

Nota de apresentação

O trabalho que agora se publica intitulado “Burla Processual. Da punibilidade do crime de burla cometido através de um processo judicial” é da autoria do Dr. Ricardo Jorge Monteiro Marques, Auditor de Justiça do XXIX Curso Normal de Formação de Magistrados do Centro de Estudos Judiciários, curso a que tive a honra de pertencer ao corpo docente.

A este trabalho foi atribuída uma menção honrosa devido à sua excelência e magnitude pelo Conselho Científico da Wolters Kluwer Portugal, presidido pelo Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva.

O primeiro prémio foi atribuído ao Jurista Luís André Rodrigues Heleno Terrinha pelo seu brilhante trabalho intitulado “ Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Terceiro Interferente – Reflexões numa perspectiva de direito comparado.

A cerimónia de entrega dos prémios ocorreu no dia 27/09/2011, no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça.

A divulgação deste trabalho da autoria do Dr. Ricardo Jorge Monteiro Marques na página do Tribunal da Relação de Évora é também uma homenagem a todos os jovens juristas que no seu dia-a-dia lutam por uma sociedade mais justa.

Chambel Mourisco

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

IDPCC

Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais

“Burla Processual”

Da Punibilidade do crime de burla cometido através de um processo judicial

PROFESSOR ORIENTADOR

Prof. Dr. Augusto Silva Dias

RICARDO JORGE MONTEIRO MARQUES

“Chegou ao pé dele certo fabricante ilegal de notas falsas, e disse-lhe: «Sr. Vigário, tenho aqui umas notazinhas de cem mil réis que me falta passar. O senhor quer? (...)» Vigário cedeu um pouco regateando; por fim fez-se negócio de vinte notas a dez mil réis cada uma. Sucedeu que dali a dias tinha o Vigário que pagar a uns irmãos, negociantes de gado como ele, a diferença de uma conta, no valor de certo conto de réis (...). [bêbado, sentou-se o Manuel Vigário à mesa deles e pediu vinho]. E puxando da carteira, perguntou se se importavam de receber tudo em notas de cinquenta mil réis. Eles disseram que não, e, como a carteira nesse momento se entreabrisse, o mais vigilante dos dois chamou, com um olhar rápido, a atenção do irmão para as notas, que se via que eram de cem. O Vigário, com lentidão, contou tremulamente vinte notas, que entregou. Quando, no próprio dia ou no outro, houve a ocasião de se trocar a primeira nota, o que ia recebê-la devolveu-a logo, por escarradamente falsa, e o mesmo fez à segunda e à terceira... (...). Queixaram-se à polícia, e foi chamado o Manuel Vigário que, ouvindo atónito o caso, ergueu as mãos ao céu em graças da bebedeira providencial que o havia colhido no dia do pagamento. Sem isso, disse, talvez embora inocente, estivesse perdido.

Se não fosse ela, explicou, nem pediria recibo, nem com certeza pediria como aquele que tinha, e apresentou, assinado pelos dois irmãos, e que provava bem que tinha feito o pagamento em notas de cinquenta mil réis. «E se eu tivesse pago em notas de cem», rematou o Vigário, «nem eu estava tão bêbado que pagasse vinte, como estes senhores dizem que têm, nem muito menos eles, que são homens honrados, mas receberiam». E, como era de justiça, foi mandado em paz.”

Fernando Pessoa. Prosa (1926).

“Um grande português ou a origem do conto do Vigário”

(Fernando Pessoa, *Sua vida – Seus poemas*, Mel Ed., 2007, p. 251-253)

INTRODUÇÃO

Raros são os crimes que, como este – apelando a uma maior ou menor desenvoltura do agente –, exijam tamanha criatividade para o seu cometimento.

De facto, o crime de burla comum pressupõe e é construído pela particularidade de exigir do agente do crime, certo acto «astuto», i.é, um acto elaborado ou dotado de certa sofisticação. Através dele, o agente é capaz de instrumentalizar outrem para que este, por sua vez, inquinado pela «maquinação» ou «estratagem» astuto do agente burlão, pratique actos que lhe causam a si ou a terceiro, prejuízo patrimonial decorrente do encadeamento causal desses acontecimentos.

Está bem de ver que, neste tipo de crime, diferentemente do que se passa noutros crimes contra o património e contra a propriedade, o elemento diferenciador da tipicidade está no engano causado ao lesado e que determina este a uma auto-lesão. O erro ou engano sobre *factos* determinam outrem à prática de *actos*. É esta a amplitude da norma, cujo sentido visa abranger uma variadíssima forma como sujeitos enganam outros para daí retirarem proventos patrimoniais destes.

Dizem a jurisprudência e a experiência, que desde o mais pequeno «aldrabão» do comércio, ao mais arguto sujeito da alta finança (relembre-se o recente escândalo sucedido na bolsa novaiorquina com o chamado «caso Madoff»), já todos experimentaram inúmeros esquemas para ludibriar terceiros e com isso retirarem proventos. Os meios e os métodos, são todos aqueles que não encontrem limites na mente humana e a cada dia se vão experimentando novos esquemas.

Possivelmente, grande parte de nós, já se sentiu enganada em negócios que realizou. Possivelmente, muitos já assistimos a uma «burla» e nem nos apercebemos. Esse é, exactamente, o cerne deste tipo de crime: o sujeito visado não reconhece, ou só tardiamente se apercebe que foi ludibriado, e por isso, ingloriamente contribuiu para a sua própria má sorte.

Neste trabalho, procuraremos reflectir e ensaiar a possibilidade de o tipo de burla ser cometido em pleito. Efectivamente, será de ponderar que o burlão mais astuto, sempre assumindo a pose de honrada pessoa, utilize e entorpeça meios legais para daí, e através “*de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determina[r] outrem à prática de actos (...)*”.

O “*outrem*”, pode ser um Juiz? E um Juiz, na plenitude dos poderes que o investem, é susceptível de cair em “*erro ou engano*”? Assumindo por hipótese tal possibilidade, pode então o Juiz ficar determinado a praticar actos “*que causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial*” (...)? A ser assim, está esta conduta tipificada?

A estas questões, a nossa doutrina tem sido parca em palavras. A jurisprudência, dos poucos arestos conhecidos, tem tido dúvidas sobre a punibilidade. Por isso, vale a pena uma pequena reflexão sobre o assunto.

PARTE I – Enquadramento geral da *burla processual* no código penal português

1 – Antecedentes históricos

O enquadramento do tipo de burla cometida através de um processo, há-de ser necessariamente, compreendido pelo perscrutar do tipo de burla *per se* ou «tipo de burla comum». A expressão “*burla processual*” não quer dar significado à criação de um novo tipo penal, quer antes enquadrar e testar a possibilidade do preenchimento do tipo de burla comum, cujo desenvolvimento de artifícios de índole processual seja apta a manipular a actividade judicial em proveito patrimonial próprio ou alheio. Como tal, torna-se imperioso compreender, ao menos de forma genérica, que desenvolvimentos houve no tema do crime de burla no nosso ordenamento.

No actual Código Penal, operou-se um distanciamento significativo com a redacção do seu antecedente de 1852/1886, que se inspirava no Código Penal francês de 1810^{1/2}. A esta forma de crime patrimonial, foi dado pelo actual art.º 217 do Código Penal, uma linguagem sintética e normativa, típica do referente alemão. Para trás fica a linguagem descritiva que proporcionava, por exemplo, discussões sobre se os meios descritos completavam um elenco taxativo da forma de cometimento do crime de burla³.

Para a doutrina e jurisprudência francesas da época, era necessária uma certa maquinação, i.é, “uma combinação de factos, um dispositivo de estratagemas, a organização de enganos, numa palavra, um certo *cenário* («*mise-en-scène*») que tem por

¹ A secção relativa às burlas contava com três artigos (450.º-452.º), mas só verdadeiramente o artigo 451.º dizia respeito ao antepassado do actual tipo de burla. No artigo 450.º eram punidas condutas como as daquele que alienava ou onerava sucessivamente a mesma coisa a duas pessoas e que hoje, consoante as coordenadas do caso, podem também ser subsumidas ao tipo geral da burla. O artigo 452.º é um antepassado complexo dos actuais crimes de tráfico de influência e de corrupção. Assim, segundo o art. 451.º: “*Será punido com prisão correcional de um até três anos, e multa correspondente, podendo também ser suspenso dos direitos políticos, até ao máximo, aquele que defraudar outrem, fazendo que se lhe entregue dinheiro ou móveis, ou quaisquer fundos ou títulos, por algum dos seguintes meios: 1.º Usando de falso nome, ou de falsa qualidade; 2.º Empregando alguma falsificação de escrito; 3.º Empregando artifício fraudulento para persuadir a existência de alguma falsa empresa, ou de bens, ou de crédito, ou de poder supostos, ou para produzir a esperança de qualquer acidente. § Único. A pena mais grave da falsidade, se houver lugar, será aplicada*”.

² Dizia o artigo 405.º do Código Penal Francês: “*Todo aquele que, ou usando falsos nomes ou falsas qualidades, ou empregando manobras fraudulentas para persuadir a existência de falsas empresas, de um poder ou crédito imaginário, ou para fazer nascer a esperança ou o receio de um sucesso, de um acidente ou qualquer outro acontecimento quimérico, tenha feito com que lhe entreguem ou dêem fundos, móveis, obrigações, bilhetes, promessas, recibos ou quitações e por um destes meios tiver defraudado, ou tentado defraudar a totalidade ou parte da fortuna de outrem, será punido com prisão de um até cinco anos e com multa de cinquenta a três mil francos*”.

³ Sobre esta discussão, vd. Beleza dos Santos, *A Burla prevista no artigo 451.º do Código Penal e a fraude punida pelo artigo 456.º do mesmo código*, RLJ, Ano 76.º, 1943/44, n.º 2743-2769, pp. 305ss.

fim dar crédito à mentira e enganar terceiros”⁴. Quer isto significar que uma mera reticência ou um *non facere* era insusceptível de fazer manobrar este tipo de crime.

A própria significação da expressão «*manoeuvre*» (trabalho manual) normalmente utilizada para descrever o tipo, era sintomática que não bastaria uma mera mentira para despoletar o preenchimento deste tipo de crime: era necessária uma mentira qualificada, ou seja, a criação de uma realidade aparente a que se associe uma actividade fraudulenta.

De resto, era esta também a posição da doutrina portuguesa que, sobretudo com referência a esta “*mise-en-scène*”, distinguia o crime de burla, do crime (menos grave) de fraude na venda (art. 456 CP 1852/86)⁵. Em suma, reservavam-se para a burla apenas os comportamentos enganosos que fossem teatralmente representados (as simples dissimulações ou reticências ficariam ou para o tipo de fraude na venda ou, para o campo mais amplo do direito civil), pois só aqueles têm um índice de gravidade suficiente para justificar a punição à luz do direito penal.

Hodiernamente, o código penal desenvolve no seu artigo 217.º, um tipo mais genérico, cuja estrutura típica se aproxima de modelos como o alemão ou o suíço. Assim, a estrutura típica da burla funda-se agora (i) num erro ou engano sobre factos astuciosamente provocados; (ii) num prejuízo patrimonial; (iii) e numa intenção de obtenção de enriquecimento ilegítimo. O texto do actual artigo 217.º resulta da revisão operada pelo DL n.º 48/95, de 15.3 e que corresponde ao art.º 313 da versão originária do C.P.

É a esta luz mais genérica, que deverá ser avaliada a possibilidade de cometimento do delito de burla processual.

2 – Segue; as linhas orientadoras da jurisprudência ante a tipicidade nos códigos penais de 1852/86 e de 1982

Do pouco que a doutrina portuguesa tem apreciado sobre a problemática da chamada “*burla processual*”, têm-se cingido apenas para enumerar acórdãos que se debruçaram sobre o tema. Assim, são normalmente chamados à colação, ainda na vigência do código penal de 1852-86, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17.6.1953, de 6.10.1960, de 3.10.1962 e o acórdão do mesmo supremo de 16.1.1974⁶.

⁴ Cfr. Beza dos Santos, *Ob. Cit.*, p. 278.

⁵ Assim, o já citado estudo de Beza dos Santos, *A Burla prevista no artigo 451.º do Código Penal e a fraude punida pelo artigo 456.º do mesmo código*, RLJ, Ano 76.º, 1943/44, n.º 2743-2769, pp. 273-278, 289-296, 305-310 e 321-329. Ventilando também este aspecto, mas procurando dar uma resposta jurídico-penal a um problema de venda de coisa defeituosa, vd. Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Obra Dispersa, Burla e fraude na venda*, Vol. I, 1933/1959, Universidade Católica Editora, 1996, pp. 189-205 (Também publicado na ROA, ano 9.º, 1949, p. 71ss.). De resto, o crime de fraude na venda foi descriminalizado com o novo código penal de 1982.

⁶ Cfr. Maia Gonçalves, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, Almedina, 2005, p. 740. Remetendo para a apreciação de Maia Gonçalves, tal qual, vd. José António Barreiros, *Crimes Contra o*

Deste modo, a adesão à fundamentação de tais arestos, explica-se por esta ser “uma burla consumada através de expedientes processuais, para a qual as leis processuais contêm sanções adequadas”, De tal sorte que, conclui MAIA GONÇALVES, “a chamada burla processual continua a não ser aqui [no Código Penal de 1982/95] incriminada”⁷.

Então o que nos dizem estes acórdãos de forma tão assertiva, que se dispensam considerações de maior? Vale a pena visitar a argumentação para se conhecer o *statu quo* jurisprudencial e conhecer também o tipo de factos que ladeia o tema da burla processual.

No acórdão de 17 de Junho de 1953⁸ (A. Cruz Alvura), em síntese, o Supremo debruçou-se sobre um caso em alguém aceita uma Letra em branco, assinada pelo devedor e por um fiador deste como garantia de um empréstimo. Mais tarde, a Letra foi preenchida por um valor superior ao suposto e o devedor foi accionado em tribunal, isto já depois de a ter pago. Assim, o arguido propôs uma execução com a falsa qualidade de credor (pois já não o era) e recebeu indevidamente do executado um valor três vezes superior ao inicialmente devido (e já pago). Sobre estes factos, a primeira e segunda instância foram peremptórias em imputar ao arguido os crimes de falsificação de documentos e de burla (*processual*, claro está).

Por sua sorte, o Supremo entendeu que “embora tenha havido alguns acórdãos deste Tribunal a considerar a actividade judicial como meio idóneo para o cometimento de burlas, a orientação que ultimamente se tem seguido é favorável ao recorrente”⁹. Com efeito, nos acórdãos do STJ de 28.1.1948, 4.2.1948 e de 18.6.1952, “entendeu-se que o processo judicial não é meio de burlar e que, de se ter obtido judicialmente o pagamento do que não era devido, não resulta responsabilidade criminal, mas somente civil”¹⁰.

A argumentação para tal (seguida em arestos subsequentes ao estilo do actual “*copy-paste*”), centra-se em três aspectos fulcrais: (i) o entendimento que a lei processual contem providências convenientes à elucidação dos julgadores, pelo que estes estariam prevenidos contra fraudes. Nessa senda, o julgador poderia lançar mão dos instrumentos que punem a má fé dos litigantes; (ii) a aplicação do princípio *non bis in idem*; (iii) o dolo nas acções judiciais só poderia vingar pela viciação das provas. Por estes motivos, o Supremo foi de manter o crime de falsificação de documentos mas revogar a imputação do crime de burla.

Em aresto subsequentemente, de 6 de Outubro de 1960 (Eduardo Coimbra), tratou o Supremo de um caso em que uma criada de servir (que estava encarregue de

Património, Universidade Lusíada, 1996, p. 149, que entende que a burla cometida em pleito configura um mero «acto simulatório» e não um crime contra o património.

⁷ Cfr. Maia Gonçalves, *Ob. Cit.*, p. 740.

⁸ BMJ N.º 37, pp. 121-125.

⁹ BMJ N.º 37, pp. 123.

¹⁰ *Idem*.

proceder ao depósito, levantamento e pagamento de dívidas do seu patrão, que por sua vez se encontrava na fase terminal da vida), instruída por um advogado e munida de algumas testemunhas, decidiu apoderar-se de uma avultada quantia monetária, ocultada no conjunto dos bens inventariados entre os sucessíveis do *de cujos* seu patrão. Como esta também era sucessível (porque o *de cujos* lhe deixou testada a totalidade da sua quota disponível), foi ao processo de inventário entretanto aberto reclamar várias quantias da herança, enquanto coevamente ocultava uma grande quantia que tinha em seu poder. Porque assim procedeu, esta criada inquinou um processo de partilha litigioso, onde apesar de instada pelos herdeiros a responder onde se encontravam as quantias em falta, foi ao processo (munida de várias testemunhas a corroborar a versão) confirmar o levantamento da quantia já «entregue» ao *de cujos*, com este ainda em vida.

Iniciado um procedimento criminal para se apurar do paradeiro dos valores, vieram primeiro as testemunhas da referida criada, e esta depois, confessar que foram prestados falsos depoimentos a pedido do seu advogado e que, efectivamente, fora dado destino diverso ao dinheiro em prejuízo dos herdeiros.

Com estes factos, foram a esta criada de servir e ao seu advogado (como autor moral) imputados os crimes de *abuso de confiança*, *burla na forma tentada* e de *falso testemunho*. Adiante-se desde já, que até o litígio chegar ao Supremo, nunca se logrou unanimidade entre os julgadores quanto à punição do crime de tentativa de burla (embora nas duas instancias tenha vingado a tese da não punibilidade).

Com efeito, o Supremo reatou a argumentação segundo a qual “a actividade judicial não pode considerar-se meio idóneo para o cometimento de burlas, pois que a lei processual contem as providencias adequada a prevenir fraudes, como sejam as dos arts. 103, § 3º do Estatuto Judiciário e 665.º do Código de Processo Civil, além do art.º 465.º deste diploma a punir a má fé dos litigantes”¹¹. A acrescentar a esta argumentação, o Supremo reforçou a sua convicção com uma nova linha argumentativa, agora ao estilo *ad terrorem*. De facto, conclui o citado aresto, que “*se outra pudesse ser a solução, muitos processos terminariam pela incriminação duma das partes pelo menos a titulo de culpa (...)*”. Ora de tal modo e porque “*uma afirmação falsa não constitui o artificio fraudulento exigido para a burla em geral, ou para qualquer burla processual, a entender-se de outra forma, em cada processo contraditório uma das partes seria sempre passível de incriminação, porque das duas verdades em discussão, uma seria falsa*”.

Impressionado por esta argumentação, também o Acórdão do Supremo de 3 de Outubro de 1962 (F. Toscano Pessoa), entendeu que a actividade judicial exercida pelas partes não pode ser considerada meio idóneo para o cometimento do crime de burla.

De facto, tratava-se de um caso em que um sujeito propôs uma acção contra dois irmãos, tendente a demonstrar ser também filho do pai destes, um falecido industrial. Para tal, a fim de provar essa qualidade, juntou aos respectivos autos um escrito, cuja

¹¹ BMJ N.º 100, p. 459.

autoria atribuía ao pretense pai, mas que se veio a verificar e provar ser falso. Na verdade, ficou dado como provado que o arguido tinha manifestado publicamente que toda a sua manobra tinha por fim forçar os herdeiros daquele industrial a dar-lhe uma avultada soma, para evitar o escândalo duma acção de investigação de paternidade.

Com estes factos, entendeu o Supremo (retomando a argumentação já ventilada), que “as afirmações falsas que no decorrer da lide se produzam não integram a noção de artifício fraudulento, encarado naquele preceito como elemento do crime de burla”¹². Critério diverso – adianta o acórdão – “levaria a constantes incriminações, pelo menos de actividades culposas, sempre que uma das partes ficasse vencida, [pois] das duas verdades em discussão, uma delas seria falsa”¹³. Em jeito crítico, cumpre dizer que neste caso, o Supremo parece ter esquecido na fundamentação que além das afirmações falsas, houve documentos falsos (a malfadada «*manoeuvre*»), tudo no sentido de perpetrar o esquema de aceder à herança, uma vez falhado aquele que parecia o intuito inicial: extorsão.

Por fim, o último dos acórdãos conhecidos à luz do código penal de 1852 e citados pela doutrina sobre esta temática, reiterou que a actividade processual não é um meio idóneo para a prática do crime de burla. Efectivamente, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Janeiro de 1974 (Daniel Ferreira), estava em causa a conduta de uma senhora, que sendo muito mais nova que o pai dos assistentes, começou a executar o que na gíria se chama de «golpe do baú».

Entre os factos provados, ficou assente que a arguida (senhora de meia idade) passou a viver com o pai dos assistentes, um senhor de idade já avançada, e que o manobrava consoante o seu gosto, sempre com o fito de se beneficiar em prejuízo dos filhos legítimos. Assim, o dito senhor confessou-se devedor de uma avultada quantia à arguida, garantindo um empréstimo com hipoteca. Tal confissão de dívida veio a ser julgada simulada pelos juízos cíveis e, como tal, declarada nula. Posteriormente, já casados, o dito pai dos assistentes dispôs de toda a quota disponível em favor da senhora. Além do mais, este começou a vender as suas propriedades enquanto corria uma acção de inabilitação por demência (proposta pelos filhos). Como se não bastasse, os assistentes propuseram uma providência cautelar destinada a evitar a sucessiva alienação do património, tendo o dito senhor ficado proibido de alienar ou onerar a qualquer título os seus imóveis.

Como forma de contornar a providência, a arguida começou a emitir, conluiada com outros dois, várias letras com saques diferenciados. De tal forma, a arguida logrou transferir responsabilidades para os herdeiros legitimários do então falecido, criando «falsas dívidas a terceiros» e, conseqüentemente, diminuindo o saldo positivo da massa hereditária. Na execução do plano, os portadores das letras exigiram o montante delas por via judicial, ao que o então pai dos assistentes não contestou. Além destes factos, ficou provado que os portadores das letras nunca tiveram qualquer negócio com o

¹² BMJ, N.º 120 p. 208.

¹³ *Idem*.

falecido e que, além disso, nem sequer tiveram qualquer despesa judicial, pois as execuções instauradas e todas as despesas com patrocínio foram suportadas pela arguida, em conformidade com a trama por ela urdida para prejudicar os herdeiros.

Com a realização destes factos, após a morte do seu cônjuge, a arguida logrou apoderar-se de créditos hereditários que não lhe pertenciam. Sobre estes factos, a disciplina argumentativa do Supremo seguiu dois vectores:

- (i) Não era cometido o crime de burla porque se o pai dos assistentes também entrou com os arguidos em conluio simulatório e de conformidade com eles subscreveu letras, não pode ser colocado na situação de «*vítima de erro*», que é elemento essencial na realização do tipo de burla;

Em breve parêntesis crítico, deve aqui dizer-se que o Supremo esquece neste aresto que na burla (processual), o enganado não tem necessariamente de ser o sujeito passivo (o que entrega o património), pode ser um terceiro (como tal, um juiz), que medeie, configure ou “legalize” a diminuição do património de outrem. Assim, o erro provocado no juiz poderia activar a diminuição do património dos sucessíveis.

- (ii) Por outro lado, retomou-se neste aresto a argumentação segundo a qual, a actividade judicial não é um meio idóneo para a prática de crimes de burla, pois a lei processual civil já contém sanções específicas e adequadas para esse fim.

Foi este o *statu quo* jurisprudencial anterior ao código penal de 1982. Já na vigência do actual Código Penal, são conhecidos, pelo menos, três arestos onde se convoca explicitamente a problemática da punibilidade da burla processual.

No acórdão do Supremo de 29.10.2003¹⁴, configurou-se um caso (um pouco semelhante ao decidido pelo aresto de 17 de Junho de 1953 do Supremo, aqui já citado) em que um advogado, a quem tinham sido entregues quatro letras de câmbio para serem objecto de acção executiva contra o seu aceitante, apropriou-se de tais Letras e deu-as à execução, muito embora elas tenham sido previamente pagas ao portador pelo valor das mesmas, o que era do conhecimento do causídico. Para isso, o advogado forjou uma procuração do portador das letras com o propósito de, em execução, conseguir um proveito económico para si (cerca de €3.700,00, pelo valor da quantia exequenda).

Em síntese, o Supremo considerou que “a mera existência de um processo executivo para cobrança coerciva de letras que afinal já estavam pagas não constitui erro ou engano que determinasse o executado a pagar de novo as letras, antes se configura como uma forma de coagir aquele a pagar duas vezes a mesma divida”¹⁵. Da mesma forma, “era necessário que o eventual erro ou engano levasse o executado a praticar qualquer acto que se traduzisse em prejuízo patrimonial, o que não acontecia se, por exemplo, o executado, em vez de pagar espontaneamente a quantia exequenda,

¹⁴ Processo n.º 03P2623 (Silva Flor), disponível em www.dgsi.pt, visitado em 16.08.2010.

¹⁵ *Idem*.

ficasse privado dos seus bens em resultado da penhora e venda judicial dos mesmos”. Por outro lado, aderiu-se, na fundamentação do aresto, ao pouco que a doutrina portuguesa escreveu sobre este tema, reproduzindo a pena de Maia Gonçalves, no sentido de que “as leis processuais contêm mecanismos que permitem a repressão dessas práticas, como acontece com a condenação por litigância de má fé, a que alude o artigo 456.º do CPC”¹⁶. Em jeito de remate, como era um advogado o arguido, finalizou o citado aresto que, além do mais, não tinha seguimento a acção penal porque “os advogados que patrocinam as partes estão sujeitos à acção disciplinar da Ordem dos Advogados pelas condutas processuais que infringem os seus deveres deontológicos”.

Também acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11.04.2007¹⁷ foi decidido, em consonância com os arestos anteriormente citados, que o crime de burla não pode ser cometido por meio de uma acção judicial.

Neste caso, o tribunal foi chamado a apreciar a conduta de alguém que, privando com uma pessoa patrimonialmente abastada e que por morte não deixou sucessíveis nem testamento, viu o património deste (através do vínculo de cidadania) ser absorvido pelo Estado. Para obstar a tal acontecimento, o sujeito logrou forjar um contrato-promessa onde falsamente (e já depois da morte do pretense promitente-vendedor) o *de cujos* declara prometer vender a totalidade do património por certo preço entregue no acto da assinatura do contrato pelo promitente-comprador, e que por isso, se dava plena quitação no mesmo contrato-promessa. Acto contínuo, o “*promitente-comprador*” veio a intentar uma acção declarativa contra o Estado, no qual pedia o reconhecimento do direito à massa hereditária, acção essa que foi julgada procedente.

Como entretanto o Ministério Público havia intentado uma acção especial para liquidação da herança a favor do Estado, que foi decretada procedente e por via da qual o Estado se tornou proprietário de todos os bens, o arguido “*promitente-comprador*” intentou nova acção cível contra o Estado, no qual formulou o pedido de condenação deste como incumpridor do contrato-promessa e a consequente declaração judicial que produzisse os efeitos do contrato prometido (art. 830.º CCiv.). De tal sorte, o então promitente-comprador entrou na propriedade dos bens e veio a regista-los.

Com esta actuação, ao intentar a acção cível que decretou a transmissão dos bens para o arguido, usando um contrato-promessa fabricado para o efeito e apresentando testemunhas industriadas por este, induziu o tribunal cível em erro e levou o Juiz desse processo a produzir uma sentença com base em factos não ocorridos. De tal maquinação, resultou para este um benefício patrimonial (e consequente prejuízo para o Estado) avaliado em não menos de €643.449,24.

O ilustre colectivo da Relação do Porto, depois de citar os acórdãos já aqui explanados, sintetizou argumentos doutrinários quer no sentido da punibilidade da burla processual (**a.** O juiz pode ser enganado; **b.** O processo tem idoneidade concreta para ser

¹⁶ Maia Gonçalves, *Código Penal Português*, p. 691 *apud*, Ac. STJ 29.10.2003, Processo n.º 03P2623.

¹⁷ Processo n.º 0615576 (Borges Martins), disponível em www.dgsi.pt, visitado em 16.08.2010.

utilizado como meio para levar a cabo defraudações penais; c. O Juiz não apenas julga, pois que executa o julgado), quer no sentido da não punibilidade (a. O Juiz não pode ser enganado; b. Quem se submete a um processo não actua contra-lei; c. O Juiz não executa actos dispositivos sobre o património alheio) e concluiu pelo seguinte:

- (i) *“A controvérsia acerca desta possibilidade de cometimento do crime de burla é já secular. (...) Não é minimamente plausível que o legislador português tenha desconhecido esta figura. Contudo, não tomou ainda a opção de a consagrar”;*
- (ii) *“Também há que referir a que a fisionomia do processo civil vigente não permite a asserção que o mesmo se reporta a um modelo dispositivo ou próximo do dispositivo puro. (...) Ela é mais próxima de um modelo no qual o juiz mantém atitude de passividade e inércia, assistindo à luta entre as partes, conduzindo o processo como arbitro e elaborando a sentença. Entre nós o que vigora não é a correspondente justiça formal e de fachada, resultado de mera convenção entre as partes”¹⁸.*

Desta sorte, decidiu-se por julgar não punível o crime de burla cometido através de um processo.

Por fim, para completarmos este roteiro jurisprudencial sobre a burla processual, cumpre observar a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.10.2007¹⁹, resultante do recurso interposto pelo Ministério Público no seguimento do atrás referido acórdão da Relação do Porto.

Neste aresto, o Supremo, confrontado com os factos em síntese atrás elencados e com a posição adoptada, decidiu-se por rebater a argumentação da Relação e voltar à confirmação da punição da burla processual (qualificada) como havia já sido decidido em primeira instância. Desse jeito, sumariamos também os argumentos que por sua vez, conduziram à punibilidade das condutas descritas:

- (i) *“Se a controvérsia existia e os trabalhos preparatórios nada dizem sobre a questão, não se pode atribuir a este «silêncio» do legislador um sentido que perturbe a configuração do tipo legal do crime de burla, então feito, e que abrange este tipo de burla. Na verdade, abrangendo o tipo de crime fundamental, na sua previsão, situações como a presente, seria necessária pronúncia sobre a questão que esclarecesse não se*

¹⁸ Ainda que assim não seja, sempre será de sublinhar que a nossa versão do dispositivo não é simetricamente idêntica à do Código de Processo Penal e o juiz, embora não totalmente subjugado ao que as partes trazem à lide, não conta com verdadeiros poderes de investigação, mas apenas pode recorrer a factos instrumentais, complementares e notórios. Assim, vd. António Montalvão Machado, *O dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do novo Código de Processo Civil*, Almedina, 2001, p. 360, que à pergunta se o juiz tem inteira liberdade de actuação na descoberta de factos novos (tal como na disciplina processual penal), se responde que não. “Tais poderes, a serem conferidos ao juiz, equivaleriam a uma verdadeira absolutização, potencialmente geradora de importantes e incorrectos desvios na resolução dos litígios”.

¹⁹ Processo n.º 07P2599 (Simas Santos), disponível em www.dgsi.pt, visitado em 16.08.2010.

pretender, apesar do carácter amplo da previsão, contemplar tais situações”.

Com esta visão dos factos, o Supremo veio afastar o “argumento histórico” levantado pela Relação, ao estilo do “*se sabiam mas nada disseram, deixaram de lado*”. Já quanto ao segundo argumento (o de que o processo civil já contém meios expeditos para obviar às fraudes), o douto acórdão do supremo seguiu uma clara orientação onde se distingue o que é ilícito civil e o que é ilícito penal, de tal forma, concluiu-se que:

- (ii) *“Numa opção, em que muitas vezes não é imediatamente reconhecível um rigoroso científico ou distinção ontológica entre tais factos, por razões de política criminal, o legislador efectua uma selecção, elegendo as condutas penalmente censuráveis entre as quais não inclui o facto contra o direito que não provoque o alarme colectivo, caso em que se contenta com os meios próprios do direito civil, como sancionamento. Parte assim da maior gravidade do delito penal, da mais extensa e intensa perturbação social que causa. (...) Ora é este o desvalor da acção que permite responder à dificuldade com que se pode ser confrontado, 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”.*

Em jeito de síntese, enumeramos então os argumentos aventados em sentido contrário à punibilidade da burla processual e os experimentados em sentido favorável:

Não punibilidade da “burla processual” porque:

- (i) O processo judicial não é meio de burlar e que, de se ter obtido judicialmente o pagamento do que não era devido, não resulta responsabilidade criminal, mas somente civil. Assim, segue-se o entendimento que a lei processual contém providências convenientes à elucidação dos julgadores, pelo que estes estariam prevenidos contra fraudes. Nessa senda, o julgador poderia lançar mão dos instrumentos que punem a má fé dos litigantes (Acórdãos STJ de 17 de Junho de 1953, de 6 de Outubro de 1960, 16 de Janeiro de 1974, 29 de Outubro de 2003 e acórdão da Relação do Porto de 11 de Abril de 2007). A estes argumentos, o aresto do Supremo de 17.6.1953 acrescentou ainda que: **(a.)** A aplicação do princípio *non bis in idem* obsta à punição da burla cometida em processo; **(b.)** O dolo nas acções judiciais só poderia vingar pela viciação das provas.
- (ii) Se a burla processual fosse punível, então muitos processos terminariam pela incriminação duma das partes. E porque uma afirmação falsa não constitui o artifício fraudulento exigido para a burla, a entender-se de outra forma, em

cada processo contraditório uma das partes seria sempre passível de incriminação, porque das duas verdades em discussão, uma seria falsa (Acordãos STJ de 6 de Outubro de 1960 e de 3 de Outubro de 1962);

- (iii) Não se comete o crime de burla se um dos sujeitos afectados pelo prejuízo patrimonial (pretensão ofendida) também entrou com os arguidos em conluio simulatório e de conformidade com eles orquestrou o processo. De tal sorte, não pode ser colocado na situação de «vítima de erro», que é elemento essencial na realização do tipo de burla (STJ de 16 de Janeiro de 1974);
- (iv) Se o arguido for advogado (donde retiramos também se for solicitador), está este já sujeito à acção disciplinar da sua ordem profissional (Supremo 29 de Outubro de 2003);
- (v) A mera existência de um processo executivo para cobrar dívidas já pagas, não constitui erro ou engano suficientes que determinem o executado a pagar de novo, tal é antes uma forma de coacção para que aquele repita o indevido (Supremo 29 de Outubro de 2003);
- (vi) O legislador nacional conhecia a querela jurisprudencial que existia na vigência do código penal de 1852/86 sobre este tema, e sabia que a jurisprudência constante do supremo se perfilava no sentido de não admitir a burla processual. Ora se nada se disse a este propósito nas actas que preparavam a elaboração do código penal de 1982, e nem da lei penal resulta alguma referência, é porque o legislador não tomou ainda a opção de consagrar a punibilidade da burla processual (TRP de 11.04.2007), de que resulta a atipicidade desta.

Punibilidade da “*burla processual*” porque:

- (i) Não se vê que o legislador tenha querido afastar a punibilidade desta conduta. Em abstracto e sem tomar juízos conceptuais dos tipos de crime, a configuração actual do tipo legal do crime de burla é apta a abranger este tipo de burla. Na verdade, abrangendo o tipo de crime fundamental, na sua previsão, situações como a de uma burla em pleno pleito, seria necessária pronúncia do legislador sobre a questão que esclarecesse que não se pretendia punir tais situações (Supremo Tribunal de Justiça de 04.10.2007);
- (ii) Deve ser feita uma clara distinção do que é um ilícito civil e do que é um ilícito penal. Os tribunais cíveis têm ao seu dispor mecanismos processuais aptos a resolver dificuldades no âmbito da sua competência cível. Contudo, por vezes, o contorno do litígio concreto extravasa o âmbito da competência dos tribunais cíveis, de tal sorte que é irrelevante saber se os meios processuais civis são ou não aptos a paralisar a pretensão fraudulenta, pois a

configuração do caso clama antes por uma intervenção jurídico-penal (STJ de 04.10.2007).

É esta a jurisprudência que em Portugal tem feito carreira no tema. Adiante teremos oportunidade de tomar um olhar crítico sobre ela, respondendo aos problemas invocados ao longo deste escrito, sempre à luz do ordenamento português e olhando para a experiência de alguns congéneres europeus.

3 – Enquadramento jurídico-comparatístico

Por muito quimérico que possa parecer este problema, de cariz dogmático, académico e sem aplicabilidade prática, a questão da punibilidade da burla processual não é nova entre nós, como aliás já tivemos oportunidade de observar na jurisprudência citada. Da mesma forma, não sendo uma temática de discussão inédita no nosso país, não o é também além fronteiras. A doutrina e a jurisprudência estrangeiras, com menor ou maior relevo, já tiveram oportunidade de se debruçar sobre o assunto.

Assim, num dos modelos mais similares ao nosso, como é o caso Suíço²⁰, este tema já foi apreciado. Aí, um acórdão dos anos 50 (Séc. XX) confrontado com um caso de burla processual, considerou que não comete o crime de burla, aquele que induz o juiz em erro e consegue com isso uma decisão prejudicial à parte que se lhe opõe²¹. À parte deste aresto, desconhecem-se desenvolvimentos subseqüentes na matéria neste país.

Também em Itália, a “truffa processuale” (burla processual) tem raízes antigas, sendo tema debatido há largos anos na jurisprudência e na doutrina, havendo mesmo grandes obras de referência apenas dedicada a esta problemática²². Quer a doutrina quer a jurisprudência encontram-se divididas.

²⁰A nossa lei aproxima-se da letra do código penal suíço, que tem no seu art.º 148 a seguinte redacção: “*Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo, tiver induzido astuciosamente em erro alguém por meio de falsas declarações ou dissimulação de factos verdadeiros, ou assim astuciosamente explorar o erro criado, e dessa forma determinar a vítima a actos prejudiciais aos seus interesses pecuniários ou de terceiros, será punido com pena mínima de 5 anos de prisão*” (tradução feita a partir da versão em língua francesa). Também de forma semelhante versa o Código Penal alemão (Strafgesetzbuch, StGB) no art.º 263 n.º 1, “*Quem, com a intenção de obter para si ou para terceiro vantagem patrimonial ilícita e com isso afectar o património de outrem, através da provocação ou afirmação de factos falsos, pretendendo criar a ilusão que tais factos são reais ou distorcendo ou suprimindo factos verídicos, será punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa*”. (tradução livre a partir da língua inglesa, cujo texto foi providenciado pelo Ministério da Justiça Federal. Disponível em www.legislationline.org, e visitado em 24.08.2010.)

²¹ Cfr. RO 78 84 JT 1952 85, citado em AA.VV. André Panchaud, *Code Pénal Suisse Annoté*, 1982, Éditions Payot Lausanne, 151.

²² V.g. Alberto Martucci, *Truffa e frode processuale*, edizioni dela toga, 1932; cfr. Cesare Pedrazzi, *Inganno ed Errore nei Delitti Contro il Patrimonio*, Giuffrè, 1955, p. 105 nota 63, onde refere que “la bibliografia italiana e straniera, ma ci esimiamo dal riportarla perchè sembra già nota alla nostra dottrina. Cf. Boscarelli, *Sulla responsabilità penale per l'evento cagionato mediante inganno del giudice*, Arch. Pen. 1952, fasc. V-VI.” Também em Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, PE, Giuffrè Ed., 1996, p. 344, nota 150 são referidas obras importantes sobre o tema, como sejam as obras de “Saltelli,

Para os que defendem a não punibilidade²³, entende-se que o que é duvidoso não é a possibilidade de induzir o juiz em erro mas a capacidade deste em provocar actos de disposição patrimonial em outrem, dado ser apenas portador de um poder jurisdicional eminentemente publicista que não se confunde com a capacidade de produzir actos de disposição.

Noutra via, para aqueles que não encontram razões para não se punir estes casos de embuste processual, o que é preciso fazer, é ler a lei sem preconceitos. Efectivamente, no tipo de burla italiano (tal como no nosso), “não se exige que o enganado seja o próprio sujeito passivo da burla, podendo o engano ocorrer em outra pessoa autorizada a completar o acto de disposição patrimonial induzido pela existência de um erro”²⁴.

Já o caso espanhol assume um aspecto de particular interesse neste tema. A reforma do Código Penal espanhol de 1983, introduziu no seu art. 529²⁵ de então, uma circunstância qualificadora da «estafa» onde constava o seguinte: “*Quando se realize [a burla] com simulação de julgamento ou emprego de outra fraude processual ou administrativa análoga*”. Com a introdução desta circunstância qualificadora, morreu a questão da punibilidade da burla processual: a burla processual está contida no tipo geral e não só é punível como é agravada²⁶. Já com a reforma de 1995, manteve-se a punibilidade da burla processual mas restringida ao âmbito judicial e já não no âmbito de procedimentos administrativos.

Sobre este aspecto, diz a jurisprudência espanhola, que ficam a coberto da punibilidade de burla processual “uma, várias ou todas as partes que com engano e ânimo de lucro, induzem o juiz em erro de modo a que este dite uma sentença «injusta», determinante de um acto de disposição não querido e em prejuízo de outras partes no processo ou de um terceiro” (STS 7 Junho 1989 [RJ 1989, 5049])²⁷. Por isso, entende-se que a modalidade típica, abrange os casos em que autor e réu ajustam um falso litígio,

Sulla così detta «truffa processuale», annali, 1937” ou “Ragno, *Contributo alla configurazionne del delitto di truffa processuale*, Milano, 1966.”

²³ Como é o caso do acórdão da Corte di Cassazione de 26.1.1970 (cit. em Francesco Antolisei, *ob. Cit.* p. 344, nota 150).

²⁴ Cfr. Francesco Antolisei, *ob. Cit.* p. 343.

²⁵ O actual artigo 248 do código penal espanhol é, de facto, mais amplo que o nosso art. 217, pois dispensa o emprego de «meio astucioso». Assim, comete burla em Espanha “*quem, com intenção de lucro, usar de engano bastante apto a produzir erro em outrem, e assim induzindo-o a realizar um acto de disposição em prejuízo próprio ou alheio*”.

²⁶ Nas palavras de Miguel Bajo Fernández, “é um equívoco sustentar, como se fez em certa ocasião, que a legislação penal espanhola encarregada da persecução dos delitos económicos se encontra pouco modernizada. (...) Uma análise cuidada e minuciosa do nosso direito penal económico [o espanhol] tem de chegar necessariamente à conclusão de que, salvo algumas excepções, a actualização é mais do que louvável.”, Cfr. Bajo Fernández, *A reforma dos Delitos Patrimoniais e económicos*, RPCC, ano 3, Abr-Dez 1993, aequitas, p. 499.

²⁷ Cit. em AA.VV. Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats, *Comentarios Al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 2001, p. 1161.

conluídos, para prejudicar um terceiro²⁸, como qualquer outra conduta enganosa em processo, com aptidão para induzir em erro o juiz²⁹. O que se deve sempre tomar em conta é o preenchimento dos elementos do tipo base do crime de burla, aparecendo a sentença «defraudada» como mero resultado da produção de erro³⁰.

PARTE II – Pressupostos da punibilidade da *burla processual*

1 – A determinação da estrutura do crime de burla e do seu enquadramento como crime patrimonial

No direito penal português, pune-se como crime de burla, a conduta de “*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 (...)*” (art. 217 n.º 1 do Código Penal Português).

Desta leitura, resulta que o crime de burla é um crime comum (“Quem”), de dano (“causem prejuízo”), contra o património (“patrimonial”), de exercício vinculado (“por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou”), com participação da vítima (“determinar outrem à prática de actos que lhe causem”), de resultado cortado ou parcial e doloso (“com intenção de”)³¹.

(A) Sujeito Activo do Crime.

Ora, na delimitação do círculo de autores, o pronome “*quem*” indica que qualquer pessoa pode cometer o crime de burla (contrapondo-se portanto aos crimes específicos, apenas susceptíveis de serem cometidos por um conjunto delimitado de sujeitos, como no caso *v.g.* de crimes de funcionários – artigos 372 a 385 do código penal –, onde a ilicitude – crime específico próprio – ou grau de ilicitude – crime específico impróprio – dependem de certas qualidades ou relações especiais do agente – art. 28.º Código Penal. Deste modo, é dispensada qualquer regra de extensão da punibilidade em caso de comparticipação criminosa, aplicando-se somente as regras gerais (art. 26.º, 27.º e 29.º).

Como o sujeito activo pode ter como intenção obter para si ou para *terceiro* o enriquecimento ilegítimo, este terceiro será, em princípio, implicado nesta incriminação, ainda que não tome parte na execução do crime.

²⁸ Como sucedeu no caso do acórdão STJ 16.1.1974, *supra cit.*, onde se entendeu que não era punível a burla processual exactamente porque se um dos conluídos não estava em erro, pelo que não se preenchia o tipo.

²⁹ Neste sentido, cfr. AA.VV. Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats, *ob. Cit.*, p. 1161.

³⁰ Assim, os tribunais espanhóis na S. 4 de Março 1997 [RJ 1997, 1830], cit. em AA.VV. Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats, *ob. Cit.*, p. 1162-1163.

³¹ Com esta estruturação, vd. Maria Fernanda Palma/Rui Carlos Pereira, *O crime de Burla no Código Penal de 1982-95*, RFDUL, Vol. XXXV, Lex, 1994, p. 322.

As considerações tecidas valem tal qual para o caso de *burla processual*, pois sendo esta uma mera forma (ou forma determinada) de cometimento do ilícito de burla, valem as regras gerais previstas para o ilícito de burla. Qualquer pessoa pode perpetrar este ilícito, o que significa que não tem de ser um advogado o autor (por ser normalmente o mandatário de alguém em juízo). Aliás, num caso onde se preencham todos os requisitos da burla em pleito, tal não implica – necessariamente – que o mandatário judicial esteja conluiado com o seu mandante (cliente). Com efeito, o advogado está sujeito a regras deontológicas próprias da profissão e a regras gerais de correcção (no C.P. C.), pelo que, apurando um caso destes, o causídico, em princípio, não aceitará o litígio e advertirá a parte que nele busca aconselhamento, que tal pretensão é juridicamente inadmissível e deontologicamente reprovável.

Assim não acontecendo, de acordo com o caso concreto, pode ser configurada uma situação de autoria ou cumplicidade (art.º 26 e 27 CP) também por parte do causídico no esquema da burla processual.

(B) Astúcia.

O recurso à expressão técnica “factos que *astuciosamente* provocou”, teve por objectivo evitar as formulações naturalísticas e descritivas que advinham da anterior codificação. Assim, superou-se a referência à invocação de “falso nome” ou “falsa qualidade”, “falsificação de escrito” e o “artifício fraudulento”, expressões do artigo 451 do Código Penal de 1852/86. A astúcia, como meio de cometimento do crime de burla, teve como fonte directa – o que já se fez notar *supra* – o artigo 212.º do anteprojecto da parte especial do Código Penal “de Eduardo Correia”, inspirado no art.º 148 do Código Penal Suíço.

A actual solução normativa reflecte um desejo de simplificação, tendo o legislador pretendido apenas com a locução “*astúcia*” unificar os vários modos de cometimento da burla. Na sua formulação comum, a astúcia corresponde à habilidade para enganar, ao estratagema, ardil, maquinação. Logo, para caracterizar a conduta astuciosa, não bastará qualquer mentira: terá de haver uma actuação sofisticada, um artifício ou mentira envolta num enredo que dê substrato à realidade apresentada.

Destarte, a astúcia caracteriza-se pelo seu recorte objectivo, que haverá de ser reconstituído a partir de actos materiais que a revelem e não por referência a estados de espírito ao nível da motivação do agente, i. é, não basta que a atitude psicológica do agente seja astuciosa, é necessário antes que seja a conduta exterior deste que revele um *quid* de astúcia. Este aspecto assume tamanha importância, pois sem astúcia, não pode haver burla (nem mesmo tentada), caso em que seria uma conduta atípica³², o que faz com que este tipo de crime tenha uma forma vinculada (decorrente de o legislador ter descrito o processo executivo através da *astúcia* e do erro/engano dela resultantes).

³² Assim, Maria Fernanda Palma/Rui Carlos Pereira, *ob. cit.*, p. 324.

Nestes termos, para haver punição por tentativa de burla (punível por ai se prever expressamente a punibilidade da tentativa – art. 217 n.º 2 –, apesar de ser um crime que na sua forma simples tem a pena máxima de 3 anos de prisão – art. 23 n.º 1), o agente terá de desenvolver um comportamento *astucioso*, capaz de fazer vergar a vontade do ofendido, por meio de um erro ou engano por si provocados. Com esta atitude, aplicando-se como critérios determinantes do modelo de informação vigente no mercado na posição dos sujeitos na relação económica e, em casos de debilidade da vítima (menores, sujeitos com debilidades mentais ou aqueles idosos com menos acesso à informação), o nível de relevância que o direito outorga a essa debilidade³³, a conduta do agente configurará uma tentativa de burla punível (art. 22, 23 e 217 do Código Penal). Com estes critérios, podem excluir-se da punibilidade como crime de burla os casos em que os sujeitos que dizem ter solvibilidade para contrair um empréstimo sem que o mutuante (ingenuamente) se certifique dessa mesma solvabilidade, aqueles casos em que se aceitam cláusulas abusivas e que a outra parte não oculta ou ainda os casos em que se conhecendo ou não podendo razoavelmente desconhecer a insolvência do sujeito, se continua a conceder-lhe crédito ou simples “fiado” do comércio³⁴.

Por outro lado, cumpre dizer que para um facto ser astucioso, significa que este não se basta com qualquer mentira. Há sempre uma mentira na burla³⁵. Para um facto ser astucioso significa que foi usado de “especial requinte fraudulento” ou de uma “mentira qualificada”. Por isso estamos com Fernanda Palma/Rui Pereira quando concluem que “*é este o entendimento que garante a plena observância do principio da legalidade, uma vez que «astúcia» significa, como se viu, «manha» ou «ardil»*”³⁶.

Apuradas estas razões, na burla processual haverá astúcia? Somos de querer que sim.

³³ Assim, vd. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal*, PE, 15ª Ed., Tirant lo Banch, 2004. P. 429. Já Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 328 consideram que haverá burla mesmo no caso de ingenuidade da vítima ou no caso em que esta tenha tido culpa na situação de erro ou engano em que caiu; não há lugar a indagações sobre a idoneidade do meio empregue, considerada abstractamente, pois que a eventual culpa da vítima ou a sua ingenuidade, não podem constituir causa de desculpa para o agente. Mas mais adiante trilham o caminho já apontado: “o juízo de prognose póstuma propõe que figuremos, no lugar do agente, uma pessoa média (ou uma pessoa do mesmo circuito social e profissional), dotada dos concretos conhecimentos do agente (que abarcarão, precisamente, a especial ingenuidade da vítima), e que questionemos se ela poderia prever a produção do resultado”. Com critério mais lato sobre a relevância da mentira estão Leal-Henriques/Simas Santos, *Código Penal Anotado*, Vol. II, Rei dos Livros, 2000, p. 837-838, para quem “a mera mentira verbal pode, pois, dada a redacção deste artigo, ser meio de induzir em erro ou engano, excepto se a mentira for tal que a mais elementar prudência aconselha a que não seja acreditada”. Por fim, Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 600, ponto 11, lança um outro critério: “a regra para a delimitação do dever de diligência é esta: o dever de diligência é tanto maior quanto maior for o poder económico da vítima, como sucede no caso de bancos, seguradoras ou outras grandes instituições financeiras e comerciais”.

³⁴ Por isso, este é um critério assaz importante também no caso de cometimento de burla através do processo. É que, como se verá *infra*, a consumação da burla processual dá-se no momento em que o sujeito visado com a lesão do património fica efectivamente afectado. Ora, num caso em que este, tendo oportunidade de defesa, a use mal ou devendo interpor recurso da decisão que se baseou numa errada apreciação dos factos, ao não o fazer, poderá «contribuir» por não se opor eficazmente ao plano do agente do crime, a que o Juiz (inconscientemente) dá guarida.

³⁵ Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 327.

³⁶ *Idem*.

Quem intenta uma acção judicial, assume uma estratégia no âmbito de um litígio. Para uma acção ser procedente, é necessário dar uma certa configuração factual, arrolar testemunhas, juntar documentação, ou seja, deve recrutar e aglutinar elementos probatórios que sustentem aquilo que se leva ao processo com o fito de ver a sua pretensão reconhecida. Ora, para ludibriar o julgador, certamente não bastará afirmar que “x” é devedor de “y”, especialmente se a contraparte contestar a pretensão do autor. É necessária toda uma *encenação teatral*, suportada mais das vezes documentalmente, que permita assegurar a veracidade do que se alega. Não sendo assim na realidade (por estarmos a falar de uma *burla processual*), o que será isto senão astúcia do agente?

Por isto, e sempre com o devido respeito, estamos em desacordo com o Acórdão do Supremo de 3 de Outubro de 1962 (supra citado e sintetizado), quando diz que as afirmações falsas que no decorrer da lide se produzem, não integram a noção de artifício fraudulento.

(C) Erro ou engano.

Para a burla ser punível, será também necessário que a vítima tenha sido induzida em erro ou engano. Mas não basta qualquer engano: é necessário que ele tenha sido provocado astuciosamente pelo agente³⁷. Ora, quer o erro, quer o engano traduzem uma ideia de falsa representação da realidade, que levam o burlado a representar mentalmente os factos que lhe são apresentados por forma diversa da que eles tomam, agindo o enganado, por se encontrar falsamente convencido da realidade.

Nestes termos, o erro ou engano funcionam como instrumento manipulador da inteligência da vítima, que assim é conduzida à auto-lesão. Ora como assim é, o agente manipulador dos factos é capaz de instrumentalizar a liberdade da vítima e afectar a sua autonomia pessoal. Este erro ou engano não requerem uma certeza da vítima quanto à falsa figuração da realidade, porque mesmo o que a vítima tenha duvida, haverá erro ou engano se ela decidir praticar os actos que produzem o prejuízo patrimonial, ou seja, numa concepção próxima à do dolo eventual³⁸.

No caso da burla processual, a doutrina tem dado alguns casos interessantes em que a(s) parte(s) induz(em) o juiz em erro. Por exemplo, foram decididos em Espanha casos como aqueles em alguém propõe uma acção judicial, omitindo o nome dos demandados (pese embora estes fossem conhecidos do autor) para assim vencer a acção por efeito da revelia absoluta daqueles (arts. 483.º e 484.º CPC). Da mesma forma, já foi julgado um caso em que foi simulado o desaparecimento de sócios para haver uma apropriação do património social (STS 15 de Fevereiro de 1998)³⁹. Na vida diária existem muitos mais exemplos de burla processual. MUÑOZ CONDE dá mais alguns exemplos deles resolvidos na jurisprudência espanhola: fingem-se incapacidades para

³⁷ Cfr. Eduardo Correia, *Actas das sessões da comissão revisora do código penal*, PE, BMJ n.º 287, p. 139.

³⁸ Neste sentido, de quem colhemos o ensinamento, vd. Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.* p. 328.

³⁹ STS de 8 de Fevereiro de 1988, cit. em AA.VV. Vives Antón, *Derecho Penal*, PE, Tirant lo blanch, Valência, 1999, p. 458.

cobrar uma maior indemnização; ocultam-se recibos de rendas já pagas para promover acções de despejo; tentam-se cobrar dividas já cobradas⁴⁰.

Mais exemplos podem ser dados ainda que a factualidade não tenha sido apurada em julgamento. Por hipótese (exemplo nosso), alguém que deixando o seu veículo aos cuidados de um stand reparador, desloca-se ao estacionamento durante a noite, munido da chave de reserva, assim retirando de lá o veículo. Posteriormente, acciona a reparadora em sede de responsabilidade civil pelo valor do veículo, com intenção de lucrar (com a «simulação de furto» que perpetrou), dada a aparente violação dos deveres acessórios de custódia que impendiam sobre o reparador durante o período da reparação.

Nos exemplos dados, é manifesto que o Juiz pode cair em erro, mesmo na plenitude dos amplos poderes que a lei lhe confere⁴¹, pois não é capaz de dominar a realidade de forma infalível. Aliás, ninguém é infalível e sendo a justiça composta por homens e mulheres, também há a possibilidade de serem cometidos erros e de se cair em erros, sendo susceptíveis de tomar decisões com base em enganos: de outra forma, como compreender a existência de um regime de recursos de revisão e um outro regime de recursos ordinários que prevêm casos de dois (e por vezes mesmo de três) graus de jurisdição?

(D) Prática de actos pela vítima do engano.

Outro dos elementos objectivos previstos para a perfeição da burla, é a prática de actos pela vítima, que haverão de ser aqueles que o agente nela determinou⁴². Este tipo de ilícito não se consuma pois, com a prática de actos pelo agente, é também necessário que a vítima colabore, participe e pratique os actos predefinidos pelo burlão, sendo o enganado, o “protagonista da sua desgraça” e sem o que, o crime ficará no estádio da tentativa.

Questão que o código de 1982 veio esclarecer (e com a maior acuidade para o caso da burla processual), foi a da possibilidade de entrega indirecta de bens discutida na vigência do código de 1852/86⁴³. Efectivamente, a locução actual do art.º 217.º do C.P. (“*actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa*”...) é bastante lata de modo que o prejuízo patrimonial, tendo nexos de causalidade entre o erro provocado de forma astuciosa, seja a quem for, e por meio de quem for, será punível.

Na perspectiva da burla processual, parece manifesto que podendo ser o juiz enganado (como vimos), este pode seguir o caminho previamente trilhado e apontado pelo agente, causando prejuízo a outra pessoa (caso em que não há propriamente uma auto-lesão) sendo aqui espelhada, uma necessária causalidade. Contudo, na hipótese de

⁴⁰ Cfr. Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, PE*, tirant lo blanch, Valência, 2004, p.430-431.

⁴¹ Analisando com detalhe os poderes actuais dos magistrados em processo civil após a reforma 1995/96, vd. António Montalvão Machado, *ob. cit.*, p. 159ss.

⁴² Como explica José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 148, a burla “não é um crime de tomar antes de fazer entregar, pois o agente não subtrai algo da sua vítima, antes é esta que lha entrega, por causa de uma conduta ilícita do sujeito activo”.

⁴³ Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 329, com uma síntese deste problema.

o julgador seguir caminho diverso daquele que era apontado previamente pelo prevaricador, haverá ainda burla (processual), mas apenas tentada.

(E) Prejuízo patrimonial.

O objecto do crime é o património do lesado, sendo este património que o agente agride com a sua conduta. A burla é um crime de dano e contra o património, porque à sua realização típica, é essencial o conceito de prejuízo patrimonial. O bem jurídico tutelado é o património em geral, no seu sentido económico-jurídico, incluindo a soma dos valores económicos e jurídicos protegidos⁴⁴, entendendo-se a determinação do valor do prejuízo do burlado pelo valor do dano provocado no momento da prática do facto⁴⁵. Não havendo prejuízo, poderá haver burla, mas só na forma tentada.

A deslocação patrimonial tanto pode derivar de uma aceitação passiva, como de uma omissão. Assim também quem assina sem ler um documento de assunção de dívida, cujas características nem sequer conhece embora pense tratar-se de um formalismo necessário em certa ocasião, procede inconscientemente, sem saber que se vincula a uma disposição patrimonial com o correspondente prejuízo. Para que se possa afirmar a burla em casos como estes, basta que o sujeito esteja consciente da realidade material do seu acto.

Questão que tem sido suscitada no problema específico da burla processual é o de saber se o Juiz tem a capacidade de produzir verdadeiros actos de disposição patrimonial⁴⁶. De facto, o juiz não cria um desapossamento patrimonial directamente em outrem (o Juiz «não vai ao bolso» de quem decai na acção), cria outrossim, os meios para tal desapossamento (v.g., pela sentença que se transforme em título executivo. Acto continuo, ficará aberta a possibilidade de penhora no caso de não pagamento pela parte vencida – e burlada). É esta ordem de razão que *infra*, nos faz concluir que neste estádio não há ainda consumação, mas há tentativa. Entendimento contrário seria negar o encadeamento causal que conduz processos da fase declarativa até à efectiva penhora, venda e receita pelo produto desta.

Não obstante, em nosso entender, existem casos excepcionais em que o Juiz produz efectivamente e de imediato, uma diminuição patrimonial: estando no âmbito de procedimentos cautelares. Assim, tome-se nota do exemplo do arresto (art.º 406 e ss. CPC e 619 e ss. CCiv)⁴⁷, que funcionando como um regime de garantia dos credores, permite uma conversão daquela providência de arresto imediatamente decidido, em

⁴⁴ *Sup. Cit.*, p. 330

⁴⁵ Assim, acórdão STJ 7 de Outubro de 1991 (CJ 1991, tomo 4, p. 34). Com uma ampla consideração sobre o prejuízo patrimonial do tipo de burla e nos crimes patrimoniais em geral, vd. AA.VV. (Almeida Costa) *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, Coimbra Editora, 2000, p. 277ss.

⁴⁶ Cfr. Cesare Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè editore, 1955, p. 106, para quem, a não admissão da burla processual passa por esta «dificuldade insuperável». Para este autor, não se vê como o juiz exerce um «poder de disposição», o que é um requisito constitutivo da burla.

⁴⁷ Ao contrário do que acontece hoje no nosso modelo de acção executiva, nesse processamento o juiz tem um papel pouco activo. Aliás, veja-se que a venda executiva (momento da consumação), é efectuada não pelo juiz mas pelo agente de execução (arts. 886-A – 887, Código de Processo Civil).

penhora mais tarde (art.º 846 CPC). E nem se diga que o requerente (aqui também “burlão”) não recebe os bens, pois o que é necessário à consumação é a diminuição patrimonial do lesado e não o enriquecimento efectivo do lesante.

Por outro lado, parece-nos também que, atenta a configuração judicial no caso, se a parte contrária – ao abrigo do velho adágio forense “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” – der a sua aquiescência a uma resolução que da mesma forma lhe é prejudicial, ainda assim haverá burla⁴⁸.

(F) Conduta Dolosa.

O crime de burla apenas pode ser cometido dolosamente e em qualquer das modalidades de dolo (art. 13 do C.P.)⁴⁹. Faltando uma previsão da punibilidade da negligência, o crime de burla é necessariamente doloso. O dolo abarcará todos os elementos da actividade do burlão: a actividade astuciosa, a indução da vítima em erro ou engano, a determinação desta à pratica de actos e o prejuízo patrimonial causado⁵⁰.

No aresto do Supremo de 17.6.1953, defendeu-se que não poderia haver burla processual porque “o dolo nas acções judiciais só poderia vingar pela viciação das provas”, o que equivale a dizer que a *alea* do *iter criminis* no tipo de burla, tornava este... num crime não punível. Como acabamos de ver (**d.** prática de actos pela vítima do engano), é necessária uma «colaboração» do enganado como resultado da determinação deste à prática dos actos que o agente configurou. Naturalmente, se o agente assim actua, cumpre o elemento objectivo de participação *necessária* da vítima (excepto nos casos de burla em triângulo que *infra* veremos).

No tema da burla processual, é preciso compreender-se que a conduta do agente foi a de, efectivamente, usar o processo para daí colher os proveitos que idealizou (ou ao menos, parte deles). Na determinação desta conduta, é sabido que a prova do dolo não é fácil, assim como não o é no preenchimento de outros crimes (por exemplo, determinar-se que houve dolo homicida e não dolo de ofensa à integridade física). Para isso, a doutrina tem avançado critérios, sendo que da chamada teoria da inferência, parece ser aquela que normalmente é utilizada. De acordo com esta teoria, podemos

⁴⁸ Alfonso Serrano Gomez/Alfonso Serrano Maillo, *ob. cit.*, p. 419-420, nota 46, dá-nos conta de uma sentença de 4 de Março de 1997 onde se afirma que também há burla processual quando “o enganado não é o Juiz mas sim a parte contrária que, determinada pelos expedientes processuais, desista ou renuncie ao processo, cooperando com os intentos daquele que determinou a acção, conseguindo assim uma solução que é favorável às suas pretensões.

⁴⁹ Assim, Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. Cit.*, p. 331, e Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.* p. 602, nota 20. Contra, cfr. José António Barreiros, *ob. Cit.* p. 154 onde expressa que a relevância do dolo eventual dependerá do que se alcança quanto aos requisitos do processo de defraudação, uma vez que se for exigível algo mais elaborado ao nível da encenação astuciosa, “então dificilmente se aceitará que o dolo se reporte a um resultado de ocorrência meramente virtual, cuja ocorrência o agente se limita a conformar-se”.

⁵⁰ Nesse sentido, também Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.* p. 331.

chegar a valorações subjectivas do sujeito (a sua intenção), através de valorações objectivas ou por recurso a indícios probatórios⁵¹.

(G)Intenção de enriquecimento ilegítimo.

O dolo anteriormente referido, já não abarca a intenção de enriquecimento ilegítimo, a que equivocadamente se chama de *dolo específico*. A intenção de enriquecimento ilegítimo é um elemento subjectivo especial da ilicitude que acresce ao dolo em sentido próprio (dolo do tipo), dado que a consumação da burla não requer o efectivo enriquecimento ilegítimo do agente ou de terceiro, mas basta-se com a diminuição do património da vítima⁵². Deste modo, “o enriquecimento, que tem de estar presente como referente da motivação do agente, não tem de ser efectivamente alcançado ou produzido. O que empresta ao tipo de burla um desenho singular: é um crime material ou de resultado na direcção do prejuízo; e é, simultaneamente, um crime de resultado cortado na direcção do enriquecimento”⁵³

A expressão “intenção” deve pois ser interpretada em consonância com o art. 14 n.º 1 do C.P., no sentido de uma voluntariedade directa em actuar. Esta exigibilidade da intenção de enriquecimento ilegítimo faz com que na sua ausência, haja inexistência do próprio crime e não mera tentativa⁵⁴. Se a intenção do agente – que no mais pode elaborar todos os actos executivos da burla –, for outra que não o de enriquecer ilegitimamente (v.g. só querer prejudicar a vítima), então não haverá burla.

(H)Resultado ou consumação.

O resultado típico é o empobrecimento do sujeito passivo, sendo este o momento em que esse consuma o crime, normalmente associado ao momento da entrega da coisa ou valores ao burlão. Assim, estamos perante um crime material (para cuja realização a ocorrência deste empobrecimento é essencial) e um crime de dano (a sua consumação exige o prejuízo). Mas é um crime de resultado parcial ou cortado pois não há correspondência entre o tipo objectivo e o subjectivo, já que para a realização típica, basta o empobrecimento da vítima e não o enriquecimento do agente⁵⁵. E, para aferir o prejuízo patrimonial, haverá que efectivar uma comparação patrimonial entre o momento da consumação e o momento anterior à mesma, sendo o momento relevante para a aferição do prejuízo, aquele em que se consuma o crime.

Assume especial interesse a questão de saber em que momento há consumação da burla processual. Em nossa opinião, não nos parece admissível a tese que vê na

⁵¹ Usando esta teoria na determinação do dolo na burla, vd. Alfonso Serrano Gomez/Alfonso Serrano Maillo, *Derecho Penal, PE*, Dykinson, 2006, p. 414-415.

⁵² Assim STJ 04.06.2003 Processo n.º 1528/03 e Comentário Conimbricense, *sup. cit.* p. 277 § 4.

⁵³ Cf. Manuel da Costa Andrade, *A Fraude Fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?*, RLJ, Ano 135.º n.º 3939 (Jul-Ago), 2006, p. 346.

⁵⁴ José António Barreiros, *Ob. cit.*, p.153.

⁵⁵ Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 323.

prolação da sentença a consumação do prejuízo⁵⁶: é necessário que se execute a mesma sentença, i.é, torna-se necessário um efectivo desapossamento do prejudicado (burlado). Como se disse, fala-se em consumação quando há prejuízo patrimonial, e em tais moldes, haverá que efectivar uma comparação patrimonial entre o momento da consumação e o momento anterior à mesma (certamente que o juiz, em acto continuo à sentença, não determina uma transferência bancária a partir da conta do sujeito visado com o prejuízo e em benefício do agente). Não há, neste momento, um empobrecimento efectivo.

Por outro lado, ainda que a sentença transite em julgado, o art. 771 *al. b)* e, em especial, a *al. g)* do Código de Processo Civil, prevêm um recurso excepcional de revisão, ora por se verificar “falsidade de documento, acto judicial ou de depoimento” que possa determinar a decisão a rever (quando a matéria não tenha sido objecto de discussão no processo), ora porque o litígio “assentou sobre um acto simulado das partes e o tribunal não fez uso do poder que lhe confere o artigo 665.º CPC, por se não ter apercebido da fraude” (tipicamente no caso de burla processual). Por outro lado, *a maiori ad minus*, somos também do entendimento que não há consumação no momento da preclusão dos meios de defesa (quando o visado já não pode contestar/treplicar, opor-se à execução, apresentar testemunhas etc...), pois além do que se disse antes, o Juiz pode, ainda assim, tomar entendimento não prejudicial à pessoa visada com o prejuízo patrimonial (caso em que não fica determinado com o erro).

Destarte, o acto que determina a disposição patrimonial, estará normalmente constituído pela decisão do julgador que prejudica a parte contrária, mas coisa diversa é a consumação desse prejuízo, que apenas se dá quando há uma privação *efectiva* dos bens económicos do litigante vencido por cumprimento da execução da sentença. Por isso, somos de que, apenas quando se produz uma diminuição patrimonial real e efectiva do lesado, se pode falar em prejuízo e, como tal, de consumação.

(I) Causalidade.

Entre os elementos objectivos deste tipo de ilícito, é necessário que se verifiquem sucessivas relações de causa e efeito. É necessária uma conduta astuciosa que produza erro ou engano na vítima e que esta, por outro lado, pratique actos tendentes à diminuição do património (seu ou alheio), resultando assim o prejuízo patrimonial.⁵⁷

⁵⁶ Neste sentido, vd. José Maria Rodriguez Devesa/Alfonso Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, PE*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 511, dando nota que para Bajo Fernández e Cerezo, o prejuízo se dá com a sentença motivada pelo engano. Também no sentido que a consumação só se dá com o efectivo desapossamento dos bens, cfr. Francisco Muñoz Conde, *ob. cit.*, p. 431.

⁵⁷ Não falta quem pugne por um duplo nexo causal, (cfr. Beleza dos Santos, *ob. cit.* p. 326: o processo fraudulento deve ser causa do erro e este deve ser causa de uma entrega indevida; Comentário Conimbricense, *ob. cit.* p. 293. também considerando a existência de duplo nexo causal cfr. António Correia Saraiva, *O tipo legal de crime de burla – do erro ocasionado não «expressis verbis», mas, através de actos concludentes*, Rev. Portuguesa Direito Consumo, 2007, n.º 52, p.30; Pelo mesmo, acórdão STJ 24.4.2008 processo n.º 06P3057 (Souto de Moura) – o que de resto aparenta ser a opinião dominante), um triplo nexo causal (Cfr. Maria Fernanda Palma/Rui Pereira, *Ob. Cit.*, p. 323-324, onde

2 – Da compatibilidade dos pressupostos gerais da burla com os do cometimento específico da burla através do processo

2.1 – A aptidão do meio judicial como forma do cometimento do tipo do artigo 217 Código Penal: a maquinação da actividade do julgador

No desenho da burla, que é um crime de relação – por envolver dois comportamentos –, só se pune o comportamento do burlão. A figura da vítima é certamente imprescindível no *iter criminis* da burla, mas naturalmente que não se assume como punível. A própria actividade do enganado não se segue de modo necessário à actividade do burlão: este pode ter praticado todos os actos tendentes ao fim em vista, sem que rigorosamente se possa afirmar que vai ter lugar o acto de disposição pretendido ou que este vai gerar, de forma inelutável, um prejuízo patrimonial (ao contrário daquilo que se pareceu sustentar no acórdão do STJ de 17 de Junho de 1953).

No desenvolvimento do processo defraudador, esta dupla circunstância repercute-se na questão da tentativa acabada e na definição da desistência activa (art.º 24.º n.º 1 do Código Penal). Referindo-se ao papel do sujeito enganado – ao modo como este participa no processo executivo da burla –, a lei limita-se à expressão “*determinar outrem à pratica de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial*”.

Desta forma, a lesão do bem jurídico tutelado será produto de uma actuação do próprio sujeito induzido em erro. É aqui que reside o que de essencial tem esta matéria: a conduta do sujeito passivo, omissiva ou comissiva, de simplesmente permissiva ou de tolerância, deverá ser consequência do erro. É o erro que deverá provocar no sujeito passivo uma vontade de disposição, sendo indiferente que tal vontade se traduza num comportamento activo ou passivo: no fundo, é indiferente a modalidade da conduta. Trata-se de qualquer comportamento voluntário (por conseguinte, com carácter de autorização do enganado) que provoca uma diminuição patrimonial ao próprio ou em património alheio. Deste modo, também uma simples renúncia a um crédito por parte do credor que a isso é induzido enganosamente, representa uma disposição patrimonial.

Geralmente há duas pessoas envolvidas no crime consumado (burlão e burlado), mas podem envolver-se três, quatro ou mais pessoas (caso em que poderá haver comparticipação criminosa). O burlão é sempre uma pessoa física determinada, já o burlado pode ser uma pessoa física determinada ou uma pessoa colectiva representada por uma pessoa física⁵⁸. Por outro lado, não se duvida hoje da burla a favor de terceiro,

consideram a burla como um crime complexo, que comporta um triplo nexos de causalidade) e mesmo quem pugne por um quádruplo nexos causal (Cfr. José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 176 (nexos entre (i) astúcia e o processo enganatório; (ii) entre o estado mental de erro ou engano em que a vítima se encontra e a alteração da sua capacidade volitiva; (iii) entre esse querer adulterado da vítima e os actos que pratica; (iv) entre tais actos e o prejuízo patrimonial).

⁵⁸Sobre a questão de saber se pode o Estado ser vítima do crime de burla, vd. Jorge Dias Duarte, *Pode o Estado ser vítima do crime de burla?*, Maia Jurídica, Ano 1, jan-jun 2003, p. 193-199, com bastas

nem legitimamente se colocam problemas a propósito da falta de coincidência entre a identidade do enganado e a do prejudicado. A disposição patrimonial tem que ser feita pelo enganado (sem o que faltaria a necessária relação causal), mas pode prejudicar o património de terceiro (burla em triangulo)⁵⁹, pelo que aqui podem ser colocados problemas de autoria.

Enfim, o que se exige é que exista uma especial relação entre quem prejudica outrem, actuando, e o próprio prejudicado. As figuras do procurador, do executor testamentário, do gerente de uma sociedade ou do administrador da falência, não levantam especiais problemas, pois movem-se num espaço onde as relações são de natureza jurídica. Todavia, a disposição não tem de se identificar com um negócio jurídico, pois não se exige na burla que o disponente tenha a faculdade jurídica de dispor. Essas relações podem ser meramente fácticas. Por hipótese, se uma empregada domestica entrega uma coisa a quem diz (falsamente) vir a mando do dono da casa, não haverá muita discussão sobre a presença aqui de um crime de burla (face ao furto ou abuso de confiança) mas haverá um verdadeiro acto de disposição sem ter havido um negócio jurídico. Por conseguinte, parece-nos não ser exigível que o disponente tenha juridicamente a faculdade e a capacidade de dispor para a perfeição deste tipo de crime.

No caso mais específico da burla processual, a problemática passa-se nos mesmos termos apontados. A actividade do sujeito que produz o erro (burlão), visa atingir em erro o julgador (que no caso não é o “burlado” mas simples “enganado”). Este, assumindo como boa a situação fáctica apontada pelo sujeito produtor do erro, aplica as regras de direito ao caso e com isso (sem saber), atinge o património de outrem de forma contrária “àquilo que é de direito”.

referencias doutrinarias e jurisprudenciais sobre o tema, concluindo pela afirmativa. Por outro lado, é dada também nota desta divergência em Espanha por Bajo Fernández, *A reforma dos Delitos Patrimoniais e económicos*, RPCC, ano 3, Abr-Dez 1993, aequitas, p. 510, onde refere que a “tese jurisprudencial [espanhola] mantida até hoje, segundo a qual os delitos tradicionais de carácter patrimonial (burla, apropriação indevida, falsidade, etc.) não são aplicáveis quando se trata de proteger o património das instituições públicas porque, se argumenta, que para essa protecção existem figuras delituosas especiais tais como a má utilização de dinheiros públicos ou os delitos contra a fazenda pública”. Mas, como adianta o autor, “este critério jurisprudencial tem um conteúdo muito duvidoso e foi em parte criticado e em qualquer caso posto em causa pela própria jurisprudência”. Contra, cfr. Fernanda Palma/Rui Pereira, *ob. cit.*, p. 330-331, pois entende que a “vítima só poderá ser, por natureza, uma pessoa singular. Entes colectivos, públicos ou privados, são, em si mesmos, insusceptíveis de serem induzidos em erro ou engano; o erro ou engano não é requerido na burla em sentido figurado; ele deve possuir uma dimensão psicológica”. Aliás, mais adiante estes autores recuperam a argumentação que já Bajo Fernández deu nota de existir em Espanha, segundo a qual “é duvidoso, ainda assim, que o património do Estado seja protegido pela incriminação da burla. Isto porque os crimes contra o Estado estão autonomizados na parte especial do código penal e, no que respeita à criminalidade económica, são previstos frequentemente, em legislação extravagante, que atende à sua especificidade”. Mas apesar destas reticências, os autores não têm qualquer dúvida que quem representa o Estado, pode muito bem ser enganado. A única questão é se a punibilidade será por burla ou por outro crime. Distanciando-se de Fernanda Palma/Rui Pereira, está José António Barreiros, *ob. cit.* p. 151-152, que não vê qualquer óbice à aplicação do tipo de burla, mesmo quando o que está em causa é o facto de ser o Estado o «enganado».

⁵⁹ Por isso o ofendido na burla, apesar de tudo, é a pessoa cujo património ficou empobrecido, que pode não ser a mesma pessoa que é enganada, assim também vd. Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 599.

Neste tipo de burla, e de forma mais clara, os poderes judiciais são utilizados como um autêntico «instrumento» nos quadros da autoria mediata. Efectivamente, aqui o domínio do facto do «homem de trás» é direccionado para a manutenção do estado de erro do «homem da frente» acerca do circunstancialismo em que este actua. Exige-se a verificação de um genuíno domínio do erro, como pressuposto da responsabilização do agente pelo crime – não um qualquer *domínio do erro*, mas um domínio do erro jurídico-penalmente relevante⁶⁰. Nestes termos, a burla processual é também um caso de burla em triângulo (Autor-Juiz-Lesado): neste caso, a parte num processo, com a sua conduta enganosa, realizada com ânimo de lucro, induz o Juiz em erro e este, em consequência do erro, dita uma sentença injusta que causa um prejuízo à parte contrária ou a terceiro. Uma parte no processo provoca o erro do juiz, apresentando conscientemente dados ou meios de prova falsos para conseguir uma decisão desfavorável à outra parte. Quem procede à disposição de um valor patrimonial é quem labora em erro (Juiz), o prejudicado é outra pessoa.

Na maior parte das vezes, os factos integrarão uma falsificação de documentos ou falso testemunho. Já se sabe que para iludir a actividade do Juiz, será necessária uma boa capacidade ilusória. Nas palavras de BELEZA DOS SANTOS (ainda que a outro propósito), “não será suficiente uma pura e simples mentira, tornando-se necessária uma mentira ou dissimulação astuciosa, isto é, em condições tais que reforcem a sua credulidade”⁶¹.

Num circunstancialismo destes, o autor (o mesmo que orquestrou a forma de chegar até à acção judicial) constrói um certo circunstancialismo fáctico. Aqui, o acontecimento (o «*facto*» nos termos do art.º 26.º do Código Penal) é obra do homem-de-trás. O homem-da-frente (o julgador), é o executor ou intermediário, enquanto “instrumento” do plano que o homem-de-trás decidiu colocar em marcha.

Com especial interesse para o magistrado, pergunta-se se este, em consequência desta decisão laborada em erro, poderá ser responsabilizado perante o lesado. Ora, a este aspecto, a Lei 67/2007 de 31.12 veio responder no sentido de que, só no caso de o juiz decidir com dolo ou culpa grave poderá ser responsabilizado (art.º 14.º), o que não será de configurar ao caso de burla processual.

2.2 – Os casos de burlas especiais

Nos artigos 219.º a 222.º, o código prevê-se alguns casos especiais de burla, que dificilmente integrariam todos elementos típicos do crime de «burla comum» do art.º 217.º. Sem pretensão de escrutinar exhaustivamente estes tipos legais de crime,

⁶⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, PG*, I, 2ª ed. Coimbra Editora, 2007, p. 775ss. (em especial, 779-781).

⁶¹ Beleza dos Santos, *ob. cit.* p. 306. Aliás, mais adiante na mesma obra (pp. 323), o referido autor remata que são de punir como burla apenas “processos de enganar que atingem uma certa gravidade: os mais engenhosos, os que traduzem uma culpabilidade e um perigo maior do delinquente, o qual, empregando-as, ameaça mais grave e extensamente as pessoas de boa fé, mesmo razoavelmente acauteladas”.

analisaremos sobretudo o que os distingue do crime de «burla comum» a fim de compreender de fará sentido, de *iure condendo*, a tipificação da burla processual.

(a) Burla relativa a Seguros.

O artigo 219.º não introduz qualquer limitação nas modalidades de seguro, podendo abranger qualquer contrato de seguro. Para alguma doutrina este crime não assume sequer a estrutura de um crime de burla⁶²: não há colaboração ou participação da vítima nem há “ indução em erro da vítima (...) acerca da situação que motiva a prática, pela última, de actos de administração patrimonial”. Por estes argumentos, A.M. ALMEIDA COSTA chega a colocar em causa o rigor da qualificação do crime como *burla*.

Contudo, entende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶³ que este tipo serve para punir “os casos em que o engano da entidade seguradora incide sobre o carácter accidental dos danos resultantes do «acidente» e não inclui os casos em que o agente engana a entidade seguradora sobre a existência do próprio acidente (...). Estes casos são subsumíveis ao tipo geral de burla”. Por outro lado, o processo de defraudação é aquele que está tipificado, sendo dispensado o requisito da *astúcia* do tipo comum, assim como se dispensa o pressuposto pelo qual o agente prossiga uma intenção de enriquecimento (próprio ou alheio).

(b) Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços.

Este é um crime de intenção, intimamente ligado com os comportamentos concludentes. Se alguém entra num restaurante com intenção de se servir e não pagar, comete este crime, deste que se preencham os outros elementos típicos. Assim, se ao comensal furtarem a carteira quando este se encontra no estabelecimento comercial, não se preenche a incriminação, pois este não agiu com intenção de não pagar.

Aqui, dificilmente seria compatível o elemento de «astúcia» do crime de burla comum. O que sucederia era uma atipicidade destas condutas, pois ao burlão deste caso, basta sentar-se no estabelecimento e fazer-se servir⁶⁴.

Outro elemento essencial consiste em o agente se negar a solver a dívida contraída. Como se trata de uma pequena infracção, o legislador aceita que pagar ou até a manifestação da intenção de pagar, descaracterize a punição. O mesmo se diga para os casos em que alguém viaja sem pagar o bilhete (viajando em pé de modo a não ocupar um lugar) ou se introduza numa sala de cinema com muitos lugares vagos e sem o respectivo bilhete de ingresso. Nestes casos, ainda que não exista um prejuízo

⁶² Cfr. AA.VV. *Comentário Conimbricense*, II, Coimbra Ed., 1999, p. 315.

⁶³ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 605.

⁶⁴ Aqui, “o sujeito activo limita-se a condutas de puro uso e consumo (come, bebe, usa quartos ou serviços de hotel ou transporte) com a mera intenção reservada de não pagar e sem, no entanto, a manifestar. Trata-se pois de mera omissão, situação que no quadro da burla não levaria à incriminação”. Cfr. José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 181. Em sentido contrário manifesta-se A.M. Almeida Costa, (*Comentário Conimbricense*), *ob. cit.*, p. 323

patrimonial (essencial na consumação do crime de burla comum), haverá punição por esta modalidade específica de burla, sem o que se ficaria no estágio da burla (comum) tentada, isto a preencher-se o erro ou engano sobre factos que astuciosamente se criaram⁶⁵.

(c) Burla informática e nas comunicações.

O crime de burla informática está associado ao processamento de dados em computadores. Aqui, o burlão interfere no resultado do tratamento de dados fundamentalmente mediante a estruturação e utilização incorrecta de programas informáticos ou de dados.

Ora no art.º 221.º do Código Penal, os meios por que se processa a burla abrangem todo o apontado universo de procedimentos. Trata-se de um crime de execução vinculada, cometido por interferência no resultado do tratamento de dados de programa informático, por isso se distingue do crime de burla comum: aqui há uma interferência no resultado de tratamento de dados, intervindo, sem autorização nesse processamento⁶⁶. Além do mais, o bem jurídico protegido é não só o património mas também os programas informáticos, a sua fiabilidade e segurança⁶⁷.

Um caso típico de burla informática é o daquele que, copiando a banda magnética do cartão de débito (ou apoderando-se deste cartão), se desloca a um terminal ATM e aí procede ao levantamento de quantias (isto se, de acordo com o caso concreto, este crime não for consumido por outro, v.g., por roubo).

Por isso, este crime não configura uma burla em sentido técnico, por lhe faltarem elementos essenciais para tanto: por um lado inexistente um processo defraudador que conduza à manipulação psíquica do burlado e por outro, inexistente uma determinação em agir por virtude de erro ou engano induzido⁶⁸.

(d) Burla relativa a trabalho ou emprego.

⁶⁵ Não assim para António Correia Saraiva, *ob. cit.*, p. 36-37, que, seguindo a lição do comentário comimbricense, vê neste tipo uma mera “burla privilegiada”, pois face ao entendimento que este autor tem daquilo que deve ser a astúcia (entendimento pelo qual não são necessários actos elaborados ou sofisticados na promoção do erro mas apenas aqueles que sejam suficientes, no caso, a enganar alguém – por ex. uma simples mentira é suficiente em certos casos), é da opinião que os actos concludentes como pegar um transporte sem querer pagar ou sentar-se num restaurante, sabendo de antemão que não iria cobrir a despesa, caberiam no tipo geral do art.º 217, não fora a relação de especialidade com a norma do art.º 220.

⁶⁶ Neste sentido, acórdão da Relação de Coimbra de 15.5.2002, processo n.º 1318/02 (Barreto do Carmo), www.dgsi.pt, visitado a 22.08.2010. Também assim no acórdão STJ 20.09.2006, processo n.º 06P1942 (Henriques Gaspar), distinguindo claramente este tipo de burla, daqueloutra do art.º 217 porque no art.º 221 porque esta “há-de consistir sempre em um comportamento que constitua um artifício, engano ou erro consciente, não por modo de afectação directa em relação a uma pessoa (como na burla do art. 217), mas por intermediação da manipulação de um sistema de dados ou de tratamento informático, ou de equivalente utilização abusiva de dados”.

⁶⁷ Assim, STJ 6.10.2005, processo n.º 05P2253 (Simas Santos), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 21/08/2010.

⁶⁸ Assim, José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 184.

Nesta modalidade de burla, prevista no art.º 222, o agente actua com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causando a outra pessoa prejuízo patrimonial através de aliciamento ou promessa de trabalho ou emprego no estrangeiro, aplicando-se tanto à emigração legal como à clandestina. Sempre que o aliciamento não implique o abandono do país de residência, o agente preenche, consoante os casos, os tipos legais do 217.º ou 218.º, mas não este. Este tipo tem uma estrutura semelhante à do art.º 217.º, mas por implicar uma fragilização da posição da vítima, reclama por uma autonomia e punição mais graves.

Vistos estes tipos especiais de burla, sobra a pergunta: qual a relevância da breve análise destes tipos especiais para a compreensão e enquadramento da burla processual? A resposta não podia ser mais simples: Ora, se os tipos especiais de burla foram penalmente tipificados para dar resposta a problemas específicos, problemas esses que o tipo mais geral do art.º 217.º não conseguiria, *per se*, dar resposta⁶⁹ – ou só muito raramente o conseguiria sem violar o princípio da legalidade –, então a questão de falta de tipicidade da burla processual não tem razão de ser, pois esta, apesar de ser cometida em pleito, não tem razões específicas que reclamem uma autonomia do tipo geral.

Em síntese, podemos dizer que o tipo geral contém todos os elementos que constituem a burla através do processo⁷⁰: a particularidade é que o uso dos meios judiciais são um meio para o cometimento da burla. Sendo um órgão estadual que integra quadros altamente qualificados, bem preparados para a resolução de litígios e dotado de instrumentos legais e físicos para fazer face à casuística, quase poderíamos dizer que nestes casos é mesmo necessária uma «astúcia qualificada», deste que pretende chalicear dos meios judiciais.

Como pudemos ver *supra* (parte I ponto 3), também na experiência espanhola o problema não passou por uma tipificação autónoma da «estafa processual». A resolução passou antes por qualificar a burla cometida deste modo, já que além de se perpetrar um crime contra o património, logra-se por entorpecer a administração da justiça. Por isso se diz em Espanha, que a burla processual (sendo uma burla qualificada) tem bastante

⁶⁹ Cfr. Teresa Pizarro Beleza/Frederico da Costa Pinto, *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995*, AAFDL, 1998, p. 15 nota 21. Como referem estes autores, a longevidade dos tipos legais deve-se muito à natureza abstracta das formulações e conceitos que integram os tipos de ilícito, “que permite que perante o mesmo tipo base se subsumam realidades económicas e sociais diferentes. Exemplo desta capacidade de absorção dos tipos de ilícito e a sua adaptação ao longo dos tempos pode ver-se na incriminação da burla, embora as dificuldades jurisprudenciais quanto ao enquadramento de alguns actos lesivos do património tenham ditado a autonomização de outros ilícitos periféricos (caso das denominadas «burlas de serviços», das «burlas de seguros» ou, recentemente, das «burlas informáticas»)”.

⁷⁰ Indo mesmo mais longe, há quem considere que o tipo comum de burla do art.º 217.º C.P. constitui “uma norma penal em branco”, em que o “âmbito de protecção se encontra condicionado pela prévia definição em sede de direito privado, do que se apresenta permitido ou proibido à luz do princípio da boa fé em sentido objectivo”, cfr. A.M. Almeida Costa, *ob. cit.* p. 300. Também assim, cfr. António Correia Saraiva, *ob. cit.* p. 32.

relevo no concurso de crimes que punem os falsos testemunhos, falsas acusações e obstruções à realização da justiça⁷¹.

2.3 – Unidade ou pluralidade de bens jurídicos nos tipos de burla; o caso da burla processual

Na apreciação do tipo de burla, tem vindo a ser discutido se o bem jurídico protegido é apenas o património ou se, o facto de este crime ter como especificidade a ilusão de outra pessoa, estar aqui também contido o bem jurídico de tutela da veracidade e boa fé dos contraentes.

Para aqueles que vêm no tráfego jurídico uma necessidade premente de veracidade, lealdade e boa fé, o tipo de burla tutela não só o património mas também a verdade e autonomia na celebração de negócios jurídicos, porque, como se disse, a vítima é manietada na sua inteligência ao ponto de «comparticipar» no seu próprio despojamento patrimonial, algo que o direito não pode deixar de tomar em conta e repudiar⁷². Para aqueles que no tipo de burla apenas encontram a protecção somente para o bem jurídico «património»⁷³, tal razão prende-se com o facto de a lealdade das transacções ser apenas um *meio* no quadro de uma tutela antecipada de um “bem jurídico fim” que é a tutela do património⁷⁴. Assim, não obstante a importância do engano, nem a «boa fé» nem as «relações fiduciárias» formam, de algum modo, parte do objecto de protecção que aqui a penas é constituído pelo património.

Por nós, somos do entendimento que, não obstante exista de facto um verdadeiro galhofar da boa fé do burlado, admitir ao lado da lesão do bem jurídico «propriedade», um segundo bem jurídico consistente na protecção das «relações fiduciárias», não pode deixar de ser uma extrapolação do prejuízo patrimonial que aqui se quer proteger para se alargar a protecção ao campo da moralidade e confiança nas pessoas. Efectivamente, se não houver intenção de enriquecimento ilegítimo (que na contraparte representa o prejuízo patrimonial), então não haverá tipicidade, pelo que se demonstra que o cerne do tipo visa a protecção da propriedade e não a boa fé, ainda que concomitantemente⁷⁵.

Mais interessante é a questão no âmbito da burla processual. Efectivamente, na comissão deste crime através de um processo, é natural que se cause um entorpecimento na administração da justiça. Mas será esse entorpecimento tutelado no tipo de burla?

⁷¹ cfr. AA.VV. Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats, *ob. Cit.*, p. 1162.

⁷² Neste sentido, vd. Beleza dos Santos, *ob. cit.* p. 292-293; Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.* p. 192; Em Espanha, segue também este entendimento Francisco Muñoz Conde, *Ob. Cit.*, p.424-425, para quem, além do património “ao mesmo tempo, a burla lesiona a boa fé nas relações fiduciárias que surgem no tráfego jurídico. Normalmente espera-se que se cumpram as obrigações contraídas e, por exemplo, se se comprar um quilo de pão, espera-se que seja efectivamente um quilo e que seja pão”.

⁷³ Assim, vd. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da CEDH*, Universidade Católica Editora, 2007, p. 598-599 e AA.VV. (A.M. Almeida Costa), *Comentário Conimbricense...*, pp. 275-276.

⁷⁴ Assim, *Comentário Conimbricense*, p. 275.

⁷⁵ Atalhando também por descartar a «boa fé» como bem jurídico protegido pela incriminação de burla, estão José Maria Rodríguez Devesa/Alfonso Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, PE*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 499. Para estes autores, que seguem de perto BINDING, “não só não existe como nunca existiu um «direito à verdade»”.

Creemos que não. Na verdade, como bem afirma CESARE PEDRAZZI, ainda que a lógica jurídica da fraude se qualifique como atentando contra a função jurisdicional, não é lícito qualificar como um bem jurídico «base», aquele que é, simplesmente, um efeito reflexo⁷⁶. O que pode antes haver, mas concomitantemente, é um outro tipo de crime em acção, no âmbito dos crimes contra a realização da justiça (Título V Capítulo III do Código Penal Português).

Com efeito, para doutrina espanhola (que tem a burla processual como uma burla qualificada), a agravação tida para a burla processual radica no facto desta forma específica de perpetrar o ilícito, além de atentar contra o património, atenta contra a administração da justiça⁷⁷. Ora, em Portugal, a admitir-se a burla processual, esta só pode ser vista nos quadros do «tipo base». A qualificação, tendo lugar, será pelas circunstâncias do art.º 218.º Código Penal e não pelo facto de ser cometida através de um processo.

Por isso, somos do entendimento que, em caso de burla processual, poderá haver concurso real ou efectivo de crimes entre a burla (mesmo que qualificada) e o de falsidade de depoimento ou testemunho. Argumento importante poderia ser aquele que vê no uso dos crimes contra a administração da justiça um *meio* (o único) para atingir um *fim*, sem o qual nem a *burla processual* poderia estar em marcha. Não obstante, e mesmo que se admita que o erro ou engano terão de ser desembocados pela construção de uma falsa realidade em pleito, somos do entendimento que a punição somente pelo tipo de burla não abrange a danosidade social provocada no âmbito desta infracção. Aliás, foi por esta ordem de ideias que, em Espanha se qualificou esta actuação. Cometer uma burla é crime. Cometer uma burla enquanto se zomba dos administradores da justiça, é abstractamente muito mais grave.

Por outro lado, no caso em que a uma acção declarativa inquinada por uma autêntica burla processual se siga uma acção executiva para cumprimento da primeira, haverá um só crime de burla ainda que a técnica de exploração do processo seja usada em ambas. Com efeito, na acção declarativa não há ainda consumação, há antes uma continuidade dos actos de execução no âmbito executivo não puníveis autonomamente.

3 – A burla como um crime-fim e a punição dos crimes-meio; um caso de concurso “*aparentemente*” real

Na realização da burla processual, para se chegar a uma consumação, é necessário fazer algo em pleito. O juiz não ficará convencido da bondade da tese do burlão se este se remeter a meras declarações tácitas ou a actos de silêncio. Assim, não provocará erro ou engano através da sua astúcia. Para provocar erro na convicção do julgador – como vimos nos arestos onde a questão da burla processual foi levantada –, são usadas cumulativa ou alternadamente, falsos depoimentos sobre factos irreais ou

⁷⁶ Cfr. Cesare Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè editore, 1955, p. 106.

⁷⁷ Cfr. AA.VV. Vives Antón, *Derecho Penal, PE*, Tirant lo blanch, Valência, 1999, p. 458.

sobre factos reais manietados para o efeito, testemunhas que faltam à verdade em juízo, instruídas para esse efeito ou faz-se mesmo uso de documentos falsos. Ora, qualquer uma destas condutas constitui ilícito criminal punido por lei (art.º art. 359º, 360º [plus art.º 361-364] e art.º 255 e ss. do Código Penal, respectivamente)⁷⁸.

Assim, esta discussão é já antiga. Para alguns autores, como é o caso de FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE⁷⁹, nos casos de fraude fiscal e de falsificação de documentos, não são suscitados problemas particularmente difíceis. Isto porque «entre as duas incriminações medeia uma nítida relação de especialidade». Nestes moldes, entende-se que “terá pelo menos de ser assim sempre que a falsificação dos documentos é levada a cabo com o único objectivo de realizar a fraude fiscal e esgota a sua danosidade social no âmbito desta infracção”. Destarte, é seguido para o crime de fraude fiscal, o mesmo entendimento já manifestado por outros autores conimbricenses para o tipo de burla. Tal entendimento rege-se pelo sentido em que “o artigo 313 [agora 217.º] do código penal (burla) consome impuramente um eventual crime de falsificação de documentos que tenha sido realizado como meio para praticar um crime de burla”⁸⁰.

Ora, o mote há muito lançado pelo professor EDUARDO CORREIA, era o de que “a pluralidade de infracções deriva objectivamente da pluralidade de tipos legais preenchidos, independentemente de saber se uma só ou várias acções lhe correspondem, podendo subjectivamente resultar também da plúrima realização do mesmo tipo legal, ou seja, da sua realização com base em sucessivas resoluções de vontade”⁸¹, o que assim deixa apenas por saber se existem ou não relações de consumpção. Contudo, diferentemente do que sucedia no domínio do C.P. 1852/86, hoje, por força do art.º 30, o número de crimes determina-se pelo número de tipos de delito efectivamente cometidos, pelo que ao agente, em tal caso, devem ser imputados aqueles outros crimes.

Não obstante, tem vindo a ser discutido se estamos perante um concurso real ou ideal de infracções quando a burla é cometida com recurso a falsificação de documentos. Na jurisprudência do Supremo, já se decidiu que num caso de concurso entre os crimes de passagem de moeda falsa (art.º 265.º C.P.) e de burla (art.º 217.º),

⁷⁸ Assim, já Beleza dos Santos dava nota que “qualquer facto material que se acrescente à mentira, por mais simples que seja, ainda que consista no mais elementar estratagema, é bastante para se dizer que existe uma manobra fraudulenta. (...) O agente que usa meios desta espécie revelaria uma especial habilidade para enganar, iludiria melhor as suas vítimas, ainda que fossem pessoas acauteladas”, cfr. Beleza dos Santos, *ob. cit.*, p. 278.

⁷⁹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *O crime de Fraude Fiscal no novo direito penal tributário português, considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções*, RPCC, ano 6, Coimbra Editora, 1996, pp. 93ss.

⁸⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *sup. cit.*, p. 94 nota 37, citando assim Helena Moniz, *O crime de falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsificação em documento*, Coimbra, 1993, p. 83.

⁸¹ Cfr. Eduardo Correia, *Responderá o ladrão que vende a coisa furtada simultaneamente pelos crimes de furto e burla?*, RDES, ano I, 1945-1946, Atlântida, p. 383.

haveria concurso *aparente* entre os dois em dada situação⁸², e noutra, que haveria concurso *real*⁸³.

Com efeito, o bem jurídico protegido pela falsificação dos documentos é o da verdade intrínseca do documento enquanto tal⁸⁴, ao contrário da burla, que visa proteger o património. Esta é, aliás, uma das razões onde o Supremo tem alicerçado a doutrina pela qual a ofensa a normas que protejam diferentes bens jurídicos implica a punição por ambos⁸⁵. Muito embora a jurisprudência uniformizada siga o entendimento que entre a burla e a falsificação de documentos existe um concurso efectivo de crimes, sendo o agente punido por ambos, tal jurisprudência não é absolutamente vinculativa para os julgadores a tal entendimento (art.º 445 n.º 3 Código de Processo Penal). Pela nossa parte, somos do entendimento que vê na falsificação de documento um acto puramente instrumental e preparatório do crime de burla, para os casos e só para os casos em que sem esse acto, a burla não será possível ou apta a produzir o erro.

No caso da burla processual, a apresentação de uma peça ideologicamente falsa, quiçá acompanhada de documentos materialmente falsos ou incompletamente verdadeiros⁸⁶, que corroboram a versão (no caso das Letras já pagas), deve concluir-se que tal actividade tem por objectivo exclusivo a realização do crime de burla. Nessa medida, somos a favor da ideia do *concurso aparente* de crimes no caso burla (processual) e falsificação de documentos, porquanto o crime de falsificação de documento esgota toda a sua danosidade social e sentido de desvalor, no contexto situacional da comissão do crime-fim (burla), pelo que não será possível identificar dois sentidos de ilicitude verdadeiramente autónomos que justifiquem uma dupla punição do agente. Antes, verifica-se uma unidade de sentido desvalioso entre o crime-fim e o crime-meio, que apenas pode justificar uma única punição (pelo crime-fim), sob pena de violação da garantia de que ninguém pode ser julgado duas vezes pela prática do mesmo facto (artigo 29.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa).

PARTE III – Análise dos meios jurídicos preventivos e sancionatórios face à possibilidade do cometimento de burlas através de um processo

1.1 – Meios jurídicos da civilística substantiva

⁸² Acórdão STJ 13 de Outubro de 2004, processo n.º 04P3210 (Henriques Gaspar), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 22/08/2010.

⁸³ Acórdão STJ de 4 de Outubro de 2007, processo n.º 07P2309 (Simas Santos), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 22/08/2010.

⁸⁴ Assim, Acórdão STJ de 12 de Março de 2009, processo n.º 08P3554 (Soares Ramos), disponível em www.dgsi.pt, visitado a 23/08/2010.

⁸⁵ Assim, a jurisprudência uniformizada do STJ pelo Acórdão n.º 8/2000 DR I-A de 23 de Maio de 2000: no caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art.º 256 n.º 1. Al. a), e art.º 217 n.º 1, respectivamente, do Código Penal, revisto pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes.

⁸⁶ Sobre a falsidade ideológica e material, vd, a dissertação de doutoramento de José Lebre de Freitas, *A Falsidade no Direito Probatório*, Almedina, 1984, p. 164ss.

Tal como deve ser entendido, o sistema penal não prossegue, nem deve prosseguir, uma tutela ideológica dos valores patrimoniais mas sim e apenas uma protecção funcional dos bens afectos, directa ou indirectamente, a esferas jurídicas individuais⁸⁷. Com este mote, fica questão de saber se os tribunais cíveis e as sanções cíveis que lhe estão associadas (declaração de nulidade de negócios, paralisação de pretensões com base no abuso de direito, condenação em multa por litigância de má fé, ou até, noutro campo, procedimentos disciplinares de ordens profissionais...), são totalmente eficientes e se esgotam os meios jurídicos contra aqueles que afectam (ou pretendem afectar) os bens patrimoniais de outrem. A questão centra-se assim na diferença entre aquilo que é o ilícito civil e o ilícito penal.

Para a jurisprudência que temos visitado no sentido da não punibilidade da burla processual, esse é mesmo aquele que parece ser «o principal» argumento ou pelo menos, o mais recorrente. Na forma como olhamos o problema – como temos vindo a adiantar –, parece haver um equívoco na jurisprudência que vê na litigância de má fé o «alfa e o ómega» como arma contra a defraudação judicial: é que, como bem refere o acórdão do STJ de 04 de Outubro de 2007, há uma iminente diferença entre aquilo que é o ilícito civil e aquilo que é o ilícito penal⁸⁸. Se a litigância de má fé é um bom mecanismo no meio civilístico, ela não apaga nem esgota a intervenção do Estado ante as condutas dolosas das partes⁸⁹. A ida a tribunal não é causa de justificação no crime de

⁸⁷ Assim, e seguindo aquilo que entende por ser uma decorrência da concepção personalista da teoria do bem jurídico, vd. Frederico de Lacerda da Costa Pinto em Teresa Pizarro Beleza/Frederico da Costa Pinto, *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995*, AAFDL, 1998, p. 7.

⁸⁸ Diferença essa já há muito sublinhada ainda no âmbito do Código Penal de 1852/86, por exemplo, no estudo de Beleza dos Santos. Assim, sublinhava o ilustre penalista que nos casos “em que exista fraude [pois ao tempo havia um tipo de crime para punir as fraudes como negócios simulados, crime esse que actualmente não existe no nosso direito], poderá pensar-se que seja suficiente uma sanção civil. Para outros, finalmente, parecerá necessária uma sanção penal. No traçado destes limites notam-se orientações diversas. Uma, que se desenha tipicamente no código penal francês, é dominada pela preocupação de só punir como burla os casos mais graves de fraude e de indicar com a máxima precisão possível esses casos. (...) A preocupação de limitar os casos a que se aplicasse a qualificação criminal de burla e os distinguir dos que apenas devessem constituir ilícito civil levou alguns autores a procurar uma diferença conceitual entre a fraude civil e a criminal, por maneira a que uma se distinguisse necessariamente da outra por certos elementos essenciais e claramente determináveis. (...) O que pode concluir-se, porém, em face do código francês e dos que seguiram a sua orientação, é que pretenderam considerar-se criminosas só as fraudes mais graves e dar o máximo de certeza aos respectivos preceitos incriminadores com o intuito de garantirem a segurança das transacções e evitarem o arbítrio judicial. Para realizar estes fins, aqueles códigos tiveram especialmente em vista os meios com que se realizou ou pretendeu realizar a fraude, punindo-se esta como burla somente quando se empregassem certos processos de defraudação, que implicam uma maior gravidade do ilícito e da culpabilidade do agente”. Cfr. Beleza dos Santos, *ob. Cit.* p. 274-276.

⁸⁹ Seguindo a argumentação já assim no citado Ac. STJ 4.10.2007, Processo n.º 07P2599 (Simas Santos), o mesmo relator tinha já em anteriores acórdãos (Ac. STJ 20.3.2003, processo n.º 03P241e STJ 03.02.2005, processo n.º 04P4745), feito uma aturada distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal, com vastas referências doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras. Nos acórdãos que se acabam de citar, conclui-se que, embora se actue no campo civilístico, por exemplo, usado de contratos civis que não se querem cumprir ou usando por outro lado de reserva mental, “a linha divisória entre a fraude, constitutiva da burla, e o simples ilícito civil, uma vez que o dolo «*in conrahendo*» 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 conrahendo*» é facilmente criminalizável desde que concorram os demais elementos estruturais do crime de burla”.

burla. É que, ainda que sejam diferentes os pressupostos entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, por vezes, há um mesmo facto naturalístico que lhes dá origem. Tal situação verifica-se quando o mesmo comportamento humano constituir, de acordo com o critério de valoração e os pressupostos específicos do direito civil, um ilícito civil e, também, um ilícito criminal⁹⁰.

O Supremo já tem adiantado critérios que nos parecem muito interessantes na destrição do problema. Assim, há fraude penal (a somar ao ilícito civil), quando: (i) há um propósito *ab initio* de não prestar o equivalente económico; (ii) se verifica dano social e não puramente individual, com a violação do mínimo ético e um perigo social, mediato ou indirecto; (iii) se verifica uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, exige como única sanção adequada a pena; (iv) há uma fraude capaz de iludir o diligente pai de família, evidente perversidade e impostura, má fé, *mise-en-scène* para iludir; (v) há uma impossibilidade de se reparar o dano; (vi) há um intuito de lucro ilícito e não do lucro do negócio⁹¹.

Parece evidente, que num caso em que alguém, através de um processo, pretende induzir em erro um julgador para assim satisfazer o plano que orquestrou, trabalha num sentido capaz de violar a ordem jurídica de forma especialmente intensa e grave, não olhando a meios para atingir os seus fins e nem que para isso se pressuponha entorpecer a administração da justiça para conseguir um fim que sabe ser contrário ao direito.

Tal actividade exige, como única sanção adequada, a pena. A utilização de meios judiciais para tornar lícito o que é ilícito (veja-se por exemplo o caso decidido no acórdão STJ de 4.10.2007, em que alguém pretende fazer-se herdeiro de uma fortuna que não lhe pertence), pratica uma fraude capaz de iludir o diligente pai de família, com uma evidente perversidade para iludir.

Por estes motivos, entendemos que andou bem o Supremo, na decisão que tomou, no já exaustivamente citado acórdão de STJ de 4 de Outubro de 2007.

Caso curioso que se resolveu nos tribunais portugueses⁹² era o de um indivíduo que procurava uma habitação para adquirir, num prédio novo e com poucas fracções vendidas. O sujeito dizia que precisava urgentemente de ocupar a fracção porque iria ter visitas de uns familiares que vinham do estrangeiro e, como tal, não havia tempo para celebrar a escritura pública. Para convencer o construtor a entregar as «chaves» do apartamento, prontificava-se a entregar uma boa quantia em dinheiro «vivo», a título de sinal, pela ocupação da fracção. Feita a operação, o indivíduo, de raça cigana, ocupava o apartamento com inúmeros familiares e com os vários animais de estimação destes. Faziam muito barulho, causavam distúrbios, deixavam as instalações e partes comuns

⁹⁰ Cfr. Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais*, Universidade Católica, 2006, p. 134, §189.

⁹¹ Assim nos citados acórdãos do STJ de 4.10.2007 (especificamente sobre a *burla processual*), de 20.3.2003, processo n.º 03P241 e de 03.02.2005, processo n.º 04P4745.

⁹² Sem conhecimento do acórdão mas referido em Hélder Fráguas, *Se a Justiça Falasse...*, 2004, Book Tree, p. 49-50, onde este juiz de direito, informalmente, relembra peripécias que teve em mãos ou de que simplesmente teve conhecimento.

do edifício com lixo. A par disto, o sujeito procrastinava a celebração da escritura. Face a tais acontecimentos, o construtor não conseguia vender mais nenhuma fracção a quem quer que fosse, pois ninguém queria ter aqueles «ilustres vizinhos». A solução que o construtor encontrou (para obviar a uma morosa acção) foi a de devolver o sinal em singelo e pedir-lhes que se retirassem. Da parte do promitente-comprador, este prontificava-se a sair, mas apoiava-se que tinha direito ao sinal em dobro e só sairia nessa condição. Mais tarde, veio a saber-se que aquela família tomava como modo de vida tal actividade, ocupando prédios novos de norte a sul do país, vivendo então do «sinal em dobro».

Perante um caso com esta factualidade, o Juiz do tribunal cível não deverá acolher a pretensão daquele que peticiona o sinal em dobro – por ser ele o incumpridor. Suscita-se antes uma eventual responsabilidade contratual perante o empreiteiro-vendedor. Mas um caso com esta configuração, sendo levado a juízo, basta-se com uma decisão no sentido que não será admissível a restituição do sinal em dobro?

Ora, como em todos os casos em que se afigure a possibilidade de existir em marcha uma *burla processual*, se os valores do processo superarem 50 UC's (art.º 218.º e 202.º al. a) do Código Penal), deverá ser extraída certidão do processo e remetida ao Ministério Público (art.º 242.º n.º 1 al. b), do Código de Processo Penal), para que este abra inquérito (art.º 262.º e ss. CPP) e investigue a possibilidade de estar (ou ter estado) em marcha um caso de burla (processual), pois à sanção civil eventualmente aplicável (nulidade, abuso de direito...), poderá vir a acrescer a sanção jurídico-penal.

1.2 – Meios jurídicos da civilística adjetiva

O exercício do direito de acção ou de qualquer outro direito processual, encontra-se sujeito aos limites impostos pela proibição do abuso de direito, o que mais não é do que uma concretização do principio da boa fé, em processo genericamente prevista no art.º 266-A Código de Processo Civil (“as partes devem agir de boa fé processual...”). Como a boa fé processual liga todos os intervenientes no processo, a sua violação implica as consequentes sanções⁹³.

Por outro lado, não se confundindo a má-fé com o abuso de direito⁹⁴, uma e outra são susceptíveis de serem sancionadas, ou no próprio processo (no caso da litigância de má fé), pela condenação em multa e numa indemnização compensatória à

⁹³ Cfr. José Lebre de Freitas/João Redinha/Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pp. 472-475. Como bem sinalizam estes autores, “constitui também violação do dever de boa fé a simulação do litígio, por acordo entre as partes visando desviar o processo da sua função (art.º 665.º). Não se contentando com as actuações previstas no art.º456.º n.º2, origina igualmente responsabilidade civil e pode originar responsabilidade penal (arts. 359-360 C.P.)”.

⁹⁴ Apesar de existirem entre eles zonas de sobreposição, cfr. Pedro de Albuquerque, *Responsabilidade Processual por litigância de má fé, Abuso de Direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados em Processo*, Almedina, 2006, p. 82ss.

parte contrária se esta a pedir (art.º 456 e 457 do CPC), ou até numa acção autónoma por ter havido abuso no direito de acção⁹⁵.

Todavia, a autonomia adjectiva do processo em relação ao direito material não é absoluta. Por vezes, o exercício do direito de acção judicial, acompanhado de comportamentos processuais ilícitos que causam danos à parte contrária ou a terceiros, é susceptível – como hoje, depois de uma longa evolução, a doutrina e a jurisprudência largamente reconhecem – de envolver responsabilidade civil nos termos gerais, independentemente de verificação da litigância de má fé, quer do abuso do direito de acção⁹⁶. Trata-se da consagração do abuso de direito de acção.

Reconhecimento que parte da constatação de que a tensão entre a eficácia adjectiva do processo, que culmina com uma decisão com força de caso julgado material, e a necessária protecção da integridade das pessoas e dos seus direitos que são atingidos por uma actuação danosa causada através do processo, convoca a aplicação das regras do próprio sistema da responsabilidade civil (art.º 483.º e ss., 762.º e ss. e 798.º e ss. do CCiv.). Aliás, como conclui PEDRO DE ALBUQUERQUE, é o “próprio reconhecimento do direito à acção a impor a necessidade de se sancionar, através do mecanismo da responsabilidade civil, as lesões dos direitos tutelados por lei e cometidos através do processo ou recursos aos tribunais, apreciadas estas não na perspectiva da sua conformidade com as regras de direito adjectivo mas na perspectiva da sua licitude substantiva”⁹⁷.

Por um argumento *a fortiori*, não custa concluir que na convocação das formas de sancionamento da actuação danosa no âmbito de um processo, seja através da litigância de má fé, do abuso de direito ou da efectivação da responsabilidade civil, vale (atento o seu processamento em acção própria *ad hoc*), o princípio da intangibilidade das decisões judiciais transitadas em julgado. Da mesma forma, uma certa concepção da infalibilidade do juiz (“o juiz não erra nem pode ser enganado”), não permite excluir a

⁹⁵ Neste sentido, Cfr. António Menezes Cordeiro, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*, Almedina, 2006, p. 138-139, onde se defende que “O regime dos ilícitos perpetrados através de acções judiciais seguirá o prescrito para o incumprimento das obrigações – 798.º ss. – ou para a responsabilidade aquiliana – art. 483ss. – consoante a concreta figura em causa. Adiantámos que não há qualquer consumpção nem com a litigância de má fé – instituto processual espartilhado em margens estritas, como vimos – nem com o abuso do direito, ligado à boa fé. Estamos, desta feita, em plena responsabilidade civil, cabendo determinar, neste âmbito, as fórmulas da sua concretização. Finalmente: a responsabilidade pela acção efectiva-se, em regra, através de uma acção própria. Até por razões processuais, não é viável enxertar, numa acção em curso, uma nova matéria: ela poderá implicar sujeitos diferentes e distintos pedidos e causas de pedir”.

⁹⁶ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Sup. Cit.* p. 147. Pergunta o ilustre professor se “não se poderá dizer que o meio processualmente adequado para reagir a danos ilícitos causados com acções judiciais é, apenas, o do pedido de condenação em multa e em indemnização, por litigância de má fé? A resposta é negativa. (...) As razões práticas têm a ver com a circunspecção dos meios possibilitados pelo requerimento de má fé. Assim, escapam a este: (...) as actuações ilícitas cuja complexidade genética e cujas consequências difíceis de abordar apenas sejam compagináveis, em termos de razoável administração da justiça e de efectivação do contraditório, em acção própria.

⁹⁷ Cfr. Pedro de Albuquerque, *ob. cit.* p. 106.

responsabilização (civil ou *penal*) por actuações ilícitas e danosas realizadas através do processo, ou num quadro de actividade processual⁹⁸.

E nem se diga que o agente, por simplesmente recorrer a tribunal, tem a sua actuação justificada (por exercício do direito de acesso aos tribunais)⁹⁹, pois improcedendo a acção intentada, por razões de processo ou de fundo, conclui-se que o direito prefigurado pelo direito de acção, afinal, não existia. Isso não obsta a que o autor tivesse, de facto, o direito à discussão judicial. Mas esse direito não é infinito: haverá que conjuga-lo à luz das regras sobre a colisão de direitos (art.º 335.º CCiv) com o direito de fundo da outra parte. Apenas na parcela em que o regime da colisão seja favorável ao autor, a actuação deste ao propor a acção, poderá ser considerada como justificada¹⁰⁰.

Posto isto, somos de dizer que – como já tivemos a oportunidade de ver – a intangibilidade material do caso julgado (aquilo a que o aresto do Supremo de 17.6.1953 se referia a que «a aplicação do princípio *non bis in idem* obsta à punição da burla cometida em processo»), e o princípio da infalibilidade do juiz, não são hoje obstáculo à efectivação da responsabilidade do agente fora desse mesmo processo. Não encontramos obstáculos a que o agente possa ser responsabilizado criminalmente, designadamente pela comissão de crime de burla, posto que, naturalmente, se encontrem preenchidos os elementos típicos¹⁰¹. Da mesma forma, como vimos, da circunstância do respectivo *iter criminis* ter passado pelo recurso à propositura e sustentação em juízo de uma acção cível não constitui causa de justificação da ilicitude.

Por isso, em síntese conclusiva, diremos que o exercício do direito de acção ou de qualquer outro direito processual encontra-se sujeito aos limites impostos pela proibição de abuso de direito, o que mais não é do que uma concretização do princípio

⁹⁸ Também assim, a motivação de recurso do Magistrado do Ministério Público no processo 5576/06-1 TRP (para aquele que veio a ser o Ac. STJ 04.11.2007, já aqui referido), disponível em www.trp.pt, visitado a 16.08.2010. da mesma forma, quebra-se a argumentação segundo a qual, o arguido, se for advogado ou solicitador, já estará sujeito à acção disciplinar da sua ordem profissional, como se fez no aresto do Supremo de 29.10.2003. É que, com o devido respeito, tal equivale a dizer que «por estar sujeito a uma acção disciplinar, está ilibado de uma acção penal», com o que de modo algum podemos concordar, já que tal não configura qualquer causa de exclusão da ilicitude.

⁹⁹ Estamos com António Menezes Cordeiro, *ob. cit.* p. 137, quando se pergunta se “alguém poderá ser responsabilizado, para além do que se disse sobre a litigância de má fé e sobre o abuso do direito de acção, por exercer o seu direito de acção judicial? A resposta é obviamente positiva. Apenas uma concepção absolutizada e, como tal, francamente irrealista, do direito de acção judicial poderia permitir a estranha subjacência de uma conclusão inversa. Não encontramos, no direito português da responsabilidade civil, nenhum dispositivo limitador que nos leve a pensar de outro modo. No direito português da responsabilidade civil, nada encontramos que possa sufragar a ideia (de resto: já abandonada na sua terra de origem: a Alemanha) de que a presença de uma acção judicial possa implicar, a favor de quem a tenha instaurado, uma causa de justificação”.

¹⁰⁰ Assim, *sup. cit.*, p. 144.

¹⁰¹ Assim, o caso que nos é dado em Lebre de Freitas/Montalvão Machado/Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2º, Coimbra Editora, 2001, p. 661, para demonstrar um caso de fraude processual, haveria um uso anormal do processo, e, dizemos nós, uma tentativa de burla através do processo. No caso oferecido, A e B querem, através do processo, o efeito de transmissão do direito de propriedade do bem X, mas não outorgam escritura para obviar a que C, credor, recorra para impugnar através de acção pauliana. Assim, em julgamento, posicionam-se de modo a que o plano se realize, prejudicando C.

da boa fé¹⁰². Porém, não se confundindo a má fé com o abuso de direito de acção judicial, ambos são susceptíveis de ser sancionados, ou no processo ou fora dele. Ainda assim, acompanhado de outros comportamentos processuais ilícitos, torna-se óbvio que o direito de acção judicial é susceptível de causar danos à parte contrária ou a terceiros, independentemente da verificação no caso de litigância de má fé¹⁰³. Pelo quanto se disse, a propositura de uma acção judicial pode revelar-se apenas um meio de execução de um desígnio criminoso, num arquétipo em que o recurso aos tribunais representa apenas um artifício fraudulento, de molde a se obter um enriquecimento ilegítimo e causar a outrem um prejuízo patrimonial. De tal sorte, a burla processual não pode ser autonomizada como uma categoria não punível, devendo antes ser reconduzida à tipificação geral do crime de burla e ser considerada, a par de muitos outros, como um comportamento astucioso que integra o elemento objectivo do ilícito-típico em causa.

O principal argumento a que se assiste na nossa jurisprudência para considerar a burla processual não punível, é o de que se segue o entendimento que a lei processual contém providências convenientes à elucidação dos julgadores, pelo que estes estariam prevenidos contra fraudes. Nessa senda, o julgador poderia lançar mão dos instrumentos que punem a má fé dos litigantes. Ora com tal argumentação não podemos estar de acordo. Como vimos, os estudos dos professores MENEZES CORDEIRO e PEDRO DE ALBUQUERQUE são absolutamente claros no sentido de que ante condutas abusivas em julgamento, os instrumentos da litigância de má fé são manifestamente insuficientes e não esgotam o arsenal das partes. Ora se no campo jus-privatístico é ainda admissível o recurso a outras armas, o que dizer do campo eminentemente publicista como é o do direito penal? Parece que, *a fortiori*, nada impede o MP de proceder com um inquérito, ao menos quando em função do valor, a burla seja um crime público.

Por outro lado, ao jeito *ad terrorem*, sempre cumprirá atentar no seguinte: se o argumento de que o mecanismo da litigância de má fé está ao dispor do poder jurisdicional para obstar a possíveis casos de burla processual for procedente, então caímos numa argumentação sinuosa. É que a punição por litigância de má fé valeria para os casos de tentativa de burla, em que ao burlão cai a máscara em pleito e aí é punido. Para os casos em que há consumação – e consequentemente, mais graves –, o Juiz do processo civil tinha poder sobre... um processo para o qual o poder jurisdicional está esgotado, sendo o juiz incompetente.

Nesse caso, assistiríamos a uma burla onde os prazos de prescrição podem estar longe de prescrever mas onde a justiça já nada pode fazer, pois a essa altura já não se pode usar do mecanismo da litigância de má fé. E nem se diga que iria ser aberto um processo penal para se aplicar a litigância de má fé (também esta admissível no campo

¹⁰² Sobre este assunto, vd. Menezes Cordeiro, *ob. cit.* p. 92.

¹⁰³ Até porque, como muito pertinentemente considera o professor Menezes Cordeiro, *sup. cit.* p. 148, “o facto de a lei prever uma litigância de má fé com um perfil limitado não significará, precisamente, que apenas existe protecção dos lesados no (estrito) limite desse instituto processual? A resposta deve ser francamente negativa. (...) a litigância de má fé, quando tomada como limitadora da responsabilidade comum, seria inconstitucional.”

processual penal¹⁰⁴), pois o processo penal é aberto para averiguar da existência de crimes, de quem foram os seus autores e a sua responsabilidade (art.º 262.º CPP). Nesse campo, a litigância de má fé é aplicável a quem, em processo penal, actue com expedientes reprováveis.

CONCLUSÕES

- 1.^a – Da evolução histórica do nosso ordenamento jurídico-penal, não existem elementos que determinem referência a alterações de paradigma na punibilidade da *burla processual*;
- 2.^a – Muito embora a problemática da questão da punibilidade da *burla processual* não seja nova, e ainda que tenha vindo a ser debatida nos tribunais portugueses, não há, entre nós, estudos que permitam alicerçar conclusões sólidas sobre esta questão. Ainda assim, a jurisprudência tem se estribado, sobretudo no uso de mecanismos processuais para obviar à punibilidade do crime de *burla* cometido em processo; essa é uma tendência que parece estar a sofrer alterações na posição do Supremo Tribunal de Justiça;
- 3.^a – Em alguns congéneres europeus, o tema tem vindo a levantar debates jurisprudenciais e doutrinários, ora pela punibilidade ora pela não punibilidade da *burla processual*; em Espanha, o tema tem uma particularidade, pois na década de 80 operou-

¹⁰⁴ Ac. STJ 20.11.2008, processo n.º 08P3708 (Santos Carvalho), disponível em www.dgsi.pt. Visitado a 20.08.2010.

se a uma alteração legislativa onde expressamente se pune a burla processual como circunstância qualificante do tipo geral de burla;

4.^a – A actual tipicidade do artigo 217.º do Código Penal Português não descarta a punibilidade de o crime de burla ser cometido em pleito e por meio dele. Aliás, esse nem tem sido o óbice levantado pela jurisprudência que nega a punibilidade da burla processual;

5.^a – Por consequência, o ordenamento não reclama, de *iure condendo*, de mecanismos que visem obstar à punibilidade deste meio de cometimento de burlas, excepto se o legislador entender que, por desta forma, ao se atentar também contra a administração da justiça, se deve prever expressamente uma circunstância qualificante do tipo de burla;

6.^a – No desenho da *burla processual*, a intervenção do juiz é essencial no *iter criminis*, que ao intervir em sentido favorável às pretensões do agente do crime, prejudica o património de terceiro; a sua actuação, manietada através de elementos falsos, encerra uma actuação no âmbito da autoria mediata (burla em triângulo) e substitui-se à intervenção necessária da vítima, essencial neste tipo de crime (sendo vítima do erro e não vítima do prejuízo);

7.^a – Os tipos especiais de burla visam responder a problemas específicos que surgiram no ordenamento português. Se na burla processual não se vislumbram problemas específicos, não se vê como haverá atipicidade pela sua não consagração expressa. Aliás, sendo o processo apenas um *meio* do cometimento do ilícito, não se vê que o legislador devesse fazer alguma referência especial;

8.^a – O tipo de burla visa a tutela do bem jurídico «património» e não a lealdade entre as partes. Da mesma forma, o tipo de burla não visa tutelar o bem jurídico «boa administração da justiça», que será necessariamente tutelada por outros tipos penais;

9.^a – A punição das falsificações usadas em pleito no auxílio do cometimento da burla configurará, em princípio, um caso de *concurso aparente* de crimes; não obstante, a jurisprudência uniformizada segue pela punição em *concurso real*;

10.^a – Os meios jurídico-civis são insuficientes na paralisação de crimes; entendimento diverso, conduziria à conclusão que *v.g.*, através de contratos não se cometeriam crimes. O problema está antes na distinção entre aquilo que é um ilícito civil e aquilo que constitui um ilícito penal. Um não implica o outro, mas existem casos de sobreposição;

11.^a – O entendimento de que os ilícitos cometidos em processo, são resolvidos exclusivamente no próprio processo, é sintomática de uma visão irrealista da infalibilidade do julgador; as partes têm um arsenal jurídico que não se esgota no próprio processo. Aliás, se a litigância de má fé mitigasse os poderes e direitos das partes, seria inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

- Albuquerque, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da Republica e da CEDH, Universidade Católica Editora, 2007
- Albuquerque, Pedro de, Responsabilidade Processual por litigância de má fé, Abuso de Direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados em Processo, Almedina, 2006
- Andrade, Manuel da Costa, *A Fraude Fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?*, RLJ, Ano 135.º. nº 3939 (Jul-Ago), 2006
- Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale, PE, Giuffrè Ed., 1996
- Antón, Vives (AA.VV.), Derecho Penal, PE, Tirant lo blanch, Valência, 1999
- Barreiros, José António, Crimes Contra o Património, Universidade Lusíada, 1996
- Beleza, Teresa Pizarro/Frederico da Costa Pinto, A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995, AAFDL, 1998
- Carvalho, Américo Taipa de, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, Universidade Católica, 2006
- Conde, Francisco Muñoz, Derecho Penal, PE, 15ª Ed., Tirant lo Banch, 2004

- Cordeiro, António Menezes, Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo, Almedina, 2006
- Correia, Eduardo, Actas das sessões da comissão revisora do código penal, PE, BMJ n.º 287
- Correia, Eduardo, Responderá o ladrão que vende a coisa furtada simultaneamente pelos crimes de furto e burla?, RDES, ano I, 1945-1946, Atlântida
- Devesa, José Maria Rodriguez/Alfonso Serrano Gomez, Derecho Penal Español, PE, Dykinson, Madrid, 1995
- Duarte, Jorge Dias, Pode o Estado ser vítima do crime de burla?, Maia Jurídica, ano 1, jan-jun 2003
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de, Obra Dispersa, Burla e fraude na venda, Vol. I, 1933/1959, Universidade Católica Editora, 1996
- Fernández, Bajo, A reforma dos Delitos Patrimoniais e económicos, RPCC, ano 3, Abr-Dez 1993, aequitas, p. 499.
- Figueiredo Dias, Jorge de (dir.) AA.VV Comentário Conimbricense do Código Penal, II, Coimbra Editora, 2000
- Figueiredo Dias, Jorge de/Manuel da Costa Andrade, O crime de Fraude Fiscal no novo direito penal tributário português, considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções, RPCC, ano 6, Coimbra Editora, 1996
- Figueiredo Dias, Jorge de, Direito Penal, PG, I, 2ª ed. Coimbra Editora, 2007
- Freitas, José Lebre de, A Falsidade no Direito Probatório, Almedina, 1984
- Freitas, José Lebre de/João Redinha/Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 1º, Coimbra Editora, 1999
- Freitas, José Lebre de/Montalvão Machado/Rui Pinto, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 2º, Coimbra Editora, 2001
- Gomez, Alfonso Serrano/Alfonso Serrano Maillo, Derecho Penal, PE, Dykinson, 2006
- Gonçalves, Maia, Código Penal Português Anotado e Comentado, Almedina, 2005, p. 740.
- Henriques, Leal/Simas Santos, Código Penal anotado, Vol. II, Rei dos Livros, 2000
- Machado, António Montalvão, O dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do novo Código de Processo Civil, Almedina, 2001
- Martucci, Alberto, Truffa e frode processuale, edizioni dela toga, 1932;
- Olivares, Gonzalo Quintero/Fermín Morales Prats, Comentarios Al Nuevo Código Penal, Aranzadi, 2001
- Palma, Maria Fernanda/Rui Carlos Pereira, O crime de Burla no Código Penal de 1982-95, RFDUL, Vol. XXXV, Lex, 1994
- Panchaud, André (AA.VV.), Code Pénal Suisse Annoté, 1982, Editions Payot Lausanne
- Pedrazzi, Cesare, Inganno ed Errore nei Delitti Contro il Patrimonio, Milano, Giuffrè editore, 1955
- Santos, Beza dos, A Burla prevista no artigo 451.º do Código Penal e a fraude punida pelo artigo 456.º do mesmo código, RLJ, Ano 76.º, 1943/44, n.º 2743-2769
- Saraiva, António Correia, O tipo legal de crime de burla – do erro ocasionado não expressis verbis, mas, através de actos concludentes, Rev. Portuguesa Direito Consumo, 2007, n.º 52

SITIOS VISITADOS

- www.dgsi.pt
- www.legislationline.org
- www.trp.pt

INDÍCE

Introdução	pág. 3
I – Enquadramento geral da burla processual no código penal português	pág. 4
1 – Antecedentes históricos	pág. 4
2 – <i>Segue</i> ; as linhas orientadoras da jurisprudência ante a tipicidade nos códigos penais de 1852/86 e 1982	pág. 5
3 – Enquadramento jurídico-comparatístico	pág. 14

II – Pressupostos da punibilidade da burla processual	pág. 16
1 – A determinação da estrutura da burla e o seu enquadramento nos crimes patrimoniais	pág. 16
(a) Sujeito Activo do Crime	pág. 16
(b) Astúcia	pág. 17
(c) Erro ou Engano	pág. 19
(d) Prática de Actos pela Vítima do Engano	pág. 20
(e) Prejuízo Patrimonial	pág. 20
(f) Conduta Dolosa	pág. 21
(g) Intenção de Enriquecimento Ilegítimo	pág. 22
(h) Resultado ou Consumação	pág. 23
(i) Causalidade	pág. 24
2 – Da compatibilidade dos pressupostos gerais da burla com os do cometimento específico da burla através do processo.....	pág. 24
2.1 – A aptidão do meio judicial como forma do cometimento do tipo do artigo 217 Código Penal: a maquinação da actividade do julgador.....	pág. 24
2.2 – Os casos de burlas especiais.....	pág. 27
2.3 – Unidade ou pluralidade de bens jurídicos nos tipos de burla; o caso da burla processual.....	pág. 30
3 – A burla como um crime-fim e a punição dos crimes-meio; um caso de concurso “ <i>aparentemente</i> ” real.....	pág. 31
III – Análise dos meios jurídicos preventivos e sancionatórios face à possibilidade do cometimento de burlas através de um processo.....	pág. 33
1.1 – Meios jurídicos da civilística substantiva	pág. 33
1.2 – Meios jurídicos da civilística adjectiva	pág. 37
Conclusões.....	pág. 41
BIBLIOGRAFIA	pág. 42

Magrelos, Marco de Canavezes. Setembro de 2010