

**BURLA E FRAUDE NA VENDA**

**PARECER**

Pelo PROF. DOUTOR CAVALEIRO DE FERREIRA

Contra **F.** foi proferido despacho de pronúncia por, de colaboração com outros arguidos, ter entregado à queixosa..., lingotes de estanho misturado com percentagens variáveis de zinco e chumbo, em vez de lingotes de estanho puro (com percentagem de 99,5 %), como fora convencionado. A entrega ter-se-ia tornado possível em virtude de os arguidos terem fundido adrede o estanho, com metais diversos e de menos valia, e de um deles, empregado da queixosa, ter escolhido, para amostra a submeter a análise, aqueles lingotes de estanho puro, que conjuntamente com os falsificados eram entregues pelos arguidos.

Com base nestes factos, de que o tribunal de primeira instância julgou haver suficientes indícios, foi o arguido **F.** pronunciado pelo crime de burla, nos termos do art.º 451.º, n.º 3.º do Código Penal.

Pergunta-se se a incriminação é legal, ou se aos factos descritos corresponde o preceito do art.º 456.º do Código Penal.

Foi-nos presente cópia das peças do processo que se referem a **F.** e em especial da querela e despacho de pronúncia.

**I — Burla e fraude na venda**

A dúvida que se coloca diz respeito à qualificação jurídica dos factos incriminados. Cabem no preceito do art.º 451.º do Código Penal, o qual prevê o crime de burla, ou correspondem antes à disposição do art.º 456.º, que se refere à fraude na venda?

O problema da distinção destas duas diversas incriminações é melindroso e exige, em consequência, minuciosa análise.

Já as Ordenações distinguem entre a burla e a fraude cometida no exercício do comércio pela falsificação de mercadorias e, em especial, de metais preciosos. Não foram, porém, as Ordenações a fonte directa do actual Código Penal Português. Essa fonte encontra-se na legislação francesa. A antiga jurisprudência francesa, enquadra nos crimes de falsificação as fraudes cometidas na venda de mercadorias, pela substituição de mercadorias puras, por mercadorias contendo misturas de diversas substâncias. Uma lei francesa de Julho de 1751 considera tais delitos, como dirigidos contra a propriedade.

O Código Penal Francês reproduziu, com leves alterações, os termos daquela lei, mas classificou diferentemente os crimes. A falsificação de mercadorias que constituem géneros alimentícios, dada a maior relevância do interesse da saúde pública, foi considerada crime contra as pessoas. A fraude na venda de outros objectos constituída por engano do comprador sobre o valor da mercadoria, quer pela alteração da sua substância, quer na sua qualidade ou quantidade, constitui uma espécie de fraude, inferior do ponto de vista jurídico à burla.

As legislações que sofreram a influência da codificação francesa, divergem no enquadramento do crime de fraude na venda, mas mantêm todas a distinção entre este crime e a burla. Assim o Código Penal Italiano de Zanardelli prevê ao lado da burla, como crime contra o património, a fraude no exercício do comércio como crime contra a fé pública, e o Código Rocco limitou-se neste aspecto a alterar de novo o enquadramento deste último crime, considerando-o como crime contra o comércio, rubrica que surge pela primeira vez.

O Código Penal Português, prevê ao lado da burla, a fraude na venda sob a epígrafe de «abuso de confiança, simulação e outras fraudes». Quando as mercadorias alteradas sejam géneros alimentícios, a fraude tem menos importância enquanto atentória da lealdade do comércio, do que como perigosa para a saúde pública. Essa a razão por que se encontra punida sob a epígrafe de «crimes contra a saúde pública», no art.º 251.º do Código Penal, hoje completado pelo decreto n.º 20.282, de 31 de Agosto de 1931.

A diversidade de pena e de incriminação deixa inferir uma diferença substancial que deve ter a sua razão de ser, não apenas em pormenores de estrutura material das duas infracções, mas antes

se deve reconduzir, pelo menos do ponto de vista do legislador português, a uma diversidade de objecto da tutela jurídica, do fim que a lei prossegue ao incriminar actividades que, do ponto de vista jurídico, têm tonalidade heterogénia.

Não seria compreensível, dada a diversidade de punição e de maneira de graduar esta, que o legislador considerasse a fraude na venda como burla, ou a burla como fraude na venda. O conteúdo duma incriminação não abrange o outro não obstante a aparência contrária duma análise superficial da lei.

A fraude na venda não é um modo de ser particular da burla. É outro crime.

