

Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014^(*)^(**)

Fernando Conde Monteiro

*Professor da Escola de Direito
da Universidade do Minho*

Resumo: O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 171/2014, proferido em plenário, no mês de fevereiro de 2014, considerou o disposto no art. 8.º, n.º 7, do RGIT inconstitucional com força obrigatória geral na parte em que se refere à responsabilidade solidária de administradores e gerentes de uma sociedade que tenham colaborado dolosamente na realização de infracção pelas multas aplicadas à sociedade, por violação do princípio da personalidade presente no n.º 3 do art. 30.º da CRP.

Este artigo analisa detalhadamente a argumentação utilizada pelo Tribunal Constitucional neste acórdão, demonstrando os vários equívocos em que os Digníssimos Juízes caíram, desde a incompreensão do conteúdo normativo do preceito em questão até à totalidade do processo argumentativo que culminou na decisão em causa.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional / Acórdão / Art. 8.º, n.º 7, do RGIT / Art. 8.º, n.º 1, do RGIT / Colaboração dolosa / Participação / Responsabilidade solidária / Gerentes e administradores / Entes colectivos / Sociedades / Princípio da personalidade / Culpa / Transmissibilidade da responsabilidade pelo pagamento de multas ou coimas / Responsabilidade civil / Penas / Coimas / Direito penal / Direito contra-ordenacional

^(*) Texto do acórdão disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140171.html>, acesso em 4/7/2015.

^(**) Por vontade expressa do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

I. Conteúdo essencial da decisão

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014 decidiu, como acima referimos, considerar inconstitucional com força obrigatória geral o disposto no art. 8.º, n.º 7, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), ao estabelecer a regra da solidariedade no pagamento por multas provenientes da prática de infracção criminal tributária a agentes da respectiva infracção, gerentes ou administradores, que agissem em colaboração dolosa com a pessoa colectiva (sociedade). Deste modo, considerou o referido Tribunal, que neste âmbito, por decorrência do princípio da pessoalidade [art. 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP)], nunca poderia ter lugar a transmissibilidade da obrigação de pagamento da multa da pessoa colectiva para o respectivo gerente.

II. A argumentação do Tribunal Constitucional

1. A afirmação fundamental

O Tribunal Constitucional decidiu, antes do mais, que, tratando-se da existência de uma infracção penal na qual se achem em colaboração dolosa dois agentes (a sociedade e o respectivo gerente), não poderia haver qualquer comunicabilidade no que respeita ao pagamento da multa imposta à entidade colectiva para o respectivo agente individual, no caso, o referido gerente. Noutras palavras, não caberia nunca a este o pagamento da multa aplicada à pessoa colectiva, encontrando-se esta, por exemplo, insolvente.

2. A leitura literal do disposto no art. 8.º, n.º 7, do RGIT

O Tribunal Constitucional, ao debruçar-se sobre o teor literal do disposto no art. 8.º, n.º 7, do RGIT, considerou que não apenas se tratava aí do estabelecimento de uma comunicabilidade do conteúdo financeiro das multas (e das coimas) a quem tenha colaborado dolosamente nas respectivas infracções tributárias, mas também do facto de a própria comunicabilidade ter lugar “independentemente da sua responsabilidade pela infracção, quando for o caso”, ou seja, “não era necessário que a conduta daquele que colaborou na infracção seja penal ou contra-ordenacional-

mente punível”, citando-se neste sentido JORGE LOPES DE SOUSA e MANUEL SIMAS SANTOS, in *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, 3.ª ed., pp. 102-103.

Neste sentido, afirmou-se também que “o devedor pode apenas responder solidariamente pela multa ou coima que tenha sido aplicada à pessoa colectiva ou responder solidariamente por essa multa ou coima, em acumulação com a responsabilidade individual que lhe seja imputável em função da sua própria participação na infracção”, e, na linha do Acórdão n.º 297/2013, do mesmo Tribunal, que expressamente se citou, concluiu-se pela “imputação de responsabilidade solidária a administradores e gerentes de uma sociedade que colaboraram dolosamente na prática de infracção tributária pelas multas aplicadas à sociedade em casos em que estes não foram condenados a título pessoal pela prática da mesma infracção tributária.”.

Antes do mais deve-se repudiar vivamente tal interpretação. Se efectivamente o conteúdo literal do preceito em causa podia sugerir tal interpretação (“independentemente da sua responsabilidade”), o certo é que uma visão teleológica e axiológica do mesmo permitia desde logo desmontar tal absurdo. De facto, que sentido teria, por exemplo, excluir da norma em causa o agente que actuasse sem dolo mas com negligência e ao invés incluir na mesma agentes sem culpa (inimputáveis, actantes a coberto de estado de necessidade desculpante, etc.), a pretexto de que, *v. g.*, agiriam com dolo de tipo?

Depois, como conciliar este entendimento com o disposto nos arts. 26.º e 27.º do Código Penal, aplicáveis no direito tributário penal e contra-ordenacional [arts. 3.º, alíneas *a*) e *b*), do RGIT e 8.º do Código Penal], onde, pelo próprio teor literal destas disposições (“É punível”), se exclui a participação não punível (sem dolo)?

Portanto, a colaboração não dolosa (negligente) ou sem culpa (impunível) não podia nunca justificar o regime inerente ao disposto no n.º 7 do art. 8.º do RGIT. A ter lugar, implicaria uma violação grosseira do princípio da pessoalidade das penas (e coimas), previsto no n.º 3 do art. 30.º da CRP, e, assim, da própria culpa e logo colocando em crise o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP).

De resto, tal interpretação seria contraditória com o próprio conteúdo normativo literal do dispositivo em questão, que abria com a expressão “colaborar dolosamente” para depois, afinal de contas, dar o dito por não dito ao afirmar que pouco valeria essa expressão pois ainda que não houvesse culpa (e portanto não tivesse lugar o dolo)⁽¹⁾

⁽¹⁾ Referimo-nos naturalmente ao dolo enquanto expressão da culpa que parece co-natural ao sentido primário em causa.

tudo se passaria na mesma... Melhor seria assim que se excluísse desde logo o dolo deste normativo.

Portanto, neste âmbito, tratava-se de condutas dolosas puníveis necessariamente, sendo que a última parte do n.º 7 do art. 8.º do RGIT apenas se referia ao grau de culpa dos agentes (“independentemente da sua responsabilidade pela infracção, quando for o caso”), afirmando a irrelevância desse aspecto para os efeitos em causa (solidariedade no pagamento das multas e coimas).

3. O argumento de contraste com o art. 8.º, n.º 1, do RGIT

3.1. Aspectos preambulares

Depois do que se deixou dito, o acórdão entra no estudo da questão em análise e tendo como contraponto o disposto no art. 8.º, n.º 1, do RGIT (de resto, já na linha do art. 7.º-A do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras). Disto mesmo iremos ocupar-nos seguidamente.

3.2. O fundamento da responsabilidade dita civil inerente ao art. 8.º, n.º 1, do RGIT

3.2.1. Afirmação de princípio

Para o Tribunal Constitucional, “a responsabilidade dos gerentes ou administradores prevista naquelas disposições [arts. 8.º, n.º 1, do RGIT e 7.º-A do RJIF] é uma responsabilidade civil por facto próprio, que não prescinde da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade aquiliana, e relativamente à qual se torna inadequada a convocação de qualquer dos parâmetros contidos nos artigos 30.º e 32.º da Constituição.”.

4. Análise do disposto no art. 8.º, n.º 1, do RGIT

4.1. O conteúdo

O art. 8.º, n.º 1, do RJIGT prevê, antes do mais, uma responsabilidade subsidiária pelo pagamento de multas ou coimas aplicadas a um ente colectivo ou equi-

parado a administradores ou gerentes de direito ou de facto, somente. Portanto, encontramos-nos perante a transferência de uma consequência jurídico-penal ou contra-ordenacional de natureza tributária (quantitativo monetário da multa ou coima) para quem a ela é de todo alheio. De notar, por outro lado, que as infracções em causa podem ter decorrido paralelamente à actividade de administração do respectivo gestor ou mesmo antes desta [alínea *a*] do n.º 1 do art. 8.º do RGIT], sendo que, neste último caso, deverão ser comunicadas as decisões definitivas das mesmas durante o respectivo cargo [alínea *b*] do preceito em causa]. De comum a todas estas situações encontra-se o facto de a actuação do administrador ter sido a causa do não pagamento (total ou parcial) das consequências em consideração. Noutras palavras, encontramos-nos perante condutas de carácter ilícito (e com culpa) provenientes de gestores, integrando eventualmente ilícitos criminais, civis, etc., em todo o caso diferentes e independentes da infracção tributária inerente ao ente colectivo.

4.2. As questões que este regime levanta

4.2.1. O problema da pessoalidade da responsabilidade criminal e contraordenacional

A epígrafe do artigo em discussão (art. 8.º, n.º 1) expressa-se através dos vocábulos “Responsabilidade civil pelas multas e coimas”. Portanto, para o legislador, do que aqui se trata é somente de responsabilidade civil pelo pagamento das multas ou coimas. Ou seja, por via do facto da existência de condutas de má gestão que integrem somente ilícitos civis ou de outra índole e na medida em que estas se repercutam no dever de pagamento das consequências jurídicas em causa, os seus agentes serão obrigados “civilmente” ao pagamento da multa ou coima aplicadas ao ente colectivo. Portanto, tratar-se-á de uma comunicação entre factos, em princípio, alheios entre si, em que a responsabilidade penal ou contra-ordenacional se transferirá no seu núcleo patrimonial para quem a ela era *a priori* totalmente alheio. Noutros termos, é como se alguém, alheio de todo à prática de um crime ou contra-ordenação por outrem, por via de ter culposamente violado um negócio jurídico civil (*v. g.*, mandato) ou em todo o caso tivesse actuado ilicitamente (responsabilidade extracontratual), visse por isso ser-lhe transferida a responsabilidade pelo pagamento das respectivas penas de multas ou contra-or-

