

Processo nº 727/2010(*)

(Autos de recurso penal)

Data: 24.02.2011

Assuntos : Crime de “burla”.

Elementos constitutivos.

SUMÁRIO

1. A construção do crime de “burla” supõe a concorrência de vários elementos típicos: (1) o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado; (2) a fim de determinar outrem à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial – (elementos objectivos) – e, por fim, (3) a intenção do agente de obter para si ou terceiro um enriquecimento ilegítimo (elemento subjectivo).

* Processo redistribuído ao ora relator em 10.01.2011.

2. Impõe-se assim num primeiro momento, a verificação de uma conduta (intencional) astuciosa que induza directamente em erro ou engano o lesado, e, num segundo momento, a verificação de um enriquecimento ilegítimo de que resulte prejuízo patrimonial do sujeito passivo ou de terceiro.

3. Comete o crime de “burla” o arguido que, de forma livre e deliberada, alega falsamente possuir “meios” para “resolver” a situação de indivíduos presos no E.P.M. a troco de vantagens patrimoniais, levando a que os seu familiares, acreditando em tal capacidade, lhe entreguem quantias monetárias que faz suas.

O relator,

José Maria Dias Azedo

Processo nº 727/2010(*)

(Autos de recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. O Digno Magistrado do Ministério Público requereu o julgamento de A, com os sinais dos autos, imputando-lhe a prática em autoria material e em concurso real de 2 crimes de “burla”, um p. e p. pelo art. 211º, nº 3 e o outro p. e p. pelo art. 211º, nº 4, al. a), do C.P.M.; (cfr., fls. 172 a 172-v que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

* Processo redistribuído ao ora relator em 10.01.2011.

*

Realizado o julgamento, decidiu o Colectivo do T.J.B. absolver o arguido dos imputados crimes de “burla”; (cfr., fls. 170 a 179).

*

Do assim decidido recorreu o Exm^o Magistrado do Ministério Público.

Motivou para concluir que:

- “1. *Com a confissão integral e sem reservas do arguido, o Tribunal dá por provados todos os factos constantes da acusação.*
2. *A astúcia pelo burlão tanto pode consistir na invocação de um facto falso, como na falsa qualidade, como na falsificação da escrita, ou outra qualquer, neste caso, a astúcia pelo arguido consiste na invocação de um facto falso, não se exige mais sobre este aspecto.*
3. *Pelo que, ao absolver o arguido da prática de dois crimes de burla, os Mmos Juízes violaram, por errada interpretação, o disposto no*

artigo 400º, nº 1, do Código de Processo Penal de Macau e no artigo 211º, nº 1, nº 3 e nº 4, al. a), do Código penal de Macau.”;
(cfr., fls. 185 a 187-v).

*

Sem resposta, vieram os autos a este T.S.I., e em sede de vista, juntou o Exmº Procurador-Adjunto o seguinte douto Parecer:

“Acompanhamos as judiciosas considerações da nossa Exmº Colega.

Está em causa, no âmbito da conduta típica do crime de burla, a verificação do elemento “astúcia”.

Vejam.

É conhecido o debate suscitado, no domínio do C. Penal de 1886, em torno da locução “artifício fraudulento”, constante do seu art. 451º.

Surgiu, então, numa perspectiva, a exigência de uma “encenação” por parte do sujeito activo com vista ao convencimento do sujeito passivo.

E, noutra óptica, também, a associação à ideia de uma “mentira qualificada”.

Tais teses, todavia, face à adopção do advérbio “astuciosamente”, na letra da lei, devem ter-se como ultrapassadas (cfr., a propósito, A. M. Almeida Costa, C.C. do C. Penal, II, 295 e segs).

O termo “astúcia” não pode ser conexionado, hoje, efectivamente, com a prática de manobras fraudulentas”.

Sendo certo que o mesmo contém um inevitável grau de indeterminação, têm sido apresentadas, para a sua interpretação, algumas formulações aceitáveis.

Assim, para P. Pinto de Albuquerque, “a astúcia consiste no aproveitamento de uma vantagem cognitiva do agente sobre o burlado, que lhe permite manipular a vontade do burlado” (cfr. Comentário do Código Penal, 600).

A. M. Almeida Costa, por seu turno, fala em “domínio-do-erro jurídico-penalmente relevante”, cujos contornos se dêem buscar ”ao nível do direito privado, encontrando a pedra de toque no princípio da boa fé – em sentido objectivo” (cfr. Ob. Cit., 300).

No caso presente, a nosso ver, não pode deixar de ter-se como preenchido o mencionado elemento típico.

É incontroverso, além do mais, como se frisa na motivação, que o arguido provocou o erro das ofendidas, descrevendo-lhes, por palavras,

uma falsa representação da realidade.

No sentido propugnado decidiu, aliás, recentemente, este Tribunal (cfr. ac. De 23/07/2009, proc. N° 568/2009).

Deve, pelo exposto, ser concedido provimento ao recurso.”; (cfr., fls. 201 a 203).

*

Não sendo o recurso de rejeitar, teve lugar a audiência de julgamento do recurso no integral respeito do formalismo processual.

*

Cumprido decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Deu o Colectivo a quo como provada a seguinte facticidade:

“Em princípios de 2004, quando teve conhecimento de que os seus amigos B e C estavam a aguardar julgamento em prisão preventiva no Estabelecimento Prisional de Macau, em Coloane, por terem infringido a lei penal, o arguido A planeou obter dinheiro dos familiares dos referidos dois amigos, por meio de engano.

Primeiramente, durante uma conversa com D, conterrâneo de B, o arguido disse-lhe falsamente de que um familiar seu tinha capacidade de ajudar B e C a saírem do estabelecimento prisional, bastando, para o efeito, efectuar o pagamento de \$500 000,00 dólares de Hong Kong. Depois de ouvir aquelas palavras, D contou-as à ofendida E (esposa de B) que se encontrava na China continental.

Posteriormente, quando a ofendida E contactou, através do telefone, o arguido, este mentiu, dizendo que conhecia funcionário(s) da área da justiça de Macau e bastava pagar-lhe(s) um suborno de \$500 000,00 dólares de Hong Kong, os processos em que estavam envolvidos B e C seriam arquivados, extinguindo-se o procedimento criminal e a responsabilidade civil que sobre eles recaía.

Depois de ouvir aquelas palavras, a ofendida E acreditou, pensando que era verdade.

Paralelamente, o arguido telefonou para a ofendida F (irmã mais nova de C) que se encontrava em Hong Kong, dizendo-lhe para vir a Macau cuidar da filha de C. Quando se encontrou com a ofendida F, o arguido disse-lhe falsamente que tinha familiar(es) que era(m) funcionário(s) do governo e que conhecia advogado(s), pelo que bastava que a ofendida pagasse \$250 000,00 dólares de Hong Kong para subornar o(s) seu(s) familiar(es) que era(m) funcionário(s) do governo e para constituir advogado(s), C já não teria que cumprir pena de prisão. Depois de ouvir aquelas palavras, a ofendida acreditou, pensando que era verdade.

Quando a ofendida F contou o referido esquema a C que estava em prisão preventiva, este concordou e disse à ofendida F para que pagasse \$500 000,00 dólares de Hong Kong ao arguido, por forma a que ele e B fossem ajudados a sair do estabelecimento prisional.

Por volta de Maio de 2004, a ofendida E entregou \$70 000,00 dólares de Hong Kong a D, e este trouxe a quantia a Macau, entregando-a ao arguido para servir como parte do dinheiro destinado a conseguir que B fosse considerado inocente e saísse em liberdade.

Entre Setembro e Novembro de 2004, a ofendida F e o seu 2.º irmão mais velho G entregaram, sucessivamente, \$210.000,00 e

\$290.000,00 dólares de Hong Kong ao arguido para servir como dinheiro destinado a conseguir que C e B fossem considerados inocentes e saíssem em liberdade.

Uma vez que B e C não conseguiram sair em liberdade, as ofendidas E e F telefonavam continuamente ao arguido para saber como estava a progredir a situação.

O arguido esquivava-se, respondendo às duas ofendidas com o pretexto de que o caso estava a ser tratado e as quantias já tinham sido utilizadas para subornar o(s) seu(s) familiar(es) e pagar honorários de advogados.

Em finais de 2005, quando foi ao Estabelecimento Prisional de Coloane para visitar o seu marido B, a ofendida E é que soube que ele tinha sido condenado a uma pena de prisão para ser cumprida até 2008.

A ofendida E considerou que o arguido não tinha conseguido que B saísse do estabelecimento prisional, pelo que telefonou ao arguido para reaver as referidas quantias. Todas as vezes, o arguido utilizava diferentes pretextos para adiar a devolução das quantias, tendo o arguido pago apenas \$12 000,00 dólares de Hong Kong à ofendida E, entre Junho e Agosto de 2006.

Uma vez que não conseguia reaver as remanescentes quantias, e,

posteriormente, até não conseguia contactar com o arguido, a ofendida E apresentou queixa e pediu ajuda à Polícia de Segurança Pública, no dia 9 de Janeiro de 2007.

As condutas do arguido causaram às ofendidas E e F prejuízos de \$58 000,00 e \$500 000,00 dólares de Hong Kong respectivamente.

O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente, e, com o intuito de obter vantagens ilegítimas, disse falsamente que conseguia ajudar terceiros a saírem em liberdade do estabelecimento prisional, tendo obtido, por meio de engano, dinheiro das duas ofendidas, e, em consequência, causou-lhes prejuízos patrimoniais.

O arguido tinha perfeito conhecimento que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

O arguido confessou integralmente e sem reservas a todos os factos imputados.

Conforme o CRC, o arguido não é primário.

No âmbito dos autos de Querela n.º7/95, por acórdão de 24/04/1995, foi o arguido condenado pela prática de um crime p.p. pelo art. 13.º n.º 5 da Lei n.º 2/90/M, de 3 de Maio, numa pena de seis meses de prisão e em igual tempo de multa à razão de doze patacas diárias, o que perfaz a multa de MOP\$2,160 ou em alternativa em 120 dias de prisão.”;

(cfr., fls. 175-v a 177).

Do direito

3. Vem interposto recurso do Acórdão absolutório proferido pelo Colectivo do T.J.B..

Para chegar a tal decisão, assim ponderou o referido Colectivo:

“Estabelece o n.º1 do artigo 211.º do Código Penal: «Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.»

E o n.º3 deste artigo: «Se o prejuízo patrimonial resultante da burla for de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. »

E ainda o n.º4 e sua alínea a) deste preceito legal: «A pena é a de prisão de 2 a 10 anos se o prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado.»

Prevê ainda o art.º 196.º do Código Penal:

a): «valor elevado: aquele que exceder 30,000 patacas no momento da prática do facto.»

b): «valor consideravelmente elevado: aquele que exceder 150,000 patacas no momento da prática do facto.»

Vem o arguido acusado por prática de dois crimes de burla, agravados respectivamente pelo n.º3 e pela alínea a) do n.º4 do Código Penal.

Da factualidade apurada, sabe-se que o arguido, utilizando o mesmo esquema para com as duas ofendidas, ora alegando que conhecia funcionário(s) da área da justiça de Macau ora alegando que conhecia funcionário(s) do governo e advogado(s) e que bastava pagar-lhes dinheiro para que os seus familiares, ora presos na cadeia, pudessem ser libertados.

E, com tais mentiras, fez com que a ofendida E lhe entregasse \$70 000,00 dólares de Hong Kong (destes, 12 000 já foram devolvidos) e a ofendida F o montante total de \$500.000,00 dólares de Hong Kong.

Só que, para se estar perante uma burla, não basta que o agente mentisse, mostrando-se necessário que tal mentira fosse acompanhada da realização de actos exteriores destinados a dar-lhe uma maior credibilidade e, assim, de uma encenação dirigida a facilitar o

convencimento do sujeito passivo. Só assim a agressão ao património revestiria a gravidade suficiente para justificar a intervenção do direito penal.

Ou seja, é necessário que a conduta do agente consubstanciasse um particular engenho, habilidade ou astúcia e, nesta acepção, uma «mentira qualificada».

Pois, compete, em primeira linha, às pessoas adoptar as cautelas necessárias à defesa dos seus interesses e só na hipótese de o comportamento, pelo especial engenho ou astúcia que reveste, se mostrar susceptível de iludir o cuidado que normalmente se espera de cada um, se estaria perante uma situação merecedora de tutela jurídico-criminal.

No caso, estamos perante uma simples mentira do arguido, desacompanhada de quaisquer outros actos exteriores para dar uma maior credibilidade às suas afirmações, e as ofendidas, sem mais, acreditaram nele, entregando-lhe avultadas quantias, sendo certo que o comportamento prometido consubstancia ilícito criminal, merecedor de especial censura também para com as ofendidas.

Pelo exposto, e por não estarem preenchidos todos os requisitos exigidos para os imputados crimes de burla, há que absolver o arguido pelos crimes de burla qualificada por que vem acusado, sem prejuízo de

as ofendidas, caso entendam, que recorram aos meios comuns para verem ressarcidos os prejuízos que eventualmente entendam ser de seu direito.

(...)”; (cfr., fls. 177-v a 178-v).

Que dizer?

Reconhecendo-se que sobre a questão outro entendimento possa existir, cremos que a razão está do lado do Exm^o Recorrente, não sendo pois de confirmar a decisão recorrida.

Vejamos.

Preceitua o art. 211^o do C.P.M. que:

- “1. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2. A tentativa é punível.
3. Se o prejuízo patrimonial resultante da burla for de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena

de multa até 600 dias.

4. A pena é a de prisão de 2 a 10 anos se:
 - a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado;
 - b) O agente fizer da burla modo de vida; ou
 - c) A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica."

Em apreciação de análoga questão à ora em apreciação teve já este T.S.I. oportunidade de afirmar que:

“A construção do crime de “burla” – previsto tanto no artº451º do C.P. de 1886 (...), como no artº 211º do C.P.M. – supõe a concorrência de vários elementos, todos constituindo os seus elementos típicos, a saber: (1) o uso de erro ou engano sobre os factos, astuciosamente provocado; (2) a fim de determinar outrem à prática de actos que lhe causam, ou a terceiro, prejuízo patrimonial – (elementos objectivos) – e, por fim, (3) a intenção do agente de obter para si ou terceiro um enriquecimento ilegítimo (elemento subjectivo).

Impõe-se assim num primeiro momento, a verificação de uma conduta (intencional) astuciosa que induza directamente em erro ou engano o lesado, e, num segundo momento, a verificação de um enriquecimento ilegítimo de que resulte prejuízo patrimonial do sujeito passivo ou de terceiro.”; (cfr., v.g., o Ac. de 29.01.2004, Proc. nº

308/2003, do ora relator).

“In casu”, e em nossa opinião, de uma leitura à factualidade dada como provada constata-se que verificados estão todos os elementos (objectivos e subjectivos) dos crimes de “burla” que ao arguido eram imputados pelo Ministério Público.

Na verdade, o mesmo arguido alegou possuir “meios” para “resolver” a situação criminal de familiares dos ofendidos que se encontravam presos no Estabelecimento Prisional de Coloane, levando assim estes a lhe entregar quantias por tal tarefa que fez suas.

Certo sendo que os invocados “meios” mais não eram do que uma “falsa representação da realidade” para fazer os ofendidos acreditar que possível era resolver a situação dos seus familiares, e constatando-se também que estes confiaram no arguido entregando efectivamente quantias monetárias com o “objectivo acordado”, mais não é preciso dizer para se concluir como atrás já se deixou consignado.

— Aqui chegados, há que fixar as penas pelos crimes pelo arguido

cometidos.

Ora, é sabido que os critérios para a determinação da pena vem enunciados no art. 65º do C.P.M. que preceitua que:

- “1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal.
2. Na determinação da medida da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente:
 - a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;
 - b) A intensidade do dolo ou da negligência;
 - c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;
 - d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;
 - e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime;
 - f) A falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.
3. Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da determinação da pena.”

Atento o assim estatuído, não olvidando o previsto no art. 40º (sobre o “fim das penas”), e considerando o elevado grau de culpa do arguido, (dolo intenso), as exigências de prevenção especial e geral, (tendo em conta a natureza do crime e a personalidade revelada pelo mesmo arguido), atento o grau de ilicitude dos factos e a gravidade das suas consequências, e certo sendo também que a seu favor nenhuma circunstância atenuante de relevo se provou, mostra-se-nos adequado a pena de 1 ano e 6 meses de prisão pelo crime p. e p. pelo art. 211º, nº 3, e a de 3 anos e 3 meses de prisão para o crime p. e p. pelo art. 211º, nº 4, al. a) do C.P.M..

Ponderando nos critérios do art. 71º, nº 1 e 2, do C.P.M., em causa estando assim uma moldura penal com um limite mínimo de 3 anos e 3 meses e com um limite máximo de 4 anos e 9 meses, (em cúmulo jurídico das ditas penas parcelares), considera-se adequada a pena de 3 anos e 10 meses de prisão.

Outra questão não havendo a apreciar, resta decidir.

Decisão

4. Nos termos que se deixam expostos, acordam julgar procedente o recurso, condenando-se o arguido como autor material e em concurso real de 2 crimes de “burla”, um p. e p. pelo art. 211º, nº 3 do C.P.M. na pena de 1 ano e 6 meses de prisão, e o outro p. e p. pelo art. 211º, nº 4, al. a), do mesmo C.P.M., na pena de 3 anos e 3 meses de prisão, fixando-se-lhe, em cúmulo jurídico, a pena única de 3 anos e 10 meses de prisão.

Custas pelo arguido com taxa de justiça que se fixa em 8 UCs.

Honorários ao Exmº Defensor no montante de MOP\$800.00.

Macau, aos 24 de Fevereiro de 2011

José Maria Dias Azedo (Relator)

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa