

Assuntos:

- burla como modo de vida
- desistência da queixa juridicamente relevante
- aplicação analógica do art.º 198.º, n.º 4, do Código Penal

S U M Á R I O

1. A desistência da queixa por parte de alguma pessoa burlada nunca tem a virtude de afastar, por si só, a possibilidade legal de se subsumir a conduta de burla no tipo legal de burla como modo de vida, nos termos previstos pelo art.º 211.º, n.º 4, alínea b), do Código Penal de Macau, pois tudo depende da formulação do juízo de valor no respeitante à verificação, ou não, da circunstância de “o agente fazer da burla modo de vida”.

2. Portanto, se o arguido já se encontra acusado pela prática de burla como modo de vida, não se deve declarar *a priori* extinto o procedimento criminal apenas em face da desistência da queixa.

3. A afirmação do ofendido no sentido de que se fosse indemnizado desistiria do procedimento criminal contra o arguido, não pode, dada a condição aí contida, equivaler a uma desistência da queixa propriamente dita e juridicamente relevante.

4. É aplicável, por analogia em favor do agente, a norma do n.º 4 do art.º 198.º do Código Penal, para desactivar a circunstância qualificativa da alínea b) do n.º 4 do art.º 211.º do mesmo Código.

O relator,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 485/2007

(Recurso penal)

Recorrente: A (XXX)

Tribunal a quo: 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

I. Inconformado com o acórdão proferido nos autos de processo comum colectivo n.º CR2-06-0010-PCC do 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base, que o tinha condenado na pena de um ano de prisão para cada um dos 29 crimes consumados, em co-autoria material, de burla como modo de vida, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 4, alínea b), 221.º, 201.º e 67.º do Código Penal de Macau (CP), e, portanto, em cúmulo jurídico dessas 29 penas parcelares, na pena única de três anos de prisão efectiva, bem como em indemnizações pecuniárias a diversos ofendidos, com juro legal desde o trânsito em julgado da decisão condenatória até integral e efectivo

pagamento (cfr. o teor desse acórdão, a fls. 836 a 860v dos presentes autos correspondentes), veio o arguido **A** (XXX) assim julgado recorrer ordinariamente para este Tribunal de Segunda Instância, tendo concluído a motivação de recurso e nela peticionado nos seguintes termos essenciais (cfr. o teor de fls. 896 a 915 dos autos):

- como os ofendidos n.ºs 3, 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26 e 27 já declararam a desistência da sua queixa, e a desistência não teve oposição do próprio arguido conforme o que resultou da audiência de discussão e julgamento, deveria ter sido declarado extinto, nessa parte, o procedimento criminal;

- e mesmo que assim não se entendesse, ele deveria ter sido absolvido dos 11 dos 29 crimes por que vinha condenado, visto que como os correspondentes ofendidos n.ºs 1, 3, 6, 7, 8, 9, 17, 19, 22, 23 e 27 foram apenas burlados cada um em MOP\$500,00, então, por força da aplicação analógica da norma do art.º 198.º, n.º 4, do CP, não deveria haver lugar a qualificação desses 11 crimes de burla através da circunstância de “modo de vida”;

- e fosse como fosse, seria de atenuar-lhe especialmente outra vez a pena, bem como suspender-lhe a execução da pena de prisão;

- por outra banda, os ofendidos n.ºs 8, 10, 12 e 20 não deveriam ter constado do rol dos ofendidos a indemnizar, posto que esses quatro, em audiência de discussão e julgamento, manifestaram interesse em receber indemnização só no caso de o arguido lhes poder pagar.

Ao recurso, respondeu o Digno Representante do Ministério Público junto do Tribunal *a quo* no sentido de provimento do recurso apenas na parte em que se pedia a suspensão da pena (a fls. 917 a 924).

Subido o recurso para esta Segunda Instância, a Digna Procuradora-Adjunta emitiu duto parecer (a fls. 931 a 933), afirmando deverem, em primeiro lugar, os 29 crimes de burla como modo de vida por que vinha condenado o arguido ser convolados para apenas 11 crimes de burla simples (atento o valor diminuto neles envolvido, que implicaria, por aplicação analógica do n.º 4 do art.º 198.º do CP, a não aplicação da qualificação de “modo de vida”) e, depois, dever o arguido absolvido dos 9 desses 11 crimes convolados, por desistência de queixa por parte dos respectivos 9 ofendidos, para além de não se opor à suspensão da pena do arguido.

Feito o exame preliminar e corridos os vistos, procedeu-se à audiência de julgamento.

Cumpra, pois, decidir.

II. Para o efeito, é de dar por aqui totalmente reproduzida, para todos os efeitos legais, a fundamentação fáctica do acórdão recorrido (ora constante de fls. 842 a 857v dos autos), como ponto de partida para a análise das questões postas no recurso, de cariz eminentemente jurídico.

Outrossim, nos autos existem os seguintes ofendidos:

- 1) Sr.^a **B** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 2) Sr.^a **C** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 3) Sr. **D** (XXX), burlado em MOP\$500,00 (o qual disse na audiência de julgamento na Primeira Instância que se fosse indemnizado desistiria do procedimento criminal contra o arguido – cfr. fl. 827);
- 4) Sr.^a **E** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 5) Sr.^a **F** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 6) Sr.^a **G** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 7) Sr.^a **H** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 8) Sr.^a **I** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 9) Sr.^a **J** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 10) Sr. **K** (XXX), burlado em MOP\$1.000,00;
- 11) Sr.^a **L** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 12) Sr.^a **M** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 13) Sr.^a **N** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 14) Sr.^a **O**(XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 15) Sr.^a **P** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 16) Sr. **Q** (XXX), burlado em MOP\$1.000,00;
- 17) Sr.^a **R** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 18) Sr.^a **S** (XXX), burlada em MOP\$500,00;
- 19) Sr.^a **T** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 20) Sr.^a **U** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 21) Sr. **V** (XXX), burlado em MOP\$1.000,00;
- 22) Sr. **W** (XXX), burlado em MOP\$500,00;
- 23) Sr.^a **X** (XXX), burlada em MOP\$500,00;

- 24) Sr. **Y** (XXX), burlado em MOP\$1.000,00;
- 25) Sr.^a **Z** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00;
- 26) Sr.^a **Aa** (XXX), burlada em MOP\$1.000,00 (a qual disse na audiência de julgamento na Primeira Instância que se fosse indemnizada desistiria do procedimento criminal contra o arguido – cfr. fl. 829);
- 27) Sr. **Bb** (XXX), burlado em MOP\$500,00;
- 28) Sr. **Cc** (XXX), burlado em MOP\$2.000,00;
- e 29) Sr. **Dd** (XXX), burlado em MOP\$1.000,00.

III. Ora, a nível de direito, e desde logo quanto à primeira questão posta pelo arguido, é de frisar que, mesmo em tese abstracta falando, a desistência da queixa por parte de alguma pessoa burlada nunca tem a virtude de afastar, por si só, a possibilidade legal de se subsumir a conduta de burla no tipo legal de burla como modo de vida, nos termos previstos pelo art.º 211.º, n.º 4, alínea b), do CP, pois tudo depende da formulação do juízo de valor no respeitante à verificação, ou não, da circunstância de “o agente fazer da burla modo de vida”, pelo que se o arguido já se encontra acusado pela prática de burla como modo de vida, não se deve declarar *a priori* extinto o procedimento criminal apenas em face da desistência da queixa, razão porque há-de cair por terra o primeiro fundamento do recurso *sub judice*, sendo de observar que – e algo diversamente do afirmado quer pelo arguido na motivação de recurso quer pelo próprio Tribunal *a quo* no texto do acórdão ora recorrido – do exame dos autos só resulta a constatação efectiva de 18 desistências de queixa, por parte, portanto, dos ofendidos n.ºs

4, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25 e 27, e já não também por parte dos ofendidos n.º 3 e 26 (Sr. **D** e Sr.^a **Aa**), porque estes dois só se limitaram a dizer que se fossem indemnizados desistiriam do procedimento criminal contra o arguido (cfr. o teor da acta de audiência de fls. 827 e 829), afirmação essa que dada a condição aí contida, não pode equivaler a uma desistência incondicional da queixa propriamente dita e juridicamente relevante.

E agora no tangente à segunda questão jurídica posta no recurso, já assiste razão ao recorrente, porquanto se afigura aplicável *in casu*, por analogia em favor do agente, a norma do n.º 4 do art.º 198.º do CP, para desactivar a circunstância qualificativa da alínea b) do n.º 4 do art.º 211.º do mesmo Código (neste sentido, cfr. a anotação de **A. M. ALMEIDA COSTA** ao preceito homólogo na legislação penal substantiva de Portugal, *in COMENTÁRIO CONIMBRICENSE DO CÓDIGO PENAL, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pág. 312, último parágrafo).

Deste modo, como segundo a matéria fáctica já dada como provada na Primeira Instância os ofendidos n.º 1 (Sr.^a **B**), n.º 3 (Sr. **D**), n.º 6 (Sr.^a **G**), n.º 7 (Sr.^a **H**), n.º 8 (Sr.^a **I**), n.º 9 (Sr.^a **J**), n.º 17 (Sr.^a **R**), n.º 18 (Sr.^a **S**), n.º 22 (Sr. **W**), n.º 23 (Sr.^a **X**) e n.º 27 (Sr. **Bb**) foram burlados somente em MOP\$500,00, valor este legalmente considerado pela alínea c) do art.º 196.º do CP como de valor diminuto, os correspondentes imputados 11 crimes de burla como modo de vida deveriam ter sido convolados desde logo para 11 crimes imputados de burla simples, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 1, 221.º, 201.º e 67.º do CP, e como oito desses ofendidos (i.e., os ofendidos n.ºs 6, 7,

8, 17, 18, 22, 23 e 27) acabaram por ter desistido da queixa (cfr. os elementos constantes dos autos), dever-se-ia, ante a não oposição do arguido, ter declarado extinto o procedimento criminal respeitante à burla simples cometida contra esses oito, e assim ter passado a condenar o arguido ora recorrente pela prática de três crimes de burla simples (contra a ofendida n.º 1 **B**, o ofendido n.º 3 **D**, e a ofendida n.º 9 **J**), p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 1, 221.º, 201.º e 67.º do CP, enquanto perante a mesma matéria de facto provada, já se deveria condenar, tal como aconteceu efectivamente na Primeira Instância, o arguido pelo cometimento de 18 crimes consumados de burla como modo de vida, contra os ofendidos n.ºs 2, 4, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 28 e 29 já acima identificados.

E agora no tangente à defendida atenuação especial da pena para além da já atenuação legal prevista nos art.ºs 221.º, 201.º e 67.º do CP, é de responder ao arguido que *in casu* não se mostra juridicamente plausível essa pretensão de nova atenuação especial, posto que em face sobretudo do número elevado de ofendidos burlados e do facto de o arguido ter cometido os crimes de burla em co-autoria com outros três indivíduos, há, pelo menos, necessidade da pena nos seus termos habituais (cfr. o critério material de aferição da viabilidade de atenuação especial da pena gizado no art.º 66.º, n.º 1, do CP), independentemente da verificação de demais circunstâncias eventualmente em favor do arguido, e não obstante o devido provimento do seu recurso na parte atinente à rogada suspensão da execução da pena, nos termos aliás já vistos pelo Ministério Público.

Assim sendo, mantendo-se intacta a pena parcelar de um ano de prisão já achada pelo Tribunal *a quo* para o crime de burla como modo de vida (com aplicação, aí já decidida, dos art.ºs 221.º, 201.º e 67.º do CP), por essa doseimetria penal não poder ser mais leve vistas todas as circunstâncias fácticas já apuradas na Primeira Instância, há que passar a condenar o arguido:

- na pena de um ano de prisão por cada um dos subsistentes 18 crimes consumados de burla como modo de vida, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 4, alínea b), 221.º, 201.º e 67.º do CP, cometidos em co-autoria material contra os ofendidos n.ºs 2, 4, 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 28 e 29 já acima identificados;

- na pena de quatro meses de prisão por cada um dos três crimes consumados de burla simples, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 1, 221.º, 201.º e 67.º do CP (dentro da moldura penal, já especialmente atenuada, de um mês a dois anos de prisão, não sendo, pois, de aplicar a pena de multa em detrimento da pena de prisão, por se afigurar que a multa não consiga realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, atentas as circunstâncias fácticas apuradas na Primeira Instância), cometidos em co-autoria material contra os ofendidos n.ºs 1, 3 e 9 supra identificados;

- e em cúmulo jurídico dessas 21 penas parcelares, na pena única de dois anos de prisão, achada nos termos do art.º 71.º, n.ºs 1 e 2, do CP, a ser suspensa, nos termos permitidos pelos art.ºs 48.º e 49.º, n.º 1, alínea a), do CP, na sua execução por quatro anos, com condição de satisfação total, dentro de três meses, de todas as quantias indemnizatórias (com juros legais) já arbitradas oficiosamente pela Primeira Instância a favor dos ofendidos n.º

1 (Sr.^a **B**, em MOP\$500,00), n.º 3 (Sr. **D**, em MOP\$500,00), n.º 8 (Sr.^a **I**, em MOP\$500,00), n.º 9 (Sr.^a **J**, em MOP\$500,00), n.º 10 (Sr. **K**, em MOP\$1.000,00), n.º 12 (Sr.^a **M**, em MOP\$1.000,00), n.º 19 (Sr.^a **T**, em MOP\$1.000,00), n.º 20 (Sr.^a **U**, em MOP\$1.000,00), n.º 21 (Sr. **V**, em MOP\$1.000,00), n.º 22 (Sr. **W**, em MOP\$500,00), n.º 23 (Sr.^a **X**, em MOP\$500,00), n.º 25 (Sr.^a **Z**, em MOP\$1.000,00), n.º 26 (Sr.^a **Aa**, em MOP\$1.000,00) e n.º 29 (Sr. **Dd**, em MOP\$1.000,00), sendo certo que a respeito da última das questões postas no recurso, não assiste nenhuma razão ao arguido, porquanto dos autos já resultaram efectivamente reunidos todos os requisitos legais exigidos no n.º 1 do art.º 74.º do Código de Processo Penal de Macau para efeitos de arbitramento officioso de reparação a favor inclusivamente dos ofendidos n.ºs 8, 10, 12 e 20 acima identificados, até porque estes quatro ofendidos nunca chegaram a declarar ao Tribunal *a quo* a oposição deles à atribuição officiosa de indemnização, não se podendo, pois, considerar qualquer eventual afirmação deles de que iriam receber indemnização só no caso de o arguido lhas poder pagar como sendo equivalente à oposição ao arbitramento da indemnização.

IV. Dest'arte, acordam em conceder parcial provimento ao recurso do arguido A, e, por conseguinte:

– convolam os inicialmente imputados 11 crimes de burla como modo de vida contra os ofendidos (n.º 1) Sr.^a **B**, (n.º 3) Sr. **D**, (n.º 6) Sr.^a **G**, (n.º 7) Sr.^a **H**, (n.º 8) Sr.^a **I**, (n.º 9) Sr.^a **J**, (n.º 17) Sr.^a **R**, (n.º 18) Sr.^a **S**, (n.º 22) Sr. **W**, (n.º 23) Sr.^a **X** e (n.º 27) Sr. **Bb**, para 11 crimes imputados de burla

simples contra os mesmos, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 1, 221.º, 201.º e 67.º do CP;

– mas declaram extinto, por desistência da queixa dos ofendidos n.ºs 6, 7, 8, 17, 18, 22, 23 e 27, o procedimento criminal a respeito dos oito desses 11 crimes de burla simples;

– **condenam o arguido na pena de quatro meses de prisão por cada um dos três crimes de burla simples cometidos em co-autoria material contra os ofendidos (n.º 1) Sr.ª B, (n.º 3) Sr. D e (n.º 9) Sr.ª J, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 1, 221.º, 201.º e 67.º do Código Penal de Macau;**

– **mantêm a condenação do arguido na pena de um ano de prisão por cada um dos subsistentes 18 crimes consumados de burla como modo de vida, p. e p. pelos art.ºs 211.º, n.º 4, alínea b), 221.º, 201.º e 67.º do Código Penal, praticados em co-autoria material contra os ofendidos (n.º 2) Sr.ª C, (n.º 4) Sr.ª E, (n.º 5) Sr.ª F, (n.º 10) Sr. K, (n.º 11) Sr.ª L, (n.º 12) Sr.ª M, (n.º 13) Sr.ª N, (n.º 14) Sr.ª Li Wai I, (n.º 15) Sr.ª P, (n.º 16) Sr. Q, (n.º 19) Sr.ª T, (n.º 20) Sr.ª U, (n.º 21) Sr. V, (n.º 24) Sr. Y, (n.º 25) Sr.ª Z, (n.º 26) Sr.ª Aa, (n.º 28) Sr. Cc e (n.º 29) Sr. Dd;**

– **e condenam o arguido, em cúmulo jurídico dessas 21 penas parcelares, na pena única de dois anos de prisão, suspensa na sua execução por quatro anos, com condição de satisfação total, dentro de três meses, de todas as quantias indemnizatórias com juros legais já arbitradas oficiosamente pela Primeira Instância a favor dos ofendidos Sr.ª B (em MOP\$500,00), Sr. D (em MOP\$500,00), Sr.ª I (em MOP\$500,00), Sr.ª J (em MOP\$500,00), Sr. K (em MOP\$1.000,00), Sr.ª M**

(em MOP\$1.000,00), Sr.^a **T** (em MOP\$1.000,00), Sr.^a **U** (em MOP\$1.000,00), Sr. **V** (em MOP\$1.000,00), Sr. **W** (em MOP\$500,00), Sr.^a **X** (em MOP\$500,00), Sr.^a **Z** (em MOP\$1.000,00), Sr.^a **Aa** (em MOP\$1.000,00) e Sr. **Dd** (em MOP\$1.000,00).

Pagará o arguido as custas do recurso na parte que decaiu, com doze UC de taxa de justiça correspondente.

Macau, 22 de Outubro de 2009.

Chan Kuong Seng
(Relator)

Lai Kin Hong
(Segundo Juiz-Adjunto)

José Maria Dias Azedo
(Primeiro Juiz-Adjunto)

(Vencido, segue declaração)

Declaração de voto

Sob a epígrafe “furto qualificado”, prescreve o art. 198º, n.º 4 do C.P.M. que “não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de valor diminuto”, ou seja, o que “não excede MOP\$500,00”; (art. 196º, al. c)).

Considerando o valor diminuto do prejuízo em 11 dos crimes de “burla” qualificados pelo arguido cometidos – por se ter provado que fazia da burla modo de vida; art. 211º, n.º 4, al. b) – entendeu-se que os mesmos deviam ser desqualificados por aplicação analógica do estatuído no referido art. 198º, n.º 4.

Reconhecendo que o assim entendido não colide com a “analogia proibida” prevista no art. 1º, n.º 3, (pois que não deixa de constituir um “regime mais favorável ao arguido”), cremos porém que acertado não é o assim decidido, dado que o recurso à analogia pressupõe uma lacuna, não nos parecendo que, no caso, se possa afirmar no sentido da sua verificação.

Como já observava José Osório – no seu estudo “Integração de Lacunas e Interpretação do Direito” publicado na Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano VII, n.º 3, pág. 159 e segs. – *“entende-se por lacuna em direito um vazio da lei, ou dum sistema de leis na previsão e regulamentação da vida jurídica real e seus casos particulares”*.

Contudo, na identificação de eventuais lacunas não se pode deixar de ter em conta o preceituado no art. 8º, nº 3 do C.C.M., onde se estatui que *“Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”*, justificada nos parecendo assim aqui a afirmação feita no Ac. deste T.S.I. de 30.04.2008, Proc. nº 694/2007, no sentido de que *“Não é qualquer ausência de previsão jurídica que legitima a existência de uma lacuna”*.

No caso, importa atentar que a “desqualificação” ínsita no art. 198º, nº 4 (para o crime de “furto”) encontra-se expressamente prevista para idêntica situação no crime de “roubo (qualificado)” – cfr., art. 204º, nº 2, al. b) – “dano qualificado” – cfr., art. 207º, nº 3 – e “cheque sem provisão” – art. 214º nº 3 – nada constando em relação ao crime de “burla”, cuja previsão é feita no art. 211º, a 3 artigos da anteriormente feita para o de “dano”, e a 2 do de “cheque sem provisão”, (para não se falar da relacionada com o crime de “roubo”).

Ora, dizer-se assim que o legislador se olvidou de incluir tal desqualificação no crime de “burla” quando numa sequência de pouco mais de 10 artigos se refere expressamente e várias vezes a tal matéria, (em especial, quando em 3 preceitos antes e 2 depois o fez), é afirmação que, ponderando também na origem do art. 198º, nº 4 – o nº 3 do art. 297º do C.P. português de 1982 – não nos parece razoável, pois que, para além do demais, faz tábua rasa do estatuído no atrás citado art. 8º, nº 3 do C.C.M..

Com efeito, custa-nos a crêr que a desatenção do legislador tenha sido tanta que tenha chegado ao ponto de se olvidar do tratamento de uma situação sobre a qual se debruçou e solucionou de forma expressa diversas vezes, (antes e depois da alegada “omissão”), sendo ainda de notar que, mais adiante, no art. 220º, quanto à necessidade de “queixa” e “acusação(particular)”, não se olvidou do crime de “burla”, estatuidando a aplicação do art. 203º ao mesmo, o que volta a suceder com o art. 221º, onde, sob a epígrafe “restituição ou reparação”, determinou que estas circunstâncias conducentes a uma atenuação especial ou a uma possibilidade de tal atenuação expressamente previstas para o crime de “furto” e “abuso de confiança” eram também aplicáveis ao crime de “burla” aqui em questão.

Nesta conformidade, e não nos parecendo que o legislador não terá cogitado sobre a questão, somos de entender que a não inclusão de norma idêntica ao art. 198º, nº 4 para o crime de “burla” constitui uma opção consciente e deliberada do legislador, e, assim sendo, inexistindo “lacuna”, inadequado se nos mostra a aplicação analógica efectuada no veredicto que antecede, que, por sua vez, levou a que se declarasse extinto o procedimento criminal de 8 dos 11 crimes de burla em causa (por desistência da queixa), assim como à fixação de uma pena que, no mínimo, nos parece excessivamente benevolente.

Macau, aos 22 de Outubro de 2009

José M. Dias Azedo