? E a situação tanto mais se agrava quando esse vem a ser o único elemento de prova para condenar o arguido em sede de julgamento.

Não foi, assim, no entanto, com esta dramaticidade que as coisas se passaram. Outros elementos sobrevieram e foram relevantes para a convicção do Colectivo de Juízes.

Esta dificuldade resulta da constatação da discussão existente no âmbito do Processo penal sobre a possibilidade de declarações para memória futura sem constituição do arguido. Havia quem entendesse que não era possível, quem entendesse que sim.¹

Considerando no entanto que a nossa versão se aproxima da versão anterior portuguesa, em que não se seguem exactamente as regras de um julgamento, em que o juiz tem um papel preponderante na

¹ - Dos diferentes entendimentos nos dá conta Vinício Ribeiro, CPP Anot., 2008, 539

condução e modo de inquirir, dadas as particularidades específicas da RAEM, resultantes da grande volatilidade das pessoas que por aqui passam, aqui podem cometer crimes ou ser alvo deles, afigura-se ser de admitir tal possibilidade.

Nesta conformidade, somos a concluir pela regularidade de tais declarações para memória futura.

3. Ainda que não levada às conclusões de uma forma explícita há uma questão que o recorrente suscita e que se prende com uma pretensa contradição entre a matéria de facto provada e não provada, a que alia um pretense erro na apreciação da prova, qual seja a de se ter afirmado por um lado que o arguido na sua actividade criminosa usou *identificação falsa* e por outro que se respondeu não ter ficado provado que *falsificou a sua identificação*.

Já por várias vezes se tem afirmado que em termos de fixação de matéria de facto não é possível encontrar contradição entre factos provados e não provados, pela razão simples de que os factos provados não existem para fins de relevância de enquadramento típico e por isso não faz sentido que possam contradizer outros factos que se deram com provados.

O que pode acontecer é que não seja admissível responder sim e não à mesma pergunta sobre uma determinada realidade. Não se pode ao

mesmo tempo dizer que A falsificou x e A não falsificou x. Aqui, sim, pode haver uma contradição; já não entre os factos, mas nas respostas dadas.

O que importa é definir a realidade subjacente a tais expressões e, perante isso, logo se alcançará que não há contradição nas respostas.

Quando se diz que o arguido não falsificou a sua identificação para o absolver, aliás, do respectivo crime de falsificação de documentos, o que se tem em vista é exactamente isso: a falsificação de sua identificação suportada nos respectivos documentos.

Quando se diz que o arguido usou falsa identificação significa tal expressão que usou outra identidade, disse chamar-se ou dizer-se ser outrem para dessa forma compor o engano consubstanciador da burla por que foi condenado.

Assim se compatibiliza essa apenas aparente contradição.

4. Vejamos agora dos restantes vícios assacados ao julgamento produzido.

Os factos provados seriam insuficientes para provar o preenchimento dos elementos objectivo e subjectivo do tipo de crime pelo qual o Recorrente foi condenado, nos termos do artigo 211º, n.ºs 1 e 4, alínea a), do n.º 2, vício esse previsto no artigo 400º do Código de

Processo Penal.

Ainda aqui poderia caber um alegado erro de apreciação de provas, importando distinguir o que seja esse vício intelectual daquilo que seja uma outra actividade intelectual e se dirige à formação da convicção, baseada no poder que a lei atribui ao julgador e se funda no princípio da livre convicção de apreciação das provas plasmado no art. 114º do CPP.

Tais factos, no entendimento do recorrente, *não provam, designadamente, (i) a intenção de o Recorrente obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; (ii) que tenha havido erro ou engano sobre factos astuciosamente provocados pelo Recorrente; nem (iii) que o Recorrente tenha determinado o ofendido à prática de factos que lhe causassem prejuízo patrimonial.*

Não tem razão o recorrente.

Embora coloque bem a questão quanto à caracterização do vício da insuficiência de matéria de facto, o certo é que os factos dados como provados são de molde a integrarem o elemento do referido tipo de crime de burla.

Basicamente, o recorrente utilizou identidade falsa e fazendo-se passar por quem não era, levou o ofendido a vir a Macau e aqui, ainda a pretexto de esperar pela pessoa que tinha poderes de negociação, foi induzido a jogar, numa situação em que o objectivo era sacar dinheiro ao ofendido. Este, em circunstâncias de alguma inferioridade, limitação,

perda de liberdade e autonomia de vontade ordenou à sua C.^a uma transferência de avultada quantia, a pretexto de ter perdido vários milhões naquele jogo, necessariamente ilícito, em que o objectivo não era sequer sujeitarem-se às regras da fortuna ou azar, mas sim *extorquir* dinheiro ao ofendido.

É isso mesmo que resulta da matéria que vem provada.

Ainda que não linear a factualidade típica, o certo é que se visa um prejuízo patrimonial, que se obtém, mediante engano, duplo engano, aliás, (vinda a Macau para negociar e jogo enquanto se espera o negociador) e obtenção de uma vantagem patrimonial indevida concretizado com a aludida transferência.

Assim se conclui pela suficiência da matéria de facto.

5. Quanto à medida da pena.

Mostra-se ela adequada, face a uma moldura de 2 a 10 anos de prisão.

A lei aponta quais as finalidades das penas no artigo 40º do C. Penal:

“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.”

Daqui se colhe a interpretação sintetizada na afirmação de

Roxin², delimitando o sentido e limites do direito penal, como “protecção subsidiária de bens jurídicos e prestação de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial que salvaguarde a personalidade no quadro traçado pela medida de culpa individual.”

Sentido tanto mais reforçado quanto ganha foros programáticos logo no preâmbulo do Dec.-Lei 58/95/M de 14/Nov. ao proclamar-se que o Código Penal assenta as “suas prescrições na liberdade individual e na correspondente responsabilização de cada um de acordo com o princípio da culpa”, enaltecendo-se o “sentido pedagógico e ressocializador do sistema penal, respeitando os direitos e a personalidade dos condenados” enquanto “repare a violação dos bens jurídicos protegidos e sirva de referência tranquilizadora para a comunidade.”

Por outro lado, os critérios legais para a determinação da pena concreta, são os previstos no art. 65º, n.º 1 do C. Penal, onde se enfatizam as razões já proclamadas relativas aos fins das penas, “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal”.

A síntese do conceito da culpa, com projecção na medida da pena, pode encontrar-se nas palavras do Prof. Figueiredo Dias³: “o Juiz, ao emitir o seu juízo de culpa ou ao medir a pena, não pode furtar-se a uma compreensão da personalidade do delinquente, a fim de determinar o seu

² Ob. cit. pág. 43.

³ Liberdade, Culpa, Dto. Penal, 1983, p. 184.

desvalor ético-jurídico e a sua desconformação em face da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal. A medida desta desconformação constituirá a medida da censura pessoal que ao delinquente deve ser feita e assim o critério essencial da medida da pena”.

A disposição substantiva em apreço determina a aferição da medida da pena, para além da culpa, em função das exigências da prevenção criminal. Tratar-se-á aqui tanto de prevenção geral como de prevenção especial, considerações que não devem conduzir a que o limite máximo adequado à culpa seja ultrapassado⁴.

Dentro da moldura abstracta, estabelecer-se-á o máximo constituído pelo ponto mais alto consentido pela culpa do agente e o mínimo que resulta do “quantum” da pena imprescindível à tutela dos bens jurídicos e expectativas comunitárias (“moldura de prevenção”). E será dentro desta moldura de prevenção que irão actuar as considerações de prevenção especial (função de socialização, advertência individual ou segurança).^{5 6}

Na quantificação da medida da pena, estabelece o n.º 2 do artigo 65º que “o Tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo do crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”. E concretiza nas alíneas seguintes, exemplificativamente, algumas dessas

⁴ Figueiredo Dias in Dto. Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, ob. cit., pág. 238 e 242.

⁵ Figueiredo Dias in Dto. Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, ob. cit., pág. 238 e 242.

⁶ Ac. STJ de 24/02/88, BMJ 374/229.

circunstâncias relativas à gravidade da ilicitude, à culpa do agente e à influência da pena sobre o delinquente.

A conceder razão ao recorrente, no sentido de que os 15 meses de prisão preventiva já eram suficientes, nem sequer o mínimo da pena se atingiria.

A conduta do arguido foi artilosa e comparticipada por outros, o que envolve alguma maior gravidade da culpabilidade.

A favor do arguido nada de relevo se vislumbra.

A sua formação académica superior aponta para a canalização dessa formação numa maior utilidade social, que não numa conduta desviante censurável e perniciosa para essa mesma sociedade, enquanto má imagem que se projecta da RAEM, como um local de atracção de actividades criminosas. Repare-se que se desencaminha um cidadão de Shangai para aqui vir ser enganado.

A pena encontrada não se afasta das penas que têm sido normalmente aplicadas em casos semelhantes e se bem que cada caso seja um caso, com a sua especificidade própria, não se pode esquecer uma ideia de justiça relativa e niveladora que os Tribunais devem estimular.

Sendo o grau de culpa o limite máximo da pena concreta, embora se possa configurar ainda uma pena diferente dentro de uma variação legalmente admissível, não se vê que aquele limite tenha sido ultrapassado,

pelo que a pena encontrada se tem por ajustada.

Entende-se assim que o recurso 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 pelos recorrentes, 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, 26 de Fevereiro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong