

A Constituição penal – especial incidência em matéria fiscal

Maria João Antunes

Juíza do Tribunal Constitucional
Professora da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Ao Tribunal Constitucional são postas, com alguma frequência, designadamente em fiscalização concreta, questões em matéria de direito penal fiscal. É uma parte dessa jurisprudência que pretendemos destacar, fazendo-o a partir dos parâmetros de controlo da constitucionalidade de que se tem socorrido o Tribunal: o princípio do “direito penal do bem jurídico”, na denominação que lhe deu Figueiredo Dias, por ocasião do 25.º Aniversário do Tribunal Constitucional¹, o princípio da culpa, o da proporcionalidade das sanções penais, o princípio da legalidade e o princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal. Os três primeiros são princípios que, apesar de não escritos, integram o “bloco da constitucionalidade”, na medida em que são reconduzíveis ao programa normativo constitucional, surgindo como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente explanados².

¹ “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, *XXV Anos de Jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 31 e ss.

² Assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*⁷, Almedina, pp. 920 e s. e 1195 e ss.

1. O princípio jurídico-constitucional do “direito penal do bem jurídico”, enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas incriminatórias a partir dos critérios *dignidade penal do bem jurídico* e da *necessidade da intervenção penal* (da *carência de tutela penal*), começou por ser fundado nos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, enquanto princípios decorrentes da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Presentemente convoca-se antes o princípio da proporcionalidade, expressamente aflorado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a partir da revisão constitucional de 1982, de acordo com o qual, *as restrições legais aos direitos liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, têm de limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

Lê-se na jurisprudência constitucional que “consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos, as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa protecção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo”. O que justificará até o apelo a um *princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal*³.

É entendimento reiterado do Tribunal Constitucional que o recurso a meios penais está constitucionalmente sujeito a limites bastante estritos e consideráveis. Mas é também jurisprudência constante que a *autolimitação* da competência de controlo face

³ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 85/85, 99/2002 e 337/2002.

ao legislador começa quando intervenha o critério da “necessidade” (ou da “carência”) de tutela penal. Não existindo injunções constitucionais expressas de criminalização, de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violem, porque não pode ser ultrapassado “o inevitável entreposto constituído pelo critério da *necessidade* ou da *carência de pena*”. Juízo que cabe, porém, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer um largo âmbito de discricionariedade, só podendo a liberdade de conformação legislativa ser limitada em casos em que a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva⁴.

1.1. É a partir do princípio constitucional do “direito penal do bem jurídico”, que o Tribunal tem testado os limites do punível em matérias típicas do chamado direito penal clássico ou de justiça. Por exemplo, quanto à interrupção voluntária da gravidez ou, mais recentemente, no que toca à incriminação da injúria⁵. E em matérias novas como, por exemplo, a da incriminação da maternidade de substituição a título oneroso, por contraposição à maternidade de substituição a título gratuito que o legislador decidiu não sancionar criminalmente⁶. É também a partir deste mesmo parâmetro que o Tribunal tem aferido da admissibilidade jurídico-constitucional das normas que prevêm crimes de perigo, abstracto e concreto. E o Tribunal tem respondido afirmativamente, no pressuposto de que as normas penais que prevejam crimes de perigo passem o teste da razoabilidade de antecipação da tutela penal, uma vez que “em relação às incriminações de perigo, sempre se poderá entender que não é indispensável a

⁴ Cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 634/93, 83/95, 274/98, 99/2002 e 605/2007, além dos citados, *infra*, na nota 5, e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 42 e ss.

⁵ Cf., respectivamente, Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85, 288/98, 617/2006 e 75/2010 e Acórdão n.º 128/2012.

⁶ Cf. Acórdão n.º 101/2009.

imposição dos pesados sacrifícios resultantes da aplicação de penas e de medidas de segurança, visto que não está em causa, tipicamente, a efectiva lesão de qualquer bem jurídico”⁷.

É ainda a partir do princípio jurídico-constitucional do direito penal do bem jurídico que o Tribunal tem apreciado normas no âmbito do denominado direito penal secundário, como as que incriminam a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e o desvio de subsídio ou subvenção, bem como as que incriminam o abuso de confiança fiscal e o abuso de confiança contra a segurança social. O Tribunal tem aferido da legitimidade constitucional de tais incriminações segundo o critério da dignidade penal do bem jurídico, numa apreciação em que não é detectável o apelo a uma qualquer ideia de autolimitação do juiz constitucional, já que o critério da dignidade penal do bem jurídico supõe o recurso a um *princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal*.

Relativamente ao abuso de confiança fiscal lê-se no Acórdão n.º 312/2000 que «Num Estado de direito, social e democrático, a assunção pelo Estado da realização do bem estar social, através da concretização de uma democracia económica, social e cultural, com respeito pelos direitos e liberdade fundamentais, legitima-se pela necessidade de garantir a todos uma existência em condições de dignidade. A realização destas exigências não só confere ao imposto um carácter de meio privilegiado ao dispor de um Estado de direito para assegurar as necessárias prestações sociais, como também alarga o âmbito do que é digno de tutela penal». Fundamentação que o Tribunal transpôs para o crime de abuso de confiança contra a segurança social. «A solução de punir criminalmente as infracções às normas reguladoras dos regimes de segurança social revela a importância

⁷ Cf. Acórdão n.º 426/91 e, ainda, Acórdãos n.ºs 62/99 e 95/2011.

atribuída à defesa dos interesses públicos subjacentes à legislação em causa, em consonância aliás com a incumbência atribuída ao Estado, pelo artigo 63.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social”⁸.

Mais recentemente, o Tribunal pronunciou-se, em fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade de norma que puna quem adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos, o que pode abranger casos em que a incongruência patrimonial resulte da prática de crimes fiscais⁹. Se a finalidade da incriminação do enriquecimento ilícito é punir crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, não há um bem jurídico claramente definido. Ora, «toda a norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se divisar um bem jurídico-penal *claramente* definido é nula, porque materialmente inconstitucional». Tal norma puniria para proteger um qualquer bem jurídico indefinido, numa “espécie de homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido”, na expressão sugestiva de Pedro Caeiro¹⁰.

1.2. O Tribunal tem apreciado as normas que incriminam o abuso de confiança fiscal e contra a segurança social também por referência à proibição constitucional da chamada «prisão por dívidas», que o artigo 27.º, n.º 1, da Constituição acolhe, o que equivale a uma apreciação segundo o critério da necessidade da pena. Lê-se no Acórdão n.º 663/98 que «a prisão, como meio de coacção ao cumprimento de obrigação contratuais, viola os princípios da necessidade das restrições de direitos fundamentais e, nomeadamente, da pena e de sanções similares (artigo 18º, n.º 2)». «Com efeito, a tutela das obrigações contratuais do cidadão faz-se através das sanções preventivas e

⁸ Cf. Acórdão n.º 516/2000.

⁹ Cf. Acórdão n.º 179/2012. A norma constava do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República.

¹⁰ “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e

repressivas do direito privado, e só quando há violação que, do ponto de vista da culpa, merece especial reprovação, a ponto de provocar justificado alarme social, exige a sua prevenção o recurso às sanções penais. A estas considerações, que já têm pleno valor para a concepção pública da justiça penal do Estado ilustrado, como neste aspecto o foi o do josefinismo português, acresce o novo conteúdo que o princípio da necessidade da pena tem no Estado de direito, orientado pela valoração básica dos direitos da pessoa humana, por comparação com a sua interpretação no Estado absolutista, mesmo quando ilustrado, em função da prevenção geral da violação de uma ordem orientada por valores heterónomos. Assim, num Estado de direito a possibilidade de os credores se servirem da prisão pública como meio de coacção ao serviço dos seus interesses contratuais, traduz-se numa espécie de servidão pessoal entre credor e devedor, que ofende de modo insuportável o direito à liberdade».

Relativamente ao crime de abuso de confiança fiscal, conclui-se que «a obrigação em causa não é meramente contratual, mas antes deriva da lei – que estabelece a obrigação de pagamento dos impostos em questão. Por outro lado, nestas situações, o devedor tributário encontra-se instituído em posição que poderemos aproximar da do fiel depositário. Na verdade, no IVA e no imposto sobre os rendimentos singulares (IRS), os respectivos valores, são deduzidos nos termos legais, devendo depois o respectivo montante ser entregue ao credor tributário que é o Estado.

Perante a norma em questão há assim que levar em conta este aspecto peculiar da posição dos responsáveis tributários, que não comporta uma pura obrigação contratual porque decorre da lei fiscal. Finalmente, relevar-se-á que a impossibilidade do cumprimento não é elemento do crime de abuso de confiança fiscal; a não entrega atempada da prestação, torna possível a instauração do procedimento criminal nos termos do nº 5 do artigo 24º, mas

a criminalização do enriquecimento “ilícito”), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p. 302. Em geral, sobre esta criminalização, p. 297 e ss.

o que importa para a punibilidade do comportamento, como se referiu, é a apropriação dolosa da referida prestação.

Tem assim de se concluir que a norma constante do artigo 24º do RJIFNA não viola o princípio de que 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 artigo 27º, nº 1, da Constituição, em consonância com o previsto no artigo 1º do Protocolo nº 4 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem»¹¹. Fundamentos transpostos para o crime de abuso de confiança e reiterados relativamente ao crime de abuso de confiança fiscal, agora previsto no artigo 105.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT)¹².

2. O princípio jurídico-constitucional da culpa é um dos outros princípios que a jurisprudência fez derivar do texto da Constituição. “Deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com o direito à integridade moral e física”¹³. O princípio exprime-se, em direito penal, a vários níveis: veda a incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; impede a responsabilização objectiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjectivo – a título de dolo ou de negligência – entre o agente e o seu facto; obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a culpa. A título de exemplo, diga-se que com fundamento neste princípio constitucional penal, o Tribunal tem vindo a julgar inconstitucionais normas que prevejam penas fixas, as quais serão também violadoras dos princípios da igualdade e da proporcionalidade¹⁴.

A autonomização do princípio constitucional da culpa em nada obsteu a que o Tribunal tivesse concluído pela legitimidade constitucional da responsabilidade

¹¹ Cf. Acórdão n.º 312/2000

¹² Cf., respectivamente, Acórdãos n.º 516/2000 e 54/2004.

¹³ Cf. Acórdão n.º 426/91.

criminal das pessoas colectivas e equiparadas no âmbito da criminalidade económico-financeira. Se, por um lado, o princípio da individualidade da responsabilidade criminal não tem consagração constitucional expressa; por outro, o artigo 2.º da Constituição é parâmetro da conformidade constitucional da responsabilidade penal das pessoas colectivas, na medida em que comete ao Estado o respeito e a garantia de efectivação dos direitos fundamentais e o projecto de realizar a democracia económica¹⁵.

3. O princípio da proporcionalidade das sanções penais é um outro princípio que a jurisprudência constitucional tem feito derivar do já mencionado artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. É, no entanto, reiterado e uniforme o entendimento de que o Tribunal Constitucional *só deve censurar as soluções legislativas que contenham sanções que sejam manifesta e claramente excessivas*. Assim devendo ser, porque se o Tribunal fosse além disso, “estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação”¹⁶. O Tribunal julgou, porém, inconstitucional, por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, em articulação, normas do Código de Justiça Militar, na medida em que estabeleciam pena desproporcionadamente superior às previstas para o mesmo tipo de crime no Código Penal. Num caso, o Código de Justiça Militar previa uma pena de prisão de 12 a 16 anos para o crime de abuso de confiança, sancionando o Código Penal o mesmo comportamento com pena de prisão de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses; num outro, o Código de Justiça Militar punia o crime de burla com pena de 2 a 8 anos de prisão, prevendo o Código Penal para o mesmo comportamento pena de prisão até 3 anos (pena de prisão até três anos ou multa até 360

¹⁴ Ainda recentemente, Acórdão n.º 80/2012.

¹⁵ Cf. Acórdãos n.ºs 302/95, 212/95, 214/95 e 395/2003.

¹⁶ Cf. Acórdão n.º 574/95.

dias, por força de alteração legislativa subsequente)¹⁷. É aceitável que o mesmo tipo de ilícito seja mais severamente punido pelo direito penal militar do que pelo direito penal comum, uma vez que entre a comunidade civil e a militar existem diferenças capazes de justificar uma diferente dosimetria abstracta da punição. Mas “o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da igualdade, imporá que as medidas das penas em confronto não sejam de tal forma diversas que se descaracterize em absoluto a valoração subjacente ao tipo de ilícito indiciada pela medida abstracta da pena”.

Face à jurisprudência fixada pelo Acórdão n.º 8/2010, do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que a exigência de um montante mínimo de 7.500 €, fixado pelo n.º 1 do artigo 105º do RGIT, para que se verifique o preenchimento do tipo legal de crime de abuso de confiança fiscal, não se aplica ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, previsto no artigo 107º, n.º 1, do mesmo diploma legal, o Tribunal concluiu pela não violação quer do princípio da proporcionalidade das penas quer do princípio da igualdade. «O legislador ordinário tomou uma opção legiferante, em função das peculiaridades próprias do modelo de financiamento do sistema público de Segurança Social, que assenta, maioritariamente, nas contribuições suportadas pelos trabalhadores e pelas entidades empregadoras. Consequentemente, o legislador considerou que a diferenciação entre os crimes fiscais e os crimes contra a Segurança Social assenta não só numa maior ilicitude do facto praticado, na medida em que se trata de um comportamento que compromete a subsistência financeira do sistema público de Segurança Social»¹⁸.

O princípio da proporcionalidade das sanções – a par do princípio jurídico-constitucional da culpa e da proibição constitucional da chamada «prisão por dívidas» – também foi utilizado como parâmetro de aferição da

¹⁷ Cf., respectivamente, Acórdãos n.ºs 370/94 e 958/96.

¹⁸ Cf. Acórdão n.º 97/2011.

conformidade constitucional das normas do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) e do RGIT que prevêm a obrigatoriedade do pagamento das quantias em dívida como condição da pena de suspensão da execução da prisão, sem deixar ao critério do julgador a aplicabilidade caso a caso do cumprimento do dever de pagamento das quantias em dívida, diferentemente do que sucede no direito penal comum. O Tribunal julgou tais normas não inconstitucionais, ainda que o julgador se aperceba no momento da condenação que o condenado muito provavelmente não irá pagar o montante em dívida, por impossibilidade de o fazer; e ainda que, por força do actual n.º 5 do artigo 50.º do Código Penal, a duração da pena de suspensão da execução da prisão coincida com a medida concreta da pena principal. Por um lado, a eficácia do sistema fiscal pode perfeitamente justificar regime diverso, que exclua a relevância das condições pessoais do condenado no momento da imposição da obrigação de pagamento e atenda unicamente ao montante da quantia em dívida; por outro, o juízo quanto à impossibilidade de pagar não impede legalmente a substituição da pena de prisão, poderá sempre haver regresso de melhor fortuna, sendo certo que a revogação da pena de substituição não é automática, dependendo de uma avaliação judicial da culpa no incumprimento da condição¹⁹.

4. Já o princípio da legalidade criminal logra consagração explícita no texto constitucional. Um Estado de direito democrático como é a República Portuguesa deve proteger o indivíduo não apenas *através* do direito penal, mas também *do* direito penal²⁰, devendo, por isso, a intervenção penal ser submetida ao princípio da legalidade, cujo conteúdo essencial, em matéria incriminatória, se traduz em não poder haver *crime* que não resulte de *lei prévia, escrita, certa e estrita*. Não se trata «apenas de um qualquer princípio constitucional mas de uma “garantia dos cidadãos”, uma garantia que a nossa Constituição – ao invés de outras que a tratam a respeito do exercício do poder

¹⁹ Cf. Acórdãos n.ºs 256/2003 e 327/2008.

jurisdicional – explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias relevando, assim, toda a *carga axiológico-normativa* que lhe está subjacente»²¹.

O Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma que pretendia punir o enriquecimento ilícito, também por a construção do tipo não permitir a identificação da acção ou omissão proibida, violando a exigência de determinação típica decorrente do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição, enquanto estabelece que «ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão»²². Exigência que é afinal reveladora do princípio constitucional do direito penal do bem jurídico, na medida em que somente acções ou omissões lesam ou põem em perigo bens jurídicos. As normas que prevejam *crimes de mera suspeita* – aqueles cujo conteúdo do ilícito é composto pelos indícios, todavia não provados, de que o agente praticou certos crimes que lhe propiciaram o património incongruente – ou *crimes de estado* – aqueles cujo conteúdo do ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou detido e os rendimentos e bens lícitos do agente – são por isso questionáveis do ponto de vista jurídico-constitucional.

4.1. Não obstante a *carga axiológico-normativa* que está subjacente ao princípio da legalidade em matéria criminal, são detectáveis divergências na jurisprudência constitucional quanto ao âmbito do princípio enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade de normas penais. Divergências que estão centradas no modo com o Tribunal Constitucional se relaciona ou deve relacionar com o legislador parlamentar, de um lado, e com os outros tribunais, por outro.

As divergências não têm a ver, contudo, com o controlo da exigência de reserva de lei e de tipicidade da norma incriminatória, nomeadamente quando é questionada a

²⁰ Cf. CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1992, p. 67

²¹ Cf. Acórdão n.º 183/2008.

conformidade constitucional de normas governamentais descriminalizadoras ou de normas penais em branco, por invocação do parâmetro “princípio da legalidade”. Relativamente à primeira questão, o Tribunal tem entendido que a competência exclusiva da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, no que toca à definição de crimes e penas não se exerce apenas pela positiva, realizando-se também pela negativa, ou seja, pela supressão do quadro criminal de tipos de ilícito, pelo que também é da competência reservada do parlamento, salvo autorização ao Governo, definir e punir como contra-ordenações factos anteriormente qualificados e punidos como ilícitos criminais²³. Quanto à segunda, o Tribunal tem entendido que “uma norma penal em branco só é susceptível de violar o princípio da legalidade (no sentido de exigência de lei formal expressa que contemple o tipo legal de crime) e, como seu corolário, o princípio da tipicidade (no sentido da exigência de uma descrição clara e precisa do facto punível), quando a remissão feita para a norma complementar põe em causa a certeza e a determinabilidade da conduta tida como ilícita, impedindo que os destinatários possam apreender os elementos essenciais do tipo de crime”. Segundo este entendimento jurisprudencial, a legitimidade constitucional das normas penais em branco pode aferir-se em função do carácter meramente técnico e não inovador das normas de integração²⁴.

O Tribunal não julgou inconstitucional o artigo 96.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do RGIT (crime de introdução fraudulenta no consumo), na parte em que remete para as “formalidades legalmente exigidas”. E não julgou também o artigo 105.º, n.º 7, do RGIT, na redacção da Lei n.º 64-A/2008 (crime de abuso de confiança), quando considera uma prestação tributária a soma dos

²² Cf. Acórdão n.º 179/2012

²³ Acórdãos n.ºs 56/84 e 59/88.

²⁴ Cf. Acórdãos n.ºs 427/95, 115/2008 e 428/2010.

valores que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária²⁵.

4.2. Os juízes constitucionais têm divergido relativamente à questão de saber se pode ser objecto de controlo de constitucionalidade uma norma relativamente à qual se invoque que a interpretação normativa do tribunal recorrido não se conteve no sentido possível das palavras da lei. Uma interpretação que terá *transposto a barreira da moldura semântica do texto* ou que terá mesmo *desrespeitado a proibição de recurso à analogia*. Por exemplo, o tribunal recorrido interpretou determinado preceito penal, no sentido de a prescrição do procedimento criminal se suspender com a declaração de contumácia, sem que esta causa de suspensão estivesse expressamente contemplada²⁶.

Como é entendimento reiterado do Tribunal que o recorrente pode requerer a apreciação de uma *norma na sua totalidade*, em determinado *segmento* ou *segundo certa interpretação*, desde que mediatizada pela decisão recorrida, não se trata propriamente de negar carácter normativo àqueles critérios interpretativos, dotados da necessária abstracção e susceptíveis de invocação e aplicação numa pluralidade de situações concretas, e, por isso mesmo, controláveis do ponto de vista jurídico-constitucional à luz de um qualquer outro parâmetro. Como o sistema português de fiscalização da constitucionalidade não é de *recurso de amparo* ou de *queixa constitucional*, mas sim de *fiscalização estritamente normativa*, a questão tem residido antes em saber se o Tribunal Constitucional pode ou não fiscalizar o *processo interpretativo de obtenção da norma penal*, utilizando como parâmetro o princípio jurídico-constitucional da legalidade criminal. Se ao fazê-lo, está ainda a apreciar uma questão de *inconstitucionalidade normativa*, o que lhe é constitucionalmente permitido,

²⁵ Cf, respectivamente, Acórdãos n.ºs 29/2007 e 146/2011.

ou se está já a controlar a *constitucionalidade do acto de julgamento*, o que já lhe está vedado. Se ao fazê-lo, o Tribunal Constitucional está, ainda, a administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais, exercendo a competência que a Constituição lhe atribui especificamente, ou se está já a sindicar uma interpretação do tribunal recorrido, alegadamente errónea, ao jeito de tribunal de revista. Com a consequência de a negação do controlo de constitucionalidade ter o sentido de recusar a protecção da justiça constitucional quando é alegada a violação de uma tão importante garantia dos cidadãos.

Sem unanimidade quanto à questão do conhecimento do objecto do recurso de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional o artigo 7.º, n.º 1, do RJIFNA, nos termos do qual as pessoas colectivas e equiparadas são responsáveis pelos crimes previstos neste Regime Jurídico quando cometidos pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo, interpretado no sentido de não restringir o conceito de “representante” aos representantes “legais” ou “formais” da pessoa colectiva. Segundo o Tribunal esta interpretação «é adequada às finalidades do sistema punitivo em causa, sob pena de, ilibando a pessoa colectiva de responsabilidade por crimes praticados, em seu nome e em seu proveito, por seus representantes “reais” só pelo motivo de estes não ostentarem título jurídico que os permita qualificar como representantes “formais”, se criar uma enorme lacuna de punibilidade quanto a infracções que podem revestir assinalável gravidade social. Ora, perante mais do que uma interpretação possível da lei, é de presumir que o legislador tenha querido a mais adequada aos fins da sua intervenção²⁷».

Também sem unanimidade quanto ao conhecimento do objecto do recurso de constitucionalidade, o Tribunal não julgou inconstitucional a norma do

²⁶ Cf. Acórdão n.º 183/2008, tirado em plenário, pelo qual se decidiu, por maioria, tomar conhecimento do objecto do recurso, apreciando se a norma em causa foi ou não obtida com desrespeito pela proibição de recurso à analogia.

²⁷ Cf. Acórdão n.º 395/2003.

artigo 6.º, n.º 1, do RGIT (actuação em nome de outrem), na medida em que inclui no seu âmbito incriminatório a figura do “administrador de facto”. Concluiu-se que a expressão “quem agir voluntariamente como titular de um órgão” engloba os administradores de facto. Semanticamente a expressão apenas impõe a actuação (voluntária) em determinadas vestes (como titular de um órgão), não exigindo nem a detenção de título suficiente nem a validade de tal título²⁸.

5. Um outro princípio que integra a constituição penal, logrando consagração expressa no artigo 30.º, n.º 3, é o princípio da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal. Parâmetro que é recorrentemente convocado, entre outros, para aferir da conformidade constitucional de normas que estabeleçam a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às *multas* aplicadas a pessoas colectivas.

Em aplicação do entendimento que se extrai dos acórdãos que não julgaram inconstitucionais as normas que estabelecem a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às *coimas* aplicadas a pessoas colectivas, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional o artigo 8.º, n.º 1, alínea *a*), do RGIT, na parte em que estatui que *os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são subsidiariamente responsáveis pelas multas aplicadas a infracções por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa colectiva se tornou insuficientes para o seu pagamento*²⁹.

²⁸ Cf. Acórdão n.º 128/2010.

²⁹ Cf. Acórdãos n.ºs 129/2009, 150/2009, 234/2009 e 561/2011, este último tirado em plenário, para as coimas e Acórdão n.º 249/2012, para as multas.

De acordo com o entendimento maioritário, o que o artigo 8.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, do RGIT prevê é uma forma de responsabilidade civil subsidiária dos administradores e gerentes, que resulta do *facto culposo* que lhes é imputável de terem gerado uma situação de insuficiência patrimonial da empresa, que tenha sido causadora do não pagamento da multa ou da coima que era devida, ou de não terem procedido a esse pagamento quando a sociedade ou pessoa colectiva foi notificada para esse efeito ainda durante o período de exercício do seu cargo.

O que está em causa não é, por conseguinte, a mera transmissão de uma responsabilidade contraordenacional que era originariamente imputável à sociedade ou pessoa colectiva; mas antes a imposição de um dever indemnizatório que deriva do facto ilícito e culposo que é praticado pelo administrador ou gerente, e que constitui causa adequada do dano que resulta, para a Administração Fiscal, da não obtenção da receita em que se traduzia o pagamento da multa ou coima que eram devidas.

A simples circunstância de o montante indemnizatório corresponder ao valor da multa ou coima não paga apenas significa que é essa, de acordo com os critérios da responsabilidade civil, a expressão pecuniária do dano que ao lesante cabe reparar, que é necessariamente coincidente com a receita que deixa de ter dado entrada nos cofres da Fazenda Nacional; e de nenhum modo permite concluir que tenha havido a própria transmissão para o administrador ou gerente da responsabilidade contraordenacional ou penal.

Junho de 2012