

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | PENAL

Acórdão

Processo

35/08.5IDAVR.P1

Data do documento

14 de março de 2012

Relator

Melo Lima

DESCRIPTORIOS

Fraude fiscal > Aplicação da lei no tempo > Condição da suspensão da execução da pena

SUMÁRIO

Apesar de, em abstrato, a nova redação do art. 50.º do CP [dada pela Lei nº 59/2007, de 04-09] ser, em princípio, mais favorável ao agente (por ter retirado ao julgador a possibilidade de alargar o período de suspensão para limites superiores ao da pena aplicada), tal regime mostra-se, em concreto, desfavorável ao recorrente, porque, ao restringir o período de duração da suspensão, vai obrigá-lo a um esforço financeiro maior para conseguir pagar, num período mais curto, o montante da prestação tributária em dívida e legais acréscimos.

TEXTO INTEGRAL

PROCESSO Nº 35/08.5IDAVR.P1

RELATOR: MELO LIMA

Acordam na 1ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto**I. Relatório**

1. Em processo comum, Tribunal Singular, pelo Tribunal Judicial de Castelo de Paiva, **foi deduzida** acusação contra, **B..., C..., LDA, D... e E...** imputando-lhes a prática em co-autoria material, na forma continuada e consumada, de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 6, 103º, nº1, al. a), 10zt, nº2 e 2, 12, nº2 e 15 do RGIT e 30, nº2 do Código Penal

2. Realizado o julgamento, foi, a final, proferida **DELIBERAÇÃO** nos seguintes termos:

2.1 Condenar o arguido B..., pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103 e 104, nº1 2 da Lei 15/2001, de 5 de Junho, na pena de 18 meses de prisão, suspensa por igual período, com a condição de pagar, no prazo da suspensão, a prestação tributária em falta, ou seja C 23.032,18, respeitante ao IVA do 1 trimestre de 2005, e respectivos juros de mora.

2.2 Condenar a arguida “C..., Lda.”, pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103 e 104, nº2, da Lei 15/2001, de 5 de Junho, com referência ao artigo 72 do mesmo diploma e 30, nº2 e 799 do Código Penal, na pena de 500 dias de multa, à taxa diária de € 5, no montante global de € 2.500 (dois mil e quinhentos euros).

2.3 Condenar a arguida D..., pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103 e 104, nº1 e 2 da Lei 15/2001, de 5 de Junho, na pena de dois anos de prisão, suspensa por igual período.

2.4 Condenar a arguida “E..., Lda.”, pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103 e 104, nº2, da Lei 15/2001, de 5 de Junho, com referência ao artigo 79 do mesmo diploma e 30, nº2 e 79º do Código Penal, na pena de 500 dias de multa, à taxa diária de € 5, no montante global de € 2.500 (dois mil e quinhentos euros).

3. Inconformados, recorrem os Arguidos B... e D..., rematando as respectivas motivações com as seguintes **conclusões**:

3.1 O Recorrente B...:

3.1.1 O arguido foi punido pela prática do crime de fraude fiscal qualificada, na pena de 18 meses de prisão, suspensa por igual período, com a condição de pagar, nesse prazo, a quantia de € 23.032,18, acrescidos de juros de mora.

3.1.2 **Decisão com a qual o arguido não se conforma numa dupla vertente: por um lado, quanto à fixação da pena de prisão em duração superior ao mínimo legal abstratamente aplicável; por outro, quanto ao período fixado para o cumprimento da condição da suspensão.**

3.1.3 No que respeita à primeira, atentos as circunstâncias consideradas pela Meritíssima Juíza “a quo”, de que a ilicitude do facto não é acentuada atento o valor da vantagem patrimonial obtido; o dolo é directo; o arguido não tem antecedentes criminais; encontra-se inserido familiar e socialmente; confessou os factos de que vem acusado; a situação sócio-económica e profissional do arguido e as exigências de prevenção geral são acentuadas, atenta a ressonância social que factos como os praticados pelo arguido sempre revestem e a necessidade de reforçar o valor da norma violada, uma vez que é cada vez mais frequente a prática de factos como os que estão aqui em causa, deverá a pena de prisão fixar-se no seu limite mínimo, ou seja, **um ano**.

3.1.4 No que respeita à segunda, e independentemente de a primeira proceder ou não, certo é que a pena de prisão, somente poderá ser suspensa, no que ao crime de fraude fiscal qualificada concerne, sob a condição de pagamento da prestação tributária em falta, no máximo de cinco anos.

3.1.5 In casu, condicionando a suspensão da pena de prisão pelo período de dezoito meses, à condição de pagamento de €23.032,18, acrescido de juros de mora, tal determina, materialmente, a condenação do arguido ao cumprimento de pena de prisão efectiva.

3.1.6 Para isso basta atentarmos em que tal representaria, não relevando os gastos do arguido considerados nos autos, bem como os necessários à sua subsistência, um encargo mensal de € 1.279,56.

3.1.7 Na verdade, atento o desemprego do arguido, sem qualquer apoios sociais, a prestação de alimentos

a que se encontra obrigado, o valor auferido mensalmente com “biscates”, e o valor da prestação tributária em falta - € 23.032,18, acrescida de juros de mora, impunha-se a concessão do período máximo legalmente admissível de cinco anos para proceder ao pagamento.

3.2 A Recorrente D...:

3.2.1 A Arguida é primária.

3.2.2 As necessidades de prevenção especial (de ressocialização) não justificam a aplicação da pena de 2 anos de prisão suspensa pelo mesmo período.

3.2.3 Pelo que o tribunal a quo não atendeu devidamente ao disposto nos artigos 103º e 104º n.ºs 1 e 2 da Lei 15/2001 para a fixação concreta da medida da pena.

3.2.4 Tanto mais que se um dos objetivos primordiais da aplicação das penas é a ressocialização do delinquente,

3.2.5 A primariedade da arguida, mitigada com as exigências de prevenção especial (de ressocialização) justificará que, na fixação da medida da pena, não se vá além do limite mínimo daquela moldura de prevenção (Limite mínimo traçado pelas exigências de dissuasão pessoal e, sobretudo, de dissuasão geral e de interpelação (da) sociedade e de cada um dos seus membros para a relevância social e individual do bem jurídico tutelado penalmente), um ano de prisão, suspenso na sua execução pelo mesmo período, suspensão cujos fundamentos foram amplamente descritos na douda sentença do tribunal a quo.

5. No Tribunal recorrido, **respondeu aos dois recursos**, o Exmo. Procurador-Adjunto, rematando o respetivo articulado com as seguintes conclusões:

5.1 As exigências de prevenção geral são significativas, na medida em que este crime revela forte incidência nesta região do país. Neste tipo de crime, o mínimo de pena imprescindível à manutenção da confiança colectiva na validade da norma violada situa-se bem acima do limite mínimo da moldura penal, embora distante do limite máximo, atentas as circunstâncias concretas, nomeadamente quanto à necessidade moderada de prevenção especial.

5.2 No caso da arguida há que referir a especial censurabilidade que a sua conduta merece, em relação ao arguido, uma vez que conforme resulta da sentença, a sociedade por si constituída era uma sociedade “fantasma”, criada com o único intuito de emitir facturas que correspondiam a serviços efectivamente prestados, ou seja, apenas intuítos criminosos levaram à criação da sociedade em causa. Tal facto revela, pois, maior frieza e por isso maior indiferença em relação ao dever-ser jurídico-penal por parte da arguida em relação ao arguido, motivo pelo qual se justifica uma pena superior.

5.3 No que respeita ao prazo concedido para que o arguido cumpra condição de suspensão, não colhe o argumento segundo o qual, não tendo o arguido condições de pagar a quantia em dívida, a pena cuja execução se decidiu suspender se traduz, na prática, numa pena de prisão efectiva, uma vez que o arguido não tem condições de pagar. É que a revogação prevista no art. 56º, n.º1, al. a) do C.P. só tem lugar quando a infracção dos deveres ou regras de conduta seja de natureza culposa, o que não será certamente o caso na hipótese de o arguido vir a incumprir por insuficiência de meios.

5.4 Deste modo, impõe-se concluir que não foram violadas quaisquer normas ou princípios e o Tribunal

aplicou bem o Direito aos factos, devendo, em conformidade manter-se a sentença proferida.

6 . Neste Tribunal da Relação o Exmo. Procurador-Geral Adjunto emitiu **Parecer** no qual, sob a consideração de que:

- No atinente á prática do crime de fraude fiscal, relativo ao IVA, do 1º trimestre de 2005, os recorrentes incorreram, cada um, na prática, como supra, sob 1. se sumariou, de um **crime de fraude fiscal qualificada**, pelo que nos termos dos incisos penais aí referidos, a moldura penal abstracta, vai de um a cinco anos de prisão.
- A condenação dos arguidos em penas de prisão, graduadas, em 18 meses e 2 anos, respectivamente, encontra plena justificação, á luz dos factos provados e da ponderação do binómio-culpa prevenção e demais elementos do art. 71º do CP, maxime o tipo de dolo- directo, e o grau de ilicitude (desvalor da acção e desvalor do resultado).
- Não se pode ter, neste contexto factual, tais penas, cuja execução se mostra suspensa, aliás, como desajustadas, por desproporcionais e desnecessárias.
- Pelo contrário, a nosso ver, tal «quantum» penal afigura-se como o limite mínimo ainda compatível com a reafirmação contra fáctica da norma violada, para além da qual, o efeito preventivo geral da pena não se lograria realizar.
- A opção do julgador pela suspensão da pena pelo período desta, no caso do arguido B..., de acordo com o prescrito pelo art.50º, n º 5 do CP, em detrimento da aplicação «tout court» do art. 14º do RGIT, terá a ver, ao demais, com o entendimento que o encurtamento do período da suspensão da execução da pena é mais favorável ao arguido.

Concluiu no sentido de que os recursos **devem ser julgados improcedentes**

7. Cumprida a notificação a que alude o artigo 417º/2 do CPP, colhidos os vistos, realizada a conferência, cumpre conhecer e decidir.

II FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

Foi a seguinte a decisão proferida pelo Tribunal recorrido em termos de factos provados e factos não provados:

1. FACTOS PROVADOS

1.1 A sociedade “C..., Lda” é uma sociedade unipessoal por quotas, cujo objecto social consistia na construção, reparação e manutenção de edifícios.

1.2 Esta sociedade pertenceu ao arguido B..., o seu único gerente, e, nessa qualidade, exercia todos os poderes de administração e gestão daquela sociedade e, sendo o responsável por toda a actividade nela desenvolvida, dava as instruções e as ordens a ela atinentes, nomeadamente, no tocante à aquisição e venda de produtos, sua facturação, registo contabilístico das transacções realizadas e demais operações de contabilidade necessárias ao apuramento do Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA) a entregar ao Fisco e dos rendimentos a declarar às entidades fiscais competentes com vista ao apuramento da matéria

colectável de incidência do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC).

1.3 Esta sociedade iniciou, em termos fiscais, a actividade de construção de edifícios (CAE), em 23 de Outubro de 2001.

1.4 E, ficou enquadrada, em IVA, no regime normal trimestral e, em termos de IRC, ficou enquadrada no regime de contabilidade organizada.

1.5 Posteriormente, a partir de 01 de Janeiro de 2007, a predita sociedade ficou sujeita ao regime simplificado, até ao dia 31 de Dezembro de 2006, data em que cessou a actividade, para efeitos de IRC e IVA.

1.6 A sociedade “E..., Lda” é uma sociedade unipessoal por quotas que iniciou, fiscalmente, em 07 de Setembro de 2001, a actividade de construção de edifícios (CAE).

1.7 Esta sociedade pertenceu à arguida D..., que foi a sua única gerente.

1.8 Esta sociedade ficou enquadrada, em IVA, no regime normal trimestral e, em termos de IRC, ficou enquadrada no regime geral.

1.9 A sua actividade foi cessada, oficiosamente, para efeitos de IVA e IRC, na mesma data supra referida, ou seja, em 07 de Setembro de 2001, pelo que esta sociedade nunca exerceu qualquer actividade.

1.10 Nos anos de 2004 e 2005, de comum acordo e após um plano delineado por ambos os arguidos singulares, a sociedade “C..., Lda” utilizou na sua contabilidade várias facturas emitidas pela sociedade E..., Lda, mencionadas e melhor descritas no seguinte quadro:

1.11 Porém, a sociedade “E..., Lda”, é não declarante em sede de IVA e IRC, e nunca cumpriu com as suas obrigações contabilísticas e fiscais a que, nos termos do código do IVA e IRC, estava obrigada, nomeadamente com:

- A entrega das declarações periódicas de IVA desde 01/12T (início da sua actividade);
- A entrega das declarações de rendimento modelo 22, desde 2001 (ano da criação da sociedade);
- A entrega das declarações anuais de informação contabilística e fiscal desde 2001; e
- A entrega de IVA mencionado indevidamente em facturas ou documentos equivalente, desde 2001 a 2006.

1.12 E, na sociedade “E..., Lda”, nos anos de 2004 e 2005, não existiram guias de retenção de IRC e de Selo entregues junto das Finanças locais, e não existiram sujeitos passivos a declarar, nas respectivas declarações de rendimentos Mod. 3, rendimentos pagos pela referida sociedade.

1.13 A sociedade “E..., Lda” não detinha funcionários, nem imobilizado, e não realizou nem prestou qualquer trabalho.

1.14 A predita sociedade não possuía sequer imóveis, móveis ou veículos automóveis, bem como instalações, afim de fruir de uma estrutura empresarial que lhe permitisse desenvolver a actividade compatível com o volume de negócios tal como descritos nas facturas supra mencionadas.

1.15 Para além do mais, a predita sociedade, estava situada na Rua ..., Bloco ., ..., casa ., ..., Porto, que mais não se tratava de uma habitação particular, pertencente ao domicílio fiscal da arguida D....

1.16 A arguida D..., emitiu as facturas supra descritas à sociedade “C..., Lda” e as mesmas não

consubstanciaram qualquer prestação de serviços.

1.17 Por cada factura emitida pela sociedade “E..., Lda”, o arguido B..., em nome e no interesse da sociedade “C..., Lda”, entregava à arguida D..., e em numerário, pelo menos 5% do valor de cada uma das facturas.

1.18 E, tais facturas assim emitidas e entregas à sociedade “C..., Lda” tinham por finalidade a apresentação de despesas.

1.19 Contabilisticamente, a sociedade C..., Lda registou as facturas emitidas pela sociedade E..., Lda em subcontratos e, apesar do valor avultado que representavam, foi também registado que o seu pagamento foi realizado através de dinheiro.

1.20 Assim, na posse das facturas emitidas pela sociedade “E..., Lda”, a sociedade “C..., Lda” procedeu a deduções fiscais indevidas, em sede de IVA, materializadas através da adulteração dos seus registos contabilísticos e declarações fiscais, obtendo com o procedimento referido, vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias, deixando de entregar nos Cofres do Estado o respectivo imposto no montante de 23.032,18€, respeitante ao período do 1º trimestre de 2005.

1.21 A sociedade “C..., Lda” procedeu à contabilização como custo de valores inscritos em facturas que não titulavam operações reais, deixando de entregar nos Cofres do Estado o respectivo imposto de IRC.

1.22 Assim, no exercício de 2004, a maior parte do valor dos Fornecimentos e Serviços Externos Declarados (FSE) encontravam-se empolados pelos valores respeitantes às facturas falsas, e, no exercício de 2005, os valores referentes às facturas falsas quase que absorveram a totalidade do montante dos FSE, tal como o evidencia o seguinte quadro:

1.23 No ano de 2004 a vantagem patrimonial em sede de IRC obtida por aquela sociedade, como consequência dos factos supra descritos foi de, pelo menos, € 4.516.

1.24 No ano de 2005 a vantagem patrimonial em sede de IRC obtida por aquela sociedade, como consequência dos factos supra descritos foi de, pelo menos, € 5.496,43.

1.25 As facturas supra descritas foram registadas nos livros de contabilidade e escrituração da sociedade “C..., Lda.”, e, nas declarações apresentadas para efeitos de Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA) pelo arguido B....

1.26 Os arguidos singulares agiram de comum acordo e em conjugação de esforços, bem sabendo que as facturas ora emitidas pela arguida D... em representação da sociedade “E..., Lda” e que entregou ao arguido B..., em nome e no interesse da sociedade “C..., Lda” titulavam transacções e prestações de serviços inexistentes e, como tal, simuladas, bem sabendo que os valores inscritos nos referidos documentos iriam ser mencionados nas declarações fiscais de IRC e de IVA da sociedade “C..., Lda”, obtendo assim as supra referidas vantagens patrimoniais ilícitas e indevidas, em prejuízo da Fazenda Nacional e de toda a comunidade contribuinte.

1.27 Os arguidos agiram de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que as suas condutas concertadas eram idóneas a fazer diminuir a receita do Estado em termos de IRC e IVA relativo ao que seria realmente devido e visando assim com tais actuações e em relação aos períodos fiscais em causa beneficiar patrimonialmente com tais vantagens fiscais indevidas.

- 1.28 Os arguidos sabiam que as condutas que praticaram eram proibidas e punidas por lei.
- 1.29 O arguido B... encontra-se desempregado, sem receber qualquer prestação social.
- 1.30 Aquele arguido faz alguns serviços, dos quais retira entre € 200 e € 300 mensais.
- 1.31 Vive com os pais em casa destes.
- 1.32 Tem dois filhos menores, encontrando-se obrigado a contribuir com cerca de C 200 mensais a título de obrigação de alimentos.
- 1.33 A arguida D... é auxiliar da acção directa e auferir € 440 por mês, já depois descontado o montante de € 90 que lhe é penhorado no âmbito de uma execução fiscal.
- 1.34 Vive com o marido, que é motorista e auferir o salário mínimo nacional, e dois filhos menores, sendo que paga € 325 por mês de renda.
- 1.35 Os arguidos não têm antecedentes criminais.

2. FACTOS NÃO PROVADOS

- 2.1 A vantagem patrimonial obtida pela Sociedade C..., Lda, em sede de IRC, em consequência dos factos considerados provados, foi, em 2004, no montante de € 25.206,50.
- 2.2 A vantagem patrimonial obtida pela Sociedade C..., Lda, em sede de IRC, em consequência dos factos considerados provados, foi, em 2005, no montante de € 18.311,68.

III FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

1. Delimitação objectiva dos recursos.

Decorrentes das conclusões dos recursos, as questões a conhecer respeitam:

1.1 Medida da pena: pecam por excessivas? [Nos 2 recursos]

1.2 Suspensão da execução da pena de prisão: pelo prazo de 5 anos [Recurso interposto pelo Recorrente B...]

2. Conhecendo.

2.1 Princípios gerais relativos à medida da pena.

Acto prévio à submissão das considerações tecidas em motivação de recurso por cada um dos dois Recorrentes ao juízo concreto sobre a medida da pena, importa ter presentes “as **finalidades da punição**” adoptadas pelo legislador.

Acolhendo, aqui, a súmula de Figueiredo Dias dir-se-á que o programa político-criminal assumido pelo legislador penal nos nºs 1 e 2 do **Artigo 40º do Código Penal** consubstancia-se em que,

«1.**Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial.** 2. A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa. 3. Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de **prevenção geral de integração**, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico. 4. Dentro desta moldura **de prevenção geral de integração**

a medida da pena é encontrada em função de **exigências de prevenção especial**, em regra **positiva ou de socialização**, excepcionalmente **negativa ou de intimidação** ou segurança individuais» [1]

Dizer, então, que a pena concreta deverá corresponder a uma intervenção penal inteiramente enformada pelos princípios político-criminais exarados imperativamente naquele normativo, como sejam: i) o **princípio da prevenção geral positiva ou de integração**, ii) o **princípio da culpa**, iii) o **princípio da prevenção especial positiva ou de socialização**, iiiii) complexivamente, o **princípio da humanidade**.

Prevenção geral de integração ou dizer - na formulação de Gunther Jakobs - estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada, na ideia de que, primordialmente, a finalidade visada pela pena há-de ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto. Tutela não num sentido retrospectivo, face a um crime já verificado, mas com um significado prospectivo, traduzido pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada, ou, dizer ainda, do restabelecimento da **paz jurídica comunitária** abalada pelo crime.

Neste sentido, importará ter em particular consideração que se à justiça compete o “estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana”, incumbe-lhe, então, no momento da iuris dictio, preservar a **função de referência** que a pena em concreto assume para a mesma comunidade no pressuposto de que, perante esta, “mais do que a moldura penal abstractamente cominada na lei, é a concretização da sanção que traduz a medida da violação dos valores pressupostos na norma”.

Exigências de prevenção especial (ou, como parecerá ainda legítimo dizê-lo, **prevenção da reincidência**):

- i) **positiva ou de socialização**, se privilegiado o propósito da reinserção social, a ressocialização e/ou a socialização de um de-socializado;
- ii) **negativa ou de inocuidade** quando, por pura exigência de defesa social se privilegie e procure a neutralização da perigosidade social do delinquente através da sua separação ou segregação.[2]

No campo da ponderação prática já das circunstâncias relativas ao facto já das circunstâncias relativas ao agente, deve o Tribunal sobrelevar: **ali**, o grau de ilicitude, o modo de execução, o peso das consequências – sem prejuízo, de estas mesmas circunstâncias poderem ser consideradas, também, para aferir das necessidades de socialização e/ou de inocuidade do agente; **aqui**, na avaliação do grau de censurabilidade ético-jurídica (culpa), a intensidade do dolo, os sentimentos manifestados, os fins ou motivos da prática do facto, as condições pessoais do agente, a conduta ante e post-facto [**Artigo 71º/2 CPP**]

Uma constante nos recursos sob apreciação a invocação da violação do disposto nos artigos 70º e 71º do Código Penal, concluindo os Recorrentes por impetrar (**petitum**) que a decisão recorrida seja revogada e

substituída por uma outra em que **ocorra a redução do quantum punitivo**.

Em fundamento, a violação do **princípio da adequação**, no entendimento de que as penas se mostram excessivas.

Independentemente da decisão com referência ao caso concreto, importará ter presente, na esteira de Figueiredo Dias, que «se revela uma tendência para alargar os limites em que a questão da determinação da pena é susceptível de revista».

Nesta linha de pensamento, não hesita este Mestre de Coimbra em afirmar que “é susceptível de revista a correcção do procedimento ou das operações de determinação, o desconhecimento pelo tribunal ou a errónea aplicação dos princípios gerais de determinação, a falta de indicação de factores relevantes para aquela, ou, pelo contrário, a indicação de factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis.” Dúvidas não poderão subsistir, então, de que esteja “sujeita a revista a questão do limite ou da moldura da culpa, assim como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, e relativamente à determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto de pena, esta será controlável no caso de violação das regras da experiência ou se a quantificação se revelar de todo desproporcionada.” [3]

Porém, sabido é que:

“Na dimensão das finalidades da punição e da determinação em concreto da pena, as circunstâncias e os critérios do artigo 71.º do Código Penal têm a função de fornecer ao juiz módulos de vinculação na escolha da medida da pena; tais elementos e critérios devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (circunstâncias pessoais do agente; a idade, a confissão; o arrependimento) ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

Observados estes critérios de dosimetria concreta da pena, há uma **margem de actuação do julgador dificilmente sindicável**, se não mesmo impossível de sindicat. O referido dever jurídico-substantivo e processual de fundamentação visa justamente tornar possível o controlo - total no caso dos tribunais de Relação, limitado às «questões de direito» no caso do STJ, ou mesmo das Relações quando se tenha renunciado ao recurso em matéria de facto - da decisão sobre a determinação da pena.” [4]

Diz-se, por isso, que em sede de concretização da medida da pena, ou melhor, do controle da proporcionalidade no respeitante à fixação concreta da pena, a intervenção deste Tribunal de recurso, tem de ser necessariamente parcimoniosa, na ideia de que “no recurso de revista pode sindicat-se a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação ou do procedimento, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, à falta de indicação de factores relevantes, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do quantum exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a desproporção da quantificação efectuada”.

Isto posto, passemos à consideração das penas cominadas a cada um dos recorrentes.

2.2 Pena cominada ao Recorrente B...

Pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103.º e 104.º, n.º 1 e n.º 2, ambos da Lei n.º 15/2001, de 05/06, o Recorrente foi condenado na pena de 18 meses de prisão, suspensa por igual período, com a condição de pagar, no prazo da suspensão, a prestação tributária em falta, ou seja 23.032,18€, respeitante ao IVA do 1º trimestre de 2005, e respectivos juros de mora.

Discordando, argumenta o Recorrente **que**, «atentas as circunstâncias consideradas pela Meritíssima Juíza “a quo”, de que a ilicitude do facto não é acentuada atento o valor da vantagem patrimonial obtido; o dolo é directo; o arguido não tem antecedentes criminais; encontra-se inserido familiar e socialmente; confessou os factos de que vem acusado; a situação sócio-económica e profissional do arguido e as exigências de prevenção geral são acentuadas, atenta a ressonância social que factos como os praticados pelo arguido sempre revestem e a necessidade de reforçar o valor da norma violada, uma vez que é cada vez mais frequente a prática de factos como os que estão aqui em causa, deverá a pena de prisão fixar-se no seu limite mínimo, ou seja, **um ano**»

No momento da determinação da medida da pena o tribunal recorrido ponderou:

- O crime de fraude fiscal qualificada é punido com pena de prisão de um a cinco.
- No caso concreto importa considerar:
 - A ilicitude do facto não é acentuada atento o valor da vantagem patrimonial obtido;
 - O dolo é directo;
 - O arguido não tem antecedentes criminais;
 - Encontra-se inserido familiar e socialmente;
 - Confessou os factos de que vem acusado;
 - A situação sócio-económica e profissional do arguido.
 - As exigências de prevenção geral são acentuadas, atenta a ressonância social que factos como os praticados pelo arguido sempre revestem e a necessidade de reforçar o valor da norma violada, uma vez que é cada vez mais frequente a prática de factos como os que estão aqui em causa.
- Assim, atento o exposto, entende-se ser de aplicar ao arguido a pena de 18 meses de prisão.

Lida a motivação do recurso não se vê indicado fundamento a considerar para além do que já foi tomado em consideração na decisão recorrida. O recorrente não acrescenta um qualquer novo fator que não tenha sido ponderado, devendo sê-lo.

Limita-se ao juízo valorativo da ocorrência de um excesso de pena.

Sem fundamento de todo o modo.

Admite-se que o grau de ilicitude, visto o valor ilicitamente defraudado ao erário público se situar nos 23.032,18€, possa ser considerado relativo, todavia não menosprezável.

Em sede de censurabilidade ético-jurídica releva, desde logo, que o arguido agiu na forma de dolo mais

intenso, o dolo direto: praticou os factos de modo deliberado, livre e consciente da ilicitude, visando beneficiar patrimonialmente com vantagens fiscais indevidas.

Com sentido favorável, a confissão. Posto que não levada ao elenco dos factos, o tribunal considerou-a no momento da determinação da medida da pena. De todo o modo, com valor relativo, por não resultar que a mesma tenha sido relevante para o apuramento da verdade material.

Com igual sentido positivo a ausência de antecedentes criminais.

A significarem, particularmente nesta ausência de pretérito criminal de par com a apontada inserção sócio-familiar, uma menor exigibilidade ao nível da prevenção especial de ressocialização.

O tribunal relevou, todavia, e corretamente o fez, as exigências de atuação ao nível da **prevenção geral**.

Uma tal fundamentação não pode deixar de ser acolhida.

Não é muito elevado o valor em causa quanto o prejuízo causado ao Estado? Admite-se.

O facto, de per se, não elide quanto são absolutamente prementes as necessidades de atuação ao nível do crime na área tributária: desde logo, pelo prejuízo que uma fraude - como esta que os autos atestam -, causa ao Estado e, daí, a toda a comunidade; mas, também, pela deslealdade e/ou desvirtuamento das regras da concorrência na comunidade económica que o facto necessariamente representa.

Trata-se de um crime que mina a confiança que os cidadãos devem sentir na sociedade, entre si e com referência ao Estado.

Se, como se deixa referido, a prevenção geral de integração - ou dizer, na formulação de Gunther Jakobs, a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada - exige que, primordialmente, a finalidade visada pela pena deva ser a tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto, o caso sob apreço, visto a ilicitude intrínseca e as consequências gravosas (imediatas, para o Estado; mediatas, para a comunidade) impõe a cominação de uma pena que dificilmente a comunidade jurídica poderia compreender como devendo situar-se no patamar de um ano de prisão.

Reconhece-se, uma vez mais, que as exigências ao nível da prevenção especial não exigem particular preocupação, visto a comprovada inserção sócio-familiar.

Mas sem deixarem de ter sido consideradas no sopeso da medida fixada, elas vieram a merecer particular atenção e razão prática de ser na opção pela suspensão da execução da pena privativa da liberdade cominada.

Improcede, destarte, na parte relativa à medida da pena, o recurso deduzido.

2.3 Pena cominada à Recorrente D...

Pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103.º e 104.º, n.º 1 e n.º 2, ambos da Lei n.º 15/2001, de 05/06, a Recorrente foi condenada na pena de dois anos de prisão, suspensão por igual período.

Discordando, argumenta a Recorrente que, «A primariedade da arguida, mitigada com as exigências de prevenção especial (de ressocialização) justificará que, na fixação da medida da pena, não se vá além do limite mínimo daquela moldura de prevenção (Limite mínimo traçado pelas exigências de dissuasão

pessoal e, sobretudo, de dissuasão geral e de interpelação (da) sociedade e de cada um dos seus membros para a relevância social e individual do bem jurídico tutelado penalmente), um ano de prisão»

No momento da determinação da medida da pena o tribunal recorrido ponderou:

- O crime de fraude fiscal qualificada é punido com pena de prisão de um a cinco.
- No caso concreto importa considerar:
 - A ilicitude do facto já revela alguma gravidade, uma vez que criou uma sociedade com o único objectivo de emitir facturas falsas;
 - O dolo é directo;
 - A arguida não tem antecedentes criminais;
 - Encontra-se inserida profissional e socialmente;
 - A situação sócio-económica e profissional da arguida.
 - As exigências de prevenção geral são acentuadas, atenta a ressonância social que factos como os praticados pela arguida sempre revestem e a necessidade de reforçar o valor da norma violada, uma vez que é cada vez mais frequente a prática de factos como os que estão aqui em causa.
- Assim, atento o exposto, entende-se ser de aplicar à arguida a pena de dois anos de prisão.

Lida esta fundamentação e o que fica referenciado nas conclusões do recurso (Supra I, 3.2) resulta que também a Recorrente D... não acrescenta nenhum facto ou circunstância que devendo ter sido considerados na determinação da medida da pena não o tenham sido.

Atém-se, como parece manifesto, à circunstância, que valoriza com força determinante, da ausência de antecedentes criminais.

Se bem se compreende a fundamentação subjacente à determinação da medida da pena adotada pelo Tribunal, este conferiu um significado específico, de sentido manifestamente desfavorável, aos fatores ilicitude e culpa.

Dizer, à colação o tribunal levou como constituindo fator de agravação assim do grau de ilicitude quanto da maior censurabilidade ético-jurídica, o *modus operandi* da Recorrente, atuando a montante da trama de que o elenco dos factos dá conta.

Dizer, o Tribunal entendeu dever relevar qual fator significativo de uma maior ilicitude e de uma mais justificada censura ético-jurídica o facto de que a recorrente, “gerente única de uma sociedade” - uma sociedade que “não detinha funcionários, nem imobilizado e não realizava nem prestava qualquer trabalho” - vivia do fabrico das faturas a serem utilizadas pela sociedade C..., faturas que “não consubstanciavam qualquer prestação de serviço”, “não titulavam operações reais”, cobrando uma percentagem de 5% sobre o valor indicado em cada uma delas.

Uma tal compreensão, no sentido da agravação, não pode deixar de ser acolhida.

No mais, importará realçar a significativa importância e/ou exigibilidade de atuação ao nível da prevenção geral, tal como se deixou referido com referência ao co-arguido B...: são absolutamente prementes as necessidades de atuação ao nível do crime na área tributária: desde logo, pelo prejuízo que uma fraude causa ao Estado e, daí, a toda a comunidade; mas, também, pela deslealdade e/ou desvirtuamento das

regras da concorrência na comunidade económica que o facto necessariamente representa. Trata-se de um crime que mina a confiança que os cidadãos devem sentir na sociedade, entre si e com referência ao Estado.

Também como ali se deixou referido, se a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada exige que, **primordialmente**, a finalidade visada pela pena deva ser a tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto, o caso sob apreço, visto a ilicitude intrínseca e as consequências gravosas (imediatas, para o Estado; mediatas, para a comunidade) impõe a cominação de uma pena que dificilmente a comunidade jurídica poderia compreender como devendo situar-se no limiar mínimo do ano de prisão.

Na consideração conjugada dos limites da pena – mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos de prisão – e da específica atuação da arguida - visto os graus de culpa e de ilicitude, sem prejuízo da relevância positiva da ausência de antecedentes criminais e da inserção sócio-profissional -, tem-se por equilibrada e justa a pena cominada pelo tribunal recorrido de dois anos de prisão.

2.2 Suspensão da execução da pena de prisão

Sem pôr em causa a suspensão da execução da pena de prisão, reclama o Recorrente B... que o prazo de suspensão deverá ser de cinco anos e não de dezoito meses.

E justifica:

“Condicionando a suspensão da pena de prisão pelo período de dezoito meses, à condição de pagamento de €23.032,18, acrescido de juros de mora, tal determina, materialmente, a condenação do arguido ao cumprimento de pena de prisão efectiva.

Para isso basta atentarmos em que tal representaria, não relevando os gastos do arguido considerados nos autos, bem como os necessários à sua subsistência, um encargo mensal de 1.279,56 € .

Na verdade, atento o desemprego do arguido, sem quaisquer apoios sociais, a prestação de alimentos a que se encontra obrigado, o valor auferido mensalmente com “biscates”, e o valor da prestação tributária em falta - € 23.032,18, acrescida de juros de mora, impunha-se a concessão do período máximo legalmente admissível de cinco anos para proceder ao pagamento.”

Quid iuris?

Subjacente à decisão assumida pelo Tribunal recorrido, o entendimento – se bem se ajuíza - de que o regime relativo à suspensão da execução da pena de prisão decorrente da lei penal substantiva, após a redação conferida pela Lei 59/2007, é mais favorável do que o regime decorrente do RGIT.

Primo conspectu, este sentido de *lex mitior* parece óbvio na justa medida em que o valor liberdade sai favorecido em face de um menor risco de cumprimento de uma pena de prisão.

A entender-se assim, importaria ressaltar, de todo o modo, que não seria de todo em todo justificado o receio apontado pelo recorrente, relativamente a um eventual incumprimento.

É que, os efeitos inerentes ao incumprimento das condições da suspensão não são automáticos (ou dizer, não são *ex lege*, mas *ex iudice*), visto que o tribunal só poderá revogar a suspensão da execução por

incumprimento da condição fixada se este, **comprovadamente**, for **culposo** e não forem viáveis as soluções alternativas consignadas no artigo 55º do CP ou se os deveres ou regras de conduta impostos forem infringidos “grosseira ou repetidamente”, exigindo-se, neste caso, ainda, que o tribunal deva concluir no sentido de que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas. [56º/1 CP ex vi 3º al.a) RGIT].

O recorrente reclama, porém, como mais favorável – e indicou as suas razões – o regime decorrente do artº14º do RGIT, que permite a fixação de um prazo de suspensão entre um e cinco anos.

A seu favor – argumento que, igualmente se acolhe – o **regime especial** ínsito à lei penal tributária.

Diz-se, a propósito, no Ac. de 18.12.2008 do STJ:

«Segundo o art. 14º do RGIT, o prazo máximo de suspensão da execução da pena correspondia ao prazo máximo de suspensão da pena no direito penal comum. A alteração de paradigma quanto ao tempo de suspensão da execução da pena operada pela reforma do Código Penal levada a efeito pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, ao impor que o tempo de suspensão seja igual ao da medida concreta da pena de prisão, desde que superior a um ano, coloca a questão da sua aplicabilidade às infracções fiscais, sabido que, nos termos do art. 3º do RGIT, as normas do Código Penal são subsidiariamente aplicáveis.»

«... No domínio das infracções fiscais, uma vez que a suspensão da execução da pena está sempre sujeita ao pagamento, no mínimo, das prestações tributárias e legais acréscimos, o tempo de duração da medida deveria ser fixada tendo em consideração o valor das importâncias a pagar ao Estado (suspensão... condicionada ao pagamento, em prazo a fixar ... - determina o art. 14º do RGIT).

Em anotação ao art. 14º do RGIT, observam os Conselheiros Jorge de Sousa e Simas Santos (Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado) que, através deste normativo foram estabelecidas algumas especialidades em relação ao regime geral previsto no Código Penal.

Somos levados a afirmar, encontrarmo-nos perante uma nova especialidade.

Procurando com os ilícitos fiscais proteger as receitas tributárias enquanto componente activa do património tributário do Estado” (Susana Aires de Sousa, Os Crimes Fiscais, pág. 71), compreende-se que o regime da suspensão da execução da pena nestes casos se afaste do novo regime geral do Código Penal, continuando o juiz, independentemente da duração da pena, a ter a faculdade de fixar, para a suspensão, um prazo que na realidade permita ao condenado proceder ao pagamento das prestações tributárias em falta.» [5]

É no inteiro acolhimento desta fundamentação que não se pode deixar de atender favoravelmente a pretensão do Recorrente, visto que, como se retira daquele mesmo aresto, o regime decorrente da lei penal substantiva **“mostra-se, em concreto, desfavorável relativamente ao recorrente, porque, ao restringir o período de duração da suspensão, vai obrigá-lo a um esforço financeiro bem maior para conseguir pagar, num período mais curto, o elevado montante da prestação tributária em dívida e legais acréscimos para poder, assim, beneficiar da suspensão da**

execução da pena que foi fixada.»

Suspensão por cinco anos como vem pretendido?

A pretensão do Recorrente não poderá deixar de ser considerada. [6]

Tenham-se em conta, nomeadamente, “as intenções político-criminais básicas do instituto, ligadas à **prevenção especial de socialização**” e que na ponderação dos pressupostos materiais com vista à sua adoção pesam “**especialmente as condições de vida do agente**” [7]

Nesta conformidade, visto a factualidade descrita em II, 1.29 a 1.32 e a posição assumida pelo Recorrente, procederá a pretensão formulada de alteração, nesta parte, da decisão condenatória proferida.

IV DECISÃO

Em face do exposto, acordam os Juízes na 1ª Secção Criminal deste Tribunal da Relação:

1. No parcial provimento do recurso interposto pelo recorrente B..., procede-se à alteração da decisão recorrida nos seguintes termos:

«pela prática de um crime de fraude fiscal qualificada, previsto e punido pelos artigos 103 e 104, nº1 e 2 da Lei 15/2001, de 5 de Junho, é condenado na pena de 18 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de cinco anos, com a condição de pagar, no prazo da suspensão, a prestação tributária em falta, ou seja C 23.032,18, respeitante ao IVA do 1 trimestre de 2005, e respectivos juros de mora», confirmando-se, no mais, a decisão recorrida.

2. Nega-se provimento ao recurso interposto pela Recorrente D..., confirmando-se a decisão recorrida.

3. Da responsabilidade da Recorrente D..., visto o decaimento, **a taxa de justiça de 5UC**

Porto 14 de Março de 2012

Joaquim Maria Melo de Sousa Lima

Francisco Marcolino de Jesus

[1] **“Temas Básicos da Doutrina Penal** – Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre A Doutrina Geral Do Crime”, Coimbra Editora, 2001; pág.110-111

[2] Vide: **Figueiredo Dias**, ob. Cit. Fls. 78 ss

[3] **Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime**, 1993, págs. 196/7, § 255

[4] **Vide: Ac. STJ 28-09-2005 in CJSTJ 2005, tomo 3, pág. 173**

[5] **Processo 07P020 – Relator: Arménio Sottomayor; in www.dgsi.pt/jstj**

[6] Dê-se nota de que, na vizinha Espanha, a respeito do prazo da suspensão da execução da pena, o CP prevê no artigo 80º/2 a **audição prévia do arguido**: «El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de três meses a un año para las penas leves y

se fixará por lou Jueces o Tribunales, **previa audiência de las partes**, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena».

[7] **FIGUEIREDO DIAS, ob.cit. §§518 e 527**

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