denações alheias⁽²⁾. Tal corresponderia *grosso modo* ao funcionamento do instituto do “commodum” de representação (arts. 794.º e 803.º do Código Civil)⁽³⁾, em que o Estado, como credor, se substituísse ao devedor (ente colectivo) na exigência da prestação deste perante um terceiro (gerente ou administrador). Algo que é naturalmente afastado em virtude da natureza jurídico-penal e contra-ordenacional da questão em causa. Efectivamente, nestes domínios a característica de *intuitu personae* é totalmente dominante por virtude de se tratar de consequências de direito sancionatório, *maxime* no âmbito do direito penal, onde estas são mais graves do que em qualquer outro ramo jurídico e, portanto, as necessidades garantísticas acabam por ser a contrapartida desta particular severidade⁽⁴⁾. Daqui resulta aceitar-se sem mais que as consequências jurídicas penais ou contra-ordenacionais sejam intransmissíveis e que os institutos da sub-rogação pura e simplesmente não existam – mal se pode conceber que alguém possa vir a sofrer a pena de prisão em vez do concreto condenado ou mesmo se aceite que legalmente um indivíduo possa pagar o quantitativo da multa ou coima de outrem...⁽⁵⁾ Não espanta por isso que a própria Constituição portuguesa determine, no seu art. 30.º, n.º 3, este mesmo princípio. A sua génese encontra-se antes do mais no próprio princípio da culpa relativamente às penas e às sanções contra-ordenacionais⁽⁶⁾. De facto, aplicar estas consequências jurídicas (que podem ser altamente gravosas) a quem não fosse culpado da prática do respectivo ilícito, na lógica do “pagar o justo pelo pecador”, seria algo de todo inconciliável com o próprio fundamento último do Estado de Direito, ou seja, a Dignidade da Pessoa Humana, transformada em si em mero instrumento de finalidades alheias e, logo, sendo reduzida à mera condição de *res*⁽⁷⁾. Deste modo,

⁽²⁾ Neste sentido, CONDE MONTEIRO, “O Artigo 8.º do RGIT; Reflexões axiológico-normativas”, in *IV Congresso de Direito Fiscal*, Glória Teixeira (direc.), Vida Económica, Porto, 2014, pp. 121-122.

⁽³⁾ Cf. igualmente os arts. 606.º e segs. do Código Civil (sub-rogação do credor ao devedor). Sobre isto, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, Almedina, reimpressão da 10.ª ed. de 2000, 2015, capítulo I, secção III, 44, III e IV.

⁽⁴⁾ Sobre isto, CONDE MONTEIRO, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, Braga, AEDUM, 2013, pp. 9-10.

⁽⁵⁾ Em relação ao pagamento da multa por terceiros, sequer pela herança, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, pp. 118-119.

⁽⁶⁾ Que por sua vez se funda num amplo princípio de humanidade, CONDE MONTEIRO, *Consequências Jurídico-penais do Crime*, cit., p. 10.

⁽⁷⁾ Neste sentido, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 47.

pode facilmente perceber-se que, como deixámos dito, a sub-rogação de posições jurídicas não tenha aqui nunca lugar e que, por isso, a integralidade das consequências jurídicas sancionatórias provenientes destes ilícitos nunca se deva transmitir. Algo que será também aplicável às medidas de segurança, onde, apesar da possibilidade de inexistência de culpa, a dignidade da Pessoa Humana se fará igualmente sentir⁽⁸⁾. Finalidades de carácter especial e eventualmente de âmbito geral das consequências jurídicas em causa poderão também, naturalmente, cimentar este princípio axial do Estado de Direito democrático⁽⁹⁾.

4.3. Conclusão

Pelo que se deixou dito, não espantará que o regime do n.º 1 do art. 8.º do RGIT viole frontalmente o princípio da pessoalidade atrás referido e com as consequências apontadas. Efectivamente, o que acontece neste âmbito é que, antes do mais, há lugar a uma aplicação a um ente colectivo de uma consequência jurídico-penal ou contra-ordenacional (pena de multa ou coima) aplicada em termos de uma culpa concretamente avaliada. Obviamente que a sua aplicação abstratamente considerada será de pouca ou nenhuma monta. Será naturalmente no âmbito da sua execução concreta que ela ganhará pleno sentido entre a tensão dialéctica das finalidades inerentes a estas consequências jurídicas e o papel fortemente limitativo da culpa⁽¹⁰⁾. Uma vez neste plano tendo lugar a condenação efectiva, a consequente execução deverá obviamente ocorrer. Se esta, por seu turno, se tornar impossível, *de jure constituendo*, poderíamos formular possíveis alternativas. Havendo culpa do condenado em causa no facto, poderiam ter lugar penas alternativas/substitutivas/sucedâneas: suspensão da actividade, encerramento temporário de estabelecimentos, etc. De qualquer maneira, não foi essa a via seguida pelo legislador nestes casos. Ao invés e no seguimento de uma tradição histórica não proveniente do Estado de Direito democrático, optou-se pela transferência do conteúdo mais significativo das consequências em causa para

⁽⁸⁾ Neste sentido, CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I, cit.*, p. 41.

⁽⁹⁾ Algo que de certa maneira o próprio acórdão em causa reconhece ao afirmar sobre a transmissibilidade do conteúdo da pena de multa: “O que consubstancia objetivamente uma transmissão de pena e põe em causa a indisponibilidade dos interesses que as reações criminais visam tutelar.”.

⁽¹⁰⁾ Sobre isto, CONDE MONTEIRO, *Consequências Jurídicopenais do Crime, cit.*, pp. 51 e segs.

não agentes das infracções dos entes colectivos, pretendendo dirimir-se o problema da pessoalidade das mesmas chamando a isto “responsabilidade civil”. De facto, como já deixámos referido, mesmo nos moldes menos incisivos do direito civil, a transferência em causa não deixa de constituir uma solução de excepcionalidade relativamente ao carácter de relatividade (*intuitu personae*) que o direito civil português apresenta⁽¹¹⁾. Trata-se, efectivamente, de factos distintos. A responsabilidade penal ou contra-ordenacional assenta em factos diferentes dos provenientes dos administradores e conseqüentemente as culpas em causa são igualmente distintas⁽¹²⁾. O facto destes últimos é inevitavelmente um facto próprio que pode ser somente de natureza civil, também penal ou mesmo contra-ordenacional... Enquanto tal gerará naturalmente as suas específicas conseqüências civis, penais, contra-ordenacionais, administrativas, etc. Neste plano, no caso de através de uma administração, por exemplo, danosa, se terem produzidos danos económicos ao ente onerado com uma pena de multa, produzirá naturalmente a sua conseqüente responsabilidade civil, que, uma vez efectivada, implicará, se for o caso, o ressarcimento do ente colectivo afectado. Deste modo, poderá ter naturalmente lugar a posterior execução da pena de multa em causa. Tudo o que ultrapassar este domínio será contrário aos princípios fundamentais da democracia de rosto humanista e deste modo contrário à nossa Constituição. Debalde se poderá designar esta realidade nua e crua como o que ela não é, de resto, mesmo neste plano (direito civil), não deixa de ser excepcional, como já deixámos dito. A infracção ao núcleo humanista em que se funda o Estado de Direito é aqui directa e escandalosamente óbvia – não há espaço para meios-terminos...⁽¹³⁾

Por tudo o que se deixou referido deve-se naturalmente rejeitar de forma total a afirmação pouco pensada do Tribunal Constitucional, acima transcrita, de que no âmbito do art. 8.º, n.º 1, do RGIT se trata de uma responsabilidade civil, por facto próprio, seguindo os parâmetros da responsabilidade aquiliana e em nada beliscando os parâmetros dos arts. 30.º e 32.º da CRP.

⁽¹¹⁾ *Supra*, nota 4.

⁽¹²⁾ Sobre isto desenvolvidamente, CONDE MONTEIRO, “O Artigo 8.º do RGIT; Reflexões axiológico-normativas”, *cit.*, p. 123.

⁽¹³⁾ Neste sentido, CONDE MONTEIRO, “O Artigo 8.º do RGIT; Reflexões axiológico-normativas”, *cit.*, pp. 124-125.

5. Densificação do conteúdo normativo do disposto no n.º 7 do art. 8.º do RGIT

5.1. A interpretação restritiva do preceito em causa

Em função do que anteriormente referimos, devia interpretar-se o dispositivo em causa (art. 8.º, n.º 7) como dizendo respeito unicamente a fenómenos de comparticipação. “Colaborar dolosamente” na verdade significava (significa) naturalmente agir com outrem, em conjunto com outro, concorrendo com alguém para algo. As formas de cooperação estavam (estão) legalmente disciplinadas no Código Penal (arts. 26.º e 27.º)⁽¹⁴⁾. Eram, portanto, aqui abrangidas quer as formas principais de comparticipação (co-autoria, autoria mediata, instigação), quer as secundárias (cumplicidade material e moral). Por outro lado, como também deixámos dito, as formas de comparticipação em causa eram unicamente dolosas e, por isso, nesta perspectiva, deveria liminarmente excluir-se outras formas de comparticipação (*v. g.*, o caso do autor imediato na autoria mediata). De excluir seria também qualquer conduta ainda que dolosa mas que fosse impunível. Finalmente, o grau de culpa (responsabilidade) seria irrelevante, que não a sua falta, como dissemos, para a comunicação em causa.

5.2. Uma perspectiva civil sobre a natureza da norma em causa em contra-posição com o disposto no n.º 1 do art. 8.º

Se no âmbito do n.º 1 do art. 8.º se trata de factos distintos geradores de uma comunicabilidade dos conteúdos financeiros das sanções penais ou contra-ordenacionais, aqui, no plano do n.º 7 deste artigo, encontrávamo-nos perante um mesmo facto gerador dessa mesma comunicabilidade relativamente a uma pluralidade de agentes (em comparticipação). Por exemplo, a retenção indevida de verbas atinentes ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares por dois administradores, consubstanciando um eventual crime de abuso de confiança fiscal, constitui um mesmo facto com dois agentes a agirem em conjunto.

⁽¹⁴⁾ *Supra*, II 2.

O que de qualquer maneira resulta óbvio é que esta última situação favorecia bem mais a hipótese de comunicabilidade do que a primeira (n.º 1 do art. 8.º). Era deste modo clara uma certa confluência entre o caso em apreço (n.º 7 do art. 8.º) e certas situações civilmente consideradas como de responsabilidade solidária, como o facto, por exemplo, de vários indivíduos destruírem em conjunto (comparticipação) um muro (veja-se, neste sentido, o art. 497.º do Código Civil).

Portanto, parecia mais lógico que a partir do entendimento da comunicabilidade inerente ao art. 8.º, n.º 1, do RGIT, por maioria de razão, se tivesse tido a interpretação idêntica no que respeita ao n.º 7 deste mesmo normativo. No entanto, o Tribunal Constitucional negou peremptoriamente tal interpretação. De facto, afirmou-se “[n]em parece curial, contrariamente ao que por vezes se afirma, reconduzir o regime constante do n.º 7 do artigo 8.º a uma forma de responsabilidade civil por facto próprio. A colaboração dolosa na prática do crime tributário implica que o administrador ou gerente possa ser chamado a responder pessoalmente pela mesma infracção, a par da sociedade, e daí que essa conduta não possa ser tida como um facto autónomo, que determine simultaneamente a responsabilidade solidária pelas consequências jurídicas da condenação penal em que tenha incorrido a pessoa colectiva”. Portanto, o Tribunal Constitucional afirmou não ser curial reconduzir o regime do art.º 8.º, n.º 7, “a uma forma de responsabilidade civil por facto próprio”. E porquê? Bom, porque no entendimento dos Doutos Juízes, “[a] colaboração dolosa na prática do crime tributário implica que o administrador ou gerente possa ser chamado a responder pessoalmente pela mesma infracção, a par da sociedade” (!). Assim, não poderia haver responsabilidade civil por facto próprio porque o art. 8.º, n.º 7, implicava uma “mesma infracção” tendo dois agentes (ao caso), administrador ou gerente e sociedade (!). Deste modo, seria impossível falar-se de responsabilidade por facto próprio porque o n.º 7 do artigo em causa pressupunha um mesmo facto (!). Naturalmente que o leitor medianamente informado perguntará que espécie de argumentação é esta. Nega-se uma possibilidade (responsabilidade por facto próprio) afirmando-se essa possibilidade. Efectivamente, ela existia no citado n.º 7, o facto nesta linha de entendimento pertencia aos dois, era próprio de ambos e assim não se distinguia das hipóteses do n.º 1, que também pode ter lugar através de dois agentes e pode mesmo constituir simultaneamente uma infracção tributária penal ou contra-ordenacional. Ou seja, encontramos-nos perante um puro “nonsense”. Não se demonstra portanto nada, porque o discurso é totalmente oco. De resto, seguidamente afirmou-

-se mais uma vez a necessidade de haver uma conduta autónoma que justificasse a extensão da responsabilidade pelo pagamento das penas de multa ou coimas (“como um facto autónomo”). Noutras palavras, é assim porque tem de ser assim, sem mais. Porque tem de haver “factos, anteriores ou posteriores à aplicação da multa penal, que tenham colocado a pessoa colectiva na impossibilidade de pagamento”. Daqui que não fosse “invocável um qualquer argumento de identidade ou de maioria de razão para tornar equiparável a disciplina desse preceito à responsabilidade subsidiária a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º [sic]. Portanto, perante este dogmatismo ideológico cessam naturalmente quaisquer proposições de logicidade...

5.3. A perspectiva penal e contra-ordenacional inerente ao entendimento do n.º 7 do art. 8.º em confronto com a posição tomada pelo Tribunal Constitucional relativamente ao n.º 1 do mesmo normativo

5.3.1. Questões preambulares

Também no que se refere aos aspectos dos direitos sancionatórios resulta claro que, por tudo o que já se referiu, é mais difícil aceitar a comunicabilidade de efeitos defendida relativamente ao n.º 1 do art. 8.º, pelas razões já aduzidas (factos distintos), do que no âmbito do seu n.º 7, que se refere, em princípio, a um mesmo facto com pluralidade de participantes. A esta luz, o Tribunal Constitucional decidiu de forma pouco lógica. No entanto, a afirmação aqui da violação do princípio da pessoalidade das penas de multa (ou contra-ordenações) é igualmente óbvia.

5.3.2. A qualificação da relação de imputação jurídico-penal pelo Tribunal Constitucional

O acórdão em questão ocupava-se do problema (objecto de outros acórdãos), nas suas próprias palavras, da imputação de responsabilidade dita civil em solidariedade, nos termos do citado n.º 7 do art. 8.º, do responsável da sociedade comercial, condenado “a par da condenação da própria pessoa coletiva, pela prática, em co-autoria material, de um crime de abuso de confiança fiscal”. Portanto, para o Tribunal Constitucional tratava-se de uma actuação de um gerente, que ao realizar um crime de abuso de confiança fiscal e porque naturalmente agiu “em seu

nome e no interesse colectivo” (art. 7.º do RGIT) teria actuado em co-autoria material, obviamente com a pessoa colectiva, sendo-lhe assim, desde logo, aplicável o disposto n.º 7 do art. 8.º, ainda que numa perspectiva final tal não lhe fosse aplicável, como anteriormente se referiu. De qualquer maneira, nunca o Tribunal em causa questionou alguma vez o problema da qualificação do facto em consideração como uma forma de comparticipação, especificamente de co-autoria material. Eis o que deverá ser melhor analisado.

5.3.3. Da impossibilidade de aplicação do fenómeno da comparticipação ao relacionamento entre gerente e ente colectivo

Um gerente ou administrador que cometa uma infracção criminal, *v. g.*, crime de abuso de confiança fiscal, em nome e no interesse do ente colectivo (art. 7.º, n.º 1, do RGIT), como sucedeu no âmbito da decisão em causa, não age em termos de comparticipação com esta. Efectivamente, a aplicação desta figura surge prejudicada, antes do mais, pelo simples facto de inexistir uma relação independente entre duas pessoas jurídicas, em que, mediante um acordo, se realize (ou se tente) um ilícito (penal ou contra-ordenacional). Esta relação existiria na hipótese de uma pessoa física contactar titulares de órgãos de uma pessoa colectiva e desse contacto resultasse um acordo de vontades vinculante para o ente colectivo no sentido da prática de um concreto ilícito que fosse realizado. Obviamente que, neste caso, ninguém se lembraria de afirmar que para além da relação de comparticipação entre o indivíduo singular, o ente colectivo e os seus representantes, enquanto tais, haveria uma outra relação de comparticipação entre o ou os representante(s) da pessoa colectiva e esta. Assim, um eventual acordo e sua execução relativamente a uma fraude fiscal implicaria a existência de uma co-autoria entre o particular externo à pessoa colectiva, o seu representante e esta última e não ainda entre estes últimos. Efectivamente, a imputação da responsabilidade penal ou contra-ordenacional ao ente colectivo resulta simplesmente do facto de os administradores ou gerentes terem agido em nome e no interesse daquele e “sem terem actuado contra ordens e instruções expressas de quem de direito” (n.º 2 do art. 7.º do RGIT), produzindo deste modo os efeitos em causa sem necessidade de mais requisitos, nomeadamente de um acto de aceitação da entidade colectiva. Assim, e face ao RGIT (art. 7.º), não há nenhuma necessidade de exigir qualquer acordo entre gerentes e entes colectivos para que estes últimos possam ser res-

ponsabilizados penal ou contra-ordenacionalmente. De resto, este acordo ou colaboração são praticamente impossíveis. O administrador, ao agir ilicitamente e respeitando os termos do art. 7.º do RGIT, vincula *ipso facto* o ente colectivo. Este simplesmente ganha a responsabilidade por via disto mesmo, não se pode *de per se* quase sempre opor ao facto, sugerir outras vias, discutir os termos, etc., conforme sucederia e sucede no âmbito da comparticipação.

Portanto, o n.º 7 do art. 8.º do RGIT não se aplicava aos casos que estiveram na base da decisão de inconstitucionalidade deste acórdão, por inexistência de qualquer relação de comparticipação (co-autoria, instigação, autoria mediata, cumplicidade). Noutros termos, não havia aqui qualquer colaboração de alguém no que quer que seja. O ente colectivo obviamente que não colaborou em nada com o gerente. Este, por sua vez, ao agir criminalmente, fez repercutir na pessoa colectiva e nos termos do art. 7.º do RGIT a responsabilidade criminal que ela *a priori* não detinha, nem poderia deter *de per se*.

A sua aplicação aos casos vertentes violou naturalmente o princípio da legalidade e, assim, deveria desde logo ser liminarmente rejeitada tal aplicação.

III. Conclusão

O Tribunal Constitucional, ao declarar inconstitucional o disposto no n.º 7 do art. 8.º do RGIT por violação, desde logo, do princípio da pessoalidade inerente ao n.º 3 do art. 30.º da CRP, no âmbito de uma relação entre um gerente e uma sociedade comercial, ignorou que o disposto naquele normativo pressupunha uma relação de comparticipação criminosa que inexistia no caso, o que afastava liminarmente a sua aplicabilidade à situação em causa.

Por outro lado, ao aceitar sem reservas a regra da solidariedade no âmbito do n.º 1 do art. 8.º do RGIT, que pressupõe a existência de dois factos distintos, e ao não recusar a citada norma no domínio do n.º 7 do art. 8.º, que pressupõe um mesmo facto ilícito, o mesmo Tribunal ignora patentemente o regime civilístico neste âmbito (art. 497.º do Código Civil), tornando incongruente o seu raciocínio.

Finalmente, a afirmação da violação do princípio da pessoalidade da responsabilidade penal através do disposto no n.º 7 do art. 8.º do RGIT, embora correcta enquanto tal, revelou-se, pelo que referimos, totalmente despicinda.

IV. As questões levantadas pelos votos de vencidas

1. Introdução

Uma vez tomada posição relativamente à decisão em causa, interessará finalmente debruçar-nos sobre as questões levantadas pelos votos de vencidas. Deste modo iremos começar por analisar o voto de vencida da Conselheira Maria Lúcia Amaral.

2. O voto de vencida da Conselheira Maria Lúcia Amaral

Esta Digníssima Magistrada começa o seu voto de vencida pela consideração metodológica inerente, segundo ela, ao acórdão, de este, nesta matéria, partir da interpretação do direito infraconstitucional, “acabando inevitavelmente por tomar posição sobre a qualificação da responsabilidade – matéria que, por se situar no plano do direito infraconstitucional, não é sequer da sua competência e, obviamente, não vincula os tribunais”. Assim, foi por considerar que nuns casos (art. 8.º, n.º 1) se tratava de questões de natureza civil e noutros (caso vertente, art. 8.º, n.º 7, ambos do RJIGT) se tratava de aspectos penais e contra-ordenacionais, que o problema da constitucionalidade foi decidido.

Deve dizer-se, em abono da verdade, que esta crítica parece provir antes do mais de um mero preconceito académico, de acordo com o qual o Tribunal Constitucional apenas julgando questões de natureza constitucional não poderia nunca debruçar-se sobre o que não adquirisse tal natureza. Ora, como é óbvio e significa mesmo um truísmo apenas cabe naturalmente ao Tribunal em causa aferir da conformidade ou não de normas com a Constituição e, portanto, o sentido das normas constitucionais há-de naturalmente sempre estar presente na mente dos respectivos juízes. Agora, este quadro, evidente por si mesmo, não exclui, não pode excluir que o mesmo Tribunal seja convocado a debruçar-se sobre uma miríade de questões inerentes ao direito infraconstitucional e que possam estar em conflito com o sentido e significado das normas constitucionais. Assim, se, por exemplo, o Tribunal Constitucional, no caso vertente, entendesse que, como no n.º 1 do art. 8.º, também o n.º 7 deste mesmo artigo se ocupasse de efeitos meramente civis, estaria naturalmente a negar que a natureza das normas em questão era penal ou contra-ordenacional e nesta perspectiva estaria inevitavelmente a julgar da sua

conformidade ou não com a Constituição portuguesa e nomeadamente com o princípio da pessoalidade inerente ao art. 30.º, n.º 3, e logo também a partir do seu entendimento constitucional da matéria em questão. Certamente que em termos mais puristas poderia o Tribunal em causa apenas e estritamente afirmar que as normas em análise seriam ou não conformes somente com o texto constitucional, mas o facto de ir além não constitui algo de especialmente censurável, posto que a questão constitucional seja decidida como foi no caso. Portanto, e ao contrário do que foi vertido neste voto de vencido, o centro do entendimento do Tribunal Constitucional continuou a ser o texto constitucional. Algo que de resto a própria Juíza de certa maneira acaba por reconhecer ao afirmar (apesar do português péssimo em que se exprime): “Assim, e independentemente da qualificação que se adote quanto à responsabilidade prevista no artigo 8.º, n.º 7, do RGIT, o legislador, ao compor o regime sancionatório das infrações tributárias, estão, em qualquer caso, vinculados pelos princípios constitucionais com relevo em matéria penal”.

Independentemente da posição que toma sobre o caso no sentido de este configurar uma comparticipação (*supra* II 5.3.3), merece-nos especial referência o facto de por duas vezes no texto em causa afirmar peremptoriamente: “Mas a verdade é que não parece ser constitucionalmente legítimo que se faça recair, sobre o indivíduo que já foi penalmente condenado pelo seu próprio comportamento, uma qualquer outra obrigação, seja de que natureza for, e que venha a *acrescer* à sanção que lhe foi concretamente aplicada”. Efectivamente, o facto de alguém ser condenado jurídico-penalmente nunca exclui que sobre o mesmo condenado possam *acrescer* outro tipo de responsabilidades. Desde logo, é comum que ao lado da responsabilidade penal tenha lugar a responsabilidade civil, de resto disciplinada quer no Código Penal, quer no Código de Processo Penal, nomeadamente. Por outro lado, a responsabilidade disciplinar acompanha frequentemente os agentes, sendo estes funcionários públicos e estando o crime relacionado com as suas funções ou ainda exercendo profissões ou actividades cujo exercício dependa de título público ou de autorização ou homologação pública, etc. Mesmo a própria responsabilidade contra-ordenacional pode *acrescer* à penal (art. 20.º do Regime Geral das Contra-Ordenações) e ainda outras formas de responsabilidade podem também ter lugar (administrativa, por exemplo). Portanto, é naturalmente de repudiar esta interpretação homofóbica nunca por ninguém defendida, incluindo o próprio Tribunal Constitucional. Diferente de tudo isto é naturalmente o caso de se transferir efeitos da responsabilidade penal ou contra-ordenacional para terceiros, quer

se trate de factos diferentes, quer de responsabilidades pessoais ainda que provenientes de um mesmo facto.

3. O voto de vencida da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros

Passaremos agora então a analisar a argumentação do voto de vencida da Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Esta Digníssima Magistrada remete antes do mais para o seu voto de vencida no Acórdão 297/13. Neste e sobre o mesmo assunto (art. 8.º, n.º 7, do RGIT), afirma desde logo que “no domínio da responsabilidade sancionatória das pessoas colectivas não é directamente transponível o princípio constitucional da intransmissibilidade da responsabilidade penal”. Portanto, parece admitir assim a transmissibilidade da responsabilidade penal ou contra-ordenacional das pessoas colectivas para terceiros e de terceiros para estas, sendo estes terceiros pessoas singulares ou colectivas (!?). *A priori* não limita a expressão em causa, pelo que, pelo menos, deixa o leitor na dúvida sobre o seu alcance. Depois, neste mesmo plano, afirma que “[e]ste princípio, relativamente a pessoas individuais, assenta na ideia da pessoalidade da culpa, que não é possível aplicar às pessoas colectivas”. Portanto, relativamente a estes últimos entes não há culpa, logo podem ser receptores de quaisquer consequências jurídico-penais e contra-ordenacionais de simples entes particulares ou de outros entes colectivos e parece que a transferência para terceiros será sempre possível, sejam simples indivíduos de carne e osso, sejam também de carácter colectivo... porque as sanções em causa que lhes sejam aplicáveis não são de todo pessoais, não pressupõem qualquer juízo de pessoalidade, não pressupõem por isso culpa própria. (!!). Chegados aqui parece que tudo deveria ter terminado. À Aplicadora do direito tanto fazia que a responsabilidade fosse ou não penal, sempre a transmissibilidade poderia ter lugar. No entanto, a Digníssima Magistrada afirma que de qualquer maneira (e de forma secundária) não se tratava aqui de transmissão de responsabilidade penal. Curioso é que o primeiro argumento arremessado é deveras impressionante. Efectivamente, para esta Juíza do Tribunal Constitucional o facto de já anteriormente ao Código Penal de 1982 existir legislação em que se previa a transmissibilidade da responsabilidade penal (proveniente de multas) dos “representantes ou empregados” da pessoa colectiva para esta não se compadecia “com a atribuição de outra natureza, que não seja a meramente civil, à referida obrigação”. O curioso neste âmbito é que a Digníssima Juíza rejeita por inteiro no seu voto de vencida relativo ao Acórdão n.º 171/2014 a formulação de in-

interpretações infraconstitucionais pelo Tribunal Constitucional (“Ora, não cabendo ao Tribunal Constitucional definir a interpretação válida do direito infraconstitucional”). Depois, no seguimento da sua argumentação, afirma perentoriamente: «A comunicabilidade da responsabilidade não se estende ao abstracto penal da multa, enquanto teor valorativo da pena criminal que encerra o dever de realizar as finalidades das penas, e nessa medida se apresenta com natureza “pessoalíssima” (como se refere no acórdão), não podendo, por conseguinte, ser transmissível ou comunicável». (?) Quer dizer, depois de afirmar plenamente que as pessoas colectivas podem livremente exportar as suas consequências penais, agora dá o dito por não dito e afirma que afinal de contas há uma natureza “pessoalíssima” nestas consequências, invocando-se o acórdão nesse sentido e expressando a sua intransmissibilidade (?). Ainda esta Juíza afirma que a transmissibilidade do dever de pagar a multa para terceiros, no direito penal secundário, não retira o seu “carácter de pena”, o que não deixa de ser no mínimo esquisito, pois o ente punido acaba por poder não ser efectivamente punido, sendo, ao invés, um terceiro onerado com a sanção, acabando a pena por poder transformar-se em algo meramente simbólico... Afirmando novamente o princípio da “expição/sacrifício inerente à aplicação de uma sanção penal”, reafirma esta Magistrada a irrelevância da transmissão da responsabilidade pelo pagamento da multa para o gerente e acaba por afirmar: “O vínculo de representação existente entre o gerente e a sociedade afasta o comprometimento da dignidade penal decorrente da comunicabilidade da responsabilidade pelo pagamento da multa”. Portanto, o que agora impede a violação da dignidade penal (culpa) seria o tal vínculo de representação existente entre o gerente e a sociedade a ponto de estes se identificarem entre si, o que não degradaria “a natureza sancionatória da pena em mera relação creditícia”. Deste modo, continuamos no plano das contradições constantes. Efectivamente, para esta Magistrada a confusão entre a actuação do gerente e o ente colectivo justificaria a comunicabilidade existente (e tudo o mais como anteriormente referiu). No fundo, a culpa era a mesma, a conduta seria uma só. O que deixa por explicar e isto torna-se sumamente grave, é que no direito positivo português (incluindo todo o direito penal secundário e naturalmente o direito sancionatório tributário) há um concurso de factos e de culpas com sanções distintas em função dos entes (particulares e colectivos, sendo as destes últimos muito mais graves). Sobrecarregar um destes agentes pelo conteúdo sancionatório do outro equivale a uma dupla punição (*non bis idem*), implica a postergação de um juízo de culpa que foi pensado para a pessoa colectiva e não é o mesmo do gerente, implica igualmente

a transferência de uma medida da pena de multa necessariamente diferente abstracta e concretamente porque pensada para um ente e que acaba por ser executada por outro necessariamente diferente. De resto, se, para a Juíza em causa, há uma tal confusão entre os dois entes (“a pessoa singular/gerente se identifica com a pessoa colectiva/sociedade na entidade funcional que representam”), deveria naturalmente retirar consequências desta asserção e questionar-se se tal é compatível com a colaboração dolosa exigida no n.º 7 do art. 8.º do RGIT (*supra* II 5.3.3), o que infelizmente não faz... Finalmente, a afirmação de que dada a identificação entre administradores e gerentes “com a pessoa colectiva que representam é de concluir ainda que a solidariedade no pagamento da multa surge igualmente como necessária para promover a auto responsabilidade das entidades colectivas” não deixa de ser surpreendente. Portanto, se uma sociedade ficar desonerada do pagamento da multa na sua totalidade ou em parte pelo mecanismo de transferência em causa, que poderá mesmo efectivar-se para alguém que posteriormente não mais pertença ao ente colectivo, isto contribuiria para a auto responsabilidade desta, que acabava assim por ser desresponsabilizada (?) ...

V. Epílogo

A revogação do n.º 7 do art. 8.º do RGIT

Na sequência de todos estes posicionamentos o legislador português, através do art. 30.º da Lei n.º 75-A/2014, de 30/9 (Lei da alteração à Lei do Orçamento do Estado de 2014), revogou o n.º 7 do art. 8.º do RGIT, sem que efectivamente nada no puro plano das decisões em causa justificasse tal procedimento, porque antes do mais os casos julgados não eram atinentes a um genuíno processo de participação, *maxime* de co-autoria, conforme foi decidido. Acabou de qualquer maneira por se fazer justiça por “linhas tortas”, porque mesmo no âmbito da efectiva participação não faria sentido a transmissibilidade da responsabilidade neste âmbito prescrita, ainda que contraditoriamente se deixasse de pé o n.º 1 do art. 8.º do RGIT.