

## **Processo n.º 151/2006**

(Recurso Penal)

Data: 29/Junho/2006

### **Assuntos:**

- Crime de burla de valor consideravelmente elevado
- gravação do depoimento da ofendida, prestado em audiência
- Erro na subsunção jurídico-penal;
- Medida da pena;

### **SUMÁRIO:**

1. A falha ocorrida na gravação de um dado depoimento só relevará em termos de anulação do julgamento se se apurar que a parte omitida se mostra decisiva para o apuramento da matéria de facto relevante em termos de enquadramento típico jurídico-penal.

2. Porque o facto relevante que foi submetido ao julgamento foi o pagamento do preço pela ofendida ao recorrente, sem qualquer eferência factual sobre o verdadeiro dono do dinheiro pago, é aí que o

apuramento dos factos se deve situar, não sendo essencial determinar quem era efectivamente o dono do dinheiro.

3. Na burla o momento decisivo de consumação do crime é **a entrega** do valor patrimonial pelo sujeito passivo ao agente, o que equivale por dizer que a relevância jurídico-penal é a deslocação do valor patrimonial por parte do "enganado" ao agente. (tanto pode ser da pertença sua como da pertença do outro).

4. É consabido que a pena, para além dos outros factores, deve ter como balizas a medida da culpa e expressar basicamente a medida da censurabilidade ínsita à conduta a reprovar. Sendo o grau de culpa o limite máximo da pena concreta, embora se possa configurar ainda uma pena diferente dentro de uma variação legalmente admissível, não se vê que aquele limite tenha sido ultrapassado, pelo que a dosimetria encontrada não será censurada.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

**Processo n.º 151/2006**

(Recurso Penal)

**Data:** 29/Junho/2006

**Recorrente:** A

**Objecto do Recurso:** Acórdão condenatório da 1ª Instância

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

**I – RELATÓRIO**

O recorrente A, melhor identificados nos autos, não se conformando da decisão condenatória de 4 anos de prisão pela prática do crime de burla de valor elevado p. e p. pelo art. 211.º n.ºs 1 e 4 alínea a) e art. 196.º do Código Penal, dela vem recorrer, alegando, em síntese:

*Em primeiro lugar, a decisão recorrida padeceu do vício previsto pelo art. 400.º n.º 2 alínea c) do Código de Processo Penal visto que a decisão recorrida incorporou por erro os seguintes factos na parte de factos provados (vide fls. 409 dos autos): A ofendida portanto, sofreu de perda económica de valor consideravelmente*

*elevado.*

*A ofendida manifestou na audiência de julgamento procedida em 19 de Janeiro de 2006: o valor de transacção a que se reporta o processo (HKD650.000,00) foi pago pela ofendida e seu marido, entre os quais a parte da verba pertence ao seu marido; o pagamento da maioria do valor de transacção foi efectuado pelo seu marido via cheque.*

*Apesar de o recorrente requerer a gravação da audiência de julgamento, os referidos depoimentos da ofendida não foram gravados no respectivo portador de gravação (vide a prova junta à presente declaração – produto de gravação pelo tribunal fornecido ao recorrente em 7 de Março de 2006) ou constaram da referida acta de audiência de julgamento, pelo que a omissão violou os art.s 344.º e 345.º n.ºs 2 e 3 do Código de Processo Penal, dando origem à nulidade da decisão recorrida ou pelo menos à irregularidade previsto pelo art. 110.º do Código de Processo Penal.*

*Além disso, as provas documentais dos autos (vide fls. 142 e 143 dos autos) revelaram expressamente que **B** (marido da ofendida), não ofendido nem testemunha no processo, quatro vezes pagou via cheque através sua conta privada o valor de MOP\$405.000,00 destinado à transacção dos objectos de jade.*

*Por outras palavras, nos autos, não há provas de que a perda pecuniária envolvida no processo é no total de HKD\$656,000.00 pertencente à ofendida **C**. Por isso, não se deve na decisão recorrida qualificar como factos provados o seguinte: A ofendida, portanto, sofreu de perda económica de valor consideravelmente elevado.*

*Importa referir que a decisão recorrida não pode dar como provados os*

*referidos factos exclusivamente devido à confissão do recorrente quanto aos factos incriminados. Segundo o art. 347.º do Código Civil, reportando-se à pertença do direito patrimonial (HKD\$656.000,00), não se pode apenas com base na confissão da ofendida determinar a quem pertencia o dinheiro, à ofendida ou a **B** ou a quem causou esta perda.*

*Porém, embora o recorrente combinasse com a ofendida o valor de transacção no montante de HKD\$656.000,00, tal facto não implicou que a ofendida sofreu perda de valor consideravelmente elevado, uma vez que não há provas e factos provados que justifiquem a entrega do valor total bem como a pertença do valor total à ofendida ou a terceiro, as relações matrimoniais e o referido regime de património, ou ainda sem provas para afirmar se foi oferecido ou emprestado à ofendida o montante de MOP\$405.000,00 pago via cheque do seu depósito na conta privada de **B** ou marido da ofendida, ou seja se existe entre eles o dever de restituição de um montante que havia sido pago em termos da responsabilidade civil?*

*A investigação dos referidos problemas tem significado relevante para confirmar se a ofendida é prejudicado do crime de burla de valor elevado aludido pelo art. 211.º n.º 1, n.º 4 alínea a) e art. 196.º do Código Penal. É pena que o tribunal a quo não proceda a distinção rigorosa entre “ofendido” regulado pelo art. 105.º do Código Penal e “lesado” previsto pelo art. 122.º do mesmo Código, desde que o primeiro não é necessariamente com perda económica. Na realidade, o ofendido ou enganado do crime de burla não é equivalente ao prejudicado.*

*A decisão recorrida igualmente padeceu do vício previsto pelo art. 400.º n.º 2 alíneas a) e b) do Código de Processo Penal.*

*Pelo exposto, por força do art. 418.º n.º 1 do Código de Processo Penal, como a decisão recorrida enfermou do vício referido pelo art. 400.º n.º 2 alíneas a), b) e c) do mesmo Código, deve o Tribunal ad quem determinar a remessa dos autos para um novo julgamento do objecto processual inteiro.*

*Se não o considere assim, como a decisão recorrida aplicou por erro o disposto no art. 211.º n.ºs 1 e 4 alínea a) e art. 196.º do Código Penal de Macau, violou também os art.s 344.º e 345.º n.ºs 2 e 3 do Código de Processo Penal e o art. 347.º do Código Civil, para além de conter irregularidade consagrada no art. 110.º do Código de Processo Penal, devendo ser revogada.*

*A decisão recorrida na determinação da medida de pena violou o art.s 40.º n.º 2 e 65.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal, devendo ser atenuada a pena aplicada.*

*Dizendo respeito à responsabilidade de indemnização civil, como atrás referido, não se procede a avaliação e a comprovação da perda pecuniária efectiva da ofendida, pelo que a condenação do recorrente e doutra arguida **D**, na assunção da responsabilidade solidária, no pagamento da indemnização à ofendida Lai Tong Mui HKD\$547.891,47, violou os art.s 74.º, 121.º do Código Penal e o art. 477.º do Código Civil bem como o princípio de punição estabelecido pelo Código de Processo Civil.*

**Pelo exposto, solicita:**

*Nos termos do art. 418.º n.º 1 do Código de Processo Penal, como a decisão recorrida padeceu do vício referido pelo art. 400.º n.º 2 alíneas a) e b), c) do mesmo Código, o Tribunal ad quem deve determinar a remessa dos autos para o novo julgamento do objecto processual inteiro.*

Se não o considere assim, como a decisão recorrida aplicou por erro o disposto no art. 211.º n.ºs 1 e 4 alínea a) e art. 196.º do Código Penal de Macau, violou também os art.s 344.º e 345.º n.ºs 2 e 3 do Código de Processo Penal e o art. 347.º do Código Civil, para além de a conter irregularidade consagrada no art. 110.º do Código de Processo Penal, deve ser revogada.

Se se julgar improcedente o pedido nos pontos 1.º e 2.º, como a decisão recorrida violou os art.s 40.º e 65.º do Código Penal, deve-se rever a decisão visada pelo recurso e redeterminar a medida da pena aplicada ao recorrente.

Além disso, solicita que se revogue a decisão respeitante à indemnização civil do recorrente.

O Digno Magistrado do Ministério Público apresentou douta **resposta**, alegando fundamentalmente:

*O que é verdade é ter-se provado que foi a o ofendida que procedeu ao pagamento integral de HKD\$656,000.00, sendo irrelevante que parte do pagamento tivesse sido feito através de cheques emitidos pelo seu marido sacados sobre uma conta dele.*

*Seja como for, sempre se trataria de “**valor consideravelmente elevado**”.*

*Não nos parece que isto constitua ou possa constituir qualquer dos vícios previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do art. 400º do C. P. Penal.*

*A nosso ver e atento o disposto no art. 418º, n.º deste diploma legal, não está preenchido este pressuposto, diremos condição “sine qua non”, para que o reenvio possa ter lugar.*

*Sendo que a gravação incide sobre todas as declarações orais prestadas em audiência, é curioso que, ao que diz, só as da ofendida não tenham sido gravadas. Se tal sucedeu, não nos parece que tal possa constituir irregularidade processual – art. 110º do C. P. Penal.*

*Ainda para a pretendida revogação, descortina ter sido violado o disposto no art. 347º do C. Civil.*

*Como diz, “**não se pode, simplesmente com a confissão da ofendida**” apurar a titularidade do direito patrimonial afectado (se dela, se de **B**).*

*Dos factos provados consta a identificação da pessoa ofendida e a quantificação do seu prejuízo.*

*Nesta conformidade, não é viável a revogação do decidido, como preconiza.*

*A factualidade assente integra, sem dúvida, um crime de burla de valor consideravelmente elevado p. e p. p os art. 211º, n.ºs 1 e 4 e 196º, al. b) do C. Penal, na medida em que se fez prova de todos os elementos objectivos e subjectivos deste ilícito.*

*A tal crime, corresponde, em abstracto, pena de prisão de 2 a 10 anos. Por isso, a pena de 4 anos de prisão aplicada ao recorrente, um pouco acima do patamar mínimo está, ainda assim, bem abaixo da linha intermédia.*



*A dosimetria penal encontrada, não deixa de revelar ter o Tribunal, para tanto, observado escrupulosamente os critérios legais – artigos 40º e 65º, n.ºs 1 e 2 do C. Penal.*

Termos em que entende que deve ser negado provimento ao recurso e, por consequência, mantido o decidido.

O Exmo Senhor Procurador Adjunto emite o douto **parecer** seguinte:

*1. Quanto à questão de falta de gravação do depoimento da ofendida, prestada na audiência, deve frisar-se que:*

*Mesmo que se admitisse que o alegado do recorrente seja verdade, isto é, houve omissão na gravação do depoimento da ofendida na audiência, ou qualquer avaria mecânica momentânea ou até qualquer lapso na entrega do suporte audio ao mandatário judicial, o que não constitui qualquer nulidade processual e no máximo, pode entender-se como uma irregularidade processual. (art. 107 e art. 110, ambos do C.P.P.M.)*

*Por outro lado, muito embora o recorrente invoque o vício de erro notório na apreciação da prova, consubstanciando no facto de que o erro é detectável na gravação, uma vez entende que o tribunal "a quo" não teve em atenção o facto de que a maioria parte do dinheiro pago pela ofendida era da pertença do seu marido, assim, o verdadeiro ofendido deveria ser o marido da ofendida. E por conseguinte, no que se diz respeito ao presente caso, e na parte que toca à ofendida, não se pode qualificar o crime com a qualitativa agravante por causa de valor.*

Na nossa perspectiva, uma coisa é certa, o recorrente não impugna no seu recurso o facto de que foi a ofendida quem procedeu ao pagamento todo o valor ao recorrente. (o que consta logo no início da matéria de facto dada como provada)

Se assim é, pensamos que o verdadeiro fundamento do recurso é de **erro na aplicação do direito**, cingindo à questão de saber se para efeitos de preenchimento do tipo criminal em causa, é ou não necessário tomar em consideração a pertença real do direito patrimonial "burlado".

E porque desde a acusação e até à decisão recorrida, o facto relevante que foi submetido ao julgamento é o pagamento do preço pela ofendida ao recorrente, ao passo que não houve nenhuma referência factual sobre o verdadeiro dono do dinheiro pago.

Assim, o facto de teve ou não lapso na gravação da audiência toma-se inútil por não trazer qualquer influência à resolução do caso, e o mesmo se passa com a invocação do erro notório na apreciação da prova porque o mesmo também não ocorreu, ou pelo menos, não foi arguido como deve ser.

2. - Voltando à questão de erro de direito, diz a norma incriminadora:

“Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de 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 de 3 anos ou com pena de multa.

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

a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado.”

Segundo esta norma incriminadora, o momento decisivo de consumação do crime é **a entrega** do valor patrimonial pelo sujeito passivo ao agente, o que equivale por dizer que a relevância jurídico-penal é a deslocação do valor patrimonial por parte do "enganado" ao agente. (tanto pode ser da pertença sua como da pertença do outro)

Por outro lado, para efeitos de qualificação da conduta, a lei toma em atenção **o quantitativo do valor patrimonial que integrou na esfera jurídica do agente e não o valor patrimonial deslocado da esfera jurídica do “enganado”.**

Como se sabe, pode acontecer que não há coincidência absoluta entre a pessoa do "enganado" - "sujeito passivo" e a pessoa do "ofendido", e de acordo com a norma incriminadora, não é relevante em distinguir (para efeitos de preenchimento do tipo) se o valor saia da esfera jurídica do "enganado" ou de terceiro (ofendido), assim, inclui-se expressamente na sua previsão o termo de "outra pessoa".

E acresce que se a lei quisesse levar em consideração, para efeitos de qualificação do crime em relação ao valor, a coincidência entre a pessoa do "enganado" e a pessoa do "ofendido", deveria, no nosso ver, dizer expressamente na alínea a) do n.º 4 do art. 211 do C.P.M. contudo, o que não sucedeu e a lei só dá importância ao valor total do prejuízo.

No caso em apreço, ficou provado que a ofendida entregou ao recorrente o valor total de HKD\$656,000.00, o que é suficiente para afirmar que se constitui como uma circunstância agravante.

*Entretanto, parece-nos que a tese do recorrente no sentido de é necessário indagar se dentro do prejuízo total, qual parte pertence ao marido da ofendida e qual parte pertence à própria ofendida, não é de aceitar.*

*Ora, não estamos no domínio da matéria cível de inventário dos bens do casal, nem muito menos perante um litígio relacionado com o regime de do casal. Assim, todos os argumentos invocados pelo recorrente nesta matéria não é, em nada, decisivo para efeitos de preenchimento do tipo.*

*3. - Por último, no que se concerne à determinação da pena, o recurso também não merece de provimento.*

*O argumento do recorrente vem na sequência do raciocínio da eventual procedência da questão de qualificação do crime, isto é, se porventura julgasse como certo que tivesse tido vício de erro de direito na interpretação e aplicação da norma do art. 211 do C.P.M., não nós repugnávamos na necessidade de rever a pena concreta aplicada ao recorrente, dado que ao nível de ilicitude e gravidade do crime seria totalmente diferente.*

*Entretanto, como entendemos que no caso se reúnem todos os pressupostos do preenchimento do tipo incriminador, tal e qual como foi decidido no acórdão sob recurso, é manifesto também a falta de razão por parte do recorrente.*

*Na verdade, para além de não se vê de onde as normas informadoras de determinação da pena (art. 40 e art. 65, ambos do C.P.M.) foram violadas pelo tribunal "a quo", ficou sim, consignado no acórdão que o recorrente só confessou parcialmente os factos (na parte que toca aos elementos objectivos da acusação).*

*Nesta medida, e globalmente ponderado todas as circunstâncias do caso, entendemos que a pena encontrada foi equilibrada.*

*Sem mais delongas, pensamos que todos os argumentos do recorrente, não procederam.*

## **II – FACTOS**

Respiga-se do acórdão recorrido a factualidade seguinte:

### **“Factos provados:**

Na altura da ocorrência do caso os referidos dois arguidos eram namorados.

Em tempo indeterminado, o 1º arguido adquiriu de modo desconhecido objectos de tipo mármore tratados artificialmente de grande quantidade, e combinou com a 2ª arguida que fossem vendidos os objectos em causa a outrem como objectos de jade.

A partir de Janeiro de 2005, os dois arguidos venderam por seis vezes a C (XXX, ofendida), conhecida pela 2ª arguida quando a mesma lhe deu massagem, cerca de 31 objectos de jade, incluindo anéis, colares, penduricalhos e pedras de jade, com seiscentos e cinquenta e seis mil dólares de Hong Kong (HKD\$656,000.00).

Os dois arguidos, quando venderam os referidos objectivos, garantiram à ofendida que todos os objectos em causa eram objectos de jade de classe superior (classe A) que tinham valor elevado.

Foram remetidos 10 dos referidos 31 objectos para ser examinados, e após peritagem do Laboratório de Jade e Pedra de Hong Kong (Hong Kong Jade & Stone Laboratory Limited), os 10 objectos examinados não são de jade verdadeiro, que não corresponde à alegação dos referidos arguidos, mas sim de jade duro tingido ou de quartzo tingido tratados quimicamente e a que foi introduzido polímero químico, cujo valor é muito mais baixo do que o de jade verdadeiro.

Posteriormente, os dois arguidos ainda combinaram que fossem vendidos à ofendida mais doze objectos de jade, inclusive pulseiras, colares, gotas de jade e penduricalhos, com preço de duzentos e sessenta e três mil dólares de Hong Kong (HKD\$263,000.00).

O 1º arguido alegou à ofendida que todos os objectos em causa eram feitos de jade de classe superior (classe A) que tinham valor elevado.

Foram remetidos 2 dos referidos 12 objectos para ser examinados, e após peritagem do Laboratório de Jade e Pedra de Hong Kong (Hong Kong Jade & Stone Laboratory Limited), confirmou-se que uma pulseira de jade com preço combinado de cinquenta mil dólares de Hong Kong (HKD\$50,000.00) e um colar de jade com valor combinado de vinte e oito mil dólares de Hong Kong (HKD\$28,000.00) eram feitos de jade duro tingido e de quartzo tingido tratados quimicamente e a que foi introduzido polímero químico, cujo valor é muito mais baixo do que o alegado jade verdadeiro.

Em 27 de Abril de 2005, cerca das 10H00 da noite, quando o 1º arguido levou 11, objectos de jade para a residência da ofendida situada no complexo habitacional XXX para fazer promoção, o mesmo foi interceptado por agentes de PJ.

Os agentes de PJ encontraram na posse do 1º arguido 11 objectos de forma de jade, alegados pelo 1º arguido feitos de jade de classe superior.

Cerca das 12H30 da noite do mesmo dia, quando a 2ª arguida foi interceptada na referida residência da ofendida, os agentes de PJ encontraram na sua posse 47 pedras de forma de jade.

Em 28 de Abril de 2005, os agentes da PJ encontraram na residência dos dois arguidos, situada na Rua XXX, objectos de jade de grande quantidade, inclusive 79 gotas de cor verde, 11 anéis de forma de jade de cor verde, 11 pulseiras de forma de jade, que somam 101 objectos de forma de jade, e 79 colares de jade.

Para além disso, os agentes de PJ encontraram também, no interior do quarto, nas gavetas do roupeiro e da mesinha de cabeceira 16 objectos de forma de jade, 9 anéis do forma de jade, 136 gotas de forma de jade, 11 pulseiras de forma de jade, 20 colares de forma de jade e 2 pulseiras de forma de jade.

Após a respectiva perícia, todos os objectos de forma de jade vendidos pelos dois arguidos para a ofendida e todos os objectos de forma de jade encontrados na posse ou na residência dos arguidos não são feitos de jade verdadeiro, mas sim são artesanatos que tem valor muito baixo, valendo somente dezenas de patacas por peça.

Os dois arguidos, agindo consciente e voluntariamente, inventaram factos, promoveram e venderam a outrem objectos de valor baixo, fazendo-os passar por objectos de valor elevado, com intenção de obter para si benefícios ilegais.

A ofendida, portanto, sofreu de perda económica de valor consideravelmente elevado.

Os dois referidos arguidos sabiam perfeitamente que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

\* \* \*

**Mais se provou:**

A ofendida pretende ser indemnizado pelo prejuízo sofrido.

O 1º arguido depositou, em 19/1/2006, um montante de MOP\$45,000.00, para pagar a indemnização à ofendida.

Foi encontrado e apreendido, na residência dos arguidos, numerários no montante de HKD\$49,000.00 e MOP\$61,000.00, equivalente ao HKD\$59,108.53 (MOP/1.032), que era parte do preço entregue pela ofendida aos arguidos.

Conforme os CRCs, os arguidos são primários.

O 1º arguido trabalhava, antes de ser detido preventivamente, como empreiteiro de obras de construção, auferindo mensalmente cerca de 8,000 a 10,000 patacas. Não tem ninguém a seu cargo. Tem como habilitações literárias a frequência do 4º ano do curso secundário.

A 2ª arguida trabalhava, antes de ser detida preventivamente, como massagista, auferindo cerca de 10,000 patacas por mês. Tem dois filhos de 18 e 19 anos de idade. Tem como habilitações literárias a frequência do 5º ano da escola primária.

**Factos não provados:**



**Nada a assinalar.**

**Convicção do Tribunal:**

Os dois arguidos confessaram na audiência e julgamento, de livre vontade e fora de qualquer coacção, os imputados factos objectivos, não admitindo, no entanto, os factos subjectivos.

A ofendida descreveu na audiência e julgamento, duma forma clara, sobre as condutas dos dois arguidos e esclareceu sobre o seu prejuízo patrimonial.

A 3ª e 6ª testemunhas da acusação depuseram na audiência e julgamento, confirmaram com clareza, que os objectos apreendidos não são feitos de jade verdadeiro, mas sim são artesanatos de baixo valor.

As 4ª e 5ª testemunhas da acusação que também são testemunhas da defesa descreveram sobre a personalidade do 1º arguido.

Os agentes policiais esclareceram sobre o resultado da investigação.

Foi realizado, na audiência e julgamento, o exame dos objectos apreendidos e documentos juntos aos autos.

Analizando todas as provas, nomeadamente o facto de terem os arguidos vendido os objectos à ofendida por levados preços, e o facto de terem os arguidos guardado, à descrição, grande volume dos objectos na sua residência, é de concluir de que os dois arguidos sabiam de que os objectos não eram feitos de jade verdadeiro e de baixo valor.”

### **III – FUNDAMENTOS**

1. São as seguintes as questões a apreciar:

- Falta de gravação do depoimento da ofendida, prestado em audiência;

- Erro na subsunção jurídico-penal;

- Medida da pena;

- Indemnização arbitrada.

- Perante a violação dos artigos 40º e 65º do C. Penal, pugna por nova pena diferente da que lhe foi aplicada (embora não adiante o “quantum” que entende razoável).

2. Pretende o recorrente que se ordene o reenvio do processo para novo julgamento nos termos do disposto no art. 418º, n.º 1 do C. P. Penal, face aos vícios do acórdão previsto no art. 400º, n.º 2, al. a), b) e c), deste Código, na medida em que o acórdão conterá os vícios previstos no art. 400º, n.º 2, al. a), b) e c) do C. P. Penal.

Subjacente a este desiderato está a sua discordância quanto ao

facto dado provado “*a ofendida, portanto, sofreu de perda económica de valor consideravelmente elevado*”, sendo necessário, antes de mais, que se tivesse provado que era mesmo a ofendida que havia sofrido um prejuízo global de HKD\$656,000.00.

Para este raciocínio baseia-se o recorrente no facto de se verificar claramente que *o marido da ofendida, de nome B, que não foi considerado ofendido nem testemunha nos autos, ter chegado a pagar, por quatro vezes, ao recorrente, por meio de cheques da sua conta, o preço dos objectos de jade transaccionados, na quantia de MOP\$405,000.00.*

Antes de mais, a este propósito, e de forma a comprovar o por si sustentado, alega que está impedido de fazer essa prova, porquanto, por razões técnicas que desconhece a gravação de parte do julgamento não funcionou, ou seja, não se verificou a gravação do depoimento da ofendida, prestada na audiência.

Sobre este ponto, caracterizando tal falha, tenha ela ocorrido por avaria mecânica momentânea, por lapso na entrega do suporte *audio* ao mandatário judicial, ou por qualquer outra razão, interessa realçar que tal ocorrência não constitui uma nulidade processual, mas tão somente se configura como uma irregularidade processual. (art. 107º e art. 110º, ambos do CPP).

Como se sabe não basta invocar que se pretende a renovação da prova, pois só sabendo das razões que a fundam se poderá responder à questão que se coloca sobre tal necessidade e da sua indispensabilidade.

Na verdade, não faria sentido agarrar nessa falha ou irregularidade para, por si só, ordenar uma repetição de prova, quiçá de todo o julgamento. Poder-se-ia cair no risco de renovar tal prova (não registada) e daí não advir qualquer *apport* relevante.

Ora, o que desde logo se evidencia é a inconcludência e a desnecessidade dessa prova. Não obstante o recorrente entender que houve erro notório na apreciação da prova, consubstanciado no facto de que o erro é detectável na gravação, uma vez não se terá levado em atenção o facto de que a maior parte do dinheiro pago pela ofendida era da pertença do seu marido, donde o verdadeiro ofendido dever ser o marido da ofendida, donde não ser o crime qualificável com a agravante modificativa em função do valor.

Como bem anota o Senhor Procurador Adjunto, uma coisa é certa, **o recorrente não impugna no seu recurso o facto de que foi a ofendida quem procedeu ao pagamento todo o valor ao recorrente.**

Passa então a ser determinante para a dilucidação desta questão o saber se para efeitos de preenchimento do tipo criminal em causa, é ou não necessário tomar em consideração a pertença real do direito patrimonial "burlado".

E porque o facto relevante que foi submetido ao julgamento foi o pagamento do preço pela ofendida ao recorrente, sem qualquer eferência factual sobre o verdadeiro dono do dinheiro pago, é aí que o apuramento dos factos se deve situar, não sendo essencial determinar quem era

efectivamente o dono do dinheiro. Foi a ofendida que o entregou, o que faz pressupor que houve necessariamente um empobrecimento de terceiro por parte do burlado, não vindo em disputa a titularidade do prejuízo, não sendo curial o arguido aproveitar-se de um facto que nenhum ofendido vem colocar, podendo até considerar-se que se se relevasse esse facto se estaria a beneficiar o próprio infractor, não podendo haver dúvidas que existe um enriquecimento seu à custa de um prejuízo de terceiro.

Se o dinheiro era da esposa, se do marido, se do casal, é questão irrelevante para a integração típica, para mais quando nenhum deles vem colocar o problema.

Não se deixa de estranhar, ainda que nada obste ao seu conhecimento neste momento, além do mais, que só agora o arguido venha suscitar este problema se reputava esse apuramento como indispensável, já que impedindo ou condicionando a integração típica não deixaria de o ter beneficiado, nada obstando a que tivesse suscitado a produção de provas sobre essa matéria.

3. Pede o recorrente a revogação do decidido, por aplicação errada do disposto nos artigos 211º, n.ºs 1 e 4, al. a) e 196º do C. Penal e violação do preceituado nos artigos 344º, 345º, n.ºs 2 e 3 do C. P. Penal – que constitui irregularidade processual, nos termos do disposto no art. 110º deste Código – e 347º do C. Civil.

Diz a norma incriminadora:

*“Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de 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 de 3 anos ou com pena de multa.*

*A pena é a de prisão de 2 a 10 anos se:*

*a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado.”*

Segundo esta norma incriminadora, o momento decisivo de consumação do crime é **a entrega** do valor patrimonial pelo sujeito passivo ao agente, o que equivale por dizer que a relevância jurídico-penal é a deslocação do valor patrimonial por parte do "enganado" ao agente. (tanto pode ser da pertença sua como da pertença do outro)

Por outro lado, para efeitos de qualificação da conduta, a lei toma em atenção **o quantitativo do valor patrimonial que saiu da esfera jurídica do “enganado”**.

Como se sabe, pode acontecer que não haja coincidência absoluta entre a pessoa do "enganado" - "sujeito passivo" e a pessoa do "ofendido", e de acordo com a norma incriminadora, não releva distinguir (para efeitos de preenchimento do tipo) se o valor sai da esfera jurídica do "enganado" ou de terceiro (ofendido), assim se incluindo expressamente na sua previsão o termo de "outra pessoa".

E acresce que se a lei quisesse levar em consideração, para efeitos de qualificação do crime em relação ao valor, a coincidência entre a pessoa do "enganado" e a pessoa do "ofendido", deveria dizer expressamente na alínea a) do n.º 4 do art. 211 do C.P.M. contudo, o que não sucedeu e a lei só dá importância ao valor total do prejuízo.

No caso em apreço, ficou provado que a ofendida entregou ao recorrente o valor total de HKD\$656,000.00, o que é suficiente para afirmar que se constitui como uma circunstância agravante.

Na tese do recorrente importa indagar, dentro do prejuízo total, qual a parte pertencente ao marido da ofendida e qual a parte pertencente à própria ofendida.

Ora, não estamos no domínio da matéria cível e de necessidade de indagação dos bens do casal, nem muito menos perante um litígio relacionado com o regime de bens do casal.

Acresce que nada nos autos permite ter como decisivas as declarações da ofendida quanto à comprovação da titularidade do dinheiro entregue, podendo, isso sim, ser relevantes as declarações do marido da ofendida que bem podia ter sido arrolado como testemunha.

Realça-se ainda o facto de, ao contrário do que diz, jamais o marido da queixosa “lhe chegou a pagar por quatro vezes ... por meio de cheques da sua conta, o preço de objectos de jade transaccionados, na quantia de MOP\$405,000.00”.

Outrossim, o que é verdade é ter-se provado que foi a o ofendida que procedeu ao pagamento integral de HKD\$656,000.00, sendo irrelevante que parte do pagamento tivesse sido feito através de cheques emitidos pelo seu marido sacados sobre uma conta dele.

Noutra vertente, já podia ser relevante a determinação do valor do prejuízo. Tal valor não deixaria de relevar para a qualificação ou não do crime em apreço, por força do disposto no artigo 211º, n.º 3 e 4 do C. Penal. Seja como for, mesmo que, teoricamente, este também pudesse e devesse ser tido e ouvido como ofendido, ainda assim, a diferença (MOP\$676,920.00 – 405,000.00 = 271,920) não deixaria, à luz do disposto no art. 196º, al. b) do C. Penal, de ser *valor consideravelmente elevado*.

Nem se alcança onde o recorrente pretende chegar com a invocação dos aludidos preceitos do Código Civil, parecendo confundir as regras de uma confissão de dívida do devedor coma confissão do crime por parte do arguido. A assumpção do crime, por via da ilicitude que lhe está subjacente gera responsabilidade civil em caso de verificação de danos e prejuízos, cabendo ao Tribunal integrar e caracterizar juridicamente a factualidade apurada.

Por todo o exposto somos a concluir pela não existência de qualquer dos vícios previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do art. 400º do C. P. Penal, donde não existirem os pressupostos para o reenvio do processo, nos termos do art. 418º, n.º 1 do mesmo diploma.



4. Mostrando-se correcta a integração típica curar-se-á agora da análise da medida da pena.

A factualidade assente integra, sem dúvida, um crime de burla de valor consideravelmente elevado p. e p. p os art. 211º, n.ºs 1 e 4 e 196º, al. b) do C. Penal.

A tal crime, corresponde, em abstracto, pena de prisão de 2 a 10 anos.

O Tribunal encontrou a pena de 4 anos de prisão para o arguido, sendo certo que para a arguida **E** encontrou a pena de 3 anos e 9 meses de prisão e justificou da seguinte forma tais penas:

*“Na medida concreta da pena atender-se-á ao disposto nos artigos 40º e 65º do Código Penal.*

*É elevado o grau de ilicitude e a gravidade das consequências do crime é significada, nomeadamente para o património da ofendida, a segurança e a paz social da RAEM. A intensidade do dolo dos arguidos é alta.*

*Os dois arguidos confessaram parcialmente os factos imputados, e está depositado nos autos uma quantia para pagar parte da indemnização.*

*Tomando em conta a personalidade dos arguidos, a circunstância do cometimento do crime, o papel e a culpa de cada um, na concretização deste propósito o Tribunal Colectivo acha equilibrado fixar a pena concreta em 4 anos de prisão para o 1º arguido, e em 3 anos e*

*9 meses de prisão para a 2ª arguida”*

É consabido que a pena, para além dos outros factores, deve ter como balizas a medida da culpa e expressar basicamente a medida da censurabilidade ínsita à conduta a reprovar. Sendo o grau de culpa o limite máximo da pena concreta, pode-se configurar ainda uma pena diferente dentro de uma variação legalmente admissível, não se ultrapassando aquele limite, pelo que a dosimetria encontrada será, nessa medida, reajustada.

Na ponderação de uma pena ligeiramente inferior pode estar efectivamente uma avaliação da conduta essencialmente lesiva de bens patrimoniais e da possibilidade de a burlada, vista uma certa continuação criminosa, poder certificar-se da autenticidade dos objectos adquiridos, para além de não se tratar de transacções em estabelecimento aberto ao público, situação em que as razões de defesa do consumidor, do público em geral, da economia, do mercado e da genuinidade das mercadorias assumiria uma outra premência.

Estas razões, vista a natureza da lesão iminentemente patrimonial, levam a considerar um pouco excessiva a pena de 4 anos de prisão para tal crime, não obstante o valor já com alguma expressão da burla cometida.

Noutra perspectiva, o circunstancialismo do caso, à partida, não tão gravoso sob aquele ponto de vista, assume alguma gravidade pelo facto de essa burla ser realizada com pessoas com quem havia alguma convivência e à vontade, com o facto de os objectos terem um valor que por si não aparentavam falsificação e, acima de tudo, tendo havido um

prejuízo com enriquecimento dos arguidos, não ter havido compensação patrimonial desses mesmos prejuízos.

Balanceando este condicionalismo de sinal contrário, vistos os critérios que devem presidir à escolha da pena concreta, tem-se por adequada uma pena de 3 anos e 3 meses de prisão para o arguido.

O argumento do recorrente sai reforçado na sequência do raciocínio da eventual procedência da questão de qualificação do crime, isto é, se porventura se julgasse como certo que existira erro de direito na interpretação e aplicação da norma do art. 211º do C.Penal, não repugnaria a revisão da pena concreta aplicada ao recorrente de uma forma algo mais expressiva, desde logo face à diferente moldura penal daí resultante.

De todo o modo, como se viu, entende-se ser de ajustar a pena concreta em análise nos termos acima referidos, sendo que desse ajustamento terá de beneficiar necessariamente a arguida E que foi condenada numa pena de 3 anos e 9 meses de prisão, ao abrigo do disposto no artigo 392º, n.º 2, a) do CPP.

Assim sendo, pelas mesmas razões acima invocadas entende-se por bem alterar a pena que foi aplicada, graduando-a em 3 anos de prisão, pena esta que não será suspensa na sua execução, visto o circunstancialismo concreto que com tal suspensão não se garantem as finalidades da punição, em particular a prevenção deste tipo de crimes.

5. Finalmente, quanto à indemnização arbitrada, tal não merece igualmente censura.

Em face dos factos que vêm comprovados não há dúvidas da verificação do aludido prejuízo que deve, por conseguinte, ser ressarcido.

Dir-se-á que se o dinheiro não pertencia à ofendida haverá um enriquecimento ilegítimo da sua parte.

Bom, a questão que se coloca é que quem lança as dúvidas sobre a proveniência do dinheiro é o recorrente, dúvidas essas que não têm sustentabilidade nos factos que vêm comprovados. E mesmo a relevar o facto *entrega* diferentemente da *propriedade* do dinheiro, ainda aí quem se incomoda é o arguido, sendo que ninguém, ofendida, marido, ou quem quer que seja suscita esse problema. Se, porventura, houvesse uma separação notória dos patrimónios, isto é , a ofendida viesse a receber um dinheiro que, no fundo pertencia a outrem, não deixaria de se verificar um enriquecimento ilegítimo da sua parte com a necessidade subsequente de pagamento desse dinheiro a quem de direito, donde o dinheiro recebido por via da indemnização arbitrada sempre teria o destino cativo em última análise.

Nos termos e fundamentos expostos se decide julgar parcialmente procedente o recurso.

#### IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder parcial provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida na parte que fixou as penas concretas aos arguidos que assim passa a ser condenados, o arguido **A** na **pena de três (3) anos e três (3) meses de prisão** pela prática de um crime de burla consideravelmente elevado, p. e p. pelo art. 211º, n.º 1 e 4, al. a) e pelo art. 196º, al. b) do C. Penal e a arguida **E** na **pena de três (3) anos de prisão** pela prática de um crime de burla consideravelmente elevado, p. e p. pelo art. 211º, n.º 1 e 4, al. a) e pelo art. 196º, al. b) do C. Penal.

Na parte restante confirma-se a decisão recorrida.

Custas pelo recorrente, com taxa que se fixa em 6UCs.

Notifique ambos os arguidos e comunique ao EP.

Macau, 29 de Junho de 2006,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong