

Supremo Tribunal de Justiça

Processo nº 68/15.5IDFUN.L1-A.S1

Relator: HELENA MONIZ

Sessão: 04 Fevereiro 2021

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO DE FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA (PENAL)

Decisão: REJEITADO O RECURSO.

RECURSO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

PRESSUPOSTOS

OPOSIÇÃO DE JULGADOS

GERENTE

REJEIÇÃO

Sumário

I - O recorrente entende existir oposição de julgados entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento, pois considera que a mesma questão de direito - a de saber se se pode deduzir que o gerente de direito é gerente de facto e, portanto, que agiu voluntariamente em nome da pessoa coletiva - foi decidida de forma distinta.

II - Não existe oposição de julgados entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento, porque enquanto no acórdão fundamento expressamente se considerou que não havia elementos de prova suficientes para concluir que a gerência de direito correspondia a uma gerência de facto, no acórdão recorrido a questão não foi analisada, porque nem sequer foi alegada em sede de recurso pelo recorrente.

Texto Integral

Proc. n.º 68/15.5IDFUN.L1-A.S1

Recurso extraordinário de

fixação de jurisprudência

I Relatório

1. Socicorreia — Engenharia, AS, e AA, arguidos/recorrentes neste processo e identificados nos autos, vêm, ao abrigo do disposto nos arts. 437.º, n.º 2, e 438.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal (CPP), interpor **recurso extraordinário para fixação de jurisprudência** do acórdão do Tribunal da Relação, de 27 de fevereiro de 2020, que julgou parcialmente procedente os recursos interpostos pelos arguidos agora recorrentes, tendo diminuído as penas aplicadas a cada um, pela prática de um crime de fraude fiscal, nos termos dos arts. 103.º, n.º 1, a. c) e 104.º, n.ºs 1 e 2, conjugados com os arts. 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1, todos do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 05.06).

2. O Tribunal da Relação, no acórdão recorrido, considerou, perante as alegações apresentadas e sintetizadas nas conclusões, que cumpria conhecer das seguintes questões:

«- quanto aos factos, concretamente contestando os considerados provados consignados sob 5, 7, 8 e 10 a 12, pugnando, em vista de prova que invocam, pela sua modificação/inversão, e bem assim, considerando que "não está provada a intervenção consciente e deliberada dos arguidos (Socicorreia e AA) no esquema de faturação falsa com o objetivo de obter um benefício ilícito para a sociedade arguida (poupança de 123 mil euros de IRC) à custa de defraudar o Estado", não se mostrando preenchidos o elemento objectivo do crime, nem, ao menos por dúvidas, o elemento subjetivo,

- contestando ainda, no que concerne ao arguido, a imputação de um juízo ilícito e culposo por não haver qualquer ato de ligação entre ele e os subempreiteiros,

por tudo pugnando pela absolvição de ambos,

e ainda, subsidiariamente,

pretendendo que, a manter-se a condenação, se impõe o recurso ao instituto da redução de pena (art. 22.º do RGIT), e bem assim, em vista dos dados factuais do processo (o pagamento, diminuta ilicitude e culpa,) a sua fixação em multa de 500 euros para cada um.»

3. Foi apresentado como acórdão fundamento, pelos aqui recorrentes, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.06.2009^[1], e transitado em julgado a 07.07.2009 (cf. certidão junta aos autos pelos recorrentes).

Neste a questão a decidir era apenas uma:

«A questão que cumpre apreciar e decidir, tal como delimitada pelas conclusões da alegação dos a Recorrentes, é a de saber se a sentença recorrida fez errado julgamento quando considerou que o “figurar no registo como gerente de uma sociedade” exerce, de facto, as funções de gerente da sociedade.»

E decidiu-se pela procedência do recurso e consequentemente pela absolvição dos arguidos do crime de abuso de confiança (nos termos do art. 105.º, n.º 1, do Regime Geral das Infrações Tributárias).

4. Os arguidos interpuseram o recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, tendo terminado com as seguintes conclusões:

«O ACÓRDÃO FUNDAMENTO

1. Para o Acórdão fundamento (Tribunal da Relação do Porto n.º 21/05.7TAPRD.P1, 4.ª secção, proferido a 03/06/2009, já transitado em julgado) o arguido, gerente de direito de sociedade, não pode ser condenado por crime fiscal, apenas com base em prova indireta ou presumida – no sentido de quem exerce a gerência de direito, também a exerce de facto, com base em “regras de experiência comum” e da “normalidade do curso da vida”.

2. Exige-se a comprovação, por outros elementos de prova, que o gerente de direito atuou voluntariamente como gerente; que desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade. Só esta atuação voluntária pode desencadear uma responsabilidade penal que, por natureza, é subjetiva (art. 6.º, 7.º RGIT e 12.º do CP).

3. E, excluída a responsabilidade criminal dos arguidos pessoas singulares, fica afastada, por impossível, a responsabilidade criminal da pessoa coletiva – art. 7.º do RGIT.

O ACÓRDÃO RECORRIDO

4. Para o Acórdão recorrido, o arguido (AA), gerente de direito de sociedade, pode ser condenado por crime fiscal, apenas com base em prova indireta ou presumida – no sentido de quem exerce a gerência de direito, também a exerce de facto, com base em “regras de experiência comum” e “normalidade do curso da vida”.

5. A responsabilidade criminal do arguido, pessoa singular, acarreta a responsabilidade criminal da pessoa coletiva (SOCICORREIA – Engenharia, Lda) – art. 7.º do RGIT.

JULGAMENTOS OPOSTOS SOBRE MESMA QUESTÃO DE DIREITO

6. É insofismável a existência de julgamentos opostos em relação à mesma questão de direito: valor e densificação legal da atuação voluntária, como base da responsabilidade penal, de natureza subjetiva (na aplicação e interpretação do art. 6.º e 7.º do RGIT e art. 12.º do Código Penal).

SENTIDO EM QUE DEVE FIXAR-SE A JURISPRUDÊNCIA

7. O STJ deve fixar a seguinte jurisprudência, na esteira do Acórdão fundamento: na interpretação e aplicação dos artigos 6.º, 7.º do RGIT e art. 12.º do CP, a condenação, por crime fiscal (fraude fiscal), de um gerente (administrador) de sociedade comercial, não se basta apenas com a prova indireta ou indiciária, por presunção natural, no sentido de que da gerência de direito se infere a gerência de facto, com base em “regras de experiência comum”, “lógica” ou “normalidade do curso de vida”.

8. Exige-se também uma qualquer comprovação, por outros elementos de prova, que o gerente de direito atuou voluntariamente; que efetivamente desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade.

9. Pois só esta atuação voluntária pode desencadear uma responsabilidade penal que, por natureza, é subjetiva.

10. E, por consequência, excluída a responsabilidade criminal do arguido pessoa singular, fica afastada, por impossibilidade, a responsabilidade criminal da sociedade, nos termos do art. 7.º do RGIT.

DAS ALEGAÇÕES

11. Não se nega o valor jurídico da prova por presunção natural, mesmo em Direito Penal: de um facto conhecido pode inferir-se um facto desconhecido, por presunção natural, quando entre ambos exista uma relação de causalidade tão intensa, que leve a concluir que a ocorrência de um (conhecido) implica, inevitavelmente, a verificação do outro (desconhecido).

12. O tema do recurso é outro: um gerente de direito não pode ser condenado por crimes fiscais APENAS com base nessa prova indireta, sem o mínimo de prova de gestão efetiva e de facto. Não é legítimo condenar-se um sujeito (o

gerente e a sociedade, por consequência) apenas com base nessa prova indireta (se é gerente de direito, também o é inevitavelmente de facto, por recurso a presunção natural).

13. Desde logo, por violação do art. 6.º do RGIT e art. 12.º do Código Penal, em que o titular de um órgão de pessoa coletiva (gerente de direito) só pode ser responsabilizado por crimes da sociedade que representa, se atuar voluntariamente nessa sua condição de gerente e representante legal.

14. Essa atuação voluntária do gerente não é alcançada apenas com a mera identificação da posição nominal (ou formal) de direito de representante. A atuação “voluntária” imposta pela lei fiscal e criminal remete para a comprovação da gerência de facto, através de atos concretos e efetivos de atuação voluntária de representação da sociedade.

15. Caso a condenação se bastasse com a constatação da gestão de facto, apenas por prova indireta (havendo gerência de direito, por experiência da vida e lógica), seria possível a condenação de um gerente que o era de direito, mas que não o foi de facto.

16. Não faz sentido, por violação do art. 6.º do RGIT e 12.º do CP, que um gerente, apesar de não ter praticado quaisquer atos de gestão da sociedade (sem qualquer atuação voluntária) seja, porém, condenado em matéria fiscal-criminal (fraude fiscal), apenas porque assim figura no pacto.

17. Por outro lado, a condenação apenas com base na presunção natural e judicial, segundo a qual quem é gerente de direito também o é de facto – viola, de forma ostensiva, o princípio estrutural da culpa em direito penal.

18. A responsabilidade já não seria subjetiva e assente na culpa concreta, mas teria uma natureza funcional e objetiva, decorrente da mera titularidade da posição de gerente.

19. Nesse caso – prova da flagrante ilegalidade – um gerente de direito, mas que não o seja de facto será irremediavelmente condenado em processo crime, apesar de não ter praticado qualquer atuação ou comportamento culposos.

20. Onde, a condenação não se pode estribar apenas na presunção natural de gestão de facto; mas tem também de se fundar em factos concretos que denotem efetiva gestão de facto, com a atuação voluntária e culposa do gerente.

Acresce que:

21. Não faria sentido que a prova no processo penal (prova da gerência de facto, apenas por presunção natural, porque é gerente de direito) levasse à condenação do arguido pessoa singular, pelo crime de fraude fiscal qualificada – e, por consequência, da sociedade, quando esse mesmo acervo de prova (apenas por presunção natural), não seria suficiente para a) Responsabilizar o gerente pelas dívidas fiscais da Sociedade (com base no art. 24.º da LGT), nem b) para o condenar por coimas e multas da Sociedade (art. 8.º do RGIT).

22. Nestes dois casos, segundo jurisprudência dos Tribunais superiores da jurisdição administrativa (Ac. TCA Sul de 20/2/2020, proc. 2320/13.5BELRS, Ac. STA, proc. 861/08, de 10/12/2008 Ac. STA de 27/9/2017, proc. 0377/17), a condenação do gerente não se basta apenas com a prova indireta, por presunção natural, mas exige também a prova concreta de prática de atos de gestão efetiva e de facto – de atuação voluntária e culposa do gerente.

23. Com isso, o Acórdão viola a unidade e coerência do sistema jurídico e a ratio do processo crime, que se tem de reger, por assim dizer, por regras ainda mais rigorosas de comprovação de incriminação, para evitar a condenação penal (pena de prisão) de inocentes, que decorre do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP).

In casu:

24. O Acórdão recorrido é ilegal, pelos argumentos expostos supra (cfr. conclusões 7 a 23, em violação do art. 6.º do RGIT e 12.º do CP): condenou o arguido AA, por um crime de fraude fiscal qualificada, apenas com base numa presunção natural, por ter sido gerente de direito da Sociedade (SOCICORREIA – Engenharia, Lda) à data dos factos relevantes, sem que contra ele exista também qualquer prova concreta da sua atuação voluntária como gerente e sem qualquer indicador de culpa.

25. Não foi considerado provado (nem alegado) qualquer atuação concreta e efetiva de AA como gerente de facto da sociedade; e à data dos factos, não era sequer o único gerente de direito da sociedade.

26. Sendo certo, além disso, que as polícias (MP e AT) facilmente detetariam atos concretos de gestão do gerente de direito (por documentos e testemunhas), para assim comandar a sua acusação. Não se trata de uma prova diabólica ou muito onerosa e custosa. Nada disso. Bastaria introduzir uma densificação de atuação concreta do gerente, para assim o levar à acusação no domínio fiscal-criminal.

27. E, em consequência, excluída a responsabilidade criminal do arguido AA, fica necessariamente afastada, por impossível, a responsabilidade criminal da pessoa coletiva, com base no art. 7.º do RGIT.

28. O art. 6.º, n.º 1 do RGIT e art. 12.º, n.º 1, do CP, se interpretados no sentido de que a condenação do gerente [AA] (e da Sociedade [Socicorreia - Engenharia]) por crime de fraude fiscal se bastam na atuação voluntária de AA apenas fundada na mera gerência nominal (e presunção natural de gerência de facto), sem a averiguação concreta de factos que a comprovem, tais preceitos são inconstitucionais, por violação do princípio da culpa (art. 32.º da CRP), dignidade da pessoa humana em que se baseia a Constituição (art. 1.º da CRP), Estado de Direito (art. 2.º da CRP), direito à integridade pessoal (art. 25.º da CRP) e direito à liberdade (art. 27.º da CRP).

Termos em que: o Supremo Tribunal de Justiça deve rever a decisão recorrida ou reenviar o processo (art. 445.º, n.º 2, do CPP), decidindo ou determinando as coordenadas da decisão, no sentido de que:

a) É ilegal, por violação do art. 6.º do RGIT e 12.º do CP, condenar o arguido AA, gerente de direito, apenas com base numa presunção natural (judicial) - quem é gerente de direito (facto conhecido) também o é de facto (facto desconhecido), por regras de lógica e experiência comum.

b) Para fundar a condenação do arguido (gerente) é ainda necessário que se introduzam e provem atos concretos de gestão da sociedade pelo gerente, sob pena, se assim não for, de condenação não se fundar em atos voluntários e culposos e assumir uma ilegal natureza funcional-objetiva.

c) Excluída a responsabilidade criminal do arguido AA, fica necessariamente afastada, por impossível, a responsabilidade criminal da SOCICORREIA - Engenharia, Lda. (art. 7.º do RGIT).»

5. Notificado o Ministério Público, junto do Tribunal da Relação, do recurso interposto, apresentou resposta que concluiu nos seguintes termos:

«1. Os Recorrentes não fizeram instruir o Recurso com certidão do acórdão recorrido, nem com a respectiva nota da data do seu trânsito em julgado.

2. O recurso é extemporâneo por ter sido interposto antes da data do respectivo trânsito em julgado.

3. A extemporaneidade do recurso implica a sua inadmissibilidade legal e consequente rejeição nos termos dos art.437º n° 1 e n° 2, 438º n° 1 e 441º n° 1 do CPP.

4. Inexiste identidade de factos quando no acórdão fundamento os arguidos eram "membros nomeados do seu Conselho de Administração" da "sociedade arguida E..., S.A.," e no acórdão recorrido o arguido era o "único sócio e gerente da arguida Socicorreia, Lda, comandando os destinos da sociedade".

5. Inexiste uma identidade de direito quando no acórdão fundamento estava em causa o tipo legal de crime de abuso de confiança fiscal do art. 105º n° 1 do RGIT e no acórdão recorrido estava em causa crime de fraude fiscal qualificada p. e p. pelos art. 103º n° 1 c) e 104º n° 1 e n° 2 n° 4 do RGIT aprovado pela Lei n° 15/2001 de 05.6, art.23º do CIRC e art. 19º n° 3 do CIVA.

6. Inexiste identidade de direito quando o diploma legal de base sofreu alterações legislativas atinentes aos tipos legais em causa.

7. Inexiste fundamento para pedido de uniformização de jurisprudência quando a aparente diferença ou oposição de julgados se funda em diferente apreciação ou valoração da matéria de facto.

8. O Recurso deve ser rejeitado por inadmissibilidade legal, nos termos dos art. art.437º n° 1 e n° 2,438º n° 1 e 441º n° 1 do CPP.»

6. Distribuído o processo como recurso extraordinário para fixação de jurisprudência no Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 439.º, n.º 2, do Código de Processo Penal (de ora em diante, CPP), o processo foi com vista ao Ministério Público, em conformidade com o disposto no art. 440.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, tendo a Senhora Procuradora-Geral Adjunta emitido parecer no sentido da “rejeição” do recurso por “inexistência de oposição de julgados”, aderindo à resposta apresentada pelo Ministério Público junto do Tribunal da Relação, embora considerando que o recurso foi tempestivamente interposto, porquanto:

«O acórdão proferido pelo TR... data de 27.02.2020 e, não admitindo o mesmo recurso ordinário, transitou em julgado decorridos 10 dias sobre a data de notificação aos sujeitos processuais.

Embora não conste a data em que ocorreu tal notificação, admitindo que ela tenha ocorrido em 28.02.2020, considerando-se os arguidos notificados em 02.03.2020, e tendo em conta a suspensão dos prazos processuais operada

pelas Leis 1-A/2020 de 19.03 e 16/2020 de 29.05 (de 09.03 a 03.06.2020), o trânsito em julgado do acórdão ocorreu em 08.06.2020, conforme se certifica na referência por parte do Tribunal Judicial

A data aludida na resposta da Magistrada do M^oP^o junto do TR... - de 26.06.2020, como sendo a do trânsito em julgado do acórdão do TR., baseada na certificação feita pelo TR..., terá tido como base, cremos, o pressuposto de que o trânsito em julgado ocorreria decorridos 30 dias após a notificação do mesmo aos sujeitos processuais, sendo contudo tal prazo respeitante a recursos ordinários, o que não é o caso do presente recurso extraordinário.

Assim, nos termos do art. 438^o n^o1 do CPP, e tendo em conta a suspensão dos prazos processuais operada pelas Leis 1-A/2020 de 19.03 e 16/2020 de 29.05, considera-se tempestivamente apresentado o presente recurso e por quem tem legitimidade para o efeito.»

7. Notificado deste parecer nos termos do art. 417.^o, n.^o 2, do CPP, ex vi art. 448.^o, do CPP, respondeu o arguido alegando que:

«Quanto à alegada inexistência de identidade de direito (e da mesma legislação)

O relevante para a questão controvertida não é que um caso se reporta ao crime de fraude fiscal (art. 103.º e 104.º do RGIT) e o outro a um crime de abuso de confiança fiscal (art. 105.º do RGIT), em períodos temporais distintos.

Mas antes, como se indica expressamente no recurso - (ii) “sentido em que deve fixar-se a jurisprudência cuja fixação é pretendida” - que se cita:

“Na interpretação e aplicação dos artigos 6.º e 7.º do RGIT e art. 12.º do CP,

A condenação, por crime fiscal (fraude fiscal), de um gerente (administrador) de sociedade comercial, não se basta apenas com a prova indireta ou indiciária, por presunção natural, no sentido de que da gerência de direito se infere a gerência de facto, com base em “regras de experiência comum”, “lógica” ou “normalidade do curso de vida”.

Exige-se também a comprovação, por outros elementos de prova, que o gerente de direito atuou voluntariamente como gerente; que efetivamente desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade.

Pois só esta atuação voluntária pode desencadear uma responsabilidade penal que, por natureza, é subjetiva.

E, por consequência, excluída a responsabilidade criminal do arguido pessoa singular, enquanto gerente de direito da sociedade, fica necessariamente afastada, por impossibilidade, a responsabilidade criminal da sociedade, nos termos do art. 7.º do RGIT: “as pessoas coletivas sociedade (...) são responsáveis pelas infrações previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e interesse coletivo”.

Ou seja:

a) A divergência jurídica (falta de identidade de direito) situa-se apenas ao nível do art. 6.º e 7.º do RGIT e art. 12.º do CP.

b) Esses preceitos do RGIT estão inseridos nas “disposições comuns” dos “princípios gerais” desse código e aplicam-se, da mesma forma e indistintamente, a todos os crimes fiscais – à fraude fiscal e ao abuso de confiança fiscal.

c) O mesmo sucede com o art. 12.º do Código Penal, que aborda os pressupostos criminais da atuação em nome de outrem para todo o tipo de crimes.

E estes três preceitos não sofreram qualquer alteração legislativa. São os mesmos, com a mesma e exata redação, para o caso do Acórdão recorrido e do Acórdão fundamento (e na atualidade). Existe, pois, uma total identidade normativa.

Quanto à alegada inexistência de identidade de facto

O MP releva, neste ponto, que no Acórdão recorrido só havia um gerente e que no Acórdão fundamento havia vários administradores. A alegada inexistência de identidade de facto estaria em que num caso só há um representante legal e no outro caso são vários.

Este dado, todavia, não tem qualquer relevância. Esse facto é inócuo para a questão em oposição. Daqui não se pode concluir pela inexistência de oposição de julgados.

A oposição de julgados invocada é a seguinte: a condenação, por crime fiscal, de um gerente (administrador) não se basta apenas com prova indireta ou indiciária, por presunção natural, no sentido de que da gerência de direito se

infeire a gerência de facto (“por regras de experiência comum”), mas exige-se também qualquer comprovação, por outros meios de prova, que o gerente ou administrador efetivamente desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade.

E exige-se ou não essa prova (direta), quer a gestão seja composta por um ou por vários gerentes ou administradores. O número de responsáveis legais é um facto totalmente irrelevante para a questão em oposição.

Repare-se que no Acórdão fundamento, o processo dirige-se contra todos os administradores, para além da própria Sociedade. O que reforça a ideia da identidade factual relevante: a incriminação funda-se apenas em presunções naturais – quem é gerente de direito também o é de facto, sem qualquer prova concreta, qualquer que seja, sobre cada um deles.

Quanto à alegada divergência assente apenas nos fundamentos da decisão: que haveria apenas diferente avaliação da prova produzida nos dois processos – e não diferente entendimento jurídico sobre a mesma questão de direito

É falso que a oposição ou divergência se situe nos fundamentos da decisão e/ ou na diferente avaliação da prova produzida nos dois processos.

Os pontos (I)1, (i)2 e (I)3 do Recurso de Fixação de jurisprudência esclarecem este ponto. Há uma flagrante contradição e oposição. Existem julgamentos opostos em relação à mesma questão de direito.

Para deixar claro, proceder-se-á a seguinte citação do ponto (I) 3 do Recurso:

“O Acórdão fundamento advogou que a condenação, por crime fiscal, de um gerente de sociedade comercial, não se basta apenas com a prova indireta ou indiciária (art. 125.º e 127.º do CPP), por presunção natural, no sentido de que da gerência de direito se infeire a gerência de facto, com base em “regras de experiência comum ou normalidade do curso de vida”. Exige-se a comprovação, por outros elementos de prova, que o gerente de direito atuou voluntariamente como gerente; que desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade. Só esta atuação voluntária pode desencadear uma responsabilidade penal que, por natureza, é subjetiva (art. 6.º, 7.º do RGIT e 12.º do CP).

Ao invés,

O acórdão recorrido advogou que a condenação, por crime fiscal, de um gerente (AA) de sociedade comercial (SOCICORREIA – Engenharia, SA) se

basta apenas com a prova indireta ou indiciária, por presunção natural, no sentido de que da gerência de direito se infere a gerência de facto, com base em “regras de lógica e experiência comum”. Assume-se, com base nisso, que o gerente de direito atuou voluntariamente como gerente; que desempenhou de facto a gerência ou administração da sociedade; e que daí pode resultar a sua responsabilidade penal subjetiva.

A questão jurídica em oposição não radica no nível ou densidade ou quantum dessa prova direta. Se é preciso a prova de que assinou documentos ou nos elementos contabilísticos.

A oposição jurídica encontra-se a montante, no an e existência dessa prova direta: pode-se ou não condenar um arguido pessoa singular (gerente – seja único ou muitos) por um crime fiscal apenas por prova indireta, através da “experiência comum ou normalidade do curso da vida” (como indicado no Acórdão fundamento) ou por “lógica e experiência comum” (na expressão do Acórdão recorrido). E estas expressões são homólogas e remetem para a mesma questão de direito.

Por fim:

É manifestamente infundado o alegado pelo MP da Relação quanto à necessidade de instrução do recurso com certidão do acórdão recorrido (e/ou nota do seu trânsito). Aliás, tanto quanto se percebe, o MP junto do STA “deixou cair” tal argumento.

Todavia – por dever de patrocínio – importa esclarecer: não há um preceito legal ou entendimento jurisprudencial em que se estribe aquela asserção (como se conclui do requerimento do MP no Tribunal da Relação); e não se lhe pode aplicar o disposto do art. 440.º, n.º 2, do CPP, por duas razões:

Por um lado, esta norma diz respeito à junção do acórdão fundamento e não do acórdão recorrido;

Por outro lado, esta norma contém uma disposição duplamente condicional (o relator pode determinar que o recorrente junte aos autos o acórdão fundamento): (i) o direito ao recurso não fica precludido se o recorrente não entregar antes o Acórdão fundamento; só fica, se interpelado especificamente para o efeito, não entregar certidão do Acórdão fundamento; (ii) O relator pode até entender que tal não é necessário, perante os dados disponíveis.

E, note-se, por fim, que não faz qualquer sentido exigir (e cominar com o indeferimento liminar do recurso) certidão do Acórdão recorrido, pois tal

informação e Acórdão consta do processo em causa e que será devidamente certificado pelo Tribunal (como o foi no caso concreto).

Termos em que se solicita a prossecução dos termos legais deste Recurso, terminando com Acórdão no sentido do solicitada no pedido do Recurso de Fixação de Jurisprudência».

8. No exame preliminar, a que se refere o art. 440.º, n.º 1, do CPP, considerou-se que o recurso fora tempestivamente interposto por quem tinha legitimidade, embora se tenha entendido não estarem preenchidos os requisitos exigidos para que o recurso possa prosseguir para fixação de jurisprudência.

9. Colhidos os “vistos” e vindo o processo a conferência, nos termos do art. 440.º, n.º 4 do CPP, cabe agora decidir.

II Fundamentação

1. Nos termos do art. 437.º do CPP, são pressupostos da interposição do recurso para fixação de jurisprudência que:

i) os dois acórdãos em conflito do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação sejam proferidos no âmbito da mesma legislação, isto é, “quando, durante o intervalo da sua prolação, não tiver ocorrido modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução da questão de direito controvertida” (n.º 3 do preceito citado);

ii) os dois acórdãos em conflito do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação se refiram à mesma questão de direito;

iii) haja entre os dois acórdãos em conflito “soluções opostas” (n.º 1 do art. 437.º do CP).

Para que a interposição de recurso seja aceite é ainda necessário que:

iv) o recorrente identifique “o acórdão [fundamento] com o qual o acórdão recorrido se encontre em oposição”, bem como, no caso de aquele estar publicado, o lugar da publicação (art. 438.º, n.º 1 do CPP);

v) haja trânsito em julgado dos dois acórdãos em conflito (art. 437.º, n.º 1 e 4 do CPP) e

vi) a interposição do recurso seja realizada no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão [recorrido] proferido em último lugar (arts. 438.º, n.º 1 do CPP).

vii) haja justificação da oposição de julgados que origina o conflito de jurisprudência (art. 438.º, n.º 2 *in fine* do CPP).

A estes pressupostos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal tem acrescentado outros dois:

viii) identidade das situações de facto subjacentes aos dois acórdãos em conflito (dado que só assim é possível estabelecer uma comparação que permita concluir que relativamente à mesma questão de direito existem soluções opostas) e

ix) necessidade de a questão decidida em termos contraditórios ser objeto de decisão expressa (ou seja, as soluções em oposição têm que ser expressamente proferidas em cada uma das decisões).

2. No presente caso, o acórdão recorrido foi proferido a 27.02.2020. Segundo a certidão, foi notificado ao Ministério Público por termo nos autos a 02.03.2020, e aos arguidos por via postal expedida a 28.02.2020.

Sabendo que houve uma suspensão dos prazos entre 09.03.2020 e 03.06.2020 (por força do disposto no art. 7.º, da Lei n.º 1-A/2020, de 19.03, nos arts. 5.º e 6.º, da Lei n.º 4-A/2020, de 06.04 e arts. 8.º e 10.º, da Lei n.º 16/2020, de 29.05), o recurso interposto a 08.06.2020 foi interposto em tempo, conforme o disposto no art. 438.º, n.º 1 do CPP.

Considera-se, pois, tempestivo o recurso interposto.

3. Entende o recorrente existir oposição de julgados entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento, pois considera que a mesma questão de direito — a de saber se se pode deduzir que o gerente de direito é gerente de facto e, portanto, que agiu voluntariamente em nome da pessoa coletiva — foi decidida de forma distinta: no acórdão recorrido, segundo o recorrente, ter-se-á considerado que o gerente de direito é também gerente de facto; no acórdão fundamento, não basta que se diga que alguém é gerente de direito, sendo necessário outros elementos de prova que demonstrem que era, igualmente, o gerente de facto.

Subjacente a esta problemática estará uma análise do disposto no art. 6.º, do RGIT, cuja redação se mantém inalterada desde a versão primitiva da lei datada de 2001, pelo que a legislação subjacente à questão a resolver manteve-se inalterada entre a prolação do acórdão fundamento e a prolação do acórdão recorrido.

Vejamos então cada uma das decisões em confronto, tendo em conta o que estava em discussão em cada uma das situações.

No acórdão recorrido, as questões a resolver, segundo o Tribunal, eram as seguintes:

«Analisando as conclusões da motivação do seu recurso vemos que os recorrentes impugnam a decisão recorrida,

- quanto aos factos, concretamente contestando os considerados provados consignados sob 5, 7, 8 e 10 a 12, pugnando, em vista de prova que invocam, pela sua modificação/inversão, e bem assim, considerando que "não está provada a intervenção consciente e deliberada dos arguidos (Socicorreia e AA) no esquema de facturação falsa com o objetivo de obter um benefício ilícito para a sociedade arguida (poupança de 123 mil euros de IRC) à custa de defraudar o Estado", não se mostrando preenchidos o elemento objectivo do crime, nem, ao menos por dúvidas, o elemento subjetivo,

- contestando ainda, no que concerne ao arguido, a imputação de um juízo ilícito e culposo por não haver qualquer ato de ligação entre ele e os subempreiteiros,

por tudo pugnando pela absolvição de ambos,

e ainda, subsidiariamente,

pretendendo que, a manter-se a condenação, se impõe o recurso ao instituto da redução de pena (art. 22.º do RGIT), e bem assim, em vista dos dados factuais do processo (o pagamento, diminuta ilicitude e culpa,) a sua fixação em multa de 500 euros para cada um.»

Tendo em conta estas questões, e sabendo que

- na motivação da matéria de facto (transcrita no acórdão do Tribunal da Relação ... e agora recorrido) constava expressamente que «o arguido declarou que os dois subempreiteiros referidos na acusação (a sociedade B....., Lda., e a C...., Lda.), têm que ver com a obra que era preciso fazer a

curto prazo para o Governo (...) confirmou ser o gerente da sociedade arguida ao tempo dos factos, e ainda agora, e mais que se tratou de uma obra atípica e única ocorrida na empresa, «ele até é suspeito a dizer isso agora aqui», mas foi atípica, pegaram nos subempreiteiros e tiveram de arranjar outros» (sublinhado nosso), e

- que nas alegações do recurso interposto para o Tribunal da Relação o arguido na conclusão 19 (transcrita no acórdão recorrido) refere que «Os arguidos não atuaram com a intenção de redução da carga fiscal da Socicorreia: a arguida Socicorreia (e AA como seu gerente) pagou o preço devido (que levou a custo fiscal) pelos reais trabalhos das subempreitadas em questão (ainda que tivessem sido efetuadas por terceiros).» (sublinhado nosso),

o Tribunal da Relação considerou que

«é legítimo concluir, por absolutamente razoável face às regras da lógica e da experiência comum, que os arguidos (o arguido enquanto gerente da sociedade arguida, sendo ele quem, em tal qualidade, materializava os actos relativos ao desenvolvimento da actividade e gestão daquela, que a responsabilizavam) na declaração de IRC de 2012 contabilizaram como custos os valores das facturas em questão relativas a obras (subcontratos na área da construção civil e aquisição de materiais) que as ditas sociedades C..... e B..... não prestaram, sendo igualmente razoável segundo aquelas regras concluir que tal foi feito visando evitar sobrecarga fiscal da arguida e obtendo a correspondente vantagem patrimonial no valor indicado no facto.

A inscrição dessas facturas no quadro circunstancial em que teve lugar, com o risco que envolvia de a situação ser, como foi, detectada, só podia, de acordo com as regras da lógica e da experiência comum, ter tal objectivo estando em causa vantagem de montante elevado e sendo que, como bem considerou o Tribunal recorrido, o arguido, enquanto gerente de uma empresa com um volume de negócios como o que se infere das declarações de rendimentos da arguida, não podia deixar de ter conhecimento de que uma sociedade, como ente jurídico susceptível de prestar serviços e emitir as respectivas facturas, não existe só pelo mero facto de serem emitidas facturas em seu nome». (sublinhado nosso; não se transcrevem as notas de rodapé).

Ora, daqui se percebe que o que o Tribunal a quo retirou das regras da experiência e da lógica não foi a conclusão de que o gerente de direito é o gerente de facto, mas sim que os arguidos contabilizaram aquelas faturas no IRC para evitar uma sobrecarga fiscal. Na verdade, a questão agora colocada,

neste recurso para uniformização de jurisprudência, nem sequer foi colocada aquando do recurso para o Tribunal da Relação, dado que o próprio arguido assumiu que era gerente, tal como se constata na conclusão transcrita *supra*.

E continuando na fundamentação do acórdão recorrido, verifica-se que mais uma vez invoca as regras da experiência e da lógica apenas para concluir que o arguido tinha que ter conhecimento e consciência de que não podiam inscrever as faturas como custos da obra — *«em termos absolutamente razoáveis face às regras da lógica e da experiência comum, de o arguido, por si e enquanto gerente da sociedade arguida, ter necessariamente de ter conhecimento e consciência de que não poderia terem sido inscritos custos de obra justificados com as facturas em questão»*. Mais uma vez, também aqui não infere que resulta das regras da experiência e da lógica que o gerente de direito é gerente de facto. E não o faz, dizemos mais uma vez, porque essa questão nem sequer foi colocada no recurso interposto, estando o Tribunal limitado pelas questões que eram objeto do recurso. Tivesse a questão sido colocada e não sabemos qual seria o entendimento do Tribunal.

Ora, isto é distinto do que resulta do acórdão fundamento, onde de forma expressa a questão a decidir era exatamente a de saber se o gerente de direito é ou não gerente de facto. Na verdade, o acórdão fundamento começa por identificar a questão a decidir nos seguintes termos:

«A questão que cumpre apreciar e decidir, tal como delimitada pelas conclusões da alegação dos a Recorrentes, é a de saber se a sentença recorrida fez errado julgamento quando considerou que o “figurar no registo como gerente de uma sociedade” exerce, de facto, as funções de gerente da sociedade.»

E perante esta questão decidiu que:

«exigindo a lei expressamente uma actuação voluntária, a mera identificação da posição nominal ou de direito de representante não basta para desencadear responsabilização penal pelas dividas tributárias como bem se compreende, pois a responsabilidade penal é, por natureza, subjectiva.

Com efeito, o artigo 6º, inserido nas disposições comuns do Regime Geral das Infracções Tributárias, sob a epígrafe "Actuação em nome de outrem", dispõe no que ora releva, o seguinte: "Quem agir voluntariamente como titular de órgão, membro ou representante de uma pessoa colectiva, sociedade (...) será punido mesmo quando o tipo legal de crime exija: (...) que o agente pratique o

facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado".

O citado normativo alarga a responsabilidade penal e consequentemente a punibilidade pela actuação em nome de outrem (na linha traçada pelo art.º 12 do C.Penal), quando o agente actuou voluntariamente como titular dos órgãos de uma pessoa colectiva, sociedade.

A lei ao exigir uma actuação voluntária afasta “qualquer tentativa de nele ver uma responsabilidade funcional-objectiva, decorrente da mera titularidade da posição de representante»- cf. PAULO SARAGOÇA DA MATTA in «O Artigo 12º do Código Penal e a Responsabilidade dos Quadros das Instituições”, pág. 105.

E noutro passo escreve o mesmo autor: «A posição de representante é pois insuficiente para gerar responsabilização penal, na medida em que sempre será necessário que o mesmo actue voluntariamente».

Assim e retomando a análise do caso em apreço verificamos que o facto conhecido (o pressuposto e a base da presunção) é a gerência de direito, o que por si só e sem outros elementos de prova (nomeadamente documental - v.g. através de elementos da escrita e contabilidade da sociedade) não permite extrair a ilação de que os arguidos, no período temporal assinalado, exerceram ou desempenharam de facto a gerência ou administração da sociedade.

Daí a procedência do recurso.»

Ora, perante a questão a resolver, o Tribunal considerou que não havia elementos de prova suficientes para concluir que aquela gerência de direito correspondia a uma gerência de facto.

Situação distinta da subjacente ao acórdão recorrido, onde o arguido não só nas alegações de recurso não questiona a sua qualidade de gerente de facto, como (e por isso mesmo) também essa questão não é debatida pelo Tribunal *a quo*, não se sabendo qual seria a decisão caso tivesse sido questionada — não se sabe se, por exemplo, perante a prova existente nos autos, se teria concluído (ou não) que daqueles elementos de prova se poderia tirar a conclusão que se tratava de uma gerência de facto. Em nenhuma parte da fundamentação o Tribunal *a quo* analisa esta questão, pelo que não podemos considerar existir oposição de julgados.

De tudo o exposto, necessariamente temos que concluir não existir oposição de julgados, pelo que deve o recurso ser rejeitado.

III Conclusão

Termos em que, pelo exposto, acordam os juízes da secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça em rejeitar o recurso extraordinário para fixação de jurisprudência interposto pelos arguidos *Socicorreia — Engenharia, AS*, e *AA*.

Custas pelo recorrente, com 3 UC da taxa de justiça.

Supremo Tribunal de Justiça, 4 de fevereiro de 2021

Os Juízes Conselheiros,

Helena Moniz- Relatora

António Clemente Lima

[1] O acórdão encontra-se publicado aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9a0982b36dae60c1802575da005403ef?OpenDocument>
