

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 12/09.9TAMFR.P1

Relator: ERNESTO NASCIMENTO
Sessão: 18 Dezembro 2013
Número: RP2013121812/09.9TAMFR.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: REC PENAL
Decisão: PROVIDO

ABUSO DE CONFIANÇA CONTRA A SEGURANÇA SOCIAL

CONDIÇÃO OBJECTIVA DE PUNIBILIDADE **PRESCRIÇÃO**

SUSPENSÃO

Sumário

I - O crime de abuso de confiança contra a segurança social constitui um crime omissivo puro, considerando-se praticado na data em que termine o prazo para o cumprimento do respectivo dever de entrega.

II - O n.º 4 do artigo 105º do RGIT, consagra uma condição de punibilidade ao dispor que os factos só são puníveis se tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação.

III - Nos termos do disposto no artigo 120º/1, alínea a), do C. Penal, a prescrição do procedimento criminal suspende-se durante o tempo em que o procedimento não puder legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal.

IV - Aquela condição de punibilidade, nos termos do disposto nos artigos 119º/1 e 120º/1 alínea a) C Penal, releva para efeitos do início do prazo de prescrição, bem como, para a sua suspensão, pelo que, na prática, o termo inicial do prazo de prescrição conta-se a partir do 91º dia posterior ao termo do prazo legal de entrega da prestação tributária.

Texto Integral

Processo comum singular 12/09.9TAMFR do 1º Juízo Criminal de Vila Nova de Famalicão

Relator - Ernesto Nascimento

Adjunto - Artur Oliveira

Acordam, em conferência, na 1ª secção criminal do Tribunal da Relação do Porto

I. Relatório

I. 1. No início da audiência de julgamento foi proferido despacho - conhecendo da questão colocada pelo arguido B... [1]- a declarar extinto por prescrição o procedimento criminal em relação a ambos os arguidos - aquele e ainda a sociedade C..., SA.

I. 2. Inconformado com o assim decidido, recorreu a Magistrada do MP-pugnando pela sua revogação de tal despacho, determinando-se o prosseguimento dos autos para a realização da audiência de julgamento, pelos factos e qualificação jurídica constantes na acusação pública - apresentando as conclusões que se passam a transcrever:

- 1. a questão suscitada respeita à prescrição do procedimento criminal;**
- 2. os arguidos estavam acusados pela prática, cada um, de um crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, na forma continuada, p. e p. pelos artigos 107.º/1 e 2 e 105.º/1, 4 e 7 do RGIT;**
- 3. a última contribuição deveria ter sido paga até 15 de Janeiro de 2010, decorrendo dos autos que os arguidos foram constituídos nessa qualidade no dia 19 de Janeiro de 2010;**
- 4. entendeu o Mmo. Juiz que, para efeitos de prescrição, não deve ser tido em conta o prazo de 90 dias a que alude o n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, pelo que decidiu declarar prescrito o procedimento criminal;**
- 5. dispõe o mencionado artigo 105.º/4 alínea c) do RGIT, que os factos só são puníveis, criminalmente, se tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação;**
- 6. neste sentido: os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 25/3/2009; de 28/9/2011; de 23/2/2011; de 21/4/2010 e de 14/11/2012 - todos em www.dgsi.pt;**
- 7. tratando-se de uma condição objectiva de punibilidade, a verdade é que apenas após o decurso de tal prazo, se está perante um crime, na sua perfeição. Se o agente pagar a contribuição nos 90 dias, comete uma contra-ordenação - artigo 114.º/1 do RGIT, e não um crime, sendo, obviamente, diversa a natureza jurídica de ambas as infracções, bem**

como os respectivos prazos de prescrição;

8. as diferenças no sancionamento têm consequências no que respeita à prescrição, designadamente, o prazo de prescrição do procedimento criminal só se inicia após o decurso dos 90 dias previstos no artigo 105.º/4 alínea a) do RGIT;

9. tendo como assente que as últimas remunerações a considerar foram pagas pelos arguidos aos trabalhadores em Dezembro de 2004 e considerando o prazo legal de 15 dias para entrega das prestações devidas, acrescido do prazo de 90 dias a que alude a al. a) do n.º 4 do artigo 105.º do RGIT, verifica-se que o crime se consumou no dia 15 de Abril de 2005, iniciando-se nessa data o curso do prazo de prescrição do procedimento criminal;

10. tendo os arguidos sido constituídos como tal no dia 19 de Janeiro de 2010, interrompeu-se nessa data o prazo de prescrição do procedimento criminal, começando então a correr novo prazo de prescrição de cinco anos, artigo 121.º/1 alínea a) e 2 C Penal;

8. assim, e sempre salvo o devido respeito, que é muito, não poderia o Mmo. Juiz ter declarado extinto o procedimento criminal, pelo que incorreu na violação do disposto nos artigos 21.º/1 e 105.º/4 alínea a), do RGIT, que não lhe permitem tal entendimento.

I. 3. Na resposta que apresentou, o arguido B... pugna pelo não provimento do recurso.

II. Subidos os autos a este Tribunal o representante do MP, emitiu parecer no sentido de que o recurso merece provimento.

No exame preliminar o relator teve o recurso como lhe tendo sido fixado o correcto regime de subida e ainda que nada obstava à apreciação do respectivo mérito.

Seguiram-se os vistos legais.

Foram os autos submetidos à conferência.

Cumpram-se agora apreciar e decidir.

III. Fundamentação

III. 1. Tendo presente que o objecto dos recursos é balizado pelas conclusões

da motivação apresentada pelo recorrente, não podendo este Tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas - a não ser que sejam de conhecimento oficioso - e, que nos recursos se apreciam questões e não razões, bem como, não visam criar decisões sobre matéria nova, sendo o seu âmbito delimitado pelo conteúdo do acto recorrido, a questão suscitada no presente é, então, a de saber se,

o prazo de 90 dias previsto na alínea a) do nº 4 do art. 105º do RGIT - consabidamente, mera condição de punibilidade - tem alguma repercussão na contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal.

III. 2. Apreciando.

III. 2. 1. É do seguinte teor o despacho recorrido.

“Estão os arguidos B... e C..., SA., pronunciados pela prática, em co-autoria material, de um crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, na forma continuada, p. e p. pelas disposições combinadas dos artigos 6.º, 107.º e 205º/1,4 e 7 do RGIT e artigo 30.º/ 2 C Penal.

O prazo prescricional do ilícito que é imputado aos arguidos é de 5 anos, cfr. artigo 21.º/1 e 2 e artigo 33.º/1 do RGIT e artigo 118.º/1 alínea c) C Penal. Por outro lado, muito embora aquele prazo esteja exposto a situações que implicam a sua interrupção e suspensão, certo é que relativamente aos arguidos não se verificou qualquer circunstância interruptiva ou suspensiva da prescrição até 19.1.2010, momento em que ambos foram constituídos arguidos (cfr. fls. 140, 141 e 147 a 149 dos autos).

De acordo como o disposto no artigo 119.º/1 C Penal, a contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal inicia-se o partir do dia em que o facto se tiver consumado e, estando em causa a prática de crimes continuados, como sucede no caso em apreço, o prescrição começará a correr desde o dia da prática da último acto (cfr. alínea b) do n-º 2 do citado preceito legal.

De acordo com os factos constantes da pronúncia o último mês assinalado para a falta de entrega das prestações à Segurança Social é o de Dezembro de 2004.

O valor dos quotizações retidas referente o esse mês deveria ser entregue até ao 15.º dia do mês seguinte ou seja, 15.1.2005.

À semelhança da posição assumida no Acórdão da Relação do Porto de 10.10.2012, relatado pelo Sr. Desembargador José Piedade, publicado na internet, em www.dgsi.pt, também somos do entendimento que o crime de abuso de confiança contra a Segurança Social se consuma logo que findo

indicado prazo legal, constituindo o decurso do prazo de 90 dias estabelecido no n.º 4 do artigo 105.º do RGIT uma mera condição de punibilidade que não tem eficácia interruptiva ou suspensiva do procedimento criminal.

Ou seja, no caso concreto, a prescrição começou a correr no dia 16.1.2005, terminando 5 anos após.

Portanto, no dia em que a sociedade C..., SA. e B... foram constituídos arguidos, a prescrição do procedimento já se tinha verificado.

Assim, outra alternativa não resta ao Tribunal se não declarar prescrito o presente procedimento criminal em relação a ambos os arguidos e, consequentemente extintas as suas responsabilidades pelos crimes que lhes foram imputados.

A extinção da responsabilidade criminal dos arguidos, por prescrição não obsta ao prosseguimento dos autos para apreciação do PIC deduzido uma vez que este assenta na responsabilidade extra contratual resultante do violação da obrigação de entrega de montantes que pertencem à Segurança Social e que aqueles detinham a título precário.

É isto que resulta do disposto no artigo 377º/1 C P Penal, bem como do Acórdão de Fixação de Jurisprudência proferido pelo STJ de 17.6.1999, publicado no DR - I série-A de 3.8.1999.

Nesta medida prosseguirão os autos para apreciação da responsabilidade civil dos demandados tendo por base o PIC deduzido pela Segurança Social”.

III. 2. 2. Os dados da questão.

O despacho recorrido tem subjacente o entendimento de que o prazo de 90 dias constituindo mera condição de punibilidade não tinha repercussão no cômputo do prazo de prescrição e uma vez que os arguido apenas foram constituídos nessa qualidade a 19.1.2010, considerou-se, por isso, que já tinha decorrido a totalidade daquele prazo sem intermediação de qualquer causa de interrupção ou de suspensão.

Deste entendimento discorda o MP, pois que considera que se é certo que quanto à data da consumação do crime temos que atender a que as contribuições deveriam ter sido entregues, nos termos legais, até ao dia 15 do mês seguinte àquele a que dizem respeito as operações - tendo em conta a última das apropriações (DEZEMBRO DE 2004), até ao dia 15 de Janeiro de 2005, há , porém que considerar o prazo de 90 dias do artigo 105º/4 aqui aplicável por força do estatuído no n.º 2 do artigo 107º do RGIT.

Isto porque, apesar deste prazo de dilação não integrar os pressupostos do tipo legal do crime de abuso de confiança fiscal (neste caso à Segurança Social), a verdade é que só nesse momento é possível sancionar o ilícito.

E na consideração de que se só neste caso ocorre punição por crime, sendo este facto - decurso de mais de 90 dias - relevante para sancionar o comportamento, então deve ser reportado a ele que se deve iniciar a contagem do prazo a partir do qual o crime deixará, também, de ser perseguido criminalmente, por via da consumação da prescrição. O mesmo facto relevará, então, para determinar a perseguição criminal do comportamento omissivo e para a cessação dessa perseguição. Donde, como data relevante para a consumação do crime, sob a forma omissiva, temos a data de 15 de Abril de 2005 - e assim, não tinham ainda decorrido os 5 anos quando os arguidos a 19.1.2010, foram constituídos como tal.

III. 2. 3. A prescrição do procedimento criminal.

O crime de abuso de confiança contra a segurança social - imputado aos arguidos - constitui um crime omissivo puro, pois que o facto tipicamente ilícito consiste em “não entregar”.

Donde, por força do n.º 2 do artigo 5º do RGIT, o crime considera-se praticado na data em que termine o prazo para o cumprimento do respectivo dever de entrega.

No entanto, consagra o n.º 4 do artigo 105º do RGIT, a propósito do crime de abuso de confiança fiscal - aplicável ao crime de abuso de confiança contra a segurança social, por força da remissão contida no n.º 2 do artigo 107º do RGIT - uma condição de punibilidade, ao dispor que os factos só são puníveis se tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação - alínea a).[2] Condição de punibilidade,[3] que como tal, se encontra situado fora do tipo de ilícito e tipo de culpa embora integrando um dos elementos da norma, sendo de verificação indispensável para que o facto tenha consequências penais

Nos termos do disposto no artigo 120º/1 alínea a) C Penal, a prescrição do procedimento criminal suspende-se durante o tempo em que o procedimento não puder legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal.

Assim, aquela condição de punibilidade, nos termos do disposto nos artigos 119º/1 e 120º/1 alínea a) C Penal, releva para efeitos do início do prazo de prescrição, bem como, para a sua suspensão[4].

Donde na prática o termo inicial do prazo de prescrição conta-se a partir do 91º dia posterior ao termo do prazo legal de entrega da

prestação tributária.

Antes de decorridos os 90 dias - período durante o qual é permitido ao devedor evitar a punibilidade dos factos como crime, entregando para tanto à Administração Fiscal ou à Segurança Social, as prestações que não entregou antes - poderá, tão só, haver responsabilidade contra-ordenacional, por falta de entrega da prestação tributária, nos termos do artigo 114.º/1 do RGIT-

Sempre entendemos e decidimos (cremos que em decisões inéditas, contudo) - com o devido respeito pela posição exarada no despacho recorrido - no entanto que a posição pugnada pelo recorrente é a que acolhe o entendimento mais conforme com a letra da lei e, seguramente, com o sistema, no seu todo, de molde a conferir-lhe uma lógica global própria.

Tese, que da mesma forma foi **sufragada neste Tribunal nos Acórdãos de 27.4.2005, 25.3.2009, 21.4.2010, 23.2.2011, 28.9.2011 e 14.11.2012.**

III. 2. 4. Aproximação ao caso concreto.

No caso, atenta a apontada qualificação jurídica dos factos, o prazo de prescrição do procedimento criminal é de 5 anos, cfr. artigo 118º/1 alínea c) C Penal.

Nos termos do disposto no artigo 121º/3 C Penal - aplicável ex vi do artigo 3º alínea a) do RGIT - a prescrição do procedimento criminal tem sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão - que não pode exceder 3 anos, artigo 120º/1 alínea b) e 3 C Penal - tiver decorrido o prazo normal de prescrição acrescido de metade.

O que se traduz que a prescrição do procedimento criminal se atingiria, seguramente, decorridos - sobre a apontada data de 15.4.2005 - que fossem 5 anos + 2 anos e 6 meses + 3 anos, o que equivale a 10 anos e 6 meses.

O que manifestamente ainda não ocorre.

Como nem sequer o prazo normal.

Com efeito.

O último mês assinalado para a falta de entrega das prestações à Segurança Social é o de Dezembro de 2004, donde o valor das quotizações retidas referentes a esse mês deveria ser entregue até ao 15.º dia do mês seguinte ou seja, 15.1.2005, tendo-se verificado a condição de punibilidade, tão só, a 15.4.2005 - data a partir da qual se iniciou a contagem do prazo de prescrição, **por efeito da suspensão decorrente da alínea a) do n.º 4 do artigo 105.º, ex vi do n.º 2 do artigo 107.º do RGIT.**

Uma vez que os arguidos foram como tal constituídos a 19.1.2010 - quando ainda se não tinha completado o prazo de prescrição de 5 anos - nessa data ocorreu causa de interrupção do prazo de prescrição em curso, nos termos do disposto pelo artigo 121.º/1 alínea a) C Penal, aplicável por força do disposto pelo artigo 21.º/4 do RGIT, iniciando-se, desde essa data, novo prazo de prescrição nos termos do n.º 2 do artigo 121.º C Penal - prazo de 5 anos - que, também, como resulta evidente, se não acha decorrido. [5]

O que significa que não se mostra extinto por prescrição o procedimento criminal contra os arguidos B... e contra a sociedade "C..., SA."

Em síntese:

se o processo penal visa investigar a responsabilidade criminal do agente e se esta, no caso, apenas se consolida decorrido o apontado prazo de 90 dias, se há, então, que esperar pelo seu decurso, para se instaurar o processo, então, não pode deixar de se conceder a este facto, relevo decisivo para o início da contagem do prazo de prescrição;

se para se iniciar o processo crime se tem que esperar pelo decurso do período de 90 dias, em que, afinal, se traduz a verificação da condição de punibilidade, então a contagem do prazo da prescrição - sob pena de manifesta contradição nos seus precisos termos - apenas se pode iniciar, quando aquele prazo esteja decorrido - e ainda assim, a apontada condição de punibilidade se verifique.

Assiste, por isso, razão ao recorrente quando pugna por tal entendimento.

IV. Dispositivo

Nestes termos e com os fundamentos mencionados, acordam os Juízes que compõem este Tribunal, em conceder provimento ao recurso apresentado pelo Magistrado do MP. em função do que:

- se revoga a decisão recorrida;
- a qual deve ser substituída por uma outra que pressuponha a não ocorrência a extinção do procedimento criminal, por prescrição e, ordene o prosseguimento da ulterior tramitação dos autos, nessa conformidade.

Custas pelo arguido B..., que respondeu ao recurso, no qual decaiu, com taxa

de justiça que se fixa no equivalente a 4 UC,s.

Elaborado em computador. Revisto pelo Relator, o 1º signatário.

Porto, 2013.dezembro.18

Ernesto de Jesus de Deus Nascimento

Artur Manuel da Silva Oliveira

[1] No requerimento que havia junto anteriormente, a fls. 822 e 823, o arguido B1... pugnava pela prescrição do procedimento criminal, alegando que à data em que fora constituído arguido - 19 de Janeiro de 2010 - o procedimento criminal contra si estava já prescrito - desde 15 de Janeiro de 2010.

[2] Como tal qualificada no Acórdão do TRL de 5.7.2006, invocando a autoridade de Lopes de Sousa e Simas Santos.

[3] De realçar que a par desta a Lei que aprovou o OGE para 2007 introduziu ao tipo, uma outra, inteiramente nova, que consta da alínea b) do mesmo n.º 4 e que como tal foi qualificada no Acórdão de Fixação de Jurisprudência 6/2008 do STJ, por força da qual os factos só são puníveis se, havendo declaração mas faltando a entrega da prestação tributária devida, o contribuinte, notificado para o efeito, não pagar a prestação devida acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias.

Daqui, de resto, entende Taipa de Carvalho, in O crime de abuso de confiança fiscal: consequências jurídico-penais da alteração introduzida pela Lei 53-A/2006 de 31DEZ, 43/54, que a partir de 1JAN2007 a consumação do crime de abuso de confiança fiscal se dá:

a)relativamente ao crime cometido por omissão de entrega de prestações tributárias deduzidas mas não declaradas, qualquer que seja o seu valor, no 1º dia após o decurso dos 90 dias referidos a alínea a) d n. 4 do artigo 105º do RGIT;

b) relativamente ao crime cometido por omissão de entrega de prestações deduzidas e declaradas no 1º dia após o decurso do prazo dos 30 dias referidos na alínea b).

[4] Este é o entendimento de **Isabel Marques da Silva, in Regime Geral das Infracções Tributárias, cadernos IDEFF, n.º 5, 3ª edição, 229 - com o qual concordamos e por isso, com a devida vénia, vimos seguindo de perto, mesmo com transcrição.**

[5] Sendo certo por outro lado, que este novo prazo de prescrição, por sua vez, foi suspenso, em 11 de Maio de 2011, cfr. fls. 341 e 343, com notificação aos arguidos do despacho de acusação, artigo 120.º/1 alínea b) C Penal.