Assuntos : Crime de “burla” e “falsificação de documentos”.
Concurso de crimes.
Suspensão da execução da pena.

SUMÁRIO

1. Preenchendo a conduta do agente os elementos típicos dos crimes de “burla” e “falsificação de documentos”, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes, visto que distintos são os bens jurídicos tutelados pelas normas que punem tais ilícitos.

2. O artigo 48º do Código Penal de Macau faculta ao juiz julgador a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao arguido quando :
 - a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três (3) anos; e,
 - conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (cfr. art.º 40.º), isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

Todavia, mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinvente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução

da prisão, não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuserem as necessidades de reprovação e prevenção do crime.

O relator,

José Maria Dias Azedo

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

Relatório

1. Em audiência colectiva no T.J.B. respondeu (A), com os restantes sinais dos autos.

Efectuado o julgamento, decidiu o Colectivo condenar o mesmo arguido pela prática de um crime de “burla” na forma continuada p. e p. pelo artº 211º, nº 1 e 3 do C.P.M., na pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão, e no pagamento ao ofendido, do montante de HKD\$125.000,00, acrescido de juros legais contados a partir de 19.02.01 até efectivo e integral pagamento; (cfr. fls. 156-v e 157).

Inconformado, recorreu o arguido motivando para concluir que:

“1. As penas de substituição dependem de um duplo requisito: por um lado serem de caracter não detentivo, e pressuporem, por outro, a determinação da medida da pena de prisão, sendo

posteriormente aplicada, em substituição desta.

2. *Não existe um critério geral para a aplicação de penas de substituição .*
3. *O sistema penal no seu todo, tende a privilegiar a sua aplicação, verificados os requisitos formais e materiais de que depende, se realizadas de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigos, 40º nº 1, 44º nº I e 48º nº 1, todos do cpm) .*
4. *O poder concedido ao julgador pelo artigo 48º nº 1, é um poder vinculada à apreciação, caso a caso, das circunstâncias do facto.*
5. *In casu, inexistem qualquer circunstâncias que deponham em desfavor do ora recorrente. Pelo contrário, o recorrente é primário, confessou, nada na sua vida indicia qualquer tendência para a delinquência.*
6. *Sendo certo que pelo crime por que foi condenado, é a própria Lei a prever, em alternativa, a pena de multa, pelo que nunca se pode justificar a prisão efectiva, numa gravidade da conduta, em contradição com o estatuído na norma (artigo 211º nº 1 e 3 do CPM) .*
7. *Cumpridos os requisitos formais e materiais, inexistindo qualquer circunstancialismo que o desaconselhe, e sendo a própria norma a prever uma pena não detentiva para o facto, não se justifica a aplicação de uma pena efectiva de prisão.*
8. *Pelo que, o douto acórdão recorrido, comete um erro de direito e*

sufraga uma contradição insanável na fundamentação (artigo 400º nº 1 e nº 2 b do Código de Processo Penal).”

Pede, a suspensão da execução da pena em que foi condenado; (cfr. fls. 164 a 173).

Respondeu o Digno Magistrado do Ministério pugnando pela manutenção do decidido; (cfr. fls. 177 a 183).

Admitido o recurso, vieram os autos a esta Instância.

Em douto Parecer, opina o Exmº Representante do Ministério Público no sentido da improcedência do recurso; (cfr. fls. 192 a 194).

Lavrado despacho preliminar e corridos os vistos dos Mmºs Juízes-Adjuntos, realizou-se a audiência de julgamento do recurso no integral respeito pelo formalismo legal.

É, agora, o momento para decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Deu o Colectivo “a quo” como provada a factualidade seguinte:

“O arguido (A) era empregado da sucursal de Macau do Banco "Hong Kong & Shanghai Banking Corporation Ltd." (companhia ofendida) e tinha como funções ficar ao balcão atender clientes, bem como fazer os respectivos trabalhos concernentes a depósitos e levantamentos de quantias.