É essa a conclusão a que teremos de chegar depois de percorrido o caminho em que vamos entrar. Impõe-se primeiramente indicar quais os elementos da burla e da fraude na venda, para surpreender as suas diferenças na estrutura externa, explicando-as em função do interesse que a lei pretende tutelar prevalentemente com uma ou outra incriminação. Analisaremos, depois, aqueles elementos em que se nota a diferenciação dos dois crimes, ou que mais susceptíveis se apresentam de originar a confusão, a fim de alcançar critério, tanto quanto possível seguro, de distinção das duas actividades criminosas. E por último faremos aplicação das conclusões a que tivermos chegado à hipótese da consulta.

## II — Elementos do crime de burla

A burla é um crime contra o património. Quer dizer, com a burla ofende-se prevalentemente um interesse patrimonial. Prevalentemente, que não exclusivamente. Diremos já porquê.

Os crimes contra o património (contra a propriedade, tomando esta expressão num significado amplo, segundo a terminologia do Código Penal) ou acarretam como resultado a destruição de utilidades ou a sua transferência ilegítima. No primeiro caso está o crime de dano; no segundo, a grande maioria dos crimes contra o património, como o roubo, extorsão, furto, burla, abuso de confiança, etc.

Quanto ao modo de execução, os crimes contra o património podem perpetrar-se com violência ou com fraude.

Violência é, para este efeito, considerada toda a energia física

dirigida contra o objecto material do crime, para conseguir a consumação da infracção, anulando a actividade defensiva do titular da própria coisa.

A fraude abrange todos os casos em que a conduta criminosa leva ao resultado danoso, iludindo a defesa do titular do direito ofendido, ou mesmo desviando a actividade deste em sentido favorável à empresa criminosa.

No furto, na burla e no abuso de confiança tem lugar a fraude. No furto exerce-se, iludindo a vigilância do dono da coisa furtada. No abuso de confiança e burla, a actividade do próprio ofendido é aproveitada fraudulentamente para consumação do crime; no primeiro dos crimes indicados pressupõe-se a prévia entrega a título legítimo da coisa, objecto material do crime, ao agente deste, que lhe dá posteriormente destino diferente do autorizado pelo título de entrega.

Na burla é a voluntariedade na entrega da coisa que se encontra viciada por erro causado por qualquer artifício fraudulento, dos enumerados nos diferentes números do art.º 451.º ou previsto no art.º 450.º.

Na burla a ofensa dos interesses patrimoniais realiza-se através da viciação da livre disposição patrimonial. O interesse patrimonial é lesado pela agressão à normalidade dos actos de disposição. E assim, dentro da rubrica dos crimes contra a propriedade ou património, a incriminação da burla introduz a tutela da liberdade da vontade nos negócios jurídicos, através de cuja viciação se produz o dano patrimonial.

É essa a sua característica substancial em confronto com o furto e abuso de confiança, e essa a modalidade que toma na burla o ataque à propriedade, e que especifica o objecto jurídico do crime. Em consequência, podemos afirmar, como fizemos, que a lesão do património não sintetiza em si toda a essência da burla, porquanto, a aceitar-se um tal ponto de vista, não haveria a possibilidade de distinguir entre os diversos crimes que contra a propriedade se dirigem. O dano patrimonial há-de configurar-se na forma especial de ofensa à liberdade da vontade. É a livre disposição voluntária, por negócio jurídico, do património, que é tutelada na incriminação dos art.ºs 450.º e 451.º do Código Penal.

Surpreendido desta arte o espírito da incriminação da burla,

podemos analisar a sua estrutura externa, a discriminação mecânica do próprio crime, pela indicação dos seus elementos constitutivos.

Para tanto, ocupar-nos-emos sobretudo da incriminação do art.º 451.º que à hipótese da consulta interessa, omitindo, por desnecessária, a interpretação do art.º 450.º que se refere a modalidades de burla, que tanto tem por objecto material coisas móveis como imóveis e em que o acto de disposição não toma por isso a forma de «entrega».

São elementos da burla :

1) — A indução em erro por meio de artifício fraudulento.

Para que tenha lugar a incriminação do art.º 451.º do Código Penal é indispensável que o agente faça com que lhe seja entregue qualquer coisa móvel, por um dos modos especificados nos três números do mesmo artigo. Nestes números indica-se, em alternativa, a forma que deve revestir a conduta criminosa, a espécie de artifício fraudulento peculiar à burla. A conduta deve produzir como resultado a entrega da coisa móvel ; deve ser a causa da disposição patrimonial. É através dela que o agente faz com que se lhe entregue o objecto material do crime, isto é, consegue actuar sobre a vontade do ofendido, no sentido de o induzir a dispor de todo ou parte do seu património.

Na estrutura da burla divisa-se assim, em primeiro lugar, a forma da conduta enganosa e um primeiro resultado, a viciação da vontade do ofendido, de modo a fazer que ele entregue dinheiro ou móveis ou quaisquer fundos ou títulos.

A viciação da vontade do ofendido, o engano como evento da conduta fraudulenta, revela a posição particular da burla nos crimes patrimoniais ; denuncia claramente o aspecto específico que a tutela do património reveste na incriminação do art.º 451.º do Código Penal. Trata-se essencialmente de proteger a liberdade da vontade nos negócios patrimoniais.

A conduta fraudulenta, por sua vez não é qualquer que seja idónea para viciar a vontade. Não abarca mesmo todas as modalidades com que pode figurar o dolo civil. Por outras palavras, não é toda a conduta dolosa, do ponto de vista civil, que à face do Código

Civil acarreta a anulabilidade do negócio, que constitui conduta fraudulenta no crime de burla. O legislador penal descreveu, com relativa minúcia, os processos de actividade que devem produzir o resultado indicado. Enumerou as modalidades da conduta artificiosa que reputou mais graves, que sendo causa da viciação da vontade nos negócios patrimoniais, merecem sanção penal sob a incriminação de burla. Essas modalidades são somente as seguintes :

- a) uso de falso nome ou de falsa qualidade ;
- b) emprego de alguma falsificação de escrito ;
- c) emprego de artifício fraudulento que tenha por objectivo persuadir a existência de uma falsa empresa, ou de bens, ou de crédito ou de poder supostos, ou para persuadir a esperança de qualquer acidente.

A conduta enganosa desta espécie deve ser a causa dum duplo resultado. O primeiro já indicámos : o erro do ofendido. É implicitamente exigido no corpo do art.º 451.º do Código Penal, bem como na descrição da espécie do artifício fraudulento incriminado no n.º 3.º. No corpo do artigo, enquanto se estabelece que os modos da conduta criminosa devem determinar a entrega voluntária do objecto material. No n.º 3.º do mesmo artigo, enquanto o artifício fraudulento, para constituir a conduta enganosa na burla, deve ser causa da persuasão de alguma falsa empresa, ou de bens ou de créditos ou de poder supostos, ou de esperança de qualquer acidente. Em qualquer caso terá de ser conduta apta para induzir a uma persuasão falsa, a um erro sobre uma circunstância das apontadas no citado n.º 3.º do art.º 451.º do Código Penal.

## 2) — Entrega de coisa mobiliária.

Não basta ainda uma conduta artificiosa, correspondente à descrição de qualquer dos n.os do art.º 451.º do Código Penal, ligada por nexó causal a erro de determinada espécie (também prevista quanto às modalidades da conduta, referidas no n.º 3.º) para que se entenda verificado o crime de burla. É ainda necessário que o erro, a viciação da vontade, primeiro evento da conduta a considerar na estrutura do crime, seja por sua vez causa de disposição patrimonial

par parte do ofendido. Aquele primeiro evento, tem assim função «instrumental» em relação ao segundo evento. E este consiste precisamente na transferência de valores patrimoniais para o agente do crime, transferência voluntária, mas viciada pelo erro causado pela conduta do agente do crime. O erro é efeito da conduta fraudulenta, e é meio de conseguir o segundo resultado — o proveito injusto com dano patrimonial do ofendido.

É a natureza deste segundo evento — natureza patrimonial — que esclarece a inclusão da burla entre os crimes contra o património; é a natureza do primeiro evento que explica a feição própria da burla, que a distingue dos outros crimes contra o património, isto é, que revela que a síntese jurídica da incriminação do art.º 451.º assenta na lesão do interesse social à liberdade da vontade nos negócios patrimoniais. O património é lesado através da ofensa grave à normalidade da sua disposição voluntária.

A disposição do património, toma na burla prevista no art.º 451.º do Código Penal, a forma de entrega de coisa móvel. No art.º 450.º, porque o objecto material pode ser tanto a coisa móvel como imóvel, a disposição patrimonial não reveste necessariamente a forma de entrega material, antes pode tratar-se de entrega jurídica, de disposição, no significado amplo do termo. Revela, porém, o confronto dos art.ºs 450.º e 451.º do Código Penal que a «entrega» a que se refere este último preceito constitui apenas o modo de ser material da disposição voluntária de interesses patrimoniais.

### III — Elementos do crime de fraude na venda

A fraude na venda é, aparentemente, um crime muito próximo da burla. De uma leitura menos atenta do art.º 456.º do Código Penal pode inferir-se a semelhança ou até igualdade de contextura dos dois crimes. Poderia parecer tratar-se de um crime de burla menos grave e nada mais.

Uma tal interpretação esbarra, porém, desde logo, com a seguinte consideração. Se o interesse tutelado na incriminação do art.º 456.º do Código Penal é o mesmo que no art.º 451.º do mesmo Código, se a fraude na venda constitui uma burla menos grave, a respectiva penalidade deveria ser modelada sobre a do crime de burla, embora

atenuada na sua quantidade. A distinção de burla e fraude na venda, seria uma distinção quantitativa e não qualitativa e logicamente a pena deveria ser estabelecida também em função do valor da lesão, embora atenuada no seu confronto com a pena do crime de burla do art.º 451.º do Código Penal. E no entanto é muito diversa a solução legal. A pena da fraude na venda não varia fundamentalmente em função da importância da lesão patrimonial. Oscila entre um mês e um ano de prisão, e multa correspondente, sem que, mesmo para graduação da pena entre esse máximo e mínimo, seja atribuída relevância particular ao valor do dano causado ao ofendido.

Esta primeira observação impõe já certas reservas à unificação da natureza das duas incriminações.

Para no entanto tomar posição sobre o problema da distinção dos dois crimes, importa que, previamente, à semelhança do que ficou dito do crime de burla, se indiquem os elementos legais da fraude na venda, e se tente esclarecer o seu significado em função do objectivo que o legislador se propôs tutelar.

No dizer de Silva Ferrão, em comentário ao Código Penal de 1852, a fraude na venda tem por requisitos o engano e a lesão. Um e outro com feição igual ou dissemelhante têm lugar na burla.

Mas, e surge-nos assim uma primeira característica especial da incriminação do art.º 456.º do Código Penal, o engano peculiar à fraude na venda é exercido pelo vendedor em relação ao comprador. Todos os números do citado artigo se referem ao comprador como sujeito passivo ou ao vendedor como sujeito activo.

É, portanto, pressuposto do crime, um contrato de compra e venda. E podemos acrescentar, um contrato válido. O engano, a fraude do vendedor dirige-se, não à formação da vontade, mas à execução da prestação. O engano recai sobre a prestação efectivamente devida.

Pode ter lugar a burla em contratos de compra e venda, como em qualquer negócio jurídico patrimonial. Mas então o contrato válido não é pressuposto da infracção; pelo contrário, o contrato é necessariamente nulo por viciação da vontade do burlado, na prestação do consentimento para a sua celebração.

Desta forma, enquanto a burla pode ter lugar em relação a qualquer negócio jurídico patrimonial e age sobre a formação do mesmo negócio, viciando o consentimento do ofendido, a fraude na



venda verifica-se sòmente quanto aos contratos de compra e venda e actua em momento lògicamente posterior à celebração do contrato, desvirtuando a sua execução de boa fé. Postula necessàriamente um contrato vàlido anterior.

Quanto à actividade do agente do crime, há a notar que, como na burla, consiste numa conduta artificiosa. Consiste em «enganar». O engano na burla reveste, porém, forma particular; é uma das modalidades de engano descritas no art.º 451.º do Código Penal. A fraude na venda não exige particular espécie de engano.

O resultado da actividade enganosa é diferente. Reporta-se à execução desleal do contrato de compra e venda. Efectivamente, a expressão engano compreende um sentido subjectivo e um sentido objectivo. No sentido objectivo designa a execução desleal da prestação. No sentido subjectivo a fraude ou a actividade dolosa do vendedor destinada a tornar possível aquela execução desleal. No seu significado complexo engano é, pois, a actividade fraudulenta do vendedor e o seu efeito, ou seja o erro do comprador sobre a prestação insufficiente ou desleal.

A execução desleal do contrato de compra e venda, tornada possível pelo «engano» do vendedor consiste, nos termos do disposto no art.º 456.º do Código Penal, na entrega de coisa, por natureza, qualidade ou quantidade, diversa da convencionada. A execução desleal é uma execução insufficiente e não a absoluta inexecução. Essa insuficiência verifica-se pelo confronto entre a coisa convencionada, como objecto do contrato, e a coisa efectivamente entregue, sendo esta última diferente pela natureza, qualidade ou quantidade. A diversidade da natureza diz respeito à própria essência da coisa, e tem lugar quando é entregue uma coisa de género ou espécie diferente da combinada.

A diversidade de qualidade diz respeito aos atributos essenciais da coisa (em face do contrato), como pureza, eficiência, etc.

A quantidade indentifica-se com a qualidade nos casos em que a medida ou peso — quantidade — constitui elemento essencial da coisa objecto do contrato.

A execução deficiente do contrato, a entrega de coisa diversa da vendida materializa-se numa lesão patrimonial. Mas não é esta lesão que dá carácter ao crime. A execução deficiente e desleal do contrato de compra e venda não é punível fundamentalmente por ser

a inexecução duma obrigação patrimonial que acarreta a lesão patrimonial do outro contraente, mas por ser uma deslealdade que contende com a boa fé na venda e susceptível, por isso mesmo, de fazer perigar a normalidade das permutas. Uma tal deslealdade reflecte-se tanto nas condições do progresso da vida económica nacional, como no comércio externo. Pretendeu o legislador, em consequência, evitar as perturbações sociais que daquela actuação ilícita na execução dos contratos de venda resultam. É esse o interesse primacial tutelado pelo art.º 456.º do Código Penal. E tanto assim que no mesmo artigo se não faz alusão directa à lesão patrimonial individual ou ao seu montante, que se consubstancia no efeito do «engano».

Em síntese, parece poder afirmar-se que, enquanto na incriminação por burla se tutela a liberdade de disposição voluntária do próprio património, isto é, se tutela o património sob o aspecto da sua livre disposição (diferentemente da tutela do património sobre outros aspectos, no furto, abuso de confiança, etc.), na fraude na venda se tutela o interesse público da normalidade do comércio e das trocas (no sentido económico) sem a qual toda a vida económica pode ser afectada.

#### IV — Critérios de distinção de burla e fraude na venda

Iluminado o caminho pelas considerações já feitas, cumpre agora atentar nos critérios que têm sido propugnados para distinção da burla e fraude na venda a fim de firmar a nossa opinião.

1) Vêem alguns o elemento distintivo dos dois crimes exclusivamente na qualidade do agente do crime.

Dar-se-ia por assente que os factos que correspondem à incriminação do art.º 456.º do Código Penal cabem também no art.º 451.º. Mas quando praticados por um «vendedor» aplicar-se-ia o preceito especial do art.º 456.º do Código Penal; nos contratos de compra e venda, o facto normalmente qualificado como burla, seria só punível como fraude nos termos daquele artigo.

Um tal critério não é aceitável.

Seria anomalia incompreensível conceder um privilégio relativo à responsabilidade penal, aos vendedores. De resto, o que é mais importante ainda, o critério apontado parte duma premissa falsa: admite que a estrutura das duas incriminações é a mesma, variando apenas o campo de aplicação, artificialmente delimitado, duma e doutra. Tratar-se-ia sempre de burla, com todos os requisitos que lhe são essenciais; simplesmente a burla praticada por vendedores beneficiaria duma generosidade recusada às burlas praticadas em outros negócios patrimoniais. Desta maneira não haveria burlas nos contratos de compra e venda puníveis pelo art.º 451.º e não haveria fraudes na venda que não fossem substancialmente burlas.

Ambas as conclusões são de rejeitar.

Quanto à compra e venda, tanto é possível a burla como a fraude do art.º 456.º do Código Penal: a primeira dirigida ao momento da sua formação, a segunda ao momento da sua execução.

E nem todas as fraudes na venda, sob o aspecto do «engano», ou seja dos meios enganatórios empregados (dirigidos embora a diferente objecto numa e noutra incriminação), se reconduzem aos artificios fraudulentos que devem constituir a actividade enganatória na burla.

2) Um segundo critério, mais espalhado, assenta a distinção na intensidade do artifício enganatório da fraude.

Vejamos qual é o seu valor.

A fraude, em si mesma, é apenas um meio; mas dirige-se a um fim. Caracteriza a forma duma actividade, não o objecto, o conteúdo dessa actividade.

A actividade criminosa tem por conteúdo a lesão, a ofensa do direito. Individualiza-se quanto ao conteúdo em função do interesse jurídico que afecta ou atinge. Diversifica-se quanto à forma por que o direito é ofendido, consoante se realiza com violência ou com fraude. A fraude, portanto, não é a essência do crime; é a forma que revestem certos crimes, ou por que podem perpetrar-se outros.

O modo de execução da burla e da fraude na venda é fraudulento, como fraudulento é ou pode ser o modo de execução dos crimes de que trata o § único do art.º 190.º do Código Penal (tirada de presos), 279.º (contrabando), 280.º (descaminho), 342.º (subtrac-

ção e ocultação de menores), 343.º (indução de menores ao abandono da casa paterna), 387.º (duelo), 393.º (violação), 395.º (rapto), 457.º (contrafeição) e de outros.

Quando a epígrafe da secção III do título V do livro II do Código Penal se refere a abusos de confiança, simulações e outras espécies de fraude, não indica, por isso, crimes necessariamente da mesma natureza, mas crimes irmanados pela forma que reveste o seu modo de execução, fraude, por oposição a violência.

A fraude, assim considerada, é sinónimo de engano. Corresponde essencialmente ao conceito de *dolo* em direito civil.

Compreende o meio enganatório, como forma de conduta, e o engano-resultado, o erro que se suscita no ânimo de outrem. Os meios enganatórios, destinados a produzir um erro, podem ser mais ou menos graves; variam quanto à sua intensidade. Em alguns crimes o legislador exige, na incriminação, particulares meios enganatórios, em outros prescinde de qualquer destrinça. E assim na burla os meios enganatórios utilizados pelo agente do crime devem revestir a forma de uso de falso nome ou de falsa qualidade, de falsificação de escrito, ou de artifício fraudulento, que seja idóneo para causar, e efectivamente cause, um erro de certa espécie, como estabelece o n.º 3.º do art.º 451.º do Código Penal. Na fraude na venda não se exige que o meio enganatório tenha contextura especial.

Será na intensidade ou forma do meio enganatório que encontramos a base de distinção de burla e fraude na venda?

Não entendemos assim.

Se fosse essa a diferença a apontar, a fraude na venda nada mais seria que uma modalidade menos grave da burla.

Verificar-se-ia a situação de a burla em geral só ser punível quando os meios enganatórios tiverem determinada relevância, e que a mesma burla seria punível, independentemente da importância desses meios, quando tivesse lugar quanto aos contratos de compra e venda.

Não se compreenderia, também, que o modo de graduar a penalidade, como já acentuámos, fosse inteiramente diverso, prescindindo-se, na fraude na venda, do critério fundamental para fixar a pena da burla: o valor da lesão patrimonial.

E não é tudo.

Dissemos que o engano ou fraude é conceito equivalente ao *dolo*,

no nosso Código Civil. O dolo é considerado nos seus efeitos sobre a validade do consentimento nos contratos. É a actuação enganosa de um contraente que vicia por erro a vontade do outro contraente. Não exige a lei civil que o meio enganatório ou ardil do contraente seja de determinada espécie, para considerar anulável o negócio jurídico. Ora se a fraude na venda é uma modalidade de burla, só diversa na gravidade do meio fraudulento de execução, teremos de admitir que o dolo ou fraude civil é sempre nos contratos de compra e venda, um crime. E não é isso, indubitavelmente, o que a lei quer dizer.

Desde longa data que a doutrina se ocupa da destrinça da fraude civil e penal, ou mais concretamente do dolo civil e da burla. O crime de burla tem a sua origem histórica na «actio doli» dos romanos.

Prende-se a sua construção dogmática, desde tempos recuados, com o conceito de dolo civil. O esforço do legislador penal incidiu sobre o problema de distinguir os dois conceitos, ou melhor, de limitar a punibilidade a certas modalidades mais graves do dolo. Ora o dolo actua na formação do contrato; não interessa o ardil em si mesmo; mas o ardil causador do erro que vicia a vontade contratual. Só as formas de dolo referidas à formação do consentimento nos negócios jurídicos patrimoniais que correspondam aos meios enganatórios formalmente descritos no art.º 451.º do Código Penal, são puníveis. Foi essa limitação que o legislador pretendeu.

Considerando a fraude na venda como uma burla, o legislador estenderia por um lado, o que pretendia limitar por outro. Segundo o art.º 451.º do Código Penal, só certas espécies de dolo civil tomariam a natureza de burla; segundo o art.º 456.º, todo e qualquer dolo civil, seria punido substancialmente como burla, no contrato de compra e venda. O esforço persistente de distinção, que a história da doutrina e legislação acusa, teria sido vão.

Acresce ainda, a corroborar o nosso modo de ver, que, se a diferença das duas incriminações que temos vindo confrontando, se situa somente na qualidade do artifício enganatório, o art.º 456.º do Código Penal não tem praticamente campo de aplicação. Na verdade, o engano do comprador pelo vendedor pode consistir em qualquer ardil ou artifício. Mas pela natureza do próprio crime o artifício empregado destina-se a provocar um erro sobre a natureza, qualidade ou quantidade da coisa vendida. Não é de admitir que este

erro é a mesma coisa que a persuasão falsa de bens supostos, a que se refere o n.º 3.º do art.º 451.º do Código Penal? E se assim é, não haveria nenhuma distinção entre os dois crimes, cabendo todos os casos previstos no art.º 456.º, na incriminação do art.º 451.º, o que levará à conclusão de que é sempre aplicável somente este último artigo.

E contudo não pode defender-se que o art.º 456.º do Código Penal Português seja um artigo nado-morto.

O mesmo raciocínio se poderia fazer quanto ao crime de contrafeição que, no entanto, o Código prevê e pune diferentemente da burla, ou quanto ao crime de falsificação de géneros alimentícios.

A opinião que criticamos, olvida que o conceito de engano, fraude, dolo civil, ou artifício, se reporta primeiro que tudo a uma forma de actividade, mas que importa, para o valorar juridicamente, referi-lo ao fim a que se dirige. O artifício fraudulento é um instrumento, um meio de acção. Um meio de acção aprecia-se pelo seu objectivo. A forma nada significa sem o seu conteúdo. É neste que nos cumpre atentar para esclarecer a diferenciação dos dois crimes, em que o mesmo modo de execução pode ser utilizado.

3) Para tanto, convém relembrar a ofensa jurídica em que se consubstancia a actividade criminosa no crime de burla e no crime de fraude na venda. Servir-nos-emos de conclusões já alcançadas.

A burla é um crime contra a liberdade da disposição patrimonial. Pode verificar-se quanto a contratos de compra e venda. Mas, de harmonia com a sua natureza, na burla o engano ou artifício fraudulento (de espécie determinada) recai sobre a «conclusão» do contrato; na fraude na venda o engano (de espécie não determinada na sua forma mas podendo coincidir, por isso mesmo, com a forma que reveste a burla) recai sobre a «execução» das obrigações assumidas.

Empregando as palavras da notável obra «Il Nuovo Digesto Italiano» (vol. IV, pág. 285), a fraude (na venda) diz respeito somente ao cumprimento da obrigação, isto é, à fase executiva do contrato; quando tem lugar durante a formação do contrato, entrar-se-á no campo da burla.

É este o critério que se harmoniza com a análise a que procedemos dos elementos da burla e da fraude na venda.

Na verdade, a burla, sendo actividade fraudulenta destinada a viciar a vontade livre na disposição de interesses patrimoniais, só pode incidir sobre o processo de formação da vontade no negócio jurídico patrimonial. Este é necessariamente nulo do ponto de vista civil e seria anulável sempre por virtude do vício que afecta a vontade.

Pelo contrário, a fraude na venda pressupõe um contrato lícito e válido de compra e venda. A actividade fraudulenta do agente dirige-se à execução desleal da prestação de que é devedor. Procura fazer aceitar como correspondendo às características expressas nas cláusulas contratuais, mercadoria diferente, pela natureza, qualidade ou quantidade, da que fora realmente convencionada. A fraude na venda não atinge a validade do contrato, não vicia a vontade na formação deste. Afecta a moralidade na troca e repercute-se no normal desenvolvimento do comércio em geral.

Dilui-se o aspecto pessoal da lesão patrimonial, na preocupação do legislador, para se acentuar o aspecto social da perturbação da vida económica.

Assim se compreende que para não punir o dolo civil seja necessário caracterizar formalmente os modos que reveste o engano na burla. O artifício fraudulento na burla ou o dolo nos contratos incidem sobre a formação do negócio jurídico, sobre a vontade essencial à sua «conclusão». A única distinção possível terá de ser formal. Diferentemente, na fraude na venda, o engano não carece de distinguir-se do dolo civil, porque tem direcção diversa; refere-se à execução deficiente das obrigações contratuais.

É de notar que o obscurecimento do interesse individual perante o interesse social de normalidade nas trocas, se revela no facto de a fraude na venda consistir no engano dirigido à execução deficiente do contrato e não à absoluta inexecução.

Se houver inexecução absoluta, sem engano, estaremos no domínio da pura responsabilidade civil. Se houver engano (sob a forma de certo artifício fraudulento) e inexecução absoluta, recairemos no crime de burla, porque a inexecução dolosa absoluta e não apenas deficiente pode já considerar-se como meio enganatório incidindo sobre a conclusão do contrato.

Explicuemos melhor.

Na distinção entre burla e fraude na venda, tal qual a fizemos, podem apresentar-se casos duvidosos, casos-limites. A execução deficiente pode transformar-se em inexecução absoluta e a esta última não se refere o art.º 456.º do Código Penal. Se o vendedor entrega, como contra-prestação, em lugar da coisa vendida, coisa sem qualquer valor venal, não se pode dizer desleal só a execução, mas antes viciado o próprio contrato, pois que houve completa simulação do cumprimento como meio de actuar sobre a vontade contratual do comprador. É o que sucede na maioria dos chamados «contos do vigário» que têm sido, entre nós, e bem, qualificados como burlas.

A coisa, por natureza, qualidade ou quantidade, diversa da convencionada, que é entregue para execução do contrato, deve representar um valor, embora muito menor do que era legítimo esperar. Caso contrário, é de presumir que não chegou a haver contrato e a simulação da execução é mero artifício que vicia a formação da vontade contratual.

Escreve o conceituado Professor francês Roux (*Traité de la fraude*, pág. 28) que «nos casos duvidosos o facto se deve qualificar de burla quando o comprador recebe, em contrapartida do preço, um objecto «sem valor»; e fraude na venda, quando a coisa vendida, sem ser aquela que ele julgava adquirir, possui um efectivo valor venal». Neste mesmo sentido se pronunciam Levi (*La frode in commercio*, pág. 175) e Gennaro Marciano (*Frode in commercio*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, pág. 165); e parece-nos ser esta efectivamente a boa doutrina na interpretação da lei.

## V — Conclusão

É tempo de tirar as conclusões das premissas formuladas. Na hipótese que é objecto da consulta, F..., segundo os termos do despacho de pronúncia, conjuntamente com outros arguidos, entregou à queixosa... lingotes de estanho falsificado pela mistura duma percentagem variável doutros metais (zinco ou chumbo) em vez de lingotes de estanho puro (99,5 %) que constituia o objecto convencionado da venda.



Trata-se duma execução desleal do contrato. A execução deficiente não é ainda crime. É preciso que tenha sido causada pelo «engano» do vendedor. O meio enganatório para surpreender a boa fé do outro contraente consistiu, no caso concreto, em um co-arguido de F... ter conseguido que a análise das amostras recaísse somente sobre lingotes de estanho puro, intervindo, de colaboração com um empregado da queixosa, na escolha das mesmas amostras. O artifício empregado constitui o «engano» a que se refere o art.º 456.º do Código Penal, elemento essencial à incriminação da fraude na venda. O artifício não se destina à celebração do contrato, mas à realização da sua execução insuficiente. É essa a característica fundamental, como vimos, que distingue a fraude na venda da burla.

Não se tratava de fazer supor a existência de bens para contratar, mas de fazer supor que os bens ou mercadorias apresentados correspondiam às características convencionalmente estabelecidas. Não há por isso artifício fraudulento próprio da burla, mas tão somente «engano» peculiar à fraude na venda.

A mercadoria entregue, — lingotes em que se verifica a amálgama de estanho com chumbo ou zinco — não tem a pureza que o contrato exigia (99,5 %), antes a percentagem de estanho é sensivelmente mais reduzida. A qualidade da mercadoria — barras de estanho puro, ou da mercadoria — mineral de estanho com 65 unidades, ou com 30 unidades, é diversa. A *quantidade* de estanho contido nas barras, porque convencionalizada, é, juridicamente, qualidade da mercadoria. Foi entregue estanho impuro — mais ou menos impuro — por estanho puro.

Houve execução deficiente do contrato, realizado por meio de engano do vendedor ou seus cúmplices.

Se a mercadoria entregue fosse terra, sem vestígios de mineral, haveria burla, de harmonia com o critério que declaramos aceitar. Possuindo as barras de metal entregues, efectivo valor venal, até porque constituídas por estanho, embora em percentagem muito inferior à convencionalizada, trata-se duma execução lesiva e insuficiente do contrato, que por ter sido aceita em virtude de «engano» do comprador causado por artifício dos arguidos, é incriminada como fraude na venda.

**Em conclusão :**

Pelas razões anteriormente expostas, é meu parecer que aos factos imputados a F... é aplicável o preceito do art.º 456.º, n.º 2.º do Código Penal, constituindo esses factos o crime de fraude na venda, e que não é conforme com a lei a sua indicição por burla, porque a actividade desenvolvida por F... não corresponde aos requisitos essenciais que são exigidos, para a burla, pelo art.º 451.º do mesmo Código Penal.

MANUEL GONÇALVES CAVALEIRO  
DE FERREIRA