

Brevíssima anotação ao Acórdão n.º 2/2015 do Supremo Tribunal de Justiça

(DR n.º 35 – SÉRIE I de 2015-02-19 – p. 967- 982)^[1]

Abuso de confiança contra a Segurança Social – contagem de prazo – prescrição do procedimento criminal

José M. Damião da Cunha

Professor Associado – Escola de Direito do Porto

Universidade Católica Portuguesa

Centro de Estudos e Investigação em Direito

[1] «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 Infrações 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 5.º, número 2, do mesmo diploma».

Os normativos pertinentes são os artigos 105.º, n.ºs 1 e 5, 107.º e 5.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT):

Artigo 105.º (*Abuso de confiança*) - 1 - Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a (euro) 7500, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar é

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Enquadramento. III. Análise Crítica. IV. Notas finais.

punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias. (...);

4 - Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se: a) Tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação;

Artigo 107.º (*Abuso de confiança contra a segurança social*) 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

Artigo 5.º. *Lugar e momento da prática da infração tributária:* (...) 2 - As infrações tributárias omissivas consideram-se praticadas na data em que termine o prazo para o cumprimento dos respectivos deveres tributários.”

Por comodidade argumentativa, iremos sempre referir o tipo legal do artigo 105.º do RIGT (embora o tipo aplicável fosse o artigo 107.º).

I. INTRODUÇÃO

Embora tardiamente, tendo em conta a data da prolação deste Acórdão de Fixação de Jurisprudência (de 2015), atrevemo-nos a fazer um muito breve comentário crítico, uma vez que os fundamentos/argumentos, que subjazem à pronúncia do STJ, podem assumir relevo para outros temas de direito penal ou outras tipicidades do direito penal. Além disso, recentemente publicámos na

Revista do Ministério Público^[2] um comentário a um tipo legal de crime que, na sua redação fundamental, assume características semelhantes às do crime de abuso fiscal (o crime de violação da obrigação de alimentos).

Exatamente, porque há o risco de a via argumentativa, e sobretudo a doutrina, ora considerada jurisprudência fixada pelo STJ, poderem vir a servir de “tópicos” para a interpretação de casos semelhantes ou análogos, justifica-se uma apresentação sucinta das razões por que entendemos que o presente Acórdão não será o mais correto e por que a solução normativa, e, logo, a jurisprudência fixada deveria ser exatamente a contrária.

II. ENQUADRAMENTO

O tema: a questão é exatamente a de saber a partir de que momento se inicia o decurso do prazo de prescrição do procedimento criminal no crime de abuso de confiança fiscal: no momento da não entrega das prestações? Ou no momento do preenchimento do prazo de 90 dias após a data devida de entrega?

O STJ, no acórdão agora referido (se bem que por forma tudo menos que consensual, atentos os votos de vencido^[3]), entendeu que o cômputo do prazo se iniciaria na data da omissão de entrega, uma vez que seria nesse momento que se consumaria o crime; de resto, o prazo de 90 dias, qualificado como uma mera condição de

[2] *Revista do Ministério Público*, 2018, Ano 39, n.º 154, p. 9-46.

Como aí referimos, o legislador parece ter sido influenciado pelas soluções previstas no RGIT, quando conformou o “novo crime de violação de obrigação de alimentos (artigo 250.º, n.º 1)”. Mantemos – e até reforçadamente – as críticas a tal opção legislativa.

[3] Não se fará aqui uma referência particular às posições expressas em votos de vencido, bem como aos seus fundamentos. É evidente, no entanto, que as nossas observações críticas se sobrepõem e mesmo coincidem com alguns dos argumentos apresentados em tais votos.

Difícilmente poderia ser de outro modo, como se compreende.

Do mesmo modo, também não se desconhece o profundo trabalho de análise crítica, levado a cabo por INÊS MAGALHÃES, “Abuso de confiança fiscal: o prazo de prescrição e o artigo 105.º/4, al. a), do RGIT”, *RPCC*, 2015, Ano 25, p. 607 e ss. (em especial, p. 634 e ss.). Também quanto a este trabalho se encontra coincidência de posições e sobretudo na conclusão final.

punibilidade, seria de todo “exterior ao tipo legal/crime”, pelo que não relevaria para efeito de consumação.

O Acórdão assenta em duas premissas: uma fundamental, a de que o prazo de 90 dias após a omissão de entrega é uma condição objetiva de punibilidade, pelo que é algo exterior ao ilícito (penal), sem relevo para efeito de consumação, sendo a violação do dever de entrega o momento decisivo; outra, mais de direito positivo, na referência à norma sobre o momento do delito (*tempus delicti* – artigo 5.º, n.º 2, do RGIT e artigo 3.º do CP), que aponta para o momento da conduta ou da omissão como elemento relevante para determinar a consumação.

III. ANÁLISE CRÍTICA

A) A primeira observação é a de que, ao contrário do que está pressuposto no discurso fundamentador deste Acórdão (e, supomos, ao pensamento do legislador, quando “criou” o artigo 5.º do RGIT, com a redação vigente), o artigo 3.º do CP nada tem a ver com a prescrição do procedimento penal ou com o momento da consumação do crime. Julga-se que é necessário explicar, incluindo para efeito de uma mais correta interpretação do artigo 5.º do RGIT, o duplo sentido que é inerente à expressão “momento da prática do facto”.

aa) O artigo 3.º do CP vem esclarecer, *apenas para efeito de determinação da lei penal aplicável*, quando é que o facto deve ser considerado praticado – de modo a se determinar qual a lei “aplicável ao momento da prática do facto” (o artigo 3.º remete para o artigo 2.º do CP e tem apenas este sentido funcional de determinar a lei vigente do momento da prática do facto). Assim, o n.º 1 do artigo 2.º do CP refere a lei “vigente no momento da