

## **Recurso nº 170/2005**

Data: 30 de Março de 2006

Assuntos: - Vícios do acórdão  
- Crime de burla

### **Sumário**

1. Para que se verifique o vício de insuficiência da matéria de facto provada para a decisão, é necessário que a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada.

2. Só existe a contradição insanável quando se verifica a incompatibilidade entre os factos dados como provados, bem como entre os factos dados como provados e os não provados, como entre a fundamentação probatória da matéria de facto.

3. Os elementos constitutivos do crime de burla são, entre outros elementos concorrentes, tipicamente os seguintes:

- 1) o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado;

- 2) a fim de determinar outrem à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial – (elementos objectivos);
- 3) a intenção do agente de obter para si ou terceiro um enriquecimento ilegítimo (elemento subjectivo).

4. Está provado apenas que o 1.º arguido entregou ao 3.º arguido um anel de cor prateada com diamante incrustado dentre os referidos objectos, tendo lhe informado de que este anel era de um cliente e que como necessitava com urgência de dinheiro, o mesmo pediu ao 3.º arguido que o empenhasse, também comprometeu que o resgataria mais rápido possível e o devolveria ao respectivo cliente, e, o 3.º arguido empenhou o anel referido à casa de penhor em troca de uma verba de HKD40.000,00, o 3º arguido, tendo sido absolvido do crime de receptação, não comete o crime de burla.

O Relator,  
Choi Mou Pan

**Recurso nº 170/2005**

**Recorrente: A**

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R.A.E.M. :

O Ministério Público acusa os arguidos B, C e A nos autos do Processo Comum Colectivo nº CR1-04-0176-PCC perante o Tribunal Judicial de Base, respectivamente:

- O 1º arguido B pela prática de um crime de abuso de confiança p. e p. pelo artigo 199º nºs 1 e 4 al. b) e 196º b) do Código Penal;

- O 1º arguido B e 3º A pela prática, em co-autoria e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo artigo 211º nº 3 e 196º al. a) do Código Penal;

- O 2º arguido C e 3º arguido A, em autoria e na forma consumada, respectivamente, pelo crime de receptação p. e p. pelo artigo 227º nº 1 do Código Penal.

No decurso do processo, o 1º arguido B veio falecer em 2 de Novembro de 2002, foi declarado extinto o procedimento criminal contra ele nos termos do artigo 119º do Código Penal.(fl. 167).

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal Colectivo proferiu o Acórdão decidindo:

- A) Absolver o 3º arguido A do crime de receptação p. e p. pelo art. 227.º n.º 1 do Código Penal de Macau.
- B) Condenar o 3º arguido pela prática, em co-autoria material (com o falecido arguido B) e na forma consumada, de um crime de burla p. e p. pelo art. 211.º n.º 3 em conjugação com o art. 196.º alínea a) do Código Penal, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, suspendida a execução da pena por 2 anos sob condição de indemnizar, no prazo de seis meses, à casa de penhor Son Fat MOP\$40.000,00, acrescida de juros a taxa legal desde a ocorrência do caso.
- C) Condenar o arguido C pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime de receptação p. e p. pelo art. 227.º n.º 1 do Código Penal de Macau, sendo condenado na pena de 2 anos e 6 meses de prisão; suspensa a execução da pena por 3 anos sob condição de indemnizar, no prazo de 6 meses, ao ofendido D MOP\$421.186,00, acrescida de juros a taxa legal contada desde a ocorrência do caso.

Vai condenar cada arguido em 4UC de taxa de justiça, o pagamento em conjunto das custas e oitocentas patacas de honorários ao advogado.

Nos termos do art. 24.º da Lei n.º 6/98/M, de 17 de Agosto, condenado cada arguido a quantia de quinhentas patacas.

Inconformado com a decisão, recorreu apenas o arguido A que motivou, em síntese, o seguinte:

1. O recorrente A do presente processo recorreu da decisão da 1.ª instância proferida em 10 de Junho de 2005 pelos juizes do colectivo, que o condenou, pela prática em co-autoria material e na forma consumada de um crime de burla previsto pelo art. 211.º n.º 3 com referência ao art. 196.º alínea a) do Código Penal de Macau, na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, suspensa a execução da pena por 2 anos sob condição de indemnizar, no prazo de seis meses, à casa de penhor Son Fat MOP\$40.000,00, acrescida de juros a taxa legal contada desde a ocorrência do caso.
2. Na decisão, existem as questões jurídicas previstas pelo art. 400.º n.º 1 alíneas a) e b) do Código de Processo Penal (*sic*), isto é, a insuficiência de factos provados para decisão e a contradição insanável invocada na fundamentação, os quais provocaram a nulidade da decisão.
3. Do resultado de investigação constante dos autos supracitados, depreende-se que é contraditória e ilógica a acusação contra o recorrente, segundo o qual o mesmo, para enriquecimento ilegítimo do 1.º arguido, empenhou à casa de penhor “Son Fat” um anel de cor prateada com diamante

incrustado constante dos factos apurados n.º 2 da acusação, sem consentimento do dono da ourivesaria D

4. Conforme a parte da declaração constante de fls. 73 dos autos do 1.º arguido..... o arguido pediu o seu amigo de nome A empenhar um seu anel de metal branco, incrustado com diamante. Que o tal A aceitou o seu pedido. Assim, o arguido entregou-lhe o se dito anel, após empenhado, o tal A entregou-lhe a referida cautela. Esclarece que o dito anel pertence dele, não pertence da ourivesaria. Disto, sabe-se que o anel de cor prateada com diamante incrustado não era bens da ourivesaria onde o 1.º arguido trabalhava, mas sim bens pertencentes ao 1.º arguido.
5. Portanto, o 1.º arguido dispõe do poder de domínio sobre o anel de cor prateada com diamante incrustado, designadamente com o direito de incumbir o recorrente de empenhar o referido anel em quaisquer casas de penhor em Macau ou para outras fins.
6. Caso não se considere assim, também não se poderá concluir que o recorrente sabia que este anel era bens ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido.
7. Segundo consta da fls. 18 dos autos, o registo de arquivo interno da casa de penhor Son Fat revelou que na cautela de penhores n.º 1011, são explicitamente apontados: o cliente é o recorrente A, residente na Rua de Pedro Nolasco da Silva, o objecto empenhado é um K anel com diamante incrustado, o valor empenhado em MOP\$30.000,00.

8. Tendo comparado a cautela n.º 1012 com outras constantes de fls. 18 dos autos, pode-se descobrir uma diferença notável, isto é, na cautela n.º 1012 havia uma marca “grande X” que não se verificou nas outras cautelas. Por esta causa, a cautela de penhores n.º 1012 de “Son Fat”, enquanto prova documental para acusar de burla o recorrente, é absolutamente errada, mesmo que não fosse, seria também duvidosa.
9. Se não se considere assim, apenas se pode apurar que o recorrente empenhou no valor de MOP\$30.000,00 um anel de cor prateada com diamante incrustado. Isto revelou o dever de indemnizar ao ofendido e a aplicação do disposto do art. 211.º n.º 3 do Código Penal.
10. Além disso, consta de fls. 8 dos autos, o auto de apreensão que as autoridades policiais encarregaram a testemunha, o então empregado da casa de penhor Son Fat, XXX, de guardar um anel de cor prateada com uma pedra de diamante até que houvesse uma decisão judicial.
11. Mas o respectivo anel não foi anexado nos autos, disso pode-se saber que não deve o recorrente, mas sim o guardador XXX, responder aos prejuízos causados a Son Fat.
12. Não obstante, a livre convicção é formada pelo juiz com base nos depoimentos das testemunhas, ainda deve ser tomada em conta as circunstâncias reais; pelo exposto, o juiz do tribunal a quo, ao julgar o facto subjectivo, sobretudo

quando determinou se o recorrente com dolo obteve benefício ilegítimo para si próprio ou para o terceiro, apenas considerou as alegações das testemunhas e menosprezou a maioria das provas documentais contraditórias entre si constantes dos autos, decidindo que o arguido conscientemente praticou os factos criminosos, o que nos parece provocar o erro de certo grau na convicção.

13. O crime de burla só é determinado no caso de verificar-se um dolo forte. O dolo, segundo o art. 13.º do Código Penal, classifica-se em três modalidades: designadamente dolo directo, dolo necessário e dolo eventual, que têm mesmos pressupostos, isto é, o agente ao tempo do facto, sabia claramente que a conduta era proibida pela lei mas dolorosamente a praticou ou aceitou a ocorrência desta.
14. Todavia, após uma análise dos referidos pontos, não se pode ver o dolo manifestado pelo recorrente na burla contra a casa de penhor Son Fat, como o mesmo não defraudou os bens de Son Fat a fim do enriquecimento ilegítimo para si ou em favor do 1.º arguido; o mesmo tem, do princípio até ao fim, uma profunda convicção de que o referido anel pertencia ao 1.º arguido (como reconheceu o 1.º arguido quando vivo), não foi ilegalmente adquirido pelo 1.º arguido. Por isso, o recorrente não deve possuir uma intenção de obter benefícios ilegítimos para o 1.º arguido, como não sabia a conduta de engano dos 1.º e 2.º arguidos contra D, dono da ourivesaria. O acto do recorrente, correspondendo quando muito às circunstâncias previstas

pelo art. 14.º alínea b) do Código Penal de Macau, é praticado com negligência, dado que o recorrente não conseguiu prever o crime por causa da sua atitude de querer prestar ajuda ao amigo, mas os aludidos factos na realidade já ocorreram.

15. Ainda que seja comprovada a negligência do recorrente ao tempo do facto referido, ao abrigo do art. 12.º do Código Penal só é punível o facto praticado com negligência nos casos especialmente previstos, neste sentido, o crime de burla, como não há previsões especiais, só é punível quando é praticado com dolo. Assim, não deve o recorrente ser punido.
16. Face ao exposto, o acto do recorrente não constitui o crime de burla previsto pelo Código Penal, não devendo ser punido com a respectiva pena, portanto, os factos provados são insuficientes para o juiz proferir a decisão.
17. Como é referido nos factos provados, o 1.º arguido disse ao recorrente que o aludido anel era de um cliente da ourivesaria e não lhe pertencia, ou seja incumbiu o recorrente de empenhar os bens alheios; porém, os factos não provados dizem que o 3.º arguido, ao empenhar o anel, sabia bem que estes bens foram ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido. Assim, aparentemente o juiz proferiu uma decisão contra o recorrente apenas com base nas circunstâncias enumeradas na audiência de julgamento, estando perante uma incompatibilidade entre os factos provados e não provados, a fundamentação e a decisão,

insuperável através da decisão visada por recurso. Esta decisão demonstrou a ilegalidade, por outras palavras, pelo menos a dubitabilidade, cometendo assim a contradição insanavelmente suscitada na fundamentação.

18. In casu, o recorrente nunca tinha intenção de defraudar outros: meramente para ajudar outrem, empenhou a pedido do seu amigo (1.º arguido) um anel e devolveu-lhe o dinheiro adquirido através do penhor. Durante todo o percurso, o recorrente nunca tinha conhecimento de que sua conduta violou as leis; ao aperceber-se disso, ficou a conhecer que tinha sido enganado, sendo também vítima usada pelo seu amigo.
19. Observando as actividades do arguido no seu todo, o recorrente apesar de não obter nenhum benefício, foi premeditadamente utilizado pelo 1.º arguido. O recorrente não é mais que uma peça de xadrez, caindo na armadilha sob indução do 1.º arguido, pelo que o seu acto de participação não prejudicou o bem jurídico do direito penal da R.A.E.M, mesmo que fosse assim, seria muito menor o prejuízo causado, o que demonstra um grau de ilicitude relativamente baixo.
20. Além disso, o recorrente tem se portado bem, com uma profissão legítima, sendo o apoio financeiro da familiar e tendo dois filhos menores a seu cargo.
21. Nesta situação, nos termos do art. 64.º do Código Penal de Macau, deve-se ao recorrente aplicar a pena não privativa

da liberdade na escolha da pena, isto é, deve se aplicar ao recorrente a pena de multa.

