

**Supremo Tribunal de Justiça**  
**Processo nº 04P4745**

**Relator:** SIMAS SANTOS

**Sessão:** 03 Fevereiro 2005

**Número:** SJ200502030047455

**Votação:** UNANIMIDADE

**BURLA**

**RESERVA MENTAL**

**ILICITUDE**

## Sumário

1 - O crime de burla desenha-se como a forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a vítima se deixe espoliar, e é integrado pelos seguintes elementos:

- intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo;
- por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou;
- determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial.

2 - É usada astúcia quando os factos invocados dão a uma falsidade a aparência de verdade, ou são referidos pelo burlão factos falsos ou este altere ou dissimule factos verdadeiros, e actuando com destreza pretende enganar e surpreender a boa fé do burlado, de forma a convencê-lo a praticar actos em prejuízo do seu património ou de terceiro.

3 - Esses actos além de astuciosos devem ser aptos a enganar, podendo o burlão utilizar expedientes constituídos ou integrados também por contratos civis.

4 - A linha divisória entre a fraude, constitutiva da burla, e o simples ilícito civil, uma vez que dolo in contrahendo cível determinante da nulidade do contrato se configura em termos muito idênticos ao engano constitutivo da burla, inclusive quanto à eficácia causal para produzir e provocar o acto dispositivo, deve ser encontrada em diversos índices indicados pela Doutrina e pela Jurisprudência, tendo-se presente que o dolo in contrahendo é facilmente criminalizável desde que concorram os demais elementos estruturais do crime de burla.

5 - Há fraude penal:

- quando há propósito ab initio do agente de não prestar o equivalente

económico:

- quando se verifica dano social e não puramente individual, com violação do mínimo ético e um perigo social, mediato ou indirecto;
- quando se verifica um violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, exige como única sanção adequada a pena;
- quando há fraude capaz de iludir o diligente pai de família, evidente perversidade e impostura, má fé, mise-en-scène para iludir;
- quando há uma impossibilidade de se reparar o dano;
- quando há intuito de um lucro ilícito e não do lucro do negócio

6 - Nos negócios, em que estão presentes mecanismos de livre concorrência, o conhecimento de uns e o erro ou ignorância de outros, determina o sucesso, apresentando-se o erro como um dos elementos do normal funcionamento da economia de mercado, sem que se chegue a integrar um ilícito criminal; mas pode também a fraude penal pode manifestar-se numa simples operação civil, quando esta não passa de engodo fraudulento usado para envolver e espoliar a vítima, com desprezo pelo princípio da boa fé, traduzindo-se num desvalor da acção que, por sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

7 - Há mera reserva mental só relevante no plano civil, quando o arguido queria efectivamente comprar determinadas mercadorias e só entrega como garantia um cheque correspondente a parte do preço, de que anteriormente havia comunicado o extravio, o que não foi determinante da entrega dos bens por parte do vendedor.

## **Texto Integral**

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

1.1.

O Tribunal Colectivo do 2º Juízo da Comarca de Porto de Mós procedeu ao julgamento, sob acusação do Ministério Público, de LAV, com os sinais nos autos, a quem era imputada a prática de um crime de burla do art.ºs 217.º, n.º 1 e 218 n.º2 al. a) do C. Penal e era pedida uma indemnização civil no montante de 18.606,70 € e juros de mora sobre 18.072,25 €, pelos danos provocados pela actuação ilícita do arguido.

Face à materialidade apurada, o Tribunal Colectivo decidiu, por acórdão de 22.6.2004, julgar improcedente, por não provada a acusação e, em consequência, absolver o arguido LAV da prática do crime de que vinha acusado e julgar improcedente, por não provado o pedido de indemnização

civil deduzido por HPD e, em consequência de tal pedido absolver o mesmo arguido.

2.1.

Inconformado, recorreu o assistente a este Supremo Tribunal de Justiça, concluindo na sua motivação:

Considerando que

1 - 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, e num segundo momento deverá verificar-se um enriquecimento ilegítimo de que resulte prejuízo patrimonial do sujeito passivo ou de terceiro ... Por outro lado, deverá existir uma sucessiva relação de causa efeito entre os meios empregues e o erro ou engano e entre estes e os actos que vão directamente defraudar o património do terceiro ou do lesado (Ac. STJ de 08/02/1996; CJ., Acs. do STJ., IV, tomo 1, 208);

2 - 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 provocado por um comportamento passivo (cf. neste sentido o Ac. RP. de 05/03/86: BMJ., 355, 433);

3 - Há também situações em que o silêncio doloso sobre um erro preexistente 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 vítima se liberte dele ... É a burla por com aproveitamento astucioso (Ac. STJ. de 29/02/96, I3MJ 454, 532).

4 - No caso dos Autos conjuga no comportamento do Arguido, considerando os factos provados, a prática activa de actos, aliado a um comportamento passivo e omissivo, orientado expressamente no sentido de enganar astuciosamente terceiro, com intenção de obter para si um enriquecimento ilegítimo, determinando o ofendido à prática de actos (o fornecimento efectuado) que lhe causaram prejuízo patrimonial grave.

5 - Em 19/07/2000, cerca de uma semana antes da aludida aquisição de material do Arguido ao Assistente, o Arguido tinha solicitado a este banco que não procedesse ao pagamento do cheque n.º 8770112680, sacado sobre a

conta n.º. 362.20.002312.9 do Banco Santander (Facto Provado da Sentença de fls.);

6 - O Arguido, com vista a conseguir que o Assistente lhe fornecesse madeira no valor de € 18.072,65, e apesar de saber (pois foi quem directa e pessoalmente o ordenou ao Banco, cerca de uma semana antes) que o cheque não seria pago pelo Banco, com a indicação de revogação com justa causa - extravio preencheu e assinou o cheque n.º. 8770112680, sacado sobre o Banco Santander, pelo valor de (Esc. 2.000.000\$00) € 9.975,96 datado para 1 de Agosto de 2000 (Facto Provado da Sentença de fls.), e entregou-o ao Assistente para garantir o pagamento da madeira, tal como este lhe exigira.

7 - Ao emitir e entregar ao Assistente HPD aquele cheque, o Arguido, que sabia que o pagamento do cheque havia previamente sido cancelado por si próprio, adoptou comportamento passivo, com que visou astuciosamente, provocar engano sobre a autenticidade, validade e eficácia do cheque, de modo a convencer o Assistente a fornecer-lhe a madeira, e assim obter um enriquecimento ilegítimo à custa daquele.

8 - Aliás, aquela actuação do Arguido, que não deu a conhecer ao Assistente que havia mandado, anteriormente, cancelar o pagamento do cheque, de modo a conseguir que o mesmo lhe fornecesse a madeira, integra também o tipo de burla por omissão ou aproveitamento astucioso, posto que ao adoptar aquele comportamento o Arguido agiu intencional e dolosamente, o sentido de convencer o Assistente à prática de actos, por meio de erro ou engano sobre factos (a entrega da madeira), que lhe causaram prejuízo patrimonial grave e elevado;

9 - Sendo certo que o Arguido sabia que, face à exigência do Assistente, este não lhe entregaria a madeira sem a garantia do pagamento, e nunca lhe forneceria a mesma se soubesse da situação do cheque

10 - Aquela astuciosa actuação do Arguido determinou que o Assistente ficasse sem a madeira (que o Arguido fez sua) e sem o respectivo valor de € 18.072,65.

11 - Mostram-se reunidos, em face da factualidade tida por provada nos Autos, os elementos típicos do crime de burla agravada, previsto e punido pelos art.º s 217.º n.º 1 e 218.º n.º 2 al. a) do C. Penal.

12 - Ao decidir nos termos do douto Acórdão em recurso, o Tribunal "A quo" violou o disposto nos artºs. 217.º n.º 1; 218º n.º 1 e 2 al. a); 202º al. b) do C. Penal, 377.º 1 e 515.º n.º 1, al. a) do CPPenal.

NESTES TERMOS, e com o douto suprimento desse Venerando Tribunal, revogando o Acórdão proferido pelo Tribunal Colectivo em Primeira Instância, e condenando o Arguido pelos crimes de que vinha acusado e no pedido de indemnização civil deduzido a fls. V. Exas. farão, como sempre, a habitual JUSTIÇA»

2.2.

Respondeu o Ministério Público junto do Tribunal recorrido que concluiu na respectiva resposta:

1 - São elementos constitutivos do tipo do crime de burla:

a) a intenção do agente de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo;

b) por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou; e,

c) determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a outrem, prejuízo patrimonial.

2 - E obvio que, para haver condenação pela prática de tal ilícito é necessário que a materialidade fáctica considerada provada contenha todos os elementos deste ilícito penal.

3 - No caso em apreço tal não sucedeu uma vez que não se deu como provado o elemento subjectivo do tipo: o dolo, nem o elemento objectivo: - existência de erro ou engano sobre factos que o arguido tenha astuciosamente provocado.

4 - Não se encontrando integralmente preenchidos a totalidade dos elementos do tipo, por insuficiência da matéria fáctica dada como provada, não se verifica a prática do ilícito.

5 - Por outro lado, o C. Penal apenas incrimina a burla por acção e não por omissão (Ac. STJ de 4.11.87).

6 - Assim, mantendo-se o douto acórdão nos seus precisos termos, já que não foram violadas quaisquer disposições legais, farão Vossas Excelências Justiça.

3.

Neste Supremo Tribunal de Justiça, teve vista o Ministério Público que se pronunciou pela rejeição por manifesta improcedência, argumentando:

«1. Sobre o não preenchimento dos elementos típicos do crime de burla, acompanhamos a argumentação defendida na resposta s fls 221 a 224 (destacando-se a matéria dada como provada, da qual se retira como não provado, que o cheque funcionasse directa e imediatamente como forma de pagamento do preço, bem como que o arguido tivesse garantido ao assistente que aquele teria boa cobrança a 1.08.2000 e que a conta se encontrava provisionada para o efeito naquela data).

2. Por outro lado, em termos de subsunção dos factos provados está afastada a prática de um crime de de emissão de cheque sem provisão ante o disposto no n.º 3 do art. 11.º do Dec-Lei 316/97.»

se pronunciou pela manifesta improcedência do recurso, por se tratar, por um lado, de um cheque post-datado e, por outro, a matéria de facto provada e não provada afastar a ocorrência de burla.

Cumprido o disposto no n.º 2 do art. 417.º do CPP e colhidos os vistos legais, foram os autos presentes à conferência, pelo que cumpre conhecer e decidir.

3.1.

Sustenta o assistente que o arguido cometeu o crime de burla pelo qual havia sido acusado, pelo que deve ser por ele condenado, como deve ser condenado no pagamento da peticionada indemnização.

Pretende que a verificação do o crime de burla se basta com um comportamento passivo (conclusão 2.º), havendo situações em que o silêncio doloso sobre um erro preexistente deve ser assimilado à indução em erro para efeitos criminais, como acontece quando o agente se apercebe de que a vítima desconhece a realidade, 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 vítima se liberte dele - burla por com aproveitamento astucioso (conclusão 3.ª)

O Arguido, considerando os factos provados, a prática activa de actos, aliado a um comportamento passivo e omissivo, orientado expressamente no sentido de enganar astuciosamente terceiro, com intenção de obter para si um

enriquecimento ilegítimo, determinou o ofendido à prática de actos (o fornecimento efectuado) que lhe causaram prejuízo patrimonial grave (conclusão 4.<sup>a</sup>).

Cerca de uma semana antes a aquisição de material pelo Arguido, este tinha solicitado ao banco que não procedesse ao pagamento do cheque em causa (conclusão 5.<sup>a</sup>) e, com vista a conseguir o fornecimento pelo Assistente no valor de € 18.072,65, e apesar de saber que o cheque não seria pago pelo Banco preencheu-o e assinou pelo valor de € 9.975,96 datado de 1 de Agosto de 2000 e entregou-o ao Assistente para garantir o pagamento da madeira, tal como este lhe exigira (conclusão 6.<sup>a</sup>).

O Arguido, ao emitir e entregar ao Assistente o cheque, sabendo que não iria ser pago, «adoptou comportamento passivo, com que visou astuciosamente, provocar engano sobre a autenticidade, validade e eficácia do cheque, de modo a convencer o Assistente a fornecer-lhe a madeira, e assim obter um enriquecimento ilegítimo à custa daquele» (conclusão 7.<sup>a</sup>)

O que integra também o tipo de burla por omissão ou aproveitamento astucioso, «posto que ao adoptar aquele comportamento o Arguido agiu intencional e dolosamente, o sentido de convencer o Assistente à prática de actos, por meio de erro ou engano sobre factos (a entrega da madeira), que lhe causaram prejuízo patrimonial grave e elevado» (conclusão 8.<sup>a</sup>), pois sabia que o Assistente não lhe entregaria a madeira sem a garantia do pagamento, e nunca lhe forneceria a mesma se soubesse da situação do cheque (conclusão 9.<sup>a</sup>), sendo esta astuciosa actuação do Arguido que determinou que o Assistente ficasse sem a madeira e sem o respectivo valor de € 18.072,65 (conclusão 10.<sup>a</sup>).

Suscita, assim, o recorrente a questão da qualificação jurídica dos factos apurados e da condenação no pagamento da indemnização pedida.

3.2.

Importa começar por reter a matéria de facto apurada pelo Tribunal recorrido.

Factos provados:

No dia 26 de Julho de 2000, o arguido dirigiu-se a um pavilhão Industrial, sito em Casais de Baixo, Porto de Mós, área desta comarca, que se encontrava arrendado pela firma "SC Lda." tendo aí encontrado HPD com quem já há mais de dois anos mantinha negócios referentes à compra e venda de madeiras.

O HPD era nessa altura, simultaneamente, vendedor comissionista da firma "MT Lda." que se dedicava ao comércio de madeiras e realizava, também, em nome individual, a venda desses mesmos produtos, encontrando-se ainda associado no negócio de madeiras, em condições que não foi possível apurar concretamente, com um dos sócios da firma "SC Lda."

As instalações da firma "SC Lda." eram também por vezes, com a anuência daquela sociedade, utilizadas para depósito de mercadoria pelo assistente HPD no exercício da sua actividade em nome individual e, também, pelo próprio arguido que ali teve algumas vezes depositado material da sua actividade de revendedor de materiais de construção civil.

O assistente HPD já antes, por diversas vezes, havia vendido ao arguido madeiras como vendedor comissionista da sociedade "MT Lda." e também, já antes, havia vendido àquele mercadoria do seu próprio comércio, tendo entre si um relacionamento próximo e frequente.

Em virtude desse tipo de relacionamento, por vezes, o assistente, com anuência do arguido, depositava mercadoria sua nuns armazéns propriedade deste último, sitos em Gouxaria -Torres Novas e depois fazia 1 dali transitar essa mercadoria para outros destinos.

No dia 26/7/2000, nas referidas instalações da sociedade "SC Lda.", o arguido solicitou ao assistente HPD a venda de diversa madeira para pavimento no valor de esc. 3.623.242\$00 correspondentes a 18.072,65 €.

Porque na altura o arguido tivesse um débito para com o assistente resultante de vendas de mercadorias efectuadas anteriormente e porque, havendo já anteriormente protelado esses pagamentos alegando dificuldades financeiras, não pretendia realizar desde logo e a pronto qualquer pagamento desta mercadoria, HPD exigiu àquele que, para garantia do pagamento, lhe fosse passado um cheque, como condição para a realização do negócio.

O arguido, perante a exigência e condição imposta por HPD para o fornecimento da mercadoria, preencheu e assinou o cheque nº 8770112680, sacado sobre o Banco Santander, no valor de esc. 2.000.000\$00, correspondente 9.975,96 €, datado para 1 de Agosto de 2000.

Na posse do cheque o assistente HPD endossou-o à sociedade comercial "SF Lda.", seu fornecedor e a quem adquiria as madeiras que fornecera ao arguido, para pagamento de contas existente entre eles.

Apresentado o mencionado cheque a pagamento na agência de Vila Nova de Famalicão, do Banco Totta e Açores, foi o mesmo devolvido com fundamento em revogação com justa causa - extravio , em 2 de Agosto de 2000.

O cheque foi sacado pelo arguido sobre a conta nº 362.20.002312.9, do Banco Santander. Contudo em 19.7.2000 cerca de uma semana antes da aludida aquisição de material do arguido ao assistente, o arguido tinha solicitado a este banco que não procedesse ao pagamento do referido cheque.

O ofendido não recebeu do arguido qualquer contrapartida equivalente ao valor constante no cheque, ficando assim prejudicado no montante de esc. 3.623.242\$00 / 18.072,65 €, valor da mercadoria adquirida pelo arguido , quantia de que o arguido , deste modo logrou fazer sua.

O arguido sabia que o cheque que assim emitia não poderia ser pago por não ter a sua conta provisionada com os respectivos fundos.

O arguido não tem antecedentes criminais.

Encontra-se desempregado, auferindo pensão do Fundo de Desemprego e vivendo na companhia da mulher.

Factos não provados:

O pavilhão industrial onde arguido e assistente se encontraram no dia 26/7/2000 fosse propriedade do assistente HPD.

O assistente HPD tivesse exigido o pagamento de parte

do preço da mercadoria e que o cheque emitido pelo arguido funcionasse directa e imediatamente como forma de pagamento de parte do preço da mercadoria.

Ao entregar o cheque ao assistente o arguido tivesse garantido que aquele teria boa cobrança no dia 1/8/2000 e que a conta se encontrava provisionada para o efeito naquela data.

O assistente HPD só tenha aceite o cheque referido porque estava convencido de que este ao ser apresentado ao banco teria boa cobrança e que o arguido lhe tenha feito crer isso mesmo.

Ao agir da forma descrita, entregando ao assistente um cheque que sabia que não lhe iria ser pago, com vista à concretização da compra e venda de madeira

para pavimento celebrada entre eles, conseguiu o arguido induzi-lo em erro e causar-lhe um prejuízo patrimonial.

Ao entregar o cheque nas condições em que o fez o arguido tenha induzido em erro o assistente HPD, criando neste a convicção de que poderia receber a quantia nele titulada e que tenha sido a emissão do cheque a causar a este o prejuízo resultante da falta de pagamento da mercadoria que forneceu.

O arguido tenha agido bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei.

### 3.3.1.

Apreciemos em primeiro lugar a questão da qualificação jurídica da conduta do arguido.

O acórdão recorrido subsumiu da seguinte forma os factos ao direito:

«Tendo estes factos cumpre decidir

O arguido vem acusado da prática de um crime de burla, dispondo o art. 217 n.º 1 do C. Penal que: "quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa." E acrescenta o art. 218 n.º 2 al.a) a elevação da pena para 2 a 8 anos de prisão quando o prejuízo patrimonial seja de valor consideravelmente elevado.

São, assim, elementos do crime de burla:

- intenção do agente de obter para si ou para terceiro ilegítimo; - por meio de erro ou engano sobre factos que provocou; - determinar outrem à prática de actos que causem a outrem, prejuízo patrimonial (Acs. do STJ de 2745/01-5 e de 18.1.91, Acs. STJ IX, 1, 218, e Ac. 2362/01-5).

O crime de burla apresenta-se pois como a actuação de alguém que pretendendo obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente se tenham provocado, determina outrem à prática de actos que lhe causem ou causem a outra pessoa prejuízo patrimonial.

A burla é uma forma evoluída de captação do alheio servindo-se do erro e do engano para obter os mesmos resultados que outros conseguem com recurso a

meios violentos ou a artifícios de rapina. O ataque ao património não se realiza através de meios materiais (apreensão da coisa violência ou intimidação, ocupação) mas através de meios intelectuais.

Trata-se fundamentalmente do uso do engano, do abuso da confiança ou de procedimentos semelhantes que impliquem a elaboração de determinada maquinação do sujeito activo contra o património de outro (vd. Juan Bustos Ramírez - Manual de Derecho Penal, p. 189).

O bem jurídico protegido pela norma incriminadora é o património na perspectiva de proteger a situação de disposição que o sujeito tem sobre uma coisa.

São elementos constitutivos deste crime o uso de erro ou engano sobre factos, astuciosamente provocado; a determinação de outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo patrimonial e a intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo.

O erro constitui a falsa ou nenhuma representação da realidade concreta, provocada pelo agente, usando de artifícios ou astúcia, que possa funcionar como vício do consentimento da vítima e o engano equivale à mentira que leva o burlado mentalmente factos que lhe são apresentados por forma diversa dos que eles têm na realidade.

No que se refere à qualificação do art. 218 n.º 1 do CP, esta objectiva-se na indagação de ser o prejuízo de valor consideravelmente elevado, conceito que está definido no art. 202 al. b) do mesmo diploma como sendo aquele que exceder 200 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.

Revertendo estas considerações normativas aos factos apurados verificamos que a emissão do cheque referenciado é feita por solicitação e "exigência" do próprio assistente HPD Dias que estabelecia como condição do fornecimento da mercadoria, essa mesma emissão e entrega.

Havia pois um negócio subjacente entre arguido e assistente e que consubstanciava uma compra e venda de mercadoria, negócio esse desejado por ambos.

Não estamos assim colocados numa posição típica descrita no preceito que prevê do ilícito pois que não existe qualquer erro, artifício ou engano no acordo que aqueles entre si estabelecem, comprometendo-se o assistente a fornecer determinada mercadoria e o arguido a pagar o respectivo preço.

A burla não existe pelo simples facto de o preço não ser pago mas sim quando é obtido pelo agente, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo através de um dos processos que a lei refere, ou seja, por erro, engano ou astúcia por ele provocada.

A prova não revela qualquer procedimento do arguido para convencer o assistente, enquanto vendedor, a fornecer-lhe a mercadoria, seja através de erro ou engano sobre factos que astuciosamente haja provocado.

A realidade é bem diversa. O assistente HPD, sabedor das dificuldades financeiras do arguido pela própria experiência pessoal de aquele lhe estar a dever montantes relativos a anteriores fornecimentos de material, perante uma nova encomenda, em vez de a recusar, aceita-a mas na condição de aquele lhe emitir um cheque como garantia do pagamento.

A discussão sobre se o cheque constituía garantia de pagamento de parte do preço ou efectivo pagamento, como matéria de facto que é resultou provada, podendo até dizer-se que para lá da prova a evidência conclusiva remeteria sempre a esse reconhecimento.

Por um lado o valor do cheque não coincidia com a totalidade do preço da mercadoria fornecida; por outro lado o cheque era pré datado; o assistente conhecia a situação de falta de solvabilidade do arguido e mesmo assim faz a referida exigência como condição de fornecimento da mercadoria.

Todo este enquadramento nos conduz pois à conclusão de que na economia das relações pessoais e comerciais existentes entre arguido e assistente e no caso concreto do acordo negocial firmado, não estão presentes os elementos típicos objectivos do crime de burla por ausência de verificação da existência de erro o engano sobre factos que o agente tenha astuciosamente provocado.

Ainda que esta conclusão causasse perplexidade perante o facto de se saber que na data de emissão do cheque o arguido havia já solicitado, cerca de uma semana antes, à entidade bancária que não procedesse ao pagamento do referido cheque, mesmo assim não poderíamos configurar essa situação como constituindo o erro ou engano exigido no art. 217 n.º1 do C. Penal.

Para que o crime de burla se verifique é necessário que se configure e estabeleça uma relação causal adequada entre o erro e o engano criados e a prática de actos pelo ofendido que, a esta ou a outra pessoa, sejam patrimonialmente prejudiciais sem o que aqueles seriam irrelevantes para que estes actos fossem praticados e daí que «incorre no crime da alínea c) do n.º 1

do artigo 11 do Decreto-Lei 454/91 de 28 de Dezembro e não nos de falsificação de cheque (...) e de burla (...) o sacador de cheque que, depois de o emitir, vai ao banco sacado, onde tem provisão e, de má fé, diz que o título (ou o livro deles) se extraviou e dá ordem de não pagamento"- vd. Ac. STJ de 21-09-95, no proc. 047211, sendo relator o Sr. Conselheiro Sá Nogueira, in dgsi site.

Seria de todo difícil considerar que aquilo que começa por ser um negócio jurídico regular entre duas partes que se conhecem e negociam entre si há mais de dois anos, tendo o vendedor sobre o comprador um crédito resultante de vendas anteriores, se tornasse numa burla quando perante a exigência de emissão de um cheque para garantia do pagamento se viesse a apurar que tal cheque não teve boa cobrança.

Fosse a falta de provisão, fosse a ordem de pagamento para que tal cheque não fosse pago, ordem essa dada antes ou depois da sua emissão, cremos que em qualquer dos casos esse elemento não transforma um não pagamento em burla, por ausência de um meio ardiloso, através de ou engano, causal da entrega que o vendedor faz ao comprador da mercadoria.

Dentro das vicissitudes que o histórico das suas relações traduzia, o assistente HPD e o arguido quiseram negociar e negociaram, sabedor o primeiro do risco de tal transacção, não podendo afirmar-se enganado porque o preço não lhe foi pago que já preços anteriores estavam por pagar e a entrega de um cheque, e desse cheque, naquele contexto era pouco mais que um elemento simbólico de garantia do fornecimento, elemento que foi imposto como condição pelo assistente e não sugerido pelo arguido.

Em síntese, não se provou que o arguido tenha "levado" astuciosamente o assistente a negociar consigo nem que tenha estabelecido qualquer plano de forma a desapossá-lo da mercadoria referida. Por isto mesmo, isto é, por ausência de prova quanto à existência de erro ou engano pelo arguido relativamente a facto astuciosamente por si provocados no sentido de obter a mercadoria que obteve, para lá da não verificação dos pressupostos objectivos do tipo de ilícito verificamos que inexiste igualmente o elemento subjectivo configurador do dolo e, como assim improcede a acusação do MP, impondo-se a absolvição do arguido da prática do crime acusado.»

### 3.3.2.

Quanto à prática do crime de burla.

Dispõe o art. 217.º burla do texto actual do Código Penal (que não se afasta nos elementos essenciais do art. 313.º do texto de 1982) que:

«1. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial, é punido com pena de prisão ate 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

3. O procedimento criminal depende de queixa.

4. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º.»

São, assim, elementos do crime de burla:

Intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo;

Por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou;

Determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial (Acs. do STJ de 8.2.01, proc n.º 2745/01-5 e de 18.1.91, Acs STJ IX, 1, 218, do mesmo Relator e Ac. de 18-10-2001, 2362/01-5, também subscrito pelo Relator do presente).

O crime de burla apresenta-se como a forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a vítima se deixe espolar (Ac. de 19-12-1991, BMJ 412-234).

«Com os seus variadíssimos processos, a fraude é bem o atestado do poder de inventiva e perspicácia do homo sapiens. Tem espécies e subespécies, padrões clássicos e expedientes de acaso. Há a fraude reconhecível a olho nu como infracção penal e a parva calliditas, que se abriga à sombra de uma proclamada naturalis licentia decipiendi. Há a fraude corriqueira dos clientes habituais da prisão e a fraude subtil daquela gente que sabe tangenciar a lei penal e constitui a legião dos "criminosos astutos e afortunados" de que nos conta FERRIANI» (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, VII, pág. 168).

Os elementos que preenchem e informam a tipicidade do crime de burla são o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocados para determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo

patrimonial, com intenção de obter para o agente ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo (Ac. de 11-10-2001, proc. n.º 1295/01-5, Acs STJ IX, 3, 192).

Vejam, agora, o elemento questionado no presente processo: o erro ou o engano.

Na 1.ª Comissão Revisora do C. Penal referiu «ao lado do erro coloca-se o engano. Mas também não basta qualquer erro; é necessário que ele tenha sido provocado ou aproveitado astuciosamente» (BMJ 287-41)

«A mera mentira verbal pode, pois, dada a redacção deste artigo, ser meio do induzimento em erro ou do engano, excepto se a mentira for tal que a mais elementar prudência aconselha a que não seja acreditada (salvo se se provar que a vítima, por completa ignorância, ou outro motivo relevante do agente - uma deficiência passageira do raciocínio ou da atenção, resultante, por exemplo, de abalo moral recente - não estava em condições de se precaver)» (Simas Santos e Leal-Henriques, C. Penal Anotado, II, págs 837-89)

No Comentário Conimbricense (A. Almeida Costa, II, 301) referem-se a propósito deste elemento três modalidades: «quando o agente provoca o erro de outrem, descrevendo-lhe, por palavras ou declarações expressas (sob a forma oral ou escrita), uma falsa representação da realidade. A segunda observa-se na hipótese de o erro ser ocasionado, não expressis verbis, mas através de actos concludentes, i.e., de condutas que não consubstanciam, em si mesmas, qualquer declaração, mas, a um critério objectivo - a saber, de acordo com as regras da experiência e os parâmetros ético-sociais vigentes no sector da actividade -, mostram-se adequados a criar uma falsa convicção sobre certo facto passado, presente ou futuro. Em terceiro lugar, refere-se a burla por omissão: ao contrário do que sucede nas situações anteriores, o agente não provoca, agora, o engano do sujeito passivo, limitando-se a aproveitar o estado de erro em que ele já se encontra»

Também sobre este elemento se tem pronunciado de forma pacífica este Supremo Tribunal de Justiça em diversos arestos, cuja doutrina se mantém inteiramente válida.

Ao lado do erro como meio de execução da burla coloca-se também o engano. É necessário que o erro ou engano tenham sido provocados astuciosamente pelo agente da infracção; isto é, usando de um meio engenhoso para se enganar ou induzir em erro. Trata-se de uma exigência que acresce a um dolo

que já de per si é específico, pois que se exige a intenção de enriquecimento ilegítimo (Ac. do STJ de 02-07-1992, proc. n.º 42779).

(1) O burlado nas hipóteses de erro, como de engano, só age contra o seu património ou de terceiros por que tem um falso conhecimento da realidade. simplesmente esse seu falso convencimento nasce, no caso do mero engano, da mentira que lhe é dada a conhecer pelo burlão.

(2) A vítima, ao ser induzida em erro toma uma coisa pela outra, pertencendo ao agente a iniciativa de causar o erro. Na manutenção do erro a vítima desconhece a realidade, o agente perante o 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.

(3) O segundo momento do crime de burla é a prática de actos que causem prejuízos patrimoniais.

(4) Tem de existir uma relação entre os meios empregues e o erro e o engano, e entre estes e os actos que vão directamente defraudar o património de terceiros ou do burlado. Mas se o engano é mantido ou produzido e se lhe segue o enriquecimento ilegítimo no sentido civil em prejuízo da vítima, não há lugar a indagações sobre a idoneidade do meio empregue, considerado abstractamente. Da mesma forma não importa apurar se esse meio era suficiente para enganar ou fazer cair em erro o homem médio suposto pela ordem jurídica, uma vez que uma eventual culpa da vítima não pode constituir uma desculpa para o agente (Ac. de 19-12-1991, BMJ 412-234).

(2) A astúcia posta pelo burlão tanto pode consistir na invocação de um facto falso, como na falsa qualidade, como na falsificação da escrita, ou outra qualquer. Interessa, apenas, que os factos invocados dêem a uma falsidade a aparência de verdade, ou, como diz a lei alemã, o burlão refira factos falsos ou altere ou dissimule factos verdadeiros.

(3) O burlão, actuando com destreza pretende enganar e surpreender a boa fé do burlado de forma a convencê-lo a praticar actos em prejuízo do seu património ou de terceiro. É indispensável, assim, que os actos além de astuciosos, sejam aptos a enganar, não se limitando o burlão a mentir, mentindo com engenho e habilidade, revelando uma maior intensidade no dolo e uma maior susceptibilidade dos outros serem convencidos.

(4) Longe de envolver, de forma inevitável, a adopção de processos rebuscados ou engenhosos, a sagacidade do agente comporta uma regra de "economia de

esforço", limitando-se o burlão ao que se mostra necessário em função das características da situação e da vítima.

(5) A idoneidade do meio enganador utilizado pelo agente afere-se tomando em consideração as características do concreto burlado (Ac. de 18-10-2001, 2362/01-5, também subscrito pelo Relator do presente).

Finalmente, (4) por erro deve entender-se a falsa (ou a nenhuma) representação da realidade concreta, a funcionar como vício influenciador do consentimento ou da aquiescência da vítima. (5) O engano a que o art. 217.º, n.º 1, do CP, faz referência, continua a equivaler à mera mentira (a uma mentira pré-ordenada). (6) Para a comprovação do crime de burla ganha vulto a imprescindibilidade de uma factualização expressa e inequívoca das práticas integradoras da indução em erro ou da força do engano, pois que só a partir da concretização dessas práticas e dos seus cambiantes envolventes, é lícito e possível exprimir um juízo válido e seguro acerca da vulnerabilidade do sujeito passivo da infracção e, conseqüentemente, da eficácia frutuosa da relação entre os actos configuradores da astúcia delineada e do erro ou engano engendrados e a cedência do lesado na adopção de atitudes a ele ou a outrem prejudiciais. (7) - Por outras palavras, é necessário que facticialmente se objective a componente subjectiva de que unicamente a insídia do agente foi determinante do comportamento da vítima. (8) Assim, constando ainda da matéria de facto provada, que na posse do indicado vale de correio o arguido dirigiu-se a uma agência de um banco onde o entregou para depósito numa sua conta bancária, tendo-lhe sido creditada a correspondente quantia, esta factualidade não autoriza o enquadramento jurídico-criminal da correspondente actuação no âmbito previsivo do crime de burla. (9) Com efeito, se a indução em erro ou engano está naturalmente afastada quanto à beneficiária titular do vale do correio (e é ela a autêntica e directa lesada deste processo), também por inverificado se tem de ter aquele requisito no concernente à entidade bancária (ou melhor, ao funcionário desta), que aceitou o vale adulterado pelo arguido e o depositou na conta deste, ausente qualquer dado indicativo ou inculcador de que o procedimento houvesse sido determinado por qualquer actuação enganadora desenvolvida pelo dito arguido e conducente àquela aceitação e àquela depósito. (10) E uma eventual passividade ou falta de cuidado da entidade bancária (ou do funcionário seu), na confirmação da autenticidade da assinatura aposta no vale não é sinónimo de aquiescência motivada por acção daquele tipo. (Ac. de 11-10-2001, Acs STJ IX, 3, 192).

(1) O crime de burla desenha-se como a forma evoluída de captação do alheio em que o agente se serve do erro e do engano para que incauteladamente a

vítima se deixe espoliar, e é integrado pelos seguintes elementos: (-) intenção do agente de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo; (-) por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou; (-) determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outrem, prejuízo patrimonial. (2) É usada astúcia quando os factos invocados dão a uma falsidade a aparência de verdade, ou o burlão refira factos falsos ou altere ou dissimule factos verdadeiros, e actuando com destreza pretende enganar e surpreender a boa fé do burlado de forma a convencê-lo a praticar actos em prejuízo do seu património ou de terceiro. (3) Esses actos além de astuciosos devem ser aptos a enganar, não sendo, no entanto, inevitável que se trate de processos rebuscados ou engenhosos, podendo o burlão, numa "economia de esforço", limitar-se ao que se mostra necessário em função das características da situação e da vítima concreta. (Ac. de 12-12-2002, proc. n.º 3722/02-5, com o mesmo Relator)

A doutrina tem-se ocupado da questão da distinção entre a fraude civil e a fraude penal.

T. S. Vives Anton (Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, 497-8) sobre o título engano e dolo "in contrahendo", refere-se assim, à linha divisória entre a fraude, constitutiva da burla, e o simples ilícito civil.

«Na doutrina civil o "dolo in contrahendo" determinante da nulidade do contrato (dolo grave ou causante) configura-se em termos praticamente idênticos ao engano constitutivo da burla (vid. Díez Picazo), inclusive quanto à eficácia causal para produzir e provocar o acto dispositivo.

Em consequência, a linha divisória entre a burla e o ilícito civil, determinante da nulidade do contrato, radicar-se-á na existência ou inexistência de prejuízo obtido ou tentado - (vid. Sentença de 6.2.89, Ar. 1.479 - que afirma que o dolo "in contrahendo" é facilmente criminalizável desde que concorram os demais elementos estruturais do crime de burla).

Deve destacar-se que, na prática, em geral a conduta será classificada como burla, ou tida por civilmente ilícita em função da via processual eleita pelo prejudicado, como chega a insinuar a sentença antes citada.» (na tradução do relator).

Também Júlio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal II, 19.ª Edição, pá. 297-8) lembra que foram sugeridos vários critérios para se fazer a distinção entre a fraude civil e a fraude penal.

«Afirma-se que existe esta (fraude penal) apenas quando: há propósito ab initio do agente de não prestar o equivalente económico; há um dano social e não puramente individual; há a violação do mínimo ético; há um perigo social, mediato ou indirecto; há uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena; há fraude

capaz de iludir o diligente pai de família; há evidente perversidade e impostura; há uma mise-en-scène para iludir; há uma impossibilidade de se reparar o dano; há o intuito de um lucro ilícito e não do lucro do negócio etc. Afirma Hungria que, "tirante a hipótese de ardil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o inadimplemento preordenado ou preconcebido é talvez o menos incerto dos sinais. orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno contestado da fraude". Na verdade; não há diferença de natureza, antológica, entre a fraude civil e a penal; Não há fraude penal e fraude civil, a fraude é uma só. Pretendida distinção sobre o assunto é supérflua, arbitrária e fonte de danosíssimas confusões (JTACrSP58/210; RT423/401). O que importa verificar, pois, é se, em determinado facto, se configuram todos os requisitos do estelionato, caso em que o fato é sempre punível, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo (RT 543/347-348). E acrescenta este Autor: «tem-se entendida que há fraude penal quando o escopo do agente é o lucro ilícito e não o do negócio (RT423/344) Isso, porque a fraude penal pode manifestar-se na simples operação civil, não passando esta, na realidade, de engodo fraudulento que envolve e espolia a vítima (RT329/121), Mas é comum nas transacções civis ou comerciais certa malícia entre as partes, que procuram, por meio da ocultação de defeitos ou inconveniências da coisa, ou de uma depreciação, justa ou não, efectuar operação mais vantajosa. Mesmo em tais hipóteses, o que, se tem é o dolo civil, que poderá dar lugar à anulação do negócio, por vício de consentimento, com as consequentes perdas e danos (arts. 147, II, e 1.103 do CC), não, porém, do dolo configurador do estelionato (RT 547134g) Não há crime na ausência de fraude, e o mero descumprimento do contrato, mesmo doloso, é mero ilícito civil (JTACrSP 49/173, 50/79, 51/405, RT 423/394, RTJ 93/978) (...).

Configura-se o crime: (...) no obtenção de financiamento com garantia fiduciária inexistente; na compra a crédito com nome falso (JTACrSP 59/261, 62/171); na inadimplência contratual preconcebida (JTACRSP 44/166) etc.» Não se pode, pois, esquecer nesta problemática, uma particularidade do crime de burla: um processo executivo que comporta a intervenção de um ser autónomo e livre (na verdade é o próprio sujeito passivo que pratica os actos de diminuição patrimonial), sendo certo que compete a cada pessoa cuidar dos seus interesses. A assunção social da obrigação de salvaguardar bens alheios não pode deixar, pois, de ter um carácter subsidiário e residual; nos negócios, em que estão presentes mecanismos de livre concorrência, o conhecimento de uns e o erro ou ignorância de outros, determina o sucesso, apresentando-se o erro como um dos elementos do normal funcionamento da economia de

mercado, sem que se chegue a integrar um ilícito criminal.

Importa, assim, procurar delimitar o âmbito de protecção da norma, do ilícito subjacente ao crime de burla, como o faz Mirabete. Almeida Costa (Comentário Conimbricense, II, pág. 300) refere que no plano criminal se exige que «a consumação do delito dependa, não de um qualquer domínio-do-erro (ainda que efectivo) mas de um domínio-do erro jurídico-penalmente relevante», tendo em consideração uma restrição adicional do desvalor de acção subjacente à burla, cuja definição remete para o princípio da boa fé (em sentido objectivo): «uma exigência de consideração pelos interesses legítimos da outra parte, nele radica o decisivo critério da lealdade que deve acompanhar as relações das pessoas no comércio jurídico e, portanto, o limite da relevância do domínio-do-erro no quadro da burla».

Ora é este desvalor da acção que permite responder às dificuldades que se podem enunciar a propósito da criminalização da vida colectiva. Como se disse acima, há um dano social e não puramente individual; há a violação do mínimo ético; há um perigo social, mediato ou indirecto; há uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

Como refere Nelson Hungria (op. cit., pág. 178), «ilícito penal é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indemnização, da execução forçada ou in natura, da restituição ao satu quo ante, da anulação do acto, etc.»

Essa imposição decorrente da boa fé só pode fazer-se em função das circunstâncias do caso, incluindo a configuração material da conduta do agente, e sugere Nelson Hungria que, sendo vã a tentativa de uma casuística rigorosa, a tarefa dessa distinção não pode deixar de ser confiada ao juiz, na sua própria função específica de jus conductum dicere, o oportuno ajustamento da fórmula aos ocorrentes (op. cit., pág. 179).

Este Supremo Tribunal de Justiça têm-se efectivamente pronunciado, em diversos arestos, sobre situações de charneira na distinção que se vem fazendo, adoptando os critérios que se enunciaram, como se pode ver pela síntese seguinte:

«Não são dolosos, quer para efeitos penais quer para efeitos civilísticos, as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes do comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções.» (Ac. de 13-01-1993, BMJ 423-214, Relator Cons. Ferreira Vidigal)

«(1) No crime de burla é necessário que o elemento «agir astuciosamente» se junte limitativamente ao dolo específico, de tal forma que, mesmo havendo a intenção de enriquecimento ilegítimo, o modo pelo qual se realiza essa intenção se revele engenhoso, enganoso, criando a aparência de realidades que não existem, ou falseando directamente a realidade. (2) O arguido, que obteve um empréstimo com a alegação de que o mesmo se destinava à compra de um armazém, que, depois, daria de hipoteca ao credor, livre de quaisquer ónus ou encargos, fazendo-se a prova de que o credor não lhe concederia tal empréstimo se soubesse que, afinal, ele já tinha, não apenas comprado o armazém, como até arrendado, comete um crime de burla. (Ac. do STJ de 19.5.1994, Acs STJ II, 2, 216, Relator: Cons. Sousa Guedes)

«Cometem crime de burla aqueles que celebram contratos promessa de compra e venda de andares, recebendo os respectivos sinais, enganando os ofendidos sobre as realidades condicionantes desses contratos, visando aproveitar a aparência de uma organização empresarial, para sacarem dos ofendidos prestações contra a criação de uma mera expectativa de venda, que nunca pretendiam concretizar, até por falta de licenças de habitabilidade ou por existência de ónus sobre os prédios.» (Ac. de 28-03-1996, proc 48951, Relator: Cons. Sá Nogueira)

«Comete o crime de burla aquele que representando que por um seu terreno iria passar uma estrada que o inutilizaria, depois de publicar um anúncio num jornal de grande tiragem a anunciá-lo como óptimo para construção de vivenda, junto de zona de praia, vem a vendê-lo ao ofendido, porque disso ficou convencido.» (Ac de 05-06-1996, Acs STJ pag 191, Relator: Cons. Augusto Alves)

«Cometem o crime de burla agravada os arguidos que vendem um veículo automóvel ao ofendido, pelo preço de 2.387.000\$00, fazendo-o crer que o mesmo é novo e fabricado em 92, quando na verdade o mesmo era usado, acidentado e do ano de 89.» (Ac. de 14-11-1996, proc n.º 593/96, Relator: Cons. Bessa Pacheco)

«Cometem o crime de burla qualificada, os arguidos que, tendo conhecimento de que a casa tinha infiltrações de água, procederam à pintura de diversos compartimentos, substituíram alcatifas, não reparando, no entanto, as anomalias que causavam as infiltrações. Deste modo, procuraram ocultar as anomalias, dissimulando que vendiam uma casa em perfeito estado,

provocando astuciosamente um engano no comprador.» (Ac de 04-12-1996, proc. n.º 333/96, Relator: Cons. Augusto Alves)

«(4) Comete o crime de burla aquele que representando que por um seu terreno iria passar uma estrada que o inutilizaria, depois de publicar um anúncio num jornal de grande tiragem a anunciá-lo como óptimo para construção de vivenda, junto de zona de praia, vem a vendê-lo ao ofendido, porque disso ficou convencido. (5) Isto, apesar de o arguido ter sido absolvido do pedido de anulação da compra e venda em anterior acção cível proposta.» (Ac de 05-06-1997, 48871, Augusto Alves)

«Comete o crime de burla agravada, p. p. pelos art.ºs 313 e 314, al. c), do C. Penal de 82 (hoje p. p. pelos art.ºs 217 e 218, al. a), do C. Penal de 95), o arguido que celebra com os ofendidos um contrato promessa de compra e venda de uma fracção, numa base ilegítima (não ter poderes para o acto, "falta de procuração"), determinando, com a sua conduta, que aqueles lhe entregassem 1.500.000\$00 a título de sinal e princípio de pagamento, afectando-o em seu proveito próprio.» (Ac. de 07-05-1998, proc n.º 1230/97, Relator: Cons. Oliveira Guimarães)

«(2) Integram o conceito de artifício fraudulento do tipo legal do crime de burla, além de outros, os chamados actos concludentes: condutas que não consubstanciam em si qualquer declaração mas que, em virtude de um critério objectivo, de acordo com as regras da experiência e os parâmetros sociais vigentes num sector de actividade, se mostram adequadas a criar uma falsa convicção sobre determinado facto passado, presente ou futuro. (3) Assim, pratica um crime de burla, a arguida que se apresenta como compradora de um veículo automóvel e, para pagamento do preço do mesmo, entrega dois cheques referentes a uma conta bancária que sabia estar cancelada, deste modo agindo por forma a convencer o vendedor que tal conta existia e que, nas datas respectivas, possuiria fundos suficientes para o pagamento em causa, assim o levando a entregar-lhe o referido veículo, com o que lhe veio a causar prejuízos e conseguiu um enriquecimento que sabia ser ilegítimo» (Ac. de 10-05-2000, proc. n.º 838)

(1) Como se colhe da leitura do artigo 217.º do CP, são elementos do tipo do crime de burla, a intenção pelo agente de enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou e a prática consequente de actos pela vítima, que a si, ou a outrem, causem prejuízo patrimonial. (2) A astúcia posta pelo burlão tanto pode consistir na invocação

de um facto falso, como na falsa qualidade, como na falsificação da escrita, ou outra qualquer. Interessa, apenas, que os factos invocados dêem a uma falsidade a aparência de verdade, ou, como diz a lei alemã, o burlão refira factos falsos ou altere ou dissimule factos verdadeiros. (3) O burlão, actuando com destreza pretende enganar e surpreender a boa fé do burlado de forma a convencê-lo a praticar actos em prejuízo do seu património ou de terceiro. É indispensável, assim, que os actos além de astuciosos, sejam aptos a enganar, não se limitando o burlão a mentir, mentindo com engenho e habilidade, revelando uma maior intensidade no dolo e uma maior susceptibilidade dos outros serem convencidos. (4) Longe de envolver, de forma inevitável, a adopção de processos rebuscados ou engenhosos, a sagacidade do agente comporta uma regra de "economia de esforço", limitando-se o burlão ao que se mostra necessário em função das características da situação e da vítima. (5) A idoneidade do meio enganador utilizado pelo agente afere-se tomando em consideração as características do concreto burlado. (6) Haverá no entanto que sublinhar, que no mundo dos negócios no contexto da economia de mercado, assente nos mecanismos da livre concorrência, o sucesso emerge muitas vezes do superior conhecimento do sujeito acerca das características do concreto sector e, assim, em termos comparativos, do erro ou ignorância dos seus competidores, pelo que não será qualquer domínio-do-erro que importa consumação do delito, mas a sua instrumentalização em termos de atingir o cerne do princípio da boa fé objectiva, o que pode ser julgado em função das circunstâncias de cada caso, "aí compreendida a configuração material da conduta do agente" e a intolerabilidade concreta da eventual leviandade, passividade, ou mesmo, ingenuidade, patenteada pelo lesado. (7) Tendo os arguidos, depois de uma deliberação social em que foi acordado um aumento de capital, feito chegar aos assistentes, também eles sócios, um impresso em que estes deveriam declarar renunciar ao seu direito de preferência na subscrição desse aumento - alegando tratar-se de uma exigência do notário para lavrar a escritura do correspondente acto - e tendo aqueles assinado, os primeiros, quando logo subscreveram o capital deixado livre pela renúncia, não preencheram com tal conduta a previsão típica do crime de burla. (8) Com efeito, quem lida com deliberações sociais, mormente como no caso, relativas a sociedades comerciais, sabe - tem de saber - que o mundo dos negócios não é, rigorosamente, domínio privilegiado para actuações inocentes, mormente quando se trata, como tratou, de conceder uma declaração escrita de renúncia de direitos, pelo que mandava o mais elementar dever de diligência e bom senso que, antes da assinatura da falada declaração de renúncia, consultassem um técnico de direito ou mesmo o notário, questionando a valia e possíveis efeitos da invocada exigência, pelo

que dificilmente se concebe que o domínio-do-erro, por banda dos arguidos, tivesse assumido conformação jurídico-penalmente relevante. (9) Por outro lado, devendo o exigido prejuízo patrimonial do burlado ou de terceiro corresponder, ao enriquecimento ilegítimo, do lado activo, nada indica que a renúncia do direito de preferência por banda dos assistentes e correlativo ingresso na esfera dos restantes sócios tivesse em si mesmo um valor patrimonial (era antes previsível que a sociedade viria a ter prejuízos), para além do que, para obtenção das respectivas acções, os adquirentes tiveram de desembolsar o correspondente capital. (Ac de 18-10-2001, proc. n.º 2362/01-5, Relator: Cons. Pereira Madeira).

(4) No caso dos autos, o erro da vítima foi ocasionado "não expressis verbis mas através de actos concludentes, i. e., de condutas que não consubstanciam, em si mesmas, qualquer declaração, mas, a um critério objectivo - a saber, de acordo com as regras da experiência e os parâmetros ético-sociais vigentes no sector da actividade - , se mostram adequadas a criar uma falsa convicção sobre certo facto passado, presente ou futuro". (5) A experiência comum e os padrões ético-sociais vigentes - as excepções só confirmam a regra - são de molde a interiorizar, pelos destinatários, que aqueles que agem em nome do Tribunal, numa concreta venda extra-judicial o fazem de boa fé, informando exacta e lealmente de todas as circunstâncias implicadas. (6) O recorrente agiu com dolo ao fabricar, perante a firma ofendida, através de factos concludentes, a aparência de um negócio regular de transmissão do direito ao trespasse e arrendamento, pela quantia e restantes condições acordadas.» (Ac de 22-05-2002, Acs STJ X, 2, 206, Relator: Cons. Dinis Alves)

No caso presente, tudo aponta para mera reserva mental quanto à garantia do cumprimento do contrato de compra e venda e não uma decisão pré-concebida de não cumprir esse contrato. A garantia não foi um elemento de engano elaborado pelo arguido, no cumprimento de um plano prévio de incumprimento.

Na verdade, não está provado que:

- O assistente HPD tivesse exigido o pagamento de parte do preço da mercadoria e que o cheque emitido pelo arguido funcionasse directa e imediatamente como forma de pagamento de parte do preço da mercadoria.
- Ao entregar o cheque ao assistente o arguido tivesse garantido que aquele teria boa cobrança no dia 1/8/2000 e que a conta se encontrava provisionada para o efeito naquela data.

- O assistente HPD só tenha aceite o cheque referido porque estava convencido de que este ao ser apresentado ao banco teria boa cobrança e que o arguido lhe tenha feito crer isso mesmo.

- Ao agir da forma descrita, entregando ao assistente um cheque que sabia que não lhe iria ser pago, com vista à concretização da compra e venda de madeira para pavimento celebrada entre eles, conseguiu o arguido induzi-lo em erro e causar-lhe um prejuízo patrimonial.

- Ao entregar o cheque nas condições em que o fez o arguido tenha induzido em erro o assistente HPD, criando neste a convicção de que poderia receber a quantia nele titulada e que tenha sido a emissão do cheque a causar a este o prejuízo resultante da falta de pagamento da mercadoria que forneceu.

O que vale por dizer que não estão presentes no caso, todos os indícios que se referiram e que permitem destringer as situações de fraude civil e fraude penal, optando por esta.

Improcede, assim, o recurso do assistente quanto à prática da burla.

3.4.

Escreve-se na decisão recorrida a propósito da indemnização civil pedida.

«Quanto ao pedido de indemnização civil deduzido pelo assistente:

Refere o Assento n° 7/99 do S.T.J. publicado no D.R. 1 Série de 3/8/1999 que "Se em processo penal for deduzido pedido cível, tendo o mesmo por fundamento um facto ilícito criminal, verificando-se o caso previsto no artigo 377°, n° 1, do Código de Processo Penal, ou seja, a absolvição do arguido, este só poderá ser condenado em indemnização civil se o pedido se fundar em responsabilidade extracontratual ou aquiliana, com exclusão da responsabilidade civil contratual"

Isto é, o pedido de indemnização civil, deduzido em processo penal tem sempre de ser fundamentado na prática de um crime.

Se o arguido for absolvido desse crime, haverá que considerar o pedido cível formulado se existir ilícito civil ou responsabilidade fundada no risco, ou seja, responsabilidade civil extra-contratual. Por isso, se o arguido for absolvido, não há possibilidade de condenação em indemnização cível por outras causas, nomeadamente por incumprimento de uma obrigação.

Sendo esta a situação que ocorre nos autos, ou seja, sendo o arguido absolvido da prática do crime e não havendo fundamento para a sua condenação em qualquer responsabilidade civil extracontratual, improcede sem mais o pedido deduzido, dele se absolvendo o arguido.»

Ora, a impugnação do assistente situa-se neste mesmo plano. Ou seja, o assistente não põe em causa esta posição, limita-se a extrair do pedido da condenação pela prática do crime de burla, a condenação no pagamento da indemnização civil.

Daí que a improcedência do recurso quanto à verificação do crime de burla, impunha a improcedência quanto ao pedido de condenação no pagamento de indemnização.

4.

Pelo exposto, acordam os juízes da Secção Criminal (5.ª) do Supremo Tribunal de Justiça em rejeitar o presente recurso, por manifesta improcedência.

Custas pelo recorrente, com a taxa de justiça de 4 Ucs. Pagará ainda o recorrente 4 Ucs nos termos do n.º 4 do art. 420.º do CPP.

Custas do pedido cível na 1.ª Instância e neste Supremo Tribunal de Justiça pelo demandante.

Lisboa, 3 de Fevereiro de 2005

Simas Santos (Relator)

Santos Carvalho

Costa Mortágua