

Processo n.º 29/2009

(Recurso Penal)

Data: 10/Dezembro/2009

Recorrente: A (XXX)

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

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

I – RELATÓRIO

A, 3.º arguido dos autos à margem referidos e neles melhor identificado, inconformado com a sentença condenatória e decisão proferida pelo MM.º Juiz, em 5 de Dezembro de 2008, vem interporrecurso, alegando, em síntese:

A sentença recorrida começa por: “O Ministério Público da RAEM deduz acusação contra “...”. De facto, não foi o Ministério Público que deduziu a acusação e o tribunal a quo procedeu ao conhecimento, mas foi o MM.º Juiz do Juízo de Instrução Criminal que fez o despacho de pronúncia para acusar o recorrente. Para o efeito, a sentença recorrida violou as disposições da alínea c) do n.º 1 do art.º 355.º do Código de Processo Penal.

Por causa da violação do artigo supra referido, embora a sentença não pertença à

nulidade referida na alínea a) do art.º 360.º do Código de Processo Penal, constitui a irregularidade referida no n.º 1 do art.º 110.º do Código de Processo Penal.

Mediante as informações constantes dos autos, sabemos que neles não se encontra nenhuma prova material que comprova o cometimento do crime imputado ao arguido.

Só se refere na acusação que “a compra dos remédios de “VIAGRA” foi autorizada pelo A (3.º arguido) - dono da “ B Farmácia.”, entretanto, não se procedeu à análise do pressuposto da “autorização”, da extensão da “autorização”, dos efeitos da determinação de crime e da medida concreta da “autorização” no âmbito penal, nem se analisou aquela “autorização” deixou o recorrente como “autoria” ou “cúmplice” previstos respectivamente nos artigos 25.º e 26.º do Código Penal de Macau.

O perito C é representante da ofendida, existe uma relação contra- interessante entre ele e o recorrente, e também é duvidável a personalidade do testemunha D conforme o seu comportamento. Além disso, a sentença recorrida afirmou imperativamente que o recorrente tinha conhecimento do facto do registo de marca, isto também não corresponde ao facto. Como sabemos, os cidadãos gerais não têm o costume de ler os “Boletins Oficiais”, por isso, a sentença recorrida violou, em termos de apreciação das provas, as regras de experiências previstas no art.º 114.º do Código de Processo Penal.

Não poderá só pela coincidência que os alfandegários foram apanhar o 1.º arguido logo quando o testemunha D estava pronto a comprar a “VIAGRA”. Por esta razão, o recorrente não exclui a possibilidade que o 1.º arguido foi “provocado” para realizar esse acto criminoso.

Sendo assim, deve considerada nula a utilização dos depoimentos do testemunha D

como fundamentações na sentença recorrida.

O dito “ crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos que violam a marca registada” não compreende um só crime mas sim represente esse tipo de crimes, pois pelo menos, pode-se ser dividido em: “crime de venda de produtos ou artigos que violam a marca registada”, “crime de circulação de produtos ou artigos que violam a marca registada” e “crime de ocultação de produtos ou artigos que violam a marca registada”.

A sentença recorrida condenou, de forma geral, o recorrente pela prática de um crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos que violam a marca registada previsto e punido pelo Regime Jurídico da Propriedade Industrial, isto significa que na sentença em causa não se refere qual é o crime exacto que ele tinha praticado. Por esta razão, de acordo com a lei, deve ser considerada nula a sentença recorrida antes de ser confirmado afirmativamente o tipo de crime praticado.

Na sentença recorrida, não se indica nenhum fundamento de direito que sustenta a decisão de “Transitado em julgado a presente sentença, notifique-a aos SSM para efeitos de conhecimento”.

Na sentença recorrida, não se indica se a respectiva decisão fosse efeito jurídico de facto? uma pena? uma medida de segurança? uma pena acessória prevista no art.º 60.º do Código Penal de Macau? ou situação prevista no n.º 2 do art.º 61.º do Código Penal de Macau? Não se encontrou nenhum esclarecimento.

Nesse sentido, esta parte da decisão da sentença recorrida constitui o exercício de discricionariedade na área injustificada.

Na determinação da pena, a sentença recorrida não aplicou de preferência o art.º

5.º da lei n.º 6/96/M de 15 de Julho (a determinação da medida concreta) remetido pelo art.º 298.º do Regime Jurídico da Propriedade Industrial, mas sim aplicou o disposto subsidiário - o art.º 65.º do Código Penal, encontra-se um erro na aplicação da lei. Neste sentido, é certo que a medida da pena é injusta.

Pelo exposto, solicita seja admitido o presente recurso, julgado o mesmo procedente, anulado/ revogada a sentença recorrida.

Ou anulada/revogada a decisão “Transitado em julgado a presente sentença, notifique-a aos SSM para efeitos de conhecimento” da sentença recorrida.

O Digno Magistrado do MP oferece douda resposta, evidenciando no fundo a sem razão do recorrente, que, pelo acerto aqui se acolhe como base da fundamentação do decidido por este Tribunal, dizendo, em síntese:

É verdade que existe erro de escrita no início da sentença, deve-se fazer correção apropriada;

Conforme os factos provados, entendemos que o recorrente não é cúmplice.

O recorrente exerceu um papel dirigente no facto de crime e assumiu o inteiro controlo deste.

Sendo assim, o entendimento do tribunal sobre o papel de autoria do recorrente é

absolutamente correcto.

O reconhecimento jurídico (tipo de crime) do Tribunal a quo sobre o facto é absolutamente correcto.

O Tribunal a quo decidiu comunicar à Administração da sentença, o que é atribuição e dever do mesmo, mas não constitui a chamada discricionariedade.

Pelo exposto, consideramos que o recurso deve ser rejeitado pela improcedência.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emitiu o seguinte douto parecer:

Acompanhamos as judiciosas considerações do nosso Exmº Colega.

E apenas faremos uma breve referência à afluída questão da qualificação.

Na esteira de Maia Gonçalves, “afigura-se-nos ... que deve continuar a seguir-se a causalidade adequada na distinção entre auxiliator causam dans e auxiliator causam non dans” (cfr. C. P. Português, 13ª Ed. – 1999, pg., 148)

A questão que se coloca é, pois, a de saber se a participação do recorrente se deve ter, “in casu”, como essencial.

E os factos provados não consentem, no nosso entender, quaisquer dúvidas acerca dessa essencialidade.

Basta atentar, para tanto, na sua qualidade de proprietário da farmácia.

Deve, em conformidade com a posição assumida na resposta á motivação, o recurso ser julgado manifestamente improcedente (com a sua consequente 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

Com pertinência, respiga-se da sentença recorrida o seguinte:

“ (...)

II. Factos provados pelo julgamento:

Este tribunal formou, conforme a lei, o tribunal singular a proceder à audiência de julgamento à porta aberta, ficaram provados que:

Em 18 de Dezembro de 2006, cerca das 4h35 da tarde, os alfandegários dos Serviços de Alfândega foram lançar uma investigação na “B Farmácia” que situa na Rua XXX n.ºXXX r/c. Na frente do gerente da farmácia em causa- E (1.º arguido), foram descobertas duas garrafas de “VIAGRA” (威而鋼) da embalagem de 30 comprimidos em cima do balcão.

Foi o 1.º arguido quem comprou os comprimidos em questão junto de F (2.º arguido) por MOP\$800 cada garrafa [custa-se MOP\$26.7 cada comprimido], e revende-os por MOP\$3.300 cada garrafa na farmácia em causa para obter lucros.

Foi de vontade dele que o 1.º arguido telefonou ao 2.º arguido para se encontrarem à porta do Banco Tai Fung na Rua Oito do Bairro da Areia Preta. Por consequência, às 6h05 da tarde do mesmo dia, os alfandegários interceptaram o 2.º arguido no local combinado supramencionado e descobriram uma garrafa de “VIAGRA” da embalagem de 30 comprimidos na sua mão e que estava pronto a vendê-la para o 1.º arguido.

Posteriormente, os alfandegários encontraram, na casa do 2.º arguido situada no XXX andar XXX e XXX do Edf. XXX do XXX Garden, Rua XXX, duas garrafas de “VIAGRA” da embalagem de 30 comprimidos.

Após a perícia profissional, confirmou-se que as cinco garrafas de medicamentos acima ditas eram as de marca falsificada de “VIAGRA” (vide as fls. 25 e v. dos autos).

Foi o 2.º arguido quem comprou os medicamentos de “VIAGRA” em apreço junto dum indivíduo não identificado por MOP\$500 cada garrafa (custa-se MOP\$16.7 cada comprimido), e vende-os num preço de MOP\$800 cada garrafa para obter lucros.

“VIAGRA” já foi registado em Macau, é um tipo de medicamento especialmente restritivo pelos Serviços de Saúde da RAEM, e a receita médica é precisa para comprá-lo na farmácia.

O preço da venda por atacado ou a retalho de cada comprimido de “VIAGRA” de marca oficial é cerca de MOP\$80.

Sendo gerente da “B Farmácia”, o 1.º arguido era responsável pelos assuntos quotidianos, incluindo a compra e a venda dos produtos assim como outros assuntos da farmácia, mas a compra dos remédios de “VIAGRA” foi

autorizada pelo A (3.º arguido) - dono da “ B Farmácia”.

Os 1.º, 2.º e 3.º arguidos agiram livre, voluntária e conscientemente, com dolo, cujo objectivo foi obter lucros através de venda ou revenda dos produtos que violam a marca registada.

Estes três arguidos sabiam bem que tais condutas eram proibidas e punidas por lei.

*

Mais que se provou:

O 1.º arguido e o 3.º arguido negaram as acusações, o 2.º arguido confessou parte das acusações.

E ao mesmo tempo, provou-se ainda a situação pessoal dos arguidos:

O 1.º arguido E dedica-se ao “take- away” de sushi.

Auferindo o salário mensal de MOP\$5.000 a MOP\$6.000.

Fica a seu cargo a mulher e dois filhos menores.

Tem como a sua habilitação literária o 3.º ano do ensino secundário.

Segundo o registo criminal, o 1.º arguido é delinquente primário.

O 2.º arguido é comerciante numa companhia comercial, auferindo o salário mensal de MOP\$12.000.

Fica a seu cargo 4 filhos, um dos quais é menor.

Graduou-se da escola secundária.

Segundo o registo criminal, o 2.º arguido é delinquente primário, no entanto, foi acusado pela prática de um crime de falsificação de documento de especial valor (CR1-08-0203-PCC, data de prática: 1 de Maio de 2001), à espera de julgamento.

O 3.º arguido A é comerciante de farmácia, auferindo o salário mensal de MOP\$10.000 a MOP\$20.000.

Fica a seu cargo um filho menor.

Tem como a sua habilitação literária o ensino secundário complementar.

Segundo o registo criminal, o 3.º arguido é delinquente primário.

*

Factos não provados: nenhum.

*

Convicção dos factos:

A convicção dos factos deste tribunal foi feita com base nas declarações dos três arguidos sobre os factos a lhes imputados na audiência, os depoimentos prestados por um perito, um cliente e um alfandegário assim

como todos os documentos relativos constantes dos presentes autos (fotos nas fls. 5, 53 a 54, informações de regista de marca nas fls. 14 a 21, autos constantes das fls.25 elaborados pelo perito depois de perícia, documentos relativos às lojas geridas pelos 2.º arguido e 3.º arguido constantes das fls. 41 a 44 e 47 a 48).

(...)”

III – FUNDAMENTOS

1. São as seguintes questões que importa apreciar, tal como vêm colocadas pelo recorrente:

- **erro na referência aos factos da acusação;**
- **qualificação jurídica: autoria ou cumplicidade;**
- **provocação do crime;**
- **integração típica do crime;**
- **comunicação aos SSM;**
- **Medida da pena**

2. Lapsus calami

De facto, no início da sentença existe um lapso que importa corrigir,

o que se faz desde já, de forma a que onde está a referência à acusação deve ler-se como pronúncia.

Tal lapso enquanto mero erro de escrita, não afectou minimamente a justiça do julgamento, tanto mais que o teor do despacho de pronúncia proferido pelo Juízo de Instrução Criminal (vide as fls. 117 a 118 dos autos) é totalmente igual à acusação apresentada pelo Ministério Público (vide as fls. 90 a 91 dos autos).

Neste caso, tenha-se em conta para todos os efeitos esse lapso.

3. Da qualificação jurídica

O recorrente põe em causa qualificação jurídica dos factos provados, entendendo que deve ser considerado como cúmplice pela sua participação (enquanto deu consentimento) no crime com que o 1.º arguido comprou medicamentos que foram posteriormente comprovados como problemáticos em termos de falsificação.

Afigura-se que não tem razão.

É autor que executa o facto por si ou por intermédio de outrem, toma parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outros e ainda quem dolosamente determina outra pessoa à prática do facto – art. 25º do CP.

Por seu lado, cúmplice é aquele que dolosamente presta auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso – art. 26º do CP.

A cumplicidade pressupõe uma causalidade não essencial, isto é que a infracção do autor sempre seria praticada, embora em outro tempo, lugar ou circunstância.

O cúmplice não toma parte no domínio funcional dos actos; apenas tem consciência de que favorece um facto alheio sem tomar parte nele e não é necessário que o autor conheça ajuda ou colaboração que lhe é prestada.¹

Ora, essa relação que se assume aqui como determinante e não meramente acessória, resulta da relação funcional ou profissional entre o 1º arguido e o 3º arguido, ora recorrente. Aquele era o gerente da farmácia e o outro dono da farmácia, o que desde logo revela uma dependência e articulação dependente do 1º em relação ao 3º arguido.

É verdade que abstractamente considerando é possível conceber - a vida ensina-nos tanta coisa – que, neste caso, o gerente tivesse actuado á revelia das instruções do dono da farmácia.

Só que não é isso que vem comprovado.

Desde logo comprova-se que aquela transacção - a compra dos remédios “Viagra” – foi autorizada pelo **A**.

¹ - Maia Gonçalves , CPP Anot, 16ª, 2004, 139 e .Ac. STJ, de 30/10/2002, proc. 2930/02

Depois, vem comprovado que os arguidos agiram de forma livre, voluntária e conscientemente com o objectivo de obter lucros através da venda ou revenda de produtos que violam uma marca registada.

Sabiam ser tal conduta proibida.

É certo que se trata de matéria fáctica com alguma carga conclusiva, mas conclusiva a partir de outros factos que têm algum apoio na restante matéria fáctica.

Por outro lado não é difícil perceber, a partir das regras da experiência comum que, por outro lado, no âmbito desta relação, o capital utilizado para comprar os medicamentos problemáticos assim como o benefício obtido pela transacção destes pertencem ao recorrente.

Neste caso, é inegável que é o ora recorrente aquele que determina, a “mola” do negócio, e o 1.º arguido somente o executor.

Daí que possamos concluir no sentido de que o recorrente exercia um papel muito importante durante o inteiro cometimento de crime, sendo ele que controlou completamente os factos ocorridos no crime e controlou a realização final e a conclusão do crime.

Nada nos autos aponta para uma versão de desconhecimento ou desculpabilização do dono da farmácia como alguém que estaria alheado do que alise passava em geral e neste particular negócio da venda do “Viagra”.

Donde não se acolher a pretensão do recorrente no sentido de ser

considerado apenas um mero cúmplice na prática dos actos tipificados como criminosos.