Pede a procedência do recurso, libertando o recorrente e aplicando-lhe a pena de multa.

Ao recurso respondeu o Ministério Público que concluiu que:

1. A prova produzida em audiência de julgamento não foi objecto de documentação, por a mesma não ter sido requerida;
2. Não havendo documentação da prova só é invocável a contradição entre os factos dados como provados e já não entre os dados como provados e aqueles que o recorrente entende deveriam ter sido dados como provados;
3. Não é por isso legítimo alegar-se factos que deveriam ter sido dados como provados resultantes de depoimentos produzidos em fase de Inquérito ou na audiência de julgamento e não documentados na respectiva acta pois o Tribunal *ad quem* está impedido de os apreciar;
4. O duto acórdão não padece do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada.
5. Os factos dados como provados integram os elementos constitutivos objectivos e subjectivos do crime doloso de burla.
6. A pena aplicada mostra-se justa e equilibrada.

7. Razões de prevenção geral, face à frequência com que este tipo de crime é praticado em Macau, levaram, e bem, o Tribunal a optar pela pena privativa de liberdade, ainda que suspensa na sua execução.
8. Não enferma, assim, a douda sentença de qualquer dos vícios que o arguido lhe aponta;
9. Deve, pois, ser negado provimento ao recurso e confirmar-se o doudo acórdão recorrido.

Nesta instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu doudo parecer que se transcreve o seguinte:

“Inconformando com o doudo Acórdão que o condenou pela prática de um crime de burla p.p. pelo artº 211º nº 3 do CPM, vem o arguido interpor recurso, imputando os vícios referidos nas al.s a) e b) do nº 2 do artº 400º do CPPM e a violação do disposto no artº 64º do CPM.

Na sua resposta à motivação do recurso, o Magistrado do Ministério Público evidencia já a sem razão do recorrente, posição esta que merece a nossa total concordância.

A titulo da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, alega o recorrente que os factos dados como provados relativos à entrega pelo 1º arguido de um anel com diamante encostado ao recorrente se mostram contraditórios com os documentos constantes dos autos e as declarações prestadas por aquele arguido na fase de inquérito, pelo que se deve concluir que o anel em causa não era da pertença da Loja de Ouro Puro, mas sim

pertencia àquele arguido e que o ora recorrente não tinha conhecimento que tal anel era produto ilegalmente obtido por aquele.

Com estes argumentos, evidente é que não se verifique nos autos o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

É sabido que a jurisprudência dos tribunais de Macau tem entendido que, para que se verifique o referido vício, “é necessário que a matéria de facto provada se apresente insuficiente, incompleta para a decisão proferida, por se verificar lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito adequada, ou porque impede a decisão de direito ou porque sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada”.

Nota-se que nem o próprio recorrente chegou a indicar, na sua motivação do recurso, a matéria de facto que considera insuficiente para a sua condenação pela prática do crime de burla, limitando-se apenas a questionar a convicção que o Tribunal *a quo* formou sobre a matéria de facto.

Quanto muito se pode admitir que, com aqueles argumentos, o que o recorrente pretendia invocar é o vício de erro notório na apreciação da prova.

Mesmo assim, também não lhe assiste razão.

Entende o recorrente que o Tribunal *a quo* errou ao dar como provado o elemento subjectivo do crime de burla, afirmando que, como convicto que o anel pertencia ao 1º arguido, não tinha dolo em burlar a loja de penhor nem intenção de conseguir, para si ou para aquele arguido, enriquecimento ilegítimo.

No entanto, não foi esta a convicção do tribunal, formada com base na análise global das declarações prestadas pelo próprio recorrente, dos depoimento dos ofendidos, dos agentes policiais bem

como das testemunhas apresentadas pelo recorrente e dos documentos constantes dos autos.

