

(譯本)

合議庭裁判的瑕疵 詐騙罪

摘要

一、對一項適當的法律決定而言，在查找必須之事實事宜上存在遺漏或因為已認定之事實事宜妨礙法律決定又或因為沒有這一已認定之事實事宜，就不可能達致所作出的法律結果時，對已作出之決定來講，已認定之事實事宜就呈現出不足、不全面了，這樣就出現已認定之事實事宜不足以支持決定的瑕疵。

二、僅當視為獲證明的事實之間、獲證明的事實與未獲證明的事實之間及事實事宜之證明性理由說明之間，被查明存有不相容時，方存在不可補正的矛盾。

三、除了其他競合元素外，詐騙罪在罪狀方面構成的元素如下：

(一) 透過詭計使人就事實產生錯誤或受欺騙；

(二) 使得他人作出對本人或第三人財產有所損失的行為 —— (客觀元素)；

(三) 目的是為自己或第三人取得不正當得利 (主觀元素)。

四、僅被證實的是第一嫌犯將物品中的其中一隻銀色襯有鑽石的戒指交給第三嫌犯，並告知第三嫌犯該戒指屬於金店的一名客人。由於第一嫌犯急需金錢，因此請求第三嫌犯將該戒指拿去典當，並承諾會儘快將之贖回交還有關客人，第三嫌犯以港幣 4 萬元將該戒指典當給押店，因此第三嫌犯被開釋觸犯贓物罪後，就沒有干犯詐騙罪。

2006 年 3 月 30 日合議庭裁判書

第 170/2005 號案件

裁判書製作法官：蔡武彬

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

在初級法院審理的第 CR1-XX-XXXX-PCC 號合議庭普通刑事案案件中，檢察院對嫌犯 A、B 及 C 提出控訴，分別指控：

—— 第一嫌犯 A 觸犯一項《刑法典》第 199 條第 1 款及第 4 款 b 項，結合同一法典第 196 條 b 項所規定及處罰之信任之濫用罪；

—— 第一嫌犯 A 及第三嫌犯 C 為共同正犯及以既遂方式觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款結合第 196 條 a 項所規定及處罰之詐騙罪；

—— 第二嫌犯 B 及第三嫌犯 C 為實行正犯，以既遂方式，各分別觸犯一項《刑法典》第 227 條第 1 款所規定及處罰之贓物罪。

在案件審理過程中，第一嫌犯 A 於 2002 年 11 月 2 日死亡，因此根據《刑法典》第 119 條的規定宣告消滅對其歸責的刑事程序 (第 167 頁)。

經過審判聽證後，合議庭作出合議庭裁判裁定：

(一) 開脫第三嫌犯 C 觸犯一項澳門《刑法典》第 227 條第 1 款所規定及處罰之贓物罪；

(二) 第三嫌犯 (與死去的第一嫌犯 A) 為共同正犯及以既遂方式觸犯一項《刑法典》第

211 條第 3 款結合第 196 條 a 項所規定及處罰之詐騙罪，判處 1 年 6 個月徒刑，緩期兩年，條件是須於 6 個月內賠償予 E 押店澳門幣 4 萬元及自案發日期起計之法定利息。

(三) 嫌犯 B 為實行正犯及以既遂方式觸犯一項澳門《刑法典》第 227 條第 1 款所規定及處罰之贓物罪，判處 2 年 6 個月徒刑，緩期 3 年，條件是須於 6 個月內賠償受害人 D 澳門幣 421,186 元及自案發日期起計之法定利息。

另判處每名嫌犯負擔 4 個計算單位的司法費、共同支付各項訴訟負擔及澳門幣 800 元的律師辯護費。

根據 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條的規定，判處兩名嫌犯各支付澳門幣 500 元。

只有嫌犯 C 不服該裁決，提起上訴，主要陳述如下：

1. 本案件上訴人 C 對第一審合議庭法官於 2005 年 6 月 10 日作出的裁決提起上訴，該裁決判處上訴人為共同正犯及以既遂方式觸犯一項澳門《刑法典》第 211 條第 3 款結合第 196 條 a 項所規定及處罰之詐騙罪；判處 1 年 6 個月徒刑，緩期 2 年，條件是須於 6 個月內賠償 E 押店澳門幣 4 萬元及自案發日期起計之法定利息。

2. 在該裁決中，存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 1 款 a 及 b 項（按原文）所規定的法律問題，即被證實的事實不足以作出該裁判以及在說明理由方面存在不可補正之矛盾，兩者導致裁決無效。

3. 根據上述卷宗所載的調查結果得知，針對上訴人的控訴是有矛盾和不符合邏輯的，調查結果顯示上訴人為了讓第一嫌犯取得不正當利益，把控訴書第二點所查明事實的一隻銀色襯有鑽石的戒指在未經金店店主 D 的同意下典當給 E 押店。

4. 根據第一嫌犯在卷宗第 73 頁所載的聲明……嫌犯請求其朋友 C 把一隻銀色襯有鑽石的戒指典當。C 接納其請求。因此，嫌犯把該戒指交給他，之後被典當，C 把上述當票交回給他，查明的是該戒指是屬於他，而不屬於金舖。從這點得知該銀色襯有鑽石的戒指並不屬於第一嫌犯工作的金舖的財物，而是屬於第一嫌犯的財物。

5. 因此，第一嫌犯對該銀色襯有鑽石的戒指擁有支配權，尤其有權把該戒指交給上訴人在 Q 押店典當或其他目的。

6. 如果不這樣認為，也不可以認定上訴人是知道該戒指是第一嫌犯非法取得的財產。

7. 根據卷宗第 18 頁所載，E 押店內部檔案記錄揭示[(編號 1)]當票明確指出：客人為上訴人 C，居住於 XXX 街，典當物為一隻 K 金襯有鑽石的戒指，典當金額為澳門幣 3 萬元。

8. 相對[(編號 2)]當票與卷宗第 18 頁所載的其他當票比較，可以發現一個很明顯的差別，那就是在[(編號 2)]當票上有一個在其他當票上看不到的「大 X」，因此 E 押店的[(編號 2)]當票，被用作控訴上訴人詐騙的書證是絕對錯誤的，如不是錯誤，也是很大的疑問。

9. 如不這樣認為，也只會查明上訴人把一隻襯有鑽石的戒指典當，金額為澳門幣 3 萬元。這已說明了對受害人作出賠償的義務以及適用《刑法典》第 211 條第 3 款的規定。

10. 此外，按照卷宗第 8 頁所載的扣押筆錄，警方要求證人 E 押店當時的僱員 F 保管一隻銀色襯有鑽石的戒指直至法院作出裁判。

11. 但上述戒指沒有附入卷宗，從此可以得知不應該由上訴人，而是由保管人 F 回應對 E 押店造成的損害。

12. 雖然自由心證是法院根據各證人的證言形成，但也應該考慮真實的情況；綜上所述，原審法院法官在裁定主觀事實時，尤其認定上訴人故意為自己及第三人取得不正當利益時，只考慮了證人的陳述，卻忽視了卷宗所載大部分充滿矛盾的書證，裁定上訴人有意識地作出不法事實，這讓我們認為在產生心證方面存在一定程度的錯誤。

13. 詐騙罪只可以在證實存在強烈故意的個案中。根據《刑法典》第 13 條，故意分為三種模式：直接故意、間接故意及或然故意，三者的前提相同，即行為人在作出事實時是清楚知道其行為是被法律禁止的，但故意作出行為並接受該行為的發生。

14. 但是，經分析上述的觀點後，是不可以看到上訴人對 E 押店作出詐騙顯示故意，同樣上訴人並沒有欺詐 E 押店的財物以為自己或第一嫌犯取得不正當得利，他本人由始至終都深信該

戒指是屬於第一嫌犯的（第一嫌犯在生時也對此確認），並不是由第一嫌犯非法取得。因此上訴人不應具有為第一嫌犯取得不正當利益的意圖，他根本就不知道第一及第二嫌犯矇騙金舖店主 D 的行為。上訴人的行為是非常符合澳門《刑法典》第 14 條 b 項規定的情節，是過失作出行為，因為上訴人不能預期基於其想幫助朋友的態度而犯罪，但該等事實在事實上已經發生了。

15.即使根據《刑法典》第 12 條規定證實上訴人在作出事實時存在過錯，但過錯作出事實也只會特別規定的情況才予以處罰，在這方面，基於詐騙罪沒有特別規定的情況，而當是以故意作出時才會被處罰，因此，上訴人不應受到處罰。

16.綜上所述，上訴人的行為並未構成《刑法典》規定的詐騙罪，不應以相關刑罰判刑，因此，被證實的事實不足以令法官作出該裁決。

17.一如被證實的事實所述，第一嫌犯對上訴人說該戒指是屬於金舖顧客所有而不屬於他的，換句話說，就是委託上訴人把他人的財物典當，但是未證實的事實指出第三嫌犯在移轉有關財物時，明知該財物是第一嫌犯不法取得。因此，從表面看，法官作出針對上訴人的裁決僅以在審判聽證中列舉的情節為基礎，而我們面對的是被證實和未被證實的事實之間以及理由說明和裁決之間的不一致性，這不能透過上訴所審視的決定予以補正。這個決定顯現了不法性，或者說，最少存在疑問，因此在理由說明方面出現不可補正之矛盾。

18.在本案中，上訴人從來沒有意圖去欺騙他人；只是幫助他人，應朋友（第一嫌犯）的請求把一隻戒指典當，並透過典當把取得的金錢給予該人。在整個過程當中，上訴人根本不知道其行為違反法律；當獲知該事件時，才知道自己也被人蒙蔽，也是被其朋友利用的受害人。

19.經全面觀察嫌犯的活動後，上訴人沒有取得任何利益，被第一嫌犯有預謀地利用。上訴人只不過是一隻棋子，跌落第一嫌犯引導的陷阱中，因此上訴人的參與行為並不損害澳門特別行政區刑事法律的法益，即使損害也非常輕微，體現為較低的不法程度。

20.此外，上訴人行為良好，有正當職業，是家庭的經濟支柱，須要負擔兩名未成年兒子。

21.在此情況，根據澳門《刑法典》第 64 條的規定，在選擇刑罰時，應對上訴人科處非剝奪自由的刑罰，換句話說，就是應對上訴人科處罰金。

請求本上訴理由成立，釋放上訴人並對其科處罰金。

檢察院對上訴作出答覆，提起如下的結論：

1.在審判聽證中調查的證據因為沒有被聲請而不成為文件的標的。

2.沒有證據的文件，因此只可以指出被視為證實的事實之間的矛盾，而不可以指出被視為證實的事實與那些上訴人認為應被視為證實的事實之間的矛盾；

3.因此，闡述被視為證實、來自偵查階段或在審判聽證中調查而不是在相關記錄中有存檔的證言的事實不是正當的，因為接納上訴的法院被禁止對該等事實進行審議。

4.合議庭裁判並沒有沾有被視為證實的事實事宜不足以作出該裁判的瑕疵。

5.被視為證實的事實包含了構成故意詐騙罪的各項主觀及客觀元素。

6.被科處的刑罰看來是公正及衡平的。

7.基於一般預防的原因，面對這類罪行在本澳頻繁發生，導致法院正確地採取剝奪自由的刑罰，即使給予暫緩執行亦然。

8.因此，裁判書沒有沾有嫌犯對其指出的各項瑕疵。

9.因此，應裁定上訴理由不成立，並確認被上訴的合議庭裁判。

在本審級中，助理檢察長提交意見書，其內容轉錄如下：

『嫌犯不服合議庭裁判對其以觸犯一項澳門《刑法典》第 211 條第 3 款所規定及處罰之詐騙罪所作的判刑提起上訴，指責該裁判沾有澳門《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 及 b 項所指的各項瑕疵，以及指責違反澳門《刑法典》第 64 條的規定。』

檢察院司法官就對上訴理由闡述所作的答覆中明確表述上訴人沒有道理，這立場我們完全認同。

就被證實的事實事宜不足以作出該裁決方面，上訴人指稱關於第一嫌犯把一隻襯有鑽石的戒指交給上訴人視為被證實的事實，與卷宗中所載的文件及該嫌犯在偵查階段所作的聲明之間存在

矛盾，因此應該得出的結論是該戒指不屬於「G店」，而屬於該嫌犯，以及現上訴人並不知道該戒指是該嫌犯非法取得的物品。

根據這理據，顯然並不證實在卷宗中存在被證實的事實事宜不足以作出該裁判的瑕疵。

一如所知，澳門法院的司法見解一直認為：「對一項適當的法律決定而言，在查找必須之事實事宜上存在遺漏或因為已認定之事實事宜妨礙法律決定又或因為沒有這一已認定之事實事宜，就不可能達致所作出的法律結果時，對已作出之決定來講，已認定之事實事宜就呈現出不足、不全面了，這樣就出現已認定之事實事宜不足以支持決定的瑕疵」。

值得注意的是，上訴人本人並沒有在其上訴理由闡述中指出被視為不足以對其以觸犯詐騙罪而科處刑罰的事實事宜，僅質疑原審法院對事實事宜形成的心證。

相反，可以認為上訴人提出這些理據是擬指出在審查證據方面存在明顯錯誤的瑕疵。

即使如此，上訴人也是沒有道理的。

上訴人認為原審法院在把詐騙罪的客觀元素視為證實時犯錯，斷言戒指是屬於第一嫌犯是確實無誤的，他沒有意圖對押店故意作出詐騙，也沒有為自己及為該嫌犯取得不正當得利。

然而，這並不是法院的心證，該心證是根據對上訴人本身作出的聲明、受害人、警方及上訴人提出的證人所作出的證言以及卷宗所載的文件作出整體的分析。

刑事訴訟程序所生效的自由評價證據原則由澳門《刑事訴訟法典》第 114 條規範，賦予法院審議和分析在聽證中調查的所有證據（澳門《刑事訴訟法典》第 336 條）。

不得不指出，第一嫌犯在調查中作出的聲明如果沒有在聽證中出示或宣讀是不可以用作形成原審法院的心證的，因此其指稱是無效的。

在現被上訴的合議庭裁判中，原審法院指出了作為形成其心證的證據，既看不到（更不用說是清楚）在已經被證實及不被證實的東西與確實被證實及不被證實的東西之間存在不一致性，也看不到有違反經驗法則或違反限定證據的規則，或職業準則。

因此，應裁定上訴人提出的理據理由不成立。

關於所謂的在理由說明方面的不可補正的矛盾，上訴人特意指出兩個其認為有明顯矛盾的事實。

一方面認為被證實的是第一嫌犯把上述戒指交予現上訴人時，曾向後者告知該戒指是屬於一名顧客所有，而在另一方面，又認為不被證實的是上訴人知道該戒指是由該嫌犯透過非法手段取得。

除了應有的尊重外，我們看不到在哪裏以及任何可以指出存在所謂的兩種事實之間的矛盾，因為戒指屬於他人並不必然表示該戒指是第一嫌犯非法取得。

上訴人是沒有道理的。

從被視為證實的事實事宜出發，上訴人在認為其作出的行為是基於疏忽及沒有意圖去欺騙他人而不應被處罰時，顯然是有錯。

就疏忽作出行為方面，法院的心證並不是如此。

從被證實的事實載明，在典當該戒指時是知道該戒指是屬於「G店」的一名顧客的，上訴人自稱是該戒指的所有人，以詭計欺騙押店，並導致其有所損失。

因此清楚揭示出上訴人的故意行為。

最後，上訴人引用澳門《刑法典》第 64 條的規定擬判處罰金刑。

事實上，如涉及是選擇性的刑罰，一如本案，法律要求法院須先選罰金。然而，這是一個附帶條件的優先選擇，因為選擇罰金只有當「罰金可適當及足以實現處罰之目的」時才進行（澳門《刑法典》第 64 條）。

此外，澳門《刑法典》第 40 條第 1 款規定：「科處刑罰及保安處分旨在保護法益及使行為人重新納入社會」。

上訴人為了自己，指出沒有為自己取得任何財產利益，之前有良好的行為及有專業工作。

即使考慮了所有這些元素，我們不認為罰金可適當及足以實現處罰之目的，尤其對法益保護。

我們必須考慮上訴人的不認罪，其所作罪行的性質及嚴重性，該罪行對社會安寧及他人的財

產造成極負面的影響以及該罪行應受到的譴責等因素。

因此，我們認為對上訴人科處徒刑而不是罰金，原審法院正確選擇刑罰，並沒有違反上訴人所指的任何規範。

綜上所述，我們認為應裁定本上訴理由不成立。」

現須進行審理。

各助審法官的法定檢閱已收集。

在事實事宜中以下事實被視為確鑿：

—— 於 1995 年 11 月至 1998 年 2 月期間，第一嫌犯在位於[地址(1)]之「G 店」工作，擔任經理一職。

—— 在 1997 年 4 月至 1998 年 2 月 23 日期間，第一嫌犯藉其工作之便，乘人不發覺時，在未經上述金店店主 D 的同意下，將屬於上述金店的以下物品取去：

- 4 隻黃金襯鑽石手鐲，共值澳門幣 23,983 元；
- 49 隻金屬襯有鑽石戒指，共值澳門幣 353,510 元；
- 7 對黃金襯鑽石耳環，共值澳門幣 34,247 元；
- 1 隻黃金襯綠石戒指，共值澳門幣 753 元；
- 1 個玉墜，價值澳門幣 640 元；
- 2 條黃金項鍊，共值澳門幣 918 元；
- 1 個黃金襯鑽石墜，價值澳門幣 852 元；
- 2 條黃金項鍊，共值澳門幣 5,780 元；及
- 1 個黃金墜，價值澳門幣 503 元。

—— 上述物品總值共澳門幣 421,186 元。

—— 第一嫌犯將上述物品中的其中一隻銀色襯有鑽石的戒指交給第三嫌犯，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拿去典當，並承諾會儘快將之贖回，交還有關客人。

—— 於 1997 年 11 月 10 日，第三嫌犯以港幣 4 萬元將該戒指典當給 E 押店。

—— 隨後，第三嫌犯將上述港幣 4 萬元交給第一嫌犯。

—— 另外，第一嫌犯將上述的其餘物品交給在 Q 押店工作之第二嫌犯。

—— 第二嫌犯以澳門幣 18 萬元典當了該些物品。

—— 第一嫌犯明知上述物品屬他人所有，仍藉其職務之便將之取去，並據為己有。

—— 其行為意圖侵犯他人的所有權。

—— 為第一嫌犯不當得利，第三嫌犯明知第一嫌犯交來的戒指屬於上述金店的一名客人，仍將之拿到有關押店典當，向該押店職員聲稱上述物件屬其本人所有，以該詭計欺騙有關押店職員，而使該押店的財產有所損失。

—— 第一嫌犯及第二嫌犯為不當得利，明知上述有關財物是第一嫌犯不法取得，他們仍然將該些財物移轉，換取金錢。

—— 上述三名嫌犯均自由、自願及有意識地實施上述行為，且深知其行為被法律所不容及制裁。

—— 嫌犯 B 為卡拉 OK 經理，月薪為人民幣 3,500 元。

—— 嫌犯已婚，需供養三名兒子。

—— 嫌犯在審判聽證中對被歸責的事實保持沉默，為初犯。

—— 嫌犯 C 為 XXX 股份有限公司保安員，月薪為澳門幣 7,000 元。

—— 嫌犯已婚，需供養兩名兒子。

—— 嫌犯不承認有關事實，為初犯。

—— 受害人 D 及 E 押店聲稱希望所受到的損失得到賠償。

未經證明之事實：控訴書的其餘事實，具體如下：

—— 第二嫌犯將該澳門幣 18 萬元交給第一嫌犯。

—— 第三嫌犯在移轉有關財物時，明知該財物是第一嫌犯不法取得。

現審理如下。

嫌犯／現上訴人首先質疑被上訴的合議庭裁判犯有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 及 b 項所指的各項瑕疵。

關於此部分，助理檢察長在其意見書中明確表示認同檢察院的意見，在審議該問題上，上訴人是沒有道理的，對此無須贅言，應裁定瑕疵的陳述理由不成立。

然而，根據上訴人陳述所指，尤其關於事實事宜不足以支持作出該裁決的陳述，根本上是旨在指出在卷宗中不能證實可以得出以指控罪行對上訴人科處刑罰的全部事實。

這是一條法律問題，或者是事實的法律定性的問題，並不是事實事宜的問題。

上訴人被判觸犯一項《刑法典》第 211 條第 3 款結合第 196 條 a 項所規定及處罰之詐騙罪（有關金額被考慮為相當巨額）。

《刑法典》第 211 條規定：

「一、意圖為自己或第三人不正當得利，以詭計使人在某些事實方面產生錯誤或受欺騙，而令該人作出造成其本人或另一人之財產有所損失之行為者，處最高三年徒刑或科罰金。

二、犯罪未遂，處罰之。

三、如因詐騙而造成之財產損失屬巨額，行為人處最高五年徒刑，或科最高六百日罰金。

四、如屬下列情況，則處二年至十年徒刑：

a) 財產損失屬相當巨額者；

b) 行為人以詐騙為生活方式；或

c) 受損失之人在經濟上陷於困境。」

除了其他競合元素外，詐騙罪在罪狀方面構成的元素如下：

(1) 透過詭計使人就事實產生錯誤或受欺騙；

(2) 使得他人作出對本人或第三人財產有所損失的行為 — (客觀元素)；

(3) 目的是為自己或第三人取得不正當得利 (主觀元素)。

獲證實的是：

「第一嫌犯將上述物品中的其中一隻銀色襯有鑽石的戒指交給第三嫌犯，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拿去典當，並承諾會儘快將之贖回，交還有關客人。

—— 於 1997 年 11 月 10 日，第三嫌犯以港幣 4 萬元將該戒指典當給 E 押店。

—— 隨後，第三嫌犯將上述港幣 4 萬元交給第一嫌犯。」

雖然在事實事宜方面，法院認定：「為第一嫌犯不當得利，第三嫌犯明知第一嫌犯交來的戒指屬於上述金店的一名客人，仍將之拿到有關押店典當，向該押店職員聲稱上述物件屬其本人所有，以該詭計欺騙有關押店職員，而使該押店的財產有所損失」，這是一結論性的事實，或是純粹的事實結論，沒有其他具體事實支持，尤其可以支持把事實納入被控罪行中，其本身並不可以構成事實的法律定性。

因此，單憑第三嫌犯將該戒指典當給押店這一單純的事實，不但欠缺具體事實，而且基於開釋上訴人觸犯澳門《刑法典》第 227 條第 1 款所規定及處罰之贓物罪的事實，不能證實存在詐騙罪的構成要素，尤其透過詭計使人就事實產生錯誤或受欺騙，從而使得他人作出對本人或第三人財產有所損失的行為。

繼而，基於欠缺該等主要元素，同樣也不能證實存在取得不正當得利的意圖（本案中指的是為了第三人）。

基於此，應裁定嫌犯／現上訴人被控的加重詐騙罪罪名不成立。

本裁決並不適用作為非上訴人的各嫌犯，因為他們所處的情況不同。

綜上所述，本中級法院合議庭裁定上訴理由成立，上訴人的加重詐騙罪罪名不成立。

無訴訟費用，上訴人的辯護人的服務費定為澳門幣 1,500 元，由終審法院院長辦公室支付。

Processo Penal n.º 170/2005 Declaração de voto vencido

Votei vencido por não poder acompanhar a posição assumida no acórdão antecedente, nos seguintes termos:

Tendo o recorrente C invocado na sua petição de recurso como fundamento a existência da contradição insanável da fundamentação, alegando, por um lado, que se dá como provado o seguinte facto:

“...O 1.º arguido entregou ao 3.º arguido (ora recorrente) 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...”.

Porém, dá-se por outro lado como não provado o seguinte facto: “...O 3.º arguido (ora recorrente), ao transferir os referidos bens, sabia bem que estes foram ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido...”.

Quanto ao conceito da “contradição insanável da fundamentação”, a doutrina e jurisprudência pacífica tem entendido que uma das situações que pode constituir tal vício consiste na incompatibilidade entre os factos dados como provados e os não provados.

Com efeito, como é referido nos factos provados, o recorrente foi informado pelo 1.º arguido de que o aludido anel para ser empenhado era de cliente da ourivesaria onde o arguido trabalhava e este alegou ainda necessitar com urgência de dinheiro, ademais, dos autos não resultou que o 1.º arguido actuou a pedido do dono de tal anel com diamante ou pelo menos sob o consentimento deste, com tal facto podemos chegar, sem margem para dúvidas, a uma presunção judicial de que o arguido ora recorrente, ao empenhar o anel, sabia bem que este bem foi ilegalmente adquirido pelo 1.º arguido.

Segundo as regras de experiência e senso comum, um homem médio não pode deixar de saber que se trata de crime contra bens patrimoniais alheios quando alguém empenhar uma coisa sem o consentimento do respectivo dono, sendo por isso um acto ilegal.

Porém, a decisão recorrida consignou na parte da fundamentação o seguinte como facto não provado: “...O 3.º arguido (ora recorrente), ao transferir os referidos bens, sabia bem que estes foram ilegalmente adquiridos pelo 1.º arguido...”!

Já que o 1.º arguido disse ao recorrente que o aludido anel era de cliente da ourivesaria, razão pela qual o recorrente não podia dizer que não sabia haver por parte do 1.º arguido o desvio de coisa alheia ou subtração da mesma através do abuso de confiança para a empenhar em troca de dinheiro.

Não obstante, resulta dos factos provados que o aludido anel é da pertença da ourivesaria e não como o descrito pelo 1.º arguido que é de cliente da mesma loja, tendo ambas as situações dotado do objecto do crime contra os bens patrimoniais alheios e sendo da mesma espécie, razão pela qual não nos parece que tem qualquer importância a divergência dos elementos cognitivos do recorrente (coisa da ourivesaria ou do cliente) quanto à constituição do crime.

De facto, o erro existente nos elementos cognitivos do dolo do recorrente reside apenas na divergência entre a coisa da ourivesaria e a do cliente, mas ambas são coisas alheias, assim sendo, existe mesmo a divergência dos elementos cognitivos, os bens jurídicos que este objecto (objecto erradamente conhecido pelo autor e o objecto efectivamente ofendido) põe em causa não têm efectivamente qualquer diferença, razão pela qual, o erro sobre o objecto (“*error in persona vel objecto*”) consagrado na teoria geral do direito penal não impede a afirmação do dolo do recorrente quanto à prática do crime de burla.

Ademais, não posso acompanhar o argumento de que o presente Colectivo veio absolver o ora recorrente do crime de burla que foi condenado pela 1.ª instância devido a um dos fundamentos de o recorrente ter sido absolvido do crime de receptação pela 1.ª instância.

Na realidade, sendo contraditório o acórdão proferido pela 1.ª instância ao absolver o ora recorrente do crime de receptação (sendo como facto acusado o recebimento da coisa alheia retirada pelo 1.º arguido) e depois veio condenar o mesmo pela prática do crime de burla (empenhou a coisa alheia retirada pelo 1.º arguido e causando prejuízo à casa de penhor), o que não implica que seja necessariamente correcta a qualificação jurídica (considera-se que o acto de recebimento da coisa alheia retirada pelo 1.º arguido não constitui o crime de receptação) levada a cabo pelo tribunal *a quo* quanto aos factos provados, e esteja sujeita à decisão proferida pelo tribunal *ad quem* quanto ao crime de burla.

Não deve o tribunal *ad quem* modificar para condenar o recorrente pela prática do crime de receptação, essencialmente por causa de ter interposto recurso apenas o réu condenado pela 1.^a instância e não pelo Ministério Público, ao abrigo do princípio da proibição de *reformatio in pejus* previsto no artigo 399.º do Código de Processo Penal, o tribunal *ad quem* não pode modificar a condenação para uma consequência jurídica ainda mais desfavorável para o recorrente.

Contudo, a proibição de tal modificação não implica que o tribunal *ad quem*, ao conhecer do crime de burla impugnado pelo recorrente, não pode proferir uma decisão incompatível com a decisão no que diz respeito à absolvição do crime de receptação.

Ao conhecer dos factos praticados pelo recorrente para verificar se estes constituem o crime de burla, o tribunal *ad quem* só está sujeito à questão de facto consignada pela 1.^a instância, mas já não à questão de direito do crime de receptação consignada pela 1.^a instância.

Pelo exposto, entendo que o acórdão condenatório proferido pela 1.^a instância padece da “contradição insanável da fundamentação” prevista no artigo 400º nº 2 al. b) do Código de Processo Penal, motivo pelo qual se deve anular, nos termos do artigo 418º nº 1 do mesmo Código, o acórdão condenatório no que diz respeito ao crime de burla praticado pelo recorrente, bem como a respectiva condenação e ordenar o reenvio dos autos à 1.^a Instância para a realização de um novo julgamento desta parte viciada.

Aos 30 de Março de 2006.

O juiz adjunto,
Lai Kin Hong