

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 2693/17.0T9VFR.P1

Relator: EDUARDA LOBO

Sessão: 08 Novembro 2023

Número: RP202311082693/17.0T9VFR.P1

Votação: MAIORIA COM 1 VOT VENC

Meio Processual: CONFERÊNCIA

Decisão: CONCEDIDO PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO ARGUIDO.

CRIME DE ABUSO DE CONFIANÇA CONTRA A SEGURANÇA SOCIAL

PERDA DE VANTAGENS DO CRIME

PEDIDO DE INDEMNIZAÇÃO CIVIL

Sumário

I - A Constituição da República Portuguesa protege, no seu artigo 62.º, n.º 1, o direito à propriedade privada; da conjugação deste artigo da lei fundamental com o artigo 1305.º do Código Civil decorre que o direito de propriedade da vítima de um crime prevalece necessariamente sobre o interesse de política criminal do Estado em ver declarada a perda, a seu favor, das vantagens do crime; assim, na concorrência entre o pedido de indemnização por danos patrimoniais fundado na prática de um crime e a pretensão do Estado na declaração de perda a seu favor das vantagens do mesmo, este último não deverá merecer deferimento, ao menos até à parte em que coincidem a perda do lesado e a vantagem do agente do crime.

II - O Estado não pode instrumentalizar, em seu favor, o direito de propriedade privada do lesado, adquirindo os bens mesmo contra a vontade do lesado; mesmo desapossado dos bens pelo agente do crime, o lesado não deixa de ser o legítimo proprietário dos mesmos, pelo que, na hipótese, v. g., de declarar expressamente prescindir deles em favor do agente do crime, não pode o Estado, no âmbito da sua pretensão punitiva e na prossecução da sua política criminal, sobrepor-se a esta vontade do lesado.

III - Isto é válido, por exemplo, nas situações em que, tendo o lesado deduzido no processo criminal um pedido de indemnização, vem a desistir do pedido, no

decurso do processo.; mais difícil é a resposta à questão da decisão de perda das vantagens do crime a favor do Estado nas situações em que o lesado não deduz pedido de indemnização, desinteressando-se dos seus direitos patrimoniais lesados.

IV - As situações em que não existe um elo de ligação facilmente apreensível entre as vantagens patrimoniais do crime e as correspondentes desvantagens, v. g., quando estão em causa “victimless crimes” ou crimes em que está em causa um número indeterminado de lesados, representam o domínio indisputado do instituto da perda de bens a favor do Estado, não apenas aliás, da perda clássica, como, sobretudo, da perda ampliada de bens.

V - A interpretação mais adequada ao pensamento legislativo quanto ao instituto da perda de bens ou vantagens a favor do Estado é que este perdimento deve comprimir-se quando em presença do instituto concorrente do pedido de indemnização pelo lesado e deve expandir-se quando este se desinteressa do seu património, perdido para o agente do crime.

VI - Não faz, por isso, sentido o deferimento judicial de ambas as pretensões, quando se conjugam num mesmo processo, pois que o objeto de uma é coincidente com o objeto da outra, ou seja, a condenação do demandado a pagar ao lesado aquilo em que aquele se locupletou à custa deste, coincide com a sanção do arguido ao perdimento das mesmas quantias a favor do Estado.

VII - Resultando dos autos que o Instituto da Segurança Social I.P. não se desinteressou do seu património, tanto mais que deduziu pedido de indemnização civil em montante até superior ao reclamado pelo Ministério Público, não se justifica o recurso ao instituto de perda de vantagens a favor do Estado.

Texto Integral

Processo nº 2693/17.0T9VFR.P1

1ª secção

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

I - RELATÓRIO

Nos autos de Processo Comum com intervenção do Tribunal Singular que

correm termos no Juízo de Competência Genérica de Vale de Cambra, Comarca de Aveiro, com o nº 2693/17.0T9VFR, foram submetidos a julgamento os arguidos AA e A..., Lda. tendo a final sido proferida sentença que condenou os arguidos:

a) AA pela prática de um crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, p. e p. pelos artºs 107.º n.ºs 1 e 2 do RGIT por referência ao artº 105.º n.ºs 1, 4 e 7 do mesmo RGIT, na pena de 2 anos e 2 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 4 anos, condicionada ao pagamento, no prazo da suspensão, dos montantes em dívida à Segurança Social, acrescido de juros e demais encargos;

b) sem prejuízo do referido em a), e com vista ao mesmo fim, o arguido deverá proceder ao pagamento mensal de 200,00 € na Tesouraria da Segurança Social, montantes esses que serão abatidos à dívida em causa nos autos, devendo o arguido comprovar o pagamento no processo no prazo de 10 dias após a sua realização.

c) "A..., Lda.", pela prática do crime de abuso de confiança em relação à Segurança Social, p. e p. pelo artº 107.º nº 1, por referência aos artºs 105.º n.ºs 1, 4 e 7, ambos do RGIT, na pena de 330 dias de multa, à taxa diária de 7,00 €.

d) Foi ainda declarada perdida a favor do Estado a vantagem patrimonial obtida no montante de 78.409,79€, nos termos do artº 110.º do Código Penal, condenando-se solidariamente o arguido AA e a sociedade "A..., Lda." a entregar tal montante ao Estado.

e) Foram ainda condenados solidariamente os arguidos AA e A..., Lda. a pagarem ao demandante "Instituto da Segurança Social, I.P.", a título de indemnização por danos patrimoniais, a quantia de 78.409,79 € acrescida dos juros de mora calculados nos termos previstos no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de março, e no artigo 212.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social [CRCSPSS] que até 25.01.2023 ascendem a 34.509,26€, o que perfaz 112.919,05€, bem como dos juros vincendos desde a referida data e até integral e efetivo pagamento.

*

Inconformado com a sentença condenatória, veio o arguido AA interpor o presente recurso, extraindo das respetivas motivações as seguintes conclusões:

1. O Tribunal a quo considera que se verifica que é aplicável, em alternativa, pena prisão ou pena de multa, pelo que importa proceder à escolha da pena, sendo que, e por imperativo legal, tal pena deve ser a pena de multa.
2. O Tribunal a quo considera que é certo que o arguido não tem antecedentes

criminais pela prática de crimes da mesma natureza ou outra e que se encontra social e profissionalmente inserido.

3. O Tribunal a quo considera e não olvida que o arguido confessou praticamente todos os factos da acusação/pronúncia, o que releva e ajuda a que o mesmo interiorize a gravidade da sua conduta.

4. O Tribunal bem andou ao apreciar, positivamente, a conduta processual do arguido, que confessou os factos, que se encontra socialmente inserido e integrado, que não tem antecedentes criminais, que efetuou pagamentos parciais, que não se apropriou de qualquer quantia, que não retirou qualquer benefício próprio e que beneficia de um juízo de prognose favorável,

5. Os fundamentos da apreciação do Tribunal justificam a aplicação ao arguido de uma pena de multa, uma vez que as exigências de prevenção, quer geral quer especial, encontram-se, amplamente garantidas pela aplicação ao arguido dessa pena.

6. Verificam-se cumpridos, integralmente, os critérios legais para a aplicação ao arguido de uma pena de multa, pelo que a sua condenação numa pena de prisão, ainda que suspensa na sua execução, mas condicionada ao pagamento da quantia em dívida, constitui uma dupla penalização.

7. A decisão recorrida viola o disposto nos artigos 70º e 71º do Código Penal, pelo que se impõe a sua revogação e conseqüente substituição da pena de prisão pela aplicação ao arguido de uma pena de multa.

8. Considerando os factos dados como provados e os factos dados como não provados pelo Tribunal a quo, verifica-se uma contradição insanável entre a fundamentação da sentença e o seu dispositivo condenatório.

9. O Tribunal considera que o arguido efetuou pagamentos parciais, que não se apropriou de qualquer quantia e que não retirou qualquer benefício próprio da sua conduta.

10. Está provado que os valores em dívida pela sociedade arguida foram atualizados pela demandante de acordo com os pagamentos, entretanto efetuados, no montante de €38.929,47.

11. O Instituto da Segurança Social deduziu pedido de indemnização civil, de igual montante, que foi julgado procedente, sendo os arguidos condenados ao respetivo pagamento, pelo que fica garantido o respetivo ressarcimento.

12. A declaração de perda de vantagem patrimonial a favor do Estado, no valor em dívida e a procedência do pedido de indemnização civil, formulado pelo Instituto da Segurança Social em igual montante, constitui uma dupla penalização para o arguido.

13. Dupla penalização que urge corrigir pela via da revogação da declaração de perda da vantagem patrimonial a favor do Estado.

14. A medida concreta da pena é excessiva e inadequada, por não considerar,

como se impunha, os critérios para a determinação da medida concreta da pena.

15. O Tribunal aplicou uma pena de prisão que se afasta, largamente, do seu limite mínimo e se aproxima, exageradamente, do seu limite máximo.

16. A pena de prisão é exagerada, desajustada e desproporcional à conduta do arguido, devendo ser reduzida para medida inferior a um terço da moldura penal.

17. Ao fixar a medida da pena, o Tribunal a quo violou os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, atentando frontalmente contra o fim das penas e à previsão dos artigos 40º e 71º do C.P.

18. Pois, decidindo como decidiu, o Tribunal a quo violou, entre outras, as normas jurídicas constantes dos artigos 40º, 43º, 47º, 70º, 71º e 11º do C. P.; artigo 379º do C. P. P., e artigos 64º, 105º e 107º do R.G.I.T.

*

Na 1ª instância o Ministério Público respondeu às motivações de recurso, concluindo que lhe deve ser negado provimento.

*

Neste Tribunal da Relação do Porto a Srª. Procuradora-Geral Adjunta emitiu douto parecer no sentido da procedência parcial do recurso no que respeita à medida concreta da pena.

*

Cumprido o disposto no artº 417º nº 2 do C.P.Penal, não foi apresentada qualquer resposta.

*

Efetuada exame preliminar e colhidos os vistos legais, foram os autos submetidos à conferência.

*

*

III - FUNDAMENTAÇÃO

A sentença sob recurso considerou provados os seguintes factos: [transcrição]

Do processo n.º 2693/17.0T9VFR:

1. A arguida “A..., Lda.” é uma sociedade por quotas, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Vale de Cambra ...76.

2. O arguido AA é sócio e gerente desta sociedade desde 21.07.1975, data da sua constituição, e vem assumindo, desde então, as funções inerentes a tal cargo, praticando, desde sempre, os diversos atos inerentes à administração e gestão da sociedade e tomando conjuntamente todas as decisões relativas a tal, entre as quais a afetação dos respetivos meios financeiros ao cumprimento das suas obrigações correntes, como a satisfação dos impostos e contribuições para a Segurança Social, sempre em nome e no interesse daquela sociedade

comercial.

3. O arguido AA é o único gerente da sociedade desde 29.05.2011, obrigando-se a sociedade arguida com a sua intervenção.

4. Deste modo, o arguido era o responsável pelo pagamento dos salários e outras remunerações aos funcionários e colaboradores da empresa arguida, bem como pelo desconto das contribuições para a segurança social no montante de tais salários e remunerações pagos aos trabalhadores e membros dos órgãos sociais dessa empresa.

5. Para o exercício da sua atividade, a sociedade arguida empregava diversos trabalhadores e colaboradores, que prestavam serviços sob as suas ordens e direção e a quem eram pagas as correspondentes remunerações, depois de descontada e retida a percentagem relativa às contribuições de tais trabalhadores para a Segurança Social.

6. Por força do exercício da atividade desenvolvida por aquela sociedade, o arguido conhecia as obrigações legais que impendiam sobre a sociedade que geria, designadamente as relativas ao pagamento das remunerações aos seus trabalhadores e órgãos sociais.

7. Assim, sabia o mesmo, concretamente, que do total das remunerações pagas pela sociedade, deveria ser efetuada declaração mensal ao Centro Regional da Segurança Social no mês subsequente ao do pagamento dos salários, acompanhada do pagamento do valor (taxa) neles descontado, a título de contribuições para a Segurança Social.

8. A sociedade arguida pagou regularmente os salários dos trabalhadores e membros dos órgãos sociais e procedeu, através do arguido seu gerente, à entrega nos serviços da Segurança Social das correspondentes folhas de remuneração destinadas a mencioná-los.

9. Porém, nos períodos de Dezembro de 2011 a Dezembro de 2013 e de Fevereiro de 2014 a Junho de 2015, apesar de ter descontado nos salários que pagou aos seus trabalhadores e membros dos órgãos estatutários, as contribuições devidas por estes à Segurança Social, o arguido não efetuou a sua entrega à Segurança Social entre o 10.º e o 20.º dia do mês seguinte àquele a que as contribuições respeitavam, como sabia ser sua obrigação, nem posteriormente, nos 90 dias subsequentes ao termo desse prazo, integrando aquelas quantias no património da sociedade, nos termos e montantes referenciados nos mapas que constam de fls. 28 e 29, que aqui se dão por reproduzidos para todos os efeitos legais, no valor total de 73.891,78€ (setenta e três mil oitocentos e noventa e um euros setenta e oito cêntimos):

a) quanto ao regime dos trabalhadores por conta de outrem:

Data	Total de remunerações	Taxa Contribuições Trabalhadores	Contribuições retidas e não pagas
Dezembro 2011	€24.137,73	11%	€2.655,15
Janeiro 2012	€12.617,09	11%	€1.235,79
Fevereiro 2012	€12.575,80	11%	€1.231,71
Março 2012	€12.617,09	11%	€1.235,79
Abril 2012	€12.555,17	11%	€1.330,61
Mai 2012	€12.617,09	11%	€1.337,18
Junho 2012	€12.555,17	11%	€1.330,61
Julho 2012	€24.780,09	11%	€2.725,81
Agosto 2012	€11.678,01	11%	€1.284,58
Setembro 2012	€12.065,01	11%	€1.327,15
Outubro 2012	€12.617,09	11%	€1.387,88
Novembro 2012	€12.549,09	11%	€1.380,40
Dezembro 2012	€24.313,76	11%	€2.674,51
Janeiro 2013	€12.916,26	11%	€1.420,79
Fevereiro 2013	€12.813,55	11%	€1.409,49
Março 2013	€12.471,94	11%	€1.371,91
Abril 2013	€12.449,93	11%	€1.369,49
Mai .2013	€12.577,87	11%	€1.383,57
Junho 2013	€12.871,02	11%	€1.083,54

Julho 2013	€26.089,21	11%	€2.869,81
Agosto 2013	€12.690,88	11%	€1.396,00
Setembro 2013	€14.285,01	11%	€1.571,35
Outubro 2013	€13.073,58	11%	€1.438,09
Novembro 2013	€13.044,32	11%	€1.434,88
Dezembro 2013	€24.872,37	11%	€2.735,96
Janeiro 2014	€13.459,58	11%	€0.000,00
Fevereiro 2014	€13.265,96	11%	€1.459,26
Março 2014	€13.445,09	11%	€1.478,96
Abril 2014	€13.408,35	11%	€1.474,92
Mai 2014	€13.214,68	11%	€1.453,61
Junho 2014	€12.868,62	11%	€1.415,55
Julho 2014	€25.119,68	11%	€2.763,16
Agosto 2014	€12.073,61	11%	€1.328,10
Setembro 2014	€13.256,95	11%	€1.218,96
Outubro 2014	€11.436,09	11%	€1.257,97
Novembro 2014	€11.547,05	11%	€1.270,18
Dezembro 2014	€24.272,83	11%	€2.670,01
Janeiro 2015	€11.475,33	11%	€1.262,29
Fevereiro 2015	€10.872,29	11%	€1.195,95
Março 2015	€11.318,13	11%	€1.244,99
Abril 2015	€14.074,71	11%	€1.548,22
Mai 2015	€12.850,71	11%	€1.413,58

Junho 2015	€12.882,68	11%	€1.417,09
TOTAIS	€628.676,47		€66.494,86

b) quanto ao regime dos membros dos órgãos estatutários:

Data	Total de remunerações	Taxa Contribuições Trabalhadores	Contribuições retidas e não pagas
Dezembro 2011	€2.860,01	11%	€265,98
Janeiro 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Fevereiro 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Março 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Abril 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Mai 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Junho 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Julho 2012	€2.860,00	11%	€265,98
Agosto 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Setembro 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Outubro 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Novembro 2012	€1.430,00	11%	€132,99
Dezembro 2012	€2.860,00	11%	€265,98
Janeiro 2013	€1.430,01	11%	€157,30

Fevereiro 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Março 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Abril 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Mai 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Junho 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Julho 2013	€2.860,03	11%	€314,60
Agosto 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Setembro 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Outubro 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Novembro 2013	€1.430,01	11%	€157,30
Dezembro 2013	€2.860,03	11%	€314,60
Janeiro 2014	€1.477,08	11%	€000,00
Fevereiro 2014	€1.472,81	11%	€162,01
Março 2014	€1.472,81	11%	€162,01
Abril 2014	€1.472,81	11%	€162,01
Mai 2014	€1.474,94	11%	€162,24
Junho 2014	€1.470,66	11%	€161,77
Julho 2014	€2.909,21	11%	€320,01

Agosto 2014	€1.430,01	11%	€157,30
Setembro 2014	€1.477,09	11%	€162,48
Outubro 2014	€1.479,22	11%	€162,71
Novembro 2014	€1.472,81	11%	€162,01
Dezembro 2014	€2.902,79	11%	€319,31
Janeiro 2015	€1.474,94	11%	€162,24
Fevereiro 2015	€1.470,65	11%	€161,77
Março 2015	€1.477,09	11%	€162,48
Abril 2015	€1.474,94	11%	€162,24
Mai 2015	€1.472,81	11%	€162,01
Junho 2015	€1.474,94	11%	€162,24
TOTAIS	€72.257,78		€7.396,92

10. Pela forma descrita, o arguido desviou os referidos montantes devidos à Segurança Social, para outros fins, por si escolhidos.

11. Nas datas limites de pagamento das ditas contribuições à Segurança Social, bem como nos períodos mais próximos, a sociedade arguida possuía meios financeiros para satisfazer os seus pagamentos.

12. Não obstante, tal sociedade, por intermédio do arguido, seu gerente, desviou tais quantias para a satisfação de interesses da sociedade, entre os quais o pagamento de despesas decorrentes da gestão da sua atividade comercial.

13. A sociedade arguida e o arguido AA foram notificados em 24.11.2017 para, no prazo de 30 dias, procederem ao pagamento da quantia referida em 9., dos respectivos juros, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 105.º, n.º 4, alínea b) do R.G.I.T, no entanto, o pagamento da quantia em dívida e seus juros não foi efectuado até ao termo desse prazo.

14. O arguido AA agiu como descrito sempre em nome e no interesse da sociedade arguida, com o intuito de reverter e despende a quantia em causa em proveito da sociedade arguida, integrando-a no respectivo património, não obstante saber que essa conduta constituía violação da obrigação legal a que a empresa estava adstrita e, após a não entrega, pela primeira vez, dos montantes destinados à Segurança Social e que havia deduzido às referidas remunerações, resolveu agir da mesma forma e repetir a conduta descrita, não obstante saber que essa conduta constituía violação da obrigação legal a que a empresa arguida estava adstrita.

15. Agiu livre, voluntária e conscientemente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Exclusivamente do pedido de indemnização civil:

16. Por força da conduta dos arguidos descrita nos factos supra elencados, o demandante tem em falta nos seus cofres, até 25 de Janeiro de 2023, a quantia global de 73.608,44€, sendo 49.048,67€ de contribuições devidas, nomeadamente 43.936,90€ do regime dos trabalhadores por conta de outrem e 5.111,77€ do regime dos pensionistas, por contribuições devidas e não pagas dos meses de 02/2013 a 12/2013 e de 02/2014 a 06/2015, e 24.559,77€ de juros de mora vencidos à taxa legal até 25 de Janeiro de 2023.

*

Foram considerados não provados os seguintes factos:

a)- O arguido AA agiu como descrito com o intuito de reverter e despende a quantia em causa em causa em proveito próprio integrando-a no seu património.

*

Processo n.º 2210/20.5T9VFR

17. A sociedade arguida é uma sociedade por quotas, com sede o Lugar ..., ..., Vale de Cambra, matriculada sob o n.º76, constituída a 21 de Julho de 1975, encontrando-se inscrita na Segurança Social com o n.º ...84.

18. Desde a sua constituição que o arguido AA assume a qualidade de sócio e de gerente da sociedade arguida, exercendo tais funções de gerência de forma exclusiva desde 29 de Maio de 2011, o que fez também de facto, assumindo a direção e organização da empresa, dando ordens e instruções e controlando toda a atividade, iniciativa e a responsabilidade por todas as decisões do giro da empresa, nomeadamente perante trabalhadores, fornecedores Estado e Segurança Social.

19. No período compreendido entre Julho de 2015 a Janeiro de 2019, concretamente nos períodos e meses abaixo identificados, a sociedade arguida deduziu do valor das remunerações pagas aos seus trabalhadores, os montantes relativos às contribuições por estes devidas à Segurança Social.

20. Assim, através do arguido, a quem competia a respectiva gerência, a sociedade arguida entregou mensalmente as folhas de remunerações dos trabalhadores, procedendo à retenção das contribuições descontadas aos salários pagos àqueles, correspondente a 11% dos salários pagos aos mesmos, no montante global de 43.447,48 €, o que fez nos seguintes meses e valores:

MÊS/ANO	TRABALHADORES POR CONTA DE OUTRÉM Contribuições não pagas (Código 000)
Julho/2015	€3.067,52
Agosto/2015	€1.554,76
Setembro/2015	€1.588,97
Outubro/2015	€1.590,11
Novembro/2015	€1.713,86
Dezembro/2015	€3.050,35
Janeiro/2016	€1.520,84
Fevereiro/2016	€1.189,62
Junho/2016	€1.478,38
Julho/2016	€2.982,52
Agosto/2016	€1.471,50
Janeiro/2017	€780,57
Fevereiro/2017	€1.374,16
Março/2017	€1.329,35
Abril/2017	€1.432,44
Maior/2017	€1.485,39
Junho/2017	€1.585,11
Julho/2017	€3.131,11
Agosto/2017	€1.577,06
Setembro/2017	€1.689,53
Junho/2018	€1.589,35
Julho/2018	€3.192,71
Agosto/2018	€1.505,15
Janeiro/2019	€1.567,17
TOTAL	€43.447,48

21. A sociedade arguida, sujeito passivo da referida obrigação, assume-se como mero substituto tributário, funcionando como um depositário das importâncias pagas pelos colaboradores, que lhe foram retidas ou descontadas, com a obrigação de as entregar nos cofres da segurança social nos prazos regulados por lei.

22. O arguido, enquanto representante da sociedade arguida e actuando como tal, assumindo a sua gestão, ao longo dos sucessivos períodos supra descritos, renovando o seu desígnio criminoso de apoderar para a sociedade que geria, não entregou as sobreditas contribuições que eram devidas à Segurança Social.

23. Fê-lo, bem sabendo que, em nome e em representação da sociedade arguida, tinha o dever de enviar àquela instituição as folhas de remunerações pagas no mês anterior aos seus trabalhadores, bem como, sabia que no acto de pagamento dessas remunerações, deveria proceder ao desconto prévio dos valores das contribuições por aqueles legalmente devidas à Segurança Social e, após, entregar tais quantias a esta instituição.

24. Mais sabia que deveria liquidar e entregar tais contribuições até ao dia 20 do mês seguinte àquele a que respeitavam.

25. Porém, não obstante disso saber e de nos meses supra descritos ter efectuado as retenções acima discriminadas, o arguido no interesse da sociedade arguida que geria, não entregou na Segurança Social naquele prazo legal, nem decorridos 90 dias sobre o termo deste prazo, fazendo da sociedade arguida tais quantias, ao longo do período supra descrito, integrando-as no seu património e delas dispendo como se fossem da sociedade, como bem lhe aprouve.

26. Mesmo após ter sido notificado nos termos do disposto nos n.ºs 4, al. b) do artigo 105.º, aplicável ex vi art. 107.º n.º 2 do R.G.I.T., para proceder ao pagamento voluntário de tais quantias, a arguida não cumpriu as suas obrigações tributárias no prazo de 30 dias a contar de tal notificação, não tendo pago as quantias em dívida, nem os correspondentes juros referentes a esses períodos e dos demais acréscimos legais.

27. O arguido agiu com propósito conseguido de fazer da sociedade arguida que representava e em cujo nome e interesse também agiu, as mencionadas quantias, utilizando-as e dissipando as mesmas em proveito da sociedade arguida, bem sabendo que as mesmas não lhe pertenciam mas sim à Segurança Social e que, como tal, delas não podia dispor como suas, cabendo àquela apenas deduzir os aludidos montantes e entregá-los à Segurança

Social.

28. Fê-lo, renovando a sua intenção delituosa sempre que bem o entendeu, agindo, em todas os períodos temporais de modo livre, voluntário e consciente, querendo e conseguindo fazer da sociedade arguida aquelas quantias, actuando no respectivo interesse e em nome, representação e no interesse da sociedade arguida, bem sabendo que a suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

Exclusivamente do pedido de indemnização civil:

29. Por força da conduta dos arguidos descrita nos factos supra elencados, o demandante tem em falta nos seus cofres o montante global de 39.310,61€, sendo 29.361,12 € de contribuições devidas do regime geral por contribuições devidas e não pagas dos meses de 02/2016; 06/2016 a 08/2016; 01/2017 a 09/2017; 06/2018 a 08/2018 e 01/2019, e 9.949,49€ de juros de mora vencidos à taxa legal, até 25 de Janeiro de 2023.

Mais resulta provado relativamente ao arguido AA:

30. Continua a ser gerente da sociedade "A..., Lda." auferindo uma remuneração entre 1.300,00€ e 1.400,00€ brutos por mês.

30.1. Reside sozinho em casa própria tendo contraído empréstimo para a sua aquisição pelo qual paga uma prestação de cerca de 480,00€ por mês.

*

Foram considerados não provados os seguintes factos:

a)- O arguido atou com o objectivo de se apoderar para si das quantias não entregues.

b)-O arguido, no respectivo interesse individual não entregou as descritas quantias na Segurança Social naquele prazo legal, nem decorridos 90 dias sobre o termo deste prazo, fazendo suas tais quantias, ao longo do período supra descrito, integrando-as no seu património e delas dispendo como se fossem suas, como bem lhe aprouve.

c)- O arguido agiu com propósito conseguido de fazer suas as mencionadas quantias, utilizando-as e dissipando-as em seu proveito bem sabendo que as mesmas não lhe pertenciam e que, como tal, delas não podia dispor como suas.

d)- O arguido agiu em todas os períodos querendo e conseguindo fazer suas aquelas quantias.

*

A matéria de facto encontra-se motivada nos seguintes termos: [transcrição]

O tribunal, para dar como provados os factos acima elencados, formou a sua convicção com base na análise crítica e ponderada, segundo as regras da experiência comum e da normalidade, das declarações do arguido que confessou os factos quer no que diz respeito aos valores de contribuições retidas e não entregues quer aos respectivos períodos, com excepção dos

factos que foram dados como não provados, conjugadamente com os documentos juntos aos autos, nomeadamente:

Processo n.º 2693/17.0T9VFR:

Certidão permanente da sociedade arguida [fls. 46-51]; notificações efetuadas à sociedade arguida e ao arguido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 105.º n.º 4, alínea b), do RGIT [fls. 72 e 73]; prints extraídos do Sistema de Informação da Segurança Social referentes à qualificação e às declarações de remunerações registadas e entregues pela entidade empregadora relativamente aos trabalhadores e aos órgãos estatutários da sociedade arguida [fls. 52-64]; mapas dos períodos de contribuições e valores em falta, relativamente aos trabalhadores da sociedade arguida [fls. 28-29]; documentos comprovativos de pagamentos efectuados [fls. 202-205].

Processo n.º 2210/20.5T9VFR:

Notificações efetuadas à sociedade arguida e ao arguido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 105.º n.º 4, alínea b), do RGIT [fls. 42 a 47]; prints extraídos do Sistema de Informação da Segurança Social referentes à qualificação e às declarações de remunerações registadas e entregues pela entidade empregadora relativamente aos trabalhadores e aos órgãos estatutários da sociedade arguida [fls. 68 a 86]; mapas dos períodos de contribuições e valores em falta, relativamente aos trabalhadores da sociedade arguida [fls. 41]; e, ainda, no depoimento da testemunha BB. O tribunal teve, ainda, em consideração, as certidões de dívida juntas aos autos com as referências 13823047, 14039189 e 14059113.

No que se refere ao ponto 13., o tribunal teve em consideração notificações efectuadas à sociedade arguida e ao arguido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 105.º n.º 4, alínea b), do RGIT [fls. 72 e 73].

Já no que se refere ao ponto 26., o tribunal teve em consideração notificações efectuadas à sociedade arguida e ao arguido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 105.º n.º 4, alínea b), do RGIT [fls. 42 a 47].

O tribunal valorou também as declarações do arguido, no que diz respeito às suas condições pessoais, familiares, profissionais, económicas e sociais.

No que diz respeito aos antecedentes criminais dos arguidos, o tribunal valorou os CRC do arguido AA [fls.391] e da sociedade arguida [fls. 392].

Já no que diz respeito aos factos dados como não provados, o tribunal assim os considerou por total ausência de prova sobre os mesmos. De facto, o arguido negou que o valor das contribuições tivesse sido usado em seu benefício próprio e a testemunha BB, secretária da sociedade arguida há 22 anos, cujo depoimento nos mereceu credibilidade por ter sido prestado de forma espontânea e simples, declarou que faz contabilidade, paga salários e fornecedores e que as contribuições não foram pagas porque não havia

liquidez após o pagamento de todas as despesas, do pagamento aos fornecedores e após o pagamento dos salários mas que o dinheiro nunca foi usado para benefício direto e próprio do arguido.

*

*

III - O DIREITO

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respetiva motivação, sendo apenas as questões aí sumariadas as que o tribunal de recurso tem de apreciar[1], sem prejuízo das de conhecimento oficioso, designadamente os vícios indicados no art. 410º nº 2 do C.P.P.[2]. Como resulta das motivações do recurso e das respetivas conclusões, o recorrente delimita o objeto do recurso às questões de saber:

- se o arguido deveria ter sido condenado numa pena de multa ou se, mantendo-se a pena de prisão, deve a mesma ser reduzida para medida inferior a um terço da moldura penal;
- se a declaração de perda a favor do Estado de vantagem patrimonial obtida pelo arguido com a prática do crime e a condenação no pedido de indemnização civil deduzido pelo Instituto da Segurança Social constituem dupla penalização do arguido, devendo ser revogada a primeira.

a) Da determinação da medida concreta da pena:

Alega o recorrente que a matéria de facto provada impunha a preferência pela pena de multa prevista na lei e, caso assim se não entenda, deve ser reduzida a pena de prisão para medida inferior a um terço da moldura penal.

O crime pelo qual o arguido foi condenado é punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias.

Nos termos do artº 40º nº 1 do Cód. Penal, a aplicação de penas visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Para determinar a pena concreta recorre-se ao critério global previsto no nº 1 do artº 71º do C.P., o qual dispõe que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”. Donde se extrai que a determinação da medida da pena é feita em função da culpa e da prevenção – especial e geral positiva ou de integração -, concretizadas a partir da eleição dos elementos para elas relevantes. Há que ter ainda em conta o prejuízo resultante para o Estado, nos termos do artº 13º do RGIT.

Na determinação do substrato da medida da pena, isto é, da totalidade das circunstâncias do complexo integral do facto que relevam para a culpa e a prevenção, há que atender a “todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime deponham a favor do agente ou contra ele (artº 71º nº 2 do

C.P).

Daqui decorre a construção do seguinte modelo: dentro dos limites consentidos pela prevenção geral positiva ou de integração que se traduz na tutela das expectativas da comunidade na manutenção da validade da norma violada - entre o ponto óptimo - que nunca deve ultrapassar o limite máximo de pena adequada à culpa, mas que não tem obrigatoriamente de com ele coincidir - e o ponto ainda comunitariamente suportável de medida da tutela dos bens jurídicos, podem e devem atuar pontos de vista de prevenção especial de socialização, sendo eles que vão determinar em último termo, a medida da pena.

As precedentes considerações normalmente desenvolvidas para o direito penal em sentido estrito, aquele que está vertido no Código Penal, valem em princípio para o direito penal fiscal, pois ao nível da escolha da pena nada justifica que se altere a regra que vale para o direito penal em geral[3].

Mas se é certo que no direito penal fiscal também vigora a predita regra da preferência pelas penas não detentivas, certo é também que este ramo de direito, tem especificidades muito próprias que importa não desconsiderar. Assim, é hoje um dado adquirido a eticização do direito penal fiscal, pois o sistema fiscal não pode ser visto numa perspetiva redutora, apenas como o meio de arrecadar receitas, cabe-lhe também a realização de objetivos de justiça distributiva e o financiamento das atividades sociais do Estado - art^{os}. 103^o e 104^o da CRP.

Contudo, não obstante se venha entendendo que a reação penal neste tipo de ilícito criminal não se compadece com a adoção de penas simbólicas que perpetuam um sentimento de impunidade, ou pecuniárias, por não levarem à interiorização, por parte do agente, da responsabilidade pelo ato danoso, subestimando-o[4], também é certo que cada situação deverá ser analisada individualmente, sob pena de, em caso algum poder ser aplicada a pena não detentiva prevista na lei.

No caso em apreço, apesar de as quantias em dívida à Segurança Social assumirem já significativa expressão (€117.339,26), correspondente ao longo período de tempo em que se perpetuou a conduta omissiva (sete anos), o certo é que, como se refere na parte da sentença recorrida referente à determinação concreta da pena[5], entre Março de 2021 e Janeiro de 2023, os arguidos efetuaram pagamentos de contribuições em atraso que ascendem a €38.929,47, facto que é suficientemente revelador da conformação com a proibição violada.

Por outro lado, o arguido/recorrente tem 59 anos de idade, não tem antecedentes criminais, não havendo notícia da pendência de qualquer outro processo por crimes de natureza fiscal ou contra a Segurança Social (apesar

de a sociedade arguida se manter em atividade), confessou espontaneamente a prática dos factos e encontra-se inserido social e profissionalmente. Tudo visto e ponderado, entende-se que a preferência pela pena não detentiva prevista na lei, ainda realiza de forma adequada e suficiente as apontadas finalidades de punição.

Assim, dentro da moldura abstracta da pena pecuniária, de 10 a 360 dias, considerando todo o circunstancialismo atrás referido, entende-se que a pena de 210 dias de multa é suficiente para que o arguido interiorize a censurabilidade da sua conduta e, simultaneamente, satisfaz as necessidades de prevenção geral.

Na determinação da taxa diária da multa, devendo a mesma ser fixada em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos (artº 15º do RGIT), importa ter em consideração que o arguido/recorrente continua a ser gerente da sociedade "A..., Lda." auferindo uma remuneração entre 1.300,00€ e 1.400,00€ brutos por mês, reside sozinho em casa própria tendo contraído empréstimo para a sua aquisição pelo qual paga uma prestação de cerca de 480,00 € por mês. Atenta a situação económico-financeira do arguido, considera-se adequado fixar a taxa diária da multa em €7,00.

*

b) Da declaração de perda a favor do Estado da vantagem obtida:

Alega o recorrente que a declaração de perda a favor do Estado da quantia de 78.409,79€ e, simultaneamente, a condenação no pedido cível de igual montante deduzido pelo Instituto da Segurança Social, IP, constitui uma dupla penalização pelos mesmos factos, devendo ser revogada a primeira.

A questão que se coloca não consiste em saber se há, efetivamente e em abstrato, lugar à declaração de perda de vantagens, mas sim como harmonizar este instituto com os direitos do lesado, atento o disposto no artº 110º nº 6 do Cód. Penal.

Com efeito, dispõe o artº 110º do Cód. Penal, sob a epígrafe "perda de produtos e vantagens" que:

«1 - São declarados perdidos a favor do Estado:

a) Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e

b) As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.

2 - O disposto na alínea b) do número anterior abrange a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, já cometido ou a cometer, para eles ou para outrem.

3 - A perda dos produtos e das vantagens referidos nos números anteriores tem lugar ainda que os mesmos tenham sido objeto de eventual transformação ou reinvestimento posterior, abrangendo igualmente quaisquer ganhos quantificáveis que daí tenham resultado.

4 - Se os produtos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respetivo valor, podendo essa substituição operar a todo o tempo, mesmo em fase executiva, com os limites previstos no artigo 112.º-A.

5 - O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz.

6 - O disposto no presente artigo não prejudica os direitos do ofendido.[6] »

De notar que, independentemente de se entender que o regime de perdimento de instrumentos, produtos e vantagens previsto nos artºs. 109º a 11º do Cód. Penal é aplicável a todos e quaisquer crimes previstos na parte especial do Código Penal e que os sistemas normativos especiais, relativos à perda de bens a favor do Estado, como os previstos nos artºs 35º e ss. da Lei nº 15/93, de 22/01 (“Lei da Droga”) e na Lei nº 5/02, de 11/01, são aplicáveis à criminalidade organizada e económico-financeira, não deixa de ser empiricamente observável, que este instituto da perda de bens a favor do Estado ou confisco se perfila com maior acuidade ou, porventura, apenas se torna relevante, neste último tipo de criminalidade que, entre outras particularidades, tende a desligar o elo de conexão normalmente facilmente apreensível, existente entre as vantagens do crime e as correspondentes desvantagens. Ou seja, no tipo de criminalidade altamente organizada e económico-financeira, as vantagens patrimoniais alcançadas pelos agentes do crime provêm, ou de uma miríade de ofendidos ou de ofendidos que nenhum interesse têm em reclamar a recuperação de tais vantagens ou têm poucas possibilidades de o fazer, v. g., e respetivamente, tráfico de estupefacientes, corrupção ou tráfico internacional de pessoas ou pornografia de menores. Estão em causa crimes em que, ou há um número indeterminável de lesados, ou há “victimless crimes”, em que os lesados nenhum interesse têm em desapossar os criminosos dos seus proventos ou em que as vítimas estão numa tal posição de fragilização ou mesmo fisicamente deslocados dos locais onde os crimes se repercutem, v. g., fraude com meios de pagamento por usurpação de identidade ou pornografia de menores através da internet. Perde-se, assim, a natural ligação e fácil apreensão da deslocação patrimonial de um ofendido para um agente do crime que normalmente existe na criminalidade tradicional, por oposição à criminalidade organizada e/ou “internacional”. Onde existe esta ligação entre um lesante e um lesado patrimonial, não tem o

Estado, normalmente, qualquer interesse em intervir para desapossar o agente do crime dos seus proventos, pois o lesado é quem tem o interesse e motivação para esse desiderato (em sentido aproximado, Figueiredo Dias, in “Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime” Ed. Notícias, de onde se extraem, na pág. 633, as seguintes considerações: *“À primeira vista, a consagração da perda das vantagens como providência de carácter criminal parece absurda: em princípio, com efeito, ela resulta automaticamente das regras da responsabilidade civil (nomeadamente sob a forma de restituição em espécie) ... Sem deixar de reconhecer-se, em todo o caso, que, sempre que tenha havido pedido civil conexo com o processo penal, poucas serão as hipóteses em que a perda das vantagens poderá vir a ser decretada utilmente”*).

Também explorando esta linha de raciocínio, o Ac. TRG de 01.12.14[7], de cujo sumário consta “Não há fundamento legal (nomeadamente nas normas do art. 111º n.ºs 1 e 4 do Cod. Penal) para que o autor de um furto seja condenado a pagar ao Estado um montante equivalente ao valor da vantagem patrimonial que obteve com a prática do crime, mesmo nos casos em que o ofendido não deduziu pedido de indemnização civil.” Conclui-se na fundamentação deste acórdão toda a sua tese inspiradora: “Bem ou mal, na economia dos nossos direitos penal e processual penal, só os lesados podem reclamar ser compensados pelos prejuízos diretamente decorrentes da prática de um crime. O perdimento de bens visa outros fins, diferentes da “substituição” do Estado aos direitos dos lesados”.

Mesmo para quem entenda que, quando o lesado não manifesta interesse em desapossar o agente do crime dos proventos que com ele obteve, a aplicação do regime de perda de bens a favor do Estado se pode aplicar irrestritamente, temos, por outro lado, que atentar no disposto no artº 110º, nº 6 do C. Penal, onde se dispõe “O disposto no presente artigo não prejudica os direitos do ofendido”. É na conjugação destas duas normas (n.ºs 1 e 6 do artº 110º do C. Penal) que reside o busílis da questão: como conciliar este aparente afã do Estado em desapossar os agentes do crime de todas as vantagens patrimoniais adquiridas, com o direito que o Estado também reconhece ao lesado de exercer os seus direitos?

Ora, que direitos reconhece a lei ao lesado?

Desde logo, manifestamente, o direito a exigir do agente do crime e autor do facto ilícito criminal, uma indemnização pelos seus prejuízos patrimoniais, nos termos previstos no artº 483º e ss. do C. Civil e 71º e ss. do C. P. P. Penal. Em que medida é que este direito se compatibiliza com a declaração de perda das vantagens do crime a favor do Estado? É fácil afirmar, como tem feito alguma jurisprudência recente dos Tribunais superiores, que à declaração de perda de

bens a favor do Estado é rigorosamente indiferente a dedução de pedido de indemnização pelo lesado. Se é assim, como se conciliam, na prática, essas duas realidades? Como proceder quando o lesado e o Estado se precipitam a requerer a mesma coisa: que o agente do crime perca, em seu favor, as vantagens do crime? O Cód. Penal não responde, minimamente, a esta questão, cabendo ao intérprete, por isso, conciliar estas duas vertentes da perda: é que, a restituição ao lesado dos bens com que o criminoso se avantajou faz perder interesse prático ao artº 110º do C. Penal, na medida em que o provimento na ação indemnizatória já logra ou tende a lograr integralmente o objetivo, a *ratio legis* do artº 110º do Cód. Penal: a mensagem preventiva geral que a comunidade não irá admitir que o agente do crime mantenha na sua posse as vantagens patrimoniais obtidas. É que ofenderia a mais elementar consciência jurídica que o agente do crime fosse obrigado a indemnizar o lesado e a devolver ao Estado as vantagens do crime, coincidentes com essa lesão!

O artº 130º nº 2 do C. Penal aparenta estabelecer a primazia do direito do Estado sobre o direito do lesado, ao estabelecer que, nos casos não cobertos pela legislação especial em que o Estado assegura a indemnização às vítimas de crimes, o Tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado os instrumentos, produtos ou vantagens declarados perdidos a favor do Estado, ao abrigo do disposto nos artºs 109º a 111º do C. Penal. Daqui parece poder inferir-se que existiria um direito primacial do Estado a ser investido na propriedade dos bens, a que se seguiria a satisfação de um direito secundário do lesado a ser ressarcido com o produto dos seus bens. Não nos parece, contudo, que este artigo da lei deva ser lido desta forma. De facto, o lesado não tem interesse ou vantagem em exercitar o direito que esta norma lhe concede, quando já deduziu um pedido de indemnização com esse mesmo objeto. A norma em causa deverá ser interpretada como restringindo-se aos casos em que o lesado não deduziu no processo pedido de indemnização.

A Constituição da República Portuguesa protege, no seu artº 62º, nº 1, o direito à propriedade privada. Da conjugação deste artigo da lei fundamental com o artº 1305º do C. Civil decorre que o direito de propriedade da vítima de um crime prevalece necessariamente sobre o interesse de política criminal do Estado em ver declarada a perda, a seu favor, das vantagens do crime. Nesta medida, consideramos que, na concorrência entre o pedido de indemnização por danos patrimoniais fundado na prática de um crime e a pretensão do Estado na declaração de perda a seu favor das vantagens do mesmo, este último não deverá merecer deferimento, ao menos até à parte em que coincidem a perda do lesado e a vantagem do agente do crime.

Mais, consideramos que o Estado não pode, sequer, instrumentalizar, em seu favor, o direito de propriedade privada do lesado, adquirindo os bens mesmo contra a vontade do lesado. Mesmo desapossado dos bens pelo agente do crime, o lesado não deixa de ser o legítimo proprietário dos mesmos, pelo que, na hipótese, v. g., de declarar expressamente prescindir deles em favor do agente do crime (numa palavra: oferecendo-lhos), não pode o Estado, no âmbito da sua pretensão punitiva e na prossecução da sua política criminal, sobrepor-se a esta vontade do lesado, na medida em que tal solução seria claramente inconstitucional, em face do referido artº 62º, nº 1 da CRP (que protege o direito de transmissão em vida do direito à propriedade). Não pode o Estado, por isso, contrariar o eventual desejo do lesado pela prática de um crime em agraciar o criminoso com os seus bens. Isto é válido, por exemplo, nas situações em que, tendo o lesado deduzido no processo criminal um pedido de indemnização, vem a desistir do pedido, no decurso do processo. Mais difícil é a resposta à questão da decisão de perda das vantagens do crime a favor do Estado nas situações em que o lesado não deduz pedido de indemnização, desinteressando-se dos seus direitos patrimoniais lesados. Afigura-se-nos incontroverso que as situações em que não existe um elo de ligação facilmente apreensível entre as vantagens patrimoniais do crime e as correspondentes desvantagens, v. g., quando estão em causa “victimless crimes” ou crimes em que está em causa um número indeterminado de lesados, representam o domínio indisputado do instituto da perda de bens a favor do Estado, não apenas aliás, da perda clássica, como, sobretudo, da perda ampliada de bens.

Entendemos por isso que a interpretação mais adequada ao pensamento legislativo quanto ao instituto da perda de bens ou vantagens a favor do Estado é que este perdimento deve comprimir-se quando em presença do instituto concorrente do pedido de indemnização pelo lesado e deve expandir-se quando este se desinteressa do seu património, perdido para o agente do crime.

Não faz, por isso, o menor sentido o deferimento judicial de ambas as pretensões, quando se conjugam num mesmo processo, pois que o objeto de uma é coincidente com o objeto da outra, ou seja, a condenação do demandado a pagar ao lesado aquilo em que aquele se locupletou à custa deste, coincide com a sanção do arguido ao perdimento das mesmas quantias a favor do Estado. Resultando dos autos que o Instituto da Segurança Social, IP, não se desinteressou do seu património, tanto mais que deduziu pedido de indemnização civil em montante até superior ao reclamado pelo Mº Público, também se não justifica o recurso ao instituto de perda de vantagens a favor do Estado.

Independentemente da questão de saber se, no caso concreto, poderia ou não haver lugar à declaração de perda de vantagens, por ser discutível se as quantias que o arguido fez suas constituem uma vantagem indevida ou antes o exaurimento do próprio crime de abuso de confiança, o certo é que o arguido não pode ser desapossado duplamente daquilo de que só se apossou em singelo.

Há que compatibilizar desta forma os dois institutos, de forma a que se não traduzam numa dupla penalização para o agente.

Com a imposição aos arguidos da obrigação de pagar ao demandante Instituto da Segurança Social, IP. a quantia de € a quantia de € 78.409,79 acrescida dos juros de mora que até 25.01.2023 ascendem a 34.509,26 €, o que perfaz 112.919,05 €, bem como dos juros vincendos desde a referida data e até integral e efetivo pagamento, correspondente às contribuições que indevidamente retiveram e não entregaram à Segurança Social, o cumprimento da referida obrigação coloca os arguidos na situação patrimonial em que estariam se não tivessem praticado o facto ilícito típico, pelo nada mais há a confiscar.

Razão por que, também nesta parte, se julga procedente o recurso.

*

*

IV - DECISÃO

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal da Relação do Porto em conceder provimento ao recurso interposto pelo arguido AA e, em consequência, revogam a sentença recorrida na parte em que determinou a perda a favor do Estado da quantia de € 78.409,79 e condenam o arguido, pela prática de um crime de abuso de confiança contra a Segurança Social p. e p. nos art^{os} 107^o e 105^o do RGIT, na pena de 210 (duzentos e dez) dias de multa à taxa diária de €7,00 (sete euros), o que perfaz a multa de €1.470,00 (mil quatrocentos e setenta euros).

No mais, mantém-se a sentença recorrida.

Sem tributação - art^o 513^o n^o 1 *a contrario*, do C.P.Penal.

*

Porto, 08 de novembro de 2023

(Elaborado pela relatora e revisto por todos os signatários, com voto de vencida da Exm^a Sr^a. Juíza Desemb. Adjunta Maria do Rosário Martins)

Eduarda Lobo

Castela Rio

Maria do Rosário Martins - **Voto de vencida**: [Não podendo concordar com a procedência parcial do recurso nos termos supra decididos, voto, respeitosamente, vencido pelas razões infra apontadas.

I- Quanto à escolha da pena

A circunstância de “não havendo notícia da pendência de qualquer outro processo por crimes de natureza fiscal ou contra a Segurança Social (apesar de a sociedade arguida se manter em atividade)” não pode ter qualquer relevância jurídica para aferir da escolha da pena.

A mera pendência de um processo não releva para o efeito da escolha da pena (nem sequer de graduação da pena) na medida que o arguido não chegou a ser julgado pelos factos respectivos, beneficiando da presunção de inocência. Donde não concordo com a ponderação de tal circunstância na escolha da pena.

**

II- Quanto à quantia diária da pena de multa

Atenta a situação económica do arguido e que a fixação da pena de multa necessita de criar na vida do condenado um sacrifício para o seu cumprimento, já que de outra maneira jamais cumpriria as suas finalidades, desacreditando-se esta pena, os tribunais e a própria justiça, gerando um sentimento de insegurança, de inutilidade e impunibilidade (veja-se, neste sentido, o Ac. do TRG de 07.04.2008, o Ac. do TRC de 03.12.2008, o Ac. do TRE de 22.09.2017 e o Ac. do TRP de 24.11.2021, todos acessíveis em www.dgsi.pt) considero mais adequada a taxa diária de €8,00.

**

III- Quanto à declaração da perda a favor do Estado da vantagem patrimonial Salvo o devido respeito por diferente entendimento, não concordo com a sua procedência nos termos supra decididos.

Explicando.

A reserva constante do n.º 6 do artigo 110º do Código Penal na sua actual redacção (correspondente ao antigo artigo 111º, n.º 2 do Código Penal) , em benefício dos direitos do ofendido, não lhes concede poderes derogatórios das medidas dessa natureza previstas, significando apenas que, concorrendo a execução do pedido de indemnização civil com a do valor da perda de vantagens prevalecerá a primeira delas, remetendo-se para uma fase posterior, em que já estão atribuídos quer os valores da indemnização do ofendido e o da perda de vantagens (cfr. Ac. RL de 18.06.2019, in www.dgsi.pt).

Aliás, a ressalva prevista no n.º 6 do artigo 110º do Código Penal na sua actual redacção (correspondente ao antigo artigo 111º, n.º 2 do Código Penal) está em consonância com o disposto no artigo 130º n.º 2 do Código Penal que prevê

que «Nos casos não cobertos pela legislação a que se refere o número anterior, o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os objectos declarados perdidos ou o produto da sua venda, ou o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos artigos 109 e 110^o».

O direito ao pedido de indemnização civil não pode contender ou substituir o direito de o Estado ser reintegrado na sua esfera patrimonial com os bens/direitos/vantagens decorrentes da prática do crime.

Assim, não há pois nenhuma incompatibilidade entre o requerimento de perda de vantagens formulado pelo Ministério Público e o pedido de indemnização apresentado pela Segurança Social no âmbito do mesmo processo atenta a autonomia da responsabilidade penal em relação à responsabilidade civil originária na prática dos crimes (v.g., entre outros, Ac. RP de 22.02.2017, Ac. RP de 22.03.2017, Ac. RP de 31.05.2017, Ac. RP de 21.06.2017, Ac. RP de 12.07.2017, Ac. RP de 17.01.2018, AC. RP de 31.01.2018, e Ac. RL de 18.06.2019).

A questão que se poderá colocar é se a declaração da perda de vantagens poderá ou não alcançar efeito útil quando esta for totalmente (ou parcialmente) coincidente com o valor daquele pedido (cfr. Prof. Figueiredo Dias, que escreveu “E como refere o mesmo autor, na reflexão que possa haver no tocante à articulação entre a responsabilidade civil (ou fiscal) e perda de vantagens, o instituto da perda de vantagens marca sempre a sua autonomia. (...) Questionando-se apenas a sua utilidade, mas já não a possibilidade do seu decretamento, nos casos em que tenha sido deduzido pedido cível conexo com o processo penal, pois nestes casos “poucas serão as hipóteses em que a perda das vantagens poderá vir a ser decretada utilmente”. E sendo só nestes casos, em função de uma comprovada e concreta inutilidade, que se poderá verificar uma específica e excepcional subsidiariedade entre os dois institutos” - in *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, 1993, pág. 633, § 1005).

Vertendo ao caso dos autos, nada obsta ao decretamento da perda de vantagens decorrentes do crime aqui em causa deduzido pelo Ministério Público, mesmo tendo sido deduzido pela lesada pedido de indemnização civil conexo com o mesmo crime, sendo que o efeito útil da declaração da perda de vantagens acima decretada colocar-se-á apenas aquando da execução do pedido de indemnização civil e do valor da perda de vantagens.

Ora, no caso dos autos, o valor global da perda de vantagens decorrentes do crime está englobado no valor total do pedido de indemnização civil.

Por conseguinte, não podendo a lesada ser prejudicada e não podendo o

arguido/recorrente ser obrigado a pagar duplamente as quantias em causa, entendo com o devido respeito que deveria manter-se a perda a favor do Estado das vantagens patrimoniais decretada nos termos decididos pelo tribunal recorrido, mas a ressalva de o direito da demandante não ser prejudicado, bem como da dedução de eventuais pagamentos efectuados pelo arguido para pagamento do pedido de indemnização civil formulado pela demandante.]

[1] Cfr. Prof. Germano Marques da Silva, "Curso de Processo Penal" III, 3ª ed., pág. 347 e jurisprudência uniforme do STJ (cfr. Ac. STJ de 28.04.99, CJ/STJ, ano de 1999, p. 196 e jurisprudência ali citada).

[2] Ac. STJ para fixação de jurisprudência nº 7/95, de 19/10/95, publicado no DR, série I-A de 28/12/95.

[3] Cfr. Anabela Rodrigues, Contributo para o fundamento de um discurso punitivo em matéria penal fiscal, DPEE, Vol. II, pág. 485.

[4] V. neste sentido, Acs. do STJ de 17.04.92, Proc. nº 160/02 e de 19.10.05, Proc. nº 2321/05, ambos da 3ª secção.

[5] Trata-se, porém, de facto que deveria constar da matéria de facto provada.

[6] Sublinhado nosso.

[7] Proferido no Processo nº 218/11.0GACBC.G1, Des. Fernando Monterroso, disponível in www.dgsi.pt