

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 0544134

Relator: ANTÓNIO GAMA

Sessão: 15 Fevereiro 2006

Número: RP200602150544134

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC. PENAL.

Decisão: NEGADO PROVIMENTO.

CRIME

CONFLITO DE DEVERES

Sumário

Em geral não é correcto falar em conflito de deveres, direito ou estado de necessidade nos casos em que a entidade patronal, em vez de os entregar ao estado, utiliza os valores retidos ou deduzidos a título de imposto para manter a empresa em funcionamento.

Texto Integral

Acordam, em audiência, no Tribunal da Relação do Porto:

No ..º Juízo Criminal do Porto, entre o mais que agora irreleva, foi decido:

Condenar o arguido B....., pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal, p. e p. no art.º 24 n.º5 do Decreto Lei n.º 20-A/90 de 15.01, com a redacção introduzida pelos Decreto Lei n.º 394/93 de 24.11 e Decreto Lei n.º 140/95 de 14.06, actualmente p. e p. no art.º105 n.º5 do RJIT, na pena de 3 (três) anos de prisão, cuja execução foi suspensa pelo período de dois anos. Condenar o arguido C....., como autor de um crime de abuso de confiança fiscal, p. e p. pelo art.º24 n.º5 do Decreto Lei n.º 20-A/90 de 15.01, actualmente pelo art.º105 n.º5 do RJIT, na pena de 2 (dois) anos de prisão, cuja execução foi suspensa pelo período de dois anos.

Absolver o arguido D....., pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal, p. e p no art.º 24 n.º5 do Decreto Lei n.º 20-A/90 de 15.01, com a redacção introduzida pelo Decreto Lei n.º 394/93 de 24.11 e Decreto Lei n.º 140/95 de 14.06, actualmente p. e p. no art.º105 n.º5 do RJIT.

Condenar a sociedade arguida, "E....., S.A." como autora de um crime de abuso

de confiança fiscal p. e p. pelo art.º24 n.º1 e 5, por força do art.º7 do DL n.º20-A/90 de 15.01, actualmente p. e p. pelo art.º105º n.º 5 do RJIT, na pena de 800 (oitocentos) dias de multa à razão diária de 100 (cem) Euros, o que perfaz um total de € 50.000,00 Euros.

Inconformados recorreram o Ministério Público e os arguidos B..... e C....., rematando as pertinentes motivações com as seguintes conclusões:

[Ministério Público]

presente recurso é restrito às penas de prisão suspensas na sua execução aplicadas aos arguidos B..... e C..... .

Nos termos do disposto nos artºs 11º, n.º 6 e 7 do RJIFNA e 14º, n.º 1 do RGIT, a suspensão da execução da pena de prisão é sempre condicionada ao pagamento ao Estado da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente recebidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa.

Mesmo que tal condição não funcionasse ope legis, o tribunal deveria, ainda assim, definir o pagamento ao Estado das prestações tributárias indevidamente apropriadas como dever a cumprir pelos arguidos, nos termos previstos nos artºs 50º, n.º 1 e 2, e 51º, n.º 1 do Código Penal.

A imposição desse dever de reparar os prejuízos sofridos pelo Estado constitui condição indispensável para o cumprimento das finalidades da punição, ou seja, para a satisfação das exigências de prevenção geral e especial do cometimento de novos ilícitos criminais que no caso se fazem sentir.

Atento o valor global das prestações tributárias apropriadas pelos arguidos, a suspensão da execução das penas de prisão deveria ser fixada pelo período máximo de 5 (cinco) anos, a contar do trânsito em julgado da sentença.

Tendo sido aplicadas aos arguidos B..... e C..... as penas de três e dois anos de prisão, respectivamente, ambas suspensas na sua execução pelo período de dois anos, o tribunal violou o disposto nos artºs 11º, n.º 6 e 7, e 24º, n.º 1 e 5, do RJIFNA, 14º n.º 1 e 105º, n.º 1 do RGIT, 50º, n.º 1 e 2, e 51º, n.º 1, do Código Penal (estes últimos também aplicáveis por força do disposto nos artºs 4º, n.º 1, e 11º, n.º 6, do RJIFNA e 3º, al. a) do RGIT).

[B..... e C.....]

I - A douda decisão recorrida não pode manter-se porquanto não consagra a justa e rigorosa interpretação e aplicação ao caso vertente das normas e dos princípios jurídicos aplicáveis.

II - Verifica-se erro notório na apreciação e decisão da prova, o que determinou que tivessem sido incorrectamente julgados factos essenciais à descoberta da verdade, nomeadamente:

a) que o Recorrente C..... exercia funções efectivas como administrador da empresa;

b) que a E..... portuguesa tenha retido a quantia de 81.498.166\$00, a título de IRS do salário dos seus trabalhadores e recebido dos seus clientes e não entregue ao Estado a quantia de 201.000.000\$00 a título de IVA;

c) que os Recorrentes, na qualidade de legais representantes da Arguida "E..... Portuguesa" tivessem feito suas essas quantias, dando-lhes um destino diferente daquele a que estavam vinculados, financiando a empresa à custa das prestações tributárias; e

d) que os Recorrentes agiram conscientes da ilicitude da sua conduta, sabendo que se tratava de dinheiro que não lhes pertencia, nem à empresa que geriam, mas de dinheiro que lhe foi entregue temporariamente a fim de o entregarem ao estado.

III - O crime de abuso de confiança fiscal pressupõe que o agente actue consciente e dolosamente com intenção de se apropriar das quantias respeitantes a impostos cuja entrega é devida à fazenda nacional.

IV - Tais requisitos, essenciais à verificação dos pressupostos do crime de abuso de confiança fiscal, não foram demonstrados.

V - O Tribunal "a quo" considerou provado que a Arguida "E..... Portuguesa" reteve, liquidou e recebeu a título de I.R.S. e I.V.A. a quantia global de 282.498.166\$00, fundamentando a sua convicção no auto de notícia de fls. 41 a 48 dos autos e documentos apensos e, bem assim, no depoimento da testemunha G....., Inspector Tributário, subscritor do auto de noticia.

VI - Salvo o devido respeito, consideram os Recorrentes que, nem o auto de notícia de fls. 41 a 48 dos autos ou os documentos anexos, nem as declarações do técnico tributário são suficientes para alicerçar um juízo valorativo de probabilidade quanto a ter a Arguida a "E..... Portuguesa" procedido à retenção dos montantes de I.R.S. ou ter recebido as quantias de I.V.A. em causa nos autos.

VII - No que respeita à retenção dos montantes de I.R.S. alegadamente retidos e não entregues, o que decorre do auto de notícia é que o técnico tributário limitou-se a verificar as contas da “E..... Portuguesa” respeitantes ao processamento de salários dos seus trabalhadores e, com base nesse único elemento, concluiu ter sido “efectuada a retenção desses valores e a sua não entrega nos cofres do estado”.

VIII - As referidas “contas” traduzem tão somente movimentos contabilísticos.

IX - A empresa só poderia em termos reais - que não meramente contabilísticos - reter o que quer que fosse do salário dos seus trabalhadores se, na realidade, possuísse, nos momentos em que pagou esses os salários, os montantes pecuniários suficientes para operar a retenção.

X - Verdade é que, como decorre do depoimento do técnico tributário, o mesmo não realizou qualquer tipo de averiguação no sentido de determinar se efectivamente a “E..... Portuguesa” tinha, em seu poder, os montantes correspondentes aos valores de retenção de I.R.S. dos salários.

XI - Acresce salientar que do depoimento das testemunhas, em especial, Dr. R....., Director Financeiro da empresa, resulta, de modo claro e inequívoco, que a “E..... Portuguesa” pagou - nos períodos em causa, compreendidos entre 1998 e 2000 - os salários “líquidos”, não dispondo de montantes nas suas contas bancárias para “reter” os valores respeitantes ao IRS, ou seja, que tais retenções nunca foram efectuadas.

XII - É, pois, manifesto não ter sido demonstrado que a “E..... Portuguesa” tenha retido quaisquer quantias a título de IRS.

XIII - Sendo, como é, pressuposto da actuação delituosa que a retenção da prestação tributária - IRS - tenha sido efectuada, verdade é, não decorrendo dos autos elementos que permitiam concluir que a mesma teve lugar - pelo contrário, da prova realizada decorre, com certeza e segura que tais retenções nunca foram feitas - jamais poderiam os Recorrentes ser punidos criminalmente com fundamento na não entrega dessas prestações.

XIV - Sem prescindir, sempre se dirá que, ainda que assim se não entendesse, certo é que também não foi demonstrado que montantes teriam sido concretamente retidos pela empresa, sendo certo que essa demonstração é

essencial na determinação da censura penal do agente.

XV - Do mesmo modo, consideram os Recorrentes não ter sido produzida prova quanto a ter a “E..... Portuguesa” recebido, no período compreendido entre Novembro de 1997 e Março de 2000, dos seus clientes I.V.A. no valor de 201.000.000\$00, que não entregou ao Estado Português.

XVI - Para prova deste facto foram tão somente considerados os elementos constantes do auto de noticia de fls. 41 a 48 dos autos e o depoimento do técnico tributário G... .

XVII - Ora, as averiguações a que procedeu aquele técnico tributário não permitem concluir, com o mínimo de probabilidade que sempre seria exigível, que a “E..... Portuguesa” tenha efectivamente recebido dos seus clientes - entre Novembro de 1997 e Março de 2000 - os valores de I.V.A. que se refere estarem em falta.

XVIII - Desde logo, o técnico tributário esclareceu o Tribunal que apenas procedeu à análise de dois períodos de facturação da “E..... Portuguesa” - os correspondentes aos meses de Dezembro de 1998 e Julho de 1999 - sendo que, também, quanto a estes períodos o seu depoimento é contraditório e incoerente, pois começa por assegurar que nesses dois períodos foi recebido pela empresa os montantes de I.V.A que constam da acusação, para, seguidamente admitir que, nesses mesmos dois períodos tenham sido facturados fornecimentos que não foram pagos à empresa, os quais constam obviamente das liquidações de IVA que esta remeteu para efeitos fiscais.

XIX - Quanto aos demais vinte e três períodos de facturação a que se reportam os autos, aquele técnico tributário não fez qualquer conferência e análise dos documentos contabilísticos, concluindo, no seu depoimento que, para determinar, com certeza, rigor e segurança que o I.V.A. que consta das declarações foi recebido pela Arguida “E..... Portuguesa”, sempre seria necessário proceder à análise desses documentos.

XX - Em resumo, o técnico tributário - única testemunha arrolada para prova dos factos da retenção do IRS e do recebimento do IVA em causa nos autos - declara:

admitir que, por um lado, sem ter procedido a uma análise exaustiva e rigorosa de vinte e três dos vinte e cinco períodos de liquidação do IVA em causa nos autos, não pode assegurar qual o valor exacto, que, das liquidações

apresentadas, terá sido, na realidade, recebido pela empresa; e por outro lado, admite, igualmente, que, mesmo em relação aos dois períodos que analisou, possam existir facturas que, não obstante constarem das declarações de liquidação de IVA, não tenham sido pagas pelos respectivos clientes.

XXI - Em resumo, não pode ter-se por demonstrado, face ao depoimento inconsistente e incoerente da testemunha, que importâncias terão efectivamente sido recebidas pela Arguida E..... Portuguesa, ou seja, que a “E..... Portuguesa” tenha recebido todos - ou parte, e que parte - dos montantes de IVA descriminados na acusação.

XXII - Acresce salientar que, do depoimento da testemunha Dr. R....., que exerceu o cargo de Director Financeiro da “E.....-Portuguesa”, decorre, de modo claro e inequívoco, existirem muitos clientes da Arguida “E..... Portuguesa” que não pagaram - nos períodos em causa - as mercadorias que adquiriram à empresa, ou seja, que uma parte substancial do IVA constante das declarações apresentadas pela “E..... Portuguesa” não foi recebido por esta.

XXIII - Face ao exposto, porque manifestamente insuficiente, contraditória e obscura a prova produzida quanto à retenção do I.R.S. e ao recebimento do I.V.A. em causa, jamais poderiam tais factos ter-se por demonstrados, o que determina a não verificação de pressuposto essencial do crime pelo qual os Recorrentes foram condenados.

XXIV - Sem prescindir, sempre se dirá que não foi demonstrado que o Recorrente C....., sendo “administrador de direito” exercesse, de facto, a administração “E.....-Portuguesa”.

XXV- As funções do Recorrente C..... na “E.....” sempre foram as de gerir a “logística”, a qual absorvia toda a sua actividade, que por se tratar de empresa cuja mercadoria comercializada - rolamentos - correspondia a milhares de referência de produtos diferentes, quer, por na gestão de stocks, ser frequente as deslocações do Recorrente no âmbito nacional e estrangeiro.

XXVI - Porque o Recorrente nunca exerceu funções de administrador na empresa - o Recorrente nunca tomou quaisquer decisões no que respeitava ao pagamento de impostos - jamais poderá o mesmo ser punido pela prática do crime de abuso de confiança fiscal.

XXVII - Sem prescindir, sempre se dirá que, ainda que assim se não entendesse, verdade é que o comportamento dos Recorrentes jamais seria passível de qualquer censura penal.

XXVIII - Afigura-se aos Recorrentes terem sido demonstrados factos que permitem concluir nunca ter sido sua intenção apropriarem-se, ou seja, integrar no património da “E..... Portuguesa” quaisquer prestações tributárias.

XXIX - Da prova produzida decorre – factos que não foram atendidos na decisão proferida pelo Tribunal “a quo” mas que os Recorrentes entendem deverem ter-se por demonstrados – que a sua actuação sempre foi condicionada, por um lado, pela intenção real, concreta e objectiva de solver todas as responsabilidades da “E..... Portuguesa” e, por outro lado, existirem legítimas expectativas de que a empresa iria, a curto prazo, possuir a necessária liquidez financeira para o cumprimento dessas obrigações.

XXX - Essas legítimas expectativas quanto à recuperação da estabilidade financeira da “E.....-Portuguesa” mantiveram-se até ao momento da formalização do contrato de agência com a E.....-SW, prevendo-se um período de cinco anos para a recuperação da empresa.

XXXI - Foi nesse âmbito e, na perspectiva séria de, alterando o modo de actuação comercial, angariar maiores recursos financeiros para solver as suas responsabilidades que sempre actuou o Recorrente B..... .

XXXII - Nada faria prever – após a E.....-SW ter efectuado avultado investimento na E..... Portuguesa e assinado o contrato de agência – que tal contrato não viesse a ser cumprido, por falta de envio de stocks, e destruída, sem qualquer pré-aviso, a relação comercial formalizada.

XXXIII - Os factos que determinaram que a “E..... Portuguesa” não cumprisse atempadamente todas as suas obrigações foram absolutamente estranhos à vontade dos Recorrentes.

XXXIV - Por outro lado, decorre do depoimento de todas as testemunhas inquiridas, que nunca foi intenção dos Recorrentes não proceder ao pagamento dos impostos devidos ao Estado Português.

XXXV - É, pois, totalmente desprovido de fundamento que os Recorrentes se tenham apropriado ilegitimamente, ou que alguma vez tivesse tido intenção de o fazer, não entregando ao Estado Português as prestações tributárias de que este fosse credor, pelo que, inexistindo dolo de apropriação jamais poderiam os Recorrentes ter sido condenados pela prática do crime de abuso de confiança fiscal.

XXXVI - Ainda sem prescindir, dir-se-á que o comportamento dos Recorrente sempre teria de ter-se por legitimado nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 36 do Código Penal.

XXXVII - Com a legítima expectativa de viabilizar financeiramente a “E.....- Portuguesa”, foi efectuado o pagamento do salário “líquido” dos trabalhadores por forma a que a mesma pudesse continuar a laborar e a gerar rendimentos necessários ao cumprimento das suas obrigações.

XXXVIII- Assim, o não cumprimento das obrigações fiscais sempre teria decorrido do imediato cumprimento de um valor, pelo menos, igual ao dever de cumprimento das obrigações tributárias, pelo que sempre os Recorrentes estariam legitimado ao abrigo do disposto no art.º 36º do Código Penal.

XXXIX - Ainda sem prescindir, dir-se-á que na determinação da medida concreta da pena aplicada não foram observados os requisitos estabelecidos no art.º 72º. do Cód. Penal.

XL - A determinação da pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

XLI - Os factos demonstrados não são susceptíveis de valorar a ocorrência de um comportamento doloso imputável aos Recorrentes.

XLII - Os Recorrentes nunca actuaram com intenção de defraudar o Estado português.

XLIII - Do ponto de vista da prevenção especial não se verificam quaisquer factos que imponham a necessidade da ressocialização dos Recorrentes.

XLIV - Tendo em conta a conduta - quer anterior, quer posterior aos factos - e, bem assim, a circunstância de terem já decorrido cinco anos sobre a prática dos factos, é manifesto que os Recorrentes são pessoas bem formadas,

respeitadoras dos interesses sociais e comunitários.

XLV - As exigências de prevenção geral relevantes para a determinação da medida da pena têm de aferir-se perante o caso concreto.

XLVI - Os factos concretos imputados aos Recorrentes não impõem perturbação significativa na comunidade, tanto mais que nunca fizeram sua qualquer quantia, actuaram por forma a nunca prejudicar os trabalhadores da empresa e na legítima expectativa de que a mesma teria condições de viabilidade financeira.

XLVII - Atendendo a que a culpa do agente é diminuta, que não se verificam exigências de prevenção geral e especial, jamais poderiam os Recorrentes ter sido condenados na pena de, respectivamente, três e dois anos de prisão, pelo que a pena a aplicar sempre deveria mostrar-se, nos termos do disposto nos art.ºs 73.º, n.º 2, alínea d), especialmente atenuada.

XLVIII - A douta decisão recorrida viola as normas e os princípios jurídicos constantes dos art.º 24.º, n.ºs. 1 e 5, do Decreto-Lei 20-A/90, de 15 de Janeiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 394/93, de 24/11 e Decreto-Lei 140/95, de 14/06, dos art.ºs 36.º, n.º 1, art.º 72.º, art.º 73.º, n.º 1 e 2, alínea d), do Código Penal, porquanto as mesmas deveriam ter sido interpretadas e aplicadas com o sentido versado nas considerações anteriores.

Termos em que o presente recurso deve merecer provimento e, em consequência:

- a) ser revogada a decisão recorrida absolvendo-se os Recorrente da prática do crime pelo qual foram condenados, ou, ainda sem prescindir,
- b) ser revogada a decisão recorrida, atenuando-se especialmente a pena aplicada aos Recorrentes, reduzindo-a ao mínimo legal.

Admitidos os recursos, os arguidos responderam pelo não provimento do recurso do Ministério Público, e o Ministério Público respondeu concluindo pela manutenção da decisão recorrida na parte impugnada pelos arguidos. Já neste Tribunal o Ex.mo Procurador Geral Adjunto foi de parecer que o recurso do Ministério Público merece provimento e o recurso dos arguidos não merece provimento.

Cumpriu-se o disposto no art.º 417.º n.º 2 do Código Processo Penal e após os vistos realizou-se audiência, não tendo sido suscitadas nas respectivas alegações novas questões.

Factos provados:

A sociedade arguida foi constituída em 14.01.1960 e tinha por objecto o exercício do comércio em geral e ainda a importação de produtos de origem estrangeira, designadamente, rolamentos, máquinas, ferramentas e aços conhecidos pela marca E..... .

Os dois primeiros arguidos fizeram parte do Conselho de Administração da sociedade arguida no período compreendido entre Novembro de 1997 e Julho do ano 2000, sendo que o primeiro na qualidade de Presidente daquele órgão. O terceiro arguido foi admitido ao serviço da sociedade arguida no ano de 1970 e com a categoria de Chefe de Vendas e posteriormente promovido a Director Comercial. Foi nomeado Administrador nominal da E..... Portuguesa no ano de 1994.

Apesar de eleito nominalmente administrador, o arguido D..... continuou a exercer, única e exclusivamente as funções de empregado, nomeadamente as de Director Comercial, e a quem não era dada qualquer satisfação sobre as decisões de gestão e, em particular, sobre a realização de pagamentos das contribuições ao Estado ou aos fornecedores.

Desde o início de 1997 que o arguido D..... se encontrava de relações cortadas com os restantes administradores, os quais lhe retiraram as funções de Director Comercial, e desde 1998, apenas acedia ao seu gabinete na empresa apenas de quando em vez.

Os dois primeiros arguidos exerceram conjuntamente, no período sobredito, os poderes de administração, gestão e representação da arguida E..... Portuguesa S.A., agindo no interesse desta na qualidade de seus representantes legais.

Conforme resulta do auto de notícia de fls.41 a 48 e que aqui se dá por integralmente reproduzido, foi denunciada e confirmada a falta de entrega nos Cofres do Estado de I.R.S. e I.V.A., que foi efectivamente retido, liquidado e recebido pela arguida E..... Portuguesa S.A.

Sendo certo que estava vinculada nos termos do art.º26 e 40 do C.I.V.A. ao envio das declarações periódicas de I.V.A., com o imposto apurado de acordo com as normas dos artºs 19 a 25.º e 71.º do C.I.V.A. e ao envio do respectivo meio de pagamento.

Resultando ainda do art.º91 do C.I.R.S. que a entidade devedora de rendimentos sujeitos a retenção na fonte é obrigada, no acto de pagamento do vencimento a deduzir-lhes as importâncias correspondentes à aplicação das taxas neles previstas.

Estabelece também o art.º91 n.º 2 e 3 do C.I.R.S. que tais quantias devem ser entregues na Tesouraria da Fazenda Pública ou outros locais autorizados, até

ao dia 20 do mês seguinte àquele em que foram deduzidos.

A empresa arguida, através dos arguidos B..... e C....., como seus representantes, não entregou nos Cofres do Estado I.R.S. retido nos montantes de:

no ano de 1998.....esc. 20.784 763\$00;

no ano de 1999.....esc. 43.522 915\$00;

no ano de 2000.....esc. 17.190 488\$00;

Por outro lado, apesar de ter enviado à administração fiscal as declarações periódicas de I.V.A., não as fez acompanhar do total do valor apurado, tendo deixado de entregar I.V.A. nos montantes de:

no ano de 1997esc. 8 000 000\$00;

no ano de 1998esc. 90 000 000\$00;

no ano de 1999esc. 65 000 000\$00;

no ano de 2000esc. 38 000 000\$00,

valores efectivamente liquidados e recebidos;

Os dois primeiros arguidos, na qualidade de representantes legais e responsáveis da arguida “E....., Portuguesa S.A.”, fizeram suas as quantias totais de:

esc.81.498 166\$00 referentes a I.R.S. retido, e

esc.201 000 000\$00 referentes a I.V.A.,

Apropriando-se indevidamente de um total de esc. 282 498 166\$00 (duzentos e oitenta e dois milhões quatrocentos e noventa e oito mil cento e sessenta e seis escudos), dando-lhe assim um destino diferente daquele a que estavam vinculados legalmente, conforme os elementos constantes dos autos e que aqui se dão como integralmente reproduzidos, mormente o auto de notícia de fls.41 a 48, apensos aos autos e quadro de fls.92.

Nunca os arguidos B..... e C..... entregaram à Administração Fiscal as importâncias liquidadas, designadamente no prazo de 90 dias a contar do termo do prazo previsto para a entrega.

Os mesmos dois arguidos utilizaram indevidamente as importâncias retidas para fins diferentes dos estabelecidos por lei, financiando a empresa arguida à custa das prestações tributárias que não foram indevidamente entregues ao Estado.

Os arguidos B..... e C..... utilizaram as importâncias do IRS retido nos rendimentos sujeitos a retenção e I.V.A. liquidado e recebido dos seus clientes para pagamento à fornecedora alemã, de despesas correntes da empresa e salários, sendo certo que os receberam de facto e que não os entregaram, como deviam, ao credor tributário, optando por manter os postos de trabalho

e a unidade produtiva, a qual se encontrava à vários anos em crise financeira, e ultrapassando os limites do sustentável.

Agiram os arguidos, B..... e C....., conscientes da ilicitude da sua conduta, sabendo que se tratava de dinheiro que não lhes pertencia nem à empresa que geriam, mas de dinheiro que lhes foi entregue temporariamente a fim de o entregarem ao Estado.

Ao agirem da forma descrita, fizeram-no os arguidos B..... e C....., de livre vontade e conscientemente, em comunhão de esforços e intenções, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei, agindo em nome e no interesse da sociedade arguida, na qualidade de seus representantes legais.

Desde 1996 que a “E..... Portuguesa” veio a sofrer um declínio e crise financeira mercê da sua dependência face à “E....., Alemã, S.A”, sua única fornecedora, e a qual, desde essa data, procedeu a uma profunda alteração de política financeira e comercial, prejudicial à sociedade arguida face ao mercado que tinha que enfrentar. Crise essa que culminou com declarada falência.

No exercício da administração da E..... Portuguesa, a actuação do arguido B..... como administrador sempre foi mais marcante, cabendo ao mesmo a última palavra na tomada de decisões, às quais o arguido e administrador C..... aderiu, com as mesmas concordando.

Os arguidos não têm antecedentes criminais.

O arguido B..... encontra-se reformado à cerca de 3 anos auferindo €2.185,00 Euros mensais. Como habilitações literárias tem o Curso Geral de Comércio.

O arguido C..... tem um filho menor de 15 anos de idade. Encontra-se desempregado desde 2001. O mesmo tem o 12.º ano como habilitações literárias.

O arguido D..... encontra-se reformado e auferir €2.500,00 Euros mensais. Tem o 2.º ano da Faculdade de Direito como habilitações literárias.

Factos não provados:

Não se fez prova da incobabilidade de dívidas e atrasos nos pagamentos de clientes da “E....., Portuguesa S.A.”; que nunca o arguido D..... entregou à Administração Fiscal as importâncias liquidadas, designadamente no prazo de 90 dias a contar do termo do prazo previsto para a entrega, que o mesmo utilizou indevidamente as importâncias retidas para fins diferentes dos estabelecidos por lei, financiando a empresa arguida à custa das prestações tributárias que não foram indevidamente entregues ao Estado. Que o arguido D..... utilizou as importâncias do IRS retido nos rendimentos sujeitos a retenção e I.V.A. liquidado e recebido dos seus clientes para pagamento à

fornecedora alemã, de despesas correntes da empresa e salários, sendo certo que os receberam de facto e que não os entregaram, como deviam, ao credor tributário, optando por manter os postos de trabalho e a unidade produtiva, a qual se encontrava à vários anos em crise financeira, e ultrapassando os limites do sustentável. Que agiu o arguido D..... consciente da ilicitude da sua conduta, sabendo que se tratava de dinheiro que não lhe pertencia nem à empresa que geria, mas de dinheiro que lhe foi entregue temporariamente a fim de o entregarem ao Estado. Que ao agir da forma descrita, fê-lo o arguido D..... de livre vontade e conscientemente, em comunhão de esforços e intenções, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei, agindo em nome e no interesse da sociedade arguida, na qualidade de seu representante legal.

Motivação:

- Os factos dados por provados alicerçaram-se fundamentalmente na análise dos seguintes documentos de fls.: 41 a 48, 58 a 71, 123 a 162, 259 a 279 e documentos apensos, todos dos presentes autos;

certificados do registo criminal;

relevantes para a apreciação e análise dos documentos supra indicados foram os depoimentos de:

1. As declarações dos arguidos no que toca à sua situação familiar e profissional. Os arguidos, B..... e C..... descreveram igualmente a situação financeira e comercial da sociedade arguida desde o ano de 1991 e até à decretada falência, confirmando que o arguido D..... não tinha qualquer tipo de influência ou poder decisório na mesma. O arguido D..... confirmou tal situação clarificando ainda a razão pela qual a mesma se verificava e desde que data;
2. A referida crise financeira e comercial, assim como a natureza das funções exercidas pelo terceiro arguido, foram confirmadas pelas testemunhas, ex-funcionários ou ex-colaboradores da sociedade arguida, S....., R..... (técnico de contas e director financeiro da arguida apenas desde 1999), H....., Advogado da E....., I....., director de informática, J....., vendedor, L....., empregado de escritório, M....., advogado, N.....,
3. As testemunhas O....., P..... e Q..... abonaram o carácter e personalidade dos arguidos B..... e C.....;
4. A testemunha G....., Inspector Tributário e o subscritor do auto de notícia supra mencionado, esclareceu o tribunal quanto ao modo como geriu a inspecção fiscal à E....., referindo que:
O IVA apurado reflecte a totalidade da facturação realizada nos períodos de Dezembro de 98 e Julho de 99, tendo sido verificado, através da análise das

vendas a dinheiro, letras sacadas e recibos emitidos relativamente a facturas processadas nesses períodos;

Os restantes períodos a que estes autos se reportam, e no que toca ao I.V.A. apurado, foram analisados com recurso à contabilidade da sociedade arguida que registou os montantes das facturas como efectivamente recebidos e pagos pelos clientes.

Note-se que a sociedade arguida nunca requereu a devolução de IVA nos termos legalmente previstos, nomeadamente por força dos incobráveis, sendo certo ainda que os elementos contabilísticos analisados e processados pela sociedade arguida nunca foram objecto de impugnação pela mesma, pelo que a informação aposta nos mesmos faz fé, quer para efeitos fiscais quer em juízo, sob pena da arguida “venire contra factum proprium”.

Os demais factos não provados resultam da inexistência de prova documental ou testemunhal que fundamente as declarações prestadas pelos arguidos.

O Direito:

Entendem os arguidos que a decisão recorrida padece de erro notório na apreciação e decisão da prova, tendo sido incorrectamente julgados os seguintes factos:

- a) que o Recorrente C.... exercia funções efectivas como administrador da empresa;
- b) que a E..... portuguesa tenha retido a quantia de 81.498.166\$00, a título de IRS do salário dos seus trabalhadores e recebido dos seus clientes e não entregue ao Estado a quantia de 201.000.000\$00 a título de IVA;
- c) que os Recorrentes, na qualidade de legais representantes da Arguida “E..... Portuguesa” tivessem feito suas essas quantias, dando-lhes um destino diferente daquele a que estavam vinculados, financiando a empresa à custa das prestações tributárias; e
- d) que os Recorrentes agiram conscientes da ilicitude da sua conduta, sabendo que se tratava de dinheiro que não lhes pertencia, nem à empresa que geriam, mas de dinheiro que lhe foi entregue temporariamente a fim de o entregarem ao estado.

Consustancia erro notório na apreciação da prova, a falha grosseira e ostensiva na análise da prova, perceptível pelo cidadão comum, talvez melhor por um juiz normal [com a cultura e experiência da vida e dos homens, que deve pressupor-se num juiz chamado a apreciar a actividade e os resultados

probatórios [Na sugestão de C. Neves, Sumários de Processo Criminal, 1968, pág. 50-1]] denunciadora de que se deram provados factos inconciliáveis entre si. Há um tal vício quando um homem médio, rectius, um juiz normal, perante o que consta do texto da decisão, por si só ou conjugada com o senso comum, facilmente se dá conta de que o tribunal violou as regras da experiência ou se baseou em juízos ilógicos, arbitrários ou mesmo contraditórios ou se desrespeitaram regras sobre o valor da prova ou das *leges artis*.

Lida a decisão da matéria de facto, o elenco dos factos provados, não provados e respectiva motivação, não se descortina o esgrimido vício: a decisão constitui um todo coerente e não se detecta qualquer violação das regras legais relativas à prova.

Uma detalhada apreciação da alegação dos recorrentes possibilita a conclusão de que os arguidos entendem que a decisão padece do invocado erro notório, porque no seu entender, na leitura que eles recorrentes fazem da prova, alguns factos considerados provados pelo tribunal, aqueles que acima foram individualizados, deviam ter sido elencados nos não provados.

Como ocorreu documentação vejamos do fundado ou infundado da crítica dos recorrentes.

Da leitura da transcrição da prova produzida no julgamento - de toda a prova produzida - resulta imediatamente uma primeira conclusão: a versão considerada provada tem sólido apoio na prova produzida na audiência de julgamento. Aliás, bem vistas as coisas os recorrentes não contestam que a factualidade assente tem apoio na prova produzida na audiência de julgamento; questionam é a valorização de uns depoimentos, em detrimento de outros. Por isso a questão que importa apreciar, e a que se impõe dar resposta, é a de saber, se a solução a que chegou o tribunal está fundamentada?

Como é sabido, é necessário que o tribunal indique os fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção do facto como provado ou não provado. E para que não seja arbitrária, a lei impõe a exigência de objectivação, através da fundamentação da matéria de facto, "com uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentaram a decisão, com a indicação e exame crítico das provas que serviram para fundamentar a decisão do tribunal " art.º 374º n.º2 do Código Processo Penal.

O juiz do julgamento tem, em virtude da oralidade e da imediação, uma percepção própria do material probatório que nós indiscutivelmente não temos. O juiz do julgamento tem contacto vivo e imediato com o arguido, com o ofendido, as testemunhas, assiste e não raro intervém nos seus

interrogatórios pelos diversos sujeitos processuais, recolhe um sem número de impressões... que não ficam registadas em acta, apenas na sua mente... Essa fase ao vivo do directo é irrepetível. Esta fase do processo – o recurso – é uma fase dominada pelo princípio da escrita, tornando-se difícil, para não dizer impossível, avaliar, com correcção, da credibilidade de um depoimento em contraponto com outro diverso. Entre dois depoimentos contrapostos por qual optar? Essa é, em princípio, uma decisão do juiz do julgamento. Uma decisão pessoal possibilitada pela sua actividade cognitiva, mas também por elementos racionalmente não explicáveis e mesmo puramente emocionais. Como enfatiza Damião da Cunha [A estrutura dos recursos na proposta de revisão do Código Processo Penal, RPCC, 8º, 2º pág. 259.] os princípios do processo penal, a imediação e a oralidade, implicam que deve ser dada prevalência às decisões da primeira instância. Nós apenas podemos controlar e sindicar a razoabilidade da sua opção, o bom uso ou o abuso do princípio da livre convicção, com base na motivação da sua escolha [Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, lições coligidas por Maria João Antunes, 1988-9, pág. 140 e segts. 158-9].

Aquilo que o tribunal de recurso pode essencialmente censurar, é a violação de todo um conjunto de princípios que estão subtraídos à livre apreciação da prova (que limitam o arbítrio na sua apreciação) exactamente: as regras de experiência comum, o princípio “in dubio pro reo”, o princípio de presunção de inocência e, em especial, aquele que está directamente ligado à afirmação de uma culpabilidade pelo facto, isenta de qualquer referência a características pessoais do arguido [Damião da Cunha, O Caso Julgado Parcial, pág. 566-7].

Concretizando ainda mais:

a) que o Recorrente C..... exercia funções efectivas como administrador da empresa;

resulta do depoimento do co-arguido seu pai, F....., fls. 13 e 14 das transcrições, quando refere que o filho passou a fazer parte da administração em noventa e quatro (...) que todos os administradores estavam na Assembleia Geral, fls. 24, onde era discutida a situação financeira da empresa, que o C....., contrariamente ao administrador D....., que foi absolvido, aprovou e assinou os relatórios de gestão...

Aliás o arguido nas suas declarações não descarta as suas responsabilidades e não nega esta realidade, fls. 62 e segts. Esclarece até que as reuniões do Conselho de Administração, em virtude de alguns desentendimentos [do pai com o cunhado] obrigaram até a alguns formalismos anteriormente dispensados, fls. 66. O recorrente admite que nas Assembleias discutiu os

relatórios de contas que também aprovou e assinou, fls. 70. Ora a empresa em causa, não era uma empresa de «vão de escada», era uma prestigiada empresa que comercializava produtos de uma marca conhecida, uma empresa organizada. O arguido é uma pessoa instruída, com formação académica ainda hoje superior à média, um empresário esclarecido, que falava fluentemente alemão e tinha a seu cargo o relacionamento com a fornecedora alemã. É a todas as luzes evidente que ele sabia o que fazia e o que devia fazer e não fazer na administração da empresa na qual trabalhava desde 1979...

Nenhuma censura merece a conclusão da decisão recorrida, de que o Recorrente C..... exercia funções efectivas como administrador da empresa, ancorada no seu depoimento, no depoimento do seu pai e co-arguido e nos documentos juntos aos autos donde consta que participou nas Assembleias, discutiu, assinou e aprovou as contas da gestão da empresa.

Discordam depois os recorrentes que se tenha considerado como factos provados que a E..... portuguesa tenha retido a quantia de 81.498.166\$00, a título de IRS do salário dos seus trabalhadores e recebido dos seus clientes e não entregue ao Estado a quantia de 201.000.000\$00 a título de IVA. Essa crítica funda-se em duas linhas diversas de argumentação: por um lado, consideram os Recorrentes não ter sido produzida prova quanto a ter a “E..... Portuguesa” recebido, no período compreendido entre Novembro de 1997 e Março de 2000, dos seus clientes I.V.A. no valor de 201.000.000\$00, que não entregou ao Estado Português; por outro que a quantia alegadamente retida a título de IRS.....não existir de facto..

Quanto ao IVA entendem os recorrentes que as averiguações a que procedeu o técnico tributário ouvido em audiência não permitem concluir, com o mínimo de probabilidade que sempre seria exigível, que a “E..... Portuguesa” tenha efectivamente recebido dos seus clientes - entre Novembro de 1997 e Março de 2000 - os valores de I.V.A. que se refere estarem em falta. Desde logo, porque o técnico tributário esclareceu o Tribunal que apenas procedeu à análise de dois períodos de facturação da “E..... Portuguesa” - os correspondentes aos meses de Dezembro de 1998 e Julho de 1999. Quanto aos demais vinte e três períodos de facturação a que se reportam os autos, aquele técnico tributário não fez qualquer conferência e análise dos documentos contabilísticos. Daqui partem os recorrentes para a conclusão de que não pode ter-se por demonstrado, que importâncias terão efectivamente sido recebidas pela Arguida E..... Portuguesa, ou seja, que a “E..... Portuguesa” tenha recebido todos - ou parte, e que parte - dos montantes de IVA discriminados na acusação.

A alegação dos recorrentes precisa de uma pequena correcção: relativamente

a todo o período a que se reportam os autos o perito tributário analisou a contabilidade da empresa e foi com base nessa análise que deu notícia do que entendeu constituir ilícito fiscal.

Importa lembrar aos recorrentes uma realidade que parece terem esquecido: a empresa de que eram donos, não era uma empresa de «vão de escada», era uma empresa conhecida e reconhecida, não apenas no sector onde operava, mas a nível geral do tecido empresarial, importava e comercializava produtos de marca notoriamente reconhecida, tinha diversas filiais espalhadas pelo país, chegou a ter quase uma centena de trabalhadores, chegou a movimentar milhão e meio de contos, etc. etc. Tinha uma contabilidade séria e que reflectia fielmente a realidade económica das diversas transacções que efectuava. Tinha economista, Técnico Oficial de Contas, as contas estavam sujeitas a parecer e fiscalização de ROC, etc. etc. Não estamos no terreno da conhecida informalidade, menos ainda da facturação falsa...

É suposto que nestes casos - a natureza das coisas assim nos leva a concluir - a contabilidade espelhe fielmente a realidade económica. Mesmo assim, o perito tributário escolheu por amostragem dois períodos para testar a credibilidade da contabilidade, fez os pertinentes cruzamentos de dados e concluiu, após a conferência de oito mil e quinhentas facturas, que a contabilidade era séria, fls. 143. Estranhamente os recorrentes parecem querer pôr em crise essa seriedade. Mas ficam pela intenção. É certo que sobre os arguidos não impende qualquer ónus, mas se conheciam alguma desconformidade eles melhor que ninguém estavam na posição de suscitar em tempo oportuno essa questão, de carrear para os autos esses elementos....

Concluimos, assim, que no caso a concreta análise contabilística - análise das vendas a dinheiro, letras sacadas e recibos emitidos relativamente a facturas processadas nos períodos de Dezembro de 1998 e Julho de 1999, e quanto aos demais períodos com recurso à contabilidade da sociedade nomeadamente ao registo das facturas pagas pelos clientes - é bastante. Como se refere na motivação, a sociedade arguida nunca requereu a devolução de IVA nos termos legalmente previstos, nomeadamente por força dos incobráveis, sendo certo ainda que os elementos contabilísticos analisados e processados pela sociedade arguida nunca foram objecto de impugnação pela mesma, pelo que a informação aposta nos mesmos faz fé, quer para efeitos fiscais.....

Quanto às quantias retidas e não entregues a título de IRS, importa esclarecer que a questão suscitada pelos recorrentes tem uma dimensão de facto e outra de direito. Por agora vamos abordar apenas a dimensão fáctica; em momento ulterior apreciaremos a questão de direito.

E na dimensão de facto a questão é uma falsa questão. Tendo os arguidos

decidido, como decidiram, privilegiar os pagamentos aos trabalhadores e aos fornecedores de modo a garantirem a actividade da sociedade, esperando por melhores dias para liquidar os impostos devidos ao Estado, conclui-se que os recorrentes preferiram persistir na ilegalidade que mais fácil se lhes afigurou, qual seja a de reter e não entregar ao Estado o IRS relativo aos seus trabalhadores, que obviamente existia na sua disponibilidade, pois se havia dinheiro para tudo menos para impostos, só se pode concluir que existia dinheiro na sua disponibilidade. Acontece é que todo esse procedimento, traduzindo-se em meras operações contabilísticas e financeiras sem aparência de materialidade, financiava o giro da empresa, por isso mesmo se perfilando mais apetecível e até com a aura de impunidade. Como sintomaticamente referiu um dos arguidos, fls. 32, sem luz ou telefone não podíamos funcionar, pagavam os salários, os fornecedores... quanto a impostos pagavam o que podiam... os impostos eram para ser pagos mais tarde, fls. 16, preteriu-se o Estado a favor dos empregados, fls. 17.

A terceira das críticas dos recorrentes quanto à matéria de facto dada como provada - que na qualidade de legais representantes da Arguida “E..... Portuguesa” tivessem feito suas essas quantias, dando-lhes um destino diferente daquele a que estavam vinculados, financiando a empresa à custa das prestações tributárias - cai redonda pela base. Conforme acabamos de ver tal resulta nomeadamente da confissão do arguido F..... .

Quanto à última das críticas - os recorrentes não aceitam ter agido conscientes da ilicitude da sua conduta, sabendo que se tratava de dinheiro que não lhes pertencia, nem à empresa que geriam, mas de dinheiro que lhe foi entregue temporariamente a fim de o entregarem ao estado - é desmentida pelas declarações dos próprios recorrentes: os recorrentes sabiam das obrigações da empresa para com o Estado, só que, conscientes dessas obrigações preteriram o Estado, em favor do giro da empresa, decisão que foi tomada sem oposição dos recorrentes. Como confessa o C..... cfr. 25 o problema do não pagamento dos impostos era um assunto conhecido por todos, discutido na administração, nos corredores e no gabinete de cada um... essa foi a solução que encontraram para a continuidade da empresa, fls.26. O C..... confirma esse conhecimento, fls. 69 e a sua concordância com essa medida, fls. 70.

A matéria de facto não padece do apontado vício, nem de qualquer outro pelo qual a temos como definitivamente como assente.

Perante a factualidade provada claudica a pretensão do recorrente C..... de que não se verificam os pressupostos da co-autoria, de que ele não era administrador. Ele conforme resulta abundantemente dos auto era administrador de direito e exerceu efectivamente essas funções: participou

nas assembleias, votou e executou as decisões e assinou os pertinentes documentos.

Igualmente não se verifica a pretendida não apropriação: ocorreu apropriação conforme a vontade e a decisão dos arguidos pelo que não se vislumbra suporte para questionar a falta de dolo.

Sustentam os recorrentes que actuaram num quadro de conflito de deveres: o não cumprimento das obrigações fiscais decorreu do imediato cumprimento de um valor pelo menos igual ao dever de cumprimento das obrigações tributárias, pelo que [o comportamento] dos recorrentes estaria legitimado ao abrigo do disposto no art.º 36º do Código Penal.

Dispõe o art.º 36º n.º1 do Código Penal que não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.

Uma primeira nota de precisão: os recorrentes pressupõem um quadro de facto que, manifesta e evidentemente, se não verifica. A factualidade apurada não permite visualizar circunstância susceptível de afastar a ilicitude e/ou a culpa. Bem pelo contrário, o quadro fáctico apurado além de não fornecer qualquer apoio a essa sua alegação, afasta-a inequivocamente.

A opção dos recorrentes de pagar aos trabalhadores, configura, na sua óptica, uma causa de justificação, que exclui a ilicitude da acção.

Como vimos essa alegação não colhe suporte nos factos apurados. E não é por acaso que, em regra, assim acontece. Em geral, não é correcto falar de conflito de deveres, direito ou estado de necessidade, em casos como o agora em apreço.

Tendo em vista o conflito de deveres, instituto que melhor quadra com a realidade em apreço, dispõe como vimos o artigo 36º do Código Penal que, « não é ilícito o facto de quem, no caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos (...) satisfaz o dever (...) de valor igual ou superior ao do dever (...) que sacrifica.

Os trabalhadores têm múltiplos direitos, nomeadamente, na parte que agora interessa, direito ao trabalho e à retribuição, art.º 58º e segts. da Constituição. O Estado, por sua vez, está constitucionalmente incumbido de realizar democraticamente vários objectivos visando a realização da democracia económica, social e cultural. Essas finalidades são possibilitadas pelas receitas cobradas pelo sistema fiscal. As hierarquias são claras e inequívocas. As empresas e os cidadãos estão obrigados a pagar, sendo esse o caso, os seus impostos. Não se devem preocupar com o problema do Estado. O Estado tem um tecido legislativo, também conhecido, com uma multiplicidade

de remédios: para as empresas em situação económica e financeira difícil, para as empresas economicamente inviáveis, para as situações de desemprego, etc. Essa legislação foi discutida e aprovada por quem de direito, sendo suposto que consagra as soluções mais razoáveis. Não é por isso legítimo que uma empresa, erija e aplique os seus critérios, fazendo tábua rasa dos comandos legais.

De outro modo, desvirtuam-se, de modo ilegítimo, as regras da concorrência, favorece-se a praga económica da informalidade e o resultado, não é, normal e reconhecidamente, a resolução de um problema, mas apenas adiar uma falência. Foi o caso dos autos. A conduta dos arguidos viola princípios e regras basilares do estado de direito, da ordem jurídica económica e social.

Acresce, que os arguidos não se limitaram a cumprir as suas obrigações em matéria salarial, com os trabalhadores, mas também para com terceiros fornecedores de bens e serviços, etc., pois como sintomaticamente referiu o arguido B..... sem luz ou telefone não podíamos funcionar, fls. 32. Com que legitimidade, impõe-se perguntar, escolheram não pagar ao Estado as contribuições para a segurança social, quando pagaram a todos, ou quase todos, os outros credores?

No caso, flui dos autos que os recorrentes preferiram deitar mão e persistir na ilegalidade que mais fácil se lhe afigurou, qual seja a de não entregar ao Estado os impostos devidos, o IVA que a empresa recebeu e o IRS que retinha, activos financeiros que existiam na sua disponibilidade, apesar de todo esse procedimento em regra se traduzir em meras operações contabilísticas e financeiras sem aparência de materialidade, por isso mesmo se perfilando mais apetecíveis e até com a aura de impunidade.

Concluindo, com o Ac. do STJ de 15.1.97, CJ S, V, Tomo I, pág. 192, não agiram os arguidos em conflito de deveres, quando tendo recebido montantes pecuniários, com a obrigação de os entregarem ao Estado, os destinaram nomeadamente ao pagamento dos vencimentos dos trabalhadores e no giro comercial da empresa.

Finalmente questionam os recorrentes o quantum sancionatório, pois na sua óptica as penas deviam ter sido especialmente atenuadas reduzindo-se ao mínimo legal. Invocam para tal a culpa diminuta, que se não verificam exigências de prevenção geral e especial e que sobre os factos decorreram cinco anos, mantendo os arguidos conduta exemplar.

Dispõe o art.º 72º n.º 1, aplicável ex vi do art.º 3º do RGIT que o tribunal atenua especialmente a pena para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existam circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto

ou a culpa do agente. O instituto da atenuação especial da pena tem na sua génese uma ideia pragmática de que a capacidade de previsão do legislador é limitada e não raro a vida fornece exemplos que o legislador não previu. Ora nesses casos, quando a responsabilidade do agente seja menor que o pressuposta pelo legislador na formulação do tipo legal, imperativos de justiça e proporcionalidade, impõem a recurso a uma válvula de segurança do sistema.

A atenuação especial da pena só pode ter lugar em casos extraordinários ou excepcionais, isto é, quando é de concluir que a adequação à culpa e às necessidades de prevenção geral e especial não é possível dentro de uma moldura geral abstracta escolhida para o tipo respectivo [F Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, 1993, pág. 304 e Ac. do STJ de 10.11.99 citado por Maia Gonçalves CPAnotado, 15ª ed. pág. 256]. Não é o caso dos autos: a moldura penal abstracta permite considerar adequadamente a culpa dos recorrentes. E dentro dessa moldura abstracta a pena foi proporcionadamente fixada.

Recurso do Ministério Público.

Recorre o Ministério Público quanto às penas de prisão suspensas na sua execução aplicadas aos arguidos B..... e C....., sustentando que, nos termos do disposto nos artºs 11º, n.º 6 e 7 do RJIFNA e 14º, n.º 1 do RGIT, a suspensão da execução da pena de prisão é sempre condicionada ao pagamento ao Estado da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente recebidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa. Ora tal não aconteceu no caso.

Assiste razão ao Ministério Público. A suspensão das penas de prisão aplicadas aos arguidos B..... e C....., deviam ter sido condicionadas, nos termos do disposto nos artºs 11º, n.º 6 e 7 do RJIFNA, regime concretamente aplicado, [a mesma solução resulta do 14º, n.º 1 do RGIT], ao pagamento ao Estado da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente recebidos. Essa condição da suspensão da pena de prisão aliás funciona ope legis, dizendo a lei expressamente a suspensão é sempre condicionada, não estando, pois, na discricionariedade do tribunal condicionar ou não ao respectivo pagamento.

Não se diga que esta solução legislativa é inconstitucional, consagrando a prisão por dívidas.

Vejamos a sem razão deste entendimento:

O art.º 1 do Protocolo n.º 4, adicional à convenção de protecção dos direitos

do homem, refere, na tradução portuguesa que acompanhou a Lei n.º 65/78 de 13.10, que ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual [Pinheiro Farinha, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, anotada, pág. 203].

O Estado está incumbido de realizar democraticamente vários objectivos visando a realização da democracia económica, social e cultural, cfr. art.º 58 e segts. da Constituição. Essas finalidades são possibilitadas pelas receitas cobradas pelo sistema fiscal, cujo regime jurídico foi aprovado nos termos da Constituição e da lei. Daí que o dever de pagar impostos, não deriva de uma obrigação meramente contratual, tem origem legal e configura-se até como um dever fundamental [Casalta Nabais, O dever fundamental de pagar impostos, 1998, pág. 186]. Consequentemente o cumprimento desse dever, essencial para a realização dos referidos fins do Estado, pode ser assegurado, e essa foi a opção do legislador português, mediante a cominação de sanções criminais.

Assim, e conforme foi decidido no Ac. do TC n.º 312/00 DR 2.ª S, n.º 240, de 17 de Outubro de 2000, pág. 16728 e segts, a cuja fundamentação brevitatis causa aderimos e aqui damos por reproduzida, quer o art.º 24º do RGIFNA, quer o actual art.º 105º do RGIT, não são inconstitucionais, não violando o artigo 1º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 16/09/63.

Conforme, depois, repetiu o Tribunal Constitucional, no seu Ac. de 29.11.00, DR II S. 31.1.01, pág. 2069, agora a propósito da constitucionalidade do art.º 27.º B do RJIFNA - abuso de confiança em relação à segurança social -, não contém a Constituição, para este tipo de casos, proibição de criminalização, antes reconhece a necessidade de, num Estado de direito democrático, se protegerem penalmente bens e interesses juridicamente essenciais à vida em comunidade. As normas do art.º 24º do RGIFNA e do art.º 105º do RGIT, não violam o princípio segundo o qual ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual, implicado pelo direito à liberdade e segurança consagrado no art.º 27º, n.º 1 e 2, da Constituição.

Como salientou o legislador no Preâmbulo do Decreto Lei n.º 20-A/90, o movimento de eticização aconselhava a que se criminalizassem certos comportamentos lesivos da Fazenda Nacional. E essa criminalização, como vimos, foi levada a cabo pelo legislador nacional. Como enfatiza Claus Roxin, se bem que a propósito de outras matérias, a garantia das prestações necessárias à existência, e é disso que se trata quando se fala do sistema fiscal e de impostos, cfr. artºs 103 e segts. da Constituição, constitui tarefa tão

legítima do direito penal como a tutela de bens jurídicos [Sinn und grenzen staatlicher strafe, Jus, 1966, pág. 381, apud. F. Dias e C. Andrade, RPCC, Ano 6º. 1º pág. 76].

Acresce que, como salienta Anabela Rodrigues [Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal, Direito Penal Económico e Europeu, II vol. Pág. 481 e segts], é hoje um dado adquirido a eticização do direito penal fiscal, o que legitima a expansão do direito penal a um domínio tradicionalmente alheio a esta dignificação. Este fundamento ético do imposto, está contido claramente na Constituição (artºs 103º e 104º), que aponta ao sistema fiscal uma finalidade de repartição justa dos rendimentos e da riqueza, a diminuição das desigualdades, a igualdade dos cidadãos e a justiça social.

Com isso, é inequivocamente o critério político-criminal da necessidade que se reconhece como critério decisivo e legitimador da criminalização de comportamentos que implicam fuga ilegítima ao Fisco.

Finalmente não existe na solução da lei qualquer medida discriminatória, desnecessária ou excessiva, susceptível de constituir violação dos art.º 13º, 18º n.º 2 e 27º n.ºs 1 e 2 da Constituição.

Concluindo não são inconstitucionais as normas dos artºs 24º do RGIFNA e dos artºs 14º e 105º do RGIT, como não é inconstitucional a suspensão da execução da pena condicionada ao pagamento ao Estado da prestação tributária indevidamente apropriada.

Decisão:

Na improcedência dos recursos dos arguidos mantém-se a decisão recorrida; na parcial procedência do recuso do Ministério Público, nos termos do disposto nos artºs 11º, n.º 6 e 7 do RJIFNA condiciona-se a suspensão da execução da pena de prisão ao pagamento ao Estado durante o período de suspensão da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente recebido.

Custas pelos recorrentes fixando-se a taxa de justiça, para cada um, em 10 UC.

Porto 15 de Fevereiro de 2006.

António Gama Ferreira Ramos

Alice Fernanda Nascimento dos Santos

Luís Eduardo Branco de Almeida Gominho

Arlindo Manuel Teixeira Pinto