O arguido aproveitando-se das funções que desempenhava, teve conhecimento dos elementos referentes aos clientes do aludido Banco, nomeadamente o movimento das respectivas contas.

No dia 17 de Fevereiro de 2001, cerca das 11 h 50m, o arguido preencheu dois talões de levantamento (cfr. fls. 16 dos autos) e imitando a assinatura do cliente do Banco, de nome (B) (ofendido dos presentes autos), no balcão onde desempenhava funções, levantou, respectivamente \$45000,00 e \$40000,00 dólares de Hong Kong da conta do referido (B).

Dois dias depois, ou seja, no dia 19 de Fevereiro, cerca das 14h 50m, o arguido, utilizando o mesmo método, preencheu um talão de levantamento, e, mais uma vez, imitando a assinatura de (B), no balcão do seu colega de trabalho, de nome (C), levantou \$40000,00 dólares de Hong Kong da conta do referido (B).

Utilizando métodos ilícitos idênticos, por três vezes, o arguido levantou um total de \$125000,00 dólares de Hong Kong da conta do ofendido.

Posteriormente, o arguido gastou a totalidade daquilo que tinha obtido ilicitamente.

Depois do sucedido, no dia 27 de Fevereiro, de imediato, o arguido pediu exoneração ao Banco, com intenção de se eximir da respectiva responsabilidade perante a Lei.

Em meados de Março de 2001, ao receber o extracto de conta referente ao mês de Fevereiro, o ofendido detectou que havia algo de anormal na sua conta, e, de imediato, comunicou o facto ao Banco, tendo o aludido Banco apresentado queixa à Polícia Judiciária no dia 27 de Março.

O arguido agiu com perfeito conhecimento e conscientemente, quando, como empregado do Banco e aproveitando-se das funções que desempenhava, apoderou-se de elementos referentes à situação de crédito de cliente, e, imitando a assinatura do cliente, levantou quantia de valor elevado de outrem, conseguindo, deste modo, o objectivo de se apropriar, ilicitamente, de bem patrimonial de terceiro.

O arguido tinha perfeito conhecimento que as aludidas condutas eram proibidas e punidas por lei.

O arguido é desempregado.

É solteiro e vive com a mãe.

Confessou os factos e é primário.

O banco empregador do arguido já restituiu ao ofendido a quantia total levantada pelo arguido.

Não ficaram provados os seguintes factos: nenhum a assinalar.

Indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal:

A confissão do arguido.

As declarações das testemunhas da acusação que relataram com isenção e imparcialidade.

Apreciação dos variados documentos colhidos durante a investigação, fotografias juntos aos p. autos”; (cfr. fls. 155 a 156).

Do direito

3. Insurge-se o recorrente contra o Acórdão prolatado pelo Colectivo “a quo”, na parte em que se decidiu aplicar ao mesmo uma pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão.

Não pondo em causa a qualificação jurídico-penal efectuada assim como o “quantum” da pena (que considera bem doseada), entende, porém, ser de se lhe suspender a execução de tal pena privativa da liberdade, assacando ao veredicto recorrido os vícios de “erro de direito” e “contradição insanável na fundamentação”; (cfr. concl. 9^a).

3.1. Antes de entrarmos na apreciação da questão colocada, importa esclarecer um aspecto.

Aquando do exame preliminar dos presentes autos, consignou-se que a conduta do agente ora recorrente, poderia integrar não a prática de apenas um crime (continuado) de “burla” (em que foi condenado), mas sim, a prática, em concurso real, do dito crime de “burla” e de outro de “falsificação de documentos”; (cfr. fls. 195 e 195-v).

Sendo certo que nada obsta a que este Tribunal proceda a uma alteração da qualificação jurídica efectuada pelo Tribunal “a quo”, desde que da mesma se tenha dado oportuno conhecimento ao arguido para exercer o seu direito de defesa quanto à mesma (cfr., v.g., neste sentido, os Acs. deste T.S.I. de 14.12.2000, tirados nos Procs. nº 158/2000 e 163/2000, do V^{do}

T.U.I. de 18.07.2001, Proc. nº 8/2001, e, o recente Ac. de 23.04.2003, Proc. nº 6/2003), e, visto que assim sucedeu na audiência de julgamento do presente recurso (cfr. a respectiva acta de julgamento a fls. 198 a 199), importa, antes de mais, decidir se deve a conduta do ora recorrente ser qualificada como a prática, em concurso real, dos referidos crimes de “burla” e de “falsificação”.

Nesta conformidade, vejamos.

Assente que está ter o ora recorrente preenchido (abusivamente) 3 “talões de levantamento”, neles imitando a assinatura de (B) (cliente do banco onde trabalhava), e assim, a seguir, com eles efectuado o levantamento do total de HKD\$125.000,00, mostra-se-nos de aqui deixar transcrito o teor de três normativos do C.P.M., dada a sua importância para a resolução da questão em apreciação. São, pois, o artº 211º (quanto ao crime de “burla”), o artº 244º (quanto ao crime de “falsificação de documento”) e o artº 29º (quanto ao “concurso de crimes”).

Artº 211º

“1. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

3. Se o prejuízo patrimonial resultante da burla for de valor elevado, o

agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

4. A pena é a de prisão de 2 a 10 anos se:

- a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado;
- b) O agente fizer da burla modo de vida; ou
- c) A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.”

Artº 244º

“1. Quem, com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Território, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo,

a) fabricar documento falso, falsificar ou alterar documento ou abusar da assinatura de outra pessoa para elaborar documento falso,

b) fizer constar falsamente de documento facto juridicamente relevante, ou

c) usar documento a que se referem as alíneas anteriores, fabricado, falsificado ou alterado por outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível. ”

Artº 29º

“1. O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

2. Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da

solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. ”

Atento o teor do preceituado nos artºs 211º e 244º, cremos que sem esforço é de concluir que a conduta do ora recorrente preenche os elementos típicos previstos em ambos os comandos. Resta é saber se, assim sendo, cometeu apenas o crime de “burla” (tal como foi condenado), ou se, ao invés, cometeu tal crime em concurso real com o de “falsificação” p. e p. no artº 244º.

Não obstante no âmbito do C.P. de 1886, com base na redacção do §1º do seu 451º, fosse de entender que nos defrontávamos com uma situação de concurso aparente de crimes – cfr., v.g., os Ac. do S.T.J. de 08.06.1955, de 17.12.1958 e de 11.10.1961, in B.M.J. nºs 49, 82 e 110, págs. 200,349 e 371, respectivamente – perante as disposições do C.P.M. ora em causa, afigura-se-nos assim não dever ser.

Especifiquemos.

O preceituado no transcrito artº 29º nº 1 – cremos – teve por fonte o artº 30º da parte geral do Código Penal Português que, por sua vez, se inspirou na doutrina do Professor Eduardo Correia quanto àquela matéria (cfr., v.g., estudo publicado no B.M.J. 144º-56 e “Unidade e Pluralidade de Infracções”).

Nele, adopta-se o chamado critério teleológico (e não o naturalístico)

para se distinguir entre unidade e pluralidade de infracções, na medida em que se tem em conta o número de tipos legais de crime efectivamente preenchidos pela conduta do agente ou ao número de vezes que esta mesma conduta preenche(u) o mesmo tipo legal de crime.

Como salientam Leal Henriques e S. Santos no seu “C.P.M. Anotado”, “frequentemente o agente, em vez de preencher uma só vez um único tipo de crime, preenche, com o seu comportamento, mais do que um tipo de crime, ou o mesmo tipo de crime mais do que uma vez”; (cfr. pág. 83).

Porém, para se concluir pela existência de um concurso efectivo de crimes, torna-se necessário apurar se com os mesmos são apenas “formalmente” violados vários preceitos incriminadores, ou em que é várias vezes violado o mesmo preceito, sendo que esta plúrima violação é tão só aparente e não efectiva, na medida em que resulta da interpretação da lei que só uma das normas tem cabimento ou que a mesma norma deve funcionar uma só vez, em obediência aos princípios da “especialidade” (quando um dos tipos aplicáveis incorpora os elementos essenciais de outro como sucede com o “homicídio qualificado” e o “homicídio simples”), “consunção” (quando o preenchimento de um tipo legal de crime inclui o preenchimento de outro tipo legal de crime, como sucede com o “furto qualificado” e a “violação de domicílio”), e “subsidiariedade” (quando certas normas só se aplicam subsidiariamente, quando o facto não for punido por norma mais grave).

Com efeito, no concurso efectivo de crimes, não se verifica uma

exclusão entre os tipos legais preenchidos pela conduta do agente, (designadamente por via de qualquer dos princípios atrás enunciados), em consequência do que, as diversas normas aplicáveis aparecem como concorrentes na aplicação concreta.

Tendo presente o que se deixou consignado, e atento ao preceituado no artº 211º e 244º, somos pois de opinião inexistir qualquer relação de “especialidade”, “consunção” ou “subsidiariedade”, não sendo assim de se afirmar verificar-se uma “plúrima violação tão só aparente”.

Não olvidamos que a matéria comporta entendimento em sentido diverso; (vd., v.g., Faria Costa in “Formas de Crime”, Jornadas de Direito Criminal, C.E.J., pág. 180; Robalo Cordeiro in, “Escolha e medida da pena”, idem, pág. 277, e, Helena Moniz in “O Crime de Falsificação de Documentos”, pág. 73 e segs. e na sua anotação ao crime de “falsificação de documentos” no “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo II).

Na essência, assenta tal posição na circunstância de ser o crime de “falsificação”, “meio utilizado” para a prática do crime de “burla”, entendendo-se assim estar-se perante aquilo a que certos autores designam por “consunção impura”; (neste sentido, cfr., v.g., o Ac. do S.T.J. de 24.02.1988 in, B.M.J. 374º-222 e o de 13.05.1999 in, B.M.J. 487º-218).

Todavia, sem prejuízo do muito respeito devido, não nos parece o entendimento adequado.

Para além do que se deixou exposto, importa considerar que, são

distintos (e autónomos entre si) os bens jurídicos tutelados pelas normas do artº 211º e 244º, visando proteger aquele o “património” e, este, a “fé pública do documento” ou a “verdade intrínseca do documento enquanto tal”, pelo que, temos para nós, estarmos perante um concurso efectivo de crimes, devendo, nesta conformidade, alterar-se a decisão proferida; (cfr., v.g., no sentido de haver concurso efectivo entre o crime de “burla” e de “falsificação”, o Ac. do S.T.J. de 19.02.1992 in, D.R., I Série-A de 09.04.92, mais recentemente, o de 04.05.2000 in, D.R. I Série-A de 23.05.2000 – aqui citados a título de referência – ambos fixando “jurisprudência obrigatória” e onde vem referenciadas outras decisões sobre a questão, e, o deste T.S.I., de 13.03.2003, Proc. nº 6/2003-I, onde, embora não se pronunciando directamente sobre a questão, confirmou-se decisão da 1ª Instância, na qual perante situação idêntica à dos presentes autos, se condenou o arguido pela prática em concurso real dos crimes de “burla” e “falsificação”).

Todavia, não obstante o que se deixou escrito quanto à qualificação jurídico-penal da conduta do ora recorrente, atento o disposto no artº 399º do C.P.P.M. (“proibição de reformatio in pejus”), não é de alterar a medida da pena de um (1) ano e seis (6) meses de prisão que ao mesmo foi imposta.

Assim, vejamos então se deve tal pena ser objecto de suspensão na sua execução.

3.2. Entende o recorrente que com a pena de prisão (efectiva) que lhe foi fixada, incorreu o Colectivo “a quo” em “erro de direito” e “contradição

insanável na fundamentação”.

— Detenhamo-nos na apreciação da alegada “contradição...”

Tal vício, como temos afirmado, existe quando se verifica incompatibilidade entre os factos dados como provados bem como entre os factos dados como provados e os não provados, assim como entre a fundamentação probatória da matéria de facto e da decisão; (cfr., v.g., o Ac. deste T.S.I. de 14.06.2001, Proc. nº 32/2001).

“In casu”, limita-se o ora recorrente a alegar que tal vício se verifica, dado que – em sua opinião – “os argumentos aduzidos, não podem sustentar a decisão”; (cfr. fls. 171).

Assim postas as coisas, mostra-se-nos evidente que, nesta parte, não pode o recurso proceder, pois que, mesmo a existir tal “incompatibilidade”, a mesma nunca constituiria um vício da matéria de facto, mas sim um erro na “decisão de direito”, e assim, de apreciar no âmbito do outro fundamento do presente recurso, o de “erro de direito”.

— Do alegado “erro de direito”.

Aqui, e no fundo, entende o recorrente que errou o Tribunal “a quo” ao não lhe suspender a execução da pena, uma vez que (em sua opinião), preenchidos estão os pressupostos do artº 48º do C.P.M..

Por diversas vezes foi já este T.S.I. chamado a se pronunciar sobre o instituto da suspensão da execução da pena e seus pressupostos.

E, atento o disposto no artº 48º do C.P.M., temos, “una voce”, afirmado que:

O artigo 48º do Código Penal de Macau faculta ao juiz julgador a suspensão da execução da pena de prisão aplicada ao arguido quando :

- a pena de prisão aplicada o tenha sido em medida não superior a três (3) anos; e,
- conclua que a simples censura do facto e ameaça de prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (cfr. art.º 40.º), isto, tendo em conta a personalidade do agente, as condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste.

Todavia, como repetidamente temos afirmado, mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delinquente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão, não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuserem as necessidades de reprobção e prevenção do crime; (cfr., v.g., os Acs. deste T.S.I. de 13.04.2000, Proc. nº 61/2000; de 15.06.2000, Proc. nº 96/2000; de 07.09.2000, Proc. nº 136/2000; de 07.12.2000, Proc. nº 184/2000; de 27.09.2001, Proc. nº 134/2001; de 31.01.2002, Proc. nº 10/2002; de 07.02.2002, Proc. nº 169/2001; de 21.03.2002, Proc. nº 20/2002; e, mais recentemente, o de 13.03.2003, Proc. nº 43/2003).

Verificado está assim – atenta a pena de 1 ano e 6 meses aplicada – o pressuposto formal da pena de prisão “não superior a 3 anos de prisão”, sendo também verdade que o instituto em causa, baseia-se numa “relação de confiança entre o Tribunal e o condenado”: aquele convence-se, em juízo de prognose favorável que o arguido sentindo a condenação, é capaz de passar a conduzir a sua vida de modo lícito e adequado, acreditando ainda que o mesmo posto perante a censura do facto e a ameaça da pena, é capaz de se afastar da criminalidade.

Contudo, e mesmo que se considera possível tal “prognose favorável”, importa ainda ponderar com se deixou consignado, nas necessidades de prevenção e reprovação do(s) crime(s) em causa, pois que não basta verificar-se o pressuposto formal (da medida da pena aplicada) assim como a possibilidade da dita “prognose” para que possa o Tribunal decidir pela suspensão da execução de uma pena (de prisão).

E, “in casu”, ponderando nas necessidades de prevenção geral, incentivando-se a convicção de que as normas jurídicas são válidas e eficazes, assim aprofundando-se a consciência dos valores jurídicos por parte dos cidadãos, impõe-se pois reconhecer que inviável é a pretendida suspensão.

Dest’arte, improcede o recurso “sub judice”.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, acordam, alterar a

**qualificação jurídico penal efectuada pelo Tribunal “a quo”,
mantendo-se no restante, o Acórdão recorrido.**

Pagará o recorrente a taxa de justiça que se fixa em 4 UCs.

**Ao Exmº Dfensor Oficioso, fixa-se, a título de honorários, o
montante de MOPS1.200,00, a cargo do recorrente.**

Macau, aos 5 de Junho de 2003

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