

**A exigência prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, na redacção introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, configura uma nova condição objectiva de punibilidade que, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, é aplicável aos factos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Em consequência, e tendo sido cumprida a respectiva obrigação de declaração, deve o agente ser notificado nos termos e para os efeitos do referido normativo [alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT]**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2008

Processo n.º 4080/07 - 3.ª Secção

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

O Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal da Relação de Coimbra veio interpor recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, nos termos dos artigos 437.º e seguintes do Código de Processo Penal, alegando, em síntese, que:

I - Nos presentes autos, decidindo recurso respeitante a condenação em primeira instância por crime de abuso de confiança fiscal, relativo a factualidade anterior à nova redacção introduzida no texto do artigo 105.º, n.º 4, do RGIT, pelo artigo 95.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, vulgo Lei Orçamental para 2007, interpretando a norma referida, entendeu o Acórdão da Relação de Coimbra, proferido em 27 de Junho de 2007 nestes autos, a fls. 685 e seguintes, cujo sumário se encontra publicado no sítio da DGSI, <http://www.dgsi.pt/jtrc>, e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, em sede interpretativa do preceito, que:

«Porque a condição agora inserta pelo legislador é uma verdadeira condição de punibilidade que deve estar verificada com a entrada do feito em juízo, não há dúvida que não podem ser punidas todas as situações que preencham os requisitos contemplados pela nova norma, sem que a condição se tenha verificado.

Fazer cumprir agora a condição é dogmaticamente desadequado e ainda assim redundaria sempre num prejuízo de absolvição, mesmo quando o devedor não regularizasse de novo as suas dívidas perante a administração fiscal. A condição objectiva de punibilidade não pode deixar de constar da acusação, sob pena de improcedência da mesma.»

Pelo que, em consonância com esse entendimento, e na procedência do recurso, declarar-se despenalizada a conduta dos arguidos M. Madeiras, Lda., e AA, com conseqüente absolvição do crime, ou seja, decidiu absolver os arguidos do crime por que haviam sido condenados na primeira instância;

II - Decisão que não era susceptível de recurso ordinário e se mostra já transitada em julgado;

III - Porém, debruçando-se sobre a mesma questão jurídica, ou seja a interpretação que deve ser dada à nova redacção introduzida no texto do artigo 105.º, n.º 4, do RGIT, pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, e também por decisão já transitada em julgado em 24 de Abril de 2007, e emitida em sede de recurso, ao invés da posição assumida no acórdão supra-identificado, decidiu também a Relação de Coimbra no igualmente douto Acórdão de 21 de Março de 2007, prolatado no processo n.º 232/04.2IDGRD.C1, publicado no sítio da DGSI, <http://www.dgsi.pt/jtrc>, com o seguinte sumário, que traduz fielmente o nele decidido:

«1 - A punibilidade do crime de abuso de confiança fiscal previsto na nova redacção do artigo 105.º do RGIT, no caso de ter sido comunicada à administração tributária a correspondente declaração, depende da falta de pagamento da quantia correspondente e juros e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

2 - Por isso, mesmo na fase do recurso após condenação, há que oficial à administração fiscal para que proceda àquela notificação, para se verificar se ocorre ou não aquela condição de punibilidade, regime mais favorável ao arguido.»

IV - Constatou-se, assim, a prolação em sede de recurso, pela Relação de Coimbra, no domínio da mesma legislação, de dois acórdãos contraditórios sobre a mesma questão de direito e sobre a interpretação da mesma norma jurídica - artigo 105.º, n.º 4, do REGIT na redacção introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro. Interpretações

divergentes que conduziram a diferentes soluções jurídicas: no caso dos presentes autos, foi decretada a absolvição dos arguidos por se considerar despenalizada a conduta criminal imputada, prosseguindo o andamento dos autos no caso do processo n.º 232/04.2IDGRD.CI;

V - Impõe-se, por isso, que: através do presente recurso extraordinário, seja fixada jurisprudência sobre a questão de saber se a nova redacção do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, veio despenalizar as condutas criminais anteriores prevenidas no seu n.º i, ou se, ainda em relação aos processos já pendentes pelo crime previsto e punido no n.º i desse normativo à data da respectiva entrada em vigor, veio, apenas, com a notificação referenciada naquele n.º 4, conceder aos arguidos a possibilidade de, pelo pagamento das quantias ali referenciadas, fazerem cessar o procedimento criminal instaurado.

No exame preliminar considerou-se admissível o recurso e existente a invocada divergência entre o acórdão recorrido e o acórdão para fixação de jurisprudência.

Oportunamente realizou-se a conferência a que alude o artigo 441.º do Código de Processo Penal na qual se decidiu ser o recurso admissível atenta a oposição de julgados e se determinou o prosseguimento dos autos nos termos dos artigos 442.º e seguintes do Código de Processo Penal, considerando a necessidade de fixar jurisprudência.

O Ministério Público apresentou alegações, subscritas pela Exma. Procuradora-Geral-Adjunta, propondo que seja fixada jurisprudência no seguinte sentido:

1 - A conduta prevista no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT esgota-se no não cumprimento, pelo substituto tributário, de um dever previsto na lei, não entrega à administração fiscal da prestação tributária a que estava obrigado, no prazo fixado por lei para cada tipo e espécie de prestação deduzida.

2 - Constitui assim um crime de omissão pura, que se consuma com a não entrega dolosa das prestações deduzidas nos termos e no prazo de entrega fixado para cada prestação.

3 - Os factos descritos nos n.os 1 e 3 do artigo 105.º do RGIT só são puníveis se verificadas as circunstâncias previstas nas alíneas a) e b) do n.º 4 do mesmo artigo.

4 - Estas circunstâncias, pela natureza com que se apresentam na estrutura da norma e pela função e finalidades a que nela estão determinadas, não integram o ilícito típico e a culpa, constituindo condições objectivas de punibilidade.

5 - A nova exigência prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, não constituindo um elemento integrante do tipo de ilícito do crime de abuso de confiança fiscal, não implica descriminalização.

6 - A nova condição objectiva de punibilidade, que essa exigência constitui, pode implicar, em concreto, um regime mais favorável ao agente do que aquele que vigorava no momento da prática do facto.

7 - Tendo presente a norma do artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, deve permitir-se ao agente da infracção que regularize a situação, com entrega da prestação no prazo de 30 dias, após a sua notificação para esse efeito, só se verificando a nova condição de punibilidade se a regularização não ocorrer no referido prazo.

Igualmente o arguido AA se pronunciou nos termos do artigo 442.º do Código de Processo Penal afirmando que:

1 - A alteração legislativa vertida na alínea b) do artigo 105.º, n.º 4, do RGIT interfere directamente com a punição em sede de abuso de confiança fiscal no plano substantivo, aditando um novo completo fáctico ao tipo que se terá de haver verificado para que se possa suscitar responsabilidade do seu autor.

2 - A alteração legislativa vertida na alínea b) do artigo 105.º, n.º 4, do RGIT não constitui apenas uma condição do início do processo penal, mas um evento empírico constitutivo da responsabilidade criminal, pelo que não é passível de ser qualificada como condição de procedibilidade.

3 - Sem que se verifique o evento factício disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT o comportamento do agente que se subsuma aos restantes elementos constantes do n.º i ou 2 e alínea b) do n.º 4 apresenta-se como ilícito de mera ordenação social nos termos do artigo 114.º, n.º 1, do RGIT, pelo que se trata de um complexo factual sem um desvalor de cariz ético.

4 - O disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º não constitui condição de exclusão da punibilidade, uma vez que se trata, não de um facto que preclua a responsabilidade criminal do agente, mas de um facto que tem de se verificar para que o agente se veja incurso em responsabilidade criminal.

5 - Não é concebível qualificar a alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT como elemento alheio ao ilícito e à culpa (o que sucederia se fosse qualificada como condição de punibilidade), uma vez que se trata do momento factual em que a conduta do agente assume um salto valorativo, passando de ilícito desprovido de eticidade para ilícito penal.

6 - Atenta a construção actual do abuso de confiança fiscal, é a alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT que sustenta a violação de um paradigma ético, pelo que se trata de um elemento integrado no ilícito típico do crime.

7 - Não pode entender-se que um comportamento ou conduta se transmute de ilícito administrativo para ilícito criminal sem que se verifique um comportamento imputável ao agente a título de culpa, atento o princípio da culpa que enforma o nosso direito penal, também com sedimento constitucional.

8 - O disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º constitui um elemento do ilícito típico do abuso de confiança fiscal.

9 - Quer se entenda qualificar a nova alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT como elemento do ilícito típico ou como condição objectiva de punibilidade, sempre e em qualquer caso se conclui que o legislador interferiu no recorte típico do crime, espartilhando as condutas puníveis, devendo concluir-se que a intervenção legislativa foi descriminalizadora/despenalizadora relativamente aos comportamentos punidos antes da sua entrada em vigor.

10 - No pressuposto indicado na conclusão anterior, só é possível concluir pela necessidade de arquivamento dos processos pendentes e pela extinção das penas ainda em execução ao abrigo do disposto no artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal.

11 - O Tribunal, quando entenda em qualquer momento do julgamento que os factos relatados na acusação não constituem crime, deve prover de imediato pela rejeição do labelo acusatório (quando esteja ainda em posição para o fazer) ou pela absolvição do arguido.

12 - Nos processos pendentes à data da entrada em vigor da LOE2007, não estando nos instrumentos acusatórios vertida a imputação da prática dos factos descritos na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT ao arguido, o Tribunal não pode, atenta a estrutura acusatória da Lei do Processo Criminal, considerar essa factualidade, pelo que não terá outra solução senão prover pela absolvição.

13 - O julgador não pode nunca, quando ateste da irrelevância penal dos factos descritos na acusação, que fixa tematicamente o processo, suspender os autos aguardando que se verifiquem os factos criminais, o que existiria na proposta de interpretação que propõe que o Tribunal proveja pela notificação prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT.

14 - A extinção dos processos criminais e das penas em execução em decurso da nova redacção oferecida ao artigo 105.º, n.º 4, alínea b), do RGIT não possui impacte absolutamente nenhum nas dívidas tributárias que subjazam à prática descriminalizada/despenalizada, que se mantêm cobráveis nos termos previstos na lei tributária com recurso ao arsenal coercivo nela previsto.

15 - Em cumprimento do disposto no artigo 442.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, deve, atento o exposto, ser uniformizada a jurisprudência no sentido propugnado nas conclusões 1 a 14 das alegações, que assim se sumaria:

a) A nova alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT constitui um elemento do ilícito típico do crime de abuso de confiança fiscal e abuso de confiança contra a segurança social;

b) A Lei do Orçamento do Estado de 2007 veio descriminalizar as condutas antes antecipadas nos artigos 105.º e 107.º do RGIT;

c) Os processos de abuso de confiança fiscal e de abuso contra a segurança social pendentes à altura da entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado de 2007 devem ser considerados extintos ao abrigo do artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal e as penas ainda em execução julgadas extintas;

d) Quando o julgador se depare, em qualquer altura do processo, com uma acusação que não imputa ao acusado um complexo factual que constitua crime, deve prover pela extinção

do processo ou pela absolvição dos arguidos, não sendo lícito suspender o curso dos autos aguardando que o crime seja, afinal, cometido.

Corridos os vistos, procedeu-se a julgamento, em conferência do pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, cumprindo apreciar e decidir.

I

O presente pedido de fixação de jurisprudência tem na sua génese a alteração originada pela nova redacção atribuída ao artigo 105.º do RGIT e constante do artigo 95.º da Lei n.º 53-A/2006 (Lei do Orçamento)(1).

Desde o início da vigência da alteração normativa foi possível detectar, fundamentalmente, a existência de duas linhas de orientação relativamente à sua interpretação:

A primeira considera que aquele artigo 95.º, ao alterar a redacção do n.º 4 do artigo 105.º do Regime Geral das Infracções Tributárias, manteve a anterior condição de punibilidade agora plasmada na alínea a) (2). Paralelamente, conclui pela existência de uma nova condição com a manutenção do recorte do tipo legal de crime.

Entendem os defensores desta posição que, não obstante a alteração do regime punitivo, o crime de abuso de confiança fiscal se consuma com a omissão de entrega, no vencimento do prazo legal, da prestação tributária e que, em sede de tipicidade, aquela lei orçamental nada alterou. Todavia, ressalvam a aplicabilidade do disposto no artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, uma vez que o regime actualmente em vigor é mais favorável para o agente, quer sob o prisma da extinção da punibilidade pelo pagamento, quer na óptica da punibilidade da conduta (como categoria que acresce à tipicidade, à ilicitude e à culpabilidade).

Esta posição tem sido uniformemente adoptada por este Supremo Tribunal de Justiça nas sucessivas vezes que tem sido chamado a pronunciar-se sobre a questão objecto do presente acórdão (3) (4).

Numa outra perspectiva se colocam aqueles para quem, no regime anteriormente vigente, o tipo de ilícito se reconduzia a uma mora qualificada no tempo (90 dias), sendo a mora simples punida como contra-ordenação, ilícito de menor gravidade. O legislador aditou agora, com a referida alteração legal, uma circunstância que, por referir-se ao agente e não constituindo assim um aliud na punibilidade, encontra-se no cerne da conduta proibida. Aditam, nesta linha de argumentação, que não é o facto de o legislador afirmar que «só são puníveis se» que torna líquida a existência de uma condição objectiva de punibilidade. É antes a necessidade de o legislador pretender caracterizar uma determinada mora.

Nesta perspectiva, a caracterização do facto ilícito criminalmente punível impõe agora a determinação que o agente não entregue à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar pelo decurso de prazo superior a 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação e desde que não tenha procedido ao pagamento da prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração, acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

Para os defensores desta orientação, existe algo de novo no recorte operativo do comportamento proibido violador do bem jurídico património fiscal e que se traduz precisamente no facto de a administração fiscal entrar em directo confronto com o eventual agente do crime. Em suma, o legislador até aqui criminalizou uma mora qualificada relativamente a um objecto material do crime, o imposto, atendendo aos fins deste. Agora, pretendeu estabelecer como crime uma mora específica e num contexto relacional qualificado.

Consequentemente, concluem pela despenalização (5) (6).

II

Assumindo-se que a questão nuclear que se coloca é a da interpretação da norma em apreço temos por adquirido que a mesma deve emergir de dois eixos essenciais de análise e à luz dos quais se devem extrair as necessárias ilações sobre aquela interpretação. Tais linhas consubstanciam-se no teor do relatório do Orçamento Geral de Estado para 2007 e, essencialmente, na estrutura do crime de abuso de confiança fiscal.

Naquele relatório o legislador estabelece uma distinção referindo que: num lado, situam-se os casos em que a falta de entrega da prestação tributária está associada ao incumprimento

da obrigação de apresentar a declaração de liquidação ou pagamento do imposto; e, no outro, os casos de não entrega do imposto que foi tempestivamente declarado.

Entende o legislador que no primeiro grupo há uma maior gravidade decorrente da «intenção de ocultação dos factos tributários à administração fiscal». Postura esta que já não se verificaria na constelação em que a «dívida» é participada à administração fiscal, isto é, nas situações em que há o reconhecimento da dívida tributária, ainda que não acompanhado do necessário pagamento. Estando em causa condutas diferentes, portadoras de distintos desvalores de acção e a projectar-se sobre o património do fisco com assimétrica danosidade social, elas merecerão, de acordo com o citado relatório, «ser valoradas criminalmente de forma diferente». Acrescenta-se: «neste sentido, não deve ser criminalizada a conduta dos sujeitos passivos que, tendo cumprido as suas obrigações declarativas, regularizem a situação tributária em prazo a conceder, evitando-se a 'proliferação' de inquéritos por crime de abuso de confiança fiscal que, actualmente, acabam por ser arquivados por decisão do Ministério Público na sequência do pagamento do imposto».

Tal indicação surge sob a epígrafe comum da «Agilização da actuação administrativa na tramitação de processos» e, no mesmo plano, em simetria com as medidas relativa aos «bens a penhorar prioritariamente», ao «valor base dos bens imóveis para a venda» e à caducidade.

Suportados na letra da lei, mas fazendo apelo a um critério teleológico na sua interpretação e com plena consciência de que o direito criminal se dirige à protecção de valores, ou bens jurídicos, não vislumbramos uma outra intenção do legislador que não a de evitar a criminalização de condutas que podiam ter um mero tratamento de natureza administrativa. Então, a denominada proliferação de inquéritos será evitada dando àquele que assumiu a sua obrigação declarativa perante a administração fiscal a possibilidade de regularizar a sua situação tributária.

Os elementos teleológico e histórico convergem, assim, em abono de uma interpretação segundo a qual o legislador terá pretendido descriminalizar o facto nos casos em que, tendo havido declaração da prestação não acompanhada do pagamento, este vem a ser efectuado após intimação da Administração para que o «indivíduo» regularize a sua situação tributária (7).

Pretendeu-se alcançar tal objectivo fazendo surgir para administração fiscal a obrigação de notificar o contribuinte em mora (e não em falta de declaração) e para este a condição de pagamento do montante em falta como condição de não accionamento do procedimento criminal pelo crime de abuso de confiança fiscal.

Perante uma vontade do legislador que, claramente, assume o propósito de manutenção do recorte do ilícito típico, mas conjugando-o com a possibilidade de o agente se eximir da punição pelo pagamento, não vislumbramos como é que a letra ou o espírito da lei permitem a afirmação de que a conduta se encontra descriminalizada (8).

III

Numa visão estruturalista do preceito, refira-se que a conduta incriminadora consubstancia-se na não entrega à administração fiscal das quantias pecuniárias envolvidas. Significa o exposto que a mesma conduta se traduz numa omissão pura (9).

Na verdade, o crime de abuso de confiança fiscal consuma-se com a não entrega dolosa no tempo devido das quantias deduzidas pelo agente. O n.º 2.º do artigo 5.º do RGIT esclarece que as infracções tributárias omissivas se consideram praticadas na data em que termine o prazo para cumprimento dos respectivos deveres tributários (10).

Assim o desenho do crime perfilado no normativo em apreço corresponde a um crime de mera inactividade e, ainda, a uma omissão pura ou própria descrita autonomamente num tipo legal de crime (11) (12).

O que está em causa não é a mora, que constitui uma mera condição de punibilidade, mas sim a conduta daquele que perante a administração fiscal, agindo esta no interesse público, omite um dos seus deveres fundamentais na sua relação com o Estado (13) (14).

Consabido que o bem jurídico protegido constitui a base reconhecida da estrutura e interpretação do tipo não se vislumbra como se pode afirmar que a alteração legal em apreço significa uma modificação típica num sentido descriminalizador. Isto quando é certo que, na mesma modificação normativa, se deixam intocados os pilares do tipo legal (quais

sejam o bem jurídico; o objecto da acção; o autor da acção/omissão e o resultado concreto) apenas se concretizando uma nova oportunidade que é dada ao arguido no sentido de evitar o desencadear do procedimento criminal.

IV

A alteração legal produzida, repercutindo-se na punibilidade da omissão e ligada, de forma inextricável, ao tipo de ilícito, é, todavia, algo que é exógeno ao mesmo tipo. Importa, assim, caracterizar em termos dogmáticos a alteração produzida, o que entronca directamente com a da distinção entre condição objectiva de punibilidade e pressuposto processual.

Revisitando o que a propósito do tema oportunamente se escreveu (15) e como referem Zipf e Maurach (16), o poder punitivo do Estado é fundamentalmente desencadeado pela realização do tipo imputável ao autor. Não obstante, em determinados casos, para que entre em acção 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 - , noutros casos constituem parte do direito processual e denominam-se pressupostos processuais.

As condições objectivas da punibilidade são aqueles elementos da norma, situados fora do tipo de ilícito e tipo de culpa, cuja presença constitui um pressuposto para que a acção antijurídica tenha consequências penais. Apesar de integrarem uma componente global do acontecer, e da situação em que a acção incide, não são, não obstante, parte desta acção.

Por seu turno, os pressupostos processuais são regras do procedimento cuja existência se fundamenta na possibilidade de desenvolver um procedimento penal e ditar uma sentença de fundo. Como os pressupostos processuais pertencem exclusivamente ao direito processual não afectam nem o conteúdo do ilícito, nem a punibilidade do facto, limitando-se exclusivamente a condicionar a prossecução da acção penal.

Refira-se que, para alguns - como é o caso de Roxin (17) - , é elegível uma solução intermédia na destrinça. Assim, entende-se ser preferível considerar que a consagração de um elemento ao direito material e, conseqüentemente, a sua eleição como condição de punibilidade não depende do facto de estar desligado 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 (18) 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.

Por seu turno, para Jeschek (19), 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, entre as quais a função de garantia do direito penal (20).

Estamos em crer que é inequívoco o entendimento de que a verdadeira essência das condições objectivas de punibilidade como categoria dogmática autónoma no marco dos pressupostos materiais de punibilidade é, na perspectiva substancial, a 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 (21).

Como se referiu, as condições objectivas de punibilidade são circunstâncias que se encontram em relação directa com o facto mas que não pertencem nem ao tipo de ilícito nem ao de culpa. Constituem pressupostos materiais da punibilidade.

A origem histórica do instituto reflecte a necessidade de conciliar exigências contrapostas. Por um lado, existem desde sempre razões de conveniência prática e de oportunidade de política criminal que levam a subordinar a efectiva punibilidade de alguns tipos de comportamentos ao verificar de determinadas circunstâncias: proceder a uma punição incondicionada pode em certos casos conflitar efectivamente com a tutela de outros interesses merecedores de consideração ou, mais vulgarmente, provocar inconvenientes superiores às vantagens que do sancionamento se retiram. Por outro lado, vigorando em matéria penal o princípio da legalidade, as razões de conveniência ou de oportunidade não podem estar condicionadas ao poder discricionário do juiz: o princípio da legalidade impõe ao legislador a tipificação expressa das circunstâncias capazes de influenciar as opções relativas às concretas aplicações de pena (22).

Neste ponto de vista, a introdução legislativa de condições objectivas de punibilidade desdobra-se em duas funções: uma função de delimitação ou da redução da relevância penal de determinados comportamentos e, simultaneamente, uma função de garantia ligada ao respeito pelo princípio da legalidade (23).

As condições objectivas de punibilidade próprias (24) são puras causas de restrição da pena, podendo ser perspectivadas como o contraponto objectivo das causas pessoais de exclusão ou de anulação da pena. Isto porque ainda que se verifiquem o ilícito e a culpa, o legislador rejeita, em determinados casos, a necessidade de pena quando não se verifique uma circunstância ulterior que possa referir-se ao próprio facto, ou à evolução subjacente, e lhe confere uma maior significação na relação com o mundo circundante. Como acentua Jeschek, o merecimento da pena pela prática do facto implica, em princípio, a necessidade da pena, sendo que circunstâncias existem em que, antes que possa reconhecer-se a necessidade político criminal da mesma, deve produzir-se, além do mais, uma particular deterioração dos valores protegidos pelo correspondente preceito penal.

São as circunstâncias que devem acrescentar à acção que realiza um ilícito responsável para que se gere a punibilidade e que têm subjacente uma ponderação de finalidades extrapenais que têm prioridade em relação à necessidade da pena (25).

As condições objectivas de punibilidade são, assim, 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 (26) (27). São condições em que uma ponderação das finalidades extrapenais tem prioridade em face da necessidade da pena.

Uma vez que não pertencem ao tipo não se requer que sejam abrangidas nem pelo dolo nem pela negligência, A aparição das condições objectivas de punibilidade é indiferente para o lugar e tempo do facto.

As condições objectivas de punibilidade participam de todas as garantias do Estado de direito estabelecidas para os elementos do tipo. Jeschek exemplifica com a aplicabilidade da função de garantia da lei penal ou as exigências de prova sobre as mesmas condições (28).

V

O breve excursus teórico ora elaborado habilita-nos a considerar que existe alguma confusão conceptual na posição que apostrofa pela descriminalização.

Tal patologia resulta, desde logo, da circunstância de o crime de abuso de confiança fiscal ser um crime omissivo puro que se consuma no momento em que o agente não entregou a prestação tributária que devia, ou seja, que se consuma no momento em que o mesmo não cumpre a obrigação tributária a que estava adstrito.

Sendo este o tipo de ilícito não se vislumbra o suporte da afirmação de que o mesmo foi afectado pela alteração legal produzida quando é certo que esta consigna uma condição que é exógena ao mesmo tipo.

É evidente o vício da argumentação produzida que, com inconsistência teórica e ao arrepio do que é entendimento doutrinário unitário, atribui à alteração legal introduzida reflexo directo e imediato no núcleo do tipo de ilícito para, então, poder dar o salto lógico, afirmando que a nova lei descriminalizou e, conseqüentemente, é aplicável aos processos pendentes, descriminalizando as condutas praticadas (29).

Diferente é a conclusão se, configurada a alteração legal como condição de punibilidade, se concluir que a mesma deixa intocado o tipo de ilícito num crime que, previamente, se consumou.

Como se referiu, reconduzir ao núcleo da ilicitude e da tipicidade o que são condições de exercício da acção penal, impressas com o intuito confessado de atribuir uma última oportunidade ao agente antes de desencadear o procedimento criminal, não está de acordo com o espírito ou a letra da lei.

Assim, entendemos que, perante esta alteração legal, nos encontramos perante uma condição objectiva de punibilidade na medida em que se alude a uma circunstância em relação directa com o facto ilícito, mas que não pertence nem ao tipo de ilícito nem à culpa. Constitui um pressuposto material da punibilidade (30) (31) (32).

Face ao exposto entende-se que a alteração produzida pelo artigo 95.º da Lei n.º 53-A/2006 não implicou qualquer alteração nos elementos constitutivos do crime previsto no artigo 105.º do RGIT (a não entrega da prestação tributária retida no prazo legalmente fixado) que permaneceu imodificado na sua tipicidade.

A alteração legal produzida revela-se tão-somente como a previsão de uma outra condição de punibilidade que deve ser equacionada na medida em que configure um regime concretamente mais favorável para o agente.

VI

A questão em apreço conjuga-se, assim, pela forma superiormente exposta por Alimena (33). Refere o mesmo autor que é indubitável a premissa legal, em termos de sucessão temporal de leis, que se revela na aplicabilidade a lei que é mais favorável ao réu.

Todavia, adianta, essa é apenas uma parte da questão pois que as disposições penais podem ser formadas por várias componentes. Na verdade, as normas que prevêem os crimes são compostas por várias partes. Algumas destas normas cindem-se em duas partes, sendo uma a relativa ao preceito e, a outra, à punição. A parte constitutiva do preceito é passível, por sua vez, de se subdividir conforme se refere aos elementos constitutivos ou às circunstâncias do facto ilícito, conforme se refere ao elemento material ou ao elemento psicológico do crime. Igualmente a parte que prevê a sanção pode regular, muito para além da qualidade ou da medida da pena, as condições de punibilidade.

São conhecidos os motivos pelos quais em sede de sucessão de leis se derroga o princípio da não retroactividade da lei penal quando a lei posterior é mais favorável ao réu.

Observamos, assim, que a consagração ex novo da existência de uma condição de punibilidade permite concluir no sentido de a fazer aparecer como mais favorável em confronto com aquela disposição de lei penal em que a punição do mesmo facto emergia incondicionalmente.

Pode-se objectar que, na sua essência, a subordinação da punição de um facto à presença de uma condição de punibilidade não tem por finalidade, em princípio, o favorecimento do réu. Todavia, não se pode ignorar que, embora a condição não seja emitida com o propósito de favorecer aquele, o certo é que a situação que objectivamente se configura é uma situação mais favorável para o eventual transgressor da norma penal. Por outro lado, e ainda no seguimento do entendimento de Alimena, se a lei posterior inova no confronto com a lei anterior no sentido de que considera dever punir sob condição um facto que a lei revogada reprimia incondicionalmente, é evidente que falta um interesse em punir quando não esteja verificada a condição.

Na verdade, e no que concerne à situação sob análise, foi intenção publicitada do legislador, expressa de forma inequívoca na letra da lei, o objectivo de conceder uma última possibilidade de o agente evitar a punição da sua conduta omissiva. A nova lei é mais favorável para o agente pois que lhe proporciona a possibilidade de, por acto dependente exclusivamente da sua vontade, preencher uma condição que provoca o afastamento da punição por desnecessidade de aplicação de uma pena.

A conclusão da aplicação da lei nova é iniludível face ao artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal.

Em conformidade com o exposto, o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, reunido em conferência, delibera na procedência do recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência interposto pelo Ministério Público e, em consequência, fixar jurisprudência nos seguintes termos:

A exigência prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, na redacção introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, configura uma nova condição objectiva de punibilidade que, por aplicação do artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal, é aplicável aos factos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Em consequência, e tendo sido cumprida a respectiva obrigação de declaração, deve o agente ser notificado nos termos e para os efeitos do referido normativo [alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT].

Igualmente se determina a revogação da decisão recorrida e se ordena o reenvio, oportunamente, do processo ao Tribunal da Relação de Coimbra a fim de que reveja a decisão recorrida de acordo com a jurisprudência fixada.

Dê-se observância ao disposto no artigo 444.º do Código de Processo Penal.

Sem custas.

(1) É a seguinte a redacção atribuída por aquele artigo 95.º ao referido artigo 105.º, n.º 4, do RGIT «Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se: a) tiverem decorridos mais de 90 dias sobre o termo legal do prazo 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 a notificação feita para o efeito.

(2) Os factos só são puníveis uma vez decorridos mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação tributária.

(3) Cf. Acórdão de 21 de Fevereiro de 2007, processo n.º 4086/06, relator: conselheiro Santos Cabral; Acórdão de 21 de Fevereiro de 2007, processo n.º 4097/07, relator: conselheiro Pires Salpico; Acórdão de 21 de Março de 2007, processo n.º 4079/06, relator: conselheiro Henriques Gaspar; Acórdão de 31 de Outubro de 2007, processo n.º 956/06, relator: conselheiro Santos Carvalho; Acórdão de 14 de Julho de 2007, processo n.º 4459/06, relator: conselheiro Sousa Fonte; Acórdão de 7 de Junho de 2007, processo n.º 2050/07, relator: conselheiro Oliveira Mendes; Acórdão de 20 de Dezembro de 2007, processo n.º 3220/097-5, relator: conselheiro Simas Santos.

(4) O entendimento subjacente à orientação do STJ foi sufragado e seguido, entre outros, pelos seguintes acórdãos: Tribunal da Relação do Porto - 26 de Março de 2007, 10 de Outubro de 2007, 10 de Outubro de 2007, 24 de Outubro de 2007; Tribunal da Relação de Guimarães - 11 de Julho de 2007; Tribunal da Relação de Coimbra - 14/03/2007, 21 de Março de 2007; Tribunal da Relação de Lisboa - 13 de Setembro de 2007, 18 de Setembro de 2007, 27 de Setembro de 2007, e Tribunal da Relação de Évora - 29 de Maio de 2007.

(5) Na argumentação expendida neste sentido, e em termos doutrinários, situa-se Taipa de Carvalho que, em opúsculo publicado sobre o tema, considera que, embora seja irrelevante a rigorosa qualificação dogmática (condição objectiva de punibilidade ou elemento integrante do ilícito típico do crime de abuso de confiança fiscal) da nova exigência da notificação do sujeito passivo tributário, esta exigência, e contrariamente ao que tem sido entendimento doutrinário e jurisprudencial unitário, constitui um elemento integrante do tipo de ilícito (ou ilícito típico) do crime de abuso de confiança fiscal e não apenas uma condição objectiva de punibilidade.

(6) Para o mesmo autor a dignidade penal, isto é, a ilicitude criminal da não entrega tributária comunicada à administração fiscal, não está, numa perspectiva teleológica-material, apenas na não entrega da prestação tributária mas também, e ainda, na persistência do devedor tributário na omissão de entrega apesar de se achar notificado para o fazer no prazo de 30 dias após a notificação. Assim, e chegando à conclusão de que a lei nova, isto é, a Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro - e, concretamente, o seu artigo 95.º - , é rigorosamente uma lei despenalizadora, e não tão-somente uma *lex mellior*, em sentido estrito (lei que apenas estabelece um regime jurídico-penal concretamente mais favorável), infere como consequência inevitável - por imperativo constitucional (CRP, artigo 29.º, n.º 4, segunda parte, a fortiori) e legal (especialmente, artigo 2.º, n.º 2) - que esta lei nova, cujo texto legal está contido na (actual) alínea b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, tem de ser aplicada a todos os factos (no caso em questão, a todas as omissões de entrega de prestações tributárias que, embora não entregues, tenham sido comunicadas à administração tributária) praticados (omitidos) antes da sua entrada em vigor (antes de 1 de Janeiro de 2007).

Por seu turno, em termos jurisprudenciais, o Acórdão da Relação do Porto de 6 de Junho de 2007, paradigma da orientação referida, aduz a mesma ordem de argumentos produzida por aquele docente, considerando que não parece que às circunstâncias que rodearam a alteração legal sejam absolutamente alheias considerações de ilicitude. Com o que tal condicionalismo estaria materialmente ligado à tipicidade e a apresentar-se, nessa linha, imprescindível para que se confira relevância típica à conduta. Mais adianta, como pressuposto argumentativo, que as condições objectivas de punibilidade participam de todas as garantias do Estado de direito impostas aos elementos do tipo (chamando à colação Jeschek) e, sequencialmente, encontram-se sujeitas ao princípio da legalidade - cujo conteúdo essencial se traduz em não poder haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia escrita e certa - e também às suas fundamentais implicações consubstanciadas na proibição de analogia e no princípio da proibição de retroactividade desfavorável.

Na mesma retórica argumentativa se inscreve o Acórdão da Relação de Coimbra de 18 de Abril de 2007 afirmando, de forma assertiva, que o legislador quis impor uma condição de punibilidade e, como tal, afastou a possibilidade de punição para os casos pendentes.

(7) Cf. Costa Andrade e Susana Aires de Sousa em RPCC, ano 17, n.º 1.

(8) Nesta perspectiva não deixa de ser curiosa a transmutação do legislador que, perante uma construção normativa passível de equívocos, veio publicamente assumir o papel de intérprete ensaiando uma interpretação autêntica no comunicado de 7 de Fevereiro de 2002 do Ministério das Finanças e da Administração Pública no qual se esclarece que:

«Notícias vindas a público na imprensa podem dar azo a uma leitura e interpretação erróneas da intenção do legislador na alteração ao n.º 4 do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), introduzida pela Lei do Orçamento do Estado de 2007 (Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro).

Vem assim o Ministério das Finanças e da Administração Pública esclarecer os seguintes pontos:

1 - Esta alteração não descriminalizou os crimes de abuso de confiança fiscal em termos genéricos. Não o fez nem, com a referida alteração, se pretendeu fazê-lo;

2 - O relatório da Lei do Orçamento do Estado de 2007 realça, no que respeita a esta matéria, que a alteração em causa refere-se à 'Despenalização da não entrega de prestação tributária (retenções de IRS/imposto do selo e IVA)', sendo apenas essa a intenção do legislador. Efectivamente, essa alteração apenas abrange o caso em que a existência da dívida fiscal é participada pelo próprio sujeito passivo, através da correspondente declaração, que não foi acompanhada do respectivo meio de pagamento;

3 - Só neste caso, e apenas neste caso, é que haverá lugar a uma 'despenalização' nas situações em que o sujeito passivo regularize a dívida em causa no prazo fixado, após uma notificação enviada ao contribuinte para que ele proceda à regularização. Neste caso, a lei passa a considerar que existe apenas uma contra-ordenação para situações que antes eram consideradas crime de abuso de confiança fiscal;

4 - As alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT referem-se a duas situações diferentes, não devendo, por isso, serem entendidas como cumulativas. Assim, no primeiro caso [alínea a) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT] trata-se de ocultação, que é sempre crime de abuso fiscal. Já na alínea b) trata-se de atraso na entrega do valor declarado. E este último caso apenas será considerado crime, caso essa entrega não ocorra no prazo constante da notificação enviada ao sujeito passivo;

5 - A medida legislativa introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2007 visou não a despenalização total dos incumprimentos, mas sim aliviar os tribunais de situações de meros atrasos nas entregas de imposto nos casos em que tenha havido uma declaração do montante devido, sem o envio do respectivo meio de pagamento. Neste caso, como é natural, justifica-se o envio de uma notificação especial para que seja feito o pagamento em atraso.»

(9) Cf. Susana Aires de Sousa, Os Crimes Fiscais, pp. 123 e seguintes, e Nuno Lumbrales, «O Abuso de Confiança Fiscal no Regime Geral das Infracções Tributárias», Fiscalidade, n.º 13/14, p. 86.

(10) Não se deixa de salientar a importância que assume a questão de inserção da intenção de apropriação no tipo legal de crime em apreço sendo certo que a mesma questão se situa

fora do âmbito do presente recurso. Na verdade, é certo que para alguns a infracção fiscal parece agora distanciar-se do crime de abuso de confiança previsto no artigo 205.º do CP, pois que a ilegítima apropriação é um dos elementos típicos que encarna a violação da relação de confiança no tipo base do Código Penal. Este consuma-se quando o agente exterioriza, através de actos inequívocos, a inversão do título da posse ou detenção, passando a comportar-se como dominus relativamente à coisa que recebera a outro título. Em sentido distinto, argumenta-se no sentido de que a ideia de apropriação está ainda presente no tipo legal de abuso de confiança fiscal. Assim, e na medida em que esta norma incriminadora pressupõe, a montante, a dedução de prestação tributária pelo agente e, a jusante, a não entrega dolosa à administração fiscal das mesmas prestações no prazo legalmente estabelecido, será difícil configurar situações em que o agente não proceda àquela entrega sem que daí resulte uma apropriação daquelas quantias. Isto sem prejuízo, obviamente, de se dever concluir pela atipicidade da conduta nos extremos em que tal animus sibi rem habendi não exista.

É exactamente nesta orientação que se inscreve o Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2007 (Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do STJ, ano xv, t. i, p. 157) ao referir que anterior:

I - É certo que no regime anterior - artigo 27.º do RJFNA - o acento tónico da conduta do agente recai na apropriação, enquanto que no actual se não utiliza essa expressão.

II - Todavia, face à nova lei o regime continua a ser o mesmo.

III - Com efeito embora se não faça referência expressa à apropriação ela está contida no espírito do texto pois, se o agente não entrega à administração tributária as prestações que deduziu e era obrigado a entregar, é porque se apropriou delas, dando-lhe assim um destino diferente daquele que lhe era imposto por lei IVA consideração da necessidade da verificação de tal elemento reconduz o tipo de crime a uma exigência de dignidade penal e delimita a fronteira entre o axiologicamente neutro (por exemplo, a conduta contra-ordenacional) e o relevante - e carente de tutela em termos penais.

(11) Susana Aires de Sousa, obra citada, p. 132.

(12) Conforme Figueiredo Dias (Direito Penal Parte Geral, t. i, p. 913), o crime de omissão reside na violação de uma imposição legal de actuar, pelo que, em qualquer caso, só pode ser cometido por pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo a acção imposta e esperada. Por isso, de resto, ganha a questão de determinar o círculo dos autores possíveis de um crime de omissão uma enorme importância não só teórica, mas práctico-normativa. Tanto mais quando a lei só numa minoria de casos descreve, de forma integral, os pressupostos fácticos donde resulta o dever jurídico de actuar; enquanto na generalidade deles se basta com uma cláusula geral expressa no artigo 10.º, n.º 2, do CP em termos tais que: «quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar [um certo] resultado».

Mais se adianta que é precisamente na diferença acabada de referir que uma parte da doutrina vai buscar o fundamento para a distinção entre crimes de omissão puros ou próprios e impuros ou impróprios (ou «comissivos por omissão»). Crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a PE referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Diversamente, delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à acção.

(13) Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional de 20 de Janeiro de 2004 «continuam a ser elementos constitutivos deste crime a existência de uma obrigação de entrega à administração tributária de uma prestação tributária deduzida nos termos da lei e a falta dolosa dessa entrega [...] tem pois de tratar-se da falta dolosa de entrega à administração fiscal de uma prestação».

(14) Fiel ao posicionamento que desde sempre defendeu em relação ao recorte do tipo em apreço que lhe suscita fortes reservas em termos de constitucionalidade, quanto mais não seja pela irrelevância ética da acção - eventualmente despojada até do intuito apropriativo constante do tipo base do Código Penal - , o Professor Costa Andrade ensaia, no estudo publicado com Susana Aires de Sousa e já referido, uma novo travejamento dos elementos

do tipo de ilícito em face da alteração legal. Refere o mesmo mestre que «Um quadro à vista do qual parece forçoso concluir que a desobediência à notificação da administração para pagar aquelas prestações não só faz parte do ilícito criminal como a completa» mais adiante refere «Nos casos em que as prestações declaradas não foram entregues, a conduta típica analisa-se hoje: num primeiro momento na não entrega das prestações e, num segundo, a desobediência à notificação da administração tributária».

Tal posição foge à insustentável aporia do entendimento de Taipa de Carvalho que, com o intuito de fazer convergir a alteração legal em causa no campo da descriminalização, recorre a uma indefensável integração da condição objectiva de punibilidade no núcleo do tipo legal de crime.

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

(16) Derecho Penal, Parte General, vol. i, pp. 371 e seg.

(17) Fundamentalmente Roxin defende que as condições objectivas de punibilidade - da mesma forma que as causas de exclusão e levantamento da pena - não encontram o seu fundamento no merecimento da pena e não se baseiam em critérios derivados da missão do direito penal mas antes que se referem a critérios político jurídicos gerais independentes daqueles.

(18) Derecho Penal, p. 988.

(19) Tratado, p. 503.

(20) 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.

(21) No mesmo sentido, Carlos Martinez Peres, Las Condiciones Objectivas de Punibilidad, p. 85.

(22) Na doutrina alemã releva o entendimento de que a exigência de uma condição objectiva de punibilidade (em sentido próprio) exprime a necessidade da pena, a qual deve adicionar-se ao merecimento da pena para que a conduta proibida possa efectivamente ser castigada. Neste sentido se encontram Stratenwerth e Shonke/Schroeder/Lenckener.

(23) Conforme Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, Diritto Penale, Parte generale, p. 326.

(24) Importa distinguir, como faz a maior parte da doutrina, entre condições de punibilidade próprias e impróprias sendo certo que estas configuram causas de agravamento penal encobertas que pertencem pela sua essência ao tipo de ilícito, mas que se configuram formalmente como condições de punibilidade porque se pretendeu autonomizar das exigências da relação dolosa ou imprudente. Na prática constituem restrições ao princípio de culpabilidade por razões político-criminais - como o refere Jeschek, Tratado, p. 507.

À divisão entre condições objectivas de punibilidade próprias e impróprias contrapõe a doutrina italiana a distinção entre condições extrínsecas e intrínsecas, sendo certo que aquelas constituem elementos que não afectam a vulneração do bem jurídico protegido pela norma em que estão englobados; limitam-se a reflectir motivos de oportunidade ligados a um interesse externo alheio ao interesse tutelado pela figura delictiva. Pelo contrário, fala-se de condições intrínsecas para referir as circunstâncias que qualificam ou actualizam a lesão do interesse protegido, a qual já se tinha produzido, implícita ou potencialmente, com a realização dos elementos do tipo (cf. Carlos Martinez Peres, Las Condiciones Objectivas de Punibilidad, p. 47).

(25) Na doutrina alemã assume relevância o entendimento de que a condição objectiva de punibilidade exprime a necessidade da pena, a qual deve acrescentar-se ao merecimento da pena para que a conduta possa efectivamente ser castigada. Em sentido contrário se pronuncia Roxin para quem as condições objectivas de punibilidade não encontram fundamento no merecimento da pena, não se baseiam em critérios derivados da missão de direito penal mas sim em critérios político-jurídico-gerais independentes daqueles.

(26) Reinhart Maurach e Heinz Zipf, Derecho Penal, vol. i, pp. 373 e seg.

(27) Em sentido diferente Gunther Jakobs, *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.

(28) Delimitando a figura das condições objectivas de punibilidade em relação a figuras afins dir-se-á que as mesmas se distinguem do tipo de ilícito uma vez que são alheias ao ilícito. Estas condições situam-se à margem da conduta ilícita e, conseqüentemente a sua verificação vem colocar em relevo somente a questão da necessidade da pena. Assim, e no plano conceptual, elementos do tipo de ilícito e condições objectivas de punibilidade excluem-se mutuamente.

Num outro pano se situa a distinção com as causas pessoais de exclusão da pena com as quais as condições objectivas de punibilidade se situam em íntima ligação pois que em ambos os casos falamos de factos situados fora do ilícito e da culpa e, como tal, equiparados na estrutura da teoria jurídica do delito. Porém, diferentemente das condições objectivas de punibilidade que condicionam em geral e abstracto a aplicação da pena ao permitir fundamentar a punibilidade de um facto em si mesmo merecedor de pena, as causas pessoais de exclusão de pena produzem inversamente o efeito de impedir a imposição da pena a uma pessoa concreta por um facto típico, ilícito e culposo e, inclusive, geralmente punível, de não o ser em virtude da especial previsão legal da qualidade pessoal exonerante.

Por seu turno, as condições de procedibilidade ou pressupostos processuais, diferentemente do que acontece com as condições de punibilidade, não propõem qualquer vinculação com o facto ilícito fundamentando-se em considerações jurídico-criminais de variada procedência a sua verificação e não se relacionando com qualquer contraditoriedade à ordem jurídica pois que a sua ratio se fundamenta em razões utilitárias que tornam conveniente a perseguição processual de uma conduta delitativa. Como refere Erika Mendes de Carvalho (*Revista Electrónica de Ciência Penal e Criminologia*, 7 de Outubro de 2005) não é tarefa fácil distinguir entre as condições objectivas de punibilidade e condições de procedibilidade. No que respeita a estas últimas pode-se dizer que condicionam unicamente o início do procedimento e que entre elas se encontra, por exemplo, a denúncia e querela. Por seu turno, as condições objectivas de punibilidade são factos objectivos que condicionam a punibilidade do delito com base em considerações político-criminais.

No que concerne às consequências, os pressupostos de natureza processual impedem que se dite uma sentença sobre o fundo da causa de modo que a resolução judicial que declara a sua inexistência não se vê afectada pelo caso julgado material. Por seu turno a ausência de uma condição objectiva de punibilidade determina um pronunciamento sobre o fundo, absolutório, que se vê afectado pelo caso julgado material.

Stratenwerth (*Derecho Penal*, p. 73) refere, ainda, que as condições objectivas de punibilidade, as causas pessoais que excluem a punibilidade e as causas que deixam sem efeito a punibilidade pertencem, em conjunção com a adequação típica, a ilicitude e a culpa, aos pressupostos materiais de punibilidade, ou seja àqueles pressupostos que condicionam a imposição de uma pena. Destes distinguem-se os pressupostos formais de punibilidade que condicionam a perseguibilidade penal e que somente se referem à possibilidade de existência do processo penal.

Para Dalitala, o que denomina condições de perseguibilidade estão integradas por verdadeiros actos jurídicos destinados ao procedimento penal, enquanto que as condições de punibilidade não são actos, mas factos jurídicos que não respeitam ao processo (*Il fatto*, p. 106).

(29) Causa perplexidade o facto de, não obstante a manifesta sedimentação jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça no que respeita ao tema em apreço, ainda serem proferidas decisões judiciais ao arrepio daquele entendimento uniforme deste Tribunal, levando a desigualdades gritantes no tratamento jurídico de situações análogas em manifesta antítese com o princípio fundamental da segurança jurídica dos cidadãos na aplicação do direito.

(30) Cf. Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, p. 506.

(31) Como se referiu diferencia-se o conceito em apreço com o relativo ao pressuposto processual. Na verdade, na condição de punibilidade expressa-se o grau específico de violação da ordem jurídica enquanto no pressuposto processual responde a circunstância

que se opõe ao desenvolvimento do processo penal. A ausência do primeiro conduz à absolvição e a do segundo ao arquivamento.

Por qualquer forma, quer em relação à condição objectiva de punibilidade quer em relação ao pressuposto processual estamos em face, na asserção de Bulow (citado por Figueiredo Dias), de institutos cujo conteúdo contende com o próprio direito substantivo. Tal sucede na medida em que a sua teleologia e as intenções jurídico-criminais que lhe presidem têm ainda a ver com a efectivação de punição que nesta mesma encontram a sua razão de ser, devendo beneficiar do tratamento mais favorável.

(32) As condições de punibilidade tomam, no rigor das coisas, um sentido de funcionalismo normativo, como elemento de ligação entre a dogmática do facto e a política criminal (Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, 2004, p. 622).

Não fazendo parte da acção, integram todavia o complexo facto e configuram condições de que depende a aplicação de uma sanção penal (a punição), mas estão fora do perímetro de delimitação da infracção penal enquanto categoria autónoma de tipo de ilícito e de culpa. Integrando o complexo facto-condições, assumem, ainda, dimensão material, pela influência ou consequência que têm na construção e integração dos pressupostos da punição, mas não contendem com a natureza do crime, nem com implicações, sequências e consequências no plano das relações e criminalização-descriminalização quando se sucedam diversas condições e punibilidade (cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 2007, relator Henrique Gaspar).

(33) Francesco Alimena, *Le Condizioni di Punibilita*, p. 237.

Lisboa, 9 de Abril de 2008. - José António Henriques dos Santos Cabral (relator) - António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes - Eduardo Maia Figueira da Costa - José Adriano Machado Souto de Moura - António Pires Henriques da Graça - Raul Eduardo do Vale Raposo Borges - António José Bernardo Filomeno Rosário Colaço - José António Carmona da Mota - António Pereira Madeira - Manuel José Carrilho de Simas Santos - José Vaz dos Santos Carvalho - António Silva Henriques Gaspar - António Artur Rodrigues da Costa - Armindo dos Santos Monteiro - Arménio Augusto Malheiro de Castro Sottomayor - Luís António Noronha Nascimento.