

## **Processo n.º 53/2005**

(Recurso Penal)

Data: 29/Setembro/2005

### **Assuntos:**

- Crime de fraude sobre mercadorias
- Meios de prova proibidos
- Convicção do julgador
- Arbitramento da indemnização no Processo Penal

### **SUMÁRIO:**

1. É nula a prova resultante da gravação das conversas feita pelo ofendido com os arguidos, sem consentimento destes, e, assim sendo, não pode ser usada em juízo.

2. Mas, se, perante os elementos carreados para os autos e não afectados por uma nulidade probatória, aliás, declarada por despacho judicial, nomeadamente, pelas provas indicadas pelo Tribunal *a quo* para formar a sua convicção, não existirem dúvidas sobre a prática dos factos, não ocorre o vício de erro notório na apreciação da prova.

3. O juiz, por determinação legal, é obrigado a examinar e valorar as provas segundo critérios pré-determinados, consubstanciados na experiência comum, na lógica e na racionalidade.

4. A indemnização emergente de perdas e danos produzidos pelo crime, como a disciplina o art. 121.º do C. Penal, é regulada pela lei civil e assim sendo, numa situação em que não foi deduzido formalmente o pedido cível, a reparação por eventual incumprimento não passa apenas pela resolução contratual, com restituição integral do que foi entregue, desdobrando-se por outras componentes que não devem deixar de ser ponderadas, nomeadamente, a perda do interesse e o equilíbrio das prestações, para já não falar na adequação do preço em relação à coisa vendida e qualidades da mesma, factos que não podem deixar de ser invocados expressamente em juízo, no sentido da melhor tutela dos interesses do ofendido.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

**Processo n.º 53/2005**

(Recurso Penal)

Data: 29/Setembro/2005

Recorrentes: A  
B

Objecto do Recurso: Sentença condenatória da 1ª Instância

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

**I – RELATÓRIO**

Inconformados com as sentenças condenatórias vêm os arguidos A e B delas interpor recurso.

O 1º, da sentença de fls. 373 e ss., que o condenou como autor material de um crime de fraude sobre mercadorias p. e p. no art. 28º, n.º 1, al. b), da Lei 6/96/M, de 15 de Julho, na pena de 75 dias de multa, num total de MOP\$15,000.00, bem como no pagamento ao queixoso de uma indemnização equivalente ao valor da venda do piano, no montante de HKD33,800.00.

O 2º, da mesma sentença que o condenou, como autor material de um crime de fraude sobre mercadorias p. e p. no art. 28º, n.º 1, al. b) da Lei 6/96/M, de 15 de Julho, na pena de 5 meses de prisão, pena essa declarada suspensa pelo período de 18 meses, sob condição de ser paga ao queixoso uma indemnização equivalente ao valor da venda do piano, no montante de HKD 33,800.00.

Para tanto, alegam, fundamentalmente e em comum:

*Todo o processado está eivado de nulidade absoluta, insanável, por a acusação se estribar em prova proibida;*

*A acusação teve como seu principal suporte fáctico o conteúdo de duas cassetes áudio, que reproduzem conversas do ofendido com o R., cavilosamente gravadas por aquele, sem o conhecimento e contra a vontade deste;*

*Sem essas cassetes não seria possível fazer qualquer prova dos factos, como resulta exuberantemente da participação do queixoso de fls. 79 e ss. e do relatório do agente instrutor dos Serviços de Economia de fls. 224 e ss.*

*São essas gravações a principal, se não mesmo a única, prova existente no processo, tendo sido obtidas sem qualquer despacho ou autorização do juiz, nem o podia ter sido atenta a natureza e a moldura penal abstracta do crime, pelo que o tribunal formou a sua convicção sobre provas proibidas, as quais se "colaram" à estrutura e aos fundamentos da acusação;*

*Não basta, como se escreveu na decisão sob recurso, que a prova assim obtida não será tida em conta, uma vez quer se não demonstrou (nem se podia demonstrar porque in casu essa prova constitui a essência da investigação e da acusação) que foi possível isolar essa prova proibida de modo a não a representar em sede de decisão.*

*Sem a prova proibida temos, de um lado, as declarações do queixoso e, do outro, as dos arguidos, tudo a indicar para que o princípio "in dubio pro reo" opere nos termos legais, sendo certo que esvaziada fica a prova residual de toda a sua força;*

