



UNIVERSIDADE  
LUSÓFONA  
DO PORTO

**JOSÉ ATANÁSIO ALFREDO**

**ALGUMAS QUESTÕES REFERENTES AO TIPO  
LEGAL DA BURLA**

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

**FACULDADE DE DIREITO**

PORTO

2013

**JOSÉ ATANÁSIO ALFREDO**

**ALGUMAS QUESTÕES REFERENTES AO TIPO LEGAL  
DA BURLA**

**Dissertação apresentada na Universidade Lusófona do Porto para obtenção do grau  
de Mestre em Direito na Especialidade de Ciências Jurídico-forenses**

Orientador científico: Professora Doutora Alexandra Esteves Vilela (ULP)

**UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PORTO**

**2013**

## DEDICATÓRIA

*Dedico todo o esforço intelectual, ora, empreendido aos meus finados progenitores: Isabel Cacória de Gouveia Leite Alfredo e João José de Atanásio Alfredo que já se encontram à descansar, em paz, no derradeiro leito dos seres viventes.*

*Glória e paz às suas almas na eternidade.*

## AGRADECIMENTOS

Era altamente improvável que chegasse a este momento da minha vida sem que precisasse adiantar algumas palavras de apreço a certas pessoas, essenciais para que este projecto de vida se tornasse realidade. Assim sendo:

– De uma forma indistinta, pois não seria justo mesurar o *quantum* de dedicação que cada membro da parentela me dedicou, agradeço a toda a minha família pelo amor e carinho que ao longo destes dois anos de curso me devotaram e, também, pela paciência e compreensão que tiveram. Pois que, apesar das longitudes territoriais entre Angola e Portugal, sempre fizeram questão de (com enormes custos) acompanharem-me nesta longa marcha.

– De um modo geral, agradeço aos meus professores do curso de mestrado o zelo e a abnegação que sempre demonstraram para com todos nós os estudantes. Mas, da minha parte, o agradecimento merecerá um relevo especial em beneplácito da Professora Dr.<sup>a</sup> Alexandra Vilela que durante as suas aulas, e sempre a seu jeito, soube cativar o meu interesse pelas matérias das disciplinas que leccionou e, portanto, sobre ela recaiu a minha escolha para orientadora da minha dissertação.

– Porque assim o exige o rigor da justiça, agradeço a todos (reverenciando aqui os meus colegas e amigos) que directa ou indirectamente me impulsionaram a empreender esta importante marcha na minha vida académica.

*A todos o meu mais sincero obrigado.*

## **RESUMO**

O crime de burla é um fenómeno jurídico-criminal cuja actualidade assenta na sua prática corrente e recorrente no seio social. Assim, apreender com maior profundidade a sua construção dogmático-doutrinária, desmistificando os elementos do tipo no seu conjunto, permite não só conhecê-lo melhor, mas também contribuir com propostas para a sua melhoria e este foi um dos objectivos seguidos nesta dissertação. Entretanto, como na praxis forense a tarefa de aferir a qualificação dos casos que configuram este tipo legal incriminatório não parece ser fácil, muito por causa da complexidade jurídica que os elementos normativos de qualificação do tipo acarretam, nesta dissertação também nos propusemos compreender melhor os elementos normativos de qualificação da burla. Por sua vez, também encetámos aqui uma tentativa de compreensão das diferentes modalidades em que este tipo se pode desdobrar e vimos que a ideia segundo a qual este tipo incriminatório se desdobra em três modalidades não é pacífica porque a concepção de que pode, eventualmente, existir uma modalidade de burla por omissão não é partilhada de forma unânime na doutrina portuguesa.

**Palavras-chave:** crime, burla, provocação.

## **ABSTRACT**

Fraud is legal-criminal phenomenon which is presently based on its current and recurrent practice in society. So the deeper awareness of its dogmatic and doctrinal construction, demystifying the elements of its kind as a whole, allows us not only to know it better, but also to contribute with proposals for its resolution and this was one this dissertation's goals. In the mean time, since it doesn't seem to be easy for the forensic praxis to evaluate the cases that constitute this legal type of crime, much due to legal complexity the normative elements of type qualification imply, we also attempted a better understanding of the normative elements of qualification of fraud. Furthermore we also tried to understand the different ways into which this type may be expanded and realized that the idea that this crime type is subdivided into three modalities isn't consensual, since the conception that there may be a modality of fraud by omission isn't shared unanimously within the Portuguese doctrine.

**Keywords:** crime, fraud, provocation.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

art. – Artigo

BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

cit. – Citada

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

ed. – Edição

IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico Europeu

nº – Número

ob. – Obra

pág. – Página

proc. – Processo

RC – Relação de Coimbra

RFDL – Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

RFDULP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto

RL – Relação de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais

séc. – Século

STJ – Supremo tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

## NDICE

Dedicatória.....	2
Agradecimentos.....	3
Resumo.....	4
Absract.....	5
Siglas e abreviaturas.....	6
Índice.....	7
Introdução.....	9
Parte I	
Capítulo I – Considerações gerais sobre o tipo fundamental do delito da burla.....	15
1. O tipo legal incriminatório previsto no art. 217.º do CP.....	15
1.1. O tipo objectivo de ilícito.....	15
1.1.1. O bem jurídico.....	15
1.1.2. A conduta típica.....	19
1.2. O tipo subjectivo de ilícito.....	27
Capítulo II – A complexidade jurídica dos elementos normativos de qualificação da burla para concretizar a qualificação.....	29
2. Considerações gerais sobre a qualificação da burla.....	29
2.1. Os elementos normativos de qualificação.....	30
2.1.1. Valor elevado.....	30
2.1.2. Valor consideravelmente elevado.....	35
2.1.3. Fazer da burla modo de vida.....	36
2.1.4. Aproveitar-se de situação de especial vulnerabilidade da vítima.....	41
2.1.5. A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.....	43
2.2. Considerações finais.....	48
Parte II	
Capítulo III – As modalidades de burla e o particular caso da burla por omissão (a sua admissibilidade e/ou inadmissibilidade).....	50
3. A burla por palavras ou declarações expressas e a burla por actos concludentes.....	50
3.1. O particular caso da burla por omissão. A admissibilidade ou não da omissão (argumentos a favor de uma e de outra posição).....	52



3.1.1. Argumentos a favor da admissibilidade da burla por omissão.....	52
3.1.2. Argumentos a favor da inadmissibilidade da burla por omissão.....	55
3.2. A posição adoptada: a inadmissibilidade da burla por omissão.....	57
3.3. Análise “ <i>de facto</i> ” sobre a inadmissibilidade da burla por omissão.....	64
3.3.1. A mutação aparente do tipo delituoso após as sucessivas reformas do CP. A comissão por acção enquanto forma originária de execução do delito.....	64
3.3.2. A exigência de factos provocados (e que induzam em erro ou engano) como uma forma distintiva do comportamento do agente em uma específica comissão por acção. A impossibilidade de equiparação entre a acção e à omissão no crime de burla.....	69
3.3.2.1. A exigência de factos provocados que induzam em erro ou engano.....	69
3.3.2.2. A impossibilidade de equiparação entre a acção e a omissão no crime de burla.....	70
3.3.3. Fundamentação ideológica da exigência de provocação dos factos. O efeito normativo da previsão isolada da locução provocou.....	77
3.3.4. Um possível entendimento da locução aproveitar encontrada no regime jurídico do tipo delituoso.....	86
3.4. Análise “ <i>de jure</i> ” sobre a inadmissibilidade da burla por omissão.....	88
3.4.1. Apreciação hermenêutica do art. 217.º do CP.....	88
3.4.2. Fundamentação ideológica (a partir da norma) da inadmissibilidade da burla por omissão.....	95
3.5. A inadmissibilidade da omissão para os tipos especiais de burla.....	103
3.5.1. Burla relativa a seguros.....	103
3.5.2. Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços.....	105
3.5.3. Burla informática e nas comunicações.....	106
3.5.4. Burla relativa a trabalho ou emprego.....	110
3.6. A posição na doutrina e a tendência seguida na jurisprudência.....	112
3.7. Considerações finais.....	114
Conclusões Finais.....	117
Bibliografia.....	121

## INTRODUÇÃO

No actual contexto social, muito virado ao consumismo e ao imediatismo, vezes há, que o ter acaba por suplantar o ser, pelo que a prática de crimes que atentam contra a propriedade e o património é cada vez mais frequente. Porém, a prática do crime de burla (que é um tipo de crime que atenta contra o património) apesar de acarretar graves implicações sociais<sup>1</sup>, afigura-se como um facto jurídico cujas consequências fazem realçar a necessidade de reacção do Estado, a fim de salvaguardar o bem-estar dos seus administrados.

Na sua evolução histórica e temporal a prática deste delito e os efeitos que dela emanam mereceram a atenção de estudiosos de diferentes ciências sociais mas, em especial, dos estudiosos das ciências que se ocupam com o estudo do fenómeno criminoso. Ainda assim, a matéria sobre a burla continua a ser um catalisador de atenções no campo jurídico-penal. Por um lado, porque este tipo delituoso<sup>2</sup> destaca-se, cada vez mais, na complexidade da dinâmica societária em que os seres humanos se inter-relacionam e, por outro lado, porque da sua prática advêm consequências que têm influenciado esta mesma dinâmica societária.

Todavia, para que uma pessoa pratique o crime de burla, o texto da norma incriminatória que prevê o tipo (art. 217.º do Código Penal)<sup>3</sup> impõe que, na sua origem, a conduta da qual resulta a prática do delito deve alicerçar-se em uma motivação específica<sup>4</sup>, qual seja, a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo.

Temos para nós, que a motivação normativamente conjecturada corresponderá à vontade de o agente (como ser humano que é) querer satisfazer um seu específico interesse e, no caso concreto, será o interesse de possuir bens. O que, em princípio, é algo que não

---

<sup>1</sup> VAZ, Maria João, *Crime e sociedade (Portugal na segunda metade do séc. XIX)*, Oeiras: Celta Editora, 1998, pág. 31-41. Nesta obra podemos apreciar a relação entre as manifestações criminais e a sociedade.

<sup>2</sup> CONDE, Francisco Muñoz, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Santa Fé de Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 1999, pág. 19-24 e PUIG, Santiago Mir, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., Barcelona: BOSCH Casa Editorial S.A., 1982, pág. 41-58. Nestas duas obras podemos colher alguns apontamentos sobre o delito.

<sup>3</sup> No presente trabalho toda e qualquer referência posterior a este diploma legal será feita através das iniciais maiúsculas CP.

<sup>4</sup> Sobre o motivo do crime ver FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito penal português – Parte geral I*, 2.ª ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 1982, pág. 670-672.

surpreende porque os seres humanos actuam basicamente em função de interesses. Tanto assim é que, nas inter-relações que mantêm entre si, procuram de forma permanente e legítima (ou ilegítima) proteger os seus interesses.

Todavia, nas situações em que os interesses perseguidos entram em colisão originam-se conflitos cuja relevância pode implicar a intervenção do direito. Nessa medida, a ocorrência de burlas afigura-se como um destes momentos em que no desenrolar das relações humanas ocorre a colisão de interesses que faz despoletar um conflito social com relevância para o direito.<sup>5</sup>

Dentro deste prisma da actuação que visa a satisfação de interesses e, em especial, na perspectiva do agente de um crime de burla, o cometimento do crime (na forma tentada e/ou consumada) importa da sua parte a vontade de sobrepor os seus interesses aos interesses de outrem, revelada através da conduta por ele levada a cabo (livre, consciente e voluntária).

A propósito da conduta humana o filósofo e pensador *Thomas Hobbes* enunciou que esta é influenciada por características inatas do homem, como sejam, o livre arbítrio e a razão<sup>6</sup>. Tais características permitem ao homem conformar a sua conduta à vontade de satisfazer os seus interesses e, esta possibilidade de conformação, é algo que lhe permite escolher entre diferentes alternativas de actuação aquela que supõe ser a melhor para si.

Contudo, referiu também aquele filósofo que a conduta humana tende, ainda, a ser influenciada por sentimentos que lhe são inerentes, tais como o egoísmo e a paixão e o citado pensador afirmou serem causas de enfermidade e/ou imperfeição da natureza humana. Considerou, então, que estes sentimentos é que impelem o homem a pensar em si antes de pensar nos outros, ou seja, podem leva-lo a querer prejudicar os outros para satisfazer os seus próprios interesses.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> A concepção dos interesses teve grande relevância jurídica. Deu origem a corrente da jurisprudência dos interesses, onde *Rudolf von Jhering* e *Philipp Heck* foram os principais expoentes.

<sup>6</sup> REALE, Giovanni/ANTISERI, Dario, *Historia Del Pensamiento Filosófico Y Científico*, 3ª Edición, II Volume (Del humanismo a Kant), Barcelona: Editorial HERDER, S.A, 1999, pág. 417-425. Também, sobre a razão humana a *filosofia Kantiana* apregoou estar nela inerente o imperativo categórico que impõe ao homem o dever de agir de forma correcta para que os outros o imitem.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 417-425. Esse lado egoísta do ser humano é que inspirou a filosófica visão de Hobbes do *homo lupus ominis*.

A partir deste molde filosófico podemos ser levados a considerar que a dificuldade de o ser humano conseguir articular as suas características com os seus sentimentos é que o pode impelir a adoptar condutas egocêntricas e lesivas dos interesses dos outros e, na nossa modesta visão, partindo deste ponto ideológico, é isto o que ocorre quando uma pessoa pratica uma burla, isto é, na prática de um crime de burla, em que se denota o egoísmo do sujeito activo, ocorre uma colisão de interesses que pode despoletar um conflito social e jurídico.

Assim sendo, após a prática de um crime de burla o conflito que resulta da colisão dos interesses do burlado e do burlão torna-se a causa de uma instabilidade social. Portanto, cabe então ao Estado a tarefa de criar mecanismos para prevenir e/ou reprimir a prática de tal conduta a fim de salvaguardar o bem-estar social.

Por conseguinte, através do seu poder punitivo o Estado procura prevenir e/ou reprimir as condutas consideradas criminosas.<sup>8</sup> Assim, no exercício do seu poder legislativo, o Estado, depois de apreciar os diversos tipos de condutas praticadas pelos seus administrados, tipificou como crime de burla a conduta praticada com a intenção de obter-se (para si ou para outrem) um enriquecimento ilegítimo, quando esta seja realizada através da provocação astuciosa de factos que induzam em erro ou engano uma outra pessoa de modo a que, por sua vez, esta última venha a praticar actos que causem (a si ou a outrem) um prejuízo patrimonial. E, para o efeito de prevenir e/ou reprimir tal conduta, o Estado estabeleceu uma penalidade.

De um ponto de vista mais abrangente, é através do seu poder legislativo que o Estado em Portugal (e em qualquer outro país) fez surgir as leis penais (as normas constitucionais penais, o CP e toda a demais legislação penal extravagante) enquanto suportes onde se encontram tipificadas todas as condutas consideradas como crimes e se encontram previstos os princípios, as regras e as normas que regem toda a jurisdição penal.

---

<sup>8</sup> Sobre o merecimento de pena ver, entre outros, COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 172-173, HASSEMER, Winfried/CONDE, Francisco Muñoz, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Editorial Tirante Lo Blanch, 1989, pág. 65-78; ANDRADE, Manuel da Costa, «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional», *RPCC*, 1992, pág. 173 e seguintes.

Ocorre, porém, que desde a criação do CP português as suas matérias já foram alvo de inúmeras alterações legislativas e a burla não foi excepção. Convém, no entanto, dizermos que, a nosso ver, as alterações introduzidas na matéria da burla não afectaram a tipificação, isto é, apesar das alterações sofridas o tipo permanece o mesmo.

Em todo o caso, no interior do citado código, a matéria sobre a burla encontra-se actualmente prevista nos arts. 217.º e seguintes. É uma matéria que continua a dar azo a importantes questionamentos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Da nossa parte mereceu a eleição de tema central da nossa dissertação.

Atendendo à complexidade da matéria da burla, para o desenvolvimento metodológico da presente dissertação, procuramos não nos apegar de modo exaustivo à figura delituosa em estudo, mas abordar de forma selectiva duas questões que ao nosso intelecto foram suscitadas e que a seguir colocamos:

– Os elementos normativos de qualificação da burla previstos no art. 218.º do CP não serão, por si só, uma fonte de dificuldade para concretizar a qualificação do tipo?

– Com as alterações do art. 451.º e seguintes do CP de 1852, para o art. 313.º e seguintes do CP de 1982 e posteriormente para o art. 217.º e seguintes do CP de 2007, queria o legislador, *de facto et de jure*, alterar o *iter criminis*<sup>9</sup> ou o *modus operandi* do tipo delituoso? No conjunto das revisões operadas ao tipo incriminatório é defensável a existência da burla por omissão?

Estas supra citadas questões são as que nos propusemos tratar ao longo da dissertação. No entanto, apesar de atendemos essencialmente a estas duas questões, não deixamos de contemplar de soslaio outras questões conexas ao tratamento destas duas. Mas, esclarecemos desde já, que apesar das questões conexas terem importância dogmática e doutrinária não as tomamos como nucleares a ponto de merecerem tratamento autónomo no desenvolvimento da dissertação.

---

<sup>9</sup> Por todos, ver a explicação desta expressão *iter criminis* em SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português – Parte geral II (Teoria do crime)*, Lisboa: Editorial Verbo, 1998, pág. 231-232.

Importa-nos ainda referir que a nossa escolha por estas duas questões deveu-se principalmente ao facto de, a nosso ver, serem duas questões pertinentes. Mas, a opção por tratá-las conjuntamente deve-se não só, ao facto de incidirem sobre o mesmo tipo incriminatório (a burla), mas também ao facto de apegarmo-nos a determinadas notas da matéria sobre os elementos de qualificação da burla para servirem de suporte teórico na exposição e/ou explanação da matéria sobre a admissibilidade (ou não) da burla por omissão.

Por seu turno, e para dar cobertura ao tratamento daquelas duas questões, no corpo do trabalho traçamos um itinerário que compreende duas partes. Estas duas partes contêm três capítulos no seu total. Na primeira parte dispusemos os dois primeiros capítulos e na segunda dispusemos apenas o terceiro e último capítulo.

No primeiro capítulo da primeira parte redigimos de forma sucinta algumas notas gerais sobre o tipo fundamental da burla que se encontra previsto no art. 217.º do CP sem, contudo, deixarmos de focar os elementos objectivos e subjectivos do tipo delituoso.

Por sua vez, no segundo capítulo desta primeira parte analisamos a primeira das duas questões a que nos propusemos. Fazemos aí alusão à observância de uma eventual complexidade jurídica para se concretizar a qualificação do delito da burla a partir dos elementos normativos de qualificação previstos no texto do art. 218.º do CP.

Na segunda parte tratamos do nosso terceiro e último capítulo. Neste último capítulo adiantamos algumas notas sobre as diferentes modalidades que este tipo de crime pode apresentar. Mas, principalmente, enfatizamos o particular caso da admissibilidade (ou não) da burla poder ocorrer pela via da omissão, assunto que tomamos aqui como objecto de análise da segunda e última questão.

Todavia, importa-nos referir que a nossa reflexão sobre a admissibilidade (ou não) da omissão enquanto forma de comissão do crime de burla assenta, essencialmente, na figura da omissão impura ou imprópria.

Finalmente, mas não sendo o menos importante, consolidamos a nossa dissertação com as conclusões extraídas de todo o processo de reflexão empreendido na pesquisa ora efectuada.

## PARTE I

### CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TIPO FUNDAMENTAL DO DELITO DA BURLA

#### 1. O tipo legal incriminatório previsto no art. 217.º do CP

No ordenamento jurídico-penal português este tipo legal incriminatório encontra-se actualmente previsto no art. 217.º do CP e atende às situações em que um sujeito activo (agente ou burlão) com a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo (próprio ou alheio) provoca astuciosamente (determinados) factos que induzam em erro ou engano uma outra pessoa, fazendo-a praticar actos que causem a ela mesma (ou a terceiro) um prejuízo de cariz patrimonial.

Contudo, importa-nos referir que este art. 217.º foi introduzido no CP através da reforma de 1995.<sup>10</sup> Entretanto, o artigo em questão surgiu em substituição do anterior art. 313.º da redacção originária do CP de 1982 que, por sua vez, resultou (com algumas alterações) do art. 212.º do Projecto de Parte Especial de 1996. Podemos assim concluir que, na verdade, o actual art. 217.º é a sequência de uma linha ideológica traçada desde o Projecto de Parte Especial de 1966 de cuja autoria pertence a EDUARDO CORREIA.<sup>11</sup>

#### 1.1. O Tipo objectivo de ilícito

##### 1.1.1. O bem jurídico

Relativamente ao crime de burla encontramos, tanto na doutrina, como na jurisprudência portuguesa (e também na estrangeira), afirmações segundo as quais o bem jurídico<sup>12</sup> protegido é o património do sujeito passivo globalmente considerado.<sup>13</sup> Por essa

---

<sup>10</sup> Por intermédio do Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março.

<sup>11</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal – Parte especial – TOMO II, dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 274.

<sup>12</sup> Sobre o bem jurídico ver, entre outros, COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 14 e 164, onde define o bem jurídico-penal como um “pedaço da realidade, olhado sempre como relação comunicacional, com dignidade penal”. Ver também DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 113 e seguintes e, ainda, SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 21-22.

<sup>13</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 275. Ver também BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, Lisboa: Edição da Universidade Lusfada, 1996, pág. 148 e 152; ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, Marques/GOMES,



razão, parece-nos acertada a decisão do legislador penal quando incluiu o art. 217.º do CP em um capítulo respeitante aos crimes contra o património em geral.

Todavia, como refere ALMEIDA COSTA, pode-se compreender a densidade do conceito de património à partir de uma concepção económico-jurídica.<sup>14</sup> E, no âmbito desta concepção, o património é entendido como um conjunto de situações e posições com valor económico detidos por uma pessoa e protegidos pela ordem jurídica, ou pelo menos, cuja fruição não é desaprovada por esta mesma ordem jurídica.<sup>15</sup>

Em tese, essa concepção de património permite abarcar os direitos subjectivos (reais ou obrigacionais), os lucros cessantes e as expectativas de vantagens jurídico-económicas<sup>16</sup>, isto é, é um conceito com grande abrangência.

Importa-nos, todavia, referir que o conceito de património adiantado pela concepção económico-jurídica, pretensamente, difere daquele que é usado no domínio civil<sup>17</sup> pelo facto de ter sido concebido para, especificamente, incidir sobre o domínio penal onde qualquer bem jurídico deve acarretar a marca indelével da dignidade penal.<sup>18</sup>

No entanto, fazemos aqui um aparte para aclarar que a ideia de valor económico do património não implica, necessariamente, falarmos em cédulas monetárias com valor facial ou moedas metálicas com valor facial, pois o valor económico está também inerente

---

Varga, *Crimes contra o património em geral (Nota ao código penal)*, Lisboa: Editora Reis dos Livros, 1983, pág. 19 e 25 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português (anotado e comentado)*, 14.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pág. 690.

<sup>14</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 279. Em sentido idêntico PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, «O crime de burla no código penal», *RFDL*, Lisboa, 1994, XXXV, pág. 330.

<sup>15</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 279. Também no ac. TRP de 26 de Novembro de 2008, *RLJ*, Ano 139 – 2009-2010, N° 3958-3963, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 186. Sobre a relevância penal do património ver, entre outros, MARTINS, José J. F. Oliveira, *O Crime de Dano e o Património Cultural*, Lisboa: Livraria Petrony, Lda., 2003, pág. 139-181.

<sup>16</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 281.

<sup>17</sup> Ver, entre outros, o conceito civilista de património em MARTINS, José J. F. Oliveira, ob., cit., pág. 135-139; MACHADO, João Pedro, *Grande dicionário da língua portuguesa*, IV, Lisboa: Editora Alfa, 1999, pág. 591; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português I, Parte Geral, TOMO II*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 177-185; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pág., 342 e, ainda; MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de direito civil*, Coimbra: Almedina, 1995, pág. 79-80 e AMARAL, Francisco, *Direito civil, introdução*, 4.ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, pág. 327-330.

<sup>18</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 14 e 164. Nesta sua obra o autor refere que um dos traços fundamentais (e simultaneamente uma das funções primaciais) do direito penal é a protecção de bens jurídicos que tenham dignidade penal. Mais ainda, que um bem jurídico com dignidade penal é um bem que merece a protecção do direito penal.

noutros referentes monetários, tais como, os cheques, as livranças, os títulos de crédito ou de garantia, os cartões de crédito ou de débito, os vales para compra ou descontos. Mais ainda, o valor económico está também inerente nos bens avaliáveis em dinheiro como, entre outros, as obras de arte, os imóveis, etc.<sup>19</sup>

Entretanto, PEDRO CAEIRO referiu que o legislador de 1995 adoptou uma concepção personalista e/ou eminentemente pessoal de património, entendendo-o como uma emanção da personalidade e não como um valor em si mesmo<sup>20</sup>, isto é, aparentemente, para o legislador de 1995 a tutela do património de uma pessoa corresponderia a uma forma de tutelar a própria dignidade da pessoa.

Assim, e na linha de pensamento de PEDRO CAEIRO, se partirmos da ideia de que o bem jurídico *in genere* pode ser a relação fáctica entre a pessoa e um objecto (que é protegida por uma norma jurídica), então, segundo este penalista, concluir-se-ia que para o domínio penal “*o património será o estado de uma determinada relação real, desenhada pelos singulares tipos de crime, entre a pessoa e os valores concretos reconhecidos pela comunidade jurídica, através da qual o sujeito de direito desenvolve a sua personalidade com a aprovação da ordem jurídica.*”<sup>21</sup>

Partindo de um outro ponto de vista, ALMEIDA COSTA (com o qual concordamos) refere que para a concepção personalista o património constituiria um bem jurídico pessoal e a sua lesão seria aferida segundo padrões subjectivos. Assim, além dos bens com relevância económica, a noção de património conseguida pela concepção personalista abrange também os bens que embora sejam destituídos de relevância económica tenham algum valor afectivo.<sup>22</sup>

Refere ainda ALMEIDA COSTA que a ideia concebida pela concepção personalista segundo a qual a livre realização da personalidade também é objecto de protecção do tipo, na verdade, acaba por confundir o objecto de protecção (o conjunto de posições ou

---

<sup>19</sup> Essa ideia encontra-se também em CAEIRO, Pedro, «Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património a falência, a sua incriminação e a reforma dela)», *BFD*, Coimbra: STUDIA IVRIDICA 19, 1996, pág. 22. Por sua vez, COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 285-289, apresenta-nos um conjunto de situações que elenca na compreensão do conceito de património.

<sup>20</sup> ac. TRP de 26 de Novembro de 2008, *RLJ*, Ano 139 – 2009-2010, Nº 3958-3963, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 187.

<sup>21</sup> *Ibidem*, ac. TRP, pág. 188.

<sup>22</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 278.

utilidades económicas integradoras do conceito de património) com o fundamento da protecção (o seu papel de instrumento da livre realização da pessoa).<sup>23</sup>

Reforçando mais ainda a sua posição, ALMEIDA COSTA, refere que o facto do conceito personalista de património poder abranger também bens destituídos de relevância económica, mas que tenham algum valor afectivo para o seu titular, compromete a ideia da natureza estritamente económica que o bem jurídico protegido deve ter.

Portanto, e ainda na linha de pensamento traçada por ALMEIDA COSTA, a concepção personalista acaba por misturar dois planos diferentes quando, por um lado, qualifica o património como um bem jurídico pessoal e, por outro lado, simultaneamente, dá relevância à importância afectiva que o titular atribui ao seu objecto, como sendo um elemento que serve para determinar o valor patrimonial. Isso, por si só, legitima o afastamento da concepção personalista.<sup>24</sup>

Assim sendo, atendo-nos ao conjunto dos argumentos adiantados nas duas concepções (personalista e económico-jurídica), parece-nos que o conceito idealizado pela perspectiva económico-jurídica é aquele que encontrou acolhimento no CP.

Por seu turno, e de uma outra perspectiva, importa dizer que a figura do património concebida pela tese económico-jurídica também auxilia na compreensão do tipo enquanto crime de dano<sup>25</sup> na medida em que o dano sofrido pela vítima deve ser patrimonial.

Nas formulações tanto de FARIA COSTA, quanto de FIGUEIREDO DIAS, os crimes de dano são aqueles em que se observa uma lesão efectiva do bem jurídico protegido pelo tipo legal incriminatório.<sup>26</sup> Portanto, para o tipo de crime em apreço o dano sofrido pela vítima deve revelar-se no seu património.

---

<sup>23</sup> Ibidem, ob., cit., pág. 278.

<sup>24</sup> Ibidem, pág. 278.

<sup>25</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 276. No mesmo sentido, BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, 2ª Edição, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pág. 148. Sobre a figura do dano ver ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário conimbricense do código penal – Parte especial TOMO II, dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág., 202 e seguintes.

<sup>26</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 245 e ainda, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 309.

Na ordem de ideia acima exposta, o dano patrimonial da vítima pode ser verificado através da análise de critérios económicos (comparação do activo com o passivo, das receitas com as despesas, dos ganhos com as perdas, etc.) subsumíveis casuisticamente à análise da situação patrimonial concreta da pessoa. Logo, o dano patrimonial da vítima corresponderia a uma perda e/ou diminuição do seu activo patrimonial em consequência da actuação do agente.<sup>27</sup>

### **1.1.2. A conduta típica**

(a) No que respeita à conduta (normativamente prevista), que deve o agente realizar para preencher os elementos do tipo, pudemos constatar que através dela o crime de burla afigura-se como material ou de resultado, pois pressupõe a produção de um evento enquanto resultado do comportamento do agente. Mas, tal evento se distingue da sua acção.<sup>28</sup>

(b) Porém, o resultado do crime de burla apresenta-se como parcial ou cortado<sup>29</sup>, ou seja, configura uma descontinuidade entre o tipo subjectivo e o tipo objectivo, pois para o tipo subjectivo exige-se que o agente actue com a intenção de obter (para si ou para outrem) um enriquecimento ilegítimo, mas para o tipo objectivo a consumação do crime pressupõe como suficiente a ocorrência do empobrecimento da vítima.<sup>30</sup>

Por outras palavras, a consumação do crime não depende exclusivamente da intenção e da actuação do agente porque carece, em um momento posterior, de uma intervenção actuante da vítima, isto é, a consumação do crime só ocorre depois desta sua intervenção.

(c) Este tipo legal incriminatório é também um delito de execução vinculada pelo facto de a lesão ao bem jurídico ser consequência de uma específica forma de comportamento, que consiste na utilização de um enredo astucioso pelo agente que

---

<sup>27</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 277-281.

<sup>28</sup> Sobre os crimes de resultado ver COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 245 e DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 306.

<sup>29</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 322.

<sup>30</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 276-277.

provoque factos e que, por sua vez, venham a induzir a vítima em erro ou engano, levando-a (dominada pelo erro ou engano) a praticar actos dos quais resultam o seu efectivo prejuízo patrimonial ou de terceiro.<sup>31</sup>

A propósito da execução vinculada deste tipo incriminatório, FARIA COSTA refere que “a realização do crime pressupõe a existência de um vínculo entre diferentes momentos e sujeitos” e mais, “exige-se que o resultado proibido se verifique de uma certa maneira, caso contrário, não haverá o preenchimento do tipo.”<sup>32</sup> Logo, pode-se mesmo dizer que se o crime não for realizado na forma especificada no texto da norma incriminatória, não haverá correspondência entre a conduta que está proibida pela norma e a conduta efectivamente adoptada pelo agente.<sup>33</sup>

Por conseguinte, atendendo ao que dispõe o texto da norma incriminatória, é da actuação vinculada que deverá resultar o efectivo prejuízo patrimonial da vítima que, nessa conformidade, será a forma típica de consumação do crime.

No entanto, parece-nos que o legislador ao prever na norma incriminatória como suficiente para a consumação do crime o facto de a vítima sofrer um efectivo prejuízo patrimonial, sem, contudo, referir a necessidade de o agente efectivamente obter um enriquecimento ilícito, fez com que o bem jurídico ficasse tutelado de forma particular.

Com o acima exposto, queremos dizer que o legislador protegeu o bem jurídico de forma hábil porque antecipou-se a uma eventual sagacidade do agente que compreendesse uma actuação astuciosa projectada de modo a que não se pudesse enxergar o seu enriquecimento ou o de um terceiro.

Dito de outro modo, caso o texto da norma incriminatória condicionasse a consumação do crime a um eventual enriquecimento ilegítimo do agente ou de terceiro, far-se-ia escapar do âmbito de protecção da norma toda e qualquer situação em que o

---

<sup>31</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 293 e ainda, PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 332.

<sup>32</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 244 e com mais acuidade DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 308 e 380-383.

<sup>33</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 244.

agente tivesse em mente actuar de modo a que os bens da vítima não entrassem na sua (ou de terceiro) esfera de disponibilidade fáctica e/ou jurídica.

Em conformidade com o acima descrito, em todos os casos em que ocorresse o efectivo prejuízo patrimonial da vítima, mas que não se pudesse ou conseguisse provar o efectivo enriquecimento do agente (ou de terceiro) correr-se-ia o risco de o mesmo não poder ser responsabilizado penalmente por este tipo de crime.

Exemplificamos de seguida para melhor compreender<sup>34</sup>: (A) é um gerente de banco que em uma conversa de café com (B) que é um cliente do banco (e nele confia) convence-o a investir parte dos seus fundos depositados no banco em um negócio supostamente muito lucrativo, mas que na verdade não existe. Para o efeito, e em momento posterior, diante de (C e D) o (A) aconselha (B) a levantar um grande montante (em dinheiro vivo) e depositá-lo em uma conta bancária por ele indicada. Porém, a conta é titulada por uma pessoa (física ou jurídica) fictícia criada pelo (A). Posteriormente, através de mecanismos fraudulentos (como por exemplo o uso de documentos falsos ou de uma falsa interposta pessoa) o (A) consegue retirar o montante da conta e dele se apropriar, mais do que isso, diz ao (B) que o negócio (inexistente, recordemo-lo) fracassou e o valor do investimento se perdeu.

Todavia, (B) descobre que o negócio nunca existiu e lamenta-se junto de (C e D) que o aconselham a denunciar (A) às autoridades e, para o efeito, oferecem-se para testemunhar contra (A).

Neste exemplo a acção criminosa do (A) foi projectada com grande astúcia, isto é, com os seus actos o agente visou induzir em erro ou engano o (B) de modo a que este, dominado pelo erro ou engano, praticasse actos que possibilitassem o seu enriquecimento ilegítimo. Contudo, mediante uma forma muito sagaz, o agente consegue dissimular o seu enriquecimento, ou seja, na projecção do crime, o bem pertencente ao (B) não entra na esfera de disponibilidade jurídica ou fáctica do (A) e nem na de um terceiro (com existência real), o que dificulta a visão do enriquecimento ilegítimo.

---

<sup>34</sup> O exemplo é da nossa autoria.

Logo, se na previsão da norma incriminatória o legislador fizesse com que se atendesse o enriquecimento ilegítimo como um elemento do tipo e/ou como um critério decisivo para a consumação do crime, então, no exemplo citado, dificilmente o agente seria penalmente responsabilizado pela prática de uma burla. Pois, embora se pudesse provar que ele provocara o empobrecimento de (B), eventualmente, não se conseguiria provar o seu enriquecimento.

Atendendo ao raciocínio expresso no exemplo, e tomando em atenção a particular forma de consumação do delito prevista no texto da norma incriminatória, parece-nos que qualquer potencial agente sabendo de antemão da possibilidade de ser responsabilizado pela infracção mesmo que não logre um efectivo enriquecimento ilegítimo sentir-se-ia intimidado de lançar mão de tal prática.

Portanto, a nosso ver, um dos grandes méritos da previsão normativa está, entre outras coisas, no facto de não ser necessário o efectivo enriquecimento do agente, mas, apenas, bastar o efectivo prejuízo patrimonial da vítima. Pelo que, nos regozijámos com esta forma legislativa de antecipação da tutela penal.<sup>35</sup>

(d) Em uma outra vertente, também pudemos apreciar que à consumação da burla importa a existência de um duplo nexo de imputação objectiva. O primeiro nexo compreendido entre a vinculação da conduta do agente, provocadora de factos que induzam em erro ou engano a vítima e a prática por esta de actos tendentes a diminuição do seu património (ou de terceiro). O segundo nexo compreendido na vinculação entre os actos tendentes à diminuição do património, praticados pela vítima, e a verificação do efectivo prejuízo patrimonial (também se encontra este entendimento nos escritos de ALMEIDA COSTA).<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Importa, no entanto, aqui dizer que o ideal de uma tutela penal antecipada não é originariamente nossa. Embora, apresentamos aqui uma visão nossa desta forma de tutela, também COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 275, fez uma referência sobre uma forma de tutela penal antecipada. Todavia, ainda, a propósito da antecipação da tutela penal, PAZ, Maria Isabel Sánchez García de, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid; Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de valladolid, 1999, pág. 65-66, refere que os delitos de intenção (como é, entre nós, o caso da burla) são, por si só, uma forma que o legislador encontrou para antecipar a tutela penal.

<sup>36</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 293-294. Ver também PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 332.

Saliente-se, porém, que à par com estes dois momentos do duplo nexó de imputação objectiva está a teoria da adequação, ou seja, nestes dois momentos deve existir a causa adequada a produzir o resultado e que é necessária para se aferir a imputabilidade do resultado ao agente.<sup>37</sup> Para o efeito, e como refere ALMEIDA COSTA, tudo é tido como relevante na apreciação do caso concreto, tanto as circunstâncias do caso propriamente dito, quanto as características próprias da vítima<sup>38</sup> e do agente.

(e) Para o tipo incriminatório exige-se ainda o emprego de astúcia por parte do agente. ALMEIDA COSTA ensina que, no plano dos factos, a conduta astuciosa do agente comporta a manipulação de outra pessoa através de uma sagacidade ou penetração psicológica que combina a antecipação das reacções do outro com a escolha dos meios idóneos para lograr o objectivo pretendido.<sup>39</sup>

Quer isso dizer que a astúcia pressupõe da parte do agente uma aptidão para apreender ou compreender na sua plenitude ou em um âmbito máximo o *iter criminis* através de meros indícios que este pode captar a partir da vítima, do meio envolvente e das circunstâncias. Esta especial aptidão de compreender permite ao agente agir e/ou reagir adequando-se aos meros indícios a fim de concretizar o projecto criminoso em pleno. Dito de outro modo, o agente economiza o seu esforço conformando-se apenas ao que for necessário empreender para lograr o intento criminoso.

Pelo que deprendemos em ALMEIDA COSTA, a ideia segundo a qual na burla o agente detém certa sagacidade leva à considerar a necessidade de o agente deter um certo domínio do erro ou engano que deva ser provocado na vítima.<sup>40</sup> Assim, a imputação

---

<sup>37</sup> Sobre a imputabilidade ver, entre outros, COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 222-227 e DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 322 e seguintes, ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de direito penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: VEGA, Lda., 1998, pág. 145-166, RAMOS, Enrique Peñaranda/GONZÁLEZ, Carlos Suárez/MELIÁ, Manuel Cancio, *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Gunther Jakobs*, Buenos Aires: AD-HOC S.A.R.L., 1999, pág. 99-114. Entre nós ver, entre outros, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito penal*, 2.<sup>o</sup> Vol., Lisboa: A.A.F.D.L., 1996, pág. 142-147.

<sup>38</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 294. Mas, também PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 323.

<sup>39</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 298. Por outro lado, consta no *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, I Vol., Lisboa: Verbo Editora, 2001, pág. 397, que o significado de astúcia e/ou astucioso pode ser, entre outras coisas, “ *a habilidade em exercer fraude, em enganar alguém sem que este se aperceba, para daí obter benefícios ou, ser também a sagacidade e capacidade para atingir objectivos ocultos*”.

<sup>40</sup> Podemos considerar que o domínio-do-erro é a capacidade subjectiva e objectiva que o agente detém para provocar e controlar o estado de erro ou engano da vítima. Por seu turno, COSTA, A. M. Almeida,



objectiva do resultado à conduta do agente poder-se-ia fundar no domínio-do-erro que se pudesse verificar a partir dele.

Se, a partir da sua actuação sagaz, lhe for reconhecível um certo domínio-do-erro provocado na vítima fica demonstrada a sua astúcia.<sup>41</sup> Queremos com isso dizer que para se contemplar o duplo nexos de imputação objectiva deve existir um certo domínio-do-erro por parte do agente, que será atendível enquanto critério essencial de aferição da imputação do resultado da acção delituosa.<sup>42</sup>

Para o efeito, concebe-se a ideia de que se pode compreender o domínio-do-erro detido pelo agente a partir do princípio da boa-fé (em sentido objectivo – art. 762.º do Código Civil)<sup>43</sup>, na medida em que este princípio impõe a consideração dos interesses legítimos da outra parte em qualquer relação jurídica bilateral (civil e comercial)<sup>44</sup> devendo, no entanto, cada uma das partes primar pela lealdade.

Diz ainda ALMEIDA COSTA que se a actuação do agente reflectir uma deslealdade ou uma atitude inadmissível no comércio jurídico este violaria os ditames da boa-fé e, uma vez preenchidos os demais requisitos do tipo delituoso, compreender-se-ia nela o desvalor característico do ilícito do tipo previsto no art. 217.º do CP.<sup>45</sup>

Outrossim, em determinadas situações o domínio que o agente possa ter sobre o erro ou engano causado na vítima pode ser considerado um domínio-de-sujeição. Isto pode ocorrer nos casos em que o agente seja um profissional que exerce a sua actividade em um determinado sector onde a tecnicidade seja muito grande. É, entre outros, o caso das artes, da advocacia, da medicina, da engenharia aeronáutica e/ou naval, da informática, etc.

---

*Comentário conimbricense do código penal, ob., cit., pág. 298-299, refere que “a verificação deste domínio-do-erro por parte do agente compreende-se pelo facto de a burla ser um crime com a participação da vítima, isto é, não é o agente quem pratica os actos de diminuição do património, é o próprio sujeito passivo que os pratica. Mas, daí o paralelismo e/ou a analogia entre a burla e as situações de autoria mediata em que o domínio-do-facto que detém o “homem-de-trás” deriva do estado de erro do executor acerca do circunstancialismo em que actua. O “homem-de-trás” apesar de não ser o executor é sobre ele que recai a autoria imediata.”*

<sup>41</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal, ob., cit., pág. 299.*

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 299.

<sup>43</sup> O sublinhado é nosso.

<sup>44</sup> Sobre a matéria da boa-fé ver, entre outros, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português I, Parte geral, TOMO I, 3.ª ed.*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, pág. 399 e seguintes.

<sup>45</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense ao código penal, ob., cit., pág. 300.*

Em sectores como estes as pessoas que não são profissionais não possuem os conhecimentos técnicos necessários para compreenderem e/ou praticarem os actos que são próprios do sector e, mais do que isso, compreenderem os efeitos que podem advir da prática dos actos.

Por essa razão, não seria difícil a um profissional de algum destes sectores de actividade induzir em erro ou engano uma pessoa que não é profissional. Mas, se o profissional assim proceder (induzir em erro ou engano) pode-se entender que ele passa a ter sobre a vítima não, já, um simples domínio-do-erro, mas um domínio-de-sujeição.

ALMEIDA COSTA refere também que este último tipo de domínio pode ser entendido como um controlo exclusivo e ilimitado da situação concreta por parte do profissional.<sup>46</sup> Pelo que, em respeito ao princípio da boa-fé, o profissional fica à partida investido numa responsabilidade social de garantir a transparência da relação jurídica bilateral que mantém com os não profissionais, isto é, recai sobre ele uma obrigação de antes, durante e após a constituição da relação bilateral prestar consultoria aos não profissionais que com ele interajam para que não ocorram erros ou enganos.<sup>47</sup>

(f) Ainda da análise do tipo incriminatório pudemos constatar que a actuação da vítima deve ser contextualizada a partir de um específico estado de erro e/ou engano sobre o qual esta deva estar submetida.<sup>48</sup> Um tipo de estado que reduz a vítima à condição de um mero instrumento do agente adequado à consecução do fim por ele pretendido.<sup>49</sup>

Atendo-nos ao *iter criminis* do tipo delituoso, pudemos ver que a relevância jurídico-penal da actuação da vítima em estado de erro ou engano<sup>50</sup> é de capital

---

<sup>46</sup> Ibidem, pág. 300-301.

<sup>47</sup> Ibidem, pág. 301.

<sup>48</sup> Ibidem, pág. 327-328.

<sup>49</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327-328.

<sup>50</sup> No *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, ob., cit., pág. 1416 e 1477, definem-se os dois termos: o “Erro” como “o proceder de forma incorrecta; o resultado de uma actuação e/ou o procedimento erróneo, cometido por incúria, desleixo, distração ou negligência; a formulação enganosa resultante de compreensão deficiente de um assunto...” e o “Engano” como “a acção de enganar ou de se enganar; a falta de acerto devido a incapacidade ou distração; a interpretação errada; a percepção ilusória de alguma coisa, a falsa aparência, o meio artificioso para induzir, voluntariamente alguém em erro...”. Ponto que fica assente é o de que, tanto o erro, quanto o engano podem originar de forma endógena ou exógena ao sujeito. DUARTE, José A. Caetano, *O erro no código penal*, Lisboa: VEGA Lda., 1984, pág. 11. Nesta obra o autor refere (em contexto diferente) que o erro “é a falsa ideia ou o falso conhecimento de um facto ou de uma

importância para a compreensão do próprio tipo. Tanto assim é que, leva-nos a ponderar as diferentes situações que se seguem;

– Se a vítima estiver no estado de erro ou engano (desconhecer a intenção do agente) e praticar os actos de que resultem os prejuízos ao seu património ou de terceiro, afigurar-se-á o crime de burla verificados os demais requisitos do tipo delituoso.

– Se a pessoa que for o alvo da indução em erro ou engano do agente tiver plena consciência (certeza absoluta)<sup>51</sup> de que aquele se quer locupletar ilegitimamente dos seus bens ou de terceiro e podendo evitar o prejuízo patrimonial não o fizer (praticar os actos que prejudiquem o seu património ou de terceiro), por um lado, não deverá aproveitar-se desse facto para posteriormente arguir a comissão de um crime de burla por àquele, invocando em sua defesa o desconhecimento da intenção do agente. Por outro lado, se o prejuízo só for observado pelo terceiro poderemos, então, enredar no domínio da comparticipação criminosa entre o agente e a pessoa instrumento (estará em causa a figura jurídico-penal da autoria material ou da cumplicidade).<sup>52</sup>

– Por último, se a vítima não tendo a certeza da intenção do agente, mas tiver dúvidas sobre as suas intenções, haverá erro ou engano se ela decidir praticar os actos que produzam o prejuízo patrimonial e, conseqüentemente, a prática da burla caso sejam verificados os demais requisitos do tipo delituoso. Sobre esta perspectiva FERNANDA

---

*norma jurídica...*”. Ver também a propósito HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, II Vol., Lisboa: Editora Reis dos Livros, 1996, pág. 538.

<sup>51</sup> Ressalvaremos deste contexto de a vítima ter certeza, porém, ainda assim praticar os actos, aquelas situações que envolvam algum tipo de coacção. Em todo o caso, parece-nos ser matéria complexa conseguir-se provar que no domínio da actuação com conhecimento da intenção do agente a vítima conhecia aquela intenção delituosa do agente.

<sup>52</sup> Sobre a comparticipação criminosa ver, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito penal parte geral, TOMO I*, ob., cit., pág. 757 e seguintes, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português (Anotado e Comentado)*, 14.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pág. 126-132, BELEZA, Teresa Pizarro, «Ilicitamente comparticipando – o âmbito de aplicação do art.º 28º do CP», *Separata do número especial do BFDC – 1984*, Coimbra, 1988 e CORREIA, Eduardo, *Direito criminal II*, Coimbra: Livraria Almedina, 1965, pág. 245-263. Sobre esta ideia do prejuízo de terceiro, de que a pessoa instrumento apercebendo-se da intenção do agente e nada faz, ver o ac. de 4 de Fevereiro de 1987; *CJ*, XII, Tomo I, pág. 156, na parte em que se refere que “*é autor moral de um crime de burla, de que é vítima a instituição de penhores, aquele que obteve ilicitamente um objecto e solicita a terceiro que o empenhe como próprio desse terceiro. Este último, por seu lado, será também autor material do mesmo crime se tiver conhecimento da proveniência ilícita do objecto (apercebe-se que o agente quer burlar a casa de penhores), mas mero instrumento da sua execução, no caso contrário*”.

PALMA e RUI PEREIRA referem que o erro ou engano não requer uma certeza da vítima quanto à falsa figuração da realidade.<sup>53</sup>

## 1.2. O tipo subjectivo de ilícito

(a) O recorte do tipo incriminatório extraído da previsão normativa deixa-nos ver que a burla constitui um delito de intenção na medida em que o texto da norma estabelece que o agente deve ter a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo (próprio ou alheio).<sup>54</sup> Impõe-se assim um tipo específico de dolo que é o dolo de intenção.<sup>55</sup>

Segundo FIGUEIREDO DIAS a intenção é o elemento subjectivo que mais se aproxima do dolo do tipo.<sup>56</sup> Mas, pode mesmo constituir uma das formas que assume o elemento volitivo do dolo (dolo intencional ou dolo directo de primeiro grau) e até, esgotar-se no dolo do tipo.<sup>57</sup>

Mas, depreendemos também que no texto do art. 217.º do CP determina-se que a intenção do agente deve incidir sobre a possibilidade deste obter um ganho que corresponda a um enriquecimento ilegítimo, ou seja, de um ponto de vista jurídico o agente deve ter em vista a consecução de um acréscimo injustificado do seu património.<sup>58</sup> Portanto, não é uma qualquer intenção, é uma intenção que tem em vista a auto-beneficiação patrimonial.

---

<sup>53</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 328.

<sup>54</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 154. Fala-nos este autor que o enriquecimento ilegítimo pode ser o aumento do património, a diminuição de débitos ou a poupança de encargos ou despesas.

<sup>55</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 152, tem esse mesmo entendimento relativamente a intenção enquanto tipo específico de dolo. Por seu turno, PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 331, têm uma posição diferente sobre o tipo de dolo (não aceitam a ideia do tipo específico de dolo).

<sup>56</sup> Sobre o dolo do tipo ver, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 348-559

<sup>57</sup> *Ibidem*, pág. 380 e seguintes.

<sup>58</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 280 e 284. Ainda a propósito do enriquecimento ilegítimo ver HENRIQUES Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 539-540. Também pudemos ver em CUNHA, Paula F. da, *Pensar o Direito (Do Realismo Clássico a Análise Mítica)*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pág. 46-48 e em MARQUES, Mário Reis, *Introdução ao direito*, I Vol., 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pág. 102-105, a ideia de ser injusto aquilo que não é devido, nem merecido a luz da lei, da moral e dos bons costumes. Ideia que pode ser captada a partir da *filosófica visão aristotélica* de ser *justo por direito* aquilo que é devido e/ou merecido, isto é, corresponde a ideia da constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu, ou seja, a *constante et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*.

(b) Por seu turno, pela conjugação do nº 1 do art. 217.º com o art. 13.º do CP pudemos também ver que o crime de burla é, por essência, um crime doloso e tal dolo pode assumir as modalidades do dolo directo, necessário ou eventual (art. 14.º do CP).<sup>59</sup>

Com efeito, é um tipo de crime que para ter lugar a sua comissão o agente necessita de deter conjuntamente o elemento intelectual e o elemento volitivo, ou seja, é preciso verificar-se uma predisposição e/ou pré-ordenação, tanto na mente, quanto na vontade do agente para a sua execução. Desta feita, o seu cometimento e/ou sancionamento não abarca a modalidade negligente.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Sobre os diferentes tipos de dolo ver, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 348 e seguintes.

<sup>60</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 331-332 e HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, II Vol., 2ª ed., Lisboa: Editora Reis dos Livros, 1997, pág. 540.

## CAPÍTULO II – A COMPLEXIDADE JURÍDICA DOS ELEMENTOS NORMATIVOS DE QUALIFICAÇÃO DA BURLA PARA CONCRETIZAR A QUALIFICAÇÃO

### 2. Considerações gerais sobre a qualificação da burla

No presente capítulo tratamos da questão referente a complexidade jurídica, que os elementos normativos de qualificação da burla encerram, para se concretizar a qualificação do tipo. Mas, desde já, importa-nos referir que para desenvolvermos o presente capítulo tivemos de nos recordar dos ensinamentos de FARIA COSTA adiantados a propósito da matéria sobre a qualificação do crime de furto.

Sucedem que, no conjunto dos elementos de qualificação presentes nos dois tipos incriminatórios (furto e burla), identificamos alguns que do ponto de vista normativo se afiguram coincidentes e, nessa medida, aproveitamos os contributos avançados por FARIA COSTA para dar a compreender a matéria referente aos elementos de qualificação do furto (mais precisamente os elementos das alíneas *a*), *d*), *h*) e *i*), do nº 1 e da alínea *a*) do nº 2 do art. 204.º do CP) a fim de, com as necessárias adaptações, tecermos as presentes notas referentes aos coincidentes tipos de elementos qualificadores que se encontram na burla qualificada.<sup>61</sup>

Para o início da nossa exposição podemos, de antemão, dizer que a burla qualificada (prevista nos termos do art. 218.º do CP)<sup>62</sup> não difere (pelo menos na sua essência) do tipo fundamental previsto no art. 217.º do mesmo código. Ela afigura-se apenas como uma resposta mais enérgica do Estado no exercício do seu *ius puniendi*. E essa resposta mais enérgica deveu-se, por um lado, à reiteração e vulgarização no âmbito

---

<sup>61</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 311. A propósito da qualificação do crime de burla e no intuito de salvaguardar a unicidade do estudo seguido no comentário conimbricense, este penalista chega mesmo a referir que “ *a autonomia dos dois delitos não justifica qualquer diferença no tocante ao enquadramento dogmático da questão*” (*entenda-se qualificação*) e, refere também que “... *dado que tais circunstâncias coincidem com algumas das que se encontram consagradas no art. 204.º deverá conferir-se-lhes a mesma índole que assumem no âmbito do furto qualificado*”. Portanto, foi no seguimento desta linha de pensamento que nós, para desenvolvermos a matéria sobre os elementos de qualificação da burla apoiarmo-nos (dentro do comentário conimbricense) nas contribuições de Faria Costa relativas ao crime de furto qualificado.

<sup>62</sup> Para apreciar os desdobramentos da burla qualificada ver, entre outros, COSTA, Faria, *Código penal*, ob., cit., pág. 232-233, HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 565-569 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, ob., cit., pág. 707-709.

das relações humanas da prática deste ilícito e, por outro lado, deveu-se à crescente gravidade e instabilidade social que os efeitos deste ilícito têm causado.

Mas, no que respeita a figura da burla qualificada, se descaracterizarmos os elementos normativos de qualificação presentes no texto da norma incriminatória para melhor sintetizarmos o seu estudo e facilitar a sua compreensão, encontramos os elementos qualificadores que se seguem: valor elevado, valor consideravelmente elevado, fazer da burla modo de vida, aproveitar-se de uma especial vulnerabilidade da vítima e a pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.

## **2.1. Os elementos normativos de qualificação**

### **2.1.1. Valor elevado**

A partir daqui atenderemos de forma individualizada a cada um dos elementos normativos de qualificação do tipo, tendo sempre em atenção que tais elementos embora confirmem ao tipo a sua qualificação (apreciável no processo analítico do caso concreto), não devem ser analisados sem a consideração dos demais elementos integradores do tipo fundamental. Na medida em que o nº 1 do art. 218.º do CP consagra uma remissão legal deste preceito para o nº 1 do art. 217.º do mesmo diploma legal.

No conjunto dos elementos qualificadores presentes no texto-norma<sup>63</sup> da burla qualificada encontramos em primeiro lugar o elemento valor elevado, que nos parece ser um elemento que em termos objectivos acarreta pouco labor dogmático.<sup>64</sup>

Assim, a tarefa descaracterizadora deste conceito normativo, por um lado, faz-nos trazer à colação a figura do *dolus generalis* que seria o dolo detido pelo agente que erra (por desconhecimento) o acto da conexão da sua acção que produzirá o resultado qualificado mas, ainda assim, consuma a acção.<sup>65</sup> Por outro lado, deixa-nos ver que a

---

<sup>63</sup> Para aferir a noção de texto-norma ver COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 137-138.

<sup>64</sup> Posição também encontrada em COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cite., pág. 55.

<sup>65</sup> Sobre o *dolus generalis* ver DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 360.

consagração da ideia de valor está associada a um corrector monetário (a unidade de conta) que, por sua vez, permite descortinar um oculto modelo de escalões.<sup>66</sup>

O valor é um conceito tão geral e abstracto (o legislador penal nem sequer tencionou densificá-lo) que pode referir-se a realidades exteriores ao contexto penal.<sup>67</sup> Assim sendo, e segundo FARIA COSTA, o *dolus generalis* deve rever-se como o *instrumentum* capaz de propiciar a defesa de um direito penal que incorpore a ideia de valor de forma tal que não permita assentar os seus pressupostos na responsabilidade objectiva.<sup>68</sup>

Por seu turno, convém-nos dizer que é da conjugação do art. 218.º do CP com a alínea a) do art. 202.º do mesmo diploma legal que se permite ao intérprete aceder aos mecanismos para a determinação do valor elevado. A última das disposições normativas determina que o valor elevado é o quantitativo que corresponde ao excesso de cinquenta (50) unidades de conta, mas cujo limite máximo desse quantitativo não ultrapassa as duzentas (200) unidades de conta. Todavia, importa-nos ainda referir que para determinar-se o valor, deve o intérprete ou o julgador ter em conta o momento temporal em que ocorreu a prática do facto.

Assim sendo, a pré-determinação normativa das cinquenta unidades de conta serve para identificar o limite mínimo correspondente ao que se pode considerar como valor elevado e, por sua vez, a pré-determinação das duzentas unidades de conta serve para identificar-se o limite máximo correspondente ao que se pode considerar como valor elevado.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Um sistema gradativo em que a qualificação (ou não) do caso concretamente submetido a juízo depende do quantitativo que estiver determinado pela lei para o referente monetário que servirá de base para calcular o valor da causa. Queremos com isso dizer que, em determinado momento, um determinado valor pode legalmente ser considerado elevado mas, em momento posterior (mercê de alguma alteração legislativa) esse mesmo valor pode, legalmente, ser considerado diminuto. Assim sendo, a qualificação ou não do caso concreto acompanha o aumento ou o decréscimo do valor.

<sup>67</sup> Referir-se a moral, a ética, aos bons costumes, etc.

<sup>68</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 57-58.

<sup>69</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 8-12. Nesta sua obra o autor faz referência àquele que é o critério jurisprudencialmente previsto para a determinação deste elemento valor e onde, com efeito, parece assumir particular relevância o salário mínimo nacional. BELEZA, Teresa Pizarro/PINTO, Frederico Lacerda da Costa, ob., cit., pág. 60-62. Nesta obra o segundo autor também fala do critério para se determinar em concreto o valor da causa.



Podemos, então, dizer o seguinte; (a) a ideia de valor normativamente perspectivada tem em linha de conta o cariz económico e/ou pecuniário que o objecto tutelado pelo tipo incriminatório pode comportar e (b) na análise de um caso concreto o intérprete e/ou o julgador é, em concreto, levado a realizar operações aritméticas para apurar a sua eventual qualificação (ou não).<sup>70</sup> A qualificação (ou não) do caso concreto dependerá do valor que for apurado.

Contudo, e como expõe FARIA COSTA, a determinação do valor por recurso a um corrector monetário (que também se encontra pré-definido por lei) é que nos permite surpreender a existência de um oculto modelo de escalões valorativos na medida em que a situação do caso concreto pode alterar-se se for alterado o valor da unidade de conta.<sup>71</sup>

Em uma outra perspectiva, importa-nos referir o seguinte: se mesmo para os detentores dos conhecimentos jurídicos é difícil atingir a compreensão do conceito de valor elevado, quanto mais o não será para o agente do crime de burla que não detenha tal conhecimento e/ou que no momento da comissão do delito possa estar dominado por uma grande pressão psicológica que não o permite ter o alcance de estar a cometer um delito qualificado.

Mais ainda, se na actuação dolosa do agente (que é consciente e livre), para o dolo do tipo é exigido a verificação do elemento volitivo e do elemento intelectual, isto é, o conhecimento e a vontade (actualizada) de preencher os elementos do tipo, parece-nos que o desconhecimento por parte do agente daquele elemento qualificador poderia levar o julgador e/ou o intérprete a questionar se encontrar-se-á preenchido o tipo de dolo que deva fundamentar a culpa agravada<sup>72</sup> ou a culpa merecedora de um maior grau de censura.<sup>73</sup>

Como nos ensina FIGUEIREDO DIAS “*o conhecimento requerido pelo dolo do tipo exige a sua actualização na consciência psicológica ou intencional no momento da acção.*”

---

<sup>70</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 59.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 74.

<sup>72</sup> Sobre a matéria da culpa ver, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral*, TOMO I, 2ª ed., ob., cit., pág. 82 s., 274 s., 511 e seguintes. Do mesmo autor ver, *Liberdade, culpa e direito penal*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 21 e seguintes. Nesta segunda obra o autor aborda a fundamentação da culpa a partir do “*livre arbítrio*”.

<sup>73</sup> Ver a relação da culpa e da censura, entre outros, em DIAS, Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 175 e seguintes.

*Não basta nunca a mera possibilidade de representação do facto, antes se requer que o agente represente a totalidade da factualidade típica e a actualize de forma efectiva”.*<sup>74</sup>

Para tornarmos mais precisa a ideia supra, vamos colocar o caso ao nível de um réu primário que comete um crime de burla sem ter em atenção o valor do bem que seja objecto do ilícito. Ele burla um determinado bem sem saber qual o seu real valor e sem ter noção da maior (ou menor) gravidade do comportamento em função do valor do bem. Mas, vamos acrescentar que o citado bem até pode ter valor elevado ou consideravelmente elevado. Torna-se de imediato merecedor de uma censura agravada que imponha a aplicação de uma moldura penal mais elevada do que aquela prevista para a burla simples?

Para responder a esta questão recordaremos as palavras de FIGUEIREDO DIAS quando refere que a doutrina do erro sobre a factualidade típica vale também (com as necessárias adaptações) para o caso do erro sobre as circunstâncias que agravam o ilícito.<sup>75</sup> Assim, podemos aqui adaptar (reformulando) a reflexão que este penalista fez e que consiste no seguinte: se o agente burlar uma coisa sem ter a consciência (intencional) de que, a mesma tem valor elevado ou consideravelmente elevado (isto é, burla a coisa porque gostou dela ou a achou bela e a quer guardar para si) não actuaria com o dolo do tipo da burla qualificada, mas sim da burla simples.<sup>76</sup> Portanto, em um caso dessa natureza, o erro sobre a factualidade típica conduziria à aplicabilidade da norma penal menos grave.

Nessa mesma linha de pensamento parece-nos situar-se GERMANO MARQUES DA SILVA quando refere que *“as circunstâncias agravantes qualificativas têm de ser conhecidas para que o tipo qualificado seja imputado ao agente a tipo de dolo. Se são desconhecidas (por erro-ignorância) o agente é responsável a título de dolo apenas pelo crime simples correspondente”*.<sup>77</sup>

Devemos, contudo, realçar que o que se fez aqui foi apenas, pôr em causa o rigor da qualificação do tipo incriminatório para os casos em que o agente não realiza essa

---

<sup>74</sup> A reflexão é de DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2ª ed., ob., cit., pág. 355. Mas, nós a reformulamos para enquadrar no contexto do nosso estudo.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pág. 357.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág. 357. Adaptamos aqui os conhecimentos adiantados por FIGUEIREDO DIAS a propósito do furto de coisa móvel alheia, sem que na sua actuação o agente tenha consciência (intencional) de que, com a subtracção venha a deixar a vítima em difícil situação económica.

<sup>77</sup> SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 207.

qualificação, em virtude de desconhecer o elemento do tipo que a concretiza, ou seja, referimo-nos as situações em que verifica-se um erro do agente sobre o valor do bem que poderia, até, ser tomado como circunstância que qualifica o tipo.

Daí que, recorrendo às contribuições de FIGUEIREDO DIAS e de GERMANO MARQUES DA SILVA, a solução proposta para casos desta natureza enquadrar-se-á na perspectiva do erro sobre a qualificação. Erro este que, embora ponha em causa o dolo do tipo qualificado (burla qualificada), não parece que ponha em causa a existência do dolo do correspondente tipo simples (burla simples).

Atendendo o que ficou acima descrito, podemos então dizer que não se mostraria conveniente que a qualificação de um caso concreto fosse compreendida de forma automática, isto é, bastando para o efeito que no caso concreto *sub judicio* se verificasse o elemento qualificador para que o julgador o tomasse como suficiente para considerar o caso como qualificado. Logo, seria ainda necessário que o julgador apreciasse se o agente concebeu a sua actuação tendo em vista a existência da circunstância agravante, isto é, tendo consciência de que o bem em causa tem valor elevado.

Comutando agora o assunto, podemos aqui dizer que a ideia de valor perspectivada na norma incriminatória não pressupõe que esteja-se, necessariamente, a falar em dinheiro, mas sim que esteja-se a falar na possibilidade de quantificação monetária do bem que tenha sido objecto do delito. Por outras palavras, para relevar no contexto penal parece-nos que a ideia de valor perspectivada pelo legislador congrega duas componentes: (a) a possibilidade de quantificação monetária e (b) a subordinação dessa possibilidade quantificadora a um limite legalmente estabelecido.

O que queremos aqui dizer é o seguinte: na burla (ou em um outro tipo de crime que seja assim concebido) o bem que em concreto seja o objecto da actuação ilícita do agente pode ser uma coisa diferente de dinheiro. Mas, por um lado, este bem deve comportar a susceptibilidade de quantificação em dinheiro e, por outro lado, no momento de apreciar-se a qualificação (ou não) do caso concreto, a quantidade monetária que corresponda ao valor não deve ser inferior ao quantitativo mínimo legalmente previsto.

Em resumo, podemos dizer que a necessidade de apurar-se (em concreto) o valor do bem e a necessidade de apreciar-se (em concreto) se o agente teve (ou não) consciência de que existia a circunstância agravante, fazem com que na apreciação do caso concreto o intérprete e/ou o julgador tenha, sempre, em atenção todos os elementos e circunstâncias do caso para poder concluir se este deve (ou não) ser tratado como qualificado. Mais ainda, poderá tratar como não qualificado o caso em que, comprovadamente, se verifique que o agente não teve consciência de que o valor era elevado.<sup>78</sup>

### **2.1.2. Valor consideravelmente elevado**

Recordando ainda os ensinamentos de FARIA COSTA, adiantados no âmbito da matéria do crime de furto qualificado e adaptando-os ao presente estudo sobre a burla qualificada, podemos dizer que no âmbito da qualificação da burla em razão do valor o legislador penal procedeu a uma dupla qualificação que, em bom rigor, consubstanciou uma híperqualificação normativa (ou qualificação exasperada), pois aparecem duas burlas qualificadas com diferentes molduras penais abstractas.<sup>79</sup>

Esta mesma ideia do duplo grau de qualificação da burla em razão da previsão do elemento qualificador do valor consideravelmente elevado também pode ser encontrada em JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS.<sup>80</sup>

A primeira qualificação encontra-se na gravidade da moldura penal abstracta da norma do nº 1 do art. 218.º do CP e a outra qualificação, mais grave, é apreensível na sanção abstractamente aplicável que está prevista no seu nº 2. Mais ainda, neste nº 2, para além de se impor um aumento do rigor sancionatório excluiu-se a pena alternativa de multa.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Não queremos, no entanto, com isso dizer que nas situações em que para além do valor elevado, simultaneamente, existam outros elementos de qualificação (o agente fazer da burla modo de vida e/ou aproveitar-se de especial vulnerabilidade da vítima) o caso não deva ser qualificado só porque o agente não teve consciência do elevado valor do bem. A nosso ver, se em um mesmo caso concorrerem diferentes elementos de qualificação, ainda que por um deles não seja possível qualificar-se o caso concreto, mas por meio de outro for possível qualificá-lo, então, o julgador poderá tomar o elemento de qualificação que seja imputável e qualificar o caso. Todavia, embora a matéria sobre a possibilidade de haver concurso entre elementos de qualificação seja pertinente, na presente dissertação não nos debruçaremos sobre ela.

<sup>79</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 55-56.

<sup>80</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 117.

<sup>81</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 55-56.

Assim, a conjugação normativa dos dois números deixa-nos ver que, em função da existência do nº 2, a pena abstractamente aplicável torna-se muito mais grave do que aquela que está prevista no nº 1 do art. 218.º do CP.

Entretanto, relativamente a este elemento de qualificação (valor consideravelmente elevado) e para não incorrermos em redundância, pensamos que as considerações feitas no âmbito do anterior elemento de qualificação (valor elevado) são extensivas (com as necessárias adaptações) ao elemento ora abordado.

Faremos apenas um aparte para dizer que a conjugação do art. 218.º com a alínea *b*) do art. 202.º do CP é que permite ao intérprete e/ou ao julgador aceder aos mecanismos para a determinação do que se possa entender como valor consideravelmente elevado. Pois que, a última das disposições normativas determina que esse valor corresponderá ao excesso de duzentas (200) unidades de conta. Mas, este valor deve ser avaliável desde o momento da prática do facto.

No entanto, de modo diferente à previsão do quantitativo que consta no elemento qualificador antecedente (valor elevado) onde se previu um limite máximo, para o elemento denominado de valor consideravelmente elevado o legislador não previu um limite máximo de quantificação.

Ainda assim, o facto da ideia de valor estar alicerçada em um corretor monetário (a unidade de conta) faz com que, na prática, se exija do intérprete e/ou do julgador a realização de operações aritméticas para determinar em concreto o que deva ser valor o consideravelmente elevado.<sup>82</sup>

### **2.1.3. Fazer da burla modo de vida**

Dentro do contexto penal o conceito modo de vida não é um termo de fácil entendimento. FARIA COSTA (quando fala do furto qualificado) dá-nos a conhecer que a

---

<sup>82</sup> Em momento oportuno (não neste trabalho) poderemos apreciar a questão referente ao valor intermédio situado entre o valor diminuto – que não excede a uma unidade de conta – e o valor elevado, que excede as 50 unidades de conta, isto é; procuraremos saber qual a definição do valor contado acima de uma unidade de conta e contado abaixo de 50 unidades de conta, atendendo que não ousou o legislador nominá-lo e defini-lo. Mais ainda, saber se depois de nominado e/ou definido que possíveis implicações poder-se-ão assacar.

base desse elemento qualificador radica na ideia de pluralidade de infracções. Segundo este penalista, o pressuposto fundamental para que se verifique o elemento qualificador é a prática *a priori* e/ou a posterior de vários delitos do mesmo tipo (para o nosso caso várias burlas).

Nesse contexto, a prática da burla precisa ser reiterada para que corresponda a um modo de vida. Mas, refere FARIA COSTA, o sentido e alcance axiologicamente natural do modo de vida implica a correspondência deste conceito com a maneira ou forma como se conseguem os proventos necessários ao sustento da própria vida em comunidade.<sup>83</sup>

Entretanto, como actualmente é comum verem-se pessoas a exercer várias profissões, funções ou actividades em simultâneo, então, socialmente podem ser captados diferentes modos de vida. Todavia, essa concepção de polivalência na forma de viver poder-se-á ver também no contexto da criminalidade, isto é, não seria necessário que aquele que viva à margem da lei (para o nosso caso o sujeito que pratica burlas) se dedicasse exclusivamente à prática deste tipo de crimes para que (da reiteração de tal prática) se pudesse dizer que faz dela um modo de vida.

Dito de outro modo, não seria necessário que o sujeito criminoso só se sustentasse com práticas criminosas. Ele pode, até, ter uma profissão socialmente visível (actividade profissional lícita) mas, de modo simultâneo, dedicar-se à prática de crimes (para o nosso caso, dedicar-se à prática de burlas). Nessa medida, poder-se-ia mesmo considerar que as burlas que ele pratica podem levar-nos a concluir que é este o seu modo de vida ou, pelo menos, que é o seu outro modo de vida.

Por outro lado, pode também ocorrer que a pessoa que se dedica à prática de burlas pratique outros tipos de delitos (furtos, abuso de confiança, etc.) e, ainda assim, ser a prática das burlas que nos levem a considerar que esta é que corresponde ao seu modo de vida, ou seja, a estabilidade que este seu comportamento social (prática de burlas) pode representar pode levar o intérprete a concluir que o mesmo representa um modo de vida.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 70.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pág. 70.

Com efeito, e seguindo ainda a mesma linha pensante traçada por FARIA COSTA, olhar o conceito modo de vida no âmbito da axiologia social permite-nos afastar qualquer eventual ligação entre este conceito e o conceito de habitualidade. As duas noções, embora semanticamente diferentes, têm em comum na sua interioridade a reiteração de comportamentos.<sup>85</sup>

No entanto, FARIA COSTA considera que dentro do específico entendimento penal a distinção entre os dois conceitos está no seguinte: (a) a estabilidade do comportamento social (reiterado) que representa um modo de vida, em tese, indicia o benefício pessoal e social que importa ao agente e (b) o comportamento social que representa a habitualidade traduz socialmente uma reiteração comportamental associada a perigosidade<sup>86</sup> do agente.<sup>87</sup>

Também GERMANO MARQUES DA SILVA e FIGUEIREDO DIAS adiantam um entendimento similar sobre a habitualidade enquanto forma de actuação reiterada. O primeiro penalista refere que “*o crime habitual é constituído, precisamente, pela reiteração dos actos (o que revela uma tendência ou hábito da vontade) e pela persistência na actuação criminosa.*”<sup>88</sup> O segundo penalista deixa-nos depreender que a habitualidade do crime subentende que a realização do tipo incriminatório supõe que o agente pratique determinado comportamento de uma forma reiterada.<sup>89</sup>

Assim sendo, podemos concluir que a prática reiterada do crime de burla que seja considerada como um modo de vida do agente tem por efeito permitir a qualificação de qualquer uma das burla por ele praticadas como se tratando de uma burla qualificada.<sup>90</sup>

A verdade porém, é que se não se estiver perante uma situação de reincidência (situação em que o agente da burla tenha anteriormente sido julgado e, portanto, tenha

---

<sup>85</sup> Ibidem, pág. 70.

<sup>86</sup> COSTA, Faria, *O perigo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 381 e seguintes. Nesta obra o autor identifica o perigo como uma categoria relevante para o direito, principalmente, se tivermos em conta a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo que os seres humanos devem manter. Também do mesmo autor e a propósito da relação de cuidado-de-perigo ver a obra, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 10.

<sup>87</sup> COSTA, Faria, *O perigo em direito penal*, pág. 340 e seguintes. O perigo é apresentado como um segmento essencial das comunidades jurídicas e isso já fundamenta a necessidade da sua tutela penal.

<sup>88</sup> SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 32.

<sup>89</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I, 2.ª ed.*, ob., cit., pág. 314. Ver também FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito penal português – Parte geral I, 2.ª ed.*, ob., cit., pág. 269.

<sup>90</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 71-72.

tomado conhecimento destes conceitos) não nos parece que o agente da burla teria *a priori* o alcance do sentido técnico-jurídico de tais conceitos para que pudesse compreender a gravidade do seu comportamento.

Logo, aqui poder-se-ia voltar a questionar se, no âmbito do dolo do tipo, o facto de o agente desconhecer (no sentido jurídico-penal) o elemento que faz com que o seu comportamento mereça uma censura agravada não seria uma causa para afastar a maior censurabilidade do comportamento.

Em resposta podemos dizer que, não nos parece que o facto de o agente desconhecer (no sentido jurídico-penal) o elemento que faz com que o seu comportamento mereça uma censura agravada fosse causa bastante para afastar a maior censurabilidade do comportamento porque, na nossa humilde forma de ver, se o agente obtém o seu sustento com a prática de burlas (e tem plena consciência disso), mesmo que ele não tenha o preciso alcance de que o seu comportamento corresponde a um modo de vida em sentido jurídico-penal, ele pode ter o alcance (ainda que em sentido meramente axiológico natural) de que a sua forma de agir corresponde ao seu modo de vida.

Mesmo porque, em razão da reiteração do comportamento, é provável que ele adquira consciência da ilicitude do seu comportamento e pode ainda ganhar consciência que do seu comportamento possam advir consequências sociais e jurídico-penais graves.

Logo, não nos parece que o desconhecimento de que o seu comportamento corresponde a um modo de vida em sentido jurídico-penal seja causa bastante para que o comportamento não seja qualificado.

Assim pensamos porque, em razão da reiteração e da finalidade prosseguida (conseguir o sustento), o agente pode sempre conceber (em sentido axiologicamente natural) que o seu comportamento corresponde ao seu modo de vida.

Dito de outra forma, nos dois elementos qualificadores anteriores (valor elevado e consideravelmente elevado) dissemos que pode-se dar o caso de o agente não realizar, de modo algum, a gravidade do seu comportamento pelo facto de, não só, desconhecer o real valor do bem, mas também desconhecer que o valor do bem releva para a qualificação do



comportamento (isto é, não preenche o tipo de dolo correspondente ao tipo qualificado). E, em consequência disso, poder-se-ia afastar a aplicabilidade da moldura penal do tipo qualificado para aplicar-se-lhe a moldura penal do tipo simples correspondente.

Para o presente elemento qualificador (fazer da burla modo de vida), o agente mesmo que não tenha o alcance de que o seu comportamento corresponde a um modo de vida em sentido jurídico-penal, pelo facto de praticá-lo de forma reiterada, poderá vir a compreender que o mesmo corresponda a um modo de vida em sentido axiologicamente natural. Assim, pode ganhar consciência da ilicitude do seu comportamento e da gravidade (social e jurídico-penal) das consequências que dele possam advir.

Portanto, em uma situação concreta *sub judicio* em que se esteja em presença deste elemento qualificador, provavelmente, mostrar-se-á razoável tratar o caso como qualificado, pois pensamos que aqui o agente pode ter o alcance do sentido axiológico natural de que o seu comportamento corresponde a um modo de vida e este tipo de consciência do agente poderia ser o elemento a que o julgador se pudesse apegar para presumir que, até certo ponto, ele tenha actuado com o dolo do tipo qualificado.<sup>91</sup>

Por seu turno, e em uma outra perspectiva, pode ocorrer que um criminoso habitual (que pratica vários tipos de crime) consiga o seu sustento por meio de um específico tipo de crime, o que corresponderia ao seu modo de vida e, por sua vez, um criminoso que apenas se dedique a um tipo de crime como seu modo de vida também possa ser considerado criminoso habitual (perigoso).<sup>92</sup>

Em todo o caso, a tarefa de distinguir as situações caberá ao julgador. É a ele que caberá a missão de determinar se, no caso concreto, estar-se-á em presença de actos que

---

<sup>91</sup> Pensamos assim pelo seguinte: parece-nos que a fronteira entre o sentido jurídico-penal e o sentido axiológico natural é bastante ténue. O que, de uma forma ou de outra, se permite que se possa falar que a pessoa actuou com o dolo do tipo qualificado.

<sup>92</sup> COSTA, Faria, *Código penal*, ob., cit., pág. 232. O autor cita o Acórdão de 19/09/96, RC, in: *CJ*, IV (1996), pág. 69 e seguintes, onde se espelha que o modo de vida pressupõe a habitualidade mas, exige ainda que o agente viva da actividade delituosa. O autor cita ainda do Acórdão de 14/10/98, STJ, in: *CJ*, IV (1998), pág. 193 e seguintes, a referência segundo a qual, “...para a qualificação da burla, por o agente fazer da burla modo de vida não é necessário profissionalismo.” Já sobre a perigosidade e as medidas de segurança ver, entre outros, DIAS, Figueiredo, *Direito penal português – As consequências jurídicas do crime* –, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 43 e 413 e seguintes. Do mesmo autor ver também, *Direito penal – Parte geral*, TOMO I, 2ª ed., ob., cit., pág. 86-105.

importam um modo de vida, uma habitualidade ou a conjunção dos dois para que, de forma adequada, possa determinar a sanção penal que se afigure mais justa.

#### **2.1.4. Aproveitar-se de situação de especial vulnerabilidade da vítima**

Este elemento de qualificação funda-se em uma ideia de maior desvalor da acção do agente ou maior censurabilidade da sua acção em razão da sua insensibilidade e/ou falta de compaixão pelas específicas imperfeições subjectivas (deficiência) que a vítima apresente. Por este facto, e seguindo os ensinamentos de FARIA COSTA (tecidos a propósito do crime de furto qualificado), a vítima mereceu da parte do legislador penal uma protecção de especial relevo.<sup>93</sup>

Para o citado penalista este elemento qualificador concretiza-se quando o agente actua explorando uma especial debilidade da vítima. Logo, podemos também dizer que a burla pode ser qualificada se o agente, em concreto, agir explorando uma especial debilidade da sua vítima.

Em todo o caso, referiu também o supra citado penalista que não bastaria uma debilidade qualquer, mas sim uma especial debilidade. Entre outros, seriam casos de especial debilidade, a deficiente capacidade intelectual e/ou cognitiva da vítima, à acentuada diminuição dos níveis normais de mobilidade, da visão ou mesmo da audição.<sup>94</sup>

Por sua vez (com uma visão que não difere muito de FARIA COSTA) JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS refere que *“a debilidade da vítima pode ser física, psíquica, económica ou social, desde que seja especial, isto é, seja significativa e relevante, de modo a inferiorizá-la face ao agente, tornando-a preza fácil dos seus propósitos.”*<sup>95</sup>

Este segundo penalista, além das debilidades ligadas à vítima enquanto ser humano (debilidades físicas ou psíquicas), acresce nos seus argumentos as debilidades ligadas à vítima enquanto ser social (debilidades de foro económico ou social).

---

<sup>93</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 72.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 63-64.

<sup>95</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 66.

De qualquer modo, retornando às considerações tecidas por FÁRIA COSTA, parece-nos que quando se emprega a expressão acentuada, quer isso corresponder ao sentido de manifesta, visível ou, no mínimo, perceptível. Atendo-nos a esta consideração, pensamos que para o efeito da qualificação do comportamento do agente, na apreciação do caso concreto deve-se ter em atenção determinadas especificidades, tais como as que a seguir indicamos:

– Primeiro, teríamos de considerar o facto de o agente já, de antemão, saber e/ou conhecer as limitações ou incapacidades da vítima;

– Seguidamente, teríamos de considerar o facto de o agente embora não saber e/ou conhecer *a priori* as limitações ou incapacidades da vítima se ter apercebido das mesmas (porque eram manifestas ou porque eram perceptíveis);

– Por fim, teríamos de considerar o facto de, por um lado, o agente não saber e/ou conhecer as limitações ou incapacidades da vítima e, por outro lado, nem se ter apercebido de tais limitações ou incapacidades (por não lhe serem perceptíveis).

No tratamento das especificidades apresentadas uma importante referência a fazer recai para a locução especial que consta do texto da norma. Esta locução configura um adjectivo qualificativo cujo principal efeito é o de diferenciar o que seja por ele qualificado de tudo quanto seja normal e/ou comum.

Neste contexto, a sua inclusão no corpo do texto-norma faz-nos ver que a vulnerabilidade da vítima deverá, no mínimo, ser perceptível para uma pessoa comum, ou seja, o homem mediano considerado de *bonus pater familia* (homem prudente, diligente e sagaz)<sup>96</sup> aperceber-se-ia de tais limitações ou incapacidades sem esforços.

Pensamos por isso que, se não forem perceptíveis as incapacidades da vítima poder-se-á remeter o caso concreto (em apreço) para o regime geral da burla (o regime da burla simples). Dito de outro modo, se um *bonus pater familia* colocado na posição de

---

<sup>96</sup> O critério do “homem médio” e/ou o “bom pai de família” é hoje comumente aceite enquanto critério geral de direito. Foi inicialmente concebido na juridicidade-civil (n.º 2 do art.º 487.º do CC), a fim de se aferir a culpa de um sujeito no âmbito da juridicidade. Sobre este assunto ver, entre outros, AMARAL, Francisco, *Direito Civil, Introdução*, ob., cit., pág. 533.

agente não conseguisse perceber tais limitações da vítima, a conduta praticada pelo agente contra aquela vítima, em tese, poderia compreender-se no âmbito de um caso de burla simples. Entretanto, cabe ao julgador a tarefa de sopesar e decidir casuisticamente as situações que fossem submetidas à sua apreciação.

Em conclusão, podemos dizer que para a burla ser qualificada mediante este elemento normativo de qualificação (aproveitar de especial vulnerabilidade da vítima) além da vítima apresentar uma especial debilidade, o agente deve praticar a burla com plena consciência da debilidade que ela apresenta. Só assim, a sua actuação integrará o ideário da maximização de benefícios com a minimização de riscos e esforços.<sup>97</sup>

### **2.1.5. A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica**

FARIA COSTA, a propósito deste elemento qualificador no crime de furto qualificado, refere que a consagração legislativa deste elemento destinou-se objectivamente a reforçar a protecção da vítima.<sup>98</sup> Assim, podemos pensar que o legislador penal ao tê-lo previsto também para o crime de burla reforçou a protecção das potenciais e/ou eventuais vítimas do crime de burla. Por outras palavras, o legislador penal pretendeu clarificar que aquele que burla e deixa a vítima em difícil situação económica é merecedor de um maior grau de censura jurídico-penal.

Em razão da previsão deste elemento normativo de qualificação, questionámo-nos da seguinte forma: qual o fundamento da integração deste elemento no corpo do texto-norma pertencente a burla qualificada? Que entendimentos daí podem retirar-se? A forma como se encontra previsto o elemento normativo representa a melhor solução de política legislativa?

Em resposta a tais questões começaremos por dizer que nos parece que a consagração deste elemento no corpo do texto-norma foi uma manifestação objectiva do

---

<sup>97</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 63-73. Vamos adaptar a este específico ponto uma questão levantada pelo autor; “...se o agente não representou a especial vulnerabilidade da vítima como imputar-lhe a título de delito qualificado esse preciso facto, dentro da estrita disciplina da doutrina do tipo? Com que legitimidade se pode afirmar que o agente está a perpetrar uma burla qualificada?”

<sup>98</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 72. Também BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 66-67, adianta algumas notas sobre este elemento normativo de qualificação (deixar a vítima em difícil situação).

*ius imperium* de que o Estado goza. Através da consagração deste elemento ficou evidente que o Estado visou proteger, não só o património dos sujeitos mas, de um modo geral, o bem-estar dos seus administrados (visou garantir a estabilidade social).

É para este mesmo entendimento que nos direccionamos quando apreciamos os dizeres de FARIA COSTA ao referir que “*cabe ao Estado criar os mecanismos necessários para afastar os factores que possam provocar difíceis situações económicas no seio social.*”<sup>99</sup>

Pelo conteúdo do texto da norma, afigura-se punível a título de burla qualificada a actuação daquele que obtendo ilegitimamente um enriquecimento, não só venha a prejudicar a vítima (com a perda dos bens), mas venha a deixá-la em uma difícil situação económica. Quer isso dizer que, para além da acção e do resultado da acção, também relevará na apreciação do caso concreto o efeito que sobre a vítima venha a causar o resultado da acção.

Logo, se depois de sofrer a acção criminosa a vítima ficar em um estado de precariedade que lhe crie dificuldades de prover o seu sustento então o caso deverá merecer um grau de censurabilidade maior da parte do julgador.

No entanto, FARIA COSTA dá-nos conta que com a consagração deste elemento qualificador resulta que o que conta é o efeito traduzível na circunstância de a vítima ficar em difícil situação económica. Mas, diz ainda, que admitir-se esta forma de perceber as coisas seria permitir que aconcesse uma indesejada responsabilidade objectiva no espaço da juridicidade penal.<sup>100</sup>

Com efeito, e corroborando com a reflexão do citado penalista, podemos cogitar o seguinte: se na apreciação de um caso concreto concluíssemos que o agente não representou e nem quer colocar a vítima em difícil situação económica comprometida ficaria a imputabilidade de uma burla qualificada, se a tivermos de analisar a partir da estrita disciplina da doutrina do tipo.

---

<sup>99</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 72-73.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pág. 73.

E mais complexo o caso se torna se nada levar a pensar que tal efeito tivesse sequer perpassado pela mente do agente. É nesse contexto que o penalista questiona a respeito da legitimidade que se possa ter para se afirmar que o agente pratica uma burla qualificada.

Em uma tentativa de solucionar a questão por si suscitada FARIA COSTA refere que “*convém não defender-se que o agente para ser punido por força deste elemento normativo qualificador deva representar e querer o efeito do resultado da sua conduta.*”<sup>101</sup>

Da nossa parte pensamos que a inquietação apresentada pelo penalista, a propósito deste elemento de qualificação, tem fundamento prático na medida em que a previsão do mesmo, *de iure condito de lege lata*, se apresenta como uma fonte de risco para a realização de uma desejável justiça penal.<sup>102</sup>

Este elemento qualificador, diferentemente dos outros que estão contidos no texto da norma, não se reporta à acção do agente (como as alíneas *b*) e *c*) do art. 218.º do C.P em que, no primeiro caso a acção é mais desvaliosa por encerrar uma certa continuidade e no segundo caso o desvalor da acção se funda no aproveitamento de uma especial vulnerabilidade da vítima). Mas, também não se reporta a uma característica subsumível a um bem que seja, em concreto, objecto de uma burla (como o nº 1 e a alínea *a*) do nº 2 da mesma norma que se referem ao valor do bem).

Bem visto e ponderado o elemento qualificador em questão, ele é extranatural aos sujeitos (agente e vítima). Mas, de forma superveniente tal elemento pode ser contemplado a partir da vítima, pois reflecte-se no seu estatuto socioeconómico. Portanto, o elemento em questão não se trata de uma acção, nem de um resultado, trata-se de um efeito do

---

<sup>101</sup> Ibidem, pág. 73. Todavia, ainda na procura de uma solução para os casos em que o agente não representa ou queira o resultado da sua conduta recordaremos (de forma adaptada) as palavras de DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral*, TOMO I, 2ª ed., ob., cit., pág. 357, proferidas a propósito deste elemento normativo de qualificação, mas no tocante ao crime de furto, quando refere que se o agente não tiver a consciência (intencional) de que com a sua actuação deixa a vítima em difícil situação económica não actua com o dolo do tipo qualificado do delito, mas sim como dolo do tipo simples. Mais ainda, que nos casos desta natureza, o erro sobre a factualidade típica conduz a que só deva ser aplicada a norma menos grave. Também SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 207, segue na mesma linha ideológica da aplicação da moldura penal do delito na forma simples.

<sup>102</sup> Sobre o princípio e/ou ideal de justiça ver COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 100, § 66 *c*) e 102 § 69 a exigência de concretização imaculada desse ideal no âmbito do direito.

resultado produzido pela acção do agente que se manifestará em uma das componentes vitais da vida da vítima (a situação económica).

No bom rigor, tal efeito parece-nos ser algo que se enquadra além das capacidades previsionais do agente e, nalguns casos, pode mesmo estar além das capacidades de compreensão da própria vítima.

Queremos com isso dizer que antes da comissão do delito dificilmente o agente tem como prever que o resultado da sua acção produzirá tal efeito na vítima e, mais ainda, que dificilmente a vítima *a priori* terá consciência de que a actuação do agente se trata de uma burla da qual resultará a sua difícil situação económica (apregoar o contrário seria o mesmo que teorizar a necessidade da desconfiança como um princípio à vigorar no tráfego jurídico).

Essa nossa ideia sai reforçada se, como explicam LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS<sup>103</sup>, tivermos em atenção que na burla a pessoa prejudicada pode não ser a pessoa enganada pelo agente, isto é, pode o agente enganar uma interposta pessoa e lograr o enriquecimento ilegítimo com bens de uma pessoa diferente dela (pessoa esta, sobre a qual recai, em concreto, o efectivo prejuízo patrimonial). Ora, perante um cenário como este, é muito duvidoso que o agente soubesse de antemão que a sua conduta deixaria a vítima em difícil situação económica.

Parece-nos assim, que houve da parte do legislador penal algum excesso de zelo legislativo ao ter tido a intenção de prever, não só o desvalor da acção e do resultado, mas também de consagrar o desvalor do efeito do resultado (que já foge a ideia de controlo dos elementos e circunstâncias do tipo por parte do agente).

Se, porém, analisarmos esse elemento qualificador a partir de um diferente ângulo poderemos ver que essa terceira fonte de desvalor (efeito do resultado) parece uma espécie

---

<sup>103</sup> HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código Penal*, ob., cit., pág. 567. Os autores referem que no Anteprojecto o preceito correspondente à qualificação da burla mediante este elemento de qualificação referia-se à vítima. Mas, na 1ª Comissão Revisora do texto de 1982 foi sugerida a substituição da fórmula que se referia à vítima, em virtude da sua carga processual e da sua equivocidade e, assim, se procedeu, pois pretendia-se tomar em conta não a situação económica do enganado, mas do prejudicado com a burla porque podem tratar-se de pessoas diferentes.

volátil de elemento qualificador e, além de volátil, é de *mui* difícil concretização, pois não parece fácil determinar o que seja difícil situação económica em contexto penal.

Para tanto, pensamos que a busca pela compreensão de um tal elemento precisa partir da forma como foi feita a delimitação do próprio elemento dentro da norma, isto é, do tipo de situação difícil a que a vítima deve ser deixada. A partir do texto da norma podemos ver que a situação difícil corresponderá a uma situação de foro económico.

Significa isso dizer que, em princípio, na forma de avaliar tal situação devem ser convocados critérios económicos objectivos (como comparar o activo e o passivo) para se saber qual a capacidade de subsistência que a vítima passou a deter depois de sofrer o crime. Se não forem usados critérios objectivos para se fazer a análise da situação superveniente da vítima torna-se mais difícil justificar a qualificação, pois qualquer vítima poderia alegar que ficou em difícil situação económica para que o caso possa ser qualificado.

Para explicar o que se acabou de escrever supra vamos supor que uma pessoa milionária com um património avaliado em dez milhões de euros tenha sido vítima de uma burla que prejudicou o seu património em metade do valor (fica com cinco milhões de euros) e na comparação do seu activo com o passivo pode verificar-se que o activo ainda é, de longe, muito superior ao passivo.

Ocorre, porém, que por estar habituada a um determinado *status quo* socioeconómico, alega em juízo que após sofrer a burla ficou em difícil situação económica na medida em que se alterou negativamente o seu *status quo* socioeconómico (diminuiu o seu património e, conseqüentemente, diminuiu o seu poder financeiro para manter o “*status quo*” anterior). *Quid juris?* É ou não jurídico-penalmente atendível? Embora não respondamos aqui a essa questão parece-nos que a resposta que se possa lhe dar importa para a realização de uma justiça que se pretende justa.

Em uma tentativa de repensarmos o enquadramento jurídico-penal desta forma de qualificação somos levados a concluir que, *de iure condendo de lege ferenda*, tal elemento seria, eventualmente, melhor visto e entendido como uma modalidade de agravação pelo resultado e não como um elemento de qualificação do tipo. Portanto, não nos parece que a



consagração deste elemento qualificador tenha sido a melhor solução de política legislativa.

Outrossim, pela forma como está dogmaticamente concebida a figura do crime preterintencional cremos que este actual elemento qualificador não seria subsumível ao conteúdo do crime preterintencional, mas subsumir-se-ia ao conjunto das formas de agravação do crime pelo resultado, onde o resultando agravante não constitui um crime, mas um simples estado, facto ou situação que em si mesma não se considera criminosa.

Recorrendo aos ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS podemos dizer que a defesa da razão material dessa agravação pelo resultado assentaria na especificidade do nexo entre o crime fundamental e o resultado agravante. Uma vez que, por si só, o crime fundamental (burla) já consubstancia um perigo para o bem jurídico (o património).<sup>104</sup>

Por este facto, *de iure condendo de lege ferenda*, parece-nos defensável a sua retirada do “catálogo”<sup>105</sup> das circunstâncias qualificadoras e (em futura reforma legislativa) concretizá-la de forma autónoma em disposição normativa diferente como uma mera forma de agravação pelo resultado.

## 2.2. Considerações finais

Sobre a matéria da qualificação da burla constatamos que o seu tratamento dogmático-doutrinário não mereceu um grande labor em sede de doutrina. Até mesmo o legislador penal não pretendeu, sequer, densificar o conteúdo destes elementos normativos de qualificação.

Logo, e por um lado, tal tarefa ficou a cargo do intérprete e do julgador. Já, por outro lado, o exíguo tratamento a eles despendido impõe um considerável exercício intelectual para que em concreto se possa concretizar a qualificação de um caso *sub judicio*.

---

<sup>104</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 318-319.

<sup>105</sup> A expressão catálogo não é da nossa autoria, extraímos-la de COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 36.

Pretendemos aqui dizer que, a dificuldade de aferir e compreender a partir da conduta do agente a concretização de tais elementos qualificadores, de certa forma, torna difícil a tarefa de aferir o maior desvalor tanto da acção, como do resultado, no específico domínio do dolo que se exige para a concretização do tipo. Consequentemente, dificulta o alcance do maior grau de censurabilidade do comportamento. E isso, é algo que o intérprete e/ou o julgador só podem atingir através de uma apreciação ponderada de todos os elementos e circunstâncias do caso concreto.

Entretanto, FARIA COSTA adianta a ideia de que convém não defender-se que o agente para ser punido por força do elemento normativo qualificador deva representá-lo e querê-lo<sup>106</sup>, de sorte que não se ponha em causa o atendimento do seu comportamento criminoso como censurável em maior grau.

Por sua vez, e já na linha de raciocínio seguida por FIGUEIREDO DIAS<sup>107</sup> e GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>108</sup> (com os quais concordamos), torna-se importante que o agente represente e/ou queira o elemento normativo de qualificação para que possa ser punido de forma agravada, pois essa forma de ver as coisas permite defender-se que nos casos em que o agente não represente e/ou queira o elemento qualificador configurar-se-á uma situação de erro sobre a qualificação.

Portanto, pela forma como os dois últimos penalistas colocam as suas ideias, permite-nos concluir o seguinte: embora o erro sobre a qualificação ponha em causa o dolo do tipo qualificado (burla qualificada), não parece que ponha em causa a existência do dolo do correspondente tipo simples (burla simples). Em consequência disso, nos casos em que resulte provado que o agente não teve consciência da ilicitude do tipo agravado pode aplicar-se-lhe a moldura penal correspondente ao tipo simples.

---

<sup>106</sup> COSTA, Faria, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 73.

<sup>107</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral*, TOMO I, 2ª ed., ob., cit., pág. 357.

<sup>108</sup> SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 207.

## PARTE II

### CAPÍTULO III – AS MODALIDADES DE BURLA E O PARTICULAR CASO DA BURLA POR OMISSÃO (A SUA ADMISSIBILIDADE E/OU INADMISSIBILIDADE)

#### 3. A burla por palavras ou declarações expressas e a burla por actos concludentes

A matéria sobre as modalidades da burla mereceu algum acervo escrito da parte dos penalistas em Portugal. Principalmente, pelo facto de que ao nível doutrinário e jurisprudencial se tem falado de três diferentes modalidades<sup>109</sup> que são: a burla por palavras ou declarações expressas, a burla por actos concludentes, e (embora não sendo pacífica) a burla por omissão.

No confronto doutrinário entre diversas ideias relativas ao crime de burla, podemos ver que a admissibilidade da burla por palavras ou declarações expressas é pacífica.<sup>110</sup> Concebe-se que ela pode advir de expressão oral ou reprodução de escrita, enquanto forma de se produzir o erro ou engano da vítima. Por outras palavras, ela resulta de uma acção positiva do agente que em princípio é voluntária.

Entretanto, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a acção positiva que viola uma norma jurídica nega os valores implícitos na norma<sup>111</sup> e, a nosso ver, é isto o que acarreta uma conduta que configura uma burla por palavras ou declarações expressas (nega valores implícitos em normas penais). Por seu turno, concebe-se ainda que às declarações expressas podem equiparar-se os gestos quando enquadrados em contexto apropriado.<sup>112</sup>

Mas, pode também ser equiparada às declarações expressas o acto de apresentar documento falso e/ou documento que não fundamente determinada pretensão e ainda, o

---

<sup>109</sup> Ver as diferentes modalidades de burla, entre outros, em COSTA, Faria, *Textos legislativos – Código penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Editora Quartelo, 2000, pág. 229 e seguintes. Também em GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.<sup>a</sup> ed., ob., cit., pág. 689 e seguintes.

<sup>110</sup> Consultar, entre outros, COSTA, Faria, *Textos legislativos – Código penal*, ob., cit., pág. 229 e seguintes e, também, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.<sup>a</sup> ed., ob., cit., pág. 689 e seguintes.

<sup>111</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português – Parte geral I* –, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, pág. 295.

<sup>112</sup> *Ibidem*, pág. 296. O autor dá o exemplo de alguém que levanta a mão durante um lance para arrematar um determinado bem no acto de um leilão.

acto de solicitar-se benefícios por serviços não efectuados. Assim sendo, é inquestionável a inclusão desta modalidade de burla ao conjunto dos delitos de acção.<sup>113</sup>

A burla por actos concludentes é uma modalidade que também se integra no conjunto dos delitos de acção. Segundo FARIA COSTA os delitos de acção são aqueles para os quais ocorre da parte do autor uma actuação positiva da qual origina uma alteração do real verdadeiro<sup>114</sup>, isto é, uma alteração do “*mundo sensível*” conforme idealizado pela visão filosófica das ideias em *Platão*.<sup>115</sup> E é isso que os distingue dos delitos de omissão.<sup>116</sup>

De todo o modo, e de acordo com ALMEIDA COSTA, nesta modalidade de burla, o erro ou engano da vítima resulta de uma deficiente compreensão do significado ou conteúdo intrínseco da conduta praticada pelo agente.<sup>117</sup> Dito de outro modo, o comportamento exteriorizado pelo agente e que é captado pela vítima embora aparentar-se inofensivo cria uma factualidade apta a induzir nela a ideia de ser necessária a sua acção (aparentemente inofensiva) que uma vez praticada importará o prejuízo do seu património ou de terceiro.

Queremos com isso dizer que, na acção exteriorizada, o agente (porque assim o quer) oculta as suas reais intenções e passa para à vítima uma falsa ideia das reais intenções, isto é, passa para a vítima a ideia de que não é sua intenção lesar os seus interesses pelo que esta nem sequer desconfia dele.

Nesta conformidade, o agente cria na vítima uma desarmonia entre o sentido de interesse por ela captado a partir da atitude que exterioriza e o sentido de interesse real que ele almeja com a atitude exteriorizada.

---

<sup>113</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 302.

<sup>114</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 243. Nesta sua obra podemos ver essa referência sobre os delitos de acção. Também, sobre a mesma matéria, ver ainda DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 36 e seguintes.

<sup>115</sup> Sobre a filosófica dualidade *platónica* dos mundos ver MARQUES, Mário Reis, ob., cit., pág. 99-100-102.

<sup>116</sup> Ver a distinção entre delitos de acção e omissão em ROXIN, Claus, ob., cit., pág. 169 e seguintes, MONREAL, Eduardo Novoa, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires: Depalma, 1984, pág. 45-55, LEITE, André Lamas, *As «posições de garantia» na omissão impura*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 36-77 e BELEZA, Teresa Pizarro, ob., cit., pág. 501-504.

<sup>117</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 303.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere que os actos concludentes “*são aqueles que têm um sentido social inequívoco, que não corresponde à vontade do agente do crime, mas que ele aproveita para enganar o burlado*”<sup>118</sup>. Nós, porém, não partilhamos desta posição por acreditarmos que o acto concludente praticado pelo agente é voluntário, pois deve ser praticado de uma determinada forma, que seja suficientemente persuasiva, a ponto de levar o lesado (e todos os que dele se apercebiam) a concluir que deve-se adoptar uma conduta posterior e complementar. Mas, não permite que o lesado se aperceba que a conduta sugestionada beneficiará o agente.

### **3.1. O particular caso da burla por omissão. A admissibilidade ou não da omissão (argumentos a favor de uma e de outra posição)**

#### **3.1.1. Argumentos a favor da admissibilidade da burla por omissão**

Faremos um ponto prévio para, de forma introdutória e brevíssima, falar da relevância jurídico-penal que é reconhecida à omissão enquanto modalidade de conduta que pode ser adoptada por um sujeito que pratica um crime. Recordamo-nos que FIGUEIREDO DIAS referiu que “*a omissão é pois, ao lado da acção, uma das formas específicas de realização típica.*”<sup>119</sup>

Actualmente concebe-se que para o efeito de incriminação da omissão, ela deve corresponder a não realização de um comportamento que seja jurídico-penalmente imposto ou exigido.<sup>120</sup>

Porém, o comportamento omissivo pode dar lugar a dois tipos diferentes de crimes omissivos. Segundo FARIA COSTA pode verificar-se, por um lado, um crime por omissão pura quando o tipo exige uma actividade que não depende de um resultado (é o caso do art. 200.º do CP onde se prevê o crime de omissão de auxílio) e, por outro lado, um crime por omissão impura quando o resultado proibido pelo tipo é realizado através de

---

<sup>118</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob., cit., pág. 559-600.

<sup>119</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral TOMO I*, 2ª ed., ob., cit., pág. 905.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pág. 905 e 913.

omissão, ainda que a conduta típica descrita no texto-norma possa configurar-se como de acção.<sup>121</sup>

Este mesmo entendimento pode ser encontrado em GERMANO MARQUES DA SILVA, quando este refere que “*a diferença específica entre os crimes omissivos próprios e os omissivos impróprios reside em que os primeiros são crimes de mera actividade e os crimes comissivos por omissão são crimes de resultado.*”<sup>122</sup>

Por sua vez, ANDRÉ LAMAS LEITE dá-nos a conhecer que a comissão por omissão (omissão impura) consiste numa conduta activa que, atentos os pressupostos político-criminais, deve ser tratada nos quadros dos crimes de omissão mas, ainda assim, não perde o seu carácter de *faccere*.<sup>123</sup> E mais, o crime só fica perfeito quando a não observância da conduta esperada conduzir à efectiva produção do resultado que se pretende afastar (seria nesse sentido que se afirmaria que o não fazer provocou o evento).<sup>124</sup>

Assim, importa-nos dizer que, no que toca ao crime de burla, embora não seja pacífico e/ou unívoco o entendimento doutrinário sobre a admissibilidade (ou não) da omissão enquanto forma para a sua concretização, no grupo dos penalistas que defendem a comissão da burla por meio de omissão (entre outros, CARLOS ALEGRE<sup>125</sup>, SOUSA E BRITO, A. M. ALMEIDA COSTA<sup>126</sup>, MAIA GONÇALVES<sup>127</sup> e LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS<sup>128</sup>) é pacífico o entendimento segundo o qual a omissão que releva para a prática desta modalidade de burla é a omissão imprópria (impura ou, também, comissão por omissão).

---

<sup>121</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 243. Também, sobre a mesma matéria, ver ainda DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 913-917.

<sup>122</sup> SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português*, ob., cit., pág. 28-29.

<sup>123</sup> LEITE, André Lamas, *As posições de garantia na omissão impura. Em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 41.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pág. 46-48. O autor apega-se ao critério tipológico, enquanto critério de distinção entre os crimes omissivos puros e os crimes omissivos impuros. Segundo este critério, a diferença entre as duas modalidades de crimes omissivos está, por um lado, na expressa previsão legal (omissão pura ou própria) ou, por outro lado, no silêncio do tipo de crime quanto ao seu preenchimento a título de inactividade. No caso de silêncio, implicaria que se fizesse uma adequada interpretação da norma no sentido de que a doutrina e a jurisprudência concluíssem pela possibilidade (ou não) de equiparar, no delito *in concreto* o desvalor da acção ao da omissão (crimes comissivos por omissão), tendo por base uma cláusula de equiparação (pág. 53-54).

<sup>125</sup> ALEGRE, Carlos, «Crime contra o património», *RMP* (Cadernos – 3), Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 1988, pág. 109-110.

<sup>126</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário coimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 307-309.

<sup>127</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 691.

<sup>128</sup> HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 538.

Na óptica dos defensores da modalidade da burla por omissão, este tipo de burla tratar-se-ia de um delito de omissão impura e/ou imprópria porque o agente, sobre o qual recai um dever de garantir a não concretização do resultado, deixa de executar o comportamento que lhe é jurídico-penalmente imposto e/ou exigido. Por outras palavras, na modalidade omissiva de burla o agente embora devesse agir para evitar o resultado prejudicial abstém-se de executar qualquer actividade positiva e, em consequência disso, o resultado prejudicial acontece.<sup>129</sup>

Por esta razão, e vendo a partir da óptica dos que a defendem, a modalidade da burla por omissão difere das modalidades de burla por acção onde o agente exerce determinadas actividades físicas que correspondem a uma actuação positiva com vista à realizar o delito.

Em favor da sua admissibilidade os seus defensores invocam alguns argumentos como os que a seguir apresentamos:

– De acordo com ALMEIDA COSTA, um dos argumentos radica no facto de a vontade do legislador histórico ter deixado de constituir o elemento decisivo com vista à determinação do sentido das normas. Portanto, actualmente a doutrina penal maioritária aderiu a uma concepção de raiz objectivista que atribuiu ao intérprete a missão de, em determinados casos de dúvida, poder preencher o conteúdo do preceito normativo (dentro dos limites traçados pela respectiva letra e respeitando as regras da hermenêutica jurídica). Mas, preenchê-lo da forma que seja mais ajustado ao prisma da justiça material e das opções político-criminais subjacentes à ordem jurídica.<sup>130</sup>

Assim sendo, para o intérprete dos tempos actuais, a ausência (no texto da norma do art. 217.º do CP) à alusão do aproveitamento de um prévio estado de erro ou engano do sujeito passivo não significaria que a punibilidade da burla cometida por omissão ficara inviabilizada porque tal ausência a alusão do aproveitamento, não constituiria, por si só, um obstáculo à admissibilidade da burla por omissão.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 243, o autor apresenta aí essa mesma ideia sobre a omissão. Ver também em DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral – TOMO I*, ob., cit., pág. 36 e 905-965

<sup>130</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 307-308.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pág. 307-309.

Antes, porém, entender-se-ia que o legislador ao não ter feito alusão ao aproveitamento de um prévio estado de erro ou engano da vítima (no texto do art. 217.º do CP) procurou, sobretudo, evitar uma redundância com o texto do n.º 2 do art. 10.º do mesmo diploma legal, de onde se poderia extrair a admissibilidade da modalidade de burla por omissão.

Adiantando aquela que nos parece ser a posição de SOUSA E BRITO, a punição da burla cometida através de omissão ficou prevista (podemos dizer que de forma tácita) no regime geral do art. 10.º do CP. Mas, pela forma como foram usados os termos no texto da norma e, conseqüentemente, determinadas as condições para a aferição do delito omissivo, permite-se ao intérprete concluir que o legislador limitou o sancionamento desta modalidade de burla, apenas para os casos em que o agente se encontre investido de um especial dever de garante<sup>132</sup> à não verificação do resultado proibido (n.º 2 do preceito legal).

Nessa perspectiva poder-se-á dizer que o objectivo do legislador foi o de evitar a punição das pessoas sobre as quais não recaísse um dever de garante pela não verificação do resultado proibido. Assim, as pessoas sobre as quais não recaia um dever de garante não estão abrangidas pelo âmbito de protecção da norma (n.º 2 do art. 10.º do CP).<sup>133</sup>

Leva-nos isto a crer que, no sentido a ser conferido à conjugação dos arts. 217.º e 10.º do CP extrair-se-ia o seguinte: por um lado, a equiparação da omissão à acção e, por outro lado, a admissibilidade da burla por omissão. Mas, essa admissibilidade só é possível a partir do n.º 2 do último preceito, que faz uma extensão à omissão da punição prevista para a acção.

### **3.1.2. Argumentos a favor da inadmissibilidade da burla por omissão**

Segundo os defensores da inadmissibilidade da burla poder ser cometida por omissão (entre outros, FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA<sup>134</sup>, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS<sup>135</sup> e

---

<sup>132</sup> Sobre a figura do dever de garante ver LEITE, André Lamas, ob., cit., pág. 107 e seguintes.

<sup>133</sup> BRITO, Sousa e, *apud* COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 307-308.

<sup>134</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 325-327.

<sup>135</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 163-164. Apesar de este penalista não admitir a figura da burla por omissão, considera que na sua actuação, pode o agente conjugar atitudes



MARQUES BORGES<sup>136</sup>), alguns dos argumentos invocados para a inadmissibilidade são os que a seguir se apresentam:

– De acordo com FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA, um dos argumentos radica no facto de o conceito de astúcia constante no texto da norma importar uma certa especificidade para o tipo incriminatório porque esta se equipara as “*manoeuvres frauduleuses*” da doutrina francesa (art. 405.º do “*Code Pénal*”) que, por sua vez, implica a “*mise-en-scène*”<sup>137</sup>, isto é, a realização de actos materiais e/ou positivos com a finalidade de originar um determinado resultado.<sup>138</sup>

– O facto de o n.º 1 do art. 217.º do CP não contemplar qualquer alusão ao aproveitamento pelo agente do estado de erro ou engano em que eventualmente já se encontre o sujeito passivo. Essa atitude do legislador parece que só poderia significar o afastamento de qualquer possibilidade de se vir a incriminar um agente pela prática de uma burla por omissão.

– O facto de, por um lado, a não inclusão do aproveitamento no texto do art. 217.º do CP não se ter fundado em uma pretensão legislativa de evitar a redundância do texto deste artigo com o disposto no art. 10.º do CP porque o legislador histórico não considerou redundante aquela expressão. Por outro lado, a não previsão do aproveitamento também não se deveu ao facto de o legislador pretender equiparar a burla por omissão aos casos em que sobre o agente recaia o dever de evitar o resultado proibido porque a única alternativa que os trabalhos preparatórios da alteração legislativa documentam não teve como pólo a punição da burla por omissão.

– O facto de a burla ser um crime de resultado e, simultaneamente, ser um crime de execução vinculada, que são duas categorias cuja característica principal residiria no particular relevo atribuído ao desvalor da acção no confronto com o desvalor do resultado. Assim, quando perspectivada do ângulo da teleologia do n.º 1 do art. 10.º do CP (que

---

omissivas com atitudes positivas, o que sucede quando este mistura afirmações de qualidade e omissões de defeito para convencer o sujeito passivo. Mas, clarifica que a conduta puramente passiva não é suficiente para configurar o crime de burla, pág. 164-165.

<sup>136</sup> BORGES, Marques, ob., cit., pág. 24.

<sup>137</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 295 e também, PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327.

<sup>138</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327.

apenas contempla a equiparação da omissão à acção na órbita dos delitos materiais), tal circunstância inviabilizaria a punição da burla por omissão porque aí radica a ressalva da norma de ser outra a intenção da lei.<sup>139</sup>

### **3.2. A posição adoptada: a inadmissibilidade da burla por omissão**

Ao apreciarmos a disposição normativa do delito fundamental da burla aproximando-a ao art. 10.º do CP (para uma análise conjunta), vimo-nos impelidos a concluir que os argumentos em defesa da burla por omissão (apesar de desejáveis em um prisma de política-criminal, de justiça criminal e de justiça social) aparentam contrariar o texto expresso no art. 217.º do CP e a teleologia subjacente a esta norma.

Mais do que a ideia exposta no parágrafo anterior, parece-nos ser excessivo recorrer-se a uma eventual complementaridade argumentativa da norma do delito fundamental (art. 217.º do CP) através da sua conjugação com o n.º 2 do art. 10.º do CP, a fim de extrair-se dessa conjugação a ideia da admissibilidade da burla por omissão.

A posição que adoptamos e a reflexão que encetamos sobre esta mesma posição fundam-se na necessidade que sentimos em obter resposta para duas importantes questões (inter-ligadas) suscitadas ao nosso intelecto e que de seguida colocamos:

(1ª) Com as alterações do art. 451.º e seguintes do CP de 1852 para o art. 313.º e seguintes do CP de 1982 e posteriormente para o art. 217.º e seguintes do CP de 2007, queria o legislador, *de facto et de jure*, alterar o *iter criminis* ou o *modus operandi* do tipo delituoso? (2ª) No conjunto das revisões operadas ao tipo incriminatório é defensável a existência da burla por omissão?

Por tudo quanto ficou exposto nas posições favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade da burla ocorrer por via de omissão, parece-nos forçoso inclinarmo-nos para a tese da inadmissibilidade da burla ocorrer por omissão. Assim, corroboramos com a maioria dos argumentos adiantados pelos penalistas que não admitem a ideia da burla

---

<sup>139</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 181 e seguintes, COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 307 e ainda, PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 325-327.

ocorrer por omissão, mas demarcamo-nos da ideia segundo a qual a astúcia pressupõe uma especial especificidade que permita equipará-la a um “*mise-en-scène*”.<sup>140</sup>

Em favor da burla por omissão é conhecido o exemplo do antiquário (segundo o que depreendemos em FERNANDO AMÉRICO MAGALHÃES FERREIRA foi avançado por FARIA COSTA)<sup>141</sup> que nos dá conta da actuação de um negociante de antiguidades que foi a casa de um amigo avaliar arte e vê dentro da casa um prato que o amigo usa para dar de comer ao gato. O negociante verifica que o prato é uma preciosidade da antiga dinastia chinesa “*Ming*” e por isso muitíssimo valioso. Segundo o exemplo, sobre o negociante recai o dever de informar o amigo sobre o valor do prato mas, em vez disso, este diz ao amigo que gostou do prato e o amigo oferece-lho, pois pensa erradamente que o prato não vale nada.

Embora este exemplo aparenta ser enquadrável no ideário da admissibilidade da burla por omissão, dele podemos extrair algumas ilações que não vão de encontro com a ideia desta mesma admissibilidade. Se não vejamos:

(a) Se tivermos em conta a atitude do negociante de ter referido ao amigo que gostou do prato e, na linha de reflexão exposta por ALMEIDA COSTA, partirmos do princípio que a astúcia implica uma certa sagacidade do agente que o permite adequar-se ao projecto criminoso por recurso ao menor esforço possível<sup>142</sup>, poderemos concluir que o negociante poderia prever a atitude do seu amigo (de ofertar-lhe o prato) porque, eventualmente, conhece-o o suficiente para decifrar qual seria a reacção dele àquele seu comentário.

Parece-nos, pois, que no bom rigor do exemplo em apreço, poderíamos estar perante um crime de burla por actos concludentes. Principalmente, pelo facto daquela manifestação do negociante, por si só, constituir um comportamento decisivo para a actuação da vítima. E, a nosso ver, só esta visão mostraria concordância com a imposição normativa do agente vir a provocar factos para induzir em erro ou engano a vítima.

---

<sup>140</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327.

<sup>141</sup> FERREIRA, Fernando Américo Magalhães, «Burla (Admissibilidade da comissão por omissão)», *Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, 2011, consultado em [www.slideshare.net](http://www.slideshare.net), 22/03/013.

<sup>142</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 298.

A ideia de que a imposição normativa da provocação dos factos que induzam em erro ou engano a vítima afasta a omissão pode ser encontrada em HENRIQUES HEIRAS e GUILHERMINA FORTES que transcreveram do Acórdão do STJ de 8 de Fevereiro de 1996, o texto segundo o qual “...o crime de burla não pode ser cometido por omissão, tendo em conta que o respectivo preceito exige que o erro ou engano seja astuciosamente provocado...”<sup>143</sup>

No exemplo em apreço não nos parece que importaria tanto o valor do bem e/ou a supremacia do dever de garante. Importaria sim, a actuação do negociante que acarreta um falso desinteresse comercial sobre o bem e que o comerciante (através da sua conduta) deixou transparecer ao seu amigo. Parece-nos, pois, que este oferece-lhe o prato por pensar que não há interesse comercial da parte do amigo, isto é, por pensar que, eventualmente, ele tenha desenvolvido algum tipo de afeição pelo objecto.

Mais ainda, se aliarmos a supra citada atitude do avalista ao facto de que, até certo ponto, este pode ter a capacidade de prever e/ou contar com a reacção do amigo à declaração por si proferida (por conhecê-lo minimamente) seríamos forçados a concluir que a sua declaração corresponderá a uma atitude concludente. Tal atitude assentaria na ideia avançada por ALMEIDA COSTA segundo a qual na modalidade de burla por actos concludentes, o erro ou engano da vítima resulta da deficiente compreensão do significado ou conteúdo intrínseco da conduta praticada pelo agente.<sup>144</sup>

Na nossa modesta forma de compreender o exemplo em apreço, se não virmos conclusão na actuação do comerciante, parece-nos que estaríamos a ser apologistas da ideia de que o merecimento de tutela penal incide sobre o elevado valor do bem, ou seja, que só um bem com elevado valor económico, comercial ou artístico seria objecto de um crime dessa modalidade de burla. E, em sentido oposto, que um bem comum com diminuto valor económico, comercial e/ou sem valor artístico (um simples e/ou humilde prato de ração animal) nunca seria objecto de um crime de burla por omissão.

---

<sup>143</sup> HEIRAS, Henriques/FORTES, Guilhermina, *Dicionário de direito penal e processo penal*, Lisboa: Quid Juris, 2010, pág. 103.

<sup>144</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 303.

Parece-nos que, por um lado, tal posicionamento (no exclusivo prisma do dever de garante) seria a teorização de um senso contraditório porque o dever de garante deve estar vinculado a qualidade e/ou característica da pessoa (conforme exige o n.º 2 do art. 10.º do CP)<sup>145</sup> e não a qualidade ou característica do bem (AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO faz referência a essa ideia da pessoalidade do dever de garante).<sup>146</sup> Por outro lado, uma teorização da burla por omissão que assente em exclusivo no dever de garante mostra inconsistência se, primacialmente, a confrontarmos (em exclusivo) com o texto da norma do art. 217.º do CP.

Essa teoria da admissibilidade da burla por omissão, verificada a partir da existência de um dever de garante, se confrontada com certas questões hipotéticas de conflitualidade dificilmente lograria respostas razoáveis. É o caso das duas questões que a seguir colocamos:

Se fosse uma pessoa sobre a qual recai o dever de garante e actuasse da mesma forma sobre um bem com diminuto valor e/ou sem qualquer valor económico, comercial ou artístico não cometeria um crime de burla por omissão? Se fosse uma pessoa não vinculada a um dever de garante e actuasse da mesma forma sobre um bem de valor económico, comercial e/ou artístico, elevado ou consideravelmente elevado não cometeria um crime de burla por omissão?

As questões acima formuladas, de cuja resposta não curaremos de dar aqui, poderiam levantar-se perante a teorização da admissibilidade da burla por omissão assente nas características do bem e/ou assente em exclusivo na ideia do dever de garante.

Em uma outra vertente, podemos dizer que no actual ordenamento jurídico-penal o reconhecimento da dignidade penal para um bem jurídico e, consequentemente, o

---

<sup>145</sup> Apartando-nos de eventuais radicalismos, apregoamos o seguinte: ou o agente está vinculado a um dever de garante ou não o está. Se o estiver, deverá cumpri-lo em qualquer circunstância e quaisquer que sejam os elementos integrantes do caso. Não parece coerente teorizar que a pessoa vinculada ao dever de garante deva apenas cumpri-lo em razão de certas circunstâncias do caso ou em razão de certas características do bem afecto ao património da vítima. A limitação de tal dever ao valor de um bem ou a outra qualquer característica deste pode criar controvérsia, ou seja, defender-se que a pessoa vinculada a um dever de garante, se estiver perante uma situação que envolva um bem de valor elevado deve cumprir o dever de garante e se, porém, estiver perante uma situação que envolva um bem sem valor ou de valor diminuto já não estaria obrigado a cumpri-lo não parece correcto.

<sup>146</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal – Parte geral*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 557 e seguintes.

reconhecimento de tutela penal para as situações que envolvam a sua lesão não parece que se fundam em pressupostos e/ou critérios como o valor do próprio bem.

Tanto assim nos parece ser que, no âmbito dos crimes contra o património, ficou evidente essa linha ideológica de que o valor de um bem não goza de grande relevância para a incriminação de comportamentos e/ou para a responsabilização penal de sujeitos na medida em que determinadas normas incriminatórias do CP deixam antever que o valor do bem não parece ser determinante para a responsabilização penal dos sujeitos. Pensamos que é por essa razão que o legislador penal fez aí constar o art. 206.º do CP e todas as remissões que lhe estão legalmente feitas.

(b) Se não considerarmos aquela actuação positiva do negociante (de referir ao amigo que gostou do prato) como uma forma dele se antecipar à actuação do amigo (porque a podia prever) e como sendo o elemento sem o qual o comportamento do amigo não ocorreria, pensamos que no rigor textual do art. 217.º do CP não se configuraria um crime de burla (eventualmente estaríamos em presença de um puro gesto de amizade, uma simples oferta ou uma doação).<sup>147</sup>

Mais do que isso, muito menos ainda estaríamos em presença de um crime de burla por omissão porque o *iter criminis* do tipo não a comporta, ou seja, o texto da norma manda que o agente provoque os factos que sirvam para induzir em erro ou engano a vítima (o que equivale a dar origem ao erro ou engano da vítima) e não, simplesmente, aproveitar-se dele.<sup>148</sup> Entretanto, no caso em apreço, o erro ou engano da vítima já seria pré-existente ao aparecimento do agente.

---

<sup>147</sup> Atitudes, essas, que caem no âmbito da actuação filantrópica que, em princípio, não constituiriam obrigações jurídicas para o beneficiário. Mesmo que se pudesse ter outro entendimento sobre o caso, pensamos que no máximo configurar-se-iam obrigações naturais para o beneficiário, ou seja, se a atitude filantrópica foi motivada por algum erro ou engano do alienante, que nada tenha a ver com uma intervenção do beneficiário, não poderá este exigir judicialmente a restituição do bem alegando a posse de má-fé daquele ou alegando o incumprimento de alguma obrigação jurídica. Quando muito, poderá esperar que o beneficiário compreenda a sua situação e voluntariamente lhe restitua o bem.

<sup>148</sup> A respeito desta exigência de provocação dos factos, que não se resume a um mero aproveitamento, ainda na vigência do art. 313.º do CP de 1982 foi proferido pelo Supremo Tribunal de justiça o ac. STJ de 4 de Novembro de 1987, proc. nº 39076; TJ, nº 35, pág. 24 onde constou a referência segundo a qual “o artigo 313.º do CP (referente à burla) não contempla a burla por omissão (pelo simples aproveitamento das circunstâncias); só incrimina a burla por acção (o agente há-de provocar astuciosamente o erro ou engano)”. Também foi proferido o ac. STJ de 8 de Fevereiro de 1996; CJ, Acs. do STJ, IV, Tomo I, pág. 208, onde se referiu que “para a verificação do crime de burla há a considerar, num primeiro momento, a verificação de uma conduta astuciosa que induza directamente ou mantenha em erro ou engano o lesado... ...deverá existir uma sucessiva relação de causa-efeito entre os meios empregues e o erro ou engano e entre

Por outras palavras, se o titular conhecesse o real valor do prato ou, no mínimo, tivesse algum tipo de importância para si, nunca lhe transformaria em prato de ração animal. Caso contrário, seria, no mínimo, uma atitude excêntrica. Assim, o erro ou engano não teriam a sua origem em factos provocados pelo comerciante, pois já seriam pré-existentes.

Reformulemos a seguir o exemplo para melhor compreender o raciocínio esboçado<sup>149</sup>: o negociante de antiguidades vai a casa de um amigo avaliar arte e vê dentro de casa um prato que o amigo usa para dar de comer ao gato. O negociante verifica que o prato é uma preciosidade da dinastia chinesa “*Ming*” e, por isso, muitíssimo valioso. O negociante tem o dever de informar o amigo do valor do prato, mas nada refere. Aliás, depois de algum tempo ali na casa esquece-se do prato. Porém, ao preparar-se para ir embora, o amigo recorda-se que também ele tem um gato e (por esta ou por outra razão qualquer) oferece-lhe o prato. Emocionado com o gesto carinhoso do amigo este o aceita.

Nesta segunda versão do exemplo vemos que, por um lado, como ocorre no primeiro exemplo também aqui há um gesto de oferta, isto é, a iniciativa de oferecer o prato parte do titular do bem. Mas, diferentemente do primeiro exemplo, aqui não houve actuação prévia do comerciante (este não declara que gostou do prato). Por outro lado, diferentemente do primeiro exemplo aqui, no momento em que o comerciante aceita a oferta do amigo, ele encontra-se envolvido em comoção pelo gesto do amigo pelo que nem relaciona o bem ao seu valor.

Logo, analisada e ponderada a situação hipotética, tendo sempre presente que a norma incriminadora impõe que o agente deve provocar os factos que induzam em erro ou engano a vítima (o erro ou engano deve advir da actuação do agente), parece-nos que não estaríamos perante um caso de burla por omissão porque o erro ou engano da vítima não teria a sua origem na actuação do agente (já seria pré-existente).

---

*estes e os actos que vão directamente defraudar o património do terceiro ou do lesado. Por isso, apenas são punidos os casos em que o erro ou engano é astuciosamente provocado (burla activa), excluindo-se aqueles em que é simplesmente aproveitado”.*

<sup>149</sup> Esta versão do exemplo é da nossa autoria.

Esta ideia segundo a qual na comissão da burla deve o agente provocar o erro ou engano da vítima pode, também, ser afluída em MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES quando refere que “...*Mas é necessário que o erro ou engano tenham sido provocados astuciosamente pelo agente da infracção, isto é, usando de um meio engenhoso para enganar ou induzir um erro...*”<sup>150</sup>

Por seu turno, se partirmos do princípio que no primeiro exemplo o comerciante, no momento em que aceita a oferta do amigo, não está envolto em comoção e não perdeu de vista que o bem tem valor elevado, então, fica reforçada a teoria da burla por actos concludentes porque isso demonstraria que a declaração por si proferida teria por finalidade fazer com que o amigo lhe ofertasse o prato, isto é, que tal declaração era conclusiva para que o amigo lhe ofertasse o prato.

Assim sendo, no exemplo do antiquário, não concluiríamos que a sua actuação corresponderia à prática de uma burla por omissão pelo facto do texto da norma sobre o crime de burla impor que o erro ou engano da vítima tenham de resultar de factos (astuciosamente) provocados pelo agente, isto é, tenham de advir da actuação do agente. É que, neste caso, o erro ou engano da vítima já não seria a pré-existência do desconhecimento do valor do bem, mas, seria sim, a falsa despreensão comercial induzida pelo agente à vítima a partir do seu comportamento.

Resumindo e concluindo, tanto no primeiro exemplo, como no segundo, estamos perante uma oferta que é feita com afecto pelo titular do bem (a iniciativa é sua). Portanto, o facto de o comerciante não ter informado o amigo de que o bem tem valor elevado seria a causa da origem do seu erro ou engano? Não nos parece.

Relevaria de forma absoluta (ao ponto de transfigurar o caso em um crime de burla por omissão) o facto de o beneficiário do gesto voluntário e afectuoso informar ou deixar de informar ao seu autor de que o bem tem elevado valor económico? No cenário de

---

<sup>150</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 691-692. No mesmo sentido encontramos no ac. RC de 22 de Abril de 1986; *BMJ*, 358, pág. 621, a referência segundo a qual para a verificação do crime de burla é necessário que o agente, astuciosamente, induza em erro ou engane outrem, para obter para si ou para terceiro um enriquecimento injusto.



um direito penal que se quer vinculado ao princípio da legalidade e apologista da justiça enquanto princípio fundamental<sup>151</sup> (reflectido nas suas normas) não nos parece.<sup>152</sup>

### **3.3. Análise “*de facto*” sobre a inadmissibilidade da burla por omissão**

#### **3.3.1. A mutação aparente do tipo delituoso após as sucessivas reformas do CP. A comissão por acção enquanto forma originária de execução do delito**

Procuraremos agora analisar de forma cronológica (porém, muitíssimo resumida<sup>153</sup>), alguns factos que ocorreram ao longo dos últimos dois centenários e que nos parecem relevantes para justificarmos a inadmissibilidade da burla por omissão. Assim, começamos por referir que o CP de 1852 (segundo FARIA COSTA foi o primeiro código português nesse domínio do direito<sup>154</sup>) previa o delito fundamental da burla nos seus arts. 450.º, 451.º e 456.º.

Nos textos destes artigos podia-se depreender que tanto o *iter criminis*, quanto o *modus operandi* previstos para a concretização do delito impunham que o tipo incriminatório fosse praticado pela forma activa.

A especificidade normativamente prevista para a forma de actuação do agente, a fim de lograr a concretização do crime, não deixava margens para questionamentos sobre qual seria a forma adequada para a sua comissão. Sendo que, naquele específico contexto, concebia-se (largamente) que era a comissão por acção.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 11, conferir a referência do autor sobre a realização da justiça enquanto finalidade do direito e pág. 100-102, no § 66 c) a ideia de justiça enquanto virtude suprema e no § 69 a exigência de concretização imaculada desse ideal no âmbito do direito penal.

<sup>152</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., Sintra: Publicações Europa-América, 1998, pág. 276-279. Nesta obra o autor procura mostrar a relação entre o direito e a justiça. NEVES, A. Castanheira, *Digesta*, Vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 241-286, refere que na sua axiologia o direito deve pressupor a justiça.

<sup>153</sup> Não cabe nos propósitos desta dissertação fazer um estudo exaustivo dos preceitos normativos antecedentes à vigência do art. 217.º do CP de 2007. Com o presente ponto pretendemos, apenas, analisar o presente do tipo incriminatório tendo em atenção alguns aspectos do passado (que nos parecem relevantes).

<sup>154</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 154. Ver também em DIAS Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 67.

<sup>155</sup> ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 17-18. Referem estes autores que BELEZA DOS SANTOS, a propósito dos arts. 451.º e 456.º do CP de 1852, apregoou publicamente a ideia de que o delito da burla poder-se-ia concretizar, tanto pela provocação, quanto pelo aproveitamento do erro por parte do agente. Todavia, parece-nos que nesta época, de entre os poucos penalistas que pensaram a respeito (e até onde pudemos ver), apenas este

É que, assim nos parece, no contexto temporal do CP de 1852 não constituía motivo de inquietude intelectual para a maioria dos penalistas da época de qual seria a forma exigida e adequada para a comissão do delito. Segundo MARQUES BORGES, na vigência do CP de 1852 e no âmbito dos arts. 451.º e 456.º BELEZA DOS SANTOS já apregoava a possibilidade de coexistirem a provocação e o aproveitamento do erro.<sup>156</sup> Mesmo assim, nesta época, não havia controvérsia a respeito (pelo menos não em fórum público) pois, até onde pudemos apurar, não aparece nada documentado relativamente a uma controvérsia desta índole.

Na evolução histórica dos factos, após as sucessivas reformas do CP, tanto a reforma operada em 1884, como a operada em 1886, o estado de situação parece que se manteve inalterado. Primeiro, porque como refere FARIA COSTA, o código de 1866 não conseguiu fazer jus ao progresso da doutrina que a reforma de 1884 fazia transparecer<sup>157</sup> e, segundo, porque nas reformas feitas ao código não foi alterada a estrutura do tipo incriminatório, isto é, o texto da norma referente ao tipo incriminatório não sofreu alterações. Assim, é para nós forçoso arguir que continuou prevista a comissão por acção como a forma adequada para executar o delito.

No regime do Estado Novo o governo que estava em cumprimento de mandato decide criar uma comissão para a revisão do CP.<sup>158</sup> No âmbito dos trabalhos da comissão, EDUARDO CORREIA (o membro que liderava a comissão) apresentou o Anteprojecto da Parte Especial do CP (datado de 1966)<sup>159</sup> do qual foi o autor e no qual estava previsto um preceito jurídico referente a burla que era o art. 212.º. O nº 1 daquele artigo fazia menção às locuções provocar e aproveitar como formas diferentes de concretizar o crime de burla.

---

manifestou publicamente a ideia de que a execução do delito poderia ocorrer pela provocação e pelo aproveitamento do erro por parte do agente.

<sup>156</sup> Ibidem, pág. 17-18.

<sup>157</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 155. Sobre estas reformas ver também DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 71 e seguintes.

<sup>158</sup> O regime do Estado Novo correspondeu ao período de 1933 a 1974. Foi aí que o então ministro da justiça JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA (exerceu o cargo no período de 1954-1967) comissionou o Professor EDUARDO CORREIA para com outros (o Juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça FERNANDO B. MIRANDA; o Procurador da República junto da Relação de Coimbra ANTÓNIO A. SIMÕES; o Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FIGUEIREDO DIAS; o Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra BOAVENTURA S. SANTOS; e o Representante da Ordem dos Advogados do Distrito Judicial de Coimbra FERNANDO LOPES) integrar e liderar a Comissão Revisora do CP.

<sup>159</sup> Ver a propósito COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 156.

Conforme captámos nas Actas das Sessões da referida Comissão Revisora<sup>160</sup>, FIGUEIREDO DIAS (membro da comissão) questionou a abrangência da fórmula contida no citado preceito normativo que tinha sido proposta por EDUARDO CORREIA. Ao que tudo indica, questionou por achar que esta fórmula, de forma dissimulada, encerrava uma incomensurável amplitude. Por outras palavras, questionou se a punição da burla na forma de acção e, simultaneamente, na forma de omissão não conduziria a um alargamento excessivo do tipo.

No entanto, apesar do debate gerado, EDUARDO CORREIA manteve no Anteprojecto a redacção originariamente proposta por si e que aludia simultaneamente às locuções provocar e aproveitar (FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA, LEAL HENRIQUES E SIMAS SANTOS e MARQUES BORGES fazem referência a esta tomada de posição de EDUARDO CORREIA e da inquietação apresentada por FIGUEIREDO DIAS).<sup>161</sup>

Assim, parece-nos que no seio dos penalistas lusitanos foi, verdadeiramente, nesse período que passou a situar-se o marco limítrofe do afloramento da controvérsia sobre a possibilidade da comissão do delito resultar de duas formas diferentes de comportamento (activo e omissivo), pois pudemos (apenas) ver em MARQUES BORGES<sup>162</sup> que BELEZA DOS SANTOS, anos antes, avançara publicamente tal ideia. Ocorre, porém, que além de referências sobre ele não encontramos documentado qualquer posicionamento de outros penalistas a respeito.

Na sequência histórica dos factos aconteceu que na altura da aprovação do novo CP, isto é, o CP de 1982<sup>163</sup>, o crime de burla ficou previsto no art. 313.º e seguintes e aí não se fez nenhuma alusão ao aproveitamento como forma de concretizar o delito. Alude-se apenas (de forma isolada) à provocação.

---

<sup>160</sup> «Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1966)», Parte Especial, Publicação do Ministério da Justiça, Lisboa: AAFDL, Lisboa, 1979, pág., 138-139.

<sup>161</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327, HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, 2º Vol., ob., cit., pág. 538 e ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 16-17.

<sup>162</sup> ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 17-18.

<sup>163</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82 de 23 de Setembro e publicado no Diário da República, I – Série – N.º 221.

Embora tenhamos aqui um marco de mutação do texto normativo do tipo delituoso (em comparação com o texto anterior) esta mutação é sobretudo estética por atingir essencialmente a grafia normativa.<sup>164</sup> O pouco que foi para lá da estética (tocando na substancialidade do tipo) respeitou apenas a introdução da astúcia e da ilegitimidade do enriquecimento. Mesmo FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO deixa antever essa ideia quando refere que “*o propósito assumido pela Comissão Revisora na matéria dos crimes contra o património foi o de não proceder a modificações sensíveis.*”<sup>165</sup>

Pensamos, por isso, que foi uma mutação que não alterou a tipicidade, pois parece-nos que, por um lado, e apegando-nos às considerações tecidas por FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA, a introdução da astúcia apenas serviu para unificar os vários modos de cometimento da burla.<sup>166</sup>

Por outro lado, a menção isolada da provocação (astuciosa) do erro ou do engano foi o operador linguístico usado pelo legislador penal para, além das formas de actuação (positiva) que já se encontravam previstas no âmbito da vigência dos arts. 450.º / 451.º / 456.º do CP de 1852, propiciar o acolhimento de outras formas positivas de actuação do agente na execução deste delito. Em favor desta ideia encontramos a reflexão feita por MARQUES BORGES segundo a qual “*o erro provocado astuciosamente corresponde ao artifício fraudulento do art. 451.º do antigo CP, mas, sem ter, agora, de revestir qualquer modalidade específica...*”<sup>167</sup>

Neste prisma, é de supormos que a atitude do poder legislativo de só prever a provocação astuciosa dos factos que induzam em erro ou engano a vítima e, não já, o aproveitamento do erro ou do engano pré-existente na vítima (nas formas de concretização do tipo incriminatório) implicou a prossecução da tradição tipológica anteriormente

---

<sup>164</sup> Segundo BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 149, comparativamente com os arts. 450.º, 451.º e 456.º do CP de 1886, o art. 313.º do CP de 1982 apresentou uma inovação profunda no delinear típico do crime em causa. Notamos, no entanto, que este autor só fala em inovação no delinear típico e, não já, em inovação do tipo, parece-nos que isso só quer significar que houve uma inovação profunda no texto da norma referente ao tipo, mas o tipo permanece o mesmo.

<sup>165</sup> BELEZA, Teresa Pizarro/PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *A tutela penal do Património após a revisão do Código Penal de 1995*, Lisboa: AAFDL, 1998, pág. 6.

<sup>166</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 324. Estes autores referem ainda que a solução normativa consagrada no art. 217.º do CP aparece como expressão de um desejo de simplificação do legislador penal, pois o legislador penal de 1982-95 não pretendeu romper com o passado.

<sup>167</sup> A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 24-25.

existente e, conseqüentemente, da forma de concretização do tipo que já descendia desde o primeiro código, isto é, mantém a comissão por acção enquanto forma adequada para a execução do delito.<sup>168</sup>

A revisão do CP operada a 4 de Setembro de 2007 (em vigor até ao presente) previu o delito da burla no art. 217.º e seguintes e o seu texto (relativamente ao *modus operandi* do tipo) manteve-se, no essencial, fiel ao conteúdo normativo que já figurava no art. 313.º e seguintes do CP de 1982. É, precisamente, esta ideia que extraímos dos dizeres de FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA quando referem que “...o legislador penal de 1982-95 não pretendeu romper com o passado...”.<sup>169</sup>

O legislador continuou a prever como forma adequada para a comissão do delito a actuação positiva do agente, isto é, a comissão por acção ainda é a fórmula normativamente prevista porque o legislador manteve a imposição normativa de o agente provocar astuciosamente os factos que sirvam para induzir em erro ou engano a vítima. Dito por outras palavras, a origem do erro ou engano da vítima deve ser a actuação do agente.

Portanto, a nosso ver, a simples ideia do agente fazer com que a vítima se mantenha no erro ou engano (que, nesse caso, já seria pré-existente) não deve relevar jurídico-penalmente para a concretização do delito. Também não relevaria a ideia do aproveitamento de um erro ou engano pré-existente. É que, para a concretização do tipo, a especificidade normativamente prevista para a forma de actuação do agente impõe que este deva ser a origem do erro ou engano da vítima, isto é, a norma do tipo não contempla a simples ideia deste assegurar a continuação do erro ou engano da vítima ou, mesmo, deste aproveitar-se do erro ou engano da vítima.

Por outras palavras, a mutação operada foi meramente estética<sup>170</sup> porque, por um lado, o tipo mantém a mesma essência (o que foi para lá da estética permitiu apenas a

---

<sup>168</sup> Em favor deste nosso entendimento encontramos, entre outros, PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 24.

<sup>169</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 324. Por sua vez, segundo BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 149, na criação do art. 217.º do CP de 1995, o tipo incriminatório manteve a mesma linha de orientação que já estava prevista no art. 313.º do CP de 1982.

<sup>170</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 324.

redução do efeito penalizador da norma) e, por outro lado, não se vislumbra (nem por mero reflexo sequer) a ideia do aproveitamento de um eventual erro ou engano pré-existente da vítima. Em favor deste nosso entendimento encontramos nos dizeres de MAIA GONÇALVES a seguinte referência: “*relativamente a versão originária do n.º 1 do art. 217.º só há alterações meramente formais e no que respeita à dosimetria penal...*”

Nesse contexto, outro entendimento não poderíamos ter se não aquele que temos seguido e segundo o qual a atitude do poder legislativo vigente continuou a manter a tradição tipológica para a forma de execução do crime (comissão por acção) conforme se configurou desde o primeiro CP.

### **3.3.2. A exigência de factos provocados (que induzam em erro ou engano) como uma forma distintiva do comportamento do agente em uma específica comissão por acção. A impossibilidade de equiparação entre a acção e a omissão no crime de burla**

#### **3.3.2.1. A exigência de factos provocados que induzam em erro ou engano**

O texto-norma do delito impõe que o estado de erro ou engano da vítima deva resultar de factos provocados astuciosamente. Quais factos? Não curamos aqui de saber qual a natureza dos factos, nem de saber o que sejam factos.<sup>171</sup> Mas, procuramos apenas saber qual a fonte e quais os efeitos destes factos atendendo ao âmbito do tipo legal incriminatório em análise.

Os factos<sup>172</sup> referidos no corpo do texto-norma do delito serão aqueles que forem provocados pelo agente (com astúcia). Por essa razão, não é qualquer facto que serve para fundamentar aquele estado de erro ou engano da vítima.

Não será um facto provocado pela força da natureza, não será um facto provocado por acção animal, não será um facto provocado por acção de pessoa distinta do agente e não será um facto provocado pela própria vítima. Serão sim, os factos provocados pelo

---

<sup>171</sup> De acordo com o *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, pág. 1676, facto é a coisa feita, a acção realizada, o acontecimento circunscrito em determinado tempo e lugar.

<sup>172</sup> Sobre a matéria dos factos ver, entre outros, MENDES, João de Castro, *Introdução ao estudo do direito*, ob., cit., pág. 163 e seguintes.

agente, isto é, atendendo a especificidade normativa, que vai ao ponto de impor a existência de astúcia no comportamento do agente, cremos que serão os factos que resultarem da sua actuação voluntária e consciente.

O agente é a fonte dos factos e os factos têm como efeito induzir em erro ou engano a vítima. Em outras palavras, seguindo os ditames do texto da norma é da conjunção coordenativa aditiva entre os elementos «factos + astúcia + provocou» concretizada na específica fórmula frásica – por erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou –, que deverá resultar o estado de erro ou engano da vítima e que, nesse caso, será jurídico-penalmente relevante para que a conduta do agente se adegue ao possível preenchimento do tipo.

Desde logo, tratando-se de factos astuciosamente provocados, implica isso dizer que, por um lado, deverão ser voluntários e conscientes, ou seja, premeditadamente projectados pelo agente para produzirem o efeito de induzir em erro ou engano a vítima. Por outro lado, a forma como está construída, no texto da norma, aquela específica frase (sobre factos que astuciosamente provocou) permite-nos argumentar que a concretização do crime pressupõe a criação de uma factualidade de cariz “*ex novo*” e não simplesmente embarcar-se no aproveitamento de uma factualidade pré-existente.

Dito de outro modo, o agente através do seu comportamento deve positivamente produzir algo que seja apto a induzir a vítima em erro ou engano. Também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS salienta essa ideia da necessidade de actuação positiva por parte do agente.<sup>173</sup>

De qualquer forma, o que importa aqui fazer notar é que a forma como foi normativamente construída a frase permite-nos considerar que o erro ou engano da vítima deve ter a sua origem na actuação do agente.

### **3.3.2.2. A impossibilidade de equiparação entre a acção e à omissão no crime de burla**

---

<sup>173</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 164.

Agora, e tendo sempre em atenção que estamos a visualizar a ideia de que o imperativo introduzido na norma exige da parte do agente a provocação dos factos que induzam em erro ou engano a vítima tentaremos ver se, de acordo com a cláusula geral de equiparação entre a acção e a omissão (art. 10.º do CP), no âmbito do crime de burla poderá haver uma equiparação entre a acção exigida para a execução do tipo e a omissão de conduta.

Desde já, importa-nos dizer que partimos da ideia segundo a qual no crime de burla não existe equiparação entre a acção e a omissão porque, de forma precisa, foi consagrado um modo de execução do tipo que o torna específico<sup>174</sup> e que não nos parece que se compadeça com a ideia de que este tipo legal incriminatório possa ser executado através de omissão.

Todavia, para melhor elucidarmos se à execução do tipo importa (ou não) a equiparação entre a acção e a omissão, recordaremos os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS quando refere que nos crimes em que o tipo legal descreve uma forma vinculada ou torna dependente dela o desvalor da acção (como é o caso da burla), a restrição legal do nº 1 do art. 10.º do CP (de ser outra a intenção da lei) teria o sentido de reenviar o aplicador do direito para uma valoração autónoma de carácter ético-social própria, através da qual ele possa determinar se, segundo as concretas circunstâncias do caso, o desvalor da omissão corresponde ou é equiparável ao desvalor da acção (dentro da perspectiva da própria ilicitude).<sup>175</sup>

Mais ainda, segundo o que pudemos depreender dos ensinamentos deste penalista, se nos atermos à interpretação devida ao tipo legal de acção, seja na sua espécie ou no seu modo de execução, podemos ser levados a concluir que pode o aplicador do direito se pronunciar pela não correspondência axiológica entre a acção e a omissão.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> A especificidade no modo de execução do tipo traz-nos à memória os dizeres de A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 23, quando referem que este tipo de crime está dotado de especiais elementos de acção.

<sup>175</sup> DIAS, Figueiredo, «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», *Separata das Jornadas de direito criminal, CEJ, FASE I*, pág. 53-55. Do mesmo autor, e ainda sobre a matéria da equiparação, ver também *Direito Penal – Parte geral TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 917-924.

<sup>176</sup> DIAS, Figueiredo, «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», ob., cit., pág. 53-55. Já, na sua obra *Direito Penal – Parte geral TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 917-924, o penalista refere que “o fundamento da equiparação entre a acção e a omissão deverá residir em uma autónoma valoração da ilicitude, que, relativamente a um certo tipo de ilícito, o desvalor da omissão corresponda no essencial ao desvalor da acção e será o caso quando, e apenas quando, sobre o agente recaia um dever de evitar activa



Assim, a nosso ver, em um caso concreto onde se divisam elementos do tipo incriminatório da burla (art. 217.º do CP), mas cujo comportamento do agente tenha sido uma omissão, o julgador pode vir a concluir que tal comportamento não deva ser tratado como crime de burla e, para o efeito, pode recorrer ao fundamento de que em casos do género a intenção da lei é outra.

Dito de outro modo, atendendo ao disposto na parte final do n.º 1 do art. 10.º do CP, o comportamento acima citado não configuraria um crime de burla porque a interpretação devida ao tipo legal de acção, tanto na espécie, como no modo de execução, não permite corresponder axiologicamente a acção à omissão.

Recordamos que FIGUEIREDO DIAS, a propósito da ressalva do n.º 1 do art.º 10.º, referiu que tal ressalva não se resumiu (apenas) à referência àqueles casos em que (pela natureza das coisas ou por força da vinculação típica da acção) o tipo de ilícito descrito como acção, não pode ser integrado por omissão.

Nós, porém, pensamos que o facto de ter sido descrito no texto-norma do tipo incriminatório da burla uma específica forma de actuação positiva (MARQUES BORGES diz que o tipo congregou “*especiais elementos de acção*”<sup>177</sup>) a que deve o agente se conformar para preencher o tipo de ilícito descrito, é que fez com que ficasse normativamente afastada a equiparação da acção à omissão. Mais ainda, em consequência da especificidade descritiva do comportamento como acção, as omissões que comportam elementos do tipo incriminatório da burla compreender-se-ão melhor no âmbito da ressalva do n.º 1 do art. 10.º do CP.

O que pretendemos aqui dizer é o seguinte: o facto, de na reflexão adiantada, FIGUEIREDO DIAS ter conjecturado que a ressalva do n.º 1 não se resumiu aos casos em que o tipo de ilícito descrito como acção não pode ser integrado por omissão significaria que, de forma implícita, tal ressalva pode também compreender estes casos.

---

*ou positivamente a realização típica, ou seja, de obstar à verificação do resultado típico (dever de garantia ou dever de garante), apesar de um tal dever não se encontrar referido na descrição típica.”*

<sup>177</sup> A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 23.

Assim, embora não corresponda ao todo do seu pensamento, por si só, a ideia (implicitamente avançada pelo penalista) de que a ressalva do nº 1 do art. 10.º do CP pode também acolher os tipos de ilícito cuja descrição da acção não permite que possam ser integrados por omissão<sup>178</sup>, permite-nos dizer que os crimes como a burla (em cuja natureza das coisas e a força da vinculação típica faz com que o tipo de acção não possa ser integrada por omissão) venham a integrar no âmbito da ressalva deste mesmo nº 1.

Referiu ainda FIGUEIREDO DIAS, a propósito do assunto da equiparação entre as formas de comportamentos, que *“o relevo prático-normativo do princípio de correspondência da omissão à acção traduz-se na questão de saber quais os tipos de acção a que deve ser negado aquele princípio. Mas, para determinar os tipos deve-se alcançar a interpretação teleológica correcta do tipo de acção e esta é matéria do tratamento sistemático da Parte Especial”*.<sup>179</sup>

Mas, diz também que *“a questão sobre quais tipos podem ser equiparados surgirá por excelência naqueles casos em que o tipo de acção se não basta com a produção de um resultado proibido, mas exige que a execução, para ser típica, tenha tido lugar de acordo com certas modalidades de acção, como seria, por ventura, o caso da utilização do engano na burla...”*<sup>180</sup> *“...em casos como este, o princípio da correspondência só pode ser afirmado se e quando o resultado tiver sido produzido, por omissão, sob a forma tipicamente exigida pelo delito de acção, isto é, com erro ou engano no caso da burla”*.<sup>181</sup>

Essa reflexão do penalista permite-nos concluir que a especificidade prevista na norma do tipo incriminatório da burla, se aferida em uma visão de conjunto, impõe a verificação de um importante elemento que não nos possibilita dizer que a omissão integra uma das formas de comissão do delito.

O elemento em questão é a provocação de factos que induzam em erro ou engano a vítima, identificada a partir da específica fórmula frásica – por meio de erro ou engano

---

<sup>178</sup> É isso o que conseguimos depreender dos dizeres de FIGUEIREDO DIAS.

<sup>179</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 921.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág. 921-922.

<sup>181</sup> *Ibidem*, pág. 922.

sobre factos que astuciosamente provocou (essa ideia pode ser encontrada em HENRIQUES HEIRAS e GUILHERMINA FORTES).<sup>182</sup>

Portanto, pensamos que em atenção a forma como foi normativamente determinada a acção no texto-norma do tipo incriminatório, pode-se inferir o seguinte: (a) o dano deve resultar de uma actuação da vítima que se encontra dominada por um específico estado de erro ou engano, (b) o erro ou engano da vítima deve resultar de determinados factos, (c) os factos que induzem a vítima em erro ou engano devem ser provocados, (d) a provocação de tais factos é da autoria do agente. Por outras palavras, na sua actuação, a vítima deve estar psicologicamente dominada pelo enredo criado pelo agente. No entanto, essa forma de domínio (a que ALMEIDA COSTA refere de domínio-do-erro<sup>183</sup>) não corresponde à coação, é apenas uma manipulação psíquica da outra pessoa que se pode compreender a partir do enredo criado pelo agente.

Dito de outro modo, deve existir uma relação de dominação intelectual criada pelo agente através do seu enredo. Mesmo em JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS encontramos esse entendimento quando aquele refere que “*na burla há uma manipulação psíquica da vítima, mediante astúcia, que a determinaria a praticar os actos lesivos.*”<sup>184</sup>

Apegando-nos em HENRIQUES HEIRAS e GUILHERMINA FORTES que transcreveram do Acórdão do STJ de 8 de Fevereiro de 1996 o texto segundo o qual “*...o crime de burla não pode ser cometido por omissão, tendo em conta que o respectivo preceito exige que o erro ou engano seja astuciosamente provocado...*”<sup>185</sup>, podemos dizer que a exigência da provocação dos factos que induzam em erro ou engano a vítima torna distinta a actuação normativamente exigida ao agente em um específico *faccere* (contrária ao *omittere*) pelo seguinte<sup>186</sup>:

(a) A omissão não se mostraria adequada a provocar factos capazes de induzir a vítima em erro ou engano. (b) Mostrar-se-ia somente apta a permitir ao omitente tirar

---

<sup>182</sup> HEIRAS, Henriques/FORTES, Guilhermina, *Dicionário de direito penal e processo penal*, Lisboa: Quid Juris, 2010, pág. 103.

<sup>183</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 298-299.

<sup>184</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob. cit., pág. 148.

<sup>185</sup> HEIRAS, Henriques/FORTES, Guilhermina, *Dicionário de direito penal e processo penal*, Lisboa: Quid Juris, 2010, pág. 103.

<sup>186</sup> Corresponde aquilo a que A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 23, consideram de “*especiais elementos de acção*”.

proveito de uma cadeia factual pré-existente, isto é, não seria a causa da origem do erro ou engano da vítima (estes já seriam pré-existentes). A omissão permitiria apenas ao omitente aproveitar-se do potencial resultado prejudicial.

Em outros termos, a omissão simplesmente permitiria ao omitente tirar proveito do potencial resultado que seria de esperar, *ab initio*, de uma cadeia factual pré-existente (não seria a causa da cadeia factual pré-existente). Assim, a concretização deste aproveitamento por parte do omitente configurar-se-ia, então, como uma variante do resultado prejudicial espectável.

A pessoa que actua estando já *a priori* enganada ou errada, provavelmente, produzirá um resultado prejudicial (para si ou para um terceiro), ainda que esse resultado venha (ou não) a beneficiar outrem e ainda que esse outrem seja (ou não) uma pessoa que se omite (de forma dolosa ou não).

O que queremos aqui dizer é que, por um lado, um omitente apenas manteria o erro ou engano pré-existente na pessoa e, por outro lado, aproveitar-se-ia da pré-existência do erro ou engano de uma pessoa para beneficiar do potencial resultado prejudicial que adviria da actuação dela.

Ora, na fórmula normativamente consagrada para a concretização do delito não consta a ideia de fazer-se prolongar o erro ou engano da vítima, nem a ideia do aproveitamento desse erro ou engano.

Assim, atendendo a este prisma da provocação de factos que induzam em erro ou engano a vítima, pensamos que no crime de burla a omissão não teria idêntico e/ou correspondente significado social que a acção descrita enquanto modo de produção do resultado típico pois, atendendo a perspectiva própria e/ou específica da ilicitude do tipo, a omissão mostrar-se-ia inadequada para a produção dos factos que pudessem levar ao encadeamento factual necessário à produção do resultado típico (produção de factos que induzissem a vítima em erro ou engano).

Podemos aqui recordar FARIA COSTA quando adianta o entendimento de que a omissão não é uma fonte geradora, ao referir que “...o fazer revela-se, sem dúvida, através

*de uma qualquer conduta, só que esta conduta arrasta, implacavelmente, uma mudança no mundo exterior do real verdadeiro. O omittere é de igual modo – desde que olhado pela óptica de uma apreensão global da vida enquanto, um comportamento que, como tal, deve ser lido e valorado mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro».*<sup>187</sup>

Nesse sentido, atenta a interpretação devida a este tipo legal incriminatório (burla) quanto à espécie ou ao modo de execução, pensamos que em um caso concreto *in forum iudiciale* o julgador seria forçado a pronunciar-se pela não correspondência ou equiparação entre a acção e à omissão. Logo, concluir-se-ia que no caso da burla as situações que não envolvam actuação positiva do agente cairiam na ressalva descrita na parte final do n.º 1 do art. 10.º do CP.

Em atenção a tudo quanto está exposto, parece-nos evidente que no crime de burla a descrição do *modus operandi*, em razão da especificidade com que foi prevista, limitou a forma de concretização do tipo porque impôs como necessário a provocação pelo agente de factos que induzam em erro ou engano a vítima<sup>188</sup> (factos que dêem origem ao erro ou engano da vítima) e, em consequência disso, para a sua concretização, o agente deverá praticar o crime conforme a especificidade prevista no texto da norma.

A utilização de uma forma contrária à prevista no texto da norma implicará o não preenchimento do tipo e, conseqüentemente, um tratamento diferenciado daquele que está previsto para a forma típica (cai na ressalva do n.º 1 do art. 10.º do CP).<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> COSTA, Faria, «Omissão – Reflexões ao redor da omissão imprópria –», *BFDC*, Coimbra, Vol. 72 (1996, pub. 1998), pág. 392.

<sup>188</sup> Em nosso entender, isso corresponde aquilo a que A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Vargas, ob., cit., pág. 23, consideram de “*especiais elementos de acção*”.

<sup>189</sup> As considerações tecidas a propósito da necessidade de se observar uma forma específica de actuação para a concretização do tipo (atendendo a exigência normativa de serem provocados factos que venham a induzir em erro ou engano a vítima), em nosso entender, permitem, por um lado, defender de forma contundente o afastamento da possibilidade de equiparação da omissão (seja a pura ou própria e/ou a impura ou imprópria) à acção no âmbito do delito da burla. Por outro lado, não pondo em causa, no contexto geral da incriminação de comportamentos, a suposta analogia substancial entre o acto de induzir outrem em erro e o silêncio doloso (HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 538-539) permite-nos defender que no prisma da autoria criminal da burla o silêncio doloso não seria tomado em conta para argumentar a forma de comissão por omissão do delito porque (a) o silêncio não se mostraria adequado a provocar factos que fossem aptos a induzir a algo, (b) o silêncio mostrar-se-ia apto, somente, a permitir que o omitente viesse a tirar partido do potencial resultado de uma cadeia factual pré-existente (aproveitamento) e isso é algo que a norma não prevê.

Assim, em nosso entender, para o crime de burla, a ideia do afastamento da omissão enquanto forma de concretização do delito pode, ainda, ser justificada a partir da máxima filosófica *ex nihilo nihil fit*, ou seja, do nada, nada pode vir.<sup>190</sup> Queremos aqui dizer que, a inacção ou *segnitia* não provoca erro ou engano, isto é, *nullum facit errorem*. Também FARIA COSTA adianta a ideia de que a omissão não cria: “...o *omittere* é..... um comportamento que... ..não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro”.<sup>191</sup>

Portanto, para o tipo incriminatório em questão a omissão não se afigura adequada à sua concretização porque, embora esta possa dar origem a factos, não dá origem a factos dos quais advenham o erro ou o engano da vítima.

### **3.3.3. Fundamentação ideológica da exigência de provocação dos factos. O efeito normativo da previsão isolada da locução provocou**

Na redacção originária do n.º 1 do art. 313.º do CP de 1982 figurava uma locução cuja consagração isolada se mostrou extremamente importante a criar a ordem de ideia que seguimos. Essa locução foi mantida de forma isolada na actual redacção do n.º 1 do art.º 217.º do CP de 2007 ainda em vigor, qual seja, é a locução provocou.

No anteprojecto de 1966 sobre a Parte Especial do CP proposto por EDUARDO CORREIA<sup>192</sup>, antes da entrada em vigor do CP de 1982 figuravam (como diferentes formas de execução do crime de burla) dois vocábulos que são, provocou e aproveitou.

Estes dois vocábulos mais do que apresentarem uma mera diferença semântica, se estiverem previstos de forma conjunta em um mesmo preceito legal se complementam, isto é, conforme identificou FIGUEIREDO DIAS<sup>193</sup> a consagração conjunta das locuções conferiria à norma uma grande abrangência, encerrando nela incomensuráveis situações

---

<sup>190</sup> Usamos aqui um posicionamento da *filosofia-helénica* sobre a criação do cosmos seguida, entre outros, por *Parménides* e *Empédocles*... segundo a qual do nada, nada pode vir... para justificar que a inacção e/ou omissão não têm o poder de criar, dar origem ou provocar acontecimentos.

<sup>191</sup> COSTA, Faria, «Omissão – Reflexões ao redor da omissão imprópria –», ob., cit., pág. 392.

<sup>192</sup> «Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1966)», Parte Especial, Publicação do Ministério da Justiça, Lisboa: AAFDL, 1979, pág., 130 e seguintes.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pág., 138-139.

(possíveis e imaginárias). Situações de comissão por acção e, simultaneamente, de comissão por omissão.

A iniciativa legislativa que consagrou no texto da norma (art. 217.º CP) de forma isolada a locução provocou, no âmbito da específica fórmula frásica – por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou –, não se referindo à locução aproveitou teve, em nosso entender, como corolário a construção de uma estrutura normativa que não acentuasse a lógica de uma eventual amplitude desmesurada.

Por um lado, a isolada consagração legislativa da locução provocou aditada às locuções factos e astuciosamente (previstas no texto do n.º 1 do art. 217.º do CP) nos remete para a ideia de uma actuação positiva (comissão por acção). Por outro lado, se associarmos esse primeiro entendimento ao facto de não se ter mencionado a locução aproveitou no mesmo texto-norma concluiremos que se negou, em consequência disso, a vigência de um sistema amplo em que ambas as formas vigorassem em simultâneo.<sup>194</sup>

De acordo com o exposto pensamos, então, que hoje não se mostra razoável supor que para o crime de burla a ideia da sua concretização, tanto pela omissão, como pela acção, esteja a vigorar na nova codificação. E, a nosso ver, qualquer ideia nesse sentido poderia ser entendida como a defesa (involuntária, diga-se de passagem) de uma antinomia.

Vamos dizer isso de modo diferente: seria o mesmo que conceber a ideia segundo a qual existe em simultâneo e em normas diferentes do CP, tanto, a possibilidade deste tipo de crime ocorrer por via da omissão (n.º 2 do art. 10.º do CP), como a impossibilidade do mesmo ocorrer por via da omissão (n.º 1 do art. 217.º do CP).

Para melhor esmiuçarmos o parágrafo precedente, diremos que nos parece que qualquer tentativa feita para justificar a previsão da burla por omissão a partir do n.º 2 do art. 10.º do CP levaria a uma contradição com a especificidade do tipo prevista no n.º 1 do art. 217.º do CP. Pois que, tal especificidade (principalmente concretizada na exigência

---

<sup>194</sup> Parece-nos assim, que a ideia segundo a qual a ausência da alusão ao aproveitamento de um prévio estado de erro do sujeito passivo não inviabiliza a punição da burla a título de comissão por omissão não poderia estar mais à margem de uma conclusão consentânea com o sentido teleológico atribuível a factualidade anterior e posterior a previsão normativa actual.

normativa de o agente provocar factos que induzam em erro ou engano a vítima) levar-nos-ia a concluir o seguinte:

Se o texto da norma especial que prevê o delito fundamental, pela forma como está construído, nos permite ver que o legislador nem sequer previu a possibilidade do tipo incriminatório ser concretizado através de omissão, não nos parece que fosse possível extrair (mediante interpretação extensiva) essa admissibilidade, a partir de uma norma geral (cláusula geral de equiparação entre a acção e a omissão). Mesmo porquê, assim nos parece, para o caso da burla, a admissibilidade da comissão por omissão conseguida através de uma interpretação da norma geral comprometeria o princípio da tipicidade e o princípio da legalidade.

Ainda da análise e ponderação da locução provocou, mais precisamente, tomada no âmbito da conjugação entre os elementos facto, astúcia e provocou, vimos que dentro do contexto normativo penal essa construção frásica, em que está inserida a locução (provocou), encerra, *per se*, um efeito limitador, pois se tomada de forma isolada (como o foi dentro da norma) conduz, apenas, às situações de actuação positiva (situações de comissão por acção).

A locução aproveitou, que não foi inserida no texto da norma, nela encerraria um outro efeito limitador. Se tomada de forma isolada conduziria às situações de actuação omissiva (situações de comissão por omissão).

Assim sendo, em um contexto normativo onde se consagrassem de forma simultânea no corpo do mesmo texto-norma as duas locuções, aqueles efeitos limitadores suprir-se-iam mutuamente e isso permitiria alcançar a máxima amplitude do preceito, isto é, lograr-se-ia o maior âmbito de protecção da norma com todos os efeitos que daí pudessem emergir.

Podemos justificar o pensamento, ora, exposto a partir de um enquadramento com duas regras da ciência matemática que são as seguintes: menos somado a menos é igual a mais e mais somado a mais é igual a mais. Para o caso em apreço, e dependendo da perspectiva de análise, o resultado é o mesmo, isto é, seria o aumento das possibilidades. Dito de modo diferente, da conjugação entre a locução provocou (comissão por acção) e a



locução aproveitou (comissão por omissão) resultaria a máxima amplitude do preceito normativo (o maior âmbito de protecção da norma).

Como, porém, ocorreu a consagração isolada de uma daquelas locuções (preterindo-se a outra) resulta hoje ter sido legislativamente consagrada uma redução do âmbito de protecção da norma.

Com a discursiva, ora, apresentada queremos fazer constar que, segundo a imperatividade da norma incriminatória (n.º 1 do art.º 217.º do CP), para a execução do delito de burla parece ser necessário (da parte do agente) uma forma qualquer de actuação positiva, isto é, visível ou que se possa captar no “*mundo sensível*”<sup>195</sup> pelos sentidos. Em JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS encontramos o amparo da ideia de ser necessária uma actuação positiva por parte do agente.<sup>196</sup>

Precisando ainda mais a ideia, parece ser necessário da parte do agente uma actuação que, além de ser positiva, seja prévia à actuação da vítima e seja adequada a produzir factos de que originem o erro ou engano da vítima (incompatível com a ideia de um estado de erro ou engano pré-existente e aproveitável).

Ainda em reforço da ideia ora traçada, recordamos que no anterior sistema penal (analisada a mecânica do crime a partir do prisma da actuação criminosa quando movida por razões e/ou causas exteriores ao agente) a provocação da vítima ao agente era vista e atendida no conjunto das circunstâncias, como uma circunstância atenuante geral, as vezes como circunstância atenuante especial modificativa e, algumas vezes mesmo, como uma circunstância atenuante absolutória da pena aplicável ao réu.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Conceito concebido a partir da visão filosófica de *Platão* sobre a dualidade dos mundos. Ver MARQUES, Mário Reis, ob., cit., pág. 99-100-102.

<sup>196</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 164.

<sup>197</sup> «Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura», 15.º Vol., Lisboa: Editorial Verbo, 1988, pág. 1312. Neste mestre mudo, e para efeitos criminais, aventam-se algumas notas sobre a figura da provocação com o seguinte sentido: “*Estado de cólera, dor ou excitação, determinado por facto injusto ou imoral de outrem, gerador da prática de um crime cometido durante este estado emocional, mas sem o animus defendendi que caracteriza a legítima defesa. O facto provocador deve ser adequado a produzir tal estado emocional em um homem médio, com reacções normais...*” Ver ainda, a propósito da provocação no anterior sistema penal, FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito penal português – Parte geral I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 672.

Por conseguinte, se a esse elemento da provocação já era conferido esse efeito de limitar a responsabilidade penal e a punibilidade do agente (no âmbito da prática criminosa), no actual sistema penal parece-nos que pode-se reconhecer que o facto de o legislador (no momento de legislar e incriminar comportamentos<sup>198</sup>) ter atendido (de forma isolada) o elemento da provocação, fê-lo com o intuito de limitar o âmbito de protecção da norma incriminatória.

Por outras palavras, o facto de o legislador (no momento de exercer o seu poder legislativo) ter consagrado, dentro do texto-norma do delito, somente a locução provocou parece-nos que outra não teria sido a sua intenção se não a de limitar os comportamentos admissíveis para a concretização do delito, afastando do conjunto dos comportamentos jurídico-penalmente relevantes como crime de burla aqueles que não obedeçam a esta específica fórmula e, conseqüentemente, limitando o âmbito incriminador e penalizador da norma.

Podemos argumentar aqui, com um intuito fundamentador, que esse pensamento da inadmissibilidade da burla ocorrer pela via da omissão poderia sustentar-se em duas outras ideias: a de tolerância à omissão e a de não recorrer-se de forma excessiva e/ou de modo desnecessário ao *ius puniendi* (o que FIGUEIREDO DIAS descreveu como princípio da não-intervenção moderada).<sup>199</sup> Até porque, refere FIGUEIREDO DIAS, *"uma eficaz prevenção do crime... ...só pode pretender êxito se à intervenção estadual forem levantados limites estritos – em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas – perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva."*<sup>200</sup>

Assim, a tolerância à omissão implicaria uma condescendência legal às situações furtivas, ocasionais ou pontuais que não envolvessem a premeditação de um

---

<sup>198</sup> O momento em que o legislador procede a previsão das condutas criminosas e a estatuição da penalidade correspondentemente aplicável.

<sup>199</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.<sup>a</sup> ed., ob., cit., pág. 131. Este penalista refere a propósito deste princípio que *"... o Estado e o seu aparelho formalizado de controlo do crime devem intervir o menos possível; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade. A esta proposição se dá o nome de princípio da não-intervenção moderada que se arvora em trave-mestra de todo um programa político-criminal. Deste programa devem só destacar-se, com particular relevo para a matéria da determinação do conceito material de crime, duas implicações. A primeira é a de que do âmbito deste conceito têm de ser expurgados todos os comportamentos que não acarretam lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos claramente definidos; ou que, ainda quando acarretem, possam razoavelmente ser contidos ou controlados por meios não penais de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica."*

<sup>200</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.<sup>a</sup> ed., ob., cit., pág. 177.

comportamento realizado com o intuito de provocar factos que dessem origem ao erro ou engano da vítima. E o não recorrer-se de forma excessiva e/ou de modo desnecessário ao *ius puniendi* implicaria a negação da necessidade de tutela penal para as situações omissivas que reunissem certos elementos da burla, pelo facto de existir no ordenamento jurídico outras formas (suficientemente eficazes) de solucionar o problema.<sup>201</sup>

Para o que acima se escreve valerá a ideia, adiantada por FARIA COSTA, de que toda e qualquer limitação dos direitos individuais (*maxime*, do direito a liberdade) deve ser vista como excepção e excepção que só é legítima quando for necessária.<sup>202</sup>

Dito de outra forma ainda, compreender-se-ia a atitude legislativa da consagração isolada da provocação a partir da ideia de não carência de pena para os comportamentos omissivos que reunissem elementos do crime de burla. A não carência de pena fundamentar-se-ia no facto de subsistirem outras formas normativas de tutela com força jurídica suficiente para assegurar a protecção do bem jurídico.<sup>203</sup> Com efeito, caminhamos aqui pelo ideário do direito penal enquanto direito de *ultima ratio* e de tutela subsidiária, como nos ensina FARIA COSTA.<sup>204</sup>

Podemos ainda complementar o presente pensamento com uma posição de FIGUEIREDO DIAS quando referiu que «... não se revela exacta a asserção segundo a qual sempre que exista um bem jurídico digno de tutela penal deve ter lugar uma intervenção correspondente.»<sup>205</sup>

No caso do crime de burla parece-nos que o legislador não viu o propósito de tutelar o bem jurídico quando lesado mediante comportamento omissivo (embora ele goze de dignidade penal) e, portanto, ponderou a favor da desnecessidade de punir tal forma de comportamento. Não por achar que não gozasse de dignidade penal, mas sim, por ter

---

<sup>201</sup> Entre outras, seria o caso da omissão prevista no art. 486.º do CC segundo o qual as omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia por força da lei ou do negócio jurídico o dever de praticar o acto omitido.

<sup>202</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais do direito penal*, ob., cit., pág. 209.

<sup>203</sup> Como a omissão prevista no art. 486.º do CC.

<sup>204</sup> Sobre a necessidade de tutela penal ver, entre outros, COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 173, ANDRADE, Manuel da Costa, «A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *RPCC*, N.º 2, Coimbra: Coimbra Editora, IDPEE, 1992, pág. 173 e seguintes e, ainda, DIAS, Figueiredo, *Direito penal, Parte geral TOMO I*, ob., cit., pág. 127-131.

<sup>205</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal, Parte geral TOMO I*, ob., cit., pág. 127-131.

ponderado a desnecessidade do merecimento de pena para os casos omissivos que ocorressem sobre este bem porquanto, até, poderiam ser resolvidos no âmbito da juridicidade civil.

Parece-nos ainda que, ao expormos semelhantes entendimentos de tolerância à omissão e de não recorrer-se de forma excessiva e/ou de modo desnecessário ao *ius puniendi*, não nos distanciamos de uma eventual intenção legislativa nesse sentido, principalmente, se tivermos em conta que no regime jurídico do tipo pode-se (ainda que de forma rebuscada) ver que houve da parte do legislador uma actuação próxima a estes entendimentos.

É algo que pode ser aferido a partir da consagração da especial atenuação penalizadora e da extinção da responsabilidade criminal do agente, que o legislador admitiu quando introduziu no regime dos crimes contra o património (em que figura a burla) novos números nos seus artigos<sup>206</sup> e estes novos números, por sua vez, remetem para o instituto da restituição e/ou reparação (com todos os seus efeitos).

A previsão legislativa da especial atenuação penalizadora, quanto da extinção da responsabilidade criminal do agente e da possibilidade de conversão da pena privativa da liberdade em pena de multa, permite-nos captar o traço de humanidade seguido na reforma do CP de 2007.<sup>207</sup> No caso da burla, tal previsão pode ser extraída da conjugação entre o nº 4 do art. 217.º do CP com o art. 206.º do mesmo diploma legal (este último remete para a alínea *a*) do nº 1 e a alínea *a*) do nº 2 do art. 204.º e, ainda, para o nº 4 do art. 205.º do CP), que é algo que não ocorria no anterior art. 313.º do CP de 1982.<sup>208</sup>

Como vimos anteriormente o corpo da norma parece consagrar, apenas, a comissão do delito pela forma activa. Por este facto, pensamos que o legislador ao agir de

---

<sup>206</sup> VILELA, Alexandra, «Notas dispersas sobre algumas normas do código penal», *RFDULP*, Vol.1, N.1 (2012), acedido no site [www.ulp.pt](http://www.ulp.pt), no link – [revistas.ulsofona.pt](http://revistas.ulsofona.pt), 30/12/012, pág. 13-14. Nos seus escritos a autora refere que a introdução de números nos artigos mostrou que o legislador não se manteve fiel a técnica legislativa inicialmente adoptada no CP.

<sup>207</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 156. O autor apresenta-nos a humanidade do direito penal como um dos cinco princípios basilares do CP.

<sup>208</sup> Independentemente da Exposição dos motivos da Lei nº 98/X considerar consentâneo com a decisão de extinguir o processo penal o facto de os crimes serem qualificados em razão do valor e em razão dos bens jurídicos se apresentarem com uma dimensão essencialmente individual, vemos aqui aquilo a que COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 8, se refere quando escreveu que “as concretizações da pena têm vindo a evoluir, em termos da sua humanização.

modo extraordinariamente benévolo na determinação da penalidade do tipo quando, este resulta de comportamento activo, não seria impensável defender-se a ideia da tolerância aos comportamentos omissivos que possam ocorrer nesse tipo incriminatório e, em consequência disso, defender-se a inclinação legislativa à favor do não recurso excessivo e/ou desnecessário do *ius puniendi*.<sup>209</sup>

De um outro ângulo ainda, podemos dizer que o ser humano tem sido visto por diferentes correntes filosóficas e por diferentes doutrinas religiosas como um ser imperfeito, pois inúmeras vezes é movido por sentimentos como o egoísmo, a paixão<sup>210</sup>, o ciúme, a inveja, a cobiça...<sup>211</sup>, de modo que podemos admitir que tal imperfeição *inata* pode incliná-lo a aproveitar-se de situações (reais e/ou potenciais) que se mostrem vantajosas para si.

Nesse prisma, mostrar-se-ia um tanto quanto *contra natura* exigir (ainda que legislativamente) uma abstenção da sua parte quando estivesse diante de uma situação real e/ou potencial de vantagem (situação de aproveitamento), ou seja, embora se vislumbre nisso uma postura moralmente dúbia, essa mesma postura pode ser compreendida se aferida a partir da configuração naturalista da sua essência humana. Em um outro ângulo, e como refere FIGUEIREDO DIAS, “*não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude e a moral...*”<sup>212</sup>, portanto, pôr-se-ia em causa a relevância penal de tais atitudes de aproveitamento.

Até mesmo as pessoas jurídicas (incluindo o Estado), que são o produto da criação humana, também integram esse prisma do aproveitamento de situações vantajosas. Citar, entre outros, os casos das heranças declaradas vagas a favor do Estado (art. 2046.º, 2049.º,

---

<sup>209</sup> Se é possível ver uma certa tolerância social para comportamentos positivos de burla (onde se provocam factos para induzir em erro ou engano), como ocorre no prisma da mendicidade onde algumas das pessoas que a praticam, em certas ocasiões, elaboram as mentiras mais engenhosas (para apelarem ao lado humano, filantrópico e compassivo dos outros) a fim de as induzir em erro ou engano e, assim, lograrem um enriquecimento com os bens destes, porquê que não poderíamos ver esta mesma tolerância para os comportamentos omissivos a partir da benevolência e compassividade do legislador? Principalmente, se focarmos a omissão como uma forma de comportamento que não provoca factos capazes de induzir em erro ou engano.

<sup>210</sup> REALE, Giovanni/ANTISERI, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico – Del humanismo a Kant* –, 3.ª ed., Vol. II, Barcelona: Editorial HERDER, S.A, 1999, pág. 417-425.

<sup>211</sup> A título de exemplo referiremos aqui o relato bíblico (católico e não só) do homicídio perpetrado por “Caím”, contra “Abel” motivado pelo “ciúme” e a “inveja” que tinha do outro e ainda, citar a atitude do rei “David” que motivado pela “cobiça” arquitectou a morte de “Urias” esposo de “Betsabeia”, para com ela se amasiar.

<sup>212</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 112.

2152.º e seguintes do CC), os casos de perda a favor do Estado<sup>213</sup> dos objectos ou produtos de um crime (nº 1 do art. 109.º, nº 2 do art. 110.º, 111.º do CP), etc. Situação em que esta entidade jurídica, embora não desenvolve qualquer actividade na produção dos referidos bens, absorve as vantagens (aproveita).

Mais ainda, se anteveriam nesse ideário do aproveitamento as pessoas físicas que nascem com imperfeições naturais que as inclina para o aproveitamento das vantagens, independentemente de terem desdobrado (ou não) um mínimo de esforço para as produzir e independentemente de ser ou não moralmente correcto.

Então, como atender as situações em que ocorra o aproveitamento? Para salvaguardarmos a posição ideológica ora empreendida sem, no entanto, pormos em causa a importância do princípio da responsabilidade jurídica dos sujeitos, diremos que tais situações (se não configurarem um outro tipo de crime<sup>214</sup>) podem subsumir-se ao regime jurídico civil. Porém, observáveis em dois tipos diferentes:

- (a) Nos casos em que a pessoa não provoca os factos que induzam em erro ou engano o lesado (não devendo por isso considerar-se de burla) e sobre ela não recaía um dever de praticar o acto omitido (mas, sem qualquer dolo da sua parte omite-se), qualquer aproveitamento de um benefício que daí resulte (para si ou para outrem) revela-se ilegítimo. Esta situação coloca o beneficiário na condição ou posição de um detentor ilegítimo dos bens de outrem.

Sendo ilegítima a detenção do bem, torna-se suficiente para que o legítimo titular do bem possa opor-lhe os correspondentes mecanismos jurídicos de defesa da sua posse<sup>215</sup> ou propriedade ou ainda, recorrer a outros mecanismos jurídicos (admissíveis) para reaver o seu bem ou, então, obter uma eventual compensação.

---

<sup>213</sup> CUNHA, José M. Damião da, *A perda de bens a favor do estado (artigos 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)*, Coimbra: CEJ, 2002, pág. 7 e seguintes. O autor trata nessa sua obra dos casos de perda a favor do Estado dos bens do crime.

<sup>214</sup> Como por exemplo o crime de abuso de confiança do art. 205.º do CP caso sejam verificados os elementos deste tipo incriminatório.

<sup>215</sup> Sobre a posse ver, entre outros, FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de direitos reais*, 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 1997, pág. 255 e seguintes, JUSTOS, A. Santos, *Direitos reais*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 147 e seguintes, CORDEIRO, António Menezes, *Direitos reais*, Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1993, pág. 459-474, 570, 579- 588 e 602-616 e ainda, do mesmo autor; *A Posse – Perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra: Livraria Almedina, 1997, pág. 8 e seguintes. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos reais*, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2012, pág. 103 e seguintes.

(b) Nos casos em que a pessoa não provoca os factos que induzam em erro ou engano o lesado, e sobre este recaía um dever de praticar o acto omitido (mas, mediante algum tipo de dolo da sua parte omite-se), qualquer aproveitamento do benefício que daí resulte (para si ou para outrem) também relevar-se-ia ilegítimo e, além de colocar o beneficiário na condição ou posição de um detentor ilegítimo dos bens de outrem, investi-lo-ia na condição de um possuidor de má-fé (abrindo espaço para à defesa da posse ou propriedade). Tal situação implicará, ainda, um ilícito civil nos termos do art. 486.º do CC.<sup>216</sup>

Podemos assim dizer que no contexto do actual CP (depois de vistas algumas nuances do tipo incriminatório em análise) mostra-se excessivo aventar uma teoria que emerja em defesa da ideia da comissão da burla através da omissão.

Portanto, somente seriam admissíveis a burla por palavras e declarações expressas e a burla por actos concludentes que têm o condão de provocar factos capazes de induzir e/ou provocar o erro ou o engano de outrem. E, pelas notas anteriormente apresentadas, estas duas modalidades enquadram-se no grupo dos delitos de acção pois só podem ser executados pela forma de actuação positiva.

#### **3.3.4. Um possível entendimento da locução aproveitar encontrada no regime jurídico do tipo delituoso**

Pela necessidade que sentimos em mantermos a lógica do pensamento aditado nos parágrafos anteriores, ressurge agora em nossa mente o assunto da não consagração no texto do art. 217.º do CP da locução aproveitar. É que, apesar de esta locução aí não constar, observamos que no conjunto das diversas normas referentes à burla (analisado no CP o seu regime) está presente em um dos preceitos normativos do seu regime a locução aproveitar, conforme se capta da alínea *d*) do n.º 2 do art. 218.º do CP cuja transcrição se segue:

---

<sup>216</sup> Prevê o art. 486.º do CC, cuja epígrafe é “omissões”, que as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia por força da lei ou do negócio jurídico o dever de praticar o acto omitido.

“O agente se aproveitar de situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade, deficiência ou doença.”

Abrimos então um parêntesis para procurar um possível entendimento desta previsão legal sem pôr em causa os argumentos já apresentados nos parágrafos anteriores. Como entender esta previsão legal? Poder-se-á ver aqui, por hipótese, a previsão da burla por omissão?

Em resposta diremos que assim não nos parece porque o vocábulo aproveitar utilizado no corpo desta norma, atento na forma como foi disposto, permite-nos argumentar que a valoração a ele devida não é a de estar a consagrar, em potência, a exequibilidade omissiva do delito da burla. Mas, permite-nos, sim, arrazoar que foi aí introduzida para consagrar a possível qualificação do tipo.

Queremos com isso dizer que, *in proprio sensu*, este vocábulo não é um elemento constitutivo do tipo delituoso. É, apenas, um elemento de qualificação do tipo e a sua apreciação pode ser atendida para o efeito de determinar um maior desvalor da acção no caso em que se realize o tipo delituoso mediante a verificação do elemento qualificador.

Como nos elucida FIGUEIREDO DIAS, as normas que atendem a qualificação e/ou o privilegiamento de um tipo delituoso não deixam de ter em linha de conta a norma do tipo fundamental<sup>217</sup> e, em tese, é no corpo da norma do tipo fundamental que estão contidos os elementos objectivos e subjectivos que o constituem (atendíveis no mesmo tipo quando qualificado e/ou privilegiado).<sup>218</sup>

Na ordem de ideia acima exposta, para o caso da burla, os elementos constitutivos do tipo a atender no referido tipo qualificado são os que constam do art. 217.º do CP onde tivemos a oportunidade de apreciar que não parece extraível a consagração da modalidade omissiva, em razão da exigência normativa de o agente provocar astuciosamente os factos que induzam em erro ou engano a vítima.

---

<sup>217</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, ob., cit., pág. 313.

<sup>218</sup> Salvo nos casos em que a norma do tipo qualificado apresente outros elementos objectivos e/ou subjectivos próprios ou específicos, atendíveis apenas no tipo qualificado.



O aproveitamento consagrado nesta norma qualificadora não nos permitirá arguir que ela encerra a admissibilidade de uma modalidade omissiva para o delito. Antes, porém, permitir-nos-á apenas arguir que o citado aproveitamento servirá para qualificar a acção positiva do agente que, sem se compadecer com as limitações (manifestas ou aparentes) da vítima, ainda assim age contra ela.

Bem vistas as coisas, o aproveitamento seria pré e pós-actuação da vítima. Nesse caso, inicialmente ocorre a actuação provocadora dos factos que induzam em erro ou engano a vítima, isto é, o agente actua positivamente (comissão por acção) contra uma vítima portadora de alguma limitação ou incapacidade<sup>219</sup> (especial vulnerabilidade) provocando os factos que a induzam no estado de erro ou engano.

Parece-nos que aqui se podem destringir as duas seguintes situações: (a) o agente sem se compadecer com as limitações da vítima tira proveito destas mesmas limitações para de forma fácil induzi-la em estado de erro ou engano. (b) O agente, em um momento posterior, ainda tira proveito do correspondente resultado prejudicial que a vítima por actuação própria se venha a auto-infligir.

Parece-nos ser nessa dupla forma de aproveitamento que residirá o maior desvalor da sua acção, pois demonstra a sua insensibilidade e falta de compaixão. Mas, em todo o caso, nestas situações, o estado de erro ou engano da vítima não seria pré-existente. Seria sim induzido pelo agente.

### **3.4. Análise “de jure” sobre a inadmissibilidade da burla por omissão**

#### **3.4.1. Apreciação hermenêutica do art. 217.º do CP**

Tudo quanto foi exposto na nossa reflexão fáctica (projectada nos pontos anteriores) permite-nos verbalizar com um mínimo de segurança que, se recorrermos a certos tipos de apreciação hermenêutica (elencados a partir do jurisconsulto alemão

---

<sup>219</sup> Ver o regime das incapacidades, interdições e inabilidades, nos arts. 122.º à 156.º do CC. Mas, para uma abordagem mais ampla do tema, ver, entre outros, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil IV, Parte geral – Pessoas*, 3.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2011, pág. 499-504, AMARAL, Francisco, *Direito civil introdução*, 4.ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, pág. 222-231, SOUSA, António Pais de/MATIAS, Carlos Freitas de Oliveira, «Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados», 2.ª ed., 1983, citação 118 e seguintes.

*Friedrich Carl von Savigny*<sup>220</sup>) e as aplicarmos na apreciação do art. 217.º do CP, a nossa conclusão sobre a inadmissibilidade da burla vir a ocorrer por omissão continuaria a ser defensável.

Conforme os argumentos expostos na antecedente reflexão, se nos apegarmos à interpretação gramatical ou literal ou à interpretação histórica da norma em apreço, a nossa conclusão ideológica é defensável, ou seja, da análise do campo linguístico da referida norma e da sua *occasio legis* (dentro das circunstâncias anteriores e posteriores à previsão normativa) não parece extraível do corpo daquela a admissibilidade da burla ocorrer por omissão.

Do mesmo modo, o recurso a uma interpretação teleológica leva-nos para o mesmo caminho porque também pudemos apreciar que na sua finalidade social (no interesse que nela predomina e nos valores que se pretendem realizar) a norma não parece ter sido projectada com o sentido de incriminar e penalizar condutas omissivas. Aliás, como referem FERNANDA PALMA e RUI PEREIRA a esse propósito (após apreciarem as actas da comissão) “*a única alternativa que os trabalhos preparatórios da alteração legislativa documentam não teve como pólo a punição da burla por omissão*”.<sup>221</sup>

Ao recorrermos à interpretação lógica ou a interpretação lógico-sistemática (segundo FARIA COSTA a interpretação em direito penal está ancorada no pensamento teleológico<sup>222</sup>) também seremos levados a concluir (com um relativo grau de segurança) que a comissão por omissão não é admissível no âmbito da norma do delito fundamental da burla.

- a) Da interpretação conjugada entre o n.º 1 do art. 217.º do CP e o art. 10.º do mesmo diploma legal não nos parece que se possa extrair a admissibilidade da comissão do delito ocorrer de forma omissiva. Em uma primeira análise, tivemos o ensejo de ver

---

<sup>220</sup> Sobre a matéria da interpretação jurídica ver, entre outros, AMARAL, Francisco, ob., cit., pág., 87-89, NEVES, António Castanheira, *Interpretação jurídica*, Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 3, pág. 651, MARQUES, J. Dias, *Introdução ao estudo do direito*, 2.ª ed., Lisboa: P. F. Artes Gráficas, 1994, pág. 140 e seguintes, MENDES, João Castro, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa: P. F. Artes Gráficas, 1994, pág. 217 e seguintes. Porém, sobre a especificidade da interpretação jurídico-penal ver COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit. pág. 125-132 e DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, ob., cit., pág. 187-192.

<sup>221</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 327.

<sup>222</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 125.

que a forma omissiva não consta do texto-norma do art. 217.º do CP (devido à consagração no seu texto da imposição de serem provocados os factos que induzam em erro ou engano a vítima), isto é, não foi lá prevista.

Em uma segunda análise, consentânea com a primeira, diremos que (pelo imperativo do respeito aos princípios da legalidade e da tipicidade) qualquer ocorrência de conduta omissiva para este tipo de delito, por não corresponder a exigência tipológica específica do seu texto-norma, não seria incriminada como burla<sup>223</sup> porque:

Primeiro, a conjugação entre os dois preceitos não corresponde à exigência da precisão na definição legal dos elementos do tipo (FARIA COSTA faz referência à necessidade de precisão na definição legal dos elementos do tipo).<sup>224</sup> Segundo, nesta conformidade, a conjugação dos preceitos faria os comportamentos omissivos caírem na ressalva da parte final do n.º 1 do art. 10.º do mesmo diploma legal (ser outra a intenção da lei).

- b) Da conjugação entre o n.º 4 do art. 217.º do CP com o art. 206.º (este último que remete para a alínea a) do n.º 1 e a alínea a) do n.º 2, do art. 204.º e, ainda, para o n.º 4, do art. 205.º do CP) pode extrai-se uma ideia de extraordinária benevolência do legislador para esse tipo legal incriminatório e ver-se aí o traço de humanidade seguido pelo legislador penal (traço esse que segundo FARIA COSTA é um dos cinco princípios basilares do CP).<sup>225</sup>

Humanidade que se pode ver a partir da remissão legal que deve ser feita entre estas normas e cujo efeito foi o de introduzir uma forma de atenuação especial da

---

<sup>223</sup> ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do/FONSECA, Guilherme da/BORGES, J. Marques/GOMES, M. Varga, ob., cit., pág. 24, referem que “a remissão desta norma para aquela norma da parte geral do CP não é, de per si, suficiente para repor a punibilidade do crime de burla por omissão”.

<sup>224</sup> COSTA, Faria, «Omissão – Reflexões ao redor da omissão imprópria –», ob., cit., pág. 395, sobre a relação entre estas duas normas refere que “...o jogo, talvez necessário, entre os actos merecedores de censura ético-jurídica e o abrandamento da rigidez da tipicidade – levando àquilo que designamos por tipicidade diminuída – não pode, em caso algum, abandonar uma regra, um limite, qual seja: o da precisão na definição legal dos elementos do tipo.” Também DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 923, refere que “a equiparação pode suscitar dificuldade à luz do estrito princípio nullum crimen sine lege na sua exigência de determinação típica”.

<sup>225</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 156. O autor apresenta-nos a humanidade do direito penal como um dos princípios basilares do CP. Veja-se também, Sobre a humanização do direito penal, DIAS, Figueiredo, *Código penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 66 e seguintes.

penalidade ou, até mesmo, da extinção da responsabilidade penal do arguido caso ocorra a restituição e/ou reparação (atitude que na óptica de FIGUEIREDO DIAS consubstanciaria uma acto demonstrativo de arrependimento sincero).<sup>226</sup> Por outras palavras, essa actuação legislativa deixa-nos ver o desagrar da punibilidade<sup>227</sup> ou a atenuação da consequência jurídica (como refere FIGUEIREDO DIAS).<sup>228</sup>

Pensamos que esta medida ao incidir sobre uma norma que nos parece admitir, apenas, a comissão do delito pela forma de acção seria suficiente para demonstrar que, perante o legislador penal, os comportamentos omissivos mostrar-se-iam irrelevantes. Situação que nos parece mostrar-se confluyente com uma lógica de tolerância aos comportamentos omissivos e assente sobre a lógica da inclinação legislativa à favor do não recurso excessivo e/ou desnecessário ao *ius puniendi*.

- c) Ao ampliarmos o labor interpretativo do art. 217.º do CP para o máximo do seu alcance lógico dentro do sistema penal conjugando-o com o supremo art. 29.º da CRP cuja epígrafe é aplicação da lei criminal (artigo que encerra os princípios da legalidade e da tipicidade, a regra da não retroactividade da lei penal e a proibição da analogia)<sup>229</sup>, também concluiremos pela inadmissibilidade da burla ocorrer pela forma omissiva.

Primeiro porque o n.º 1 daquele preceito constitucional dispõe que um comportamento (acção ou omissão) para ser considerado crime deve figurar em uma lei anterior que o declare punível. Se acrescentarmos a esse texto (de forma transformada) o alcance da sua parte final “...descrever os comportamentos proibidos de forma rigorosa na sua definição...” concluiremos que não há uma lei que declare um comportamento omissivo como crime de burla.

---

<sup>226</sup> DIAS, Figueiredo, *Comentário conimbricense do código penal – Parte especial, TOMO II, dirigido por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 116.

<sup>227</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 8. Este penalista fala da evolução no sentido da humanização da penalidade, em favor da dignidade humano.

<sup>228</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 201-203.

<sup>229</sup> Para aferir o desdobramento e alcance deste preceito constitucional ver, MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada, TOMO I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 316-331, e ainda, CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 192-195. Para aflorar o princípio da legalidade da intervenção penal ver, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 177-187.

Essa conclusão pode sair reforçada se, principalmente, tivermos de nos ater ao facto de que no texto-norma do art. 217.º do CP não se encontra prevista a burla por omissão e de que a conjugação desta norma com o n.º 2 do art. 10.º do CP não implicaria a observância da exigência segundo a qual se deve fazer uma rigorosa definição do tipo legal incriminatório (conforme o impõem rigorosamente o princípio da legalidade e da tipicidade, princípios que FARIA COSTA concebe como suportes da função de garantia do direito penal).<sup>230</sup>

O que se conhece e concebe é a existência de uma teoria favorável a ideia da burla por omissão que resultou de um labor interpretativo lógico-sistemático e extensivo do texto-norma do art. 217.º do CP que é conjugado com o n.º 2 do art. 10.º do mesmo diploma legal.<sup>231</sup> Porém, diga-se de passagem, cujo resultado não é de pacífica aceitabilidade (têm posição diferente, entre outros, FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA<sup>232</sup>, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS<sup>233</sup> e MARQUES BORGES<sup>234</sup>). Nós também nos apartamos dele.

Segundo porque o n.º 2 daquele mesmo preceito constituinte limita a regra do seu n.º 1 admitindo que se considere criminoso e punível o comportamento (acção ou omissão) que no momento da sua prática seja assim considerado pelos princípios de direito internacional comumente reconhecidos (mesmo que não exista lei interna para o efeito). É o caso dos crimes contra o direito internacional.

---

<sup>230</sup> COSTA, Faria, *Direito penal especial – Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da parte especial* –, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 67-70. Nessa sua obra o autor traz-nos a lição de uma importante função do direito penal que é a função de garantia e esta função fundamenta-se no princípio da legalidade. Segundo este autor “através do direito penal se definem rigorosamente os comportamentos penalmente relevantes, pelo que, o direito penal é uma garantia, uma verdadeira ordem de liberdade. A função de garantia do direito penal impõe a sujeição a um estrito princípio da legalidade e este só tem pleno sentido se se conformar às exigências da disciplina da proibição da analogia, da proibição da aplicação retroactiva da lei penal e ainda da absoluta conformidade da descrição dos comportamentos proibidos a uma sua rigorosa definição. Este imperativo de uma rigorosíssima definição da proibição jurídico-penal parece absolutamente incompatível, pelo menos a uma primeira vista, com a aceitação de espaços de abertura no tipo. Nesse sentido... ...o tipo supõe uma indicação esgotante, seja através de elementos descritivos ou normativos da matéria proibida.”

<sup>231</sup> No que transparece ser o entendimento de BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito penal*, I Vol., 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 1998, pág. 329-330, tanto a técnica da analogia, quanto a técnica da interpretação extensiva estão proibidas dentro do âmbito da juridicidade penal pelo princípio da legalidade.

<sup>232</sup> PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, ob., cit., pág. 325-327.

<sup>233</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob., cit., pág. 163-165.

<sup>234</sup> BORGES, Marques, ob., cit., pág. 24.

Também FIGUEIREDO DIAS, a propósito desta norma, referiu o seguinte: *”a norma contida no nº 2 do art. 29.º da CRP confere jurisdição aos tribunais portugueses para conhecerem de certos crimes contra o direito internacional (os crimina iuris gentium), mesmo que as condutas visadas não sejam puníveis à luz da lei positiva interna. Necessário é, porém, que se trate de crimes à luz dos princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos e a punição só pode ter lugar nos limites da lei interna, que define os termos do processo e as sanções aplicáveis.”*<sup>235</sup>

Ora, ocorre porém que, por um lado, parece-nos que não há um reconhecimento internacional comum da incriminação de comportamentos omissivos como crime de burla (apenas alguns ordenamentos penais em concreto tutelam a burla por omissão enquanto crime)<sup>236</sup> e, por outro lado, essa disposição circunscreve-se, essencialmente, ao âmbito da actividade punitiva e não já ao da actividade incriminadora.

Mais ainda, recordemo-nos que ainda que houvesse um reconhecimento internacional comum estaria limitado pela observância de uma lei interna (onde vimos que não existe lei que criminalize a burla cometida por omissão ou que reconheça esse tipo de incriminação). Assim sendo, a situação cairia em um ciclo vicioso e não se conseguiria qualquer solução para o caso do comportamento omissivo poder ser considerado e punido internamente como crime de burla.

Reforçamos o argumento da não interferência do direito penal internacional na afloração da lei interna com a consideração segundo a qual a função do Direito Penal Internacional não é a de delimitar a lei penal nacional.<sup>237</sup> Desta feita, ainda que existisse lei internacional que criminalizasse a burla praticada através de condutas omissivas, seria necessário haver uma lei interna a admitir essa forma de criminalização (o que não há), ou no mínimo, um acto jurídico (legislativo) de reconhecimento a nível interno, da incriminação internacional (o que também não há).

---

<sup>235</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 178.

<sup>236</sup> É o caso do código penal suíço que no nº 1 do seu art. 148.º previu o aproveitamento de situações de erro pré-existente conforme dispõem nos seus escritos PALMA, Fernanda/PEREIRA, Rui, *O crime de burla*, ob., cit., pág. 324.

<sup>237</sup> LEITE, Inês Ferreira, *O conflito de leis penais – Natureza e função do direito penal internacional –*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 252-253.

Daqui poder-se-á mesmo inferir uma nota de inconstitucionalidade de eventuais decisões judiciais que tenham sido fundamentadas a partir da teoria que admite que a burla possa ocorrer por via de omissão em razão de porem em causa os princípios jurídicos constitucionais da legalidade e da tipicidade contidos no art. 29.º da CRP.

- d) Caso levemos a actividade hermenêutica do preceito para fora do universo jurídico-penal, de modo a atingirmos os cânones gerais do direito (princípios e regras gerais), teríamos de tomar o art. 9.º do CC para uma análise conjugada com o art. 217.º do CP. A partir desta análise também nos vemos inclinados a não admitir a ideia da burla vir a ocorrer através da omissão.

Primeiro, porque o pensamento legislativo que pode ser extraído do texto-norma do art. 217.º do CP (atendendo as circunstâncias e as condições específicas do tempo em que a lei foi elaborada e publicada) é claramente favorável a ideia de uma actuação positiva do agente para que se pratique a burla.

É que, o texto-norma impõe que a burla deve resultar de factos provocados com astúcia pelo agente e que sirvam para induzir em erro ou engano a vítima. Assim, nesse contexto, pudemos ver que a omissão não tem o condão de provocar factos que sirvam para induzir outrem em erro ou engano.

Pensamos também, que a conclusão não será diferente caso interpretemos o preceito tendo em conta a necessidade de salvaguardar a unidade do sistema, pois que a conjugação entre o art. 217.º e o art. 10.º (ambos do CP) não se mostra suficiente para levar-nos a ter uma conclusão favorável à admissibilidade da burla por omissão porque, se assim fosse (e contrariamente a ideia de unidade do sistema), poder-se-ia ver aí uma antinomia e uma violação dos princípios da tipicidade e da legalidade penal.

Segundo, porque a nossa primeira consideração retira a sua justificação no facto de na letra do art. 217.º do CP a ideia de a burla ocorrer por omissão não ter um mínimo de correspondência verbal (mínimo de correspondência verbal que é exigido no art. 9.º do CC).

De tudo quanto ficou exposto, podemos concluir que se tivermos de ver todas as ideias até agora apresentadas em uma relação de conjunto, não nos parece haver necessidade de se fazer qualquer interpretação extensiva (técnica controversa no domínio penal)<sup>238</sup> ou restritiva do texto-norma do art. 217.º do CP para sabermos se foi ou não prevista a omissão como forma de concretizar a burla. Bastando, apenas, uma interpretação declarativa porque o texto legal parece corresponder a *mens legis* da lei e nele podemos constatar que não é admissível a ideia da concretização da burla através da omissão.

Seguindo a referência feita por FARIA COSTA segundo a qual “*em direito penal a interpretação tem de ter um enquadramento em solução justa*”<sup>239</sup>, por assim dizer, o resultado interpretativo, ora, apresentado seria o mais justo, pois pensamos da seguinte forma: se não foi literalmente prevista a admissibilidade da burla por omissão, considerar (por via hermenêutica) que a sua admissibilidade foi feita de forma tácita contraria o princípio da legalidade e da tipicidade, não vai de encontro ao ideal da aplicação do regime mais favorável<sup>240</sup> e põe em causa a unidade do sistema.

Em conclusão deste ponto vamos recordar que FIGUEIREDO DIAS, a propósito da matéria sobre a interpretação permitida, deu-nos a conhecer que fundar-se ou agravar-se a responsabilidade do agente em uma qualquer base que caia fora do quadro de significações possíveis das palavras da lei não limita o poder do Estado e não defende os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Pelo que, a conformação da actividade hermenêutica ao princípio da legalidade e a sua função de garantia é sempre necessária.<sup>241</sup>

### **3.4.2. Fundamentação ideológica (a partir da norma) da inadmissibilidade da burla por omissão**

A argumentação por nós empreendida pode eventualmente abrir espaços a questionamentos por, pretensamente, defender um alheamento legislativo da figura da omissão para o crime de burla. Mas também por, pretensamente, contrariar a presunção

---

<sup>238</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito penal*, ob., cit., pág. 329-330.

<sup>239</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 131.

<sup>240</sup> Sobre a aplicação do regime mais favorável ver DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, ob., cit., pág. 198-203.

<sup>241</sup> *Ibidem*, pág. 189-190.



*iuris*<sup>242</sup> de estar legalmente consagrada a solução mais acertada e de estar expressa de forma adequada a sapiência terminológica do legislador (como impõe o n.º 3 do art. 9.º do CC).

Todavia, podemos responder ao supra citado questionamento que é precisamente em atenção às regras hermenêuticas consagradas no ordenamento jurídico que nos permitimos concluir pela inadmissibilidade da burla vir a ocorrer por meio de omissão, isto é, reproduzimos em nossa defesa o seguinte texto de FARIA COSTA “... o leito argumentativo das últimas considerações está fortemente confortado, dentro do nosso ordenamento jurídico, porquanto, como se sabe, o n.º 3 do art. 9.º do CC impõe a presunção de que o legislador consagra as soluções mais acertadas.”<sup>243</sup>. Se não vejamos:

No nosso humilde modo de ver as coisas, da actividade hermenêutica que se mostre favorável à ideia da burla vir a ocorrer por meio de omissão é que se procurou extrair um pensamento legislativo que não tem actualmente um mínimo de correspondência verbal na letra da lei. Mais do que isso, esse tipo de actividade hermenêutica é que desconsidera a imposição legal de se considerar que foi legislativamente consagrada a solução mais acertadas e expressado em termos adequado o pensamento legislativo (como impõe o n.º 3 do art. 9.º do CC).

Bem vistas as coisas, a interpretação favorável a ideia da burla ocorrer por meio de omissão seria o mesmo que considerar que o legislador penal, mediante uma atitude desavisada ou despreocupada, esqueceu de consagrar de forma expressa uma solução para os casos em que a burla venha a ocorrer por meio de omissão.

Assim sendo, fazia-se necessário colmatar tal percalço legislativo por recurso a técnica da hermenêutica, doutamente, dominada pelos doutrinários a fim de se fazer emergir a palavra muda encoberta de forma tácita na letra da lei. Mas, cuja ideia da sua admissibilidade, que encontrar-se-ia tacitamente prevista no regime geral do CP, amparar-se-ia na ideia desta admissibilidade ser confluência com o espírito da lei.

---

<sup>242</sup> Sobre a matéria das presunções ver, entre outros, MARQUES, Mário Reis, ob. cit., pág. 385-389.

<sup>243</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob. cit., pág. 210-211.

O que se acaba de referir supra é aqui usado para apresentar, de forma extra jurídica, o actual (e necessário) raciocínio jurídico argumentativo, complexo e paradoxal<sup>244</sup>, que os defensores da tese da admissibilidade da burla por omissão tiveram de fazer a fim de tentarem justificar o que não nos parece que carecesse de justificação.

Mas, apesar da defesa por nós ora empreendida, temos consciência de que o direito não se resume à lei. Recorrendo aos dizeres de FIGUEIREDO DIAS, nós também diremos que *“a doutrina aqui defendida não é arbitrária nem muito menos filha de uma metodologia positivista, é a posição teleológica e funcionalmente imposta pelo conteúdo de sentido próprio do princípio da legalidade”*.<sup>245</sup>

Dito de outra forma, o facto de aqui sustentarmos a nossa posição com base no texto-norma do delito não significa que defendemos qualquer supremacia de um positivismo legalista (como o fizera *Augusto Comte*).<sup>246</sup> Simplesmente, não queremos abdicar de criteriosas valências jurídicas e científicas, exigíveis à análise e enquadramento das situações concretas, para embarcar em um universo de perigosa abstracção ou de convicções empíricas (que não tenham na sua base quaisquer pressupostos fiáveis).

Essa nossa argumentação, sustentada na ideia da imposição legal de o agente astuciosamente provocar os factos que induzam em erro ou engano a vítima, também pode ser questionada. Até mesmo, eventualmente, poder-se-ia argumentar que a consagração legislativa da provocação não chegaria a constituir um obstáculo inultrapassável para a admissibilidade da omissão.

De outro ângulo ainda, as dúvidas sobre a nossa argumentação podem aumentar se tivermos em atenção que a regra da incriminação seguida no CP assenta sobre a conduta positiva, sendo o comportamento omissivo uma espécie de limite a tal regra.<sup>247</sup>

A propósito do que está descrito no parágrafo antecedente, FIGUEIREDO DIAS referiu que *“qualquer que seja a maneira exacta de distinguir estas duas formas básicas*

---

<sup>244</sup> Admitir a ideia da conjunta consagração legal da burla por acção e da burla por omissão a partir do actual texto-norma do art. 217.º do CP equivaleria a, simultaneamente, conformar-se e não se conformar com o princípio da legalidade previsto no art. 29.º da CRP.

<sup>245</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 189.

<sup>246</sup> MARQUES, Mário Reis, ob. cit., pág. 146 e seguintes.

<sup>247</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 261-262.

*de comportamento, bem se compreende que a primeira – o comportamento activo – seja a forma usual de realização do tipo. Segundo o conteúdo normativo ínsito nos tipos de ilícito, a proibição de lesar ou pôr em perigo bens juridicamente protegidos constitui o mandamento primário contido nas prescrições penais. O mandamento de actuar em favor de tais bens jurídicos (punindo conseqüentemente o comportamento omissivo) assume assim, do ponto de vista político-criminal, um papel subordinado*<sup>248</sup> e, no mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA referiu que “*na verdade o Direito Penal mais veda a agressão, por actividade positiva, aos bens jurídicos tutelados penalmente do que impõe o dever de salvaguardar, agindo, esses mesmos bens*”<sup>249</sup>.

O que se quer dizer aqui é o seguinte: primeiro, na grande maioria dos tipos incriminatórios previstos na Parte Especial do CP, não só, se encontra prescrita uma conduta activa, como subentendem uma conduta omissiva (comissão por omissão) e, segundo, que há muito poucos tipos incriminatórios que prescrevem, apenas, uma conduta omissiva.

No entanto, podemos dizer que essa regra segundo a qual na grande maioria dos tipos incriminatórios previstos na Parte Especial do CP se encontra prescrita uma conduta activa que subentende a comissão por omissão não parece extensível ao crime de burla.

Pensamos assim pelo seguinte: em muitos dos tipos incriminatórios previstos na Parte Especial do CP a predicação estipulada nos seus textos-normas e que descreve a conduta a ser praticada pelos sujeitos activos é suficientemente abstracta que, de facto, permite a equiparação da acção à omissão (Ex: art. 131.º do CP – homicídio).

Já, no caso da burla, a peculiar determinação do *modus operandi* não suportaria a mesma equiparação entre a acção e a omissão porque a forma como foi textualmente determinado o comportamento que deve ser praticado pelo agente (praticar astuciosamente actos que dêem origem ao erro ou engano da vítima) torna distinto o seu comportamento em um específico *faccere* que não se compadece com o *omittere*.

---

<sup>248</sup> Ibidem, pág. 261-262.

<sup>249</sup> FERREIRA, Cavaleiro de, *Direito penal português – Parte geral I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 242.

O que queremos aqui dizer é que, ao apreciarmos os textos-norma de alguns tipos legais incriminatórios constantes na Parte Especial do CP pudemos constatar que o princípio da determinabilidade é mais acentuado em alguns tipos incriminatórios do que noutros.

Como nos ensina FARIA COSTA, “o princípio da determinabilidade assenta na ideia forte de que os elementos previstos no tipo devem ser certos, precisos e determinados... ...quanto mais certos, precisos e determinados estiverem previstos os elementos no tipo, mais fácil se torna a sua interpretação, ou seja, existe maior certeza no âmbito de protecção da norma...”<sup>250</sup> e, do mesmo modo, refere FIGUEIREDO DIAS que “no plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia... ...importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se torne objectivamente determinável os comportamentos proibidos e sancionados...”<sup>251</sup> (Também AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO faz referência a essa ideia da exigência de determinabilidade ou tipicidade).<sup>252</sup>

Assim sendo, parece-nos que o que ocorreu no caso da burla foi, precisamente, que a determinabilidade do tipo incriminatório ficou bem acentuada (determinada) que a tornou refractária à omissão.

Logo, a diferença na determinabilidade dos tipos incriminatórios, possibilitou-nos ver uma relevante diferença de construção tipológica (seguindo, de perto, a óptica traçada por FARIA COSTA, pensamos que tal diferença resulta da plasticidade e variabilidade da conjugação dos elementos do tipo).<sup>253</sup> Nalguns tipos incriminatórios a determinação textual

---

<sup>250</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob. cit., pág. 219.

<sup>251</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 186.

<sup>252</sup> CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal – Parte geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 162.

<sup>253</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob. cit., pág. 208 e seguintes. O autor refere que “na construção do tipo legal de crime, são pedras essenciais do acto constitutivo os chamados elementos do tipo legal de crime. Isto é, o tipo legal de crime é formado por estruturas normativas que a dogmática ao longo dos tempos, consolidou em três grandes núcleos: os elementos objectivos, os elementos subjectivos e os elementos da *Gesinnung*. A construção do tipo legal de crime, para satisfazer o princípio da legalidade, na sua formulação de tipicidade não tem de exigir a presença de todos aqueles elementos para cada concreto crime positivado. Todavia, a hipótese, para ter a consistência mínima a que está obrigada pelo princípio da tipicidade, não pode, como se compreenderá, deixar de ter, pelo menos, a presença do elemento descritivo do sujeito activo da infracção. A conjugação e as várias possibilidades que o jogo cruzado dos diferentes elementos possibilitam não podem ser vistas como mera abstracção mas antes têm que estar cobertas e prosseguir a finalidade que a intencionalidade do legislador quis imprimir à norma incriminadora. Com efeito, a plasticidade e a variabilidade da conjugação dos vários elementos não é infinita. Por isso, se

do comportamento à ser adoptado pelo sujeito activo apresenta-se com suficiente abstracção, de sorte, que embora se consiga ver neles a previsão de um comportamento positivo, a abstracção do tipo é suficiente para possibilitar que se considere que o mesmo tipo possa ser concretizado mediante a comissão por omissão (é o caso do homicídio).

De modo diferente, tipos incriminatórios há que na sua construção tipológica a determinação textual do comportamento a ser adoptado pelo sujeito activo mostra-se tão concreta e/ou específica que, não só, deixa antever que se trata de um comportamento activo, como também, deixa antever que ficou apartada a omissão enquanto forma de concretizar o crime (é o caso da burla, da violação, da maioria dos crimes sexuais, etc.). Dito de outra forma, a especificidade que estes tipos encerram (precisamente, no seu *modus operandi*) não se compadece com a figura da omissão.

Assim sendo, pensamos que em razão da especificidade com que foi concretizada a norma referente ao crime de burla, este tipo incriminatório aproxima-se de crimes como a violação (ar. 164.º do CP) e da grande maioria dos crimes sexuais. Essa aproximação deve-se ao facto de serem tipos de crimes em cujo texto da norma se estabelece uma predicação do tipo de comportamento (a ser adoptado pelo sujeito activo) que não se compatibiliza com a omissão enquanto forma de conduta criminosa. Digamo-lo nos seguintes termos: não nos parece que faça sentido argumentar que um agente viola uma pessoa por nada fazer.

São tipos de crimes mediante os quais o agente faz com que se imponha e/ou determine algum tipo de comportamento a ser seguido pelo lesado, isto é, na sua específica forma de actuação o agente exerce um certo domínio sobre outrem de modo que este venha a fazer algo que não quer, ou que pelo menos, cujo resultado não queira (por lhe ser prejudicial).

Ocorre, porém, que na burla, atendo-nos ao texto da norma do delito, permite-se argumentar que o tipo de domínio exercido pelo agente é intellectivo, isto é, a força

---

*encontram com facilidade tipologias específicas de crimes (crimes de perigo concreto, crimes de perigo abstracto, crimes de resultado, crimes de resultado de realização livre, crimes de resultado de realização vinculada, crimes de omissão pura, crimes de perigo concreto de realização livre, crimes de perigo concreto de realização vinculada, normas penais em branco, etc.).” Sobre a construção dos tipos ver também DIAS, Figueiredo, Direito penal – Parte geral, TOMO I, 2.ª ed., ob., cit., pág. 295-321.*

intelectiva da actuação do agente é suficientemente poderosa para subjugar a vítima, a ponto de à levar a adoptar um comportamento de que resulte o seu auto-prejuízo (JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS tem um entendimento parecido).<sup>254</sup>

Esse tipo de domínio (intelectivo) exercido pelo agente sobre a vítima e que a obriga a produzir um resultado que lhe seja prejudicial é que se mostra incompatível com a omissão porque a omissão não tem força para obrigar outrem a agir. No máximo, permite ao omitente vir a tirar partido do potencial resultado de uma cadeia factual pré-existente.

Queremos aqui dizer que, embora a adopção de um comportamento omissivo não influencia a pessoa que esteja na eminência de fazer o que lhe seja prejudicial para que não o faça (isto é, não a impede de fazer), se a pessoa fizer o que lhe seja prejudicial fá-lo-á não por se encontrar sob o poder de domínio do omitente.

Em atenção ao entendimento supra, como é que poderíamos defender que não há imperfeição legislativa no ordenamento penal português mesmo arguindo que não foi lá consagrado a burla por omissão? Não estaremos a apregoar a defesa de uma eventual lacuna legislativa?

Para início de explanação diremos que não nos parece que exista lacuna legislativa. Cremos também que dever-se-á entender a perfeição do sistema penal a partir da decisão de não incriminar certos comportamentos, isto é, considerarmos que condutas (ética e moralmente) desvaliosas, que sejam potencialmente merecedoras de figurar no “catálogo”<sup>255</sup> das incriminações penais, não foram propositadamente nele integradas.

Parece-nos que o que aconteceu não foi uma negligente falta de previsão legislativa por parte do legislador, no que respeita a forma omissiva do delito. Nem, tão pouco, o legislador subsumiu (de forma tácita) esta modalidade de burla no regime geral da equiparação entre a acção e a omissão onde só se poderia aceder por via da hermenêutica.

---

<sup>254</sup> BARREIROS, José António, *Crimes contra o património*, ob. cit., pág. 148. A propósito desta ideia da forte manipulação psicológica o autor adianta um entendimento em sentido idêntico quando refere que “...há pois na burla uma manipulação psíquica da vítima, através de astúcia enganadora ou indutora em erro e a determinação consequente daquela a actos lesivos que não praticaria se a sua liberdade de entender e a de querer estivessem intactos.”

<sup>255</sup> Esta expressão (catálogo) foi extraída em COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 36.

Mas, o que ocorreu foi que o legislador se negou a incriminar esta forma de conduta (omissão) para aquele tipo incriminatório (burla), essencialmente, porque existe no ordenamento jurídico outros mecanismos jurídicos suficientemente eficazes para solucionar situações que, apesar de reunir alguns elementos da burla, envolvam actuação omissiva.<sup>256</sup>

Assim sendo, não parece razoável argumentar-se a existência de lacunas ou de alheamentos legislativos pelo facto de ter ocorrido uma tomada de posição legislativa, precisa e concisa, a favor da não incriminação dos comportamentos omissivos para o crime de burla.

Mas, por outro lado, como nos posicionarmos diante da teoria do dever de garante exigível no âmbito de uma relação jurídica que se pretende de confiança e que aparentemente fundamentaria a modalidade omissiva da burla? Posicionamo-nos da seguinte forma:

(a) Diremos que o dever de garante não deixa de ser uma feliz importação do contexto civil para o contexto penal (por isso merecedora da nossa vénia);

(b) Também reconhecemos legitimidade e relevância ao dever de garante para o quadro geral do direito penal e para o quadro específico de compreensão e regulação dos delitos omissivos quando admitidos pela lei;

(c) No contexto dos delitos omissivos admitidos pela lei reconhecemos a existência de astúcia do agente que estando subordinado ao dever de garante, ainda assim, recorra dolosamente ao silêncio<sup>257</sup> para omitir a conduta devida e, conseqüentemente, faltar com o dever de garante;

---

<sup>256</sup> É o caso do ilícito civil previsto no art. 486.º do CC.

<sup>257</sup> No ac. STJ de 29 de Fevereiro de 1996; *BMJ*, 454, pág. 532, refere-se o seguinte: “...há situações em que o silêncio doloso sobre um erro pré-existente deve ser assimilado à indução em erro para efeitos criminais: assim acontece quando a vítima desconhece a realidade, o agente se apercebe desta circunstância e causa a persistência do erro, prolongando-o e potenciando-o, ao impedir com a sua astuciosa conduta omissiva do dever de informar, que a última se libere dele. É a burla por omissão ou aproveitamento astucioso.” Apesar da bondade implícita nesta forma de reflexão sobre a figura do silêncio que se associa a elementos do crime de burla pode-se, no entanto, contrapor-se-lhe o facto de que a sua admissibilidade não tem qualquer reflexo na letra do texto da norma incriminadora.

(d) Relativamente à aplicação da teoria do dever de garante a uma eventual forma de burla por omissão teríamos de forçosa e recorrentemente opor-lhe o argumento da não admissibilidade daquela forma no texto-norma e na norma-texto<sup>258</sup> do delito em razão de não se ter operado à incriminação de tal comportamento. Mais do que isso, em razão de a especificidade normativa do tipo só admitir a forma de actuação positiva para o comportamento do agente. Pelo que, estão legalmente ressalvados os comportamentos omissivos para o crime de burla.

### **3.5. A inadmissibilidade da omissão para os tipos especiais de burla**

#### **3.5.1. Burla relativa a seguros**

Em um sentido mais lato as considerações adiantadas a propósito da inadmissibilidade da omissão como forma de execução do delito da burla (art. 217.º do CP) parecem-nos extensíveis (com as adaptações necessárias) aos diferentes tipos especiais de burla consagrados no CP.

Esse novo ponto do trabalho emergiu da necessidade de respondermos a uma questão que nos colocamos e que é a seguinte: os tipos especiais de burla previstos no CP comportam a possibilidade de comissão por omissão?

Em resposta a esta questão percorremos os diferentes tipos especiais de burla que estão codificados, mas, apenas, com o intuito de apurar se eventualmente está (ou não) consagrada a possibilidade da burla ocorrer pela forma de omissão. Para apreciá-los, tomamos individualmente cada um dos tipos especiais previstos no CP de modo a facilitar à compreensão dos seus conteúdos.

O primeiro tipo especial que aparece é o da burla relativa a seguros e encontra-se previsto no art. 219.º do CP.<sup>259</sup> A sua estrutura apesar de, nalguns pontos, condizer com a

---

<sup>258</sup> Para aferir a diferença entre a noção de norma-texto e de texto-norma ver COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 136-138.

<sup>259</sup> Para apreciar os desdobramentos deste tipo ver, entre outros, COSTA, Faria, *Código Penal*, ob., cit., pág. 233-234, HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 570-573 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 710-711.



do tipo fundamental da burla prevista no art. 217.º do CP não é igual aquele tipo por dele diferir nalguns específicos pontos.

– Este tipo incriminatório circunscreve-se às situações em que o agente provoca um acidente ou agrava as suas consequências. Porém, como refere ALMEIDA COSTA, aqui o risco encontra-se coberto por um seguro (constante de uma apólice).<sup>260</sup> O elemento apólice de seguro<sup>261</sup> tem particular relevância nessa figura porque, por um lado, realça a existência de um contrato de seguro<sup>262</sup> do qual emergem direitos e obrigações e, por outro lado, na apólice deve constar o limite quantitativo e qualitativo da prestação patrimonial devida pela seguradora.

– A execução do delito, em princípio, pode comportar um *animus* e/ou intenção de enriquecimento (próprio ou alheio). Porém, é bom que se esclareça, o seguro tem por finalidade suprir eventuais prejuízos cobertos por uma apólice contratada e que é paga pelo beneficiário (o que teoricamente afastaria a ideia de aumento do activo patrimonial). Mas, isso não exclui a possibilidade de, em certas circunstâncias, resultar da actuação do agente um enriquecimento ilegítimo.<sup>263</sup>

Ao apreciarmos o texto-norma deste tipo de burla vimos que a especificidade descrita para o tipo incriminatório e para o seu *modus operandi* não parece comportar a sua comissão através de omissão. Invocamos aqui, não só, o argumento de ser exigido a provocação de factos que induzam em erro ou engano a vítima, mas, ainda, que este argumento no contexto desta norma sai reforçado pela verificação de outras cinco fórmulas idênticas.

(a) *Receber valor seguro* – comportamento e/ou o acto que consiste em receber e/ou tomar para si (tradição material de coisa) um determinado valor entregue por uma seguradora. (b) *Fazer receber valor seguro* – comportamento e/ou acto que consiste na criação e/ou preparação das condições necessários (actos preparatórios) para permitir e/ou

---

<sup>260</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 313-314.

<sup>261</sup> Sobre a apólice de seguro ver CORDEIRO, António Menezes/MORGADO, Carla Teixeira, *Leis dos seguros anotadas*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, pág. 213-214.

<sup>262</sup> Sobre o contrato de seguro ver LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Droit des assurances*, 9.ª ed., Paris: Édition DALLOZ, 1995, pág. 151 e seguintes e ainda, POÇAS, Luís, *Estudos de direito dos seguros*, Porto: Almeida & Leitão, Lda., 2008, pág. 119-121.

<sup>263</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 314. O autor apresenta o exemplo do eventual enriquecimento ilegítimo mediante a prática de burla relativa a seguro.

facilitar que uma pessoa receba um determinado valor entregue por uma seguradora. (c) *Provocar acidente* – comportamento e/ou acto que se traduz na criação de condições necessárias para que se produza um evento do qual resulte algum tipo de prejuízo ou dano. (d) *Causar lesão física* – comportamento e/ou acto que inflija algum tipo de dano à integridade física de uma pessoa. (e) *Agravar resultados de acidente* – comportamento e/ou acto que aumente a quantidade de prejuízos ou danos resultantes de um acidente ou que piore a intensidade dos prejuízos ou danos que resultaram de um acidente.

Em todo o caso, todo o fraseado constante do texto-norma impõe uma certa especificidade para a concretização do tipo que é confluyente com a necessidade de uma actuação positiva por parte do agente. Essa especificidade torna distinto o comportamento que aquele deve adoptar em um específico *faccere* diferente de um *omittere* (é um específico delito de acção que não se compadece com a ideia de um estado de erro ou engano preexistente e aproveitável).<sup>264</sup>

### 3.5.2. Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços

A estrutura da burla para a obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (conforme prevista no art. 220.º do CP)<sup>265</sup> parece idêntica a que foi prevista para o tipo fundamental no art. 217.º do mesmo diploma legal. Mas, neste tipo especial, a intenção de enriquecimento ilegítimo detida pelo agente coincide com a intenção de não pagar o valor do bem e/ou serviço usufruído.

Geralmente, a sua execução ocorre mediante actos concludentes mas pode também ocorrer por palavras ou declarações expressas. Outrossim, já não parece defensável a modalidade omissiva (embora haja diferente entendimento na doutrina sobre este assunto).<sup>266</sup>

Ao analisarmos a estrutura do tipo incriminatório pudemos constatar que tanto o seu tipo específico, quanto o seu *modus operandi*, deixam antever que a comissão do delito

---

<sup>264</sup> Difícil (ou mesmo impossível) seria de ver a pessoa que nada faz e/ou nada diz, vir a provocar um acidente ou a agravar os resultados de um acidente.

<sup>265</sup> Para apreciar outras referências sobre os desdobramentos deste tipo ver, entre outros, FARIA COSTA, *Código penal*, ob., cit., pág. 234-235, HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 574-581 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 711-718.

<sup>266</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 322.

deve ocorrer por actuação positiva. Para tanto, invocamos aqui que para as diversas variantes da execução deste delito o seu texto-norma também consagra três fórmulas idênticas àquela que manda provocar factos.

(a) *Se fizer servir de alimentos* – o acto de solicitar a entrega de bens ou serviços e/ou permitir que lhe sejam prestados bens ou serviços (aceitação). (b) *Utilizar quarto, serviço, estabelecimento e meio de transporte* – o acto de servir-se de determinados espaços e de determinadas formas e bens de locomoção. (c) *Entrar em recinto* – o acto de aceder em um determinado espaço.

Tal fraseado constante do texto-norma do delito também importa uma certa especificidade para a concretização do tipo que é confluyente com a ideia de uma actuação positiva do agente, o que distingue o seu comportamento em um específico *faccere* (torna o tipo em um específico delito de acção).

Também aqui não se antevê complacência com a ideia de um estado de erro ou engano pré-existente e aproveitável da vítima. Principalmente, se tivermos em conta que para a verificação da intenção de enriquecimento do agente a norma prevê da parte do agente a atitude de se negar ou recusar (que não é omissão) a pagar a dívida contraída. Atitude que em si mesma já é um *faccere*.

### **3.5.3. Burla informática e nas comunicações**

São duas figuras de delito diferentes, porém, equiparáveis. Tonto assim é que, dentro do código foram integradas em uma espécie de regime comum (art. 221.º do CP<sup>267</sup> burla informática e burla nas comunicações<sup>268</sup>).

Abriremos um parêntesis para apreciar a complexa forma de execução destes tipos, mais precisamente, procuramos saber se aqui a estrutura dos delitos comporta uma execução vinculada como a que se concebe para o delito fundamental (art. 217.º do CP).

---

<sup>267</sup> Para apreciar outras referências sobre os desdobramentos deste tipo ver, entre outros, HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *Código penal*, ob., cit., pág. 581-584 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 718-719.

<sup>268</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 329.

Ocorre porém, que sobre este assunto o texto-norma dos delitos não oferece uma fácil compreensão das figuras.

Atentos ao texto da norma parece-nos (pelo menos de início) que não é exigível a intervenção do prejudicado na concretização do delito, podendo o agente através da utilização de meios informáticos (no caso da burla informática) ou através da utilização de meios que afectem o normal funcionamento ou exploração de serviços de comunicação (no caso da burla nas comunicações), agir e/ou intervir directamente sobre bens do património da vítima (dados<sup>269</sup>, programas<sup>270</sup> e informações)<sup>271</sup> com um *animus delicti* a fim de causar o prejuízo patrimonial.

Para melhor fazermos compreender a ordem de ideia seguida nos parágrafos precedentes afigura-se importante apreciar dois tipos diferentes de situações, a fim de formularmos algumas conclusões que nos parecem possíveis.

– Se, por um lado, o agente actua directamente sobre os bens informáticos da vítima como o hardware e os softwares (sem mais consequências) esta já será uma actuação sobre o património daquela. Porém, esta actuação (o acesso) configura, por si só, uma forma de prejuízo patrimonial para a vítima. Nesse prisma, não se vislumbrará qualquer execução vinculada para o tipo de delito.

Nesta primeira situação a actuação do agente se apreciada a partir da estrutura do texto-norma do art. 221.º do CP assume uma estrutura diversa da prevista para o delito fundamental de burla (art. 217.º do CP) por se concretizar num atentado directo e imediato ao património da vítima, isto é, em termos de execução não contempla a intervenção da vítima para que o crime se concretize.

---

<sup>269</sup> COSTA, Faria, *Direito penal da comunicação – alguns escritos –*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pág. 67-79. Nesta obra o autor adianta algumas notas sobre a informática, o processamento e a protecção de dados.

<sup>270</sup> Ver o conceito de programas informáticos em VEIGA, Armando, *Legislação de direito da informática*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 561.

<sup>271</sup> Sobre a protecção legal destes bens ver SILVA, Júlio Reis, e outros, *Direito da informática, legislação e deontologia*, Lisboa: Edições Cosmos, 1994, pág. 59 e seguintes. Em geral, os elementos informáticos são de direito e uso exclusivo do seu proprietário, principalmente se concebidos para uso exclusivo e/ou privativo. Em princípio, é ao titular que essencialmente interessa o seu manuseamento, tanto no modo ou forma de os manusear, quanto no momento propício para os manusear (daí, gozarem de protecção legal).

Essa singular forma de actuação do agente não nos parece que compreenda uma execução vinculada e, por sua vez, não parece que comporte um duplo nexo de imputação objectiva.

Assim sendo, na perspectiva ora em análise tal actuação do agente seria melhor vista a partir do prisma da criminalidade informática, isto é, pode configurar um tipo de crime informático como por exemplo; o crime de falsidade informática, de dano relativo a dados ou programas informáticos, de sabotagem informática, de acesso ilegítimo, de interceptação ilegítima e de reprodução ilegítima de programa protegido. Todos eles regulados em legislação própria.<sup>272</sup>

– Se, por outro lado, o agente actua directamente sobre os supra citados bens da vítima para indirectamente conseguir obter um enriquecimento ilegítimo (para si ou para terceiro), mediante uma actuação posterior da vítima que cause o seu próprio prejuízo patrimonial já se configurará uma execução vinculada do delito e, conseqüentemente, poderá consubstanciar-se o duplo nexo de imputação.<sup>273</sup>

Exemplifiquemos para melhor compreender: (A) que trata dos serviços de tecnologias de informação de (B) sem a necessária autorização utiliza um programa ou aplicativo informático ou de comunicação que lhe permite manusear alguns dados ou informações do (B). Configura-os e/ou adultera-os por formas a que sempre que (B) autorize e/ou confirme (por dispositivo informático ou de comunicação) uma transacção de valores e/ou bens em benefício de (D, E ou F), tudo ou parte do que for transferido lhe seja destinado ou seja destinado a (C) como se fosse (D, E, ou F). (B) fiando-se na lealdade de (A) realiza tais operações sem nunca desconfiar do engodo.<sup>274</sup>

No prisma desta segunda situação a actuação directa do agente sobre os citados bens da vítima para lograr um enriquecimento ilegítimo através de uma actuação posterior da vítima, equivalerá a uma provocação de factos que induzam em erro ou engano a vítima e que importam o resultado danoso da actuação posterior da vítima.

---

<sup>272</sup> Sobre a criminalidade informática ver COSTA, Faria, *Direito penal da comunicação*, ob. cit., pág. 108 e seguintes, VEIGA, Armando, ob., cit., pág. 562-563, SILVA, Júlio Reis, e outros, ob., cit., pág. 368 e seguintes e ainda, LEIBAR, Iñaki Esparza/GUILLÉN, César San Juan, *Derecho penal informático*, dirigido por JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, Pamplona: Editorial Aranzadi S.A, 2010, pág., 201-206.

<sup>273</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 330.

<sup>274</sup> O exemplo é da nossa autoria.

Por um lado, para o agente obter o enriquecimento ilegítimo produziria dois tipos de danos ao património da vítima que ocorreriam em dois momentos diferentes da concretização do delito. Um primeiro dano que resultaria da sua intervenção directa sobre o património da vítima (dano directo) e um segundo dano que resultaria da actuação da própria vítima (dano indirecto). Por outro lado, em razão desta bipartição do evento criminoso pode configurar-se um concurso de crimes<sup>275</sup> entre o crime de burla informática e algum dos tipos de crimes informáticos previsto em legislação própria.

Para o caso da burla nas comunicações (valendo-lhe também e com as necessárias adaptações os argumentos dos parágrafos precedentes sobre a burla informática), recordaremos com FARIA COSTA que a comunicação pode ser vista e entendida como fechada (informação trocada entre os sujeitos da relação comunicacional e assumida por eles como fechada) ou aberta (informação difusa por destinatários indeterminados).<sup>276</sup> Sendo fechada ou aberta, a comunicação se desenvolve e/ou processa através de suportes instrumentais específicos (os meios de comunicação).<sup>277</sup>

É através destes suportes instrumentais que o crime de burla nas comunicações poderá ocorrer e ocorrerá qualquer que seja o tipo comunicacional em presença (fechada ou aberta). Podemos acrescentar ainda, que pode ocorrer um concurso de crimes entre o crime de burla nas comunicações e o crime de violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações previsto no art. 384.º do CP caso o agente seja um funcionário dos serviços de correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações.

Sobre a possibilidade de os delitos serem executados por omissão, se nos atermos ao texto-norma dos dois tipos incriminatórios, constatamos que tanto no seu tipo específico, quanto no seu *modus operandi* não parece defensável a ideia da forma omissiva

---

<sup>275</sup> Sobre a matéria do concurso de infracções ver, entre outros, CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *A teoria do concurso em direito criminal*, Coimbra: Almedina, 1996, pág. 15 e seguintes, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito penal*, I Vol., ob., cit., pág. 447-551, DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I, 2.ª ed.*, ob., cit., pág. 977 e seguintes e pág. 1006 e seguintes.

<sup>276</sup> COSTA, Faria, *Direito penal da comunicação*, ob., cit., pág. 42-43.

<sup>277</sup> *Ibidem*, pág. 82 e seguintes.

para a sua execução. O texto da norma apresenta uma estrutura que impõe a necessidade de “provocação de factos” para que o delito possa ser concretizado. Quais sejam:

(a) *Interferir no tratamento de dados* – o acto de aceder aos softwares ou informações de outrem e interferir na forma do seu processamento. (b) *Estruturar incorrectamente programas* – o acto de manusear os softwares ou informações e reestruturá-los de modo diverso daquele em que se encontravam. (c) *Utilizar incorrecta ou incompletamente dados* – o acto de manusear os softwares e/ou informações de uma forma não apropriada e diferente daquela para os quais foram criados ou, ainda, manuseá-los de forma parcial. (d) *Intervir no processamento* – o acto de se intrometer e influenciar na forma de estruturar e/ou processar a informação.

Estas diferentes variantes e/ou formas para concretizar os delitos importam uma certa especificidade que é confluyente com a ideia de ser necessária da parte do agente uma actuação positiva, pelo que tornam os tipos em causa em delitos de acção, isto é, incompatíveis com a ideia de um estado de erro ou engano pré-existente e aproveitável.

#### **3.5.4. Burla relativa a trabalho ou emprego**

A burla relativa a trabalho ou emprego encontra-se prevista no art. 222.º do CP<sup>278</sup> e é um tipo legal de crime que reporta-se às situações potenciais de emigração e imigração (legal e/ou clandestina).<sup>279</sup>

No início da nossa exposição sobre este ponto, abriremos um parêntesis para, de forma sucinta, falarmos de algo referente ao regime contido na norma do tipo incriminatório e que consideramos importante. Ocorre que, ao analisarmos com alguma acuidade o conteúdo da norma constatamos que nele não se consegue antever se a consumação deste delito depende (ou não) de a vítima ausentar-se do seu país de residência para um outro país, em razão do aliciamento ou da promessa do agente.

---

<sup>278</sup> Para apreciar os desdobramentos deste tipo ver em GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 719-720.

<sup>279</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 334.

Parece-nos que o n° 1 do art. 222.º do CP não impõe a necessidade de a vítima chegar a se ausentar do território onde tem a sua residência e, de um outro ângulo, pode-se dizer o mesmo do n° 2 daquela mesma norma. Porém, ao questionarmo-nos sobre a forma de tratamento das situações em que ocorre a saída da vítima do seu país de residência e das situações em que esta ausência não ocorre, constatamos que a norma (aparentemente) não consagrar um tratamento diferenciado.

Apesar do que está acima dito, parece-nos que pode-se reconhecer que, atendendo a cada um dos casos, estes dois tipos de situações podem importar graus de fragilidade diferentes em uma vítima. A situação que envolve a ausência do país de residência importa uma maior fragilização da vítima do que a situação em que não ocorre a ausência do país de residência (partindo do princípio que a vítima estará exposta a um meio diferente daquele a que está habituada e estará distante dos seus familiares e amigos).

ALMEIDA COSTA refere que na base da introdução do preceito no CP estiveram razões materiais que parecem apontar no sentido de que a consumação dos delitos depende da ausência do país de residência por parte da vítima.<sup>280</sup> Nós, porém, não nos quedamos convencidos com tal entendimento devido à imprecisão da norma sobre este assunto.

Somos assim levados a pensar que, independentemente da diferença de fragilização a que uma vítima possa estar submetida, em atenção ao caso e as circunstâncias que lhe sejam envolventes, a norma (embora não devesse ser assim) estabelece a mesma forma de tratamento para qualquer uma delas, isto é, a estatuição é a mesma.

No que diz respeito à omissão como uma forma de concretizar este delito, somos também levados a pensar que a especificidade do tipo não parece possibilitar a modalidade da omissão. O texto-norma do delito impõe a necessidade de o agente praticar certos actos equivalentes à provocação de factos.

(a) *Aliciamento de trabalho* – o acto de seduzir e/ou subornar alguém com a possibilidade de conseguir um trabalho. (b) *Promessa de trabalho* – o acto de convencer

---

<sup>280</sup> Ibidem, pág. 335.



alguém comprometendo-se a proporcionar um trabalho. Ambos os comportamentos impõem de forma específica ao agente uma actuação positiva.

De um ponto de vista teórico o tipo constitui-se na sua essência como um crime de burla por palavras ou declarações expressas (é um delito de acção), mas, em todo o caso, não se descarta a ideia de poder ocorrer por actos concludentes. Outrossim, o fraseado constante do texto da norma também não se compadece com a ideia de um estado de erro ou engano pré-existente e aproveitável.

### 3.6. A posição na doutrina e a tendência seguida na jurisprudência portuguesa

ALMEIDA COSTA<sup>281</sup> e MAIA GONÇALVES<sup>282</sup> referem que a tese que admite a burla por omissão é a que predomina na doutrina portuguesa e, mais, que esta é também a tese que tendencialmente tem sido seguida pela jurisprudência em Portugal.

Se assim é, não deixaremos de considerar que a posição por nós, ora, adoptada coloca-nos na situação dos que se posicionam contra a corrente da doutrina maioritária e dos que formulam a antítese da tese tendencialmente propugnada na jurisprudência.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> COSTA, A. M. Almeida, *Comentário conimbricense do código penal*, ob., cit., pág. 298.

<sup>282</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português*, 14.ª ed., ob., cit., pág. 690-691.

<sup>283</sup> Entre outros, ver os seguintes Acórdãos:

– ac. STJ de 19 de Dezembro de 1991 “*I – Existe burla quando no primeiro momento se verifica uma conduta astuciosa comissiva ou omissiva, que directamente induza ou mantenha o erro ou engano... (...) Na manutenção do erro a vítima desconhece a realidade, o agente perante um erro já existente, causa a sua persistência, prolongando-o, ao impedir com a sua conduta astuciosa ou omissiva do dever de informar, que a vítima se liberte dele...*”;

– ac. RC de 16 de Maio de 1996, *CJ*, XXI, Tomo III, pág. 43 e seguintes. “*I – A fraude no crime de burla pode realizar-se através de uma omissão, o que ocorre quando sobre o agente recai um dever jurídico que o obrigue a evitar o resultado típico. II – Todavia, a omissão tem de incidir sobre um facto astuciosamente provocado pelo agente e não por terceiro...*”.

– ac. STJ de 18 de Junho de 2008. “*VIII – Contudo, pode contrapor-se que nesta hipótese de mero aproveitamento de um erro não provocado, a astúcia não deixará de estar presente (de forma negativa) na dissimulação, ocultação ou sonegação dolosa de informações determinantes para a formação de vontade do ofendido. E assim, a questão estará apenas em saber se o agente tem ou não a obrigação de informar correctamente o ofendido, ou seja, se tem ou não a posição de garante, consumando-se a burla por omissão no caso afirmativo.*” Todavia, importa-nos dizer que manter-se em silêncio (ainda que dolosamente) para manter alguém no estado de erro ou engano em que já se encontrava, não corresponde a exigência de provocar-se o estado de erro ou engano da pessoa conforme impõe o art. 217.º do CP, isto é, este artigo impõe ao agente a necessidade de provocar os factos que induzam em erro ou engano a vítima (e não simplesmente manter ou aproveitar-se do estado de erro ou engano).

– ac. RP de 5 de Março de 1986; *BMJ*, 355, pág. 433. “*I – Para que se verifique o crime de burla... não é necessário que o erro ou engano sejam provocados por um comportamento activo do agente, por palavras ou actos, podendo também ser provocados por um comportamento passivo.*”

Porém, sobre essa, eventual, maioria favorável à teoria da burla por omissão não poderíamos deixar de fazer as duas seguintes considerações:

– Em primeiro lugar, que o facto de existir uma corrente doutrinária que seja maioritária não significa que a orientação por ela seguida valha como verdade absoluta, categórica e/ou apodíctica (universal e inquestionável), isto é, que se trate de uma verdade dogmática igual aos dogmas de fé religiosos.

Qualquer orientação doutrinária, ainda que maioritária, não é mais do que doutrina e, como tal, não constitui fonte de direito (nota que distingue os ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxónica dos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânico – como o de Portugal), isto é, não goza da característica da imperatividade (como gozam as normas jurídicas legalmente criadas e em vigor) que imponha a obrigatoriedade da sua perfilhação.

– Em segundo lugar, uma eventual tendência da jurisprudência a favor da admissibilidade da ideia da burla ocorrer pela via da omissão não significa que estejamos diante de uma posição jurisprudencialmente assente, mesmo porquê, não tivemos ainda o ensejo de conhecer qualquer acórdão uniformizador da jurisprudência nesse sentido.

Pensamos, então, que uma forma de se conseguir um entendimento sobre esta matéria passaria por, em futura reforma legislativa, introduzir-se no texto-norma do delito fundamental da burla e nos textos-norma dos tipos especiais de burla (nos casos possíveis e admissíveis) a figura do aproveitamento. Caso esta seja uma solução complexa poder-se-á, de uma forma menos laboriosa e onerosa, uniformizar a jurisprudência neste específico ponto da matéria.

Qualquer uma das ideias propostas no parágrafo antecedente permitiria que a defesa da burla por omissão (como hoje é feita) deixasse de transparecer a uma defesa excessiva e/ou extremista de uma punibilidade a qualquer preço. Uma punibilidade que embora se dirija a comportamentos identificadamente lesivos, não tenha qualquer sentido

---

– ac. RC de 23 de Junho de 1999; *CJ*, XXIV, Tomo III, pág. 57. “*No caso de burla por omissão, o aproveitamento astucioso por parte do agente só releva criminalmente se existia um dever de informação que não tenha sido cumprido*”.

expresso, tácito ou teleológico captável no texto de uma norma penal em vigor ou, ainda, que não tenha sentido alcançável no espírito do sistema normativo. Convém-nos fazer constar que, os extremismos ou excessos podem levar a soluções injustas, desumanas ou desprovidas de compaixão.<sup>284</sup>

Por esta razão, FIGUEIREDO DIAS referiu que *”a eficaz prevenção do crime só pode pretender ter êxito se à intervenção estadual forem levantados limites estritos – em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas – perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva. A esta possibilidade de arbítrio ou excesso se ocorre submetendo a intervenção penal a um rigoroso princípio de legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen, nulla poena sine lege).*<sup>285</sup>

Em jeito de remate final, podemos ainda dizer que um dos objectivos de toda a argumentação aqui empreendida é, precisamente, o de precaver e/ou apartar a ideia ou o fantasma de uma eventual *“rule of precedent”* que fragilize o rigor dos fundamentais princípios da tipicidade e da legalidade<sup>286</sup> ou, ainda, que comprometa a unidade do sistema penal. Mas, também procuramos mostrar que apesar de terem ocorrido algumas alterações do CP o *status quo* tipológico do delito, tanto na fase da pré-alteração, quanto na fase do pós-alteração continuou a ser o mesmo.

### **3.7. Considerações finais**

Sobre a matéria das modalidades da burla constatamos que no geral há um grande consenso de ideias no seu tratamento dogmático-doutrinário. Porém, observamos também que existem controvérsias relativamente a específicos pontos da sua matéria.

---

<sup>284</sup> COSTA, Faria, *Noções fundamentais de direito penal*, ob., cit., pág. 156, apresenta-nos a *humanidade do direito penal*, como um dos princípios basilares do CP.

<sup>285</sup> DIAS, Figueiredo, *Direito penal – Parte geral, TOMO I*, 2.ª ed., ob., cit., pág. 177.

<sup>286</sup> O argumento favorável a admissibilidade da burla por omissão pode dar lugar a um questionamento sobre a sua conformidade ou inconformidade constitucional, pelo facto de pôr em causa os princípios jurídico-constitucionais da legalidade e da tipicidade contidos no art. 29.º da CRP. Pensamos até, que poder-se-á mesmo inferir se há ou não conformidade constitucional nas decisões judiciais fundamentadas a partir de uma tal teoria da admissibilidade da burla por omissão.

Sobre a controvertida admissibilidade ou não da burla ocorrer por omissão, a questão que em nosso entender não deveria ficar encoberta e se mostrava necessária formular era a de saber se o legislador penal nas últimas alterações que operou ao texto-norma do tipo tinha ou não consagrado uma modalidade omissiva.

Para responder a esta questão tivemos de contrapor os argumentos da tese favorável a omissão e da tese a ela desfavorável e, mais do que isso, tivemos que apreciar com mais minúcia o texto-norma do delito. Constatamos então, que no confronto entre as duas teses tínhamos de nos posicionar em favor daquela que se mostra desfavorável a ideia da burla vir a ocorrer por meio de omissão.

Achamos que não é conveniente defendermos hoje que depois das sucessivas alterações legislativas operadas ao CP e atendendo a forma e termos como acabou por ficar prevista a matéria sobre o crime da burla no CP tivesse havido da parte do legislador penal qualquer intenção de consagrar uma tutela para os comportamentos omissivos no âmbito da burla.

Uma posição contrária a que chegamos significaria a afirmação de que o legislador penal teria actuado de forma contraproducente. Por um lado, teria criado uma antinomia no código pelo facto de a consagração isolada do vocábulo provocou aditada aos elementos factos e astuciosamente não permitir arguir a admissibilidade de uma actuação omissiva para o tipo de delito. E ainda, que qualquer tentativa de ver essa figura a partir do nº 2 do art. 10.º do CP equivaleria a desconsiderar o texto-norma do delito (art. 217.º do CP), isto é, seria o mesmo que dizer que o legislador se negou a prever a omissão como forma de concretização da burla mas, porém, admitiu-a de forma tácita.

Por outro lado, teria aberto precedentes ao rigor dos princípios da legalidade e da tipicidade jurídico-penal (princípios com força constitucional), isto é, abrir-se espaço para se admitir a incriminação de condutas por via doutrinal (extra-legal). Sem, contudo, perdermos de vista que colocaria em causa a certeza e a segurança jurídica especialmente devidas a este específico ramo do direito.

Se outra tivesse sido a intenção legislativa (diferindo da posição que captamos) então, a nosso ver, a intenção não se concretizou. Portanto, faz-se necessário rever a norma

em futura reforma legislativa ou, no mínimo, tomar-se uma posição uniforme na jurisprudência que compreenda de forma inequívoca a omissão no quadro das formas de execução do delito.

Depois de termos analisado o texto-norma do delito, o regime jurídico previsto no código para este crime e as diferentes posições seguidas na doutrina, pudemos concluir pela teoria da inadmissibilidade da omissão. Conclusão extraída do conjunto dos argumentos que não lhe admitem, mas somamos-lhes o argumento da imposição legal de se deverem provocar factos por parte do agente a fim de induzir em erro ou engano a vítima.

Assim sendo, é da consideração conjunta de todos os argumentos que nos parece estar afastada a possibilidade do delito ocorrer por meio de omissão porque a omissão (seja a própria ou a imprópria) não tem o condão de provocar factos capazes de induzir alguém a fazer algo. Quando muito, tem a faculdade de permitir que o omitente venha a tirar partido da pré-existência do erro ou engano de alguém para, posteriormente, beneficiar do potencial resultado daí derivado (aproveitamento).

## CONCLUSÕES FINAIS

Chegados a este momento, podemos começar por dizer que de todo o trabalho de reflexão por nós ora despendido pudemos tirar as ilações que de forma estruturada apresentamos de seguida:

– Relativamente as notas genéricas dogmáticamente tecidas sobre o tipo legal incriminatório da burla e, de uma forma geral não vimos em Portugal, tanto ao nível da doutrina, como da jurisprudência, grande divergência de posições. Principalmente, no que respeita ao tratamento dos elementos do tipo.

– Relativamente as modalidades do delito que, necessariamente, nos remeteram para o tratamento das formas de concretização do delito pudemos ver que, nos termos do texto que actualmente está contido no corpo normativo referente ao delito fundamental da burla, pode-se extrair a inadmissibilidade deste tipo incriminatório vir a ser concretizado por meio de omissão.

Essa inadmissibilidade é visível a partir de uma conjunção de argumentos em que figuram, entre outros, a não inclusão do aproveitamento do erro ou engano pré-existente na vítima por parte do agente e a imposição normativa de o agente provocar factos que sirvam para induzir em erro ou engano a vítima.

Mas, com mais acuidade, podemos dizer que, de forma mais concreta, neste ponto tivemos o ensejo de arrematar o seguinte:

- (a) A provocação astuciosa na sua essência deve ser de factos e estes últimos têm de ser aptos a induzirem em erro ou engano a vítima. É esta combinação que distingue o comportamento a ser adoptado pelo agente em uma acção e não em uma omissão porque a omissão não tem, *proprio sensu*, aptidão para provocar factos capazes de induzir outrem em erro ou engano. Esta forma de actuação tem apenas aptidão para permitir ao omissor beneficiar-se com o potencial resultado de uma factualidade e/ou cadeia factual pré-existente (aproveitamento).

(b) A ideia da inadmissibilidade da omissão, tanto vale para o delito fundamental da burla, quanto para os tipos especiais do delito. Outrossim, o facto de existir uma posição doutrinal maioritária e que admite a omissão como forma de concretização do tipo e, ainda, o facto de haver uma tendência na jurisprudência que seja confluyente com esta ideia da admissibilidade, não pressupõe dizer que a burla omissiva tenha verdadeiramente existência no âmbito da legislação penal.

(c) Portanto, pensamos que para se defender a comissão do delito através da omissão é necessário que, *de iure condendo de lege ferenda*, o código seja revisto em futura reforma legislativa ou, no mínimo, tomar-se uma posição uniforme na jurisprudência que admita a omissão enquanto formas de comissão do delito.

– No que diz respeito aos elementos normativos de qualificação da burla vimos que a sua densificação impõe ao intérprete e ao julgador um considerável exercício intelectual para que em concreto se possa concretizar a qualificação. A dificuldade de concretização dos elementos qualificadores não torna fácil a tarefa de aferir o maior desvalor da acção e/ou do resultado que seja necessário para se apurar o maior grau de censurabilidade do comportamento.

Em todo o caso, e com maior subtileza, tivemos a oportunidade de inferir neste específico ponto do trabalho o seguinte:

(a) Na análise e resolução dos casos concretos submetidos a apreciação do julgador, esta matéria da qualificação da burla deve merecer uma actuação ponderada ou prudente daquele. Ele tem de ter em atenção o elemento qualificador em causa e as circunstâncias do caso para apurar da sua qualificação ou não e, não já, considerar o caso como qualificado só pela mera observância de um elemento qualificador.

(b) Nas situações em que ocorra o erro sobre a qualificação, em que o agente possa incorrer, pode ter lugar a atenuação da punibilidade, convocando-se, para o efeito, a pena do tipo simples correspondente.

(c) A figura do *dolus generalis* deve ser adequada à compreensão da matéria sobre a qualificação da burla de modo a que, dentro deste específico ramo do direito

(Direito Penal), não se corra o risco de se vir a responsabilizar o agente por recurso à responsabilidade objectiva.

(d) Por seu turno, dentro desta matéria da qualificação parece-nos que por uma questão de cautela, *de iure condendo de lege ferenda*, faz-se necessário retirar o elemento qualificador previsto na alínea d) do nº 2 do art. 218.º do CP, que consiste em deixar a vítima em difícil situação económica, do “*catálogo*” dos elementos qualificadores e (em futura reforma legislativa) concretizá-la de forma autónoma em disposição normativa diferente como uma mera forma de agravação pelo resultado.

Todavia, após todo este trabalho, não perdemos de vista que a prática da burla ainda constitui um elemento de perturbação social e a sua regulação não tem, apenas, justificação penal, mas também, tem justificação sociológica. Em todo o caso, a forma como está hoje regulada a figura delituosa da burla não parece legitimar uma eventual defesa segundo a qual este delito possa ser realizado através da omissão (pura ou impura). Muito menos, uma defesa feita a qualquer custo, isto é, uma defesa que sacrifique os princípios (penal e constitucional) da legalidade e da tipicidade.

Após fazermos esta dissertação, não podemos deixar de referir que muito do que se poderia escrever a respeito da figura da burla (o concurso, a tentativa, a comparticipação, as figuras a fim, o tratamento jurisprudencial, etc.) não está aqui dito mercê da nossa opção em restringirmos o campo de abrangência do estudo.

Mas, um dos pontos que para nós ficou aqui assente é o de que a pertinência de termos abordado as questões seleccionadas como objecto de estudo para o presente trabalho fez-nos ver, desde logo, a conveniência de futuramente se operarem algumas alterações à matéria da burla para que se possam superar as contingências aqui divisadas e permitir que se simplifique a tarefa do intérprete e do julgador quando em concreto estiverem a tratar de casos que envolvam estas matérias.

Em jeito de remate podemos dizer que, muito mais do que simplificar a tarefa do intérprete e do julgador, a necessidade de se proceder a alterações na matéria da burla, em nosso entender, visará sobretudo salvaguardar os princípios e regras fundamentais do



direito penal e do direito em geral. Visará também afastar do ordenamento penal eventuais ameaças à certeza e a segurança jurídica.

## **BIBLIOGRAFIA:**

### **OBRAS**

*Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1966)*, Parte Especial, Publicação do Ministério da Justiça, AAFDL, Lisboa, 1979.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

ALEGRE, Carlos, «Crime Contra o Património», *RMP* (Cadernos – 3), Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, 1988.

ALMEIDA, A. Lopes de/REGO, C. Lopes do, e outros, *Crimes Contra o Património em Geral (Notas ao Código Penal)*, Editora Reis dos Livros, Lisboa, 1983.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil Introdução*, 4ª Edição (Revista e Actualizada), Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002.

ANDRADE, Manuel da Costa, «A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal Como Referência de Uma Doutrina Teleológico-racional», *RPCC*, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

\_\_\_\_\_, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial –*, TOMO II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

BARREIRO, José António, *Crimes Contra o Património*, 2ª Edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1996.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2º Volume, AAFDL, Lisboa, 1996.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal*, 1º Volume, 2ª Edição (Revista e Actualizada), AAFDL, Lisboa, 1998.

\_\_\_\_\_, «Ilicitamente Comparticipando – O Âmbito de Aplicação do art.º 28º do Código Penal –», *Separata do número especial do BFDC – 1984*, Coimbra, 1988.

Beleza, TERESA PIZARRO/PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *A Tutela Penal do Património após a Revisão do Código Penal de 1995*, AAFDL, Lisboa, 1998.

CAEIRO, Pedro, «Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais – O Património a Falência, a Sua Incriminação e a Reforma Dela –», *BFDC, STUDIA IVRIDICA* 19, Coimbra, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição (Revista), Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal – Parte geral*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz, *Teoría General Del Delito*, 2ª Edición, Editorial TEMIS, S.A, Bogotá, 1999.

CORDEIRO, António Menezes/MORGADO, Carla Teixeira, *Leis dos Seguros Anotadas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Direitos Reais*, LEX Edições Jurídicas, Lisboa, 1993

\_\_\_\_\_, *A Posse – Perspectivas Dogmáticas Actuais –*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

\_\_\_\_\_, *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral –*, TOMO I, 2ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

\_\_\_\_\_, *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral –*, TOMO I, 3ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1965.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coleção Teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1996.

COSTA, José de Faria, *Textos Legislativos – Código Penal*, 2ª Edição (Revista e Actualizada), Editora Quartelo, Coimbra, 2000.

\_\_\_\_\_, *Noções Fundamentais de Direito Penal – “Fragmenta Iuris Poenalis”* –, 3ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal Especial – Contributo a uma Sistematização dos Problemas “especiais” da Parte Especial* –, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_, «Omissão – Reflexões ao Redor da Omissão Imprópria», *BFDC*, Coimbra, vol. 72 (1996), 1998.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal da Comunicação – Alguns Escritos* –, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

COSTA, J. M. Almeida /MELO, A. Sampaio, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 8ª Edição (Revista e Actualizada), Porto Editora, Porto, 1999.

CUNHA, José M. Damião da, «A Perda de Bens a Favor do Estado – Arts. 7.º - 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira –», *CEJ*, Coimbra, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Pensar o Direito (Do Realismo Clássico a Análise Mítica)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Parte Geral – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime* –, TOMO I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial –*, TOMO II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

\_\_\_\_\_, *Direito Processual Penal*, 1ª Edição 1974 (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime –*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_, *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa», *Separa das Jornadas de direito criminal – Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, CEJ, FASE I.*

*Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Verbo Editora, I Vol., Lisboa, 2001.

DUARTE, José A. Caetano, *O Erro no Código Penal*, VEGA Lda., Lisboa, 1984.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 2ª Edição (Revista e Actualizada), Quid Juris, Lisboa, 1997.

FERREIRA, Fernando Américo Magalhães, «Burla – Admissibilidade da Comissão por Omissão –», *Trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, 2011, consultado em [www.slideshare.net](http://www.slideshare.net), 22/03/013.

FERREIRA, Cavaleiro, *Direito penal português – Parte geral I*, 2.ª ed., Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1982.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português* (Anotado e Comentado), 14ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

HASSEMER, Winfried/CONDE, Francisco Muñoz, *Intrducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Editorial Tirante Lo Blanch, Valencia, 1989.

HEIRAS, Henriques/FORTES, Guilhermina, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, Quid Juris, Lisboa, 2010.

HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas, *O Código de 1982*, Vol. 4, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1987.

\_\_\_\_\_ *Código Penal*, 2ª Edição, II Vol., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1997.

JUSTOS, A. Santos, *Direitos Reais*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Droit des Assurances*, 9ª Édition, DALLOZ, Paris, 1995.

LEIBAR, Iñaki Esparza/GUILLÉN, César San Juan, *Derecho Penal Informático*, dirigido por José Luis de la Cuesta Arzamendi, Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona, 2010.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, 3ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

LEITE, André Lamas, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LEITE, Inês Ferreira, *O Conflito de Leis Penais – Natureza e Função do Direito Penal Internacional* –, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MACHADO, João Pedro, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, IV, Editora Alfa, Lisboa, 1999.

MARQUES, J. Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª Edição, P.F. Artes Gráficas, Lisboa, 1994.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira, *O Crime de Dano e o Património Cultural*, Livraria Petrony, Lda., Lisboa, 2003.

MENDES, João Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, P. F. Artes Gráficas, Lisboa, 1994.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, TOMO I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil*, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

MONREAL, Eduardo Novoa, *Fundamentos de Los Delitos de Omission*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

NEVES, António Castanheira, *Digesta*, Vol. 1º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_, *Interpretação Jurídica*, Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 3.

NEVES, Rosa Vieira, *A livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

PALMA, Maria Fernanda/PEREIRA, Rui Carlos, «O Crime de Burla no Código Penal», *RFDL*, XXXV, Lisboa, 1994.

PAZ, Maria Isabel Sánchez García de, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid; Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Universidad de valladolid, 1999.

PINHO, Borges de, *Dos Crimes Contra o Património e Contra o Estado no Novo Código Penal*, 1983.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil* (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

POÇAS, Luís, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão, Lda., Porto, 2008.

PUIG, Santiago Mir, *Funcion de la Pena y Teoria Del Delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*, 2ª Edición, BOSCH, Casa Editorial S.A, Barcelona, 1982.

RAMOS, Enrique Peñaranda/GONZÁLEZ, Carlos Suárez/MELIÁ, Manuel Cancio, *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones Sobre la Teoría de la Imputación de Gunther Jakobs*, AD-HOC, S.A.R.L, Buenos Aires, 1999.

REALE, Giovanni/ANTISERI, Dario, *Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico*, 3ª Edición, II Volume (Del humanismo a Kant), Editorial HERDER, S.A, Barcelona, 1999.

*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139 – 2009-2010, Nº 3958-3963, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3ª Edição, VEGA, Lda., Lisboa, 1998.

SILVA, Jorge Noronha e, «O Conceito de Índícios Suficientes no Processo Penal Português», *Separata das “Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais”*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

SILVA, Germano Marques da, *Direito penal português – Parte geral II (Teoria do crime)*, Editorial Verbo, Lisboa, 1998.

SILVA, Júlio Reis, e outros, *Direito da Informática, Legislação e Deontologia*, Edições Cosmos, Lisboa, 1994.



SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª Edição, Publicações Europa-América, Sintra, 1998.

SOUSA, António Pais de/MATIAS, Carlos Freitas de Oliveira, *Da Incapacidade Jurídica dos Menores, Interditos e Inabilitados*, 2ª Edição, 1983.

VAZ, Maria João, *Crime e Sociedade (Portugal na Segunda Metade do Séc., XIX)*, Celta Editora, Oeiras, 1998.

VEIGA, Armando, *Legislação de Direito da Informática*, 1ª Edição, Coimbra editora, Coimbra, 2004.

*Verbo Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º Volume, Editorial Verbo, Lisboa, 1988.

VILELA, Alexandra, «Notas Dispersas Sobre Algumas Normas do CP», *RFDULP*, V.1, N.1 (2012), acedido no site [www.ulp.pt](http://www.ulp.pt), no link – [revistas.ulusofona.pt](http://revistas.ulusofona.pt), 30/12/012.

## **LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**

Código Civil, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

Código Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

Constituição da República Portuguesa, Livraria Almedina, Coimbra, 2010

ac. RP de 5 de Março de 1986; *BMJ*, nº 355, (1986)

ac. RC de 22 de Abril de 1986; *BMJ*, nº 358, (1986)

ac. RL de 4 de Fevereiro de 1987; *CJ*, XII, Tomo I, (1987).

ac. STJ de 4 de Novembro de 1987, proc. nº 39076; *TJ*, nº 35, (1987)

ac. STJ de 8 de Fevereiro de 1996; *CJ*, Acs. do STJ, IV, Tomo I, (1996)

ac. STJ de 29 de Fevereiro de 1996; *BMJ*, nº 454, (1996)

ac. RC de 16 de Maio de 1996; *CJ*, XXI, Tomo III, (1996)

ac. RC de 23 de Junho de 1999: *CJ*, XXIV, Tomo III, (1999)