Vigorando no processo penal o princípio da livre apreciação da prova consagrada no artº 114º do CPPM, cabe ao tribunal apreciar e analisar todas as provas produzidas em audiência (artº 336º do CPPM).

Não se pode deixar de referir que, não tendo sido produzidas ou lidas em audiência, as declarações do 1º arguido prestadas no inquérito não podem nem serviram para formar a convicção do Tribunal *a quo*, pelo que é inútil a sua invocação.

No douto Acórdão ora recorrido, o Tribunal *a quo* indicou as provas que serviram para formar a sua convicção, não se divisando, e muito menos evidentemente, qualquer desconformidade entre o que se teve como provado ou não provado com o que realmente se provou ou não provou, nem a violação das regras da experiência ou das regras da prova vinculada ou *legis artis*.

Daí que se dever julgar improcedentes os argumentos deduzidos pelo recorrente.

Em relação à alegada contradição insanável da fundamentação, o recorrente chama à ilação dois factos que, no seu entender, se encontram em contradição visível.

Afirma que, por um lado, dá-se como provado que o 1º arguido entregou o referido anel ao ora recorrente, tendo lhe informado que o anel era pertença de um cliente e, por outro, considera-se não provado que recorrente tinha conhecimento de que o anel tinha sido obtido por aquele arguido por meios ilegais.

Salvo o devido respeito, não vemos onde e como pode estar a invocada contradição entre os dois factos, uma vez que o facto de o

anel pertencer ao terceiro não significa necessariamente que o 1º arguido o obteve ilegalmente.

Não tem razão o recorrente.

Partindo da matéria de facto dada como provada, evidentemente é que o recorrente errou ao afirmar que não devia ser punido porque actuou com negligência e sem intenção de enganar outra pessoa.

Não é essa, de actuação negligente, a convicção do Tribunal.

Consta dos factos provados que, ao empenhar o anel e com conhecimento de o anel pertencer a um cliente da Loja de Ouro Puro, o recorrente declarou que era proprietário do mesmo, enganando com astúcia a loja de penhor e causando-lhe prejuízo.

Revela-se assim claramente a actuação dolosa do recorrente.

Finalmente, pretende ser punido com pena de multa, invocando o disposto no artº 64º do CPM.

É verdade que, quando estão em causa penas alternativas, como é no nosso caso, a lei impõe ao tribunal que dê preferência à pena de multa. No entanto, trata-se duma preferência condicional, uma vez que a imposição de opção pela pena de multa só se opera quando “esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição” (artº 64º do CPM).

Por sua vez, o artº 40º nº 1 do CPM prevê que “a aplicação de penas e medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

A seu favor, invoca o recorrente o facto de não tirar para si qualquer vantagem patrimonial, ter bom comportamento anterior e exercer actividade profissional.

Mesmo tomando em consideração todos estes elementos, não nos parece que com a pena de multa se consegue realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, nomeadamente a protecção de bens jurídicos.

Temos de ter em conta a não confissão do recorrente, natureza e a gravidade do crime praticado pelo recorrente, os efeitos muito negativos que o mesmo produziu para a paz social e para o património alheio e a censurabilidade que o crime merece.

Assim sendo, afigura-se-nos que, ao aplicar a pena de prisão e não a multa, o Tribunal *a quo* escolheu correctamente a pena, não violando nenhuma norma indicada pelo recorrente.

Pelo exposto, entendemos que se deve julgar improcedente o presente recurso.”

Cumprido conhecer.

Foram colhidos os vistos dos juizes-adjuntos.

À matéria de facto, foi dada por assente a seguinte factualidade:

- Desde Novembro de 1995 a Fevereiro de 1998, o 1.º arguido trabalhava na “Loja de Ouro Puro”, ourivesaria situada na Rua de Barca, R/C assumindo o cargo de gerente.
- Desde Abril de 1997 até 23 de Fevereiro de 1998, o 1.º arguido aproveitando-se da facilidade proveniente do trabalho, na ocasião em que outros não estavam atentos, retirou, sem autorização do dono da loja D, os seguintes objectos pertencentes à ourivesaria acima referida:

- quatro pulseiras de ouro com diamante incrustado, no valor total de MOP\$23.983,00;
  - quarenta e nove anéis metais com diamante incrustado, no valor total de MOP\$353.510,00;
  - sete pares de brincos de ouro com diamante incrustado, no valor total de MOP\$34.247,00;
  - um anel de ouro com pedra verde incrustada, no valor total de MOP\$753,00;
  - um pingente de jade, no valor de MOP\$640,00;
  - dois fios de ouro, no valor total de MOP\$918,00;
  - um pingente de ouro com diamante incrustado, no valor de MOP\$852,00;
  - dois fios de ouro, no valor total de MOP\$5.780,00 e
  - um pingente de ouro, no valor de MOP\$503,00;
  - Os aludidos objectos valem no total de MOP\$421.186,00.
- O 1.º arguido entregou ao 3.º arguido um anel de cor prateada com diamante incrustado dentre os referidos objectos, tendo lhe informado de que este anel era de um cliente. Como necessitou com urgência de dinheiro, o mesmo pediu ao 3.º arguido que o empenhasse, também comprometeu que o resgataria mais rápido possível e o devolveria ao respectivo cliente.

- No dia 11 de Outubro de 1997, o 3.º arguido empenhou o anel referido à Son Fat, casa de penhor em troca de uma verba de HKD40.000,00.
- Subsequentemente, o 3.º arguido entregou ao 1.º arguido a aludida verba de HKD40.000,00.
- Além disso, o 1.º arguido entregou ao 2.º arguido outros objectos acima referidos para ser empenhados por este na casa de penhor em Macau.
- O 2.º arguido empenhou este objectos no preço de MOP\$180.000,00.
- O 1.º arguido sabendo bem que os objectos supracitados não lhe pertenciam, ainda aproveitou-se da facilidade do trabalho e apropriou-se destes para si.
- Este praticou a conduta com intenção de violar o direito à propriedade do terceiro.
- A fim de obter benefícios ilegítimos em favor do 1.º arguido, o 3.º arguido, apesar de ter conhecimento perfeito de que o referido anel que lhe foi entregue pertencia a um dos clientes da referida ourivesaria, ainda o empenhou na casa de penhor referida, tendo declarado ao funcionário da loja que lhe pertencia aqueles, enganando o mesmo com astúcia e provocando prejuízos pecuniários à loja aludida.
- A fim de obter benefícios ilegítimos, o 1.º e o 2.º arguidos, sabendo bem que os supracitados objectos foram

ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido, transmitiram este bens e trocaram-nos por dinheiro.

- Os três arguidos supracitados agiram livre, voluntária e conscientemente, na situação de ter conhecimento perfeito de que sua conduta era proibida e punida por lei.
- O arguido C é gerente de karaoke mediante o salário de RMB¥3.500,00.
- O arguido, casado, tem três filhos a seu cargo.
- Na audiência de julgamento, o arguido, sendo primário, guardava silêncio face aos factos que lhe foram imputados.
- O arguido A é guarda da S.T.D.M mediante o salário de MOP\$7.000,00.
- O arguido, já casado, tem dois filhos a seu cargo.
- O arguido não confessou os referidos factos, sendo primário.
- O ofendido D e a casa de penhor Son Fat declararam que pretendiam indemnização por danos sofridos.

Factos não provados: outros factos constantes da acusação.

A seguir, o 2.º arguido entregou ao 1.º arguido a verba de MOP\$180.000,00.

O 3.º arguido, ao transferir os referidos bens, sabia bem que estes foram ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido.

### **Conhecendo.**

O arguido ora recorrente impugnou em primeiro lugar o Acórdão recorrido pelos vícios previstos no artigo 400º nº 2 al. a) e b) do Código de Processo Penal.

Quanto à esta parte, a Digna Procurador-Adjunto já no seu douto parecer evidenciou a sem razão do recorrente que merece a nossa adesão, para a apreciação desta questão, e sem necessidade de mais delongas, deve julgar improcedente a alegação dos vícios.

Não obstante, conforme o que alegou o recorrente, nomeadamente na alegação da insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito, pretende, no fundo, alegar que não estão provados nos autos todos os factos para obter uma condenação pelo crime acusado.

Trata-se este já de uma questão de direito, ou uma questão de qualificação jurídica dos factos, e não a matéria de facto.

O recorrente foi condenado por um crime de burla p. e p. pelo art. 211.º n.º 3 em conjugação com o art. 196.º alínea a) do Código Penal (tendo em conta o valor em causa – consideravelmente elevado).

Dispõe o artigo 211º do Código Penal:

*“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.”*

Os elementos constitutivos do crime de burla são, entre outros elementos concorrentes, tipicamente os seguintes:

1) o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado;

2) a fim de determinar outrem à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial – (elementos objectivos);

3) a intenção do agente de obter para si ou terceiro um enriquecimento ilegítimo (elemento subjectivo).

Está provado que:

*“O 1.º arguido entregou ao 3.º arguido um anel de cor prateada com diamante incrustado dentre os referidos objectos, tendo lhe informado de que este anel era de um cliente. Como necessitou com urgência de dinheiro, o mesmo pediu ao 3.º arguido que o empenhasse, também comprometeu que o resgataria mais rápido possível e o devolveria ao respectivo cliente.*

*-No dia 11 de Outubro de 1997, o 3.º arguido empenhou o anel referido à Son Fat, casa de penhor em troca de uma verba de HKD40.000,00.*

*-Subsequentemente, o 3.º arguido entregou ao 1.º arguido a aludida verba de HKD40.000,00."*

Embora na matéria de facto, o Tribunal consignou que “[a] fim de obter benefícios ilegítimos em favor do 1.º arguido, o 3.º arguido, apesar de ter conhecimento perfeito de que o referido anel que lhe foi entregue pertencia a um dos clientes da referida ourivesaria, ainda o empenhou na casa de penhor referida, tendo declarado ao funcionário da loja que lhe pertencia aqueles, enganando o mesmo com astúcia e provocando prejuízos pecuniários à loja aludida”, trata-se de um facto conclusivo, ou mera conclusão fáctica, sem suporte de outros factos concretos, nomeadamente para suportar a subsunção dos factos no crime acusado, não se podem, por si só, ficar erectos para uma qualificação jurídica dos factos.

Assim, com um mero facto de ter o 3.º arguido empenhou o anel à casa de penhor, e não só pela falta dos factos concretos, como pelo facto de ter o recorrente sido absolvido do crime de receptação p. e p. pelo art. 227.º n.º 1 do Código Penal de Macau, não se podem dados como verificados os elementos constitutivos do crime de burla, nomeadamente o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado a fim de determinar outrem à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial.

Em consequência, pela falta destes elementos essenciais, também não se pode dar como verificada a intenção de obter enriquecimento ilegítimo (*in casu* para o terceiro).

Assim sendo, deve-se absolver o arguido ora recorrente do crime de burla qualificado acusado.

Decisão esta não aproveita os arguidos não recorrentes por não se encontrarem na situação idêntica.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em julgar provimento ao recurso, absolvendo-se o recorrente do crime de burla qualificado.

Sem custas. Atribui-se, a título de honorário, a favor da defensora nomeada do recorrente, em MOP\$1500,00, a cargo do GPTUI.

Macau, aos 30 de Março de 2006

Choi Mou Pan (Relator)

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong (com declaração do voto vencido)

## 刑事上訴卷宗第 170/2006 號

### 表決落敗聲明

本人不同意合議庭多數表決的所持的立場，理由如下：

上訴人 A 在其上訴狀提出的其中一項上訴理由是原審判決的說明理由方面出不可補救之矛盾。指出判決一方面認定以下事實為獲證明事實：

「……第一嫌犯將上述物品的其中一隻銀色襯有鑽石的戒指交給第三嫌犯(即上訴人)，並告知第三嫌犯該戒指屬於上述金店的一名客人。由於第一嫌犯急需金錢，因此，請求第三嫌犯將該戒指去典當，並承諾會儘快將之贖回，交還有關客人……」。

但另一方面，亦列出不獲證明事實如下：「第三嫌犯(即本案上訴人)在移轉有關財物時，明知該財物是第一嫌犯不法取得。」。

就「理由說明的不可補救矛盾」的概念，學說及司法見解均毫無爭議地認為，其中一種能構成這一判決瑕疵的情況是獲證事實和不獲證事實之間出現不相合，互不相容的情況。

事實上，根據獲證事實，上訴人被第一嫌犯告知着其典當的鑽石介指屬其工作金店的客人所有，並指出此舉乃應付其手頭週轉所需，且卷宗並無任何材料顯示第一嫌犯是應鑽石介指所有人的請求或最低限度獲其同意下為之。因此，毫無疑問根據這一事實可作司法推論本案上訴人是認知第一嫌犯是不法取去他人之物讓其拿往典當。

根據經驗法則和常理，具有一般認知的正常合理人(reasonable man)不可能不知道未經物主同意拿他人之物典當屬侵犯他人財產和因此屬不法行為。

然而，原審判決在事實理由部份中認定「第三嫌犯(上訴人)在移轉有關財物時，明知該財物是第一嫌犯不法所得」為不獲證明事實!

既然第一嫌犯曾告知上訴人該鑽石介指屬其工作的金店的客人所有，上訴人不可能不知第一嫌犯是挪用他人之物或濫用他人的信任取去他人之物作典當套現。

雖然根據獲證事實有關介指屬金店所有，而非如第一嫌犯所述般屬金店的客人所有，但基於兩種情況皆為他人之物的犯罪客體在質方面屬同類。因此，上訴人的認知要素方面的差異(金店之物或客人之物)在犯罪構成的角度而言不具有重要性的。

事實上存在於上訴人的故意的認知要素中的錯誤僅為金店之物和金店客人之物的分野，兩者皆為他人之物，故雖存在客體認知上的差異但客體(行為人錯誤認知的客體及實際被侵犯的客體)所涉的法益在質量上沒有分別，因此根據刑法通說中的對人或客體的錯誤的理論(error in persona vel objecto)，這一錯誤不妨礙認定上訴人實施詐騙罪的故意成立。

此外，就一審裁定上訴人有實施的詐騙罪，本合議庭的裁判作出開釋判決的其中一項理由是由於上訴人一審就其被控訴的贓物罪獲開釋，就這一論點本人實不能苟同。

事實上，一審裁判就贓物罪(控訴事實為接收第一嫌犯取去他人之物)開釋上訴人和隨後卻就詐騙罪(把第一嫌犯取去他人之物拿往典當，令當舖受損)判罪是前後矛盾的判決，但不就等於原審法院對獲證事實作出的法律定性(視上訴人接收第一嫌犯取去他人之物的行為不構成贓物罪)必然正確和約束上訴法院就詐騙罪所作的裁判。

上訴法院不應就贓物罪改判有罪完全是基於本案只有一審有罪的被告人(上訴人)提起上訴，檢察院未有提出上訴，根據《刑事訴訟法典》第三百九十九條規定的禁止上訴加重原則(*proibição de reformatio in pejus*)，上訴法院不能改判對上訴人更不利的法律後果。

但不能改判有罪並不表示上訴法院就上訴人提出爭議的詐騙罪的審理不能作出與開釋贓物罪裁判部份不相合的裁決。

在審理上訴人所實施的事實是否構成詐騙罪，上訴法院僅受一審已認定事實問題所約束，而不應受一審法院就贓物罪的法律問題認定所約束。

綜上所述，本人認為一審有罪裁判犯有《刑事訴訟法典》第四百條第二款 b)項所指的「在說明理由方面出現不可補救的矛盾」，因此，應根據第四百一十八條第一款撤銷原審判決關於上訴人有實施詐騙罪的判罪及相應判刑的部份，並命令移送一審法院就這一部份重新審判。

二零零六年三月三十日

助審法官

賴健雄