4. Da instigação/provocação e pretensa indução do crime

O recorrente alegou ainda que a transacção entre o 1.º arguido e a testemunha **D** foi realizada pela “tentação” dos alfandegários, mas não desenvolveu qualquer fundamentação efectiva e concreta que pudesse pôr em causa todo o procedimento e o próprio crime.

Estranha o facto de aquela testemunha, interessado comprador, ali estar, naquele local e àquela hora, exactamente no momento da intervenção dos agentes.

O afirmado não passa de uma interrogação/suposição do recorrente, não sendo possível esgrimir “contra moinhos de vento”.

Donde não se poder conhecer dessa questão.

5. Da integração típica do crime

O recorrente apontou ainda que o “*crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos que violam a marca registada*” não é um crime e deve-se ser dividido em vários crimes.

Prevê o art. 291º do Código Da Propriedade Industrial:

(Contrafacção, imitação e utilização ilegal de marca)

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa entre 90 e 180 dias quem, em termos de actividade empresarial e com o objectivo de obter para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, e sem consentimento do titular do direito de propriedade industrial:

- a) Contrafazer, total ou parcialmente, ou reproduzir por qualquer meio uma marca registada;*
- b) Imitar, no todo ou em alguma das suas partes características, uma marca registada;*
- c) Utilizar as marcas contrafeitas ou imitadas;*
- d) Utilizar, contrafazer ou imitar as marcas notórias e cujos registos já tenham sido requeridos em Macau;*
- e) Utilizar marcas, ainda que em produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, as quais sejam tradução, iguais ou semelhantes a marcas anteriores cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio em Macau, sempre que a utilização da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio da marca anterior ou possa prejudicá-los;*
- f) Utilizar, nos seus produtos, serviços, estabelecimento ou empresa, uma marca registada pertencente a outrem.*

E o artigo 292º:

(Venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos)

É punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa de 30 a 90 dias quem vender, puser em circulação ou ocultar produtos contrafeitos por qualquer dos modos e nas condições referidos nos artigos 289.º a 291.º, com conhecimento dessa situação.

Ora, os actos regulados no art.º 292.º do Regime Jurídico da Propriedade Industrial compreendem todas as condutas que correspondam à venda, circulação ou ocultação dos produtos previstas nos artigos 289.º a 291.º, não sendo difícil descobrir que, mediante o termo em questão, os requisitos objectivos do cometimento de crime forem completamente preenchidos uma vez que integram exactamente à previsão típica de venda, circulação ou ocultação.

Parece não existir a dúvida lançada pelo recorrente de que se fica saber qual o interesse protegido que foi violado. Facilmente qualquer pessoa pela leitura da sentença fica ciente de que os arguidos negociaram, ocultaram e puseram em circulação comprimidos “Viagra”, produtos farmacêuticos de venda restrita e de marca registada em Macau, não sendo esses os autênticos comprimidos dessa marca.

É certo que não vem posto em causa a alteração química ou deturpação do produto em termos de saúde pública.

Estará tão somente em causa a protecção da propriedade industrial, aqui da marca, mas todos sabemos que essa protecção é o primeiro passo garantístico não só para a economia, mas também para a protecção do consumidor, o que passa por garantir a genuidade do produto.

E a esse nível, infelizmente, sabemos bem dos desmandos por esse

Mundo fora, mesmo, às vezes, com os produtos genuínos, quanto mais com os falsos ou contrafeitos.

6. Da comunicação aos SSM

Em seguida, o recorrente alegou ainda que o tribunal não possui nenhum fundamento jurídico para proferir a decisão para notificar os SSM a sentença em causa, o que se traduz em mera discricionariedade.

Não tem razão alguma.

Os Tribunais devem ser os guardiões da legalidade - artigos 19º, 82º e 83º da Lei Básica.

Devem assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados - art. 4º da lei de Bases de Organização Judiciária, Lei 9/99, de 20 de Dez..

Têm direito à coadjuvação das outras autoridades, as suas decisões são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades – artigos 7º e 8º, n.º 2 da lei de Bases de Organização Judiciária.

Mais não seria preciso para dizer do acerto da comunicação.

Acresce que, em termos penais, se o Tribunal até pode suspender o exercício de actividades que dependam de homologação ou autorização pública por maioria de razão pode informar essas actividades para que tomem as medidas adequadas, para mais em crimes desta natureza que contendem directamente com os interesses públicos.

Por outro lado essa ordem é alheia ao recorrente. Parece até que estará com receio de alguma coisa. Essa comunicação processa-se entre o Tribunal e os SSM, não tendo o recorrente qualquer interesse em a impugnar.

Acima de tudo, não se entende que esta decisão do Tribunal constitua um exemplo de discricionariedade, já que todas as farmácias que funcionam em Macau estão vinculadas ao Decreto-Lei n.º 58/90/M, incluindo o regime sancionatório das infracções administrativas relativo à violação deste (desde o art.º 81.º e s.s.), donde decorre até o dever de dar conhecimento aos Serviços competentes para que ajam em conformidade com o mesmo, assim prevenindo a possibilidade da violação contra o referido diploma legal.

Não lhe assiste ainda aqui a mínima razão.

7. Da medida da pena

Finalmente, o recorrente alegou que o Tribunal *a quo* não aplicou de preferência o art.º 5.º da Lei n.º 6/96/M de 15 de Julho, Regime Jurídico das Infracções Contra a Saúde Pública e Contra a Economia, (respeitante à determinação da medida concreta) por remissão do art.º 298.º do Regime Jurídico da Propriedade Industrial, o que causou erro na aplicação da lei.

Tal preceito estabelece:

“Na determinação da medida da pena atende-se especialmente às seguintes circunstâncias:

a) Ter sido a infracção praticada quando se verifique uma situação de falta ou insuficiência de bens ou serviços para o abastecimento do mercado, incluindo o regime de racionamento, desde que o seu objecto tenha sido algum desses bens ou serviços;

b) Ter a infracção provocado alteração anormal dos preços do mercado;

c) Ter o infractor posição dominante no mercado do bem ou serviço objecto da infracção;

d) Ter o infractor aproveitado o estado de premente carência do adquirente, consumidor ou vendedor;

e) Ter a infracção permitido alcançar lucros excessivos ou ter sido praticada com a intenção de os obter.

f) Ter o infractor aproveitado a condição de não residente do consumidor, nomeadamente mediante a colaboração de agentes turísticos.”

Sobre isto vale aqui a reflexão mui judiciosa do Digno Senhor Procurador Adjunto:

“Acreditamos que, se calhar, o recorrente ainda não leu bem o disposto concreto previsto no art.º 5.º da Lei n.º 6/96/M e fez com que ocorressem contraditórias das suas posições.

Através da análise cuidadosa do art.º 5.º, sabemos que o que nele se referem são todas as circunstâncias agravantes legais cujas ocorrências só agravarão as medidas concretas, nesta forma, enquanto o Tribunal *a quo* não verificou a existência das circunstâncias supramencionadas, será que o recorrente ache a existência de qualquer uma dessas circunstâncias e espere que o Tribunal determine as medidas concretas de forma agravante?”

Como é bem de ver, tal circunstancialismo é agravante da medida da pena e se o recorrente diz que não foi levado em linha de conta só ficou beneficiado com isso.

A ponderação da medida concreta da pena foi feita nos termos gerais dos artigos 64º, 40º, 65º, 44º e 48º do CP, todo o circunstancialismo pertinente foi levado em conta, está devidamente explicada, pelo que a pena se mostra adequada e bem calibrada, em função da culpa concreta, da ilicitude e das exigências da prevenção criminal.

Assim se conclui que, de todo, não lhe assiste razão.

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 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.

Macau, 10 de Dezembro de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan