

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA | PENAL

Acórdão

Processo

42/14.9TATMR.E1

Data do documento

10 de janeiro de 2017

Relator

Carlos Berguete Coelho

DESCRIPTORIOS

Abuso de confiança contra a segurança social > Acusação omissa

SUMÁRIO

I - Não contendo a acusação narração alguma que suporte a verificação da condição objectiva de punibilidade prevenida na al. b) do n.º4 do art. 105.º do RGIT, ou seja, de que os arguidos foram notificados em certa data para, em 30 dias, procederem ao pagamento das cotizações em dívida, acrescidos dos juros de mora devidos e coima aplicável, e que tais quantias não foram por eles pagas nesse prazo, não pode esta omissão ser suprida em momento ulterior, pelo que a sua verificação em sede de instrução deve levar a decisão instrutória de não pronúncia.

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora

1. RELATÓRIO

Nos presentes autos, o Ministério Público deduziu acusação, imputando aos arguidos “**A...-Comércio de Automóveis, Lda.**”, **JC, AC, F. e FG**, a prática, por cada um deles, de um crime de abuso de confiança contra a segurança social, na forma continuada, p. e p. pelos arts. 30º, n.º 2, do Código Penal, e 107.º, n.º 1 ex vi art. 105.º, n.º 1, ambos do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 05.06.

Os arguidos JC e AC requereram a abertura de instrução, pugnando pela ausência de indícios da sua participação nos factos.

Admitida e declarada aberta a instrução, que correu termos na Secção de Instrução Criminal da Instância Central de Santarém, realizadas diligências e debate instrutório, proferiu-se **decisão instrutória de não pronúncia** de todos os referidos arguidos pela prática do imputado crime.

Inconformado com tal decisão, o **Ministério Público** interpôs recurso, formulando as **conclusões**:

1. A condição objectiva de punibilidade prevista no artigo 105.º, n.º 4, alínea b) do RGIT não é a notificação para pagamento, mas a atitude que o sujeito passivo adopta perante a mesma.
2. Os factos alegados no último parágrafo da acusação integram a condição objectiva de punibilidade.
3. Os factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, cuja narração se impõe na acusação, são apenas aqueles que integram os elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime.
4. A afirmação feita pelo Mmo. JIC a quo, da equivalência dos efeitos da falta de alegação de um dos elementos do tipo e da falta de alegação da verificação de uma condição objectiva de punibilidade, rectius, da equivalência entre elemento do tipo de crime e condição objectiva de punibilidade, não deixa de acarretar a violação da jurisprudência fixada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2008 de 9 de Abril.
5. As condições objectivas de punibilidade são circunstâncias que se encontram em relação directa com o facto mas que não pertencem nem ao tipo de ilícito nem ao de culpa.
6. O tipo legal de crime de abuso de confiança contra a Segurança Social é tipificado pela não entrega, total ou parcial, às instituições de segurança social, do montante das contribuições legalmente devidas por trabalhadores e membros dos órgãos sociais, deduzido pelas entidades empregadoras do valor das remunerações devidas àqueles.
7. A consumação do crime de abuso de confiança contra a Segurança Social dá-se quando, com absoluta independência da ocorrência ou não da condição prevista no artigo 105.º, n.º 4, alínea b) do RGIT, o agente preenche, com a sua conduta omissiva e contrária à lei, os elementos do respectivo tipo legal.
8. A narração contida na acusação é plenamente suficiente para perfectibilizar o crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, sendo que, atenta a natureza da omissão assinalada, esta não é elemento essencial, nos termos do artigo 283, n.º 3, alínea b) do CPPenal, podendo ser regularmente suprida em sede de instrução, mediante o recurso ao procedimento da alteração não substancial de factos prevista no artigo 303.º, n.º 1 do mesmo código.

9. Tratando-se a exigência prevista no artigo 105.º, n.º 4, alínea b) de uma condição objectiva de punibilidade, o crime de abuso de confiança contra a segurança social consuma-se com independência da sua verificação, pelo que a omissão da narração dessa verificação no libelo acusatório não pode, sem se violar o disposto no artigo 283.º, n.º 3, alínea b) do CPPenal e a jurisprudência fixada nos Acórdãos n.º 6/2008 e n.º 2/2015, fundamentar a decisão de não pronúncia dos arguidos.

10. O tribunal a quo fez prevalecer uma formalidade atinente à necessidade de pena em detrimento da realização material da Justiça e da inerente protecção dos interesses legalmente protegidos.

Nesta conformidade, substituindo o despacho recorrido por outro que, considere que se encontram alegados na acusação os factos integradores da condição objectiva de punibilidade ou que, suprimindo a omissão de alegação em causa, mediante o recurso ao procedimento da alteração não substancial de factos prevista no artigo 303.º, n.º 1 do CPPenal, pronuncie os arguidos, farão Vossas Excelências, como sempre, JUSTIÇA.

O recurso foi admitido.

Apresentaram **respostas**:

- os arguidos **JC** e **AC**, manifestando sufragar a decisão recorrida;
- o arguido **F**, concluindo que a decisão recorrida não merece reparo e deve ser confirmada;
- o arguido **FG**, defendendo que a decisão recorrida deve manter-se inalterada.

Neste Tribunal da Relação, o Digno Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer, no sentido da improcedência do recurso.

Foi observado o disposto no n.º 2 do art. 417.º do Código de Processo Penal (CPP).

Colhidos os vistos legais e tendo os autos ido à conferência, cumpre apreciar e decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O **objecto do recurso** define-se pelas conclusões que o recorrente extraiu da motivação, como decorre do art. 412.º, n.º 1, do CPP, sem prejuízo da análise de questões de conhecimento oficioso.

Assim, reside em apreciar se deveriam os arguidos ter sido pronunciados pela prática do imputado crime de abuso de confiança contra a segurança social, tendo em conta, segundo o recorrente, a alegação da notificação a que alude o art. 105.º, n.º 4, alínea b), do RGIT ou, ainda que desse modo se não entenda, a viabilidade do seu suprimimento.

Na **decisão instrutória**, ora **recorrida**, para além do mais consignou-se:

Compulsados os autos, verificamos que a acusação não contém a narração de todos os factos de que depende a aplicação aos arguidos de uma pena ou medida de segurança.

Está nomeadamente omissa no requerimento acusatório qualquer menção factual à condição objectiva de punibilidade prevista no artigo 105º, n.º 4, al. b), do RGIT, por remissão do artigo 107º, n.º 2, do mesmo Código.

De facto, aos arguidos é imputada a prática do crime de abuso de confiança contra a segurança social, p. e p. pelo artigo 107º, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) que estatui que:

“1 - As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos n.ºs 1 e 5 do artigo 105.º

2 - É aplicável o disposto nos n.ºs 4 e 7 do artigo 105.º.”.

Por sua vez o artigo 105º, n.º 4, al. b) do RGIT estatui que:

“4 - Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se:

...

b) A prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração não for paga, acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.”.

Sucede que em lado algum da acusação, no segmento da narração dos factos, se faz referência a esta notificação. Refere-se apenas que a arguida sociedade “elaborou as competentes declarações” e, no final da acusação, escreve-se que:

“A responsabilidade da arguida sociedade comercial deriva do disposto no artigo 7º do RGIFNA, actualmente, do artigo 7º do RGIT.

Está decorrido o prazo de 90 dias a que alude o artigo 105º, nº4, al. a) do RGIT, aplicável por força do nº2 do artigo 107º do RGIT.

Está decorrido o prazo de 30 dias a que alude o artigo 105º, nº4, al. b) do RGIT, aplicável por força do nº2 do artigo 107º do RGIT.”.

Ora o segmento que acabamos de citar não contém quaisquer factos, apenas conclusões de direito as quais, em especial quanto à condição objectiva de punibilidade prevista no artigo 105º, n.º 4, al. b) do RGIT não são sustentadas por qualquer factos, pois como dissemos a acusação – rica que é em factos irrelevantes ou meramente instrumentais e conclusões jurídicas – nada refere quanto à existência da notificação prevista nesse artigo.

Deveria pois a acusação referir que os arguidos nela identificados foram notificados para proceder em 30 dias proceder ao pagamento das cotizações em dívida, acrescidos dos juros devidos e coima aplicável, indicando também quando tal notificação ocorreu ou pelo menos que tais quantias não foram pagas no prazo de 30 dias contados dessa mesma notificação.

De facto, o artigo 283º, n.º 3, al. b), do Código de Processo Penal estatui que a acusação deve conter, sob pena de nulidade “A narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, incluindo, se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada.”. (sublinhado nosso)

Ora se a acusação deve conter a narração dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, então essa narração deve conter não só os elementos do tipo objectivo e subjectivo, mas também todas as condições objectivas de que depende a punibilidade da conduta. Também estas últimas carecem de ser provadas em julgamento para que os arguidos possam ser condenados. E para que sobre estas possa incidir prova, devem primeiro ser alegadas pelo órgão titular da acção penal, ou seja, pelo Ministério Público, na acusação.

O artigo 311º, n.º 3, al. d), do CPP refere que uma acusação deve ser considerada manifestamente infundada e como tal rejeitada se “os factos não constituírem crime”.

O conceito de “crime” para efeito da lei processual penal é o constante do artigo 1º, al. a), do CPP, que o define como “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais”. Não distingue aqui o legislador (nem deve portanto distinguir o intérprete) entre os vários pressupostos da verificação do crime.

Da conjugação das normas citadas, é pois de concluir que a noção de “crime” para efeitos da aplicação da lei processual penal é a acepção lata dada pela doutrina, segundo a qual crime é o facto típico, ilícito, culposo e punível.

Assim sendo, para que os factos narrados na acusação constituam crime é necessário que:

- a) Se descreva um facto humano: ou seja uma acção ou omissão imputada a um ser humano dominada ou dominável pela vontade;
- b) Que esse facto seja típico: devendo descrever-se todos os elementos do tipo objectivo e subjectivo;
- c) Que esse facto seja ilícito: sendo que a ilicitude emerge em regra da tipicidade do facto, a não ser que ocorra uma causa que a exclua;
- d) Que o facto seja culposo: devendo descrever-se factos de onde se conclua que o arguido, podendo adequar a sua conduta ao direito, escolheu não o fazer;
- e) Que o facto seja punível.

Quanto à punibilidade do facto, esta emerge em regra da sua tipicidade, ilicitude e da culpa do agente, salvo quando o legislador decide condicionar essa punibilidade à verificação de determinados factos objectivos, ou seja, quando existem condições objectivas de punibilidade, como é o caso dos autos.

Tratando-se de um crime para o qual o legislador previu condições objectivas que devem estar verificadas para a sua punibilidade, então estas devem também estar descritas na acusação, pois de outra forma os factos descritos não serão puníveis e portanto não serão “crime” na acepção dos artigos 1º, al. a) e 311º, n.º 3, al. d), do CPP. Tal levaria assim, na fase de julgamento, à rejeição da acusação.

A este respeito, citamos o Ac. da Relação de Évora de 24/09/2013 [1], onde se decidiu que “Não contendo a acusação todos os elementos que permitam a condenação do arguido, incluindo a condição objectiva de punibilidade prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, na redacção introduzida pela Lei n.º 53 - A/2006 (Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2008), a acusação é manifestamente improcedente e, assim, adequado o uso do artigo 311º, nº 1, al. a) e 3, al. d) do Código de Processo Penal e sua consequente rejeição.”.

Atentando na análise da doutrina efectuada por Cruz Bucho [2], afirma o mesmo que “H.H. Jescheck é peremptório ao afirmar que as condições objectivas de punibilidade comungam de todas as garantias do Estado de Direito, estabelecidas para os elementos do tipo (Tratado de Derecho Penal, Parte general, 4ª ed., trad. esp., Granada, 1993, pág. 508). Entre nós parece também ser esta a solução defendida por Teresa Beleza, quando assinala que quanto as estas condições funcionam as mesmas exigências de garantia da lei penal em termos de interpretação e de aplicação.”.

Isto significa que, tal como os elementos típicos do crime, as condições objectivas de que depende a punibilidade da conduta do arguido devem constar da acusação, sob pena da sua manifesta improcedência [3].

Ora a conclusão “Está decorrido o prazo de 30 dias a que alude o artigo 105º, nº4, al. b) do RGIT, aplicável por força do nº2 do artigo 107º do RGIT” nunca pode ser dada como provada porque não é um facto.

E mesmo que se provem em sede de julgamento todos os factos constantes da acusação, ainda assim não se logrará obter a condenação dos arguidos, pela falta desta mencionada condição objectiva de punibilidade.

Ora entendimento largamente maioritário (diremos mesmo unânime) da jurisprudência dos tribunais superiores, é de que situações como a dos autos devem resultar na não pronúncia do arguido.

De facto, como se afirma no Ac. da Relação do Porto de 27-06-2012, proferido no proc. n.º 581/10.0GDSTS.P1:

“I – A acusação à qual falte um dos elementos constitutivos do tipo não é nula mas improcedente.

II – Deduzida acusação improcedente e requerida a abertura de instrução, a circunstância de os factos descritos na acusação não constituírem crime levaria à rejeição desta.

III - E se, mesmo assim, a acusação não tivesse sido rejeitada e viesse a ser realizado julgamento, essa situação levaria à absolvição do arguido com o consequente arquivamento dos autos.

IV- Em nenhuma destas situações se prevê a faculdade de reformular ou corrigir uma acusação improcedente, com o consequente prosseguimento do processo, em vez do seu arquivamento.

IV – A reformulação ou correcção da acusação, nestas circunstâncias, subverteria o sistema processual penal vigente.”.

De igual modo, no Ac. da Relação de Coimbra de 23-05-2012, proferido no proc. n.º 126/09.5IDCBR-B.C1 afirma-se que:

“Se ocorrer no âmbito da instrução, no seio da decisão instrutória, aquando do saneamento do processo, a declaração de nulidade da acusação (art.º 283º, n.º 3 e 308º, n.º 3, do C. Proc. Penal), a obstar ao conhecimento do mérito da causa, mormente pela ausência da narração dos factos, determinará a não pronúncia e o consequente arquivamento do autos e não a «remessa» dos mesmos ao Ministério Público.”.

Naturalmente que, como já observámos, a falta de alegação na acusação da verificação de uma condição objectiva de punibilidade tem os mesmos efeitos que teria a falta de alegação de um dos elementos do tipo, pois o legislador não faz qualquer distinção entre os vários elementos constitutivos do crime.

De facto, considerando que:

- a) Os princípios do acusatório e da autonomia do Ministério Público impedem que o Juiz de Instrução Criminal (JIC) devolva os autos ao Ministério Público para reformulação da acusação; e
- b) Não é lícito ao JIC corrigir ele mesmo a acusação aditando os factos em falta, substituindo-se à função do órgão acusador;

outra solução não pode emergir para além da não pronúncia dos arguidos.

Nestes termos e com os fundamentos expostos não pronuncio os arguidos “A. – Comércio de Automóveis, Lda.”, F, FG, AC e JC, pela prática do crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, que lhes vem imputado na acusação.

Apreciando:

A pronúncia de qualquer arguido só se justificará se tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação àquele de uma pena ou de uma medida de segurança (art. 308.º, n.º 1, do CPP), sendo que, destinando-se a instrução, no que aqui interessa, à comprovação judicial de deduzir acusação (art. 286.º, n.º 1, do CPP), desta haverá de resultar a possibilidade razoável de que assim seja (art. 283.º, n.º 2, do CPP, ex vi n.º 2 do mesmo art. 308.º).

Desde logo, para o efeito, as exigências previstas para a acusação (art. 283.º, n.º 3, do CPP) constituem emanção clara do princípio acusatório consagrado no art. 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, tendo como subjacente que só se pode ser julgado pela prática de crime, precedendo acusação formulada por órgão distinto do julgador.

Contém-se na dimensão ampla de que o processo criminal assegure todas as garantias de defesa, nos termos do n.º 1 do mesmo art. 32.º, que se reveste como cláusula geral englobadora de todas as garantias que hajam de decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido, ou seja, de todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação (Gomes Canotilho/Vital Moreira, in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 2007, vol. I, pág. 516).

Segundo estes Autores, ob. cit., pág. 522, O princípio acusatório (...) é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal. Essencialmente, ele significa que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial. Cabe ao tribunal julgar os factos constantes da acusação e não conduzir oficiosamente a

investigação da responsabilidade penal do arguido (princípio do inquisitório).

A concepção típica de um processo acusatório implica a estrita ligação do juiz pela acusação e pela defesa, em sede de determinação do objecto do processo, bem como na vertente dos poderes de cognição e dos limites da decisão, só assim ficando asseguradas as garantias de defesa, por só desse modo o arguido conhecer, na sua real dimensão, os factos de que é acusado, para que deles se possa convenientemente defender (Figueiredo Dias, in “Direito Processual Penal”, Coimbra Editora, 1974, pág. 65).

É indubitável, por isso, a relevância da acusação na narração dos factos que fundamentam a aplicação de pena ou medida de segurança, uma vez que são essenciais à delimitação do objecto do processo e, como tal, do julgamento que vier a ser realizado.

Como também, designadamente, comportando a exigência de que os factos narrados na acusação constituam crime, na medida em que, conforme Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal”, Editorial Verbo, 1994, vol. III, pág. 268, O ponto de vista que ao direito importa é a referência dos acontecimentos às normas jurídicas, e ao processo penal os comportamentos humanos que por lei são declarados passíveis de penas ou medidas de segurança criminais.

Por seu lado, a prolação de despacho de não pronúncia é desencadeada pelo juízo negativo que a dedução da acusação mereça e, no que ao caso releva, foi sustentado pela ausência de factos atinentes à condição objectiva de punibilidade do imputado ilícito, desencadeando, então, segundo aí se refere, que este não constitua crime na acepção de que, nos termos do art. 1.º, alínea a), do CPP, a acusação não incluía pressuposto de que depende a aplicação aos arguidos de uma pena.

Prevista na alínea b) do n.º 4 do art. 105.º do RGIT, tal condição de punibilidade ficou esclarecidamente caracterizada no acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência (AFJ) n.º 6/2008, de 09.04.2008 (in D.R. 1.ª série, n.º 94, de 15.05.2008), que fixou jurisprudência nos seguintes termos: “A exigência prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, na redacção introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, configura uma nova condição objectiva de punibilidade que, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, é aplicável aos factos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Em consequência, e tendo sido cumprida a respectiva obrigação de declaração, deve o agente ser notificado, nos termos e para os efeitos do referido normativo [alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT]”.

Aí se referiu, na sua fundamentação, reportando-se às condições objectivas de punibilidade, que são aqueles elementos da norma, situados fora do tipo de ilícito e tipo de culpa, cuja presença constitui um pressuposto para que a acção antijurídica tenha consequências penais. Apesar de integrarem uma componente global do acontecer, e da situação em que a acção incide, não são, não obstante, parte desta acção e, ainda, São condições em que uma ponderação das finalidades extrapenais tem prioridade em face da necessidade da pena e que participam de todas as garantias do Estado de direito estabelecidas para os

elementos do tipo. Jeschek exemplifica com a aplicabilidade da função de garantia da lei penal ou as exigências de prova sobre as mesmas condições.

Em sintonia, segundo Teresa Belezza, in “Direito Penal”, AAFDL, 2º Vol., Tomo I, pág. 626, alguns elementos que já não fazem, propriamente parte da noção rigorosa de crime (...), são qualquer coisa de externo, de objectivo em relação a ele. Mas já se pode dizer que fazem parte do tipo no sentido de tipo de garantia, sendo que relativamente às condições de punibilidade se devem fazer as mesmas restrições a nível de interpretação e de aplicação da lei penal que se faz em relação a quaisquer outros elementos do tipo de crime, i.e., todas as disposições que refiram meras condições de punibilidade devem ser interpretadas e aplicadas com as mesmas restrições que se aplicam às normas incriminadoras propriamente ditas ou a quaisquer normas que definam pressupostos de ilicitude ou de culpa.

Também Figueiredo Dias, in “Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, Coimbra Editora, 2004, tomo I, págs. 617 e 622, a propósito desta categoria de condições de punibilidade e integrando-as na dogmática da doutrina do facto punível, refere que são conceptualmente entendidas como pressupostos (adicionais) que decidem da punibilidade do facto, se bem que se não liguem nem à ilicitude, nem à culpa e a categoria deve ser tomada, no sentido de um funcionalismo normativo, como o elemento de ligação por excelência entre a dogmática do facto e a política criminal.

A sua relevância é notória, pelo que, revertendo-a para a situação do ilícito em análise, cumprirá que, previamente, à acusação, a aludida notificação seja efectuada para que o Ministério Público possa decidir findo o inquérito, além do mais porque dessa notificação dependerá a atitude por que o agente enverede, com a consequência de, pagando o que for devido, os factos deixarem de ser puníveis.

Por isso, existindo acusação, desta deve constar menção a essa notificação, pois só assim resultará a possibilidade razoável de aplicação de uma pena ou uma medida de segurança.

A argumentação trazida ao recurso incide, numa primeira abordagem, em que, não obstante o que ficou fundamentado na decisão recorrida, o alegado no aludido parágrafo da acusação integre essa condição objectiva de punibilidade, uma vez, na perspectiva do recorrente, o que releva é a atitude do sujeito passivo perante a notificação em causa.

Ora, se bem que se concorde, como já se deixou transparecer, que venha a ser essa atitude que determine se os factos são puníveis, já não se aceita, contudo, que a mera menção ao preceito legal, tal como consta da acusação, onde se lê nessa parte e unicamente “Está decorrido o prazo de 30 dias a que alude o artigo 105º, nº4, al. b) do RGIT, aplicável por força do nº2 do artigo 107º do RGIT”, satisfaça a exigência de narração, ainda que sintética, imposta pelo art. 283.º, n.º 3, alínea b), do CPP, aqui aplicável por via do art. 308.º, n.º 2, do mesmo Código.

Não se configura como integrando narração de algum facto, reconduzindo-se, ao invés, conforme sublinhado na decisão sob censura, a conclusão de direito.

Tanto mais que, como também se fundamentou no citado AFJ n.º 6/2008, as condições objectivas de punibilidade são circunstâncias que se encontram em relação directa com o facto e Constituem pressupostos materiais da punibilidade.

Não contendo a acusação narração alguma que suporte a alegação do recorrente, nem mesmo será legítimo, como faz, descurar a relevância dessas condições de punibilidade por apelo à implícita destrinça estabelecida para determinar o momento da consumação do ilícito, que deu lugar à fixação de jurisprudência, pelo AFJ n.º 2/2015, de 08.01.2015 (in D.R. 1.ª série de 19.02.2015 - “No crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, previsto e punido pelos artigos 107.º, número 1, e 105.º, números 1 e 5, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), o prazo de prescrição do procedimento criminal começa a contar-se no dia imediato ao termo do prazo legalmente estabelecido para a entrega das prestações contributivas devidas, conforme dispõe o artigo 5º, número 2, do mesmo diploma” -, uma vez que, além de se ter debruçado, pelo menos essencialmente, na condição objectiva prevista na alínea a) - e não alínea b) - desse n.º 4 do art. 105.º do RGIT, assentou a interpretação na natureza omissiva do ilícito e foi esta que justificou a orientação e para o efeito em vista (contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal), sem que deixasse, contudo, na sua fundamentação, de atentar à pertinência da previsão legal de condições revestindo pressupostos materiais de punibilidade, mas sem as relevar para aferição desse momento, importante e determinante, da consumação do ilícito.

E note-se, a propósito mesmo dessa alínea b) do n.º 4 do art. 105.º do RGIT, esse AFJ n.º 2/2015 assinalou que não se compreenderia que esse momento ficasse dependente de critério variável, referindo que a ser assim, para além de (...) permitir prorrogar, injustificadamente, o prazo de prescrição do procedimento criminal, deixar, de facto, ao critério da Administração Fiscal ou às instituições da Segurança Social decidir quanto ao momento julgado mais indicado para proceder à notificação prevista na citada alínea b) do número 4 do artigo 105º do RGIT e, como assim, dilatar ainda mais a data a atender para efeitos de determinação do momento da consumação (material) do crime e, na decorrência disso, do início da contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal.

Afastada a invocada inclusão da condição na acusação deduzida pelo recorrente, analisa-se, então, a subsequente abordagem, relativamente à viabilidade do seu suprimento.

Se bem que, conforme citado pelo recorrente, não se descure o que ficou vertido no acórdão desta Relação de 24.04.2012, no proc. n.º 434/09.5IDFAR.E1, do aqui relator (in www.dgsi.pt), versando situação em que havia sido rejeitada a acusação por omissão dessa condição objectiva de punibilidade e, assim, como aí se consignou que ter-se-á de concluir que não está implícita ao tipo de crime, enquanto conjunto dos seus elementos reportados à ilicitude e à culpa e, ao invés, prende-se com a referida dignidade penal dos factos,

aferida por critérios de necessidade da pena, subjacentes a desideratos de política criminal que o legislador entendeu consagrar. Ainda que esteja prevista no preceito que define o tipo legal de crime de abuso de confiança fiscal, este é tipificado pela não entrega à administração tributária das quantias deduzidas nos termos da lei, relativamente à qual a narração contida na acusação é plenamente suficiente para o integrar, sendo que os factos respectivos constituem crime e, atenta a natureza da detectada omissão, esta não é elemento essencial, nos termos daquele art. 283, n.º 3, alínea b) e, por isso, que não possa ser regularmente suprida em sede de julgamento, sem se beliscar a reserva posta quanto a alteração de factos, a qual, a fazer-se, se tratará de alteração não substancial (art. 358.º do CPP), ulterior ponderação leva a enveredar por diferente posição.

Aliás, tal diversidade já esteve implícita na fundamentação do acórdão desta Relação de 25.10.2016, no proc. n.º 469/14.6T9PTM.E1, mesmo relator (não publicado na base de dados).

Deve-se, essencialmente, à componente substantiva que a essa condição está subjacente, às garantias de defesa que são inerentes e à inviabilidade de acorrer a alteração por via do art. 358.º do CPP.

Tanto mais por apelo à fundamentação constante do AFJ n.º 1/2015, de 20.11.2014 (in D.R. 1.ª série de 27.01.2014), ainda que versando na omissão dos elementos subjectivos do crime, mas dando conta de que o mecanismo do art. 358.º do CPP, também não será caso de aplicação do art. 359.º, pois, correspondendo a alteração à transformação de uma conduta não punível numa conduta punível (e, nesse sentido, substancial), ou, como querem alguns, uma conduta atípica numa conduta típica, a verdade é que ela não implica a imputação ao arguido de crime diverso. Pura e simplesmente, os factos constantes da acusação (aqueles exactos factos) não constituem crime, por não conterem todos os pressupostos essenciais de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais.

Afigura-se, pois, que a interpretação acolhida na decisão recorrida é a que se compagina com as exigências do acusatório e do contraditório, acompanhando, e bem, o acórdão desta Relação de 24.09.2013, no proc. n.º 53/11.6TASRP.E1, rel. aqui adjunto (in www.dgsi.pt), deste destacando-se:

É que, como é bom de ver, se a condição não está verificada, o ilícito não é punido. Se não é punível por isso, a importância da "condição objectiva de punibilidade" está demonstrada. Se não é punido, é inútil vir para o Tribunal.

Porque se trata de uma condição objectiva de punibilidade e não de mais simples condição de procedibilidade.

(...) se, como afirma Jescheck "as condições objectivas de punibilidade comungam de todas as garantias do Estado de Direito, estabelecidas para os elementos do tipo", a sua existência, a sua verificação tem que constar da acusação.

Idêntica fundamentação se colhe do mais recente acórdão desta Relação de 25.10.2016, no proc. n.º 650/12.2IDFAR.E1, rel. aqui adjunto (in www.dgsi.pt).

Para além de que já pelo acórdão desta Relação de 10.12.2013, no proc. n.º 67/11.6TASRP.E1, rel. Sénio Alves (in www.dgsi.pt), se sublinhou:

O juiz não tem que se empenhar na satisfação de uma condição objectiva de punibilidade, como não tem que se empenhar na verificação dos restantes elementos do crime (e como, seguramente, não tem que se empenhar em satisfazer qualquer causa de justificação do facto ou de exclusão da culpa).

Contrariamente, o juiz tem que – com absoluta imparcialidade, isenção e distanciamento – julgar os factos submetidos à sua apreciação, sem preconceitos, respeitando as competências próprias de cada operador judiciário.

Deste modo, o alegado suprimimento por via do art. 303.º, n.º 1, do CPP não se mostra viável.

Outras considerações não se justificam.

A decisão recorrida revela-se justamente fundamentada, não merecendo reparo.

3. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

- **negar provimento ao recurso** interposto pelo Ministério Público e, assim,
- **manter a decisão instrutória de não pronúncia dos arguidos.**

Sem custas, dada a isenção de que o recorrente beneficia.

Processado e revisto pelo relator.

10.Janeiro.2017

(Carlos Jorge Berguete)

(João Gomes de Sousa)

[1] Proc. n.º 53/11.6TASRP.E1, disponível in www.dgsi.pt

[2] Direito Penal, 2ºvol. Lisboa, 1983, pág. 367-368 e 372

[3] neste sentido, mas referindo-se à condição objectiva de punibilidade do crime de emissão de cheque sem provisão, cfr. Ac. Rel. Lisboa de 11/10/1999, proc. n.º 0042713, in www.dgsi.pt

Fonte: <http://www.dgsi.pt>