*Uma vez que consta da decisão recorrida que a prova assentou também nas declarações dos arguidos, havia que referir qual a postura adoptada em julgamento pelo ora R., face à sua constante negação da prática dos factos em momentos processuais anteriores, o que não foi feito;*

*A Senhora Juíza, usando inadequadamente do princípio da oficialidade arbitrou uma indemnização como efeito penal da condenação, sem que para tal se tenham verificado ou tenham sido referidos na sentença condenatória factos caracterizadores de particulares necessidades de protecção do queixoso;*

*A decisão recorrida só não julgou "ultra petita" porque não existiu mesmo qualquer pedido, constituindo assim a reparação decretada uma verdadeira sanção penal;*

*E assim passou ao lado do princípio da disponibilidade do lesado quanto à sua pretensão em ver-se ressarcido de eventuais danos sofridos, o que "in casu" nem se verificou;*

*Denotando evidente confusão de conceitos ao esquecer o que é de palmar evidência, ou seja, a autonomia teleológica dos dois ramos do direito: o criminal e o civil;*

*Não foi apurado em sede de julgamento, não constando por isso da decisão recorrida, que o queixoso não se opôs à afixação da indemnização;*

*Pelo contrário, foi este último - o queixoso - condenado (?) a devolver aos arguidos o piano e outros presentes, o que, de acordo com os princípios basilares que enformam o direito processual penal, mostra que aqui o poder do juiz foi longe de*

*mais ;*

*Não existe qualquer nexo causal entre o facto ilícito e um qualquer dano, pelo que não se verificam os pressupostos de qualquer reparação a arbitrar;*

*A peritagem efectuada ao piano, constante dos autos, não refere qualquer anomalia, apenas identificando a origem dos seus diversos componentes, nem mesmo tal sendo referido pela própria decisão;*

*A Europa é o primeiro importador dos pianos "Ritmuller", sendo estes os mais adequados ao clima de Macau;*

*Não consta da decisão que o preço por que o piano foi vendido exceda o preço médio dos demais pianos com a mesma origem praticado em Macau;*

*A decisão recorrida está cheia de conceitos de direito, sem matéria fáctica que os integre;*

*Foi violado o princípio do contraditório, não tendo sido comunicado ao R. pela Senhora Juíza de que houve uma alteração da acusação, embora não substancial, com reflexos na fixação do quantum arbitrandi, a fim de poder oferecer prova da inexistência de quaisquer danos ressarcíveis;*

*A qualidade e o "quantum" da pena mostram-se manifestamente inadequados às características dos factos provados, bem como à personalidade do R., sendo certo que uma pena não privativa de liberdade seria suficiente para assegurar a protecção dos bens jurídicos violados, bem como do princípio da socialização;*

#### **Acresce na alegação do arguido B:**

*A qualidade e o "quantum" da pena mostram-se manifestamente inadequados às características dos factos provados, bem como à personalidade do R., sendo certo que uma pena não privativa de liberdade seria suficiente para assegurar a*

*protecção dos bens jurídicos violados, bem como do princípio da socialização;*

*Foram violados os artigos 74º, 111º, n.º 2, 112º, 113º, n.ºs 3 e 4, 339º, n.º 1 e 400º, n.º 2, al. a) do CPP; 40º, 64º e 121º do CP; e 477º do CC.*

Defendem que deverá a sentença recorrida ser revogada por violação das disposições acima nomeadas e, em consequência, os ora recorrentes ser absolvidos da acusação formulada, não só quanto ao crime por que foram condenados, mas também quanto à quantia fixada a título de reparação de um dano, além do mais por inexistente.

A Digna Magistrada do M.P. ofereceu douda **resposta**, defendendo, em síntese:

*Nas motivações de recurso, o 1º arguido B e do 2º arguido A invocam os mesmos fundamentos de recurso: “Nulidade de prova” e “A Juíza não deve arbitrar oficiosamente a reparação” e o 1º arguido mais alega que “Quanto à pena aplicada ao arguido B, deve ser escolhida, em primeiro lugar, a pena não privativa da liberdade”.*

*Em primeiro lugar, quanto à “nulidade de provas”, o Tribunal já declarou explicitamente na sua sentença nulos os meios de prova das duas “cassetes” que gravam e registam as conversas do ofendido com os arguidos, sem consentimento dos mesmos, as conversas transcritas e o respectivo relatório e não os admite como provas.*

*Embora as duas “cassetes” e os respectivos documentos não possam servir de prova, isto não significa que não existam, “in casu”, outras provas a ser consideradas pelo Tribunal.*

*De facto, na parte que se segue à dos factos apurados e não apurados da sentença, o Tribunal já enumerou explicitamente as provas que fundamentam a presente sentença.*

*Aliás, é de salientar que, na fase de inquérito do processo penal, destaca-se a intensidade dos indícios do crime. “In casu”, não há indícios que demonstrem que a acusação do Ministério Público esteja baseada nas duas “cassetes”, nas conversas transcritas e no respectivo relatório, pelo contrário, no inquérito deste processo, pode-se ver que a Direcção dos Serviços de Economia realizou a investigação deste processo, efectuando várias medidas de investigação, como por exemplo, o seu pessoal dirigiu-se às outras companhias de música de Macau para fazer consultas e enviou ofício aos Serviços de Alfândega para solicitar dados relativos à exportação e importação de mercadorias de Macau.*

*Nestes termos, na sentença em causa, as duas “cassetes” e os respectivos documentos envolvidos no presente processo já foram declarados nulos pelo Tribunal, por isso, quanto às provas, o Ministério Público não considera que existe, além daquela prova nula, vício.*

*Por outro lado, quanto ao facto de a “Juíza não dever arbitrar oficiosamente a reparação”, além de proferir decisão sobre a parte criminal, o Tribunal também arbitrou oficiosamente a reparação nos termos do artigo 74.º do Código de Processo Penal.*

*O Ministério Público também considera que na sentença existem os elementos relativos ao arbitramento oficioso sobre a reparação nos termos do artigo 74.º do Código de Processo Penal, nomeadamente a quantia paga pelo ofendido na aquisição do piano e o valor das ofertas recebidas pelo ofendido para isso.*

*Na transacção em causa, existe, sem dúvida, o necessário nexó de causalidade adequada entre as condutas desonestas dos arguidos B e A e o dano*

*causado ao ofendido e a reparação arbitrada resulta do dano produzido pela conduta criminosa culpada.*

*O Ministério Público considera que esta parte da sentença foi proferida conforme os pressupostos jurídicos, de forma que não é nada inadequada.*

*Quanto à “pena aplicada ao arguido B, deve ser escolhida, em primeiro lugar, a pena não privativa da liberdade”, obviamente, na determinação da medida da pena concreta do arguido B (incluindo o tipo e a medida da pena), o Tribunal considerou plena e detalhadamente as duas finalidades da punição, isto é, a prevenção geral e a especial.*

*Nestes termos, o Ministério Público concorda com o tipo e a medida da pena aplicados ao arguido B pelo Tribunal.*

*A sentença em causa não viola os artigos 74.º, 111.º n.º 2, 112.º, 113.º n.ºs 3 e 4, 339.º n.º 1 e 400.º n.º 2 alínea a) do Código de Processo Penal, os artigos 40.º, 64.º e 121.º do Código Penal e o artigo 477.º do Código Civil.*

Pelo exposto, defende a improcedência dos recursos.

A Exma Senhora Procuradora Adjunta elaborou **douto** parecer, sustentando, em síntese a posição daquela Magistrada:

*É verdade que consta dos autos que o ofendido gravou as conversas tidas com os arguidos a fim de obter prova e entregou duas cassetes para a Direcção dos Serviços de Economia.*

*No entanto, não se pode concordar com a alegação dos recorrentes que consideram decisiva tal prova para a investigação e para a acusação.*

*Antes pelo contrário, não resulta dos autos que foi com base nesta prova que se fundamenta a acusação, sendo bastante ver as várias diligências efectuadas pela DSE para*

*chegar a esta conclusão.*

*A questão de nulidade de prova foi decidida na douta sentença ora recorrida, tendo a Mma. Juiz considerado nula a referida prova obtida através da gravação das conversas sem consentimento dos arguidos, ao abrigo do disposto no art. 113º, n.º 3 do CPPM.*

*E na indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, a mesma juiz teve o cuidado de afastar a prova que tinha sido declarada nula, pelo que é de concluir pela não utilização daquela prova para formar a sua convicção.*

*Dai que não se pode aceitar a tese defendida pelos recorrentes de que a prova proibida constituiu a essência da investigação e da acusação e afecta todo o processado.*

*Não parece que existam dúvidas sobre a prática dos factos pelos recorrentes, sendo certo que a convicção do tribunal foi formada com base no relatório e as declarações prestados pelo perito, no depoimento das várias testemunhas bem como nos documentos constantes nos autos que não foram declarados nulos.*

*Chama-se atenção para as diligências efectuadas pelos agentes do DSE que foram relatadas nos autos.*

*E não é verdade que se verifica apenas uma "inconciliável dualidade das duas versões em jogo: a do queixoso e a dos arguidos".*

*Ao invocar o princípio "in dubio pro reo" a seu favor, estão os recorrentes a questionar, no fundo, a convicção do Tribunal "a quo", o que não pode ter sucesso face ao princípio da livre apreciação da prova.*

*Quanto à questão da indemnização arbitrada pelo Tribunal "a quo", também não se vê nenhum reparo a fazer na decisão tomada pelo tribunal.*

*Não obstante o seu carácter excepcional, certo é que tal disposição legal permite ao tribunal arbitrar uma reparação civil ao ofendido, mesmo não tendo sido formulado pedido formal.*

*Ora, conjugando os elementos constantes dos autos e as regras do conhecimento e da experiência comum, cremos que, com os factos ilícitos praticados pelos recorrentes, certamente o ofendido sofreu prejuízo, que merece uma protecção legal.*

*Pretendendo obter a respectiva reparação, o ofendido manifestou, em audiência de julgamento e quando foi ouvido, a intenção de ser indemnizado (cfr. fls. 370v dos autos).*

*E resulta dos factos provados que foi discutida e ficou provada a matéria respeitante aos pressupostos e quantitativo da reparação, nomeadamente o preço pelo qual o ofendido adquiriu o piano e os objectos bem como o respectivo valor oferecido gratuitamente pelos recorrentes, o que tomou viável o arbitramento oficioso de reparação.*

*Por outro lado, a lei exige o respeito pelo contraditório, "no que concerne, à produção de prova".*

*Como já foi dito, se no julgamento chegaram a discutir a matéria relativa aos elementos necessários para fixar a quantia de reparação, os recorrentes tiveram já a oportunidade de exercer o seu direito de defesa.*

*Não faz sentido citar o disposto no art. 339º do CPPM, que se refere à alteração dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, já que evidentemente não há lugar à aplicação desta norma na questão em discussão e todos os factos provados foram descritos na acusação, faltando assim o pressuposto da sua aplicação.*

*Seja qual for o termo utilizado (reparação ou indemnização), certo é que foi ao abrigo do disposto no art. 74º do CPPM e a título de reparação pelos danos causados que o Tribunal "a quo" fixou oficiosamente uma quantia para o ofendido.*

*Finalmente e no que tange à pena de prisão aplicada ao recorrente B, o Tribunal "a quo" fez consignar na douda sentença recorrida que, tendo em conta o disposto no art. 64º do CPM, as circunstâncias em que foi praticado o crime, a quanta envolvida no caso, o efeito negativo causado no mercado e para com os consumidores, a conduta anterior do agente bem*

*com o grau da sua intervenção, ao ora recorrente não é de aplicar a pena não privativa da liberdade, por não realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (de prevenção geral e especial).*

Termos em que entende que se deve negar provimento aos recursos interpostos.

Oportunamente foram colhidos os vistos legais.

## **II – FACTOS**

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

“(…)

Este Tribunal procedeu ao julgamento público e com a intervenção do tribunal singular nos termos da lei, sendo apurados os seguintes factos:

Quando aconteceu o caso, os 1º e 2º arguidos eram sócios da Companhia de Música “Vienna”, sita na Avenida Dr. Rodrigo Rodrigues n.º 416, R/C, e o 3º arguido tinha trabalhado naquela companhia de música como afinador.

Por volta de Abril de 2001, C (o ofendido) conheceu o 1º arguido através do 3º arguido, pois a filha dele tinha de participar na prova de piano de 8º grau e necessitava de um professor de piano de nível superior para ensiná-la.

O 1º arguido disse ao ofendido que o piano utilizado na casa do ofendido não podia satisfazer a necessidade da participação da prova de piano da filha dele, necessitando de comprar um novo de melhor qualidade, por isso, ele recomendou ao ofendido que adquirisse o piano de marca “Ritmuller” na Companhia de Música “String”.

Na Companhia de Música “String”, os 1º e 2º arguidos disseram respectivamente ao ofendido que o piano de marca “Ritmuller” era fabricado na Alemanha, tinha melhor qualidade, era conhecido como “rei do piano” na Alemanha.

Por fim, o 2º arguido vendeu o piano de marca acima referida ao ofendido pelo preço de HK\$33.800,00.

O ofendido adquiriu, em 20 de Abril de 2001, um piano de marca “Ritmuller”, de modelo UP120R, n.º 708306, na Companhia de Música “String”, pelo preço acima referido.

Para impedir que o ofendido descobrisse o verdadeiro local de produção do piano, a 4ª arguida, quando entregou o piano ao ofendido, não lhe deu o certificado de garantia do piano onde consta o local de produção do referido piano.

Na realidade, os pianos de marca “Ritmuller” são todos fabricados pela Companhia de Piano Zhujiang de Guangzhou da China.

Os pianos de marca “Ritmuller” vendidos na Companhia de Música “String” são fornecidos pelo 1º arguido e os 1º e 2º arguidos nunca importaram directamente nem adquiriram pianos de nenhuma marca de fabrico alemão junto de outras companhias de música de Macau.

Após um período de uso do referido piano, a filha do ofendido descobriu que a qualidade de tal piano não era boa, o timbre não era impreciso e teve de pedir várias afinações.

Os 1º e 2º arguidos sabiam perfeitamente que o piano por eles vendido ou recomendado não era o de fabrico alemão nem de melhor qualidade que o ofendido pretendia adquirir, mas, aproveitando-se conscientemente da carência do conhecimento profissional do ofendido e da confiança que o ofendido depositava neles, forneceram voluntariamente informações de produto não verdadeiras ao ofendido e esconderam o verdadeiro local de produção, de forma a atingir a finalidade ilegítima de vender a

mercadoria ao ofendido e ganhar alto lucro na referida venda.

Os 1º e 2º arguidos sabiam bem que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Na aquisição do referido piano, o ofendido foi oferecido um metrónomo, 4 aulas do piano no valor global de MOP\$2.800,00, um livro de piano no valor de MOP\$100,00 e uma cobertura do piano.

O 1º arguido foi condenado na pena única de 2 anos de prisão pela prática dos crimes de emissão de cheque sem provisão em 13 de Junho de 1989 e foi libertado condicionalmente após um ano de cumprimento da pena de prisão. Terminado o prazo da liberdade condicional, a pena acima referida foi declarada extinta.

Conforme os registos criminais, os 2º, 3º e 4ª arguidos são primários.

O 1º arguido é comerciante e professor de piano, auferindo mensalmente MOP\$10.000,00, possuindo como habilitação o ensino profissional em música;

O 2º arguido é comerciante, auferindo mensalmente MOP\$10.000,00, tendo a seu cargo dois filhos, possuindo como habilitação o ensino secundário;

O 3º arguido é afinador e assistente social em regime de *part-time*, auferindo mensalmente MOP\$10.000,00, tendo a seu cargo a mulher, dois filhos e mãe, possuindo como habilitação o ensino universitário;

A 4ª arguida é comerciante, auferindo mensalmente MOP\$10.000,00, tendo a seu cargo dois filhos e mãe, possuindo como habilitação o ensino secundário.

\*

Factos não provados:

Em Abril de 2001, a Companhia de Música “String” era explorada pela 4ª arguida **D**.

Na Companhia de Música “String”, o 3º arguido disse ao ofendido que o piano “Ritmuller” era fabricado na Alemanha, tinha melhor qualidade e era conhecido

como “rei do piano” na Alemanha.

Na Companhia de Música “String”, os 1º, 2º e 3º arguidos disseram ao ofendido que a qualidade do piano de marca “Ritmuller” podia ajudar muito a filha do ofendido na prova de piano e fazendo todo o possível para convencê-lo para pagar imediatamente o montante do piano daquela marca.

Para obter maior confiança do ofendido, os 1º, 2º e 3º arguidos acima referidos disseram ainda que o preço original do piano daquela marca era de HK\$68.000,00.

Para impedir que o ofendido descobrisse o local de produção verdadeiro do piano, a 4ª arguida, quando entregou o piano ao ofendido, não lhe deu o certificado de garantia do piano onde consta o local de produção do referido piano.

Os pianos de marca “Ritmuller” da Companhia de Música “String” são fornecidos pela Companhia de Música “Vienna”.

O 3º e a 4ª arguidos sabiam perfeitamente que o piano por eles vendido ou recomendado não era o de fabrico alemão e de melhor qualidade que o ofendido pretendia adquirir, mas, aproveitando conscientemente da carência do conhecimento profissional do ofendido e da confiança que o ofendido depositava neles, forneceram voluntariamente informações do produto não verdadeiras ao ofendido e ocultaram o verdadeiro local de produção do referido produto, de forma a atingir a finalidade ilegítima de vender a mercadoria ao ofendido e ganhar alto lucro na referida venda.

O 3º e a 4ª arguidos sabiam bem que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

\*

Os factos acima referidos foram apurados pelas provas suficientes, tais como as declarações dos arguidos, o relatório e a declaração do perito Lo Kuok Fai, os depoimentos das testemunhas, como Li Wing Chun, Kong Ut Ha (inspectora da DSE),

Vong I Teng, Shun Sek Kuan, Cheong Sok Kan, Ao Sok Kun, Wan Fong Seong e Ieong Tong Sang, e os documentos que não foram declarados nulos constantes dos autos.

(...)”

### **III – FUNDAMENTOS**

1. Há três questões a resolver no âmbito do presente recurso:

- da alegada nulidade absoluta de todo o processado (por se estribar em prova proibida);
- da inadequação da pena de prisão arbitrada ao primeiro arguido;
- da ilegalidade da indemnização arbitrada pelo Tribunal *a quo*.

2. Quanto à pretensa nulidade que se prende com a gravação das conversas feita pelo ofendido com os arguidos, sem consentimento destes, se é verdade que consta dos autos que o ofendido gravou as conversas tidas com os arguidos a fim de obter prova e entregou duas *cassetes* para a Direcção dos Serviços de Economia, não é menos certo que houve um despacho claro, expresso e bem fundamentado da Mma Juiz no sentido de considerar nulas tais provas e, conseqüentemente, inaproveitáveis para a formação da sua convicção, ao abrigo do disposto no art. 113º, n.º 3 do CPPM.

Não obstante esta declaração de nulidade, tal não significa que não haja outras provas que possam ser consideradas pelo Tribunal.

E essas provas estão descritas na sentença recorrida, onde se pode ler que “*Os factos acima referidos foram apurados pelas provas*

*suficientes, tais como as declarações dos arguidos, o relatório e a declaração do perito Lo Kuok Fai, os depoimentos das testemunhas, como Li Wing Chun, Kong Ut Ha (inspectora da DSE), Vong I Teng, Shun Sek Kuan, Cheong Sok Kan, Ao Sok Kuen, Wan Fong Seong e Jeong Tong Sang, e os documentos que não foram declarados nulos constantes dos autos”.*

A negação do crime pelos arguidos em causa pode, na verdade, esbarrar não só com os depoimentos das testemunhas, mas até com as próprias declarações dos outros arguidos, pelo que falece razão aos recorrentes no que respeita à insustentabilidade da convicção formada pelo Tribunal.

Como lhes falece razão ao dizerem que todo o inquérito se baseou naquelas provas proibidas, importando não esquecer que outras diligências foram realizadas, tais como as diligências junto de outras companhias de música de Macau para consultas e junto dos Serviços de Alfândega a fim de se solicitarem dados relativos à exportação e importação de mercadorias de Macau.

Em suma, não resulta dos autos que foi com base nesta prova que se fundamentou a acusação, bastando atentar nas várias diligências efectuadas pela DSE para chegar a esta conclusão.

Daí que não se pode aceitar a tese defendida pelos recorrentes de que a prova proibida constituiu a essência da investigação e da acusação e afecta todo o processado.

Retiram os recorrentes ainda de que, face a tal circunstancialismo viciante dos actos do inquérito e do próprio julgamento,

terá sido violado o princípio *in dubio pro reo*, pelo que não se pode deixar de defender a sua absolvição.

Ora, perante os elementos carreados para os autos e não afectados por aquela nulidade probatória, nomeadamente as provas indicadas pelo Tribunal *a quo* para formar a sua convicção, não parece que existam dúvidas sobre a prática dos factos pelos recorrentes, sendo certo que a convicção do tribunal foi formada com base no relatório e nas declarações prestados pelo perito, no depoimento das várias testemunhas, bem como nos documentos constantes dos autos, meios de prova esses que não foram declarados nulos.

Ao invocar o princípio *in dubio pro reo* a seu favor, estão os recorrentes a questionar, no fundo, a convicção do Tribunal *a quo*, o que não pode ter sucesso, face ao princípio da livre apreciação da prova. Nos termos do art.º 114º do CPPM, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente, salvo disposição legal em contrário. É evidente que a convicção livre não quer dizer convicção “arbitrária”. O juiz, por determinação legal, é obrigado a examinar e valorar as provas segundo critérios pré-determinados, consubstanciados na experiência comum, na lógica e na racionalidade.

A livre convicção constitui um modo não estritamente vinculado de valoração da prova e de descoberta da verdade processualmente relevante, isto é, uma conclusão deve ser subordinada à lógica e à razão e

não limitada por prescrições formais exteriores.<sup>1</sup> O princípio em causa significa, no rigor das coisas, que o valor dos meios de prova não está legalmente pré-estabelecido, devendo o tribunal apreciá-los de acordo com a experiência comum, com o distanciamento, a ponderação e a capacidade crítica, na «liberdade para a objectividade».<sup>2</sup> Se forem observados e utilizados aqueles critérios na valoração das provas, resta ao juiz proferir a decisão segundo a sua livre convicção, baseada na sua consciência jurídica.

Ora, no caso em apreço, estes princípios não se mostram postergados.

3. Da alegada inadequação da pena de prisão aplicada ao arguido B.

Na determinação da medida da pena concreta o Tribunal deve atentar nas finalidades da punição, quais sejam, a prevenção geral e especial.

Ambas as vertentes não deixaram de estar presentes na opção feita pelo Tribunal *a quo* e não se descortinam razões que invalidem a ponderação que foi feita.

Quanto à prevenção geral, como a fraude sobre mercadorias prejudica em larga escala o desenvolvimento normal das actividades

---

<sup>1</sup> - Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, II, pág. 27

<sup>2</sup> - Teresa Beleza, Revista do Ministério Público, Ano 19º, pág. 40

comerciais, afectando gravemente a confiança dos consumidores, é necessário tomar medidas eficientes para impedi-la, especialmente numa zona geográfica onde são prementes as razões de intervenção nesse domínio.

Tais preocupações tiveram até expressão em sede de política legislativa, quando, em 2002, se procedeu a nova alteração da Lei n.º 6/96/M, que visa combater as actividades comerciais ilícitas, estipulando punições mais elevadas a tais actividades, como por exemplo, quanto ao crime de fraude sobre mercadorias previsto no artigo 28.º da referida Lei, em que a sua pena máxima foi elevada de 1 ano de prisão ou de 120 dias de multa para 3 anos de prisão ou 120 dias de multa, com a finalidade de intensificar a intimidação.

Por outro lado, quanto à prevenção especial, conforme se aponta na sentença recorrida, o Tribunal, ao determinar o tipo e a medida da pena do arguido B, ponderou a personalidade e as condições pessoais do mesmo, pois os factos provados do presente caso demonstram que aquele arguido praticou conscientemente as condutas por que foi acusado e possui como habilitação o ensino profissional em música, pelo que se lhe exige que compreenda e tenha consciência das consequências das suas condutas.

Para além de que a pena aplicada ao arguido B, num processo penal em 1989, careceu de intensidade de intimidação, pelo que, neste processo se optou, sem censura, pela pena privativa da liberdade, sendo certo que, a jusante, não deixou a mesma de ficar suspensa na sua execução.

4. Quanto à questão da indemnização arbitrada pelo Tribunal *a quo*, já merece algum reparo a decisão tomada pelo tribunal.

A Mma Juiz *a quo* entendeu fixar uma indemnização a suportar pelos ora recorrentes e a satisfazer ao ofendido C, traduzida em HK\$33.800,00, com dedução do valor de 4 aulas de piano no valor total de MOP\$2.800,00 e um livro de piano no valor de MOP\$100,00, devendo ainda o ofendido devolver aos dois arguidos o piano e outras ofertas.

Alegando a violação do disposto no art. 74º do CPPM, entendem os recorrentes que não se verificam os pressupostos referidos nesta norma para o arbitramento officioso de reparação nem foi observado o princípio do contraditório.

É certo que a mencionada disposição legal regula exactamente a matéria da fixação officiosa de reparação pelos danos causados pelo facto ilícito, quando não tenha sido deduzido pedido formal de indemnização civil.

Dispõe o citado art. 74º :

*"1. Não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo respectivo ou em acção cível separada, nos termos dos artigos 60º e 61º, o juiz arbitra na sentença, ainda que absolutória, uma quantia como reparação pelos danos causados, quando :*

- a) Ela se imponha para uma protecção razoável dos interesses do lesado;*
- b) O lesado a ela se não oponha; e*
- c) Do julgamento resulte prova suficiente dos pressupostos e do quantitativo da reparação a arbitrar, segundo critérios da lei civil.*

*2. No caso previsto no número anterior o juiz assegura, no que concerne à*

*produção de prova, o respeito pelo contraditório.*

3. *À sentença que arbitrar a reparação é correspondentemente aplicável o disposto no artigo anterior."*

Não obstante o seu carácter excepcional, certo é que tal disposição legal permite ao tribunal arbitrar uma reparação civil ao ofendido, mesmo não tendo sido formulado pedido formal nesse sentido.

E não se deixa de observar que, conjugando os elementos constantes dos autos e as regras do conhecimento e da experiência comum, se acredita que, com os factos ilícitos praticados pelos recorrentes, certamente, o ofendido sofreu prejuízo, que merece uma protecção legal.

Pretendendo obter a respectiva reparação, o ofendido manifestou, em audiência de julgamento, e quando foi ouvido, a intenção de ser indemnizado (cfr. fls. 370v dos autos).

Resulta dos factos provados que foi discutida e ficou provado o preço pelo qual o ofendido adquiriu o piano e os objectos oferecidos gratuitamente pelos recorrentes.

Mas daí a extrapolar para uma justiça de tipo salomónico, com restituição do que foi prestado, no pressuposto de uma resolução contratual, sem recurso nomeadamente às regras do incumprimento ou da venda de coisa defeituosa (se defeito houve) parece um pouco timorato.

É que em causa está apenas *"uma quantia como reparação pelos danos causados"*, a qual não é indemnização, e que virá até a ser descontada nesta, se vier a ser pedida.

A indemnização emergente de perdas e danos produzidos pelo crime, como a disciplina do art. 121.º do C. Penal, é regulada pela lei civil.

Convém não esquecer que se está perante uma situação em que não foi deduzido formalmente o pedido de indemnização civil e a responsabilidade civil por eventual incumprimento não passa apenas pela restituição integral do que foi entregue, desdobrando-se por outras componentes que não devem deixar de ser ponderadas em termos cíveis, nomeadamente a perda do interesse e o equilíbrio das prestações, para já não falar na adequação do preço em relação à coisa vendida e qualidades da mesma, factos que não podem deixar de ser invocados expressamente em juízo.

Assim se fica sem saber quais os pressupostos que determinaram uma resolução integral do negócio e por que não uma redução do preço, para já não falar sequer da concretização e apuramento dos danos.

Por todas estas razões entende-se por bem ser de revogar a decisão condenatória, na parte em que condenou os recorrentes no pagamento da citada quantia ao ofendido e devolução do piano e outros objectos, por parte deste, sendo certo que há uma sede própria para resolução do diferendo, através dos meios cíveis competentes, na certeza de que este Tribunal não dispõe dos necessários elementos para saber, nomeadamente, qual a forma que melhor tutela os interesses do ofendido, cabendo a este optar por um pedido de indemnização ou de resolução do contrato.

No mais, manter-se-á a sentença recorrida.

#### **IV – DECISÃO**

Pelas apontadas razões, acordam em julgar parcial provimento ao recurso, revogando a sentença na parte em que condenou os recorrentes no pagamento da citada quantia ao ofendido e ordenou a devolução do piano e outros objectos por parte deste, mantendo-se no mais a sentença recorrida.

Custas pelos recorrentes com a taxa que se fixa em 5 Ucs.

Macau, 29 de Setembro de 2005,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – (deliberado e assinado em 28/09/2005)

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong