

mensal garantida resultante de redução relacionada com o trabalhador, de acordo com o artigo 275.º do Código do Trabalho.

Artigo 2.º

1 — A presente portaria entra em vigor no 5.º dia após a sua publicação no *Diário da República*.

2 — As tabelas de remunerações mínimas mensais e o valor do subsídio de refeição produzem efeitos desde 1 de Janeiro de 2010.

3 — Os encargos resultantes da retroactividade podem ser satisfeitos em prestações mensais, com início no mês seguinte ao da entrada em vigor da presente portaria, correspondendo cada prestação a dois meses de retroactividade ou fracção e até ao limite de cinco.

A Ministra do Trabalho e da Solidariedade Social, *Maria Helena dos Santos André*, em 16 de Setembro de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2010

Processo n.º 6463/07.6 TDLSB. L1 — A. S1

Recurso para fixação de jurisprudência

Relator por vencimento — J. Souto Moura.

O Ministério Público (MP) junto do Tribunal da Relação de Lisboa, ao abrigo do artigo 437.º, n.ºs 1 e 4, do Código de Processo Penal (CPP), veio interpor recurso extraordinário de fixação de jurisprudência para o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), com o fundamento que se segue:

No Processo n.º 6463/07.6 TDLSB. L1 da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa (acórdão recorrido), foi proferido a 15 de Julho de 2009, acórdão, com trânsito em julgado a 3 de Setembro de 2009, em que se decidiu que o limite de € 7500, estabelecido no n.º 1 do artigo 105.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2009, de 31 de Dezembro, também devia ser tido em conta, estando em causa o crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Exactamente sobre esta questão de direito, e no domínio da mesma legislação, já se havia pronunciado o Acórdão de 4 de Março de 2009, proferido no Processo n.º 257/03.5TAVIS.Cl, da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra (indicado como acórdão fundamento), que defendeu a solução oposta. Ou seja, a de que a alteração ao artigo 105.º, n.º 1, do RGIT introduzida pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que introduziu aquele limite de € 7500, não abrangia o crime de abuso de confiança contra a segurança social, o qual mantinha portanto a sua tipificação autónoma e integral na previsão do artigo 107.º do RGIT.

A — O Recurso

No instrumento de interposição de recurso, o MP apresentou as conclusões que se transcrevem:

«1 — No Acórdão recorrido a questão jurídica que vinha colocada foi decidida no sentido de que tem aplicação em sede de crime de abuso de confiança contra a segurança social o limite de € 7500 estabelecido no

n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2009, de 31 de Dezembro.

2 — Sobre a mesma questão de direito e no âmbito da mesma legislação foi proferido a 4 de Março de 2009, no Processo n.º 257/03.5TAVIS.Cl, da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra, o acórdão supra-identificado no artigo 4.º, que consagrou solução oposta: a alteração ao artigo 105.º, n.º 1, do RGIT introduzida pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não abrange o crime de abuso de confiança contra a segurança social, que mantém a sua tipificação autónoma e integral na previsão do artigo 107.º do RGIT.

3 — Tendo ambos os acórdãos transitado em julgado, e não sendo nenhum deles, já, susceptível de recurso ordinário, impõe-se a fixação da jurisprudência; sendo nosso parecer que, no acolhimento da solução consagrada no Acórdão de 4 de Março de 2009, do Tribunal da Relação de Coimbra, proferido no Processo n.º 257/03.5TAVIS.Cl, será de decidir neste último sentido.»

O Instituto da segurança social, I. P., demandante civil no processo em que se lavrou o acórdão recorrido, veio apresentar resposta, corroborando o pedido formulado pelo MP, e concluindo:

«1 — No que respeita ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, nos dois acórdãos, transitados em julgado e objecto do recurso do Ministério Público, proferiram-se julgados expressos, não implícitos, quanto à interpretação e aplicação resultante do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

2 — Porém tais julgados divergentes, estribam-se em termos de direito, sobre uma base factual pontualmente idêntica, no domínio da mesma legislação — não se tratando de um caso de irrelevante oposição entre os fundamentos e a decisão.

3 — Entendemos por isso que estão reunidos todos os pressupostos e condicionalismos para que seja ordenada a admissibilidade e o respectivo prosseguimento do recurso.»

Procedeu-se a exame preliminar, o recurso foi considerado admissível e foi ordenada a subida dos autos a este Supremo Tribunal, onde o procurador-geral-adjunto emitiu parecer «no sentido de que deverá julgar-se verificada a existência de oposição entre os julgados, prosseguindo os autos os seus termos, em conformidade com o disposto nos artigos 440.º, n.ºs 3 e 4, e 441.º do C. P. Penal».

Procedeu-se à conferência a que alude o artigo 441.º do Código de Processo Penal, na sequência do que se lavrou acórdão, o qual terminou estipulando:

«Nestes termos, têm-se por verificados os indicados pressupostos de prosseguimento do presente recurso, pelo que cumpre ordenar o mesmo, nos termos do artigo 441.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, julga-se verificada oposição de julgados quanto aos acórdãos proferidos no âmbito dos recursos referidos e, em consequência, ordena-se o prosseguimento dos presentes autos para fixação de jurisprudência.»

Teve então lugar a apresentação de alegações, aliás doudas, por parte do MP, ao abrigo do artigo 442.º, n.º 1,

do CPP. Formulou a final as conclusões que se transcrevem:

«1 — A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, manteve intacta a redacção do artigo 107.º do RGIT (crime de abuso de confiança contra a segurança social), tendo o legislador silenciado as razões da descriminalização do crime previsto e punido no artigo 105.º do RGIT (abuso de confiança fiscal), na redacção do artigo 113.º daquela lei, quando estão em causa prestações de valor igual ou inferior a € 7500.

2 — A remissão operada pelo n.º 1 do artigo 107.º para o n.º 1 e para o n.º 5 do artigo 105.º do RGIT circunscreve-se exclusivamente à pena aplicável, constando todos os elementos subjectivos e objectivos do crime de abuso de confiança à segurança social desse preceito.

3 — Não obstante algumas semelhanças, os crimes previstos nos artigos 105.º e 107.º do RGIT são autónomos, como sempre o foram, autonomia essa que não é posta em causa pelo facto de os crimes contra a segurança social haverem sido integrados no mesmo diploma dos crimes fiscais, a partir do Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Julho.

4 — O reforço da autonomia do regime punitivo das infracções contra a segurança social funda-se e justifica-se na necessidade premente da defesa da sustentabilidade da segurança social, fortemente ameaçada em Portugal, como na generalidade dos países europeus.

5 — Os tipos penais de abuso de confiança fiscal e de abuso de confiança contra a segurança social protegem bens jurídicos que, embora próximos, não se confundem, sendo precisamente essa distinção que justificou a opção do legislador pela autonomização dos crimes de abuso de confiança contra a segurança social.

6 — A descriminalização do crime de abuso de confiança contra a segurança social, no caso de não entrega de contribuições de valor iguais ou inferior a € 7500, viria ao arrepio e seria mesmo paradoxalmente contrária a toda a orientação legislativa seguida nos últimos anos, e, designadamente, a partir de 2001, com vista a assegurar o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social.

7 — Atendendo a que o tecido empresarial é constituído essencialmente por pequenas e médias empresas, que têm ao seu serviço menos de 10 trabalhadores (95,4% das empresas, em 2007), a tese da descriminalização do crime de abuso de confiança contra a segurança social, nos casos indicados, conduziria a que fosse abrangida por essa descriminalização a larga maioria das contribuições em dívida à segurança social, afectando-se assim gravemente o sistema de segurança social e os interesses fundamentais que o mesmo visa proteger, no cumprimento da norma programática do artigo 63.º, n.º 3, da Constituição.

8 — Ao descriminalizar o crime de abuso de confiança fiscal, quando está em causa prestação de valor igual ou inferior a € 7500, o legislador sancionou essa conduta como contra-ordenação, ficando assim ressalvada a luta contra a evasão fiscal — cf. artigo 114.º, n.º 5, alínea a), do RGIT, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, medida essa que não se encontrava, nem foi prevista, no caso de falta de entrega das contribuições devidas à segurança social.

9 — Assim, na tese da descriminalização, ficaria totalmente impune a falta de entrega à segurança social de contribuições de valor igual ou inferior a € 7500, o que se mostraria em flagrante contradição com as

medidas legislativas de combate à fraude e às dívidas à segurança social e, designadamente, com o reforço de criminalização dos comportamentos de evasão contributiva, nos últimos anos, por forma que a segurança social continue a realizar um dos mais elementares direitos à sobrevivência e à existência condigna, constitucionalmente garantidos.

10 — O crime de abuso de confiança contra a segurança social, como o próprio crime de abuso de confiança fiscal, não constitui, na essência, crime contra o património, estando aí em causa a lesão do interesse público que lhe está subjacente e que transcende o valor da prestação a entregar, para se situar no regular funcionamento do sistema e nos interesses que deve satisfazer.

11 — Do descuido e da má técnica legislativa utilizada, ao manter-se a remissão do n.º 2 do artigo 107.º para o n.º 6 do artigo 106.º do RGIT, revogado pelo artigo 115.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não podem extrair-se argumentos no sentido da descriminalização, quando estão em causa contribuições à segurança social de valor inferior a € 7500, apontando antes a não eliminação dessa remissão no sentido de que o legislador teve a intenção de manter intacta a configuração do crime de abuso de confiança contra a segurança social.

12 — Sendo distintos os bens jurídicos protegidos pelos crimes de abuso de confiança fiscal e de abuso de confiança contra a segurança social, tal como são diferentes a natureza e as finalidades das prestações e das contribuições a que se reportam os artigos 105.º e 107.º do RGIT, mostra-se justificado um regime penal mais exigente, que confira maior eficácia à protecção dos interesses subjacentes aos crimes contra a segurança social, o que, de forma alguma, põe em causa os princípios da proporcionalidade e da igualdade, previstos nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da Constituição.

13 — A opção seguida situa-se dentro da liberdade de conformação do legislador na determinação das condutas que devem ser criminalizadas, não podendo olvidar-se que as discrepâncias e incongruências em matéria de valores fixados, quanto aos crimes previstos nos capítulos III e IV da parte III do RGIT têm sido uma constante, desde a redacção originária de tal diploma.

14 — O limite de € 7500, estabelecido no n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, na redacção do artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não é aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, previsto no artigo 107.º do RGIT.

15 — Termos em que:

a) O conflito que se suscita haverá de ser resolvido, fixando-se jurisprudência no sentido que a seguir se propõe: A alteração introduzida pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, no n.º 1 do artigo 105.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), não se mostra aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, previsto no artigo 107.º do RGIT;

b) Alterando-se em conformidade o acórdão recorrido.»

Foi a vez de, a seu turno, o Instituto de segurança social apresentar circunstanciadas alegações cujas conclusões foram as seguintes:

«1.º A ‘unidade do sistema jurídico’ (artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil) deve ser atendida na interpretação e

aplicação do direito. Na lição, sempre cristalina, de Castro Mendes ‘A ordem jurídica forma um sistema, de elementos coordenados e homogéneos entre si, não podendo comportar contradições. Daqui resulta que as leis se interpretam umas pelas outras — cada norma e conjunto de normas funciona em relação às outras como elemento sistemático de interpretação’ (*Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1977, p. 361).

2.º Ora, o entendimento sufragado pelo acórdão recorrido, e segundo o qual o limite de € 7500, do crime de abuso de confiança fiscal é também aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social constituiria um factor de grave desequilíbrio na unidade do sistema, pondo em causa, nas palavras de Baptista Machado, a ‘coerência intrínseca do ordenamento’ (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 2.ª reimp., Coimbra, 1987, p. 183).

3.º Recorde-se que o artigo 1.º do Código Penal consagra o princípio da legalidade, e seu corolário lógico é o princípio da tipicidade, pelo qual cabe à lei e só a esta especificar quais os factos ou condutas que constituem um crime e quais os pressupostos que justificam a aplicação de uma pena. Por isso importa que a sua definição seja tanto quanto possível precisa, e não construída com base numa enorme confusão normativa criada por via jurisprudencial.

4.º Com efeito, passaria a existir, incompreensivelmente, um mesmo limite para a fraude e para o abuso de confiança contra a segurança social (€ 7500), enquanto que no âmbito dos crimes fiscais o limite mínimo para a fraude (€ 15 000) corresponde ao dobro do estabelecido para o abuso de confiança (€ 7500).

5.º Como bem refere o STJ ‘Se fosse de referenciar como obstáculo punitivo do crime de abuso de confiança contra as instituições de segurança social aquele segmento atinente ao valor em débito, transpondo-o, sem mais, para o artigo 107.º estar-se-ia a introduzir no tipo uma circunstância que aí não figura: estar-se-ia a construir, pura e simplesmente, um tipo legal novo, inserto num diploma aprovando o OGE e o legislador orçamental arvorado, mais uma vez, estranhamente, em legislador penal, numa postura próxima, porém criticável, da usurpação de poderes’ (cf. Acórdão do STJ prolatado no Processo n.º 331/01.2TAVCD.SI, datado de 17 de Dezembro de 2009, e relatado pelo Ex.º Senhor Juiz Conselheiro Santos Monteiro, aresto disponibilizado in www.dgsi.pt).

6.º Com a nova redacção conferida ao artigo 105.º do RGIT pela Lei n.º 64-A/2008, passou a constituir elemento do tipo de ilícito (abuso de confiança fiscal) que a prestação tributária em falta seja de valor superior a € 7500, sendo certo que, nos termos do n.º 7 do referido artigo 105.º do RGIT (os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária; mas o entendimento segundo o qual o limite de € 7500 previsto no artigo 105, n.º 1, também é aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto no artigo 107, n.º 1, constitui interpretação *contra legem*.

7.º Salvo o devido respeito, a interpretação levada a cabo no acórdão recorrido consubstancia-se como correctiva, e violadora do princípio da separação de poderes, princípio que preside ao modelo de organização do Estado na nossa República (artigo 2.º da CRP),

e que se caracteriza pela reserva de competência dos vários órgãos de soberania perante os outros, sendo da competência da AR a competência para fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo (Cf. artigo 161.º, alínea c), da CRP).

8.º Invocamos que é totalmente inconstitucional, pela violação do princípio do Estado de direito e do princípio da separação de poderes, consagrados respectivamente nos artigos 2.º e 111.º da CRP, a interpretação desconforme à Constituição efectuada no acórdão recorrido, segundo a qual por força do disposto no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e do disposto no n.º 7 do mesmo preceito aplicável *ex vi* do n.º 2 do artigo 107.º do mesmo diploma legal, mostra-se descriminalizado o crime de abuso de confiança contra a segurança social se as quantias devidas a título de contribuições declaradas mensalmente são de valor inferior a € 7500.

9.º À luz do que vem alegado, a segurança social portuguesa propõe que no caso concreto seja fixada jurisprudência no seguinte sentido: o limite de € 7500 a que alude o n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, na redacção que lhe foi conferida pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não integra o elemento objectivo do crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto no artigo 107.º do RGIT, de forma autónoma e completa, embora punível com as penas previstas para o crime de abuso de confiança fiscal.»

Muito embora ciente de que o sentido da decisão a proferir, no presente recurso, não o irá atingir, por respeito pelo princípio da proibição da *reformatio in pejus*, o arguido no processo onde se proferiu o acórdão recorrido, Florêncio Macedo Loureiro quis também apresentar as suas alegações, na sequência da notificação que lhe foi feita ao abrigo do artigo 442.º, n.º 1, do CPP. Concluiu essas douts alegações do modo que se segue:

«I — A *vexata quaestio* ora submetida à apreciação de VV. Ex.ªs, reside na interpretação dos artigos 105.º e 107.º, ambos do RGIT, após a alteração que foi introduzida ao n.º 1 do referido artigo 105.º pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.

II — No que concerne ao crime de abuso de confiança fiscal, a referida Lei n.º 64-A/2008 introduziu um valor mínimo a partir do qual a conduta é punível, descriminalizando-a quando o valor da prestação em dívida for igual ou inferior a € 7500, revogando ainda o n.º 6 do artigo 105.º

O artigo 107.º do RGIT não sofreu qualquer alteração, inclusivamente quanto à remissão para os n.ºs 4, 6 e 7 do artigo 105.º, apesar da revogação do n.º 6.

III — Temos pois um problema de interpretação de leis a ser solucionado à luz do que dispõe o artigo 9.º do Código Civil:

‘A lei deve ser entendida como se atrás dela estivesse não a entidade real histórica — indivíduo ou grupo de indivíduos que a produziu —, mas um certo legislador abstracto, convencional — um legislador razoável, quer na recolha da substância legal, quer na sua formação técnica’ (Manuel de Andrade, ob. cit. [*Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*], p. 103).

IV — Na interpretação da lei, partindo-se do seu elemento literal, há que fazer intervir os elementos de ordem sistemática, histórica e racional ou teleológica.

V — É certo que o legislador não previu expressamente na Lei n.º 64-A/2008 o limite do valor mínimo (superior a € 7500) da prestação tributária deduzida mas não entregue para o crime de abuso contra a segurança social, nem nela faz qualquer referência ao artigo 107.º do RGIT.

VI — Contudo, daí não se pode extrair que o espírito do legislador fosse o de afastar esse limite previsto no n.º 1 do artigo 105.º do RGIT do crime de abuso de confiança contra a segurança social, porquanto este crime previsto no artigo 107.º do RGIT foi desenhado à imagem do crime de abuso de confiança fiscal previsto no artigo 105.º do RGIT, para o qual remete, inclusive para o seu n.º 6, entretanto revogado pela mesma Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

VII — O legislador sempre pretendeu que o regime da punição dos dois crimes fosse idêntico, divergindo as entidades devedoras das prestações e os fundamentos das respectivas dívidas.

VIII — E sempre foi considerado, por força do n.º 2 do mesmo artigo 107.º, o montante previsto no n.º 6 do artigo 105.º, para efeito de extinção da responsabilidade criminal.

IX — Essa remissão para o n.º 6 do artigo 105.º, entretanto revogado pela Lei n.º 64-A/2008, que se manteve no n.º 2 do artigo 107.º do RGIT, mostra bem que o legislador continua a não ter qualquer preocupação autónoma com os crimes contra a segurança social.

X — Se os valores constantes do artigo 105.º sempre foram tidos em conta para a sua aplicação aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social e se o limite mínimo exigível para a punibilidade passou agora a ser o previsto no n.º 1 do artigo 105.º (superior a € 7500) não existem razões para o não aplicar aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social e para não considerar que, para existir o crime de abuso de confiança contra a segurança social, a contribuição deduzida e comunicada, mas não entregue, em relação a cada declaração terá também de ser de valor superior a € 7500.

XI — A não ser assim, teríamos o entendimento verdadeiramente absurdo que para o crime de abuso de confiança contra a segurança social se mantinha em vigor o n.º 6 do artigo 105.º do RGIT.

XII — O próprio princípio da proporcionalidade impede uma tal discrepância na aplicação do novo regime previsto no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT relativamente aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social.

XIII — Entender-se a situação de outro modo representaria uma ofensa injustificada ao princípio da legalidade e poderia significar uma interpretação inconstitucional do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT, por conduzir a um excesso de punição quando em causa estivesse o crime de abuso de confiança contra a segurança social de valor não superior a € 7500, com consequente violação do princípio da proporcionalidade das penas e da igualdade (na medida em que situações iguais eram tratadas em termos sancionatórios de forma desigual) e, portanto, por contrariarem o estatuído nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da CRP.

XIV — Numa interpretação sistemática e teleológica do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT, se a contribuição deduzida e comunicada em cada declaração, que não foi entregue, não for superior a € 7500, o crime de abuso de confiança contra a segurança social não é punido, por estar descriminalizado (artigo 1.º, n.º 2, do CP).

XV — Uma interpretação de acordo com a hermenêutica jurídica, tomando como ponto de partida a letra, mas buscando o espírito, a teleologia da alteração normativa, a componente histórica e a inserção sistemática, apenas poderá conduzir à conclusão de que tal ‘limiar mínimo de ilicitude’ também é exigível no aludido crime de abuso de confiança contra a segurança social.

XVI — De entre os vários argumentos que vêm sendo apontados nesse sentido, destacamos os seguintes:

a) O relatório do OE para 2009 é totalmente omissivo quanto à razão da alteração da norma em crise. Conforme consta de vários arestos que já se pronunciaram sobre a questão, entendemos também que o orçamento procurou combater a crise económica, tentando aliviar as PME, descriminalizando a falta de entrega de prestações referentes a impostos de valor inferior a € 7500. Uma interpretação de acordo com *a ratio* da alteração produzida conduzirá indubitavelmente ao entendimento que esse ‘limiar mínimo de ilicitude’ é também aplicável aos crimes contra a segurança social.

b) Em direito penal vigoram os princípios da legalidade e da tipicidade — *nullum crimen e nulla poena sine lege* —, devendo as leis penais ser precisas e claras. Se a lei penal permite interpretações díspares, se são possíveis duas interpretações distintas e opostas, é porque a lei penal não cumpriu o requisito da certeza que lhe é imposta pelos aludidos princípios. Assim sendo, em caso de dúvida, é de adoptar a interpretação mais favorável ao arguido, em conformidade com a posição que defendemos, apelando ao princípio *in dubio pro libertatis*.

As deficiências de redacção da lei penal funcionam sempre contra o legislador e a favor da liberdade.

c) Enveredar pela posição dos que defendem a inaplicabilidade do limite de € 7500 ao crime do artigo 107.º do RGIT é admitir que, com a entrada em vigor da mencionada Lei n.º 64-A/08, de 31 de Dezembro, passou a ser punível, a título de crime, com pena de prisão até 3 anos, a não entrega à segurança social de quaisquer quantias, por mais insignificante que seja o seu valor, ainda que se trate de € 1 ou valor inferior — sem que seja possível extinguir o procedimento criminal pelo próprio pagamento, contrariamente ao que sucedia antes — enquanto que, em matéria fiscal, só é punível a não entrega ao Estado de imposto de valor superior a € 7500. Seria, no mínimo, absurdo, um tratamento tão díspar, para situações equivalentes: trata-se, em ambos os casos, de retenção de dinheiro que é do Estado. Situações idênticas exigem identidade de resposta do correspondente ordenamento jurídico. Sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado.

XVII — Por todo o exposto somos de parecer que tem aplicação em sede de crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto no artigo 107.º, n.º 1, do RGIT o limite de € 7500 estabelecido no n.º 1 do artigo 105.º daquele diploma na redacção da Lei

n.º 64-A/2009, de 31 de Dezembro, devendo a jurisprudência ser fixada neste sentido.»

Corridos os vistos, procedeu-se a julgamento em conferência, no pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, tendo tido lugar um adiamento da tomada de decisão, e ocorrido a mudança de relator.

Cumpre então apreciar e decidir.

B — Apreciação

Já se viu que o diferendo em apreço respeita à questão de saber se, tal como se exige para o crime de abuso de confiança fiscal, em relação à prestação tributária retida, também se deverá exigir, para que se mostre praticado o crime de abuso de confiança contra a segurança social, que o montante da contribuição não entregue às instituições de segurança social seja superior a € 7500.

Vejamos então as previsões típicas destes dois crimes.

O artigo 105.º do Regime Geral das Infracções Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de Junho (doravante RGIT), prevê o crime de abuso de confiança fiscal e apresenta hoje a redacção dada pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2009:

«1 — Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a € 7500, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3 — É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

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;

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.

5 — Nos casos previstos nos números anteriores, quando a entrega não efectuada for superior a € 50 000, a pena é de prisão de 1 a 5 anos e de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas.

6 — (*Revogado.*)

7 — Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.»

O artigo 107.º do mesmo diploma prevê o crime de abuso de confiança contra a segurança social e manteve a redacção original, que é:

«1 — As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribui-

ções por estes legalmente devidas, não o entregarem, 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, 6 e 7 do artigo 105.º»

1 — A argumentação dos acórdãos em oposição:

1.1 — Começaremos por apresentar as razões invocadas nos arestos em confronto, para sustentar as teses que defenderam, e, desde já, pelo que toca ao acórdão recorrido. Ai se disse:

«É certo que o legislador não previu expressamente em tal lei esse mesmo limite do valor mínimo (superior a € 7500) da prestação tributária deduzida mas não entregue para o crime de abuso contra a segurança social, nem a ela faz qualquer referência no artigo 107.º do RGIT.

Porém, tal não significa que o pensamento do legislador fosse o de afastar esse limite, previsto no n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, do crime de abuso de confiança contra a segurança social, quando o certo é que este crime previsto no artigo 107.º do RGIT foi desenhado à imagem do crime de abuso de confiança fiscal previsto no artigo 105.º do RGIT, para o qual remete, inclusive para o seu n.º 6, entretanto revogado pela mesma Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

De facto, se nós analisarmos o processo de criminalização das condutas que lesam os interesses do fisco e da segurança social a partir de 1990, verificamos que a criminalização inicia-se pelas condutas lesivas do fisco (90 e 93), só sendo criminalizadas certas condutas contra os interesses da segurança social em 1995, por introdução de normas no RJFNA, as quais sempre tiveram grande semelhança entre si. Isso mesmo aconteceu em 2001 com o RGIT, que manteve, em grande medida, esse paralelismo. Os interesses tutelados são essencialmente os mesmos, os fins a que os valores patrimoniais se destinam é que têm afectações diferentes.

Sempre se pretendeu, como se escreve no aresto da RL, ‘que o regime de punição fosse idêntico em ambos os crimes — abuso de confiança fiscal e abuso de confiança contra a segurança social —, sendo apenas diferentes as entidades devedoras das prestações e os fundamentos das dívidas.

E por isso, por força da remissão do n.º 1 do artigo 107.º, sempre se teve em conta o montante de € 50 000 previsto no n.º 5 do artigo 105.º para se qualificar o crime de abuso de confiança contra a segurança social, punindo-o mais severamente.’

E sempre se considerou, por força do n.º 2 do mesmo artigo 107.º, o montante previsto no n.º 6 do artigo 105.º para efeito de extinção da responsabilidade criminal.

Essa remissão para o n.º 6 do artigo 105.º entretanto revogado pela Lei n.º 64-A/2008, que se manteve no n.º 2 do artigo 107.º do RGIT, mostra bem que o legislador continua a não ter qualquer preocupação autónoma com os crimes contra a segurança social.

Antes mesmo desta última alteração ao artigo 105.º do RGIT, já Isabel Marques da Silva (*Regime Geral das Infracções Tributárias*, 2.ª ed., Coimbra, 2007) falava em abuso de confiança ‘simples’, na ‘forma agravada’ e na ‘forma privilegiada’ quando analisava as três formas que o mesmo crime podia assumir, ‘em função do valor da prestação tributária não entregue’, de acordo com

o disposto no artigo 105.º, n.ºs 1, 5 e 6, do RGIT, que entendia ser aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Tudo isso a evidenciar que, antes da alteração introduzida pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, as diferentes molduras penais aplicadas ao crime de abuso de confiança contra a segurança social (apesar da redacção da parte final do n.º 1 do artigo 107.º do RGIT não ser a melhor e mais adequada) eram definidas em função do valor da prestação tributária previsto para o crime de abuso de confiança fiscal (aqui enquanto contribuição social) não entregue.

Ora, tendo sido revogado o n.º 6 do artigo 105.º que estabelecia, como condição objectiva de punibilidade, um limite mínimo para a punição do abuso de confiança fiscal, limite mínimo esse passou agora a ser o do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT (€ 7500), há que considerar também revogada a remissão para tal preceito que se mantém no n.º 2 artigo 107.º do RGIT relativamente ao crime de abuso de confiança contra a segurança social.

E se já antes aquele limite mínimo que estava previsto no n.º 6 era aplicável aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social (por via do n.º 2 do artigo 107.º), ficaria incompreensível que, conforme se escreve no mesmo aresto, ‘prevendo agora o legislador uma menor severidade quando estão em causa quantias não superiores a € 7500, se aplicasse tal alteração apenas aos crimes de abuso de confiança fiscal e não também aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social, não se fazendo a identidade de punições que sempre o legislador entendeu fazer’.

Poderia, eventualmente, entender-se, citando o mesmo aresto, ‘que a alteração do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT configura uma alteração da tipicidade, pois que se introduziu um limite de € 7500, abaixo do qual, pura e simplesmente, não há crime e, sendo a remissão do n.º 1 do artigo 107.º apenas para as penas, não deverá aplicar-se tal limite aos crimes de abuso contra a segurança social.’

Ora, o núcleo da tipicidade permanece inalterado: a não entrega da prestação tributária retida no prazo legalmente fixado, tal como aliás foi considerado no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 6/08, de 9 de Abril de 2008 — *Diário da República*, de 15 de Maio de 2008 — que estabeleceu que 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, não tendo alterado a tipicidade da infracção.’

Verificou-se apenas a introdução de um valor abaixo do qual não há crime, pese embora persista a obrigação de entregar a quantia devida, tal como existia um valor até ao qual era possível a extinção da responsabilidade criminal pelo pagamento (até à introdução da alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º, a partir da qual passou a ser sempre possível tal extinção, independentemente do valor) e tal como existe um valor a partir do qual o crime é qualificado’.

O argumento literal, se para algum lado aponta, é antes no sentido da posição que defendemos porquanto não só a imperfeição técnica é de tal modo flagrante que lhe retira, por completo, a força como também, uma vez que o legislador não remete apenas para o n.º 1 mas também para o n.º 5, então, se esta remissão para o n.º 5

abarca os elementos do tipo qualificado, por que é que a remissão para o n.º 1 não há-de abarcar a fixação de um limiar mínimo de punibilidade?

Se sempre se tiveram em consideração os valores referidos no artigo 105.º para os aplicar aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social e se o limite mínimo exigível para a punibilidade passou agora a ser o previsto no n.º 1 do artigo 105.º (superior a € 7500) não vemos, pois, razões para o não aplicar aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social e para não considerar que para existir o crime de abuso de confiança contra a segurança social, a contribuição deduzida e comunicada, mas não entregue, em relação a cada declaração terá também de ser de valor superior a € 7500.

Se assim não fosse, então, conforme se escreve no aresto da RP de 27 de Maio de 2009, ‘ter-se-ia que defender que, para o crime de abuso de confiança contra a segurança social se mantinha em vigor o n.º 6 do artigo 105.º do RGIT, o que, todavia, não é aceite — e bem — mesmo por aqueles que sustentam a não aplicabilidade do limite mínimo previsto no n.º 1 do mesmo dispositivo legal ao crime de abuso de confiança contra a segurança social’.

O princípio da proporcionalidade impede uma tal discrepância na aplicação do novo regime previsto no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT relativamente aos crimes de abuso de confiança contra a segurança social e a descriminalização do abuso contra o fisco redundaria numa agravação do regime do abuso de segurança contra a segurança social.

O que, no dizer do mesmo acórdão da RP ‘representa uma ofensa injustificada ao princípio da legalidade e poderia significar uma interpretação inconstitucional do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT, por conduzir a um excesso de punição quando em causa estivesse o crime de abuso de confiança contra a segurança social de valor não superior a € 7500, com consequente violação do princípio da proporcionalidade das penas e da igualdade (na medida em que situações iguais eram tratadas em termos sancionatórios de forma desigual) e, portanto, por contrariarem o estatuído nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da CRP’.

E, continuando a citar o mesmo acórdão “não é pelo facto de o limite mínimo (€ 7500) para a fraude contra a segurança social passar a ser igual ao previsto para o crime de abuso de confiança contra a segurança social (por aplicação do disposto no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT), que se passa a registar uma ‘desarmonia na unidade do sistema’, quando é certo que, simultaneamente, nos ditos crimes fiscais, o limite mínimo para a fraude (artigo 103.º, n.º 2, do RGIT) de € 15 000 corresponde ao dobro do mínimo de € 7500 previsto para o abuso de confiança (artigo 105.º, n.º 1, do RGIT)”.

Nem se diga que com a despenalização são postos em causa os interesses da segurança social, protegidos no artigo 107.º do RGIT porquanto não só em ambos os crimes o que está em causa é o “erário público, associado à violação dos deveres tributários do sujeito activo (pessoa singular ou colectiva, que mesmo na qualidade de entidade empregadora, actua como ‘fiel depositário’, sobre o qual recai o dever de entregar a prestação tributária ao credor ‘Estado fiscal social’, assumida este a veste de administração tributária ou de administração da segurança social”) — aresto da RP de

27 de Maio — como o próprio legislador se demitiu, desde o início, de lhe conferir uma tutela especial ao delimitar este crime sempre em função do crime de abuso fiscal e ao definir as suas diferentes penalizações em função da maior ou menor gravidade do valor da prestação/contribuição deduzida e comunicada mas não entregue e, conseqüentemente, em função do prejuízo causado ao património público tributário e não pela ‘especial natureza das contribuições’, ou pela ideia de uma imprescindível ‘necessidade de sustentar e assegurar o financiamento do sistema público de segurança social’ [...].»

1.2 — O acórdão fundamento adianta a seu turno as seguintes ordens de razões:

«O [artigo] 107.º, n.º 1, do RGIT define integralmente o tipo de abuso de confiança contra a segurança social e apenas remete para as penas previstas no 105.º, n.ºs 1 e 5, e não para os elementos do tipo ou condições de procedibilidade do 105.º, n.ºs 1 e 5.

O tipo legal de crime de abuso de confiança contra a segurança social encontra no n.º 1 do artigo 107.º do RGIT a completa descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que depende em concreto a punição que torna objectivamente determinável o comportamento proibido e objectivamente dirigível a conduta do cidadão, sem necessidade de recurso ao artigo 105.º do RGIT para tal efeito.

A alteração ao artigo 105.º, n.ºs 1 e 5, do RGIT introduzida pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de 2009), limita-se a introduzir um novo elemento objectivo ao tipo — limitando-o à não entrega de prestações tributárias ‘de valor superior a € 7500’.

Conclui-se, assim, que essa alteração não abrange o crime de abuso de confiança contra a segurança social, que mantém a sua tipificação autónoma e integral na previsão do artigo 107.º do RGIT.

Existem outros elementos de interpretação que aponham neste sentido.

Na sistematização do RGIT existe uma parte (título II, capítulo II) das ‘contra-ordenações fiscais’ (artigo 113.º e seguintes) onde encaixa o abuso de confiança fiscal de menos de € 7500 (artigo 114.º, n.º 1).

Porém, o RGIT deixa de fora a previsão das contra-ordenações contra a segurança social.

É (ainda) o Decreto-Lei n.º 64/89, de 25 de Fevereiro, que estabelece o regime sancionatório da segurança social e define as contra-ordenações nesta matéria (sem prejuízo da existência de outros diplomas que prevêm contra-ordenações contra a segurança social em matérias que não estão relacionadas com a entrega das contribuições devidas).

Nesse diploma não existe qualquer contra-ordenação por falta de entrega das contribuições à segurança social.

Conseqüentemente, a entender-se que o crime de abuso de confiança contra a segurança social foi despenalizado, cria-se um espaço de absoluta impunidade para comportamentos bem mais censuráveis do que aqueles que são tipificados como contra-ordenações contra a segurança social.

Por outro lado, o artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de 2009), integra-se na sua secção II, ‘Procedimento e processo tributário’

do capítulo XI, ‘Procedimento, processo tributário e outras disposições’, enquanto as alterações legislativas que o OE contempla para o regime da segurança social se inserem no seu capítulo V, ‘Segurança social’ (artigos 55.º e seguintes) e, nesta parte é que poderia — deveria — caber qualquer alteração aos crimes contra a segurança social.

Acresce, como bem salienta o Ex.º Sr. Procurador-Geral-Adjunto no seu parecer “[...] ser esta a melhor hermenêutica face às distintas proveniências e destinatários dos montantes em causa, e valores tutelados em cada um dos crimes, pois, como se refere no Acórdão da Relação do Porto de 15 de Outubro de 2003.

Enquanto nos crimes fiscais os deveres impostos aos contribuintes convergem para a revelação da real capacidade contributiva de cada um e de todos os cidadãos obrigados a pagar impostos, tendo em vista a realização da igualdade e justiça tributárias, reconduzindo-se assim a um mais amplo bem jurídico tutelado, qual seja ‘a confiança da administração fiscal na verdadeira capacidade contributiva do contribuinte’;

Já no crime de abuso de confiança contra a segurança social, não é o Estado/administração fiscal o destinatário desses montantes, mas sim o Instituto de Gestão Financeira da segurança social, com personalidade jurídica e património próprio, dotado de autonomia administrativa e financeira para a gestão dos interesses de segurança social que lhe estão cometidos defender e prosseguir, e cujo orçamento próprio assenta fundamental e prioritariamente nas receitas provenientes das prestações sociais resultantes dos descontos efectuados, sendo pois esta efectiva arrecadação o bem jurídico tutelado.”

Assim, presumindo-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, como impõe o artigo 9.º do Código Civil, tem de se concluir que o artigo 113.º da referida lei não procedeu a qualquer despenalização dos crimes de abuso de confiança contra a segurança social.»

2 — O sentido literal do artigo 107.º do RGIT:

2.1 — A resposta à questão que se coloca passa fundamentalmente pela interpretação do artigo 107.º do RGIT. Ora, o CP não tem regras específicas, aqui relevantes, a propósito da interpretação da lei penal, importando convocar, para tanto, as directivas mestras do artigo 9.º do Código Civil (CC).

É indubitável que, ler a lei, é o passo primeiro que cumprir dar, já que o texto fornecido pelo legislador constitui o suporte base da mensagem que ele nos quer trazer. Segundo o n.º 1 do artigo 9.º em causa, o pensamento legislativo é feito «a partir dos textos».

Mas, para além de ponto de partida, o elemento literal de interpretação funciona também como limite, por força do n.º 2 do preceito: «Não pode porém ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso».

Como refere Castanheira Neves, «O teor verbal das leis, na sua função práctico-comunicativa e de indole normativa de que está excluído o carácter puramente formal de uma linguagem simbólica, é necessariamente de uma ‘textura aberta».

E, mais adiante, «decerto que essa determinação do sentido verbal possível como determinação já de um sentido

juridicamente possível é indiscernível no *continuum* da interpretação jurídica, e assim o que havia de predeterminar essa interpretação pela definição dos limites intencionais revela-se afinal um seu resultado — e dizer isto, é dizer que o critério verbal não predetermina efectivamente a interpretação, que o sentido intencional desse critério não é um *prius*, e sim também ele um *posterius* interpretativo» (1).

É evidente que o grau de ambiguidade da lei pode ser, desde início, diminuto ou inexistente, o que dispensa labor interpretativo aturado e o resultado da interpretação, a classificar de declarativa, acaba por se cingir ao teor literal do texto. Nos demais casos, a «letra da lei» pode revelar mais de um sentido possível, pelo que interessa apurar o seu verdadeiro espírito. Nas palavras daquele n.º 1 do artigo 9.º do CC, «reconstituir o pensamento legislativo».

Ora, a conclusão a que se chegue nessa reconstituição não pode constituir uma formulação sem o mínimo de suporte no texto de que se partiu, «será necessário que do texto ‘falhado’ [falhado porque ambíguo], se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a colher como resultado da interpretação» (2).

2.2 — A leitura do n.º 1 artigo 107.º do RGIT mostramos, à partida, um tipo legal de crime de abuso de confiança contra a segurança social, completo, que não levanta dificuldades de monta.

Recolhemos aí uma previsão que integra vários elementos típicos (sem que deles faça parte qualquer limite mínimo dos montantes das contribuições retidas), e uma punição, por remissão, para as penas dos n.ºs 1 e 5 do artigo 105.º do RGIT. Diga-se, ainda, que se nos afigura evidente que a punição, nos termos deste n.º 5, significa uma agravação da sanção, que só pode ter por motivo a qualificação do crime, por sua vez assente no facto da entrega não efectuada ser superior a € 50 000.

A remissão para a pena agravada exige, sob pena de uma absurda incompletude, uma remissão para o pressuposto dessa agravação.

E assim, adiante-se já, a indispensabilidade desta interpretação extensiva não poderá ser arvorada em argumento importante, de cariz sistemático, quando somos confrontados com a remissão para a pena do n.º 1 do artigo 105.º Porque de facto, se a aplicação da pena do n.º 5, ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, qualificado, necessita em absoluto da qualificação típica aí prevista, a remissão para a pena do n.º 1, a aplicar ao crime simples, é completamente independente de qualquer elemento típico que conste desse n.º 1 do artigo 105.º e do n.º 1 do artigo 107.º já constam todos os elementos suficientes para preenchimento do tipo legal.

Portanto, no que diz respeito à remissão para o n.º 1 do preceito, ela pode perfeitamente cingir-se à pena, e a pena é a de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do CC, aliás, deve o intérprete presumir que o legislador «soube exprimir o seu pensamento em termos adequados». Para que o tipo de crime de abuso de confiança contra a segurança social possa funcionar não é mister ler «pena» e «elemento do tipo» onde só se escreveu «pena».

2.3 — Vem a propósito sublinhar que o segmento «prestação tributária de valor superior a € 7500» do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT constitui mesmo um elemento do tipo de crime de abuso de confiança fiscal e não uma mera condição de punibilidade. O projecto de acórdão relatado pelo conselheiro Santos Cabral, elaborado nestes autos, e

que ficou vencido, tratou de modo proficiente a questão. Transcrevemos com a devida vénia as considerações aí tecidas, que neste particular nos merecem toda a concórdância:

«Revisitando o que a propósito do mesmo tema oportunamente se escreveu, e como referem Zipf e Maurach, o poder punitivo do Estado é fundamentalmente desencadeado pela realização do tipo imputável ao autor. Não obstante, em determinados casos entre a acção e o efeito sancionador requer-se a verificação de outros elementos para além daqueles que integram o ilícito que configura o tipo. Por vezes, essas inserções ocasionais da lei, entre a comissão do ilícito e a sanção concreta, inscrevem-se no direito material — hipótese em que se fala de condições objectivas ou externas de punibilidade —, enquanto que noutros casos constituem parte do direito processual e denominam-se pressupostos processuais (3) (4).

As condições objectivas de punibilidade figuram como 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.

A condição de punibilidade não depende do facto de estar desligada do processo, nem sequer de qualquer uma conexão com a culpabilidade, mas sim da sua vinculação ao acontecer do facto (solução proposta, essencialmente, por Gallas e Schmidhauser). Sustenta-se, nesse seguimento, que as circunstâncias independentes da culpa podem ser consideradas condições objectivas de punibilidade se estão em conexão com o facto, ou seja, se pertencem ao complexo de facto no seu conjunto e onde se inserem também reflexões de economia penal. Nesta lógica, os pressupostos processuais são as circunstâncias alheias ao complexo do facto.

Schmidhauser, refere Roxin, precisou esta posição exigindo para o direito material, e no que se reporta à condição de punibilidade, que se trate de uma circunstância cuja ausência, já em conexão imediata com o facto, tenha como consequência definitiva a impunidade do agente. A conexão imediata com o facto existirá quando a circunstância correspondente pertença à situação de facto ou quando teria de ser qualificada como resultado do facto no caso de a culpabilidade se referir a ela (5).

Por seu turno, e para Jeschek, 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 tipo de culpa e de cuja presença depende a punibilidade do facto. Adianta este autor, com pertinência para o tema que se debate, que as condições objectivas de punibilidade participam de todas as garantias do Estado de direito estabelecidas para os elementos do tipo e, entre as quais, a função de garantia do direito penal (6) (7).

Estamos em crer que é inequívoco o entendimento de que a verdadeira essência das condições objectivas de punibilidade — como categoria dogmática autónoma do marco dos pressupostos materiais de punibilidade — passa, na perspectiva substancial, pela sua autonomização em relação à ilicitude. O que sucede dado que esta classe de condições se coloca à margem da conduta ilícita e, conseqüentemente, a sua verificação

vem a colocar em relevo tão-somente a questão da necessidade da pena. Nessa sequência, e num plano de conceitos, os elementos do tipo de ilícito e condições objectivas de punibilidade são noções que se excluem mutuamente⁽⁸⁾. Com o que as mesmas figuram como pressupostos materiais de punibilidade.

São, em suma, circunstâncias que se situam fora do tipo de ilícito e da culpa e de cuja presença depende a punibilidade do facto, ou seja, são um pressuposto para que o actuar antijurídico importe consequências penais⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾, resultando de um sopesar em que a ponderação das finalidades extrapenais tem prioridade em face da necessidade da pena.

Retomando ao teor do artigo 105.º do RGIT, a questão central esgota-se na sindicância da referência ao montante como condição objectiva de punibilidade ou elemento do tipo. Estamos em crer que este último é o caminho adequado.

Como refere André dos Santos⁽¹¹⁾, o legislador não se limitou a prever que a mera violação de qualquer um dos referidos deveres extrapenais de cariz fiscal, e que seja idónea a provocar uma diminuição da contribuição tributária devida pelo sujeito passivo, constituirá um crime. Tal violação carece de ser associada à dimensão da vantagem patrimonial ilegítima pois que o legislador assume que a protecção concedida pelo direito penal deve ser outorgada para as situações que apresentem uma danosidade superior, optando por restringir a punibilidade de uma forma objectiva. Assim, perante a possibilidade de se limitar a prever a mera violação de deveres fiscais intimamente ligados à entrega da prestação tributária — que, em abstracto, poderiam constituir um perigo para o bem jurídico —, resolveu o feitor da lei exigir não só que a violação da conduta proibida seja idónea a criar uma vantagem patrimonial à custa da diminuição ilegítima dos impostos devidos, como também requerer que esta última não se apresente inferior a € 7500.»

3 — Os elementos lógicos de interpretação do artigo 107.º do RGIT:

3.1 — O que dito fica não escamoteia alguma problematidade suscitada na interpretação do artigo 107.º em foco, tendo em conta a opção legislativa de se manter, desde a versão original, a redacção do artigo 107.º do RGIT, ao mesmo tempo que o artigo 105.º sofreu as alterações das Leis n.ºs 60-A/2005, de 30 de Dezembro, e 53-A/2006, de 29 de Dezembro, e por último da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

De tal modo que, uma técnica legislativa sem dúvida deficiente, levou à necessidade de uma abordagem da remissão, para o n.º 5 do artigo 105.º do RGIT, nos termos já antes assinalados, tal como reclama, ainda, que se considere, à primeira vista, estranha a referência do n.º 2 do artigo 107.º ao n.º 6 do artigo 105.º, ambos do RGIT.

É que, de facto, esta última norma, na redacção das Leis n.ºs 60-A/2005, de 30 de Dezembro, e 53-A/2006, de 29 de Dezembro, rezava assim: «Se o valor da prestação a que se referem os números anteriores não exceder € 2000 a responsabilidade criminal extingue-se pelo pagamento da prestação, juros respectivos e valor mínimo da coima aplicável pela falta de entrega da prestação no prazo legal, até 30 dias após a notificação para o efeito pela administração tributária.» Na primitiva redacção do RGIT (Lei

n.º 15/2001, de 5 de Junho) a única diferença consistia na menção do valor de € 1000 em vez de € 2000.

A proposta de lei do Governo que deu origem à Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não mexia no n.º 6 do artigo 105.º Mas, por iniciativa de um grupo parlamentar, o artigo 115.º desta lei revogou-o.

Com efeito, deixou de fazer sentido — quando o abuso de confiança fiscal passou a exigir um desvio de pelo menos € 7500 — a extinção de uma responsabilidade inexistente (o desvio de prestações até € 2000).

Acontece no entanto que o artigo 107.º do RGIT considerava aplicável — ao abuso de confiança contra a segurança social — o disposto no 6 do artigo 105.º, que, neste domínio (dos crimes contra a segurança social, não dependentes tipicamente de um valor mínimo desencaminhado), continua a fazer sentido. Daí que possa entender-se que a doutrina do derogado n.º 6 do artigo 105.º do RGIT continue aplicável, *mutatis mutandis*, ao regime dos crimes de abuso de confiança contra a segurança social. «O que redundaria, formalmente, na manutenção de uma remissão para uma norma revogada, impondo-se, pois, uma interpretação abrogante daquela remissão⁽¹²⁾.»

Seja como for, com a remissão do n.º 2 do artigo 107.º para o n.º 4 do artigo 105.º, ambos do RGIT, estabelece-se ainda uma condição de punibilidade do crime de abuso de confiança contra a segurança social, que permite ao agente não ser punido, mediante o pagamento que efectue, nas condições ali previstas.

3.1.1 — A questão que então se passa a pôr será a de saber se, depois destes dois ajustes (relativamente às remissões para os n.ºs 5 e 6 do artigo 105.º do RGIT), uma interpretação, no mais, declarativa, do artigo 107.º, continua a criar algum desconforto ao intérprete, pela discrepância que permanecerá na previsão típica dos crimes de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social. Concretamente, pelo que respeita ao limite de € 7500, que passou a existir ali, e continuaria a não existir aqui.

O que nos parece de realçar é que, perante uma previsão típica *que na sua literalidade* deixou de conter qualquer ambiguidade, só argumentos muito fortes de ordem lógica é que nos permitirão ver na letra da lei o que de todo lá não está escrito. E que, adiante-se desde já, se traduzirá na substituição da previsão de um tipo legal de crime, por outro, de fonte jurisprudencial, e portanto à revelia do legislador.

Assim, a análise dos acórdãos em oposição, neste recurso, reduz-se a saber se o limite de € 7500 se aplica, também, ao crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Para chegarmos a responder afirmativamente a esta questão só existem três vias: ou se legitima uma interpretação restritiva do n.º 1 do artigo 107.º, ou se aceita uma redução teleológica do mesmo, ou se aplica ao crime de abuso de confiança contra a segurança social o n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, por analogia, na parte que estabelece o tal limite de € 7500.

Começaremos por tentar abordar o pensamento legislativo que se poderá considerar subjacente à norma, e, se concluirmos pela necessidade de uma interpretação restritiva da mesma, veremos, depois, se a letra da lei a consente. Procuraremos atentar nos elementos histórico, sistemático e teleológico de interpretação.

3.2 — Quanto aos *precedentes legislativos* do artigo 107.º do RGIT, convocando a evolução paralela sofrida pelos crimes fiscais, socorrer-nos-emos do estudo

muito completo, elaborado a tal propósito no Acórdão de 4 de Fevereiro de 2010, do Processo n.º 106/01.9 IDPRT. S1, da 3.ª Secção deste Supremo Tribunal, que foi relatado pelo Conselheiro Raul Borges:

3.2.1:

«Vejamus a *evolução legislativa* no que concerne à consagração e autonomização dos crimes fiscais e contra a segurança social, no plano do chamado direito penal secundário, por contraposição à margem do direito penal clássico, procurando corresponder a solicitações de neocriminalização já antes presentes, mas exponenciadas com a inserção do País no novo mundo económico europeu, cujas portas 1986 abriu.

A *Lei de autorização n.º 89/89, de 11 de Setembro*, que veio a dar origem ao Decreto-Lei n.º 20-A/90, permitiu ao Governo, em matéria penal, adaptar os princípios gerais, os pressupostos da punição, as formas do crime e as causas de suspensão do procedimento e da extinção da responsabilidade criminal, podendo tipificar novos ilícitos penais e definir novas penas, tomando como referência o Código Penal, podendo alargar ou restringir a respectiva dosimetria.

Com a publicação do RJIFNA (Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras) aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro*, foi sistematizada num só diploma a legislação relativa aos crimes e contra-ordenações fiscais, como corolário da profunda reforma do sistema jurídico-tributário português, com a entrada em vigor dos novos regimes jurídicos do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS), do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (IRC), da contribuição autárquica (CA) e do Estatuto dos Benefícios Fiscais, constantes dos Decretos-Leis n.ºs 442-A/88, 442-B/88 e 442-C/88, todos de 30 de Novembro, e 215/89, de 1 de Julho, num quadro emergente da então recente entrada do País na Comunidade Económica Europeia em 1986, sendo por isso um diploma datado.

Trata-se de um ‘código tributário’, ‘específico’, contendo um direito penal especial, distanciando-se do direito penal comum ou ‘clássico’, criando — na senda da segmentação e da especialização que actualmente se impõem, dos novos direitos penais emergentes, a par do chamado direito penal económico (a partir do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, no preâmbulo, autodenominada ‘legislação penal secundária’, muito embora aqui com o relevante contributo do antecedente Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, mas com a novidade, fazendo eco de recomendações do Conselho da Europa, da consagração aberta da responsabilidade penal das pessoas colectivas e sociedades), ou direito penal informático, ou do ambiente, ou do consumo. Uma ‘região normativa especial’, situando-se na esteira de um movimento de neocriminalização do chamado direito penal tributário iniciado com o *Decreto-Lei n.º 619/76, de 27 de Julho* (diploma que visou combater os fenómenos da evasão e da fraude fiscal com a introdução de pena de prisão e afastamento da suspensão da execução da pena, prevendo como crime no artigo 1.º, n.º 1, alínea f), a não entrega total ou parcial nos cofres do Estado do imposto descontado ou recebido nos casos de autoliquidação ou retenção na fonte; tal diploma veio a ser revogado pelo artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 20-A/90).

A parte II do RJIFNA, sob a epígrafe ‘Das Infracções fiscais em especial’ continha um capítulo I, ‘Dos crimes fiscais’, abrangendo os ilícitos criminais de:

Artigo 23.º — Fraude fiscal;

Artigo 24.º — Abuso de confiança fiscal;

Artigo 25.º — Frustração de créditos fiscais.

E o capítulo II dedicado às contra-ordenações fiscais.

O *Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro*, aprovado na sequência da Lei n.º 61/93, de 20 de Agosto, alterou a redacção de vários preceitos do RJIFNA, i. a., dos citados artigos 23.º, 24.º (aqui introduzindo a exigência de apropriação na factualidade típica da incriminação, aproximando-se do correspondente crime de abuso de confiança comum) e 25.º, e introduzindo a previsão de pena de prisão a título principal até 5 anos.

O *Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Junho*, iniciou a confluência dos crimes contra a segurança social com os crimes fiscais e integrou uns e outros num único diploma.

De acordo com o artigo 1.º do diploma, a parte II do RJIFNA passou a ter a epígrafe ‘Das infracções fiscais em especial e das infracções contra a segurança social’.

O artigo 2.º aditou na parte II, a par do preexistente capítulo I, dedicado aos ‘Crimes fiscais’, um capítulo II, com a epígrafe ‘Dos crimes contra a segurança social’, integrado por quatro novos tipos de ilícitos criminais, a saber:

Fraude à segurança social — artigo 27.º-A;

Abuso de confiança em relação à segurança social — artigo 27.º-B;

Frustração de créditos da segurança social — artigo 27.º-C;

Violação de sigilo sobre a situação contributiva — artigo 27.º-D.

O diploma de 1995 alargou o campo de aplicação do RJIFNA às infracções praticadas no âmbito dos regimes de segurança social pelos respectivos contribuintes, definindo e penalizando os crimes contra a segurança social e, no que ora importa, desenhando uma figura autónoma de abuso de confiança em relação à segurança social.

Estabelecia então o artigo 27.º-B: ‘As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações pagas aos trabalhadores o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entregarem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, no período de 90 dias, do mesmo se apropriando, serão punidas com as penas previstas no artigo 24.º (na redacção do artigo 24.º introduzida pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, as penas previstas eram as seguintes: no n.º 1 «prisão até 3 anos ou multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo abstractamente estabelecido»; no n.º 4 «Se no caso previstos nos números anteriores a entrega não efectuada for inferior a 250 000\$, o agente será punido com multa até 120 dias»; e no n.º 5 «Se nos casos previstos nos números anteriores a entrega não efectuada for superior a 5 000 000\$, o crime será punido com prisão de um até 5 anos»).

Até à recente criminalização dos comportamentos relativos (contra) à segurança social, com a actual configuração, um longo caminho foi percorrido.

Nos idos de 1962, a *Lei n.º 2115, de 18 de Junho* (que viria a ser revogada pela *Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto*), na base XX, previa constituir ‘a falta de cumprimento das obrigações impostas pelos estatutos das caixas sindicais de previdência às entidades patronais’, uma transgressão punível com multa de 100\$ a 3000\$, ressalvado o caso de previsão de sanção mais grave.

Tal lei foi regulamentada pelo *Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963*, que no seu artigo 169.º estabelecia: ‘A falta de cumprimento das obrigações impostas às entidades patronais contribuintes por este regulamento e pelos estatutos das caixas sindicais de previdência, no relativo à entrega de folhas de ordenados ou salários e dos boletins de identificação dos beneficiários, bem como no pagamento de contribuições, constitui transgressão punível com multa de 100\$ a 3000\$’.

Posteriormente, a previsão da conduta do não pagamento pelas entidades patronais da parte da contribuição que incidia sobre o trabalhador passou a fazer-se de forma expressa, em sede criminal, por reporte ao crime comum de abuso de confiança, então previsto e punido pelo artigo 453.º do Código Penal de 1852/86 e posteriormente pelo artigo 300.º do Código Penal de 1982, aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro* (o artigo 205.º introduzido com a terceira alteração operada pelo *Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março*, entrada em vigor em 1 de Outubro de 1995, não teve campo de aplicação, pois o referido *Decreto-Lei n.º 140/95* entrou em vigor em 19 de Junho de 1995).

Essa criminalização surge com o *Decreto-Lei n.º 511/76, de 3 de Julho*, que no seu artigo 5.º estabelecia que ‘As entidades patronais que não efectuem o pagamento das contribuições dos beneficiários do regime geral de previdência descontadas nos respectivos salários estarão sujeitas às sanções previstas no artigo 453.º do Código Penal, se houver abuso de confiança’.

E posteriormente, o artigo 6.º do *Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Maio*, que aprovou o Regime Jurídico das Contribuições para a Previdência, sob a epígrafe ‘Responsabilidade das entidades patronais’ passou a estatuir que ‘As entidades patronais são responsáveis perante as caixas de previdência pelas contribuições devidas pelos trabalhadores em relação ao tempo em que estiverem ao serviço, para além da responsabilidade criminal em que incorram quando, por falta de pagamento de contribuições descontadas nos salários, cometam o crime previsto e punido no artigo 453.º do Código Penal’.

Por seu turno, a *Lei de Bases da segurança social (LBSS)*, então em vigor — *Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto* — no artigo 46.º, sob a epígrafe ‘Garantia do pagamento das contribuições’ estabelecia no n.º 3: ‘O desvio pelas entidades empregadoras das importâncias deduzidas nas retribuições a título de contribuições para o regime geral é punido nos termos da legislação geral, como abuso de confiança.’

Não obstante esta norma, havia quem defendesse que a criminalização do abuso de confiança contra a segurança social estava já prevista no RJIFNA originário, estando abrangida pelo n.º 3 do artigo 24.º, abrangendo a prestação deduzida com natureza parafiscal, que pudesse ser entregue autonomamente.

Assim, Susana Aires de Sousa, in *Os crimes fiscais*, pp. 124/5, quando refere ‘No âmbito do RJIFNA, este tipo de prestações, previsto no n.º 3 do artigo 24.º, incluía as prestações devidas à segurança social. Foi assim até à entrada em vigor do *Decreto-Lei n.º 394/93* que introduziu o artigo 27.º-B destinado a tutelar as situações em que a prestação não entregue fosse devida à segurança social’. (A referência ao *Decreto-Lei n.º 394/93* deve-se certamente a lapso, uma vez tal diploma deixou intocado o n.º 3 citado, sendo o artigo 27.º-B introduzido apenas em 1995).

Para Carlos Rodrigues de Almeida, in *Os Crimes contra a segurança social Previstos no Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras*, Revista do Ministério Público, ano 18.º, Outubro-Dezembro de 1997, n.º 72, p. 96, o RJIFNA, na sua redacção originária, veio incluir no abuso de confiança fiscal a não entrega de prestações de natureza parafiscal deduzidas nos termos da lei, considerando-as, para este efeito, como prestações tributárias, exigindo que tais prestações pudessem ser entregues autonomamente, situação que se manteve até 1995.

Assinala-se ainda no mesmo trabalho, a p. 98, que o decreto-lei de 1995 utilizou como modelo a redacção dada pelo *Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Setembro*, aos artigos 23.º a 27.º do RJIFNA, referentes aos crimes fiscais.

E a p. 113, em síntese, defendia a desnecessidade da incriminação do abuso de confiança em relação à segurança social, por ser suficiente e, quiçá, até mais eficaz, a utilização conjunta dos meios executivos de natureza cível e do direito de mera ordenação social.

Augusto Silva Dias, em trabalho apresentado em Março de 1997, ‘Crimes e Contra-Ordenações Fiscais’, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. II, Problemas Especiais, Coimbra Editora, 1999, p. 468, criticando a técnica legislativa de 1995, dizia que ‘Dado que se trata de uma extensão dos crimes fiscais a um domínio parafiscal, bastava criar um número em cada um dos preceitos analisados adaptando à protecção do património da segurança social o regime punitivo definido para a protecção do património fiscal’.

A razão de ser da inovação introduzida pelo *Decreto-Lei n.º 140/95* colhe-se do diploma de autorização respectivo, a *Lei de autorização legislativa n.º 39-B/94*, in *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 28, 2.º suplemento, de 27 de Dezembro de 1994 (Orçamento do Estado para 1995).

Estabelecia o artigo 58.º com a epígrafe ‘Infracção às normas reguladoras do sistema de segurança social’:

‘1 — Fica o Governo autorizado a rever o Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro*, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo *Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro*, de forma a nele incluir novos tipos de ilícitos penais relativos às infracções às normas reguladoras dos regimes de segurança social.

2 — Pela autorização legislativa referida no número anterior pode o Governo *alargar a tipificação* dos crimes de fraude fiscal, abuso de confiança fiscal, frustração de créditos fiscais e de violação de segredo fiscal, previstos nos artigos 23.º, 24.º, 25.º e 27.º do RJIFNA, com o sentido e extensão *a incluir nas condutas ilegítimas neles tipificadas* as que visem:

a) A não liquidação, entrega ou pagamento das contribuições à segurança social;

b) A apropriação, total ou parcial, das contribuições à segurança social por quem estava legalmente obrigado a proceder à sua dedução e entrega à segurança social;

c) Frustrar, total ou parcialmente, os créditos à segurança social;

d)

3 — Nos termos da presente autorização legislativa fica o Governo autorizado a definir para os crimes tipificados no número anterior as *penas vigentes para os correspondentes crimes fiscais*.

4 —

5 —

(realces nossos).

Com o *alargamento da tipificação a fazer-se mediante a inclusão nas condutas ilegítimas já tipificadas de outras condutas a criminalizar*, ficou desde logo claro que os novos tipos legais assentavam a sua estrutura típica e o regime de punição nos antigos correspondentes crimes fiscais, correspondendo a um decalque daqueles, assumindo um carácter algo mimético.

O que não se ficava por referência apenas para as penas cominadas.

A *ratio legis* da inovação, segundo o exórdio do Decreto-Lei n.º 140/95, foi apresentada nestes termos:

‘O quadro sancionatório dos regimes de segurança social tem-se mostrado incapaz de prevenir a violação dos preceitos legais relativos ao cumprimento das obrigações dos contribuintes perante o sistema de segurança social.

São sobretudo gravosas as condutas ilícitas que não proporcionam ao sistema o conhecimento de situações determinantes das respectivas contribuições e, muito especialmente, aquelas em que a entidade empregadora se apropria dos valores deduzidos das remunerações dos trabalhadores para efeitos da respectiva protecção.

Dada a natureza dos interesses humanos e sociais que estão em causa, considera-se indispensável a tomada de medidas que combatam eficazmente tal situação e conduzam à consciencialização dos cidadãos quanto a tais valores sociais, bem como ao afastamento da convicção de uma certa impunidade pelas infracções no âmbito dos regimes de segurança social.’

As posteriores Leis de Bases de Segurança Social (LBSS) sempre distinguiram entre os ilícitos criminais e as contra-ordenações, como se vê do artigo 76.º da Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, que dispunha:

‘A falta de cumprimento das obrigações legais relativas, designadamente, à inscrição no sistema, ao enquadramento nos regimes e ao cumprimento das obrigações contributivas, bem como a adopção de procedimentos, por acção ou omissão, tendentes à obtenção indevida de prestações, consubstanciam contra-ordenações ou ilícitos criminais, nos termos definidos por lei.’

Idêntica formulação foi mantida nas subsequentes LBSS, que revogaram as anteriores: assim com o artigo 81.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, e artigo 80.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

A Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 15/2001, in *Diário da República*, 1.ª série- A, n.º 180, de 4 de Agosto de 2001), instituiu um novo regime — *Regime Geral das Infrac-*

ções Tributárias (RGIT) — unificando todas as infracções tributárias, incluindo as fiscais aduaneiras.

Tal lei revogou — artigo 2.º, alíneas a) e b) — com excepção do artigo 58.º, o anterior Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, e Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Junho, bem como o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro.

Como vimos, o RJIFNA, em 1990, unificou os crimes fiscais, em 1995, enxertou os crimes contra a segurança social, e agora o RGIT integrou os crimes aduaneiros que se continham no regime especial avulso do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que substituíra o Decreto-Lei n.º 424/86, de 27 de Dezembro, o qual sucedera ao Decreto-Lei n.º 187/83, de 13 de Maio, e ao vetusto contencioso aduaneiro, constante do Decreto-Lei n.º 31 664, de 22 de Novembro de 1941.

Tal diploma sofreu várias alterações ao longo dos anos, com a redacção sucessivamente revista pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (artigo 51.º), Decreto-Lei n.º 229/2002, de 31 de Outubro (artigo 3.º), Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro (artigo 45.º), Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro (artigo 42.º), Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho (artigo 19.º), Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (artigo 60.º), Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (artigos 95.º e 96.º), Lei n.º 22-A/2007, de 29 de Junho (artigos 8.º e 9.º), Decreto-Lei n.º 307-A/2007, de 31 de Agosto (artigo 3.º), Lei n.º 67-A/2007, *Diário da República*, 1.ª série-A, suplemento, de 31 de Dezembro de 2007 (artigos 86.º, 87.º e 88.º), e Lei n.º 64-A/2008, in *Diário da República*, 1.ª série-A, suplemento, de 31 de Dezembro de 2008 (artigos 113.º, 114.º e 115.º).

A Lei n.º 15/2001 aprovou:

O Regime Geral das Infracções Tributárias, constante de anexo ao diploma (capítulo I);

A reformulação da organização judiciária tributária, com alteração do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e da Lei das Finanças Locais (capítulo II); e

O reforço das garantias do contribuinte e a simplificação processual, com alterações ao Código de Procedimento e de Processo Tributário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro, à lei geral tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, e Código do IRC (capítulo III).

Estabelece o artigo 1.º da Lei n.º 15/2001:

‘1 — É aprovado o Regime Geral das Infracções Tributárias anexo à presente lei e que dela faz parte integrante.

2 — O regime das contra-ordenações contra a segurança social consta de legislação especial.’

Estabelece por seu turno o artigo 1.º do Regime Geral publicado em anexo com a epígrafe ‘Âmbito de aplicação’:

‘1 — O Regime Geral das Infracções Tributárias aplica-se às infracções das normas reguladoras:

a) Das prestações tributárias;

b) Dos regimes tributários, aduaneiros e fiscais, independentemente de regulamentarem ou não prestações tributárias;

c) Dos benefícios fiscais e franquias aduaneiras;

d) Das contribuições e prestações relativas ao sistema de solidariedade e segurança social, sem prejuízo do regime das contra-ordenações que consta de legislação especial.

2 —

Segundo a sistemática do Regime Geral, na parte que ora nos interessa, há que atender à parte III, com a epígrafe ‘Das infracções tributárias em especial’.

Aí incluem-se no título I, «Crimes tributários», as seguintes categorias:

Capítulo I — *Crimes tributários comuns* (artigos 87.º a 91.º);

Capítulo II — *Crimes aduaneiros* (artigos 92.º a 102.º);

Capítulo III — *Crimes fiscais* (artigos 103.º a 105.º);

Capítulo IV — *Crimes contra a segurança social* (artigos 106.º e 107.º).

No título II dedicado às ‘Contra-ordenações tributárias’, incluem-se o capítulo I, ‘Contra-ordenações aduaneiras’ (artigos 108.º a 112.º) e capítulo II, ‘Contra-ordenações fiscais’ (artigos 113.º a 127.º).

Com interesse para a questão que nos ocupa, passa a transcrever-se parte do artigo 11.º, que estabelece:

‘Para efeitos do disposto na lei consideram-se:

a) Prestação tributária: os impostos, incluindo os direitos aduaneiros e direitos niveladores agrícolas, as taxas e demais tributos fiscais ou parafiscais cuja cobrança caiba à administração tributária ou à administração da segurança social;

b) Serviço tributário: serviço da administração tributária ou da administração da segurança social com competência territorial para proceder à instauração dos processos tributários;

c) Órgãos da administração tributária: todas as entidades e agentes da administração a quem caiba levar a cabo quaisquer actos relativos à prestação tributária, tal como definida na alínea a);

d) Valor elevado e valor consideravelmente elevado: os definidos nas alíneas a) e b) do artigo 202.º do Código Penal.’

As alterações mais significativas no que tange aos preceitos ora em causa são as decorrentes de:

Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro, que alterou valores: do n.º 2 do artigo 103.º (de € 7500 para € 15 000) e do n.º 6 do artigo 105.º (de € 1000 para € 2000);

Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, que alterou o n.º 4 do artigo 105.º, criando uma nova condição de punibilidade;

Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro [*lei que aprovou o Orçamento para 2009*], que introduziu no n.º 1 do artigo 105.º o elemento valor.»

3.2.2 — De toda esta evolução pode retirar-se que, muito embora as infracções contra a segurança social já tivessem constituído contravenções, ou crimes, previstos em separado, foi só cinco anos depois do RJIFNA (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro), que o legislador operou a reunião, num mesmo diploma, dos crimes fiscais e contra a segurança social. Aconteceu com o Decreto-Lei

n.º 140/95, de 14 de Junho, instituindo-se globalmente um regime paralelo para os dois tipos de infracções, e com punições equivalentes. Não se deixou porém de manter, sempre separados, os tipos que a elas se reportassem.

De notar ainda que, com a lei actual, (o RGIT aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho), pretendeu o legislador prosseguir naquele caminho de confluência, e integrou no diploma, para além do mais, as infracções fiscais aduaneiras, consistentes em crimes por certo bem diferentes dos fiscais ou contra a segurança social.

A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que mudou o tipo legal do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, com a introdução do limite de € 7500, também modificou o artigo 18.º («Perda de mercadorias e objectos do crime»), do capítulo epigrafado «Disposições aplicáveis aos crimes tributários», o artigo 25.º («Concurso de contra-ordenações»), do capítulo epigrafado «Disposições aplicáveis às contra-ordenações», o artigo 97.º-A («Contrabando de mercadorias susceptíveis de infligir a pena de morte ou tortura»), ou o artigo 98.º («Violação das garantias aduaneiras»), do capítulo epigrafado «Crimes aduaneiros», o artigo 109.º («Introdução irregular no consumo») e o artigo 114.º («Falta da entrega da prestação tributária»), de capítulos reportados a contra-ordenações aduaneiras e fiscais, respectivamente.

Tendo operado estas alterações, em locais tão díspares do diploma, manteve na íntegra o que dizia respeito ao crime de abuso de confiança (e de fraude) contra a segurança social. Como aliás vinha acontecendo desde a versão original do RGIT que passou por 11 modificações.

Adiante.

3.3 — A respeito da *occasio legis*, importa desenhar o circunstancialismo social que rodeou o aparecimento do artigo 107.º do RGIT, o qual, no que ora interessa, teve uma conotação semelhante desde 2001 até 2008, simplesmente agravada.

3.3.1 — O preceito nasceu em 2001, e, quando em 2008 se alterou o artigo 105.º do RGIT, para descriminalizar parte das condutas (com a referência dos € 7500), mantendo-se a redacção do artigo 107.º, a situação da segurança social só não era igual porque se tinha agravado, e muito significativamente.

De 2008 para cá, com a eclosão da crise económica e financeira mundial, as dificuldades na manutenção de um Estado social de bem-estar, com o recorte ocidental, não pararam de crescer. O modelo económico de previdência europeu (distante, como se sabe, por exemplo, do dos EUA), aliado ao envelhecimento da população e à diminuta taxa de natalidade, criou para a segurança social um panorama de pré-ruptura. Ora, entre nós, aquilo que o legislador de facto tem modificado (pense-se desde logo na idade mínima de passagem à situação de reformado da segurança social), tal como tudo quanto se anuncia, só revela dificuldades enormes na obtenção de receitas para a segurança social.

E se a conjuntura está impregnada desta realidade negra, não é fácil atribuir ao legislador uma intencionalidade facilitista, para o empregador relapso (na medida em que se descriminalize), a qual só pode redundar em decréscimo imediato de proventos para a dita segurança social.

Intencionalidade que, para além do mais, a existir, nos estaria a criar os presentes problemas hermenêuticos, porque o legislador a tinha deixado de expressar, em concreto no artigo 107.º do RGIT, devido a um surpreendente «esquecimento».

3.3.2 — Transcrevemos a este propósito a passagem do Acórdão deste Supremo Tribunal de 17 de Dezembro de 2009 (Processo n.º 331/01.2 TAVCD.S1 da 3.ª secção), relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro:

«Não é desprezível o argumento histórico, a *occasio legis*, a situação de crise social, pública e notoriamente incidente entre nós, que implica a disponibilidade em crescendo de fundos para ocorrer a situações crescentes de dificuldade incompatível com um tratamento benéfico dos infractores, além de que a difícil sustentabilidade do regime de protecção social, tão apregoada, também se não harmoniza com um regime de nítido favor e abrandamento penal, em termos de, conclusivamente, se mostrar lesado o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º de CRP.

E se a base de sustentação dos impostos são todos os cidadãos contribuintes, já o suporte das contribuições à segurança social é mais limitado, a massa de empregadores e trabalhadores, para um universo de beneficiários, que tende a alargar, também, à medida que o crescimento demográfico se esvai e progride o envelhecimento populacional a que o esquema de protecção visa acudir, através de lançamento de taxas diferenciadas das atinentes aos impostos, sendo o seu orçamento mais apertado.

Acentuou-se isso mesmo, com toda a proficiência, no acórdão recorrido, ao sobrelevar-se que o regime de maior rigor na punição dos delitos contra a segurança social se propõe atingir uma teleologia de defesa da sustentabilidade da segurança social fortemente ameaçada entre nós, como noutros países em razão do crescente envelhecimento da população, de uma redução da taxa de natalidade — das maiores da Europa — do aumento da média de vida, do aumento progressivo das prestações inferior ao das contribuições, que tem levado à transferência de verbas de outras rubricas orçamentais já que o peso das arrecadadas, obrigatoriamente, se mostram insuficientes para fazer face às prestações sociais, sendo que, em 2005, só foi possível assegurar o equilíbrio da segurança social, na parte contributiva, devido à contribuição do IVA que, nesse ano, o Governo decidiu que revertesse para a segurança social, escreveu-se no acórdão recorrido, na esteira de Glória Teixeira e João Félix Nogueira (cf. ‘Uma Perspectiva Fiscal’ in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, II, p. 772), e do Prof. Casalta Nabais (in *O Financiamento da segurança social*, pp. 643-648).

O reconhecimento da dificuldade de sustentabilidade, do regime de segurança social, dita, para dissuasão dos potenciais infractores, o reforço punitivo do abuso de confiança, em nada colocando em crise o princípio da unidade do sistema, que postula a ausência de incoerências, um entrelaçamento harmónico das regras legais, onde se não concebem normas em colisão, quais corpúsculos estranhos, de conciliar.»

3.4 — Em matéria de *trabalhos preparatórios*, não se dispõe de elementos que nos dêem qualquer avanço, e já fizemos referência, atrás, à revogação do n.º 6 do artigo 105.º do RGIT. Embora sem importância de monta, neste aspecto, tudo parece revelar que o legislador não quis aplicar o limite dos € 7500 ao crime contra a segurança social, deixando em relação a esta tudo na mesma.

Repare-se que não existe a mínima referência a esta eventual extensão no Relatório do Orçamento de Estado

para 2009 (o qual tem que acompanhar sempre a proposta de lei do Orçamento de Estado, por força do artigo 31.º n.º 2, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto — Lei de Enquadramento Orçamental), tal como na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 226/X — Orçamento de Estado [para 2009] (13). Também não houve discussão, na especialidade, da questão em foco, por não ter chegado a haver inscrições para os artigos 95.º e 96.º da referida proposta de lei (14).

3.5 — O *elemento sistemático* de interpretação apela para o inter-relacionamento coerente e harmónico das normas que coexistem no momento da aplicação. Ou seja no presente.

Interessa prestar atenção às outras normas que formam o complexo normativo em que se integra aqui o artigo 107.º, n.º 1, em termos de contexto, ou os chamados lugares paralelos, que apresentam soluções para situações parecidas e que não levantam as mesmas dúvidas.

O artigo 9.º, n.º 1, do CC fala a este propósito de «unidade do sistema jurídico», porque parte do princípio de que, pelo menos para certa área formalmente delimitada, o legislador promove um pensamento unitário. Manifesta-se então aqui, sobretudo, um pensamento analógico (relevante para efeitos interpretativos e não para a integração de lacunas), que leva a conclusões de sentido assentes na percepção de realidades, outras, mas com pontos relevantemente comuns.

3.5.1 — Evidentemente que no caso em apreço as comparações que mais se justificam são entre as infracções contra o fisco e as infracções contra a segurança social.

Primeiro em matéria de crimes.

Vozes autorizadas e repetidas se têm pronunciado pela necessidade de uma igualdade de soluções, no caso, tendo em conta a paridade de regimes dos crimes contra o fisco e contra a segurança social. E então, realidades iguais deveriam acarretar soluções iguais, do mesmo modo que a igualdade de soluções inculcaria que, por detrás delas, estariam realidades muito semelhantes.

Importa no entanto proceder aqui com cautelas, para ver se se alcança de facto, neste registo, algum argumento decisivo.

O legislador do RGIT operou uma arrumação «Das infracções tributárias em especial» («parte III»), em «Crimes Tributários» e «Contra-ordenações tributárias» («título I» e «título II»). Em matéria de crimes, dividiu-os em quatro capítulos, incluindo sucessivamente os «Crimes tributários comuns», os «Crimes aduaneiros», os «Crimes fiscais» e os «Crimes contra a segurança social».

Só há dois crimes contra a segurança social, a fraude (artigo 106.º) e o abuso de confiança (artigo 107.º). Vejamos então a correspondência que existe (ou não), do lado dos crimes fiscais, para os mesmos tipos.

Quanto ao crime de fraude fiscal o legislador previu um tipo legal simples (artigo 103.º) e um tipo qualificado (artigo 104.º). Em matéria de fraude contra a segurança social só previu o crime simples (artigo 106.º). As penas previstas para ambos os crimes simples são as mesmas.

No entanto, para que se incorra no crime de fraude fiscal simples é preciso que a vantagem patrimonial ilegítima seja superior a € 15 000 (n.º 2 do artigo 103.º), enquanto que, para que tenha lugar o crime de fraude contra a segurança social, basta que essa vantagem exceda € 7500.

É pacífico, portanto, que o legislador quis aqui ser mais severo estando em causa a segurança social.

Passando aos crimes de abuso de confiança, já se viu que tanto o cometido contra o fisco, como o cometido contra a segurança social, comportam tanto o tipo simples como o tipo qualificado. E as penas são as mesmas.

Perguntar-se-á então legitimamente se se mantém ou não uma diferença entre o fisco e a segurança social, protegendo mais esta, tal como acontece com a fraude.

A haver algum argumento fornecido pelo elemento sistemático (valendo o que vale), ele só poderá ir no sentido de ser mantida a diferenciação apontada.

Ao excluir-se o limite dos € 7500, do crime de abuso de confiança contra a segurança social, por um lado, continua a manter-se a mesma diferença monetária de € 7500, uma protecção com que, a este nível, estando em causa o crime de fraude, o legislador achou que devia privilegiar a segurança social. Acresce por outro lado (o que não é de somenos), que nunca precisaremos, assim, de sair do teor literal do n.º 1 do artigo 107.º do RGIT.

3.5.2 — Passemos agora à área das contra-ordenações.

No título relativo a contra-ordenações tributárias, os artigos 108.º a 112.º reportam-se às contra-ordenações aduaneiras, agrupando-se os artigos 113.º a 129.º no capítulo epigrafado «Contra-ordenações fiscais». Entre estes, o artigo 114.º contempla logo no seu n.º 1 a «Falta de entrega da prestação tributária», nalgumas condições, e desde que o facto não constitua crime. No n.º 2 prevê-se a punição por negligência.

Como o artigo 1.º, n.º 2, do RGIT avisa logo que «O regime das contra-ordenações contra a segurança social consta de legislação especial», pacificamente se entendeu⁽¹⁵⁾ que não existia contra-ordenação equivalente à do artigo 114.º do RGIT, estando em causa retenções lesivas da segurança social. E que assim nos teríamos que circunscrever à matéria contra-ordenacional relativa à segurança social que consta do Decreto-Lei n.º 64/89, de 22 de Fevereiro, não se prevendo aí, como infracção, a falta de entrega das contribuições devidas à segurança social. À data, aquela não entrega poderia tão só integrar, se preenchidos os respectivos pressupostos, o crime de abuso de confiança previsto no CP, concretamente no seu então artigo 300.º, e, depois da modificação de 1995 do RJIFNA (Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Junho), no crime de abuso de confiança contra a segurança social que aí passou a figurar sob o artigo 27.º-B.

Seja como for, passou a esgrimir-se como argumento de cariz sistemático, a favor da tese da não aplicação ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, do limite de € 7500, a completa impunidade dos comportamentos que se analisassem em não entregas inferiores a esse montante. Coisa que não ocorria com o crime congénere contra o fisco.

Este argumento perdeu força com a publicação da Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro, «Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de segurança social», cujo artigo 42.º prevê no seu n.º 1: «As entidades contribuintes são responsáveis pelo pagamento das contribuições e das quotizações dos trabalhadores ao seu serviço.»

Acrescenta-se no n.º 2 que «[a]s entidades contribuintes descontam nas remunerações dos trabalhadores ao seu serviço o valor das quotizações por estes devidas e remetem-no, juntamente com o da sua própria contribuição, à instituição de segurança social competente».

Finalmente, o n.º 3 estabelece: «Sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infracções Tributárias, a violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 constitui contra-ordenação leve quando seja cumprida nos 30 dias subsequentes ao termo do prazo e constitui contra-ordenação grave nas demais situações.» Seja cumprida, supomos, a prestação em dívida.

Segundo o artigo 228.º, «[n]as contra-ordenações previstas no [presente] Código a negligência é sempre punível».

Acontece, porém, que a entrada em vigor do diploma, prevista para 1 de Janeiro de 2010 (cf. artigo 6.º), não teve lugar, porque a Lei n.º 119/2009, de 30 de Dezembro, adiou essa entrada em vigor para um ano depois.

E fez depender essa entrada em vigor de uma avaliação efectuada em reunião da Comissão Permanente de Concertação Social (cf. O artigo 2.º).

Se em termos de dividendos a extrair do elemento sistemático de interpretação não voltamos ao ponto de partida, o que é certo é que paira sobre o tema uma nuvem de incerteza, que nos leva a pouco valorizar esse tipo de argumento no sector das contra-ordenações.

3.6 — A *teleologia* da norma do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT tem evidentemente a ver com a necessidade de se levarem as entidades empregadoras a entregarem as contribuições, devidas e deduzidas nas remunerações dos trabalhadores e membros de órgãos sociais, às instituições de segurança social.

A criminalização da conduta omissiva correspondente constitui uma opção de política criminal não isenta de controvérsia, sobretudo desde o momento em que se omitiu, no enunciado do preceito, a alusão a uma «intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida» (artigo 24.º do RJIFNA) ou ao elemento «apropriação» (redacção do mesmo preceito dada pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro), este último, parte do figurino do crime de abuso de confiança «normal»⁽¹⁶⁾.

A criminalização da simples não entrega dos montantes devidos à segurança social pressupõe, é claro, que da parte do legislador se tenha atribuído dignidade penal ao comportamento e que a criminalização do mesmo se tenha revelado completamente necessária. O legislador terá portanto colhido, na comunidade, convicções sociais e uma ética social próprias de um certo tipo de Estado providência.

Porém, movimentamo-nos em pleno no seio do direito penal secundário, lidamos com um crime, também aqui, «artificial», para parafrasear Silva Dias⁽¹⁷⁾, e em que a delimitação do bem jurídico protegido se não mostra funcionalmente muito rica. É transponível para os crimes contra a segurança social a passagem que se segue:

«A respeito do fundamento concreto da intervenção penal no âmbito do ilícito fiscal e diferentemente do que sucede nos chamados ‘crimes clássicos’, não se apresenta à partida um (ou vários) bens jurídicos de contornos definidos, concretamente apreensível, que funcione como *constituens* da estrutura do ilícito e vincule a uma certa direcção de tutela. Ao invés, o objecto da protecção penal é um ‘constituto’, uma resultante de objectivos e estratégias de política criminal previamente traçados. O legislador não parte aqui das representações de valor preexistentes na consciência jurídica da comunidade, mas intervém modeladoramente no sentido de uma ordenação da convivência. Por outras palavras, o interesse protegido pelas normas penais fiscais não é

um *prius*, que sirva ao legislador de instrumento crítico da matéria a regular e do modo de regulação, mas um *posterius*, com uma função meramente interpretativa e classificatória dos tipos, construído a partir da opção por um dos vários figurinos dogmáticos e político-criminais que o legislador tem à sua disposição. Com este sentido pode dizer-se que os crimes tributários têm natureza ‘artificial’.

Três grandes alternativas se perfilavam ao legislador neste plano: proteger a pretensão do fisco à obtenção integral das receitas tributárias, centrando a ilicitude no dano causado ao erário público e, portanto, primacialmente no desvalor do resultado; acolher a pretensão do Estado à revelação dos factos fiscalmente relevantes, construindo a ilicitude na base da violação de deveres de colaboração com a administração financeira e, portanto, do desvalor da acção; finalmente, adoptar um modelo resultante da combinação dos pontos de vista anteriores⁽¹⁸⁾.

Sem se confundirem, os crimes fiscais e contra a segurança social têm evidentemente muitas semelhanças do ponto de vista dogmático, procedendo em relação a ambos, da mesma maneira, o que se referiu já, a propósito, pensando na fiscalidade. Ouçamos Figueiredo Dias e Costa Andrade:

«Resumidamente, no direito penal de justiça é possível referenciar claramente o bem jurídico pondo entre parênteses o desenho normativo da incriminação — v. g., a vida em relação ao homicídio — e portanto como realidade ontológica e normativamente preexistente à descrição legal da conduta proibida. Já no direito penal secundário muitas vezes só a partir da consideração do comportamento proibido é possível identificar e recortar em definitivo o bem jurídico. Aqui, e pelo menos do ponto de vista heurístico-hermenêutico, isto é, na perspectiva do intérprete e aplicador do direito, a determinação do bem jurídico é normalmente um *posterius* em relação à conformação legal positiva da incriminação⁽¹⁹⁾.»

Arriscamos a afirmação de que no crime do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT aflora um bem jurídico em que se joga à partida e, sobretudo, o património da segurança social⁽²⁰⁾. Claro que é também possível ver aí, como desvalor da acção, a atitude de desobediência em relação a um comando que vincula o agente, ou, até, uma postura de rebeldia, perante a política social previdencial que o Estado promove.

A. Lopes Dias diz-nos até que «[...] o artigo 107.º do RGIT vem alterar profundamente o tipo de crime de abuso de confiança em relação à segurança social, em comparação com o artigo 27.º-B do RJIFNA, porque o ‘bem jurídico tutelado’ deixa de ser, directa ou primacialmente, o património, o erário da segurança social, passando a ser a relação de confiança, o especial dever de colaboração das entidades empregadoras para com a administração da segurança social⁽²¹⁾.»

De qualquer modo, a relevância que a eleição do bem jurídico possa ter, no que nos interessa, para efeitos interpretativos, e centrados na teleologia da norma, dependerá da resposta que se der sobre o melhor modo de se protegerem as receitas da segurança social. Ora, se são os proventos desta que se querem ver aumentados, é evidente que, se se não estabelecer o limite dos € 7500, mais

facilmente se atingirá esse desiderato. Sendo certo que o crime nunca surge, antes de se ter dado a possibilidade ao agente de regularizar a sua situação, nos termos do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT.

Transcrevemos as considerações tecidas a este propósito e constantes da «Resposta» apresentada pelo MP nestes autos, pela pena do procurador-geral-adjunto Teodósio Jacinto:

«Por outro lado, não faz sentido afirmar que o legislador considerou que as omissões de entrega das prestações em causa, em montante inferior a € 7500, não são ‘susceptíveis de atingir o limiar mínimo de afectação de valores essenciais da comunidade’.

É notório que sucede precisamente o contrário: numa altura em que as dificuldades económicas atiram para o desemprego centenas de milhares de trabalhadores, circunstância que os coloca em situação de carência, a eles e às suas famílias, sendo necessário a intervenção do Estado na atribuição de subsídios para colmatar essas situações de carência, é evidente que a contribuição de quem, no contexto actual, trabalha e desconta para a segurança social é ainda mais importante na medida em que é garantia da própria sustentabilidade do sistema da segurança social que, por força daquelas circunstâncias, vê decrescerem de forma vertiginosa as suas receitas, sendo, pois, maior a necessidade de tutela do bem jurídico em causa.

Aliás, tendo presente que, no nosso país, a maior parte do tecido empresarial é constituído por pequenas e médias empresas, que empregam um reduzido número de trabalhadores, e que muitos desses trabalhadores auferem rendimentos baixos, a descriminalização da falta de entrega de contribuições de valor igual ou inferior a € 7500 conduziria a que o bem jurídico tutelado pela norma (artigo 107.º do RGIT) ficasse, quase na totalidade, desprovido de tutela e, consequentemente, fosse gravemente afectado o património da segurança social.

Certamente, não foi isto que o legislador quis, ao arrepio de toda a política legislativa seguida nessa área.»

E mais adiante:

«A descriminalização do crime de abuso de confiança à segurança social, no caso de não entrega de contribuições de valor iguais ou inferior a € 7500, viria ao arrepio e seria mesmo paradoxalmente contrária a toda a orientação legislativa seguida nos últimos anos, com vista a assegurar a sustentabilidade do sistema de segurança social e dar cumprimento à norma programática do artigo 63.º, n.º 3, da Constituição.

E não se diga que procedem também aqui os objectivos de descongestionamento dos processos de natureza bagatelar, que terão estado na base da alteração do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT — cf. VI.1.2.

Efectivamente, as realidades subjacentes são totalmente diferentes, como seriam bem diferentes as consequências da descriminalização do crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Desde logo, os dados objectivos disponíveis permitem afirmar com segurança que inexistia, no período em questão, qualquer proliferação de inquéritos por crimes de abuso de confiança contra a segurança social que pudesse fundamentar uma medida dessa natureza.

Efectivamente, como se pode ver do Plano Nacional de Prevenção e Combate à Fraude e Evasão Contributivas e Prestacionais do Ministério do Trabalho e da Solidariedade, que abrange o período de 2005 e 2010, o número de inquéritos participados ao Ministério Público pelos gabinetes de investigação criminal da segurança social foi de 2468, em 2006, e de 3231, em 2009 ⁽²²⁾.

Como é por demais óbvio, tais pendências e participações não apontam, nem de perto, nem de longe, para uma situação de congestionamento que importa debelar pela via da descriminalização das importâncias bagatelares, medida essa que não é minimamente aludida no documento em questão, nem faria o mínimo sentido.

Por outro lado, o perdão de qualquer valor em dívida, ainda que de valor reduzido, esteve sempre arredado das medidas adoptadas pela segurança social, no período em questão.»

E ainda:

«Deixando de fora as condutas relativas à falta da entrega das contribuições e quotizações em dívida à segurança social, de montantes iguais ou inferiores a € 7500, a amplitude da descriminalização operada em matéria de abuso de confiança contra a segurança social seria muito maior e com consequências bem mais graves que a correspondente descriminalização do abuso de confiança fiscal.

Isto porque as declarações a apresentar à segurança social são mensais, enquanto que são em regra trimestrais as relativas às prestações tributárias a que se reporta o artigo 105.º, n.º 1, do RGIT.

Assim, atendendo a que os valores a considerar são os que devem constar de cada declaração (artigo 105.º, n.º 7, também aplicável ao abuso de confiança contra a segurança social), a descriminalização operada em matéria de abuso de confiança contra a segurança social abrangeria a larga maioria das contribuições em dívida à segurança social.

Em termos práticos, tal corresponderia à quase extinção do crime de abuso de confiança à segurança social

E se alguma dúvida houver, quanto a tal conclusão, bastará, para a remover, ter presente que o tecido empresarial é constituído, entre nós, essencialmente por pequenas e médias empresas, que têm ao seu serviço menos de 10 trabalhadores.

Mais concretamente, a percentagem de empresas com menos de 10 trabalhadores era de 91,7%, em 1991, e passou para 95,4%, em 2007 ⁽²³⁾.

Tendo presentes tais números e o valor da remuneração mínima mensal garantida (salário mínimo), auferida por uma parte significativa desses trabalhadores, ou mesmo a remuneração média, que em 2008 era de € 843,20 ⁽²⁴⁾, bem como taxa global de 34,75% a aplicar, fácil é verificar que, em mais de 90% dos casos, estamos em face de declarações mensais de valor inferior a € 7500, ficando, em todos esses casos, o bem jurídico tutelado pela norma desprovido de tutela, afectando-se assim gravemente o sistema da segurança social e a sua sustentabilidade, o que o legislador não pode ter querido.»

4 — Em síntese conclusiva deste ponto diremos que, feito o percurso indagatório sobre o espírito do artigo 107.º, n.º 1, do RGIT, melhor, sobre se é de concluir haver ine-

quivocamente discrepância entre a letra e o espírito do preceito, temos coerentemente que dizer que não. Voltando à postura assumida inicialmente, partimos da leitura de uma norma que consagra o crime de abuso de confiança contra a segurança social numa previsão que se mostra completa. Essa previsão distancia-se da disciplina equivalente proposta para o crime de abuso de confiança fiscal. Ora o que aconteceu é que se não descobriram argumentos suficientemente fortes para se concluir que o legislador tenha querido igualar, no ponto em apreço, a disciplina dos dois crimes. Tanto mais que, em matéria de limiar a partir do qual pode ser cometido o crime (que é que nos ocupa), na outra infracção paralela que é a de fraude, o legislador distinguiu.

A resistência que nos oferece a literalidade da norma, se fosse de quebrar para nos obrigar a uma interpretação restritiva, levantaria ainda um problema adicional. É que falaria nesse caso o requisito do n.º 2 do artigo 9.º do CC: seria um pensamento legislativo sem um mínimo de correspondência verbal na letra da lei, ainda que imperfeitamente expresso.

Isso mesmo se concluiu no projecto de acórdão que ficou vencido.

5 — Caso insistíssemos na necessidade de igualar as previsões dos crimes de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social seríamos levados a configurar uma *redução teleológica* do preceito.

5.1 — Sabe-se que esta figura é usada na Alemanha para atalhar a situações em que se impõe a redução do âmbito de aplicação da norma para além do limite do sentido literal possível. Cobrará oportunidade nos caos que Larenz chama de lacunas «ocultas», em que se não deve recorrer à analogia, e «em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efectua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido» ⁽²⁵⁾. Mas, é o próprio Larenz a alertar para «uma proibição de redução teleológica e isto, na verdade, quando um interesse preponderante de segurança jurídica exige manter o limite do sentido literal possível» ⁽²⁶⁾.

Diremos nós que é no domínio do direito penal, e dentro deste no das previsões típicas, que mais se justifica atentar nesse interesse de segurança (os exemplos que o próprio Larenz apresenta são todos extraídos do CC alemão).

Aliás, parte significativa da doutrina lusa tem encarado com reticências a figura, a qual se reconduziria a uma pura interpretação correctiva. Ora, esta última possibilidade chegou a constar do anteprojecto de Manuel de Andrade, para o artigo 9.º do CC, e foi eliminada ⁽²⁷⁾.

As razões da interpretação correctiva são as mesmas da redução teleológica:

«[Q]uando o legislador, presa da necessária generalidade das suas declarações, emite uma prescrição lata demais, em que abrange casos que não teria abrangido se tivesse podido considerar as consequências nocivas da sua intervenção; dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certas categorias de casos, que não são os que ditaram a regra, ir contra o bem comum — então o intérprete deve[ria] restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados nefastos ⁽²⁸⁾.»

Só que, continua Oliveira Ascensão, «por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa

alteração pertence às fontes do direito, não ao intérprete. Este capta o sentido da fonte como ele objectivamente se apresenta no momento actual, não lhe antepõe qualquer outro sentido. Razões ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão»⁽²⁹⁾.

5.2 — Já noutra perspectiva, mas confluyente nos resultados, poderia convocar-se a distinção entre «contradições normativas» e «contradições valorativas» dentro do sistema, cara a Engisch.

Enquanto que aquelas «consistem em uma conduta *in abstracto* ou *in concreto* aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, ou até como prescrita e proibida», estas «resultam de o legislador — embora isso o não leve a cair directamente em contradições normativas — se não manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada». O legislador como que se põe em conflito com as suas próprias valorações, mas, para estas situações, adianta Engisch que, «Diferentemente das verdadeiras contradições normativas, que de forma alguma podemos deixar subsistir, as contradições valorativas têm em geral que ser aceites»⁽³⁰⁾.

É tempo de, a terminar, passarmos a abordar a questão da analogia tal como ela poderia (ou não) pôr-se aqui.

6 — O projecto de acórdão que não logrou vencimento defendeu, para os crimes de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social, dos artigos 105.º e 107.º do RGIT, a mesma disciplina, aplicando portanto também, a este último, o limite dos € 7500, e por *analogia*.

6.1 — No projecto apontado, aceitou-se que o legislador, «ao concretizar a radical mudança incidente sobre o n.º 1 do artigo 105.º do RGIT — o qual sempre figurou como objecto de trabalho e experimentação por excelência no domínio da criminalidade tributária —, se esqueceu, pura e simplesmente, que os artigos subsequentes continham norma em tudo similar. Termos em que a ausência de actuação legislativa sobre o artigo 107.º do RGIT derivaria tão somente [...] de uma pura omissão ou inabilidade legislativa».

E uma vez que ali se arredou, como já foi referido, a via da interpretação restritiva, concluiu-se que se não estava da parte do legislador perante uma decisão ponderada, e sim perante uma autêntica lacuna, a exigir um confronto entre os dois normativos, com vista a aferir da pertinência da transposição do limiar pecuniário de € 7500 para o abuso de confiança contra a segurança social.

Concluiu-se afirmando a existência de uma lacuna resultante da desigualdade de tratamento — a qual é imposta pelo paralelismo dos respectivos tipos ao nível do bem jurídico tutelado e do paralelismo na evolução histórica e tratamento — e a exigir uma subsequente integração analógica.

6.2 — Por tudo quanto ficou dito é bom de ver que este ponto de vista não poderá merecer o nosso acolhimento. Em primeiro lugar, porque as razões que nos não revelaram a necessidade de uma interpretação restritiva (ou redução teleológica), são transponíveis para o campo das lacunas. Ou seja, a existência de uma lacuna não é aqui, de modo algum, um dado incontrovertido.

E voltamo-nos a repetir: só uma dificuldade grave no funcionamento do sistema sem a igualização dos dois ilícitos é que imporia a tese da lacuna.

Mas em seguida, e ainda assim, as dificuldades não iriam terminar, dada a área em que nos movimentamos. A da previsão de um ilícito penal típico, e da controversa

compatibilização, aí, entre princípio da legalidade e o recurso à analogia.

6.2.1 — Não temos por pacífico, longe disso, que se possa considerar que o bem jurídico subjacente ao crime de abuso de confiança fiscal e ao de abuso de confiança contra a segurança social seja o mesmo, para a partir daí se legitimar o recurso à analogia.

O sistema fiscal do Estado e o sistema da segurança social constituem em si realidades diferentes, muito mais amplo aquele que este, e ambos organizados, evidentemente, a seu modo.

As finalidades prosseguidas pela fiscalidade e pela segurança social também divergem.

A natureza das contribuições para a segurança social não é, pelo menos no que toca ao trabalhador, a de um imposto.

O universo dos sujeitos passivos está também muito longe de coincidir.

Finalmente, as receitas da segurança social formam um património que se não dilui, pura e simplesmente, no erário público.

Daí que não seja só do ponto de vista político, económico, ou jurídico, que entre a fiscalidade e a segurança social haja importantes diferenças.

Do ponto de vista psicológico e social a comunidade não pode deixar de encarar estes dois sistemas como realidades diversas.

Uma coisa é o que o cidadão trabalhador (ou o empregador dele) paga ao Estado, ao serviço do apoio que desse Estado se possa vir a receber, para suprimento de limitações sentidas a nível individual (doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, segundo o artigo 63.º, n.º 3, da CR). Outra, completamente diferente, é o que todos pagamos ao Estado em impostos, para ser usado indiferenciadamente ao serviço de todas as despesas possíveis com que este tenha que arcar.

6.2.2 — A «função tributária» ou as receitas fiscais do Estado visam a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas, mas, também, uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza (artigo 103.º, n.º 1, da CRP).

À semelhança de um fundo de pensões, as contribuições para a segurança social destinam-se à prossecução dos seus fins muito específicos, de que não beneficiam, sequer, todos os cidadãos.

No regime contributivo da segurança social as receitas arrecadadas não são do Estado, no sentido de integrarem directamente o «erário público», mas pertencem a uma entidade individualizada, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS) (artigo 25.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 260/99, de 7 de Julho). O sistema previdencial tem mesmo por vocação autofinanciar-se⁽³¹⁾. E o facto de as receitas fiscais suprirem as carências do sistema da segurança social só revela a subsidiariedade daquelas.

Dizem-nos Gomes Canotilho e Vital Moreira:

«A Constituição é omissa sobre o financiamento do sistema de segurança social, limitando-se a dizer que ele deve ser *subsidiado pelo Estado* (n.º 2, primeira parte). Isto quer dizer, por um lado, que a segurança social é, em parte, um encargo do Estado, a ser suportado pelo respectivo orçamento; por outro lado, porém, a segurança social não depende apenas do financiamento público directo, mas sim, também (ou sobretudo), das contribuições dos respectivos beneficiários (princípio

da contributividade) estando aqui implícito um dever de contribuição para a segurança social [...]. Sublinhe-se que, de acordo com a autonomia institucional da segurança social, ela tem orçamento próprio, aprovado autonomamente pela AR, embora formalmente integrado no Orçamento do Estado [artigo 105.º, n.º 1, alínea b)].

De acordo com o princípio da contributividade, as receitas do sistema de segurança social provêm sobretudo das contribuições obrigatórias dos beneficiários, cuja natureza jurídica, tributária ou ‘para tributária’ é controvertida (o que é relevante para efeitos de saber se lhes é aplicável o regime constitucional dos impostos, decorrente designadamente do artigo 103.º e da reserva parlamentar em matéria de legislação fiscal). O facto de se tratar de contribuições de beneficiários de um serviço público destinados a financiar as suas prestações (nem sequer sendo uma receita orçamental do Estado), torna-as uma espécie de contrapartida dos respectivos benefícios, sugerindo que se não trata de impostos propriamente ditos, entrando esses encargos no *tertium genus* das ‘demais contribuições financeiras a favor dos serviços públicos’, mencionadas ao lado dos impostos e das taxas, na alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º (cf. a nota ao artigo 103.º) (32).»

Se o bem jurídico subjacente ao crime de abuso de confiança contra a segurança social é integrado antes do mais pelas receitas da segurança social, nunca poderá perder-se de vista a singularidade do financiamento desta. Singularidade que assenta em princípios como o da sustentabilidade, autonomia orçamental, reserva de lei, ou contributividade (33), e que não interessam da mesma maneira na área da fiscalidade.

7 — Já se percebeu que a conclusão final a tirar no presente acórdão não ficará dependente da posição que se tome sobre a compatibilidade entre analogia e *princípio da legalidade*. No entanto, face ao tratamento que a questão teve no projecto de acórdão que ficou vencido, justificar-se-ão as considerações que se seguem.

7.1 — Face à sua génese histórica e atenta a sua principal razão de ser, o princípio da legalidade penal constitui um instrumento de protecção do cidadão em face do Estado. Cedo porém o princípio se desdobrou em três dimensões: a proibição da retroactividade da lei penal, a exigência de tipicidade na descrição dos comportamentos a que cabe certa reacção penal e o monopólio da lei como fonte do direito penal. Às duas primeiras dimensões, de pendor directamente garantista para o cidadão, acrescenta-se pois a terceira, atinente à separação de poderes num Estado de direito democrático.

Por isso é que Cuello Contreras nos pode dizer que o princípio em questão constitui garantia do cidadão frente ao poder legislativo, mas também garantia do poder legislativo frente ao poder judicial, para além de limitação do poder legislativo perante si próprio (34).

Na medida em que a integração de lacunas constitui uma resposta não pensada nem querida pelo legislador, a *reserva de lei* seria atingida. *Reserva de lei* entendida como «unificação das fontes normativas nas mãos do poder legislativo e [como] supremacia da lei» (35).

E então, como refere Stratenwerth, «Resulta mais do que duvidoso que a actividade decisória do juiz possa criar direito em sentido estrito, ou seja, que junto ao direito legal e ao consuetudinário se coloque o direito judicial» (36). Daí que, segundo este autor, a doutrina maioritária en-

tenda que o teor literal da lei é o decisivo, no sentido de que «só o que ainda seja compatível com esse teor literal será interpretação lícita; tudo o mais, pelo menos quando prejudique o autor, será analogia ilícita» (37). A resistência à utilização da analogia em direito penal adviria do facto da escolha sobre os comportamentos que merecem ou não merecem punição dever recair em exclusivo sobre uma entidade com o distanciamento e visão global que só o legislador possui.

A doutrina alemã tem-se pronunciado, porém, generalizadamente, a favor da analogia *in bonam partem*, pelo menos no que respeita a causas de atenuação da pena, supressão ou exclusão da mesma ou de renúncia à punição (38).

Tradicionalmente, o Tribunal Supremo Espanhol vem rejeitando a analogia mesmo *in bonam partem*, mas já a doutrina se vem pronunciando, favoravelmente, na sua maioria (39). Havendo ainda quem se incline para uma posição intermédia, admitindo a referida analogia *in bonam partem* no tocante a excludentes de responsabilidade ou causas justificativas, mas recusando-a em matéria de descrição típica (40).

7.2 — Entre nós, o princípio da legalidade mereceu consagração constitucional no artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República (CR), segundo o qual «Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão». E, quanto à densificação do preceito, escreveu-se que o princípio da tipicidade, daquele decorrente, abrange a «proibição da analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança)» (41).

O artigo 1.º, n.º 3, do CP estabelece que «Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime.» A partir daqui, ou se entende que «em matéria de qualificação» a analogia estaria sempre vedada, ou se defende que, concretamente no tocante à previsão típica, só no que contendesse com a viabilização ou agravamento da imputação é que o recurso à analogia estaria vedado. E assim, tudo o que redundasse em benefício do arguido, mesmo em sede de elementos do tipo, poderia facultar-se por via da analogia.

Aparentemente, é esta última a posição de F. Dias, quando por um lado nos diz que o princípio proibitivo «cobre toda a matéria relativa ao tipo de ilícito ou ao tipo de culpa, mas já não a que respeita às causas de justificação ou às causas de exclusão da culpa», e por outro afirma que «o conteúdo de sentido do princípio da legalidade, ainda aqui, só deveria cobrir a actividade de criminalização ou de agravamento, não a de descriminalização ou de atenuação» (42).

Importa porém acrescentar que este mestre acaba por aceitar a existência de «razões jurídicas de política geral relacionadas nomeadamente com a definição dos círculos de competência de órgãos de soberania dotados de poderes legiferantes», que sustentam a proibição da descriminalização, por vias que não sejam parlamentares (43).

P. Pinto de Albuquerque diz-nos que «Só a lei da AR ou diploma por ela autorizado pode definir o regime dos crimes, das penas e das medidas de segurança, incluindo a *descriminalização* ou a *atenuação* da responsabilidade criminal por força do princípio da separação dos poderes» (44).

Para Germano Marques da Silva «No que respeita às normas incriminadoras o direito penal não tem lacunas. Valem os princípios da tipicidade e fragmentaridade. Não assim no que respeita às demais normas do direito penal, às denominadas normas negativas, aquelas que, delimitando negativamente as normas incriminadoras, garantem ou

favorecem os direitos das pessoas. Relativamente a estas valem os princípios gerais sobre integração de lacunas (45).»

Resta aludir à jurisprudência do Tribunal Constitucional neste campo, o que se nos afigura decisivo.

7.3 — Disse já, a seu tempo, o Acórdão n.º 56/84 (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 184, de 9 de Agosto de 1984, a pp. 2442 e 2443), a propósito da *reserva de lei*:

«Esta competência exclusiva da Assembleia da República não se exerce apenas pela positiva, isto é, não se confina à modelação, por via legislativa, de crimes e penas em sentido próprio.

Realiza-se, também, e em termos altamente significativos, pela negativa, isto é, pela supressão do quadro criminal de tipos de ilícito. Seria, na verdade, ilógico e inconsequente que esta última competência lhe não coubesse por inteiro, por várias razões.

Em primeiro lugar, a alínea c) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição [hoje artigo 165.º] não faz qualquer distinção. Em segundo lugar, a não se entender assim, a competência da Assembleia da República para criar tipos crime e penas reduzir-se-ia a zero, sempre que o Governo, e de imediato, lhe revogasse as leis penais que editasse, o que resultaria inadmissível. Em terceiro lugar, a implementação do quadro geral de ilícitos criminais e penas, em sentido estrito, reclama que, analisada detidamente a realidade social, se seleccionem, especifiquem e graduem, segundo parâmetros de referência constitucional, os comportamentos humanos infractores de bens jurídicos essenciais e se estabeleçam penas proporcionadas a cada facto, daí que a simples eliminação de um modelo de crime reflexamente altere todo o quadro, o que equivale a dizer que, neste campo, a competência negativa tem, ao cabo e ao resto, profundos efeitos positivos.»

Esta jurisprudência foi reiteradamente afirmada pelo Tribunal Constitucional (46).

Assim, é lícito concluir que tal instância se tem mostrado completamente insensível ao facto de a intervenção legiferante ser *in bonam partem*, com o efeito de se ver arredada a violação do princípio da legalidade.

A partir daqui, seria com grande dificuldade que se poderia admitir a conformidade entre esse princípio da legalidade penal e a integração de lacunas, por analogia, em matéria de definição do comportamento do agente, para o efeito de se considerar preenchido, ou não preenchido, o tipo legal de crime.

C — Decisão

Nestes termos deliberam os juizes conselheiros que integram o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça:

I) Fixar jurisprudência, no sentido de que a exigência do montante mínimo de € 7500, de que o n.º 1 do artigo 105.º do RGIT (aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, e alterado, além do mais, pelo artigo 113.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro) faz depender o preenchimento do tipo legal de crime de abuso de confiança fiscal, não tem lugar em relação ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, previsto no artigo 107.º, n.º 1, do mesmo diploma;

II) Determinar que o acórdão recorrido, proferido no Processo n.º 6463/07.6TDL5B da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, seja aí reformulado em consonância

com a presente decisão (artigo 445.º, n.º 1, do CPP), mas sem prejuízo do disposto no artigo 443.º, n.º 3, do CPP.

(1) In *DIGESTA*, vol. I, «O princípio da legalidade criminal», pp. 435 e 437, respectivamente.

(2) Cf. Baptista Machado in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 189.

(3) In *Derecho Penal, Parte General*, I vol., pp. 371 e segs.

(4) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 2007, Processo n.º 3086/06, relator: Santos Cabral.

(5) In *Derecho Penal*, p. 988.

(6) In *Tratado*, p. 503.

(7) De tal pressuposto, e do relativo à aplicação da lei mais favorável, arranca um dos argumentos esgrimidos pelos defensores da despenalização. Tal só é possível pela consideração de que a alteração legislativa não afecta somente uma condição de punibilidade exógena ao tipo de ilícito e de culpa, e autónoma, mas que a aplicação do princípio da lei mais favorável se aplica à condição de punibilidade em plena paridade com os restantes elementos do tipo que por esta forma eram abrangidos pela aplicação do princípio.

(8) No mesmo sentido, Carlos Martínez Peres in *Las Condiciones Objectivas de Punibilidad*, p. 85.

(9) Reinhart Maurach e Heinz Zipf in *Derecho Penal*, I vol., pp. 373 e segs.

(10) Em sentido diferente Gunther Jakobs in *Derecho Penal*, pp. 401 e segs., para o qual as condições de punibilidade condicionam a ilicitude ou a própria tipicidade penal, sendo a sua função reflectir a materialização do resultado.

(11) André dos Santos in *O Crime de Fraude Fiscal*, pp. 229 e segs.

(12) Cf. José Manuel Saporitti, in *A Lei OE 2009 — O Crime de Abuso de Confiança contra a Segurança Social*, monografia policopiada, Guimarães, 14 de Abril de 2009.

(13) Cf. *Diário de Assembleia da República*, 1.ª série, n.ºs 16, 17 e 18, respectivamente de 5, 6 e 7 de Novembro de 2008.

(14) *Ibidem*, n.º 28, de 27 de Novembro de 2008.

(15) Assim mesmo, Costa Andrade, revendo posição anterior, in «As metamorfoses e desventuras de um crime (abuso de confiança fiscal) irrequieto», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, p. 333.

(16) Cf. Costa Andrade in «O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza (de um acórdão) do Tribunal Constitucional», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, sobretudo pp. 243 e segs.

(17) Cf. «O novo direito penal fiscal não aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 17 de Janeiro). Considerações dogmáticas e político-criminais», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. II, p. 263.

(18) *Ibidem*, pp. 263 e 264.

(19) Cf. «O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções)», in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. II, p. 418.

(20) Assim v. g. A. Serrano Gomez e A. Serrano Maillo in *Derecho Penal — Parte Especial*, p. 571.

(21) In *Considerações sobre o Enquadramento Dogmático dos Crimes contra a Segurança Social*, p. 28.

(22) http://www.mtss.pt/preview_documentos.asp?r=2026&m=PDF.

(23) http://www.pordata.pt/azap_runtime/?n=4.

(24) Cf. http://www.pordata.pt/azap_runtime/?n=4.

(25) In *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 555 e 556.

(26) *Ibidem*, p. 557.

(27) Cf. Oliveira Ascensão in *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, pp. 427 e 428.

(28) *Ibidem*, p. 425.

(29) *Ibidem*, p. 427.

(30) Cf. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 313 a 317.

(31) Cf. Saldanha Sanches in *Manual de Direito Fiscal*, p. 62.

(32) In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. (2007), p. 818.

(33) Cf. João Carlos Loureiro in «Proteger é preciso, viver também: A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito da segurança social», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, pp. 366 e segs.

(34) Cf. *El Derecho Penal Español*, p. 202.

(35) Cf. F. Mantovani in *Diritto Penale*, p. 4.

(36) In *Derecho Penal. Parte General I — El Hecho Punible*, p. 79.

(37) *Ibidem*, p. 80.

(38) Assim v. g., Jescheck/Weigend in *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, p. 145. Sem restrições, porém Roxin, in *Derecho Penal — Parte General*, t. I, p. 158.

(39) V., v. g., Mir Puig in *Derecho Penal, Parte General*, pp. 120 e 121, Garcia Pablos in *Derecho Penal — Introduccion*, p. 246, ou Cuello Contreras in *El Derecho Penal Español*, p. 235.

(40) Cf. Anton Oneca in *Derecho Penal*, p. 102, Cerezo Mir in *Curso de Derecho Penal*, p. 168, Cobo del Rosal/Vives Antón in *Derecho Penal*, pp. 167 e segs., ou Quintano Ripollés in *Curso de Derecho Penal — I*, pp. 198 e segs.

(41) Cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira in *ob. cit.*, p. 495.

(42) In *Direito Penal, Parte Geral*, t. 1, pp. 171 e 172.

(43) *Ibidem*, p. 172.

(44) In *Comentário do Código Penal*, p. 46.

(45) In *Direito Penal Português — Parte Geral I*, pp. 270 e 271.

(46) Cf. Figueiredo Dias in *ob. cit.* na n. 36, p. 172.

Lisboa, 14 de Julho de 2010. — José Adriano Machado Souto de Moura (relator) — Eduardo Maia Figueira da Costa (vencido, nos termos da declaração de voto do conselheiro Santos Cabral) — António Pires Henriques da Graça (vencido conforme declaração anexa) — Raul Eduardo do Vale Raposo Borges (vencido, de acordo com o Acórdão de 4 de Fevereiro de 2010, por nós proferido no Processo n.º 106/01.9IDPRT.S1) — Jorge Henrique Soares Ramos — Fernando Manuel Cerejo Fróis (vencido pelos fundamentos constantes da declaração de voto do Sr. Conselheiro Santos Cabral e ainda de acordo com o Acórdão de 4 de Fevereiro de 2010, que subscrevemos, proferido no Processo n.º 106/01.9IDPRT.S1) — Isabel Celeste Alves Pais Martins — Manuel Joaquim Braz — José António Carmona da Mota — António Pereira Madeira (vencido pelas razões constantes da declaração de voto do Ex.^{mo} Conselheiro Santos Cabral. Revi posição anterior) — José Vaz dos Santos Carvalho — António Silva Henriques Gaspar (vencido, conforme declaração conjunta) — António Artur Rodrigues da Costa — Armando dos Santos Monteiro — Arménio Augusto Malheiro de Castro Sottomayor — José António Henriques dos Santos Cabral (vencido de acordo com declaração que junto) — António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes (vencido com os fundamentos constantes do voto do Ex.^{mo} Conselheiro Santos Cabral) — Luís António Noronha Nascimento.

Declaração de voto

Considero que:

I — O bem jurídico-penal não é definido *materialmente* pela qualidade do ofendido, mas pelo interesse público que o tutela.

Já a construção típica do ilícito, em termos de política criminal, na protecção do bem jurídico, pode assumir cambiantes específicas, conforme a especificidade digna de protecção.

II — Em ambos os crimes de abuso de confiança (quer em relação à *administração tributária*, quer em referência às *instituições de segurança social*), parece-me haver *similitude identitária* do bem jurídico protegido, o qual exprime o interesse comunitário na manutenção incólume da entrega legalmente obrigatória às instituições público-estaduais beneficiárias, das prestações tributárias deduzidas nos termos da lei, por tais deduções serem em si mesmo socialmente relevantes, por integrarem *receitas públicas* — receitas do Estado — e, por isso, esse interesse é juridicamente valioso.

III — A diferenciação do ilícito previsto e punido no artigo 107.º, em relação ao previsto e punido no artigo 105.º, ambos do RGIT, não me parece estar no *conteúdo substancial* da ilicitude, mas apenas na sua *autonomia formal*, ou seja, na *determinação dos obrigados*, na *delimitação da obrigação*, e na *identificação da entidade pública*

beneficiária: «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» — artigo 107.º, n.º 1, do RGIT.

IV — A actual redacção do n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, operada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, representa, em meu entendimento, uma *remodelação normativa* decorrente de actualização teleológica, do *substrato* do n.º 6 do preceito, anteriormente existente:

Levou-se à tipicidade do n.º 1, um pressuposto mínimo de punibilidade: € 7500.

Consequentemente, foi expressamente revogado o n.º 6 pelo artigo 115.º da Lei n.º 64-A/2008.

V — O artigo 107.º, n.º 2, sempre remeteu para os n.ºs 4, 6 e 7 do artigo 105.º, ambos do RGIT.

O n.º 7 do artigo 105.º do RGIT remete para o disposto nos números anteriores.

O n.º 7 do artigo 105.º e o n.º 2 do artigo 107.º do RGIT não foram abrogados, derogados ou revogados.

VI — Assim, atenta a eliminação do n.º 6, a nova redacção do n.º 1, a manutenção da tipicidade qualificada do n.º 5 e a mesma redacção do n.º 7, todos do referido artigo 105.º do RGIT, concluo que o n.º 7 do artigo 105.º não exclui a sua aplicabilidade também ao n.º 1 e, por conseguinte, ao artigo 107.º, n.º 1, do RGIT, de forma reflexa, por força do n.º 2 deste preceito.

VII — Terá havido, porventura, *imprecisão do legislador*, traduzida em *omissão de expressividade*, ao não autonomizar no n.º 1 do artigo 107.º, o que expressamente autonomizou no n.º 1 do artigo 105.º e ao não actualizar a redacção do n.º 2 do artigo 107.º, ambos do RGIT.

Mas, também poderá considerar-se que tal *expressividade* não seria necessariamente obrigatória, pois que o artigo 107.º, n.º 2, ao remeter para as disposições do artigo 105.º pretende acolher o mesmo regime jurídico deste normativo.

VIII — As disposições legais convocam sempre a sua imprescindível interpretação, a qual «não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo e conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada», não podendo, porém, «ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso», sendo que «no sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» — v. o artigo 9.º do Código Civil (CC).

IX — Em direito penal, o princípio da legalidade vincula a tipicidade do crime e da pena a determinada lei, certa, escrita, estrita e prévia.

«O *critério de distinção* teleológica e funcionalmente imposto pelo fundamento e pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade só pode ser o seguinte: o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de palavras; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre *polissémicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e neste sentido, deve dizer-se claramente, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu *sentido comum* e

literal, um quadro (e portanto uma pluralidade) de significações dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação. Fora deste quadro, sob não importa que argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da analogia proibida.» (Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, *Direito Penal*, «Questões fundamentais. A doutrina geral do crime» — segundo as Lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade -1996, § 217, pp. 175 e 176.

Ora, no «quadro de significações possíveis das *palavras da lei*», como se elucida na mesma obra (§ 219, p. 178): «Decisivo será assim, por um lado, que a interpretação seja *teleologicamente* comandada, isto é, em definitivo determinada à luz do fim almejado pela norma; e por outro que ela seja *funcionalmente* justificada, quer dizer, adequada à função que o conceito (e, em definitivo, a regulamentação) assume no sistema.»

Sendo certo, por outro lado, que de harmonia com o artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal «Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhe corresponde.»

Porém, como se esclarece nas *Lições cit.* (§ 223, p. 180): «face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade a proibição de analogia vale restritivamente a *todos* os elementos, qualquer que seja a natureza, que sirvam para *fundamentar a responsabilidade* ou para *agravar*; a proibição vale pois *contra reum* ou *in malem partem*, não *favore reum* ou *in bonam partem*».

X — Assim, sem prejuízo de entender que o referido artigo 107.º, n.º 2, quando remete para as disposições do citado artigo 105.º pretende acolher o mesmo regime jurídico deste, sempre consideraria procedente, em discussão balizada por eventual lacuna legislativa, a integração por analogia, no sentido de ser aplicável ao artigo 107.º, n.º 1, do RGIT o disposto no n.º 1 do artigo 105.º do mesmo diploma, decorrente das alterações operadas pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, face à *natureza pública similar* do bem jurídico, por essa integração assumir-se como *mais favorável*, e conjugar-se de forma *actualista* com a *unidade do sistema*.

XI — Donde, e comungando das razões apresentadas pelo Ex.º Conselheiro Santos Cabral, manteria o acórdão recorrido e fixaria jurisprudência do seguinte teor:

«É aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto e punido no artigo 107.º, n.º 1, do RGIT o limite de € 7500 estabelecido no n.º 1 do artigo 105.º do mesmo diploma legal, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2009, de 31 de Dezembro.»

António Pires Henriques da Graça.

Declaração de voto

Votei vencido, aderindo, no essencial, aos fundamentos do voto do Sr. Conselheiro Santos Cabral.

Acompanho, com efeito, a argumentação sobre a identidade do bem jurídico, embora reconheça e sublinhe que se apresenta como relativamente ficcional e mesmo críptica uma discussão muito fina sobre a identidade ou não identidade de bens jurídicos que, com boas razões, alguma doutrina qualifica como «artificiais», voláteis, apenas apreensíveis pelo resultado, que podem mudar todos os anos ao sabor das leis de orçamento e que sustentam tipos penais artificiais, de feição exclusivamente funcionalista.

Na perspectiva metodológica entendo ancorar a solução em outro caminho metódico-dogmático.

Independentemente das dúvidas críticas que em plano teórico mais fino possam suscitar-se sobre a delimitação metodológica entre interpretação e analogia, o primeiro caminho para a determinação do sentido de uma norma, ou de um complexo normativo com unidade sistemática, tem de constituir um percurso interpretativo que parta da própria norma, encontrando um sentido e uma leitura externa e externamente apreensível através da linguagem — as palavras e a construção verbal da norma — completada pela intervenção de outros instrumentos de método, históricos, sistemáticos, racionais e teleológicos.

A analogia, que é característica de todos os tipos de pensamento, como *logos* agregador e factor de recompreensão de categorias, tem como referente critérios materiais como método de análise e tópicos de argumentação, «proporção de relações» e «similitude de relações», como argumento retórico que relaciona mediante comparação realidades que subsistem na diferença, num juízo ou julgamento de *same level reasoning* a justificar a «racionalidade da associação na diferenciação».

Neste sentido, o pensamento analógico como agregador, com a correspondência ou a semelhança entre categorias, pode intervir como método de análise e modelo de argumentação na procura do sentido e da instrumentalidade normativa de categorias diferentes assimiláveis numa mesma realidade.

O pensamento analógico como tópico de argumentação pode constituir referência para a identificação e solução de nódulos problemáticos no caminho crítico da interpretação.

Mas, deste modo, o recurso ao pensamento analógico como *same level reasoning* na etapa argumentativa para a determinação do sentido de uma norma, constituindo ainda percurso de interpretação, está antes da intervenção de critérios ou métodos de integração.

A analogia, como critério ou método de integração e de desenvolvimento judicial do direito nos limites sistemáticos admitidos (artigo 10.º do Código Civil), pressupõe que no caminho de interpretação percorrido não foi encontrada solução para um espaço da realidade e da vida carente de resolução em espaço de direito.

O recurso à analogia como critério de integração pressupõe, pois, previamente, a identificação de uma lacuna da lei.

Na identificação de uma lacuna, que será um espaço não regulado que se encontre após o «caminho crítico» do método interpretativo (letra, intenção do legislador, razão, teleologia, sistema), haverá que distinguir e delimitar a fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei — ou, como por vezes se conceptualiza, entre lacuna de regulação e lacuna de previsão.

Numa perspectiva de política legislativa, a fronteira só pode marcar-se na medida em que se determine se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora, ou se somente não resiste a uma crítica de política legislativa.

O termo «lacuna» faz referência a um quadro incompleto; só pode falar-se em lacuna da lei quando esta aspira a uma regulação completa, ou seja, quando se verifica uma incompletude no plano do legislador. A «pauta de valoração» é diferente: num caso — lacuna da lei — é a intenção reguladora e a teleologia imanente à lei; no outro — falha da lei ou lacuna de previsão — serão críticas de política legislativa, com fundamento político, dirigidas ao legislador.

A distinção é fundamental para a determinação plena do conceito de lacuna, que se não pode confundir com o silêncio, ou o «silêncio eloquente» da lei.

A avaliação da completude do plano do legislador há-de resultar da conjugação de elementos históricos e contextuais, das construções normativas, da interpretação sobre o sentido da intenção do legislador e sobre as finalidades da lei e da coerência intra e trans-sistemática.

Valorações autónomas do intérprete, ou planos de valorações (as «pautas») que não tenham ou não apresentem coincidência sistémica com as valorações que sustentam e conformam o plano do legislador («lacuna axiológica» ou «falha de lei») não permitem a substituição na completude do plano, precisamente porque se não pode dizer, nesta perspectiva, que não está completo o plano do legislador.

As lacunas axiológicas não permitem a integração pelo intérprete.

No caso, a identidade, as fórmulas normativas, a evolução na sucessiva construção das normas e a técnica das remissões entre os artigos 107.º e 105.º do RGIT (como na legislação antecedente) permitem, em meu critério, encontrar ainda na intertextualidade das normas elementos que encaminham para a interpretação restritiva da norma do artigo 107.º do RGIT, alinhando-a em coerência sistemática com o artigo 105.º, que a técnica legislativa usada não exclui e o complexo metódico da interpretação (intenção legislativa e técnica usada) parece impor. Neste sentido vai o voto de vencido do Sr. Conselheiro Pires da Graça.

Mas se na fronteira metodológica for considerado que a intertextualidade das referidas normas não permite, no nível ainda literal, esta leitura restritiva por não haver «um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expressa», encontrar-se-á na norma do artigo 107.º a ausência de uma restrição, que deveria existir segundo o plano do legislador histórica e objectivamente moldado e consolidado desde a criação dos tipos penais em causa — a contextualidade —, que se qualificaria como lacuna (normativa) oculta: a norma contém uma regra aplicável a certa espécie de casos e aparentemente completa nos seus elementos de tipicidade, mas não se ajusta ao grupo (mais amplo) de casos em que se inscreve, quando lida a comparação e identidade com a norma do artigo 105.º.

O preenchimento de uma lacuna normativa oculta operar-se-ia metodologicamente por redução teleológica da norma do artigo 107.º do RGIT, acrescentando a restrição omitida.

Tudo independentemente das dúvidas de constitucionalidade que me suscita um tipo penal como o abuso de confiança do artigo 107.º do RGIT com a actual configuração típica, desde que foi eliminado o elemento «apropriação», reduzido à não entrega pelas entidades empregadoras, não como devedoras tributárias de prestações, mas como agentes de cobrança obrigatórios de prestações devidas por outrem. — *António Silva Henriques Gaspar*.

Declaração de voto

O projecto de acórdão de uniformização elaborado pelo signatário perfilhava uma orientação diametralmente oposta à adoptada. São as seguintes as razões de discordância:

I — Da vontade do legislador

a) A decisão de fixação de jurisprudência proferida nos presentes autos tem como pressuposto uma interpretação da

vontade do legislador, expressa na norma do artigo 107.º do RGIT, que é assumida como isenta de qualquer dúvida ⁽¹⁾.

Com base em tal pressuposto construíram-se as premissas que informam a decisão uniformizadora. Assim, e segundo a mesma:

1 — As infracções à segurança social necessitam de uma tutela penal superior em confronto com as infracções fiscais, tendo tal necessidade passado a ser mais intensa a partir de 2008 ⁽²⁾.

2 — A diferença dos elementos do tipo dos artigos 105.º e 107.º do RGIT é um acto esclarecido do legislador que pretende punir de forma mais severa a entidade empregadora que não entrega os descontos efectuados ⁽³⁾.

3 — Consequentemente, não há lugar a qualquer interpretação extensiva, ou relação de analogia, entre os dois preceitos até porque são diferentes os bens jurídicos protegidos.

A decisão proferida toma como dado adquirido uma intenção do legislador orientada estrategicamente para a consecução de uma protecção penal redobrada em relação ao sistema de segurança social. Uma vontade esclarecida em que se inscreve a necessidade de fazer desaparecer a convergência entre os dois tipos legais de crime, reforçando a ameaça da tutela penal a nível do abuso de confiança à segurança social.

Entendemos que a decisão em causa toma por demonstrado o que carece de demonstração e, ainda, que a vontade do legislador não é aquela que figura como premissa da lógica argumentativa.

Na verdade, tal legislador não é, não pode ser, a entidade abstracta e invisível a que muitas vezes se remete o intérprete no seu labor interpretativo, mas concretiza-se em algo de concreto e perceptível nas manifestações de vontade da entidade que corporizam o processo de formação da lei.

Sendo assim, em tal interpretação concreta não podemos deixar de ter em consideração os elementos fornecidos pelo Ministério das Finanças, o qual tem a sua marca genética em todos os diplomas cuja feitura está relacionada com as infracções tributárias. Partindo de tal pressuposto, salienta-se que o Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal, Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal, elaborado pelo Ministério das Finanças — Secretaria de Estado dos Assuntos Fiscais em 3 de Outubro de 2009 ⁽⁴⁾ (posteriormente à alteração do tipo em causa nos presentes autos) refere a fl. 787 que:

«10.4.3 — O abuso de confiança fiscal e abuso de confiança contra a segurança social (artigos 105.º e 107.º do RGIT).

533 — A Lei do Orçamento do Estado para 2009 introduziu no crime de abuso de confiança fiscal (artigo 105.º do RGIT) um valor mínimo de € 7500 do qual depende a relevância penal do facto.

Há um paralelismo manifesto (itálico nosso) entre este tipo legal de crime e o crime de abuso de confiança contra a segurança social (artigo 107.º do RGIT), que, aliás, remete para o tipo legal do crime fiscal em ambos os seus números.

534 — Embora o crime de abuso de confiança em relação contra a segurança social tenha permanecido inotocado, e não haja contra-ordenação por falta de entrega das contribuições para a segurança social, discute-se nas instâncias criminais se a alteração ao crime fiscal se reflecte ou não igualmente no crime contra a segurança social, sendo já conhecidas soluções judiciais

contraditórias entre si com prejuízo para a segurança do direito e a paz social.

535 — Recomendação:

Deverá proceder-se à alteração da lei no sentido de harmonizar os dois tipos legais de crime de abuso de confiança previstos no RGIT.»

A jurisprudência que ora se fixa vai exactamente no sentido contrário ao constante do referido Relatório e consagra regimes totalmente divergentes em relação aos dois tipos legais em apreço. Onde o legislador (no caso, o Ministério das Finanças) vislumbra o *paralelismo manifesto* dos dois tipos legais, o intérprete consagra a assimetria, filiando-se numa hipotética divergência dos bens jurídicos tutelados pelos dois tipos legais. Onde o legislador almeja a harmonia, consagra-se a desarmonia.

Concluimos, assim, que, face ao mesmo documento, carece de fundamento o pressuposto nuclear da decisão proferida e que, se alguma certeza se pode ter, é a de que o legislador perfilha um entendimento contrário ao que agora se consagra ⁽⁵⁾.

b) Diga-se, aliás, que tal propósito de harmonização se acha bem patente com a construção de um novo tipo contra ordenacional, previsto no Código do Regime Contributivo Previdencial para a Segurança Social, constante da Lei n.º 110/2009, de 19 de Setembro, o qual refere no artigo 42.º que, «sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infracções Tributárias, a violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 constitui contra-ordenação leve quando seja cumprida nos 30 dias subsequentes ao termo do prazo e constitui contra-ordenação grave nas demais situações».

Na verdade, perfilhando-se o entendimento constante da decisão proferida — e afirmando-se, subsequentemente, que o crime de abuso de confiança à segurança social se consuma de forma independente do valor —, temos como manifesto que não teria qualquer sentido criar um regime contra-ordenacional que incidiria sobre uma realidade que se encontra já prevista como crime.

Efectivamente, entre os dois tipos de ilícito tem, necessariamente, de existir um recorte, uma fronteira, que dê vida ao que é diferente na forma e na substância. Quem sanciona um facto como ilícito contra-ordenacional e o trata, ao mesmo tempo, como ilícito criminal, viola, de forma flagrante, o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República, incorrendo, por vias disso, em inequívoca inconstitucionalidade material. O que sucede na medida em que se está a tratar como ilícito criminal um facto a que não se reconhece, simultaneamente, a marca constitucionalmente exigida da dignidade penal, pois, de outro modo, não o trataria também como ilícito contra-ordenacional ⁽⁶⁾.

A qualificação de um facto como contra-ordenação significa *eo ipse* a denegação da dignidade penal e da carência da tutela penal; dignidade e carência que não podem atribuir-se com a outra mão, ao elevar o mesmo facto ao estatuto e ao regime de ilícito criminal.

Nesse sentido, e como refere Costa Andrade, a vontade do legislador não pode ir para além das exigências que emergem da própria Constituição, ente as quais avulta a necessária dignidade penal subjacente à criminalização e ao próprio princípio da proporcionalidade. Assim, sob pena de coexistirem no mesmo espaço fático normas que, numa inadmissível homogeneização, tratam o mesmo tipo de conduta em distintos planos criminal e contra-ordenacional, importa encontrar o traço de diferença

substancial que afasta o espectro da eventual inconstitucionalidade ⁽⁷⁾.

É certo que alguns apontam o elemento subjectivo do tipo como marco diferenciador, indicando a negligência como lastro do tipo contra-ordenacional por contraposição ao dolo subsistente no crime. Não nos parece, no entanto, ser esse o melhor entendimento pois que, para além da natureza anómala que reveste uma infracção contra-ordenacional que apenas pode subsistir sob a forma negligente, o certo é que as contra-ordenações previstas no artigo 42.º da Lei n.º 110/2009 podem assumir, nos termos do respectivo artigo 233.º, natureza dolosa ou negligente.

Subsiste, assim, o critério do valor — o proposto no texto vencido —, o qual, traçando com precisão a fronteira entre os dois ilícitos, concede coerência sistémica não só aos normativos do RGIT, como também aos que a eles se referem e que constam da citada lei.

Sublinhe-se, ainda, que a circunstância de a Assembleia da República, numa decisão informada por critérios políticos que não jurídicos, ter decidido, três meses após a publicação do diploma — Lei n.º 110/2009 —, diferir em um ano a sua entrada em vigor — Lei n.º 119/2009 — em nada afronta o contributo que o mesmo documento representa na compreensão do pensamento do legislador na construção da dogmática dos crimes contra a segurança social.

O diferimento da entrada em vigor do diploma com total insensibilidade pelas consequências jurídicas de tal facto é uma questão do terreno político e não do domínio dos princípios jurídicos.

Mas ainda que assim não se entenda — antes se pugnando que um diploma cuja vigência se acha protelada não pode figurar como ponto de referência para a presente uniformização de jurisprudência —, continua a afirmar-se, em nossa perspectiva, inequívoco que a orientação que fez vencimento se apresenta flagrantemente contrária àquela que foi a vontade do feitor da lei na definição das infracções à segurança social. Com o que a grande consequência a retirar da entrada em vigor do Código do Regime Contributivo Previdencial para a Segurança Social traduzir-se-á numa rápida desactualização da jurisprudência ora fixada na medida em que, em nosso entender, pode acarretar a sobredita inconstitucionalidade material de uma posição que pugna por uma idêntica e simultânea qualificação — em face do direito então supervenientemente positivado — da mesma conduta como crime e contra-ordenação.

c) Importa agora que se tente alcançar a vontade do legislador desenhada em função daquela que foi a sua evolução histórica.

Refere Costa Andrade algo que é incontornável da análise dos tipos em apreço em sede de RJIFNA, e das posteriores alterações, ou seja, que as diversas metamorfoses do crime de abuso de confiança fiscal foram acompanhadas, com grande sincronia e sintonia, pela trajectória da figura correspondente do lado da segurança social, o abuso de confiança contra a segurança social. Também aqui, e depois de um período de inequívoca e assumida identificação com o abuso de confiança da lei penal comum, viria o RGIT a introduzir as mesmas inovações e a provocar as mesmas rupturas. E, por vias disso, a suscitar os mesmos problemas, nomeadamente questões de étimo político-constitucional e de solvabilidade jurídico-constitucional. Por ser assim, porque os problemas de constitucionalidade se colocam nos mesmos termos, convirá recuperar para o nosso campo problemático a experiência do crime de abuso de confiança contra a segurança social.

Face a tal construção, em que convergiam de forma similar os dois tipos de abuso de confiança, igualmente eram simultâneas as críticas formuladas em relação à desconsideração de princípios basilares do direito penal, nomeadamente no que respeita ao respeito da necessidade e da proporcionalidade ou, numa outra dimensão, a diferença entre direito penal primário e direito contra-ordenacional

Ciente da necessidade de elaborar um critério substancial na distinção entre o crime e a contra-ordenação, a Lei n.º 64-A/2008 veio dar nova redacção ao n.º 1 do artigo 105.º, criando um novo elemento do tipo centrado na necessidade de a prestação tributária ter um valor superior a € 7500.

O critério do valor transformou-se, assim, no eixo diferenciador entre o tipo contra-ordenacional e o tipo criminal. Na esteira de Figueiredo Dias⁽⁸⁾, o legislador assumiu que o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal, tendo, todavia, que acrescer a tal noção, ainda, um qualquer outro critério que torne a criminalização legítima. Este critério adicional é — como, de resto, uma vez mais directamente se conclui do artigo 18.º, n.º 2, da CRP — o da necessidade (carência) de tutela penal. A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção, o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária.

Aliás, a limitação da intervenção penal acabada de referir (mesmo independentemente do mandamento exposto contido no artigo 18.º, n.º 2, da CRP) derivaria sempre do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo, que, como é sabido, faz parte dos princípios inerentes ao Estado de direito.

Traçadas as razões da alteração do estatuto normativo do facto constata-se que, face à mesma, passámos a ter um tipo de crime de abuso de confiança fiscal em que a não entrega só é punida como contra-ordenação quando por período inferior a 90 dias e inferior ao valor de € 7500.

Porém, e pela primeira vez — no entendimento da orientação que aqui fez vencimento —, o legislador fuge à construção simétrica dos dois tipos de crime tributários (abuso de confiança fiscal e abuso de confiança à segurança social), pois que, não obstante a alteração que opera no artigo 105.º do RGIT (crime de abuso fiscal), mantém a mesma redacção do tipo de crime de abuso de confiança à segurança social, constante do artigo 107.º do RGIT, em que remete única e simplesmente para as penas do artigo 105.º (abuso de confiança fiscal) mas esquecendo que tinha introduzido neste artigo um novo elemento do tipo (valor superior a € 7500).

Essa alteração é a base da questão que agora é suscitada pois que, com a mesma, o regime dos dois tipos legais de crime, e do respectivo tipo contra-ordenacional, assume uma impressiva divergência, ou seja, e por contraposição ao citado regime relativo à não entrega da prestação tributária, o regime de prestação à segurança social implica sempre a existência de crime por menor, ou maior, que seja o seu valor.

Na interpretação literal, e defendida pela jurisprudência ora fixada, fuge-se ao paralelismo existente até então.

Assim, a questão que se suscita é da razão pela qual o legislador viola agora, com a Lei n.º 64-A/2008, a regra da simetria entre os dois tipos legais que sempre norteou a respectiva evolução legislativa. Qual o motivo pelo qual a alteração do artigo 105.º do RGIT — valor superior a € 7500 — não teve uma correspondente alteração na construção ou remissão do artigo 107.º do mesmo diploma, ou seja, no crime de abuso de confiança fiscal?

De forma decisiva, avançam alguns arestos com a explicação da diversidade do bem jurídico protegido nos dois tipos de crime. Pressuposto com o qual não podemos concordar, pois que, como adiante se verá, temos que, em última análise, o bem jurídico é uno e singular. Mas, ainda que assim não fosse, subsiste a perplexidade perante um legislador que sempre construiu os dois tipos legais de forma simétrica e, na manhã do dia 31 de Dezembro de 2008 (data da Lei n.º 64-A/2008), acordou desperto para o facto de os bens jurídicos protegidos serem qualitativamente diferentes, merecendo a segurança social uma protecção penal acrescida, nem que à custa do princípio da necessidade penal.

A perplexidade aumenta quando verificamos que, em sede de crimes contra a segurança social, a *fraude contra segurança social*, prevista no artigo 106.º do RGIT, com um recorte de ilicitude muito mais pronunciado que o crime de abuso de confiança à segurança social, apenas é punido como ilícito penal quando o valor for superior a € 7500.

Na verdade, são insondáveis os pretensos desígnios do legislador quando, perante uma entidade empregadora que, com o uso de um artifício fraudulento, e com intenção de obtenção da correspondente vantagem patrimonial ilegítima, concretiza a ocultação e subsequente não entrega à segurança social de uma prestação de € 7500, pune tal conduta como contra-ordenação — chegando, por igual forma, ao extremo de considerar como contra-ordenação a falsificação, viciação ou alteração de documentos fiscalmente relevantes no artigo 118.º do RGIT — e sanciona como crime a não entrega à segurança social de uma quantia mínima, atribuindo a esta uma superior dignidade penal.

Será que tal diversidade de tratamento teve origem numa alteração profunda e pensada de um legislador atento às grandes questões relacionada com o funcionamento e financiamento do Estado de direito e social, tal como o entende a presente decisão, ou será que lidamos com desatenções de um processo legislativo com graves fracturas a nível da qualidade?

Estamos em crer que a violação de simetria entre os dois tipos legais, que deveria operar pela inscrição da sequente alteração na estrutura do artigo 107.º do RGIT, apenas é explicitável em função da negligência do legislador, sendo que esta se mostra, aliás, bem patente, quando, numa questão crucial como o é a da necessidade penal, remete para uma norma — artigo 105.º, n.º 6 — que expressamente revogou.

Significa o exposto que a decisão de uniformização jurisprudencial de que ora se discorda assume como ponto de partida algo que efectivamente não existe, ou seja, uma vontade livre e esclarecida do legislador no sentido de criar uma divergência entre os dois tipos legais.

O que se acha suficiente para pôr irremediavelmente em crise toda a construção argumentativa concretizada na jurisprudência que ora se fixa atentos os fundamentos da orientação que fez vencimento.

II — Da convergência dos tipos legais

A decisão de que se discorda arranca das especificidades decorrentes do sistema de segurança social para sublinhar o diferente patamar em que se encontram os interesses próprios da segurança social em relação aos restantes interesses em que convergem os interesses inscritos no erário público e, por essa via, negar a possibilidade de serem transplantados elementos relativos a um dos tipos legais.

O argumento central centra-se assim na diferente matriz das contribuições à segurança social, chamando-se à colação *a dimensão social; a teleologia da defesa da sustentabilidade da segurança social; o argumento histórico da situação da crise social que implica a necessidade da crescente disponibilidade de fundos incompatível com um tratamento benéfico dos infractores*, etc.

Uma primeira ideia que importa precisar no que concerne é a de que não se inscreve no elenco de lógica interpretativa da norma jurídica a visão que se centra em torno da agenda das ideologias e que se dedica «ao que devia ser» em lugar de se centrar naquilo «que é», ou seja, a própria lei.

Ultrapassado esse primeiro momento, importa assinalar que, como se referiu, a configuração constitucional do direito à segurança social assinala uma realidade que integra o núcleo essencial do moderno Estado de direito e social. Igualmente se assume a natureza bilateral de tal direito com a existência de um dever em relação à segurança social.

Porém, tal especificidade não impede Casalta Nabais de reconduzir a contribuição para a segurança social à sua matriz fiscal. Como refere não podemos deixar de convocar a ideia de considerar impostos as contribuições para a segurança social. Efectivamente, a generalidade da nossa doutrina considera, ao menos para efeitos jurídico-constitucionais, as contribuições para a segurança social como impostos. O que ocorre também com a prática dos organismos internacionais, com particular destaque para a OCDE, os quais operam, para efeitos de comparação internacional, com um conceito de fiscalidade que integra as contribuições para a segurança social.

Assim, se é certo que se assinalam especificidades próprias no domínio dos créditos à segurança social, igualmente se mostra inequívoco que as mesmas se inscrevem sob o mesmo tecto que os demais impostos. *Como refere Casalta Nabais (9), o fundamento constitucional do dever de contribuir para a segurança social é o mesmo fundamento dos impostos em geral, isto é dos demais impostos. Por isso mesmo e igualmente por esta via, encontramos um suporte constitucional implícito para o dever de contribuir para o sistema público de segurança social (10) (11).*

Um mesmo fundamento e, numa visão panóptica, um mesmo bem a proteger.

Na senda de Quintero Olivares, sublinha-se uma configuração do bem jurídico articulada sobre a protecção do erário público: trata-se afinal de um objectivo jurídico com uma componente patrimonial definida sob a perspectiva dos interesses comunitários e que permite estabelecer uma plena autonomia em relação à tutela que concede o Código Penal à protecção do património privado. A norma em causa — crime de abuso de confiança em relação à segurança social — tutela assim interesses supra-individuais de natureza colectiva que se acolhem sob a ideia de património da fazenda pública. Esta configuração não obsta a que através da protecção do referido bem jurídico se alcance a tutela indirecta ou reflexa de outros bens jurídicos mais ou menos difusos (situados numa relação valorativa-sequencial, tais

como as funções dos impostos ou do património público no Estado Social e democrático de direito) (12).

Aliás, certamente é essa a constatação que leva o Relatório supracitado, oriundo da entidade tutora dos interesses que a decisão de uniformização pretende defender, a consagrar o paralelismo dos tipos legais.

Importa assim encontrar o denominador comum, ou de convergência, entre os dois tipos legais. Tal pressupõe uma prévia indagação sobre a putativa existência de um valor comum que se sobreponha à especificidade de cada um dos tipos legais.

Sabemos já que as infracções tributárias em especial previstas na parte III do RGIT englobam (de acordo, aliás, com o artigo 2.º do RGIT) os «crimes tributários» (título I) e as «contra-ordenações tributárias» (título II). É sob o tecto comum categorial dos «crimes tributários» (o referido título I da parte III do RGIT) que, a nível sistemático, se «arrumam» os «crimes tributários comuns» (capítulo I), os «crimes aduaneiros» (capítulo II), os «crimes fiscais» (capítulo III) e os «crimes contra a segurança social» (capítulo IV).

Numa perspectiva sistémica, podemos afirmar que todos aqueles tipos legais que se encontram integrados nos diversos capítulos do título I da parte III do RGIT se acham, para além das suas especificidades, englobados na mesma categoria genérica dos designados «crimes tributários». Ilícitos que foram assim construídos pelo legislador para defesa do bem jurídico comum a todos eles, a saber: «os interesses tributários do Estado».

Na verdade, tais interesses englobam de forma primacial a protecção do «património público tributário», o mesmo é dizer, do «erário público». Como se refere em decisão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Maio de 2009 (13) é o bem jurídico comum, com a sua natureza pluridimensional, que subordina a tutela típica global subjacente aos «crimes tributários», apesar das particularidades que caracterizam cada espécie de crimes previstos nos diferentes capítulos do título I da parte III do RGIT (14). Aliás, tal contraposição de tipos legais é desde logo evidente nos dois crimes de abuso de confiança — fiscal e à segurança social — que evidenciam uma equiparação dos correspondentes elementos na sua quase totalidade.

Nestes termos, só uma visão distorcida e parcial das finalidades a que se propõe o Estado social pode escamotear o facto de que a segurança social é um dos segmentos fundamentais em que se constrói o mesmo Estado mas, também, que, igualmente no mesmo plano, se situam outras finalidades por igual forma merecedoras da denominação de seus pilares fundamentais.

Assim, se é certo que, ao criminalizar o desvio da prestação devida à segurança social, o legislador pretendeu proteger os «interesses patrimoniais da segurança social» igualmente é evidente que o respectivo orçamento depende do financiamento proveniente das contribuições das entidades empregadoras. Aliás, o orçamento da segurança social faz parte integrante do Orçamento do Estado (artigo 105.º da CRP e artigo 93.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro) e, como tal, na falta natural de «receitas» que cubram a totalidade das «despesas», carecerá de ser o «Estado fiscal» a subsidiar e a financiar o «Estado social».

Partimos, assim, do pressuposto inarredável de que o Estado social e as suas conquistas no bem-estar da sociedade só são possíveis pelo financiamento proporcionado pelo Estado fiscal ou, como refere Cecília Xavier, «o actual Estado social, de facto, configura-se como um Estado

fiscal, significando que as suas necessidades financeiras são essencialmente cobertas pela receita oriunda dos impostos. Esta é, aliás, a nota predominante dos estados sociais de direito».

Em última análise o erário público é a única fonte que financia as diversas actividades do Estado seja qual for a modalidade e o título pelo qual tiver sido recebido no património público. É uma questão de distribuição de receitas de acordo com as tarefas que o mesmo Estado se propõe e as condutas tipificadas sob a epígrafe de crimes tributários colocam sempre em causa o mesmo património ou erário.

Podemos, assim, afirmar que os crimes de abuso de confiança previsto no artigo 105.º do RGIT e de abuso de confiança contra a segurança social previsto no artigo 107.º do mesmo diploma legal protegem um mesmo bem comum, tutelando globalmente os «interesses tributários» do Estado fiscal social, ou seja, o dito «erário público».

Na verdade, é manifesto que o bem jurídico tutelado é, em ambos os casos, idêntico e unitário. Os dois tipos incriminatórios figuram — em toda a linha e enquanto integrantes do título I da parte III do referido Regime Geral — como crimes tributários construídos por referência à tutela exclusiva do erário público, garantindo o património e a propriedade por si titulada contra as ofensas dos contribuintes sobre os valores na detenção destes e que estão legalmente obrigados a entregar.

Com o que tal bem jurídico — entendido como «expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso» cuja incriminação deriva da própria constelação de valores objecto de tutela constitucional⁽¹⁵⁾ — emana uniformemente do disposto no artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa. É, pois, à luz de tal arquétipo que Manuel da Costa Andrade, e Susana Aires de Sousa centram a tutela erigida nos artigos 105.º e 107.º do RGIT indistintamente no património público tributário a deduzir-se do «peso do desvalor associado à violação dos deveres tributários, como referente axiológico e ético de legitimação do crime de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social»⁽¹⁶⁾.

Assim, estando invariavelmente em causa a tutela de bem jurídico uno, idêntico deverá ser também o raciocínio e a aferição da correspondente danosidade social. Isto com o necessário condicionamento, em ambos os tipos incriminatórios, às mesmas exigências de resultado enquanto elementos integrantes da definição da conduta criminosa.

É evidente que a identidade de bem jurídico não preclui a faculdade titulada pelo legislador ordinário de recortar, num juízo de fragmentariedade de 2.º grau, particulares manifestações de ilicitude social para, em tipos incriminatórios distintos e autónomos, acautelar o seu sancionamento. Não nos parece, todavia, ter sido esse o propósito originário do feitor da lei quando decidiu acautelar de forma específica, já no artigo 27.º-B do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras, o abuso de confiança à segurança social. Na verdade, esta terá derivado, nas palavras de Isabel Marques da Silva, da circunstância de estarmos em face de um crime específico próprio das entidades empregadoras a exigir, nesse sentido, uma qualidade peculiar do agente e do facto de a própria prestação em apreço ter uma natureza parafiscal e, nessa medida, se compadecer mal com o rigor do conceito de

prestação tributária acolhido no texto do abuso de confiança fiscal matricial⁽¹⁷⁾.

Não foram considerações de maior solenidade, importância ou dignidade que motivaram a autonomização do crime daquele primeiro crime, mas antes, e tão-somente, exigências próprias correlacionadas com a necessidade de rigor jurídico-penal. Efectivamente, não esqueçamos uma vez mais que parte substancial das receitas derivadas dos impostos são directamente adstritas à segurança social, a qual não logra a efectivação das prestações sociais que lhe incumbem apenas com as contribuições que a lei lhe adscribe.

Conclui-se, assim, que, em primeira linha, os artigos 105.º e 107.º do RGIT visam a protecção do mesmo bem jurídico — o erário público — a que se agregam valores de verdade e lealdade por parte do cidadão contribuinte⁽¹⁸⁾.

III — Da interpretação das normas em confronto

a) Chegamos, assim, à questão fundamental que se reconduz à interpretação dos tipos legais previstos nos artigos 105.º e 107.º do RGIT, ou seja, e em termos mais prosaicos, saber se o elemento do tipo excludente da dignidade penal, a que alude o n.º 1 do primeiro artigo, é aplicável ao crime de abuso de confiança à segurança social.

A questão é, assim, tão-somente a de saber se a letra do artigo 107.º do RGIT permite uma leitura que integre o elemento do tipo relativo ao montante, constante do n.º 1 artigo 105.º do mesmo diploma, na sua estrutura normativa. Com o que três opções se colocavam inicialmente na decorrência do cotejo a estabelecer entre os dois preceitos num esforço de indagação da motivação da actuação do legislador:

i) Ou este, ao introduzir o referencial de € 7500 no n.º 1 do artigo 105.º do RGIT, pretendeu, por igual forma e com carácter implícito, introduzir tal limiar no tipo incriminatório do artigo 107.º do mesmo diploma legal;

ii) Ou este concretizou tal mutação no tipo matricial do abuso de confiança fiscal sem operar, deliberadamente e tendo sempre presente a existência de tipo incriminatório paralelo por referência à segurança social, igual metamorfose neste último abuso de confiança em virtude de considerar que as prestações a esta entidade se acham envoltas numa maior dignidade e relevo social. Com o que a ausência de remissão do artigo 107.º do RGIT para os elementos típicos do n.º 1 do artigo 105.º do mesmo diploma se traduzirá em opção expressa e ponderada do feitor da lei;

iii) Ou este, ao concretizar a radical mudança incidente sobre o n.º 1 do artigo 105.º do RGIT — o qual sempre figurou como objecto de trabalho e experimentação por excelência no domínio da criminalidade tributária —, se esqueceu, pura e simplesmente, que os artigos subsequentes continham norma em tudo similar. Termos em que a ausência de actuação legislativa sobre o artigo 107.º do RGIT derivaria tão-somente [...] de uma pura omissão ou inabilidade legislativa.

Do que já vai exposto, resulta claro que, em nosso entendimento, a discrepância entre os textos legais deriva de uma clara inépcia legislativa de um feitor da lei que — a reparar na existência do artigo 107.º do RGIT — teria operado uma paralela remissão no crime de abuso de confiança

à segurança social para o referencial do valor de € 7500 como limiar mínimo de tipicidade.

Mas mesmo que o intérprete considere que não tal conclusão não se mostra passível de ser inequivocamente retirada das alterações legislativas concretizadas, temos que a transposição da mesma grandeza para o artigo 107.º do RGIT se continua a impor em função da interpretação das normas em confronto. Senão vejamos ...

O elemento base de toda a interpretação, o ponto de partida e o limite da interpretação é a letra, o texto da norma. Como adverte Engisch: «além do teor verbal hão-de ser considerados — a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos — ou seja, a interpretação lógico-sistemática, assim como a situação que se verifica anteriormente à lei e toda a evolução histórica, bem assim como a génese do preceito — que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o fim particular da lei ou do preceito em singular, ou seja, a interpretação teleológica»⁽¹⁹⁾.

Lançando mão da interpretação teleológica, procuramos divisar a vontade do legislador, ou seja, o fim visado por aquele legislador naquele momento histórico ao formular aquela norma.

Assim, e em primeiro lugar:

A norma do artigo 107.º do RGIT (abuso de confiança à segurança social) opera uma remissão para as penas do artigo 105.º (abuso de confiança fiscal). Porém, as penas estabelecidas neste último normativo estão directamente relacionadas com patamares valorativos que dão a expressão de uma maior ou menor densidade da ilicitude. Existe uma relação entre a pena e o valor inscrito na infracção que não pode deixar de ser tomado em atenção pois que, de outra forma, perde-se o referencial de dignidade penal da própria conduta.

Se, na lógica da norma para a qual se remete — para o artigo 105.º do RGIT — a pena varia de acordo com o valor da não entrega, se é essa a razão da relação que está presente na punição, como pode esquecer-se o facto de a punição com pena de prisão até 3 anos, ou multa até 360 dias, apenas surgir em relação às não entregas superiores a € 7500? Como pode escamotear-se a circunstância de a pena agravada no n.º 5.º do artigo 105.º, para a qual remete novamente o artigo 107.º, ter como pressuposto uma não entrega superior a € 50 000?. Como pode olvidar-se o facto de o n.º 6 do artigo 105.º, para o qual também remete o mesmo artigo 107.º, equacionar um critério de valor, nomeadamente uma não entrega de valor inferior a € 2000 (aliás, a aplicação desta última norma suscitará sempre a questão da ressurreição de uma norma revogada)?

A pena surge aqui numa lógica de proporcionalidade com o correlativo valor em causa, o qual, densificando o critério da ilicitude, traça não só o limite da própria carência de tutela penal — ou seja, o princípio da dignidade criminal a interceder entre crime e contra-ordenação — mas também da própria densidade e peso da moldura penal.

Porém, não obstante a validade do argumento exposto e o seu valioso contributo para uma interpretação extensiva do artigo 105.º do RGIT, pensamos que é num outro plano que tal aplicação se deve fundar, ou seja, entendemos estar perante uma autêntica lacuna a exigir um confronto entre os dois normativos por forma a aferir da pertinência da transposição do limiar pecuniário de € 7500 ao abuso de confiança à segurança social.

Na verdade, e a concluir-se neste último sentido, será de afirmar a existência de uma lacuna resultante da desigual-

dade de tratamento — a qual é imposta pelo paralelismo dos respectivos tipos a nível do bem jurídico tutelado e do paralelismo na evolução histórica e tratamento — e a exigir uma subsequente integração analógica.

b) O terreno da analogia, como de outros meios de integração do direito penal, encontra-se a um nível distinto da interpretação.

Na verdade, e como refere Figueiredo Dias⁽²⁰⁾, cumpre assinalar que o princípio da legalidade não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduza em fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. Sob pena, de outra forma — isto é, se abrangesse também a matéria da exclusão ou da atenuação da responsabilidade —, de o princípio passar a funcionar contra a sua teleologia e a sua própria razão de ser: a protecção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face à possibilidade de arbítrio e de excesso do poder estatal.

Face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade, a proibição da analogia vale relativamente a todos os elementos, e qualquer que seja a natureza, que sirvam para fundamentar a responsabilidade, ou para agravar. Com o que a proibição vale pois *contra reum*, ou *in mala partem*, e não *favore reum* ou *in bonam partem*.

Salienta Faria Costa que «para interpretarmos o sentido da proibição de analogia em direito penal — que encontra formulação em norma expressa — temos de saber fazê-lo com recurso à intertextualidade e à contextualidade. Queremos com isto significar que esta proibição não pode ser compreendida de forma linear ou absoluta. Pois que a absolutização da proibição conduz, aqui, a uma contradição com os alicerces do próprio direito penal. Assim se revela a força da intertextualidade e da contextualidade. Com efeito, o que a norma de proibição pretende é impedir que a interpretação da norma incriminadora possa ser feita com um tal sentido que se manifeste contra o agente. Retomando ao texto — ou, de outro modo, à palavra — da lei, verificamos que ali se refere que o recurso à analogia ‘não é permitido’ nos casos em que tal recurso determine a atribuição, agravamento ou punição da responsabilidade criminal do agente. O que aparenta indiciar uma permissão do recurso à analogia nas situações em que esta actue a favor do agente ou *in bonam partem*.

Todavia, não se pode deixar de sublinhar é o carácter excepcional ou de desvio que uma tal forma de aplicar (interpretar) o direito penal implica. Vale por afirmar: a defesa do princípio da legalidade — aqui inteiramente assumido como ideia em que o comando incriminador só tem sentido se tiver formalmente o desenho normativo de lei certa, precisa e anterior — só deve então valer para a norma incriminadora e já não para a norma excludente. Para além disso, ainda dentro desta linha de privilegiamento da liberdade e de valores humanitários, toda a interpretação — logo também para a norma incriminadora — deve operar-se restritivamente. Tal só poderá verificar-se quando houver dúvida séria e firme sobre o sentido jurídico da norma, porque, de outra maneira, a interpretação ‘doce’ mais não seria do que uma porta aberta a uma intolerável inversão dos mais lúdicos princípios do Estado de direito democrático»⁽²¹⁾.

No que concerne às lacunas, refere Montiel Fernandez⁽²²⁾ que as mesmas devem ser diferenciadas entre normativas e axiológicas. Quando, ao analisar-se a conexão das normas, se constata que um caso genérico não se encontra relacionado com uma solução jurídica estamos em face de

uma lacuna normativa. E, normalmente, as reflexões sobre o conceito de lacunas que se equacionam no domínio da analogia vinculam-se a esta classe concreta.

O que importa salientar nas lacunas normativas é que o sistema não prevê qualquer tipo de solução para o caso. Não se trata da existência de uma regulação axiologicamente insatisfatória ou injusta mas o facto de o sistema não conter nenhuma norma jurídica que correlacione o caso genérico em questão com uma solução ou consequência jurídica. Dito por outra forma, estamos perante um caso de incompletude do sistema normativo.

Num outro plano, quando se trate da discordância entre os pressupostos que o legislador considerou relevantes para o sistema (tese da relevância) e os pressupostos que o intérprete entende que deveriam ter sido considerados relevantes por aquele (hipótese de relevância) encontramos perante uma lacuna axiológica. No sistema jurídico encontramos normas jurídicas que relacionam casos genéricos com soluções, mas os pressupostos de tais casos não são todos os que o legislador reconheceu. Este legislador distinguiu menos do que deveria distinguir. Nesta hipótese, o intérprete entende que se o legislador tivesse considerado outros pressupostos teria encontrado outra solução jurídica.

Importa, assim, distinguir que, diferentemente do que acontece com as lacunas normativas, nas lacunas axiológicas o caso genérico encontra-se solucionado pelo sistema. Tal solução acha-se, porém, inadequada axiologicamente. Para além da discordância em relação à valoração do julgador, acha-se evidente que a relevância axiológica pressupõe uma discordância entre os elementos que o legislador considerou relevantes para determinar uma certa solução jurídica e as que, na opinião do julgador, deveriam ter sido.

O conjunto dos pressupostos que são relevantes para o sistema normativo seriam designados *tese de relevância* do sistema enquanto que as propriedades que, segundo a visão do intérprete, deveriam ser relevantes para o mesmo sistema assumiriam a forma de *hipótese de relevância*. Existe uma discordância entre os elementos que foram considerados relevantes pelo sistema normativo e aqueles que deveriam ter sido.

Importa aqui sublinhar que, como se referiu, o conceito de lacuna axiológica está reservado às hipóteses de desacordo entre a tese da relevância e a hipótese de relevância, isto é, desacordo entre as propriedades tomadas em conta pelo legislador como relevantes e as que deveriam ter sido segundo a opinião do intérprete. Por seu turno o desacordo valorativo, irrelevante em termos de aplicação da lei, exprime-se pelo desacordo na solução jurídica que se reflecte na lei. A importância de tal distinção é essencial uma vez que o conceito de lacuna axiológica não pode ser o subterfúgio empregue pelo juiz para subverter a lei e a vontade do legislador.

Da mesma maneira que não existem aproximações perfeitamente evidentes na identificação dos diversos problemas que afectam a classes das lacunas, tão pouco se encontra conceptualmente adquirida a forma da sua identificação. De qualquer forma, o que parece evidente é que não pode propor-se um único método de identificação de lacunas legais uma vez que estas oferecem estruturas claramente divergentes que determinam, necessariamente, uma forma diversa de identificação.

Importa, porém, salientar que as posições teóricas dominantes na doutrina consideram que toda a identificação

de lacunas origina exclusivamente um problema valorativo⁽²³⁾. Tal significa que a existência de lacunas está condicionada às valorações do intérprete e não a algo externo que aquele se limitaria a constatar. E se tal é válido em relação às lacunas axiológicas a doutrina maioritária também crê que se coloca um problema similar no reconhecimento das lacunas normativas.

Segundo esta tese, que se pode considerar dominante, seria a vontade do juiz a considerar a existência de uma norma geral inclusiva ou a considerar uma interpretação favorável a uma norma geral exclusiva em relação ao problema da incompletude do sistema. Neste último caso estaríamos perante uma lacuna normativa que deveria ser colmatada mediante o recurso à analogia.

Aplicando o exposto ao caso vertente temos por adquirido que a análise comparativa dos tipos legais em apreço implica a conclusão de que a sincronia, ou sintonia, entre os mesmos tem subjacente uma convergência do bem jurídico tutelado que se situa num plano superior e para além das especificidade de natureza secundária e fragmentária.

Tal convergência cria uma situação de perfeita paridade, e de exigência em termos de dignidade penal — ou seja, de relevância axiológico-normativa — que implica a conclusão de que a desigualdade de tratamento legal não é fruto de uma opção legislativa, mas sim o resultado de uma menor atenção, ou cuidado, por parte do legislador. Tal conclusão é, aliás, reforçada pela circunstância de o legislador proceder à remissão para normas que agora considera revogadas — n.º 1 do artigo 107.º para n.º 6 do artigo 105.º⁽²⁴⁾ — o que implica uma ideia da sua desatenção ou falta de coerência. Diga-se, aliás, que, a seguir-se o ideário da inaplicabilidade do limiar pecuniário ao tipo incriminatório previsto no artigo 107.º do aludido diploma, se mostraria paradoxal que o legislador admitisse um mitigação punitiva do abuso de confiança fiscal para, simultaneamente e à luz da citada supressão do n.º 6 do artigo 105.º, amplificar a criminalização do abuso de confiança à segurança social derivada da ab-rogação da anterior condição ali contemplada.

Existe, assim, uma lacuna de natureza axiológica⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾ que deverá ser resolvida aplicando ao crime de abuso de confiança à segurança social o elemento do tipo do crime de abuso de confiança fiscal constante do artigo 105.º, n.º 1, do RGIT o que exclui a sua integração típica quando a prestação tributária não for superior a € 7500. *Analogia axiológica in bonam partem, que não viola o princípio da legalidade, e que deverá subsistir enquanto o legislador não se pronunciar, de forma isenta de qualquer dúvida, em sentido diferente*⁽²⁷⁾.

Resumidas por esta forma as razões da nossa discordância fica por abordar o argumento *ad terrorem* esgrimido como razão última contra a aplicação analógica do referido elemento do tipo, ou seja, a circunstância de, com tal entendimento, se estar a amnistiar, por despenalização, infracções graves contra a segurança social.

Pensamos que tal raciocínio subverte os termos nos quais a questão deve ser colocada. Na verdade, a primeira obrigação do juiz é decidir segundo a lei tendo em atenção garantias fundamentais que resultam da própria Constituição.

Se, após o cumprimento correcto da sua tarefa de julgar, a conclusão a que chega não estiver de acordo com os pré-conceitos formados sobre a matéria ou mesmo se o resultado de tal labor apontar para um conclusão discordante do que alguns entendem serem os sinais dos

tempos, é uma questão que o transcende e pertencente a um outro fórum.

Se, em relação ao tema em concreto nos presentes autos, a interpretação que se defende conduz a uma despenalização tal é responsabilidade que impende unicamente sobre quem — tendo a obrigação de, em tempo, implementar as necessárias alterações legais — não o fez. O que não pode é transformar-se as consequências do resultado do menor cuidado legislativo em critério de interpretação da lei.

(¹) Fl. 22 — «A leitura do n.º 1 artigo 107.º do RGIT mostra-nos, à partida, um tipo legal de crime de abuso de confiança contra a segurança social, completo, que não levanta dificuldades de monta.»

Fl. 27 — «O que nos parece de realçar é que, perante uma previsão típica que na sua literalidade deixou de conter qualquer ambiguidade, só argumentos muito fortes de ordem lógica é que nos permitirão ver na letra da lei o que de todo lá não está escrito.»

Fl. 41 — «É pacífico, portanto, que o legislador quis aqui ser mais severo estando em causa a segurança social.»

(²) Fl. 38 — «De 2008 para cá, com a eclosão da crise económica e financeira mundial, as dificuldades na manutenção de um Estado social de bem-estar, com o recorte ocidental, não pararam de crescer.

E se a conjuntura está impregnada desta realidade negra, não é fácil atribuir ao legislador uma intencionalidade facilitista, para o empregador relapso (na medida em que se descriminalize), a qual só pode redundar em decréscimo imediato de proventos para a dita segurança social [...] Intencionalidade que, para além do mais, a existir, nos estaria a criar os presentes problemas hermenêuticos, porque o legislador a tinha deixado de expressar, em concreto no artigo 107.º do RGIT, devido a um surpreendente ‘esquecimento’.»

Fl. 46 — «De qualquer modo, a relevância que a eleição do bem jurídico possa ter, no que nos interessa, para efeitos interpretativos, e centrados na teleologia da norma, dependerá da resposta que se der sobre o melhor modo de se protegerem as receitas da segurança social.»

(³) Fl. 42 — «uma protecção com que, a este nível, estando em causa o crime de fraude, o legislador achou que devia privilegiar a segurança social.»

Fl. 44 — «O legislador terá portanto colhido, na comunidade, convicções sociais e uma ética social próprias de um certo tipo de Estado providência.»

(⁴) Coordenação geral: António Carlos dos Santos, António M. Ferreira Martins, coordenação dos subgrupos: João Amaral Tomaz, Rui Morais, Sidónio Pardal, António Nunes dos Reis, Rogério M. Fernandes Ferreira, in http://www.portugal.gov.pt/pt/Documents/Governo/MF/Rel_Comp_Efic_Justic_Fiscal.pdf. Figuram entre os subscritores dois antigos Secretários de Estado dos Assuntos Fiscais.

(⁵) No mesmo sentido se pronuncia a juiz conselheira no Supremo Tribunal Administrativo Isabel Marques da Silva (RGIT, p. 219, n. 635) referindo que «Julgamos que embora as referidas alterações legais tenham sido efectuadas exclusivamente no tipo legal de abuso de confiança fiscal (artigo 105.º do RGIT) são reflexamente aplicáveis ao crime de abuso à segurança social (artigo 107.º do RGIT) porque este é, em larga medida, remissivo para aquele e, ainda, porque assim o parece indicar a lógica do sistema. Esta não é porém uma posição pacífica e parece ser minoritária na jurisprudência como se depreende do Acórdão do STA de 4 de Fevereiro de 2010 (Processo n.º 106/91 IDPRTS-3.ª Secção) que contudo colhe a posição por nós tida como preferível.»

(⁶) Neste sentido, e em sede de discussão sobre o mesmo tema foi produzida argumentação, que mereceu a nossa concordância, referindo que: «Claro que se o mesmo comportamento constituir crime e contra-ordenação o agente é punido a título de crime. Só que, partindo do princípio de que o legislador sabe o que está no RGIT, e até que a jurisprudência está dividida quanto ao assunto que nos ocupa, só pode ter criado agora, e sublinho agora, a contra-ordenação do artigo 42.º (com uma previsão que se não distingue do crime), no pressuposto de que ela iria ter aplicação, alguma vez. Não podemos aceitar que o legislador tenha querido criar uma disposição absolutamente inútil.

E também não faria muito sentido que sabendo nós isto, fossemos dar um sentido ao artigo 107.º, n.º 2, do RGIT, contrário ao do parecer, agora, ‘para salvar as dívidas à segurança social anteriores a 1 de Janeiro de 2010’, e daqui a algum tempo tivéssemos que mudar de entendimento, chamando à colação o aparecimento do artigo 42.º em referência.

Ora, para se evitar este tipo de impasses, acho que se deve defender que a previsão da punição crime fica reservada para situações com o mínimo de diferença, em relação à punição por contra-ordenação, o que terá que advir da diferença de gravidade das condutas. Coerentemente, aliás, com o que se passa com o crime de abuso de confiança fiscal.»

(⁷) O que se pode divisar em outras situações e, entre as quais, se acha exemplo paradigmático a incriminação da condução sob efeito de álcool

apenas a partir de um dado limiar mínimo com o paralelo sancionamento contra-ordenacional das TAS inferiores.

(⁸) *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pp. 50 e segs.

(⁹) *Ob. cit.*, p. 190.

(¹⁰) Como refere Nazaré da Costa Cabral — *ob. cit.*, p. 98 —, na sequência e por imposição do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e da necessidade, nele reafirmada, do cumprimento, por parte dos Estados membros da União Europeia, do critério de convergência nominal atinente às finanças públicas — designadamente, a proibição de défices excessivos —, foi entre nós aprovada a conhecida Lei da Estabilidade Orçamental (Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto). Esta, além de ter, em termos sistemáticos e formais, aditado um novo título à Lei de Enquadramento Orçamental — o título v —, introduziu no nosso direito orçamental interno alguns importantes princípios, orientados todos para a concretização da estabilidade/equilíbrio orçamental, para que tão imperiosamente aponta o PEC. São eles, de um lado, o princípio da transparência orçamental e, de outro, o da solidariedade recíproca (artigo 84.º). E também eles relevantes quer no plano da elaboração quer no da execução do OSS.

No que respeita ao cumprimento do primeiro dos princípios, além do dever de informação geral a que o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (enquanto serviço responsável pela execução do OSS) se encontrava já obrigado perante o Ministério das Finanças, nos termos do então artigo 65.º da LE054, prevê-se agora, com a Lei da Estabilidade Orçamental, ainda a possibilidade de o Ministro das Finanças exigir a todos os organismos que integram o SPA (e, por conseguinte, também o sistema de segurança social) informações.

O princípio da solidariedade recíproca impõe, por sua vez, que todos os subsectores do SPA, através dos seus organismos, contribuam para a realização do princípio da estabilidade orçamental, de modo a evitar situações de desigualdade. Cabe, pois, não apenas ao Estado manter a sua solidariedade para com o sistema de segurança social, nos termos aliás definidos pela LBSSS — nomeadamente através das transferências que para ele concretiza no quadro das formas de financiamento previstas nos artigos 110.º e 112.º —, mas também, compete ao próprio sistema de segurança social cumprir as suas obrigações em matéria de prossecução do equilíbrio orçamental, dando assim o seu contributo para o saneamento das finanças públicas portuguesas, desde logo «aos olhos» das instâncias comunitárias. Esta exigência de estabilidade orçamental e de solidariedade recíproca pode, no limite, determinar que o montante das transferências do OE para os diferentes subsectores institucionais seja feito em montantes inferiores àqueles que resultariam das leis financeiras aplicáveis a cada subsector (assim, n.º 1 do artigo 88.º da Lei da Estabilidade Orçamental).

(¹¹) Sem embargo importa referir a gravidade das questões suscitadas com a dívida pública implícita patentes no orçamento da segurança social. Na verdade, por causa das exigências em torno do cumprimento do critério de convergência nominal respeitante às finanças públicas, que implica para os Estados membros a manutenção do défice orçamental abaixo dos 3% do PIB e da dívida pública abaixo do valor de 16% do PIB, tornou-se usual observar, partindo desta última óptica, «de balanço», de equilíbrio da segurança social, que o valor do endividamento estimado ultrapassa já largamente, na generalidade dos países da União Europeia, o limite fixado para a dívida pública.

Na verdade, na Europa — à semelhança do que sucede também em outros países, como sejam os Estados Unidos —, e em face de problemas comuns nos planos económico e demográfico, cujos efeitos já se começam a fazer sentir, muitos têm sido os que alertam para a verificação, desde já, de um desequilíbrio intertemporal correspondente a uma dívida implícita da segurança social.

O montante da dívida pública expressa é «visualizado» pelo montante do recurso ao crédito pelo Estado, ao contrário do que sucede na dívida pública implícita. Em ambas, porém, as preocupações, que são no limite de ordem teórica e até filosófica, se centram nos efeitos advenientes da especial imposição de ónus ou encargos às gerações vindouras. Ou seja, em ambas, o elemento da temporalidade, atento o seu impacto plurianual ou plurigeracional, é decisivo, pelo que a abordagem não pode desligar-se, em circunstância alguma, da aceitação de princípio (ou não) da solidariedade intergeracional.

(¹²) Comentários a la *Parte Especial del Derecho Penal*, p. 980.

(¹³) Relatora juiz desembargadora Maria do Carmo da Silva Dias.

(¹⁴) Como refere Isabel Marques da Silva — Regime Geral das Infracções Tributárias e as Infracções contra Segurança Social, «o RGIT não confina [...] a tutela penal dos interesses da segurança social aos crimes contidos no capítulo que lhes é dedicado, pois também os crimes contidos no capítulo dos crimes tributários comuns podem ter por objecto a tutela de interesses da segurança social, resultando tal possibilidade tanto do qualificativo de ‘comuns’ que lhes é dado pelo legislador através da sua inserção sistemática, como dos próprios elementos de quatro dos cinco crimes assim qualificados».

(15) Jorge de Figueiredo Dias, in *Direito Penal*, t. 1, Coimbra Editora, 2007, pp. 114 e 119.

(16) Manuel da Costa Andrade e Susana Aires de Sousa, in «As metamorfoses e desventuras de um crime (abuso de confiança fiscal) irrequieto, reflexões críticas a propósito da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17.º, 1.º vol., 2007, p. 71, *apud* Acórdão da Relação do Porto de 27 de Maio de 2009.

(17) Isabel Marques da Silva, in *Regime Geral das Infracções Tributárias*, cadernos do IDEFF, n.º 5, 2.ª ed., Almedina, 2007, p. 187, *apud* Acórdão da Relação do Porto de 27 de Maio de 2009.

(18) Neste sentido parece pronunciar-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2010 (relator juiz conselheiro Souto Moura) quando refere que «À luz dos valores plasmados no diploma fundamental, a protecção do erário público ou do património da segurança social pode ser arvorada em bem jurídico penal? Cremos que sim, nos termos em que o foi.

No contexto de um Estado de direito que a Constituição quis que fosse um Estado social de direito, os crimes em apreço revelam, para além de um *desvalor de resultado*, *cifrado na não entrada nos cofres do Estado dos montantes retidos*, um *desvalor de acção pautado no desvio desses montantes*. O agente podia não reter as prestações que devia canalizar para o Estado, e, não só as reteve, como as afectou dolosamente a outros propósitos.

Por outro lado, à dignidade penal da conduta acresce a necessidade da criminalização, em face da consabida característica cultural lusa, da relutância em pagar impostos, mesmo que concretamente possam e devam ser pagos.»

(19) Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 137.

(20) *Direito Penal*, pp. 187 e segs.

(21) *Noções Fundamentais de Direito Penal*, p. 138.

(22) *Fundamentos y limites de la analogia in bonam partem en el derecho penal*.

(23) Assim Schmidhauser Lehrbuch #5, n, m, 24, p. 100, citado por Montiel Fernandez *Fundamentos y limites de la analogia in bonam partem en el derecho penal*.

(24) Efectivamente, acha-se legalmente documentada a manutenção da remissão operada pelo n.º 2 do artigo 107.º para o disposto no n.º 6 do artigo 105.º do RGIT. Neste sentido, constata-se que o legislador se olvidou de actualizar o texto legal daquele primeiro preceito quando operou, com a Lei n.º 64-A/2008, a revogação do mesmo n.º 6.

(25) Ainda que reconheçamos ser igualmente legítimo qualificar a mesma como lacuna da natureza normativa pois que, para além da incompletude da formatação axiológica (mais evidente na ausência de critério distintivo dos tipos de ilícito penal e contra-ordenacional relativamente à segurança social) acresce a constatação da incorrecção dos pressupostos que informaram o legislador na construção da norma do artigo 105.º do RGIT.

(26) Entendemos não ter relevo para o tema em apreço o apelo ao conceito de lacuna teleológica proposto por Batista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*) e referido no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de Maio de 2004 (relatora juíza desembargadora Isabel Pais Martins).

(27) Como se refere no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Fevereiro de 2010 (relatora juíza desembargadora Fátima Mata Mouros) a propósito de situação análoga «Já uma interpretação *in bonam partem* não sofrerá o rigor deste espartilho (odiosa restringenda) ainda que com isso, é certo, se possa correr o risco de vir a alargar as margens de liberdade do programa político-criminal do legislador. Risco esse porventura potenciado pela circunstância de a comunicação/orientação daquele a respeito dos seus propósitos ser em regra, nos tempos que correm, minimalista e não poucas vezes com sinais contraditórios como já se mencionou.

Não estando em causa a penalização de uma conduta, antes a conclusão interpretativa pela sua despenalização, nenhum problema de dissonância com os princípios constitucionais, designadamente o princípio da legalidade, se suscita.»

José António Henriques dos Santos Cabral.