

SENTENÇA

RELATÓRIO

O Ministério Público deduziu acusação, em processo comum e perante o Tribunal singular, contra

x

e

y

imputando-lhes os factos descritos no despacho de acusação de fls. 383 e ss. dos autos, pelo que os acusou da autoria material, na forma consumada, de cinco crimes de abuso de confiança fiscal, p. e p. pelos artigos 7º, nº 1 e 105º, nºs 1, 4 e 7, todos do RGIT.

Mais requereu que seja declarado perdido a favor do Estado o valor de 79.561,49 euros e que os arguidos sejam condenados a entregar ao Estado tal valor, com fundamento no artº 111º, nºs 2 e 4 do C. Penal.

Os arguidos não deduziram contestação.

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento, cujas incidências estão devidamente documentadas na acta respectiva.

Mantém-se a regularidade do processo, tal como definida no despacho que recebeu a acusação.

FACTOS PROVADOS

A arguida tem como objecto social o “comércio a retalho de artigos de papelaria, livros, jornais, revistas, brinquedos, jogos, artigos de desporto, electrodomésticos, aparelhos de rádio, televisão e vídeo” e está enquadrada, para efeitos de IVA, no regime normal, de periodicidade mensal

O arguido era, à data dos factos, sócio e único gerente da arguida, sendo ele quem tomava todas as decisões de gestão da sociedade e sobre o rumo dos negócios, dava ordens aos funcionários, contratava com fornecedores e clientes, pagava aos primeiros, recebia dos segundos e representava a sociedade arguida junto das repartições públicas, nomeadamente a Autoridade Tributária.

No âmbito dessa actividade, o arguido, agindo sempre em representação e no interesse da sociedade arguida, não obstante esta ter efectivamente recebido os montantes devidos pela cobrança do IVA e ter enviado as correspondentes declarações periódicas, referentes aos períodos de 2013/11, 2013/12, 2014/02, 2014/08 e 2014/12, não efectuou, nem nos prazos legais (10-01-2014, 10-02-2014, 10-04-2014, 10-10-2014 e 10-02-2015, respectivamente), nem nos 90 dias posteriores ao termo do prazo legalmente estipulado, o

pagamento do imposto apurado desses períodos, nos valores de 11.033,78 euros, 28.571,85 euros, 7.881,95 euros, 9.013,01 euros e 23.060,90 euros, ainda respectivamente.

A arguida apropriou-se das referidas quantias, integrando-as no seu património e obtendo, desse modo, vantagens patrimoniais.

O arguido, por si e na qualidade de legal representante da arguida, foi notificado pessoalmente, nos dias 10 de Março de 2015 e 09 de Outubro de 2015 para, no prazo de 30 dias, proceder ao pagamento voluntário das quantias em dívida, não efectuando, no entanto, nesse prazo, o pagamento integral dessas quantias à Autoridade Tributária.

No âmbito de acordos de pagamento em prestações outorgados entre a arguida e a Autoridade Tributária, aquela pagou a esta, ainda assim, até à data do julgamento, relativamente a cada um desses períodos, as quantias de 8.735,06 euros, 22.671,63 euros, 5.254,63 euros, 4.882,02 euros e 4.459,58 euros, respectivamente.

Agiu o arguido, em representação da arguida e no interesse societário, de forma livre, voluntária e consciente, sabedor que as suas relatadas condutas os faziam incorrer em responsabilidade criminal.

Nos meses em que eram devidos os pagamentos, a arguida atravessava uma fase de enormes dificuldades de liquidez, em virtude de uma acentuada diminuição do volume de negócios, que viria a culminar, inclusivamente, com a sua declaração judicial de insolvência, declarada no decurso do ano de 2016, já não exercendo qualquer actividade.

O arguido presta, ocasionalmente, serviços indiferenciados, auferindo rendimentos irregulares, da ordem dos 200 euros mensais.

Vive em casa de um familiar.

Nenhum dos arguidos tem antecedentes criminais.

FACTOS NÃO PROVADOS RELEVANTES

O arguido fez suas as quantias referidas nos factos provados, utilizando-as em proveito próprio e integrando-as no seu património.

FUNDAMENTAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

O arguido, nas declarações prestadas em audiência, confirmou a veracidade da generalidade dos factos imputados no despacho de acusação. Confirmou que era ele quem geria a empresa em causa na acusação, tomando as decisões fundamentais relativas ao seu funcionamento. Confirmou também a falta de pagamento dos valores em causa na acusação, nas datas em que o respectivo pagamento era legalmente devido, justificando essa situação com as grandes dificuldades de tesouraria que a empresa atravessava, motivadas pela forte diminuição das vendas, que culminaria na sua declaração de insolvência, justificações que foram consideradas credíveis. Confirmou que as quantias em causa na acusação foram, efectivamente, recebidas. Acrescentou, ainda, que, no âmbito de acordos de pagamento em prestações celebrados com a Autoridade Tributária, a arguida foi

fazendo pagamentos mensais, estando as quantias em causa na acusação já parcialmente pagas.

A testemunha A, inspectora tributária, fez ao Tribunal uma resenha da situação fiscal da arguida relativamente aos períodos em causa na acusação, confirmando que foram enviadas à A. T. as cinco declarações periódicas, em que a arguida declarou os valores de IVA a pagar, referentes a cada uma delas, valores que a testemunha mencionou, tal como indicou as respectivas datas de pagamento. Especificou, também, os valores já pagos de cada uma dessas quantias, no âmbito de acordos de pagamento em prestações celebrados entre a arguida e a Autoridade Tributária, tudo conforme provado.

Resulta documentalmente provado nos autos e a dita testemunha também confirmou que os arguidos foram notificados nos termos previstos no artº 105º, nº 4, al. b) do RGIT.

A outra testemunha ouvida, B, funcionária tributária, nada de relevante acrescentou às declarações desta testemunha.

Não existiram quaisquer evidências probatórias de que o arguido fez suas as quantias referidas nos factos provados, utilizando-as em proveito próprio e integrando-as no seu património, pelo que tal facto foi dado como não provado.

A situação social do arguido teve como fundamento as suas próprias declarações, reputadas credíveis.

A provada ausência de antecedentes criminais dos arguidos resultou da consulta dos seus certificados de registo criminal, juntos aos autos, a fls. 426 e 427.

Foi vista toda a demais documentação junta aos autos, cuja invocação especificada é considerada desnecessária, atenta a fundamentação já apresentada, que, aliás, nos termos do artº 374º, nº 2 do C. P. Penal, se pretende concisa.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DOS FACTOS

O artº 105º do Regime Geral das Infracções Tributárias, publicado em anexo à Lei nº 15/2001, de 5 de Junho, na sua actual redacção, dispõe que:

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

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

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

4 - Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se:

a) Tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação;

b) A prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração não for paga, acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

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

São, pois, elementos constitutivos deste tipo de crime (citando o Ac. TRC de 14-10-2015, relatado pelo Desembargador Vasques Osório, in www.dgsi.pt) quanto ao tipo objectivo

- que o agente, estando legalmente obrigado a entregar à administração fiscal

i) prestação tributária deduzida nos termos da lei,

ii) prestação deduzida por conta daquela prestação tributária, ou

iii) prestação que tendo recebido, tenha a obrigação legal de liquidar, de valor superior a euros 7.500 euros [limiar de tipicidade foi introduzido pela Lei nº 64-A/2008, de 31 de Dezembro] omita, total ou parcialmente, tal entrega

e, quanto ao tipo subjectivo

- o dolo, o conhecimento e vontade de praticar o facto com consciência da sua censurabilidade, em qualquer das modalidades previstas no art. 14º do C. Penal, posto que não se exige a verificação de um qualquer dolo específico.

De acordo com a al. a) do nº 1 do artº 1º do Cód. do I.V.A., estão sujeitas a I.V.A. as transmissões de bens e as prestações de serviços efectuadas no território nacional, a título oneroso, por um sujeito passivo agindo como tal.

Este código define, mediante a aplicação dos mecanismos desenvolvidos nos seus artºs 19º a 26º, o montante de IVA a pagar pelo sujeito passivo, bem como impõe ao sujeito

passivo de I.V.A. a obrigação de enviar declarações periódicas à administração fiscal dos montantes liquidados de IVA (cfr. artºs 35º e 41º, nº 1 do C.I.V.A.) e, em simultâneo com tais declarações, entregar ao Estado o imposto cobrado.

Ora, relativamente aos meses referidos no despacho de acusação, a arguida, mediante a actuação (omissiva, neste caso) do arguido, seu representante legal, que agiu em representação e no interesse da sociedade, não entregou nos cofres do Estado as quantias efectivamente recebidas, dos seus clientes, a título de IVA.

Os valores em causa nos factos provados não foram pagos na data de vencimento dessas prestações tributárias, nem após terem decorrido 90 dias sobre esse prazo, nem mesmo após terem decorrido os 30 dias suplementares expressamente concedidos aos arguidos para esse efeito, nos termos previstos no artº 105º, nº 4, al. b) do RGIT.

Cumpriram-se assim, as condições objectivas de punibilidade previstas no nº 4 do artº 105º do RGIT.

Deve salientar-se que uma vez consumado o crime – e este consuma-se com a falta de pagamento na data em que ele é devido (cfr. Ac. R. E. de 27/09/16, relatado pelo Desembargador João Amaro, in www.dgsi.pt) não releva o pagamento parcial, mesmo que feito dentro dos períodos em causa no nº 4 do artº 105º do RGIT, apenas relevando, como efeito extintivo da responsabilidade criminal, o pagamento total da quantia em dívida dentro desses períodos, o que, *in casu*, não aconteceu (neste sentido, em relação à al. a), o Ac. R. C. de 24/04/13, relatado pela Desembargadora Cacilda Sena e, relativamente à al. b),

o Ac. R. E. de 19/12/13, relatado pelo Desembargador João Gomes de Sousa, ambos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt)

No caso das sociedades comerciais, a incumbência de entrega destes valores compete aos gerentes ou administradores das mesmas ou pessoas por si mandatadas, mas as sociedades não deixam de ser criminalmente responsáveis - nos termos do artº 7º, nº 1 do RGIT - pela omissão de entrega de tais valores, desde que o seu responsável legal tenha agido em nome e no interesse social, ou seja, que não tenha agido em seu exclusivo interesse e contra o interesse societário, v. g., em situações em que ele pretenda apropriar-se do dinheiro para o seu património pessoal, caso em que se não justificaria punir a sociedade, pois seria duplamente punida, na medida em que já teria sido prejudicada no seu interesse societário pelo gerente infiel.

Por fim, importa averiguar das consequências do incumprimento dos arguidos ser relativo a diversos períodos. O Tribunal não deu como provado que tenha persistido, em toda a conduta, o dolo inicial. Poderão estar em causa, nesta situação, tantos crimes quantos os períodos em que a obrigação tributária não foi cumprida, como, em alternativa, um único crime, na forma continuada, se estiverem verificados os pressupostos legais que permitam a unificação dessas sucessivas resoluções criminosas. Dispõe o artº 30º, nº 2 do C. Penal que “Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”. De acordo com o Ac. TRE de

19-05-2015, relatado pelo Desembargador Fernando Pina, (in www.dgsi.pt) “O crime continuado consiste numa unificação de um concurso efectivo de crimes, que protegem o mesmo bem jurídico, fundada numa culpa diminuída. São pois pressupostos do crime continuado: - A plúrima violação do mesmo tipo legal de crime ou de vários tipos legais de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico; - Que essa realização seja executada por forma essencialmente homogénea; - Que haja proximidade temporal das respectivas condutas; - A persistência de uma situação exterior que facilita a execução e que diminui sensivelmente a culpa do agente; - Que cada uma das acções seja executada através de uma resolução e não com referência a um desígnio inicialmente formado de, através de actos sucessivos, defraudar o ofendido”. Ponderando o exposto, entende o Tribunal que os incumprimentos dos arguidos têm um carácter de suficiente homogeneidade e foram praticados no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminui consideravelmente a culpa, pelo que constituem um crime continuado, de acordo com o disposto no artº 30º, nº 2 do C. Penal. De facto, os períodos em causa, não sendo seguidos, são temporalmente próximos e ocorrem num quadro de reiteradas dificuldades financeiras da empresa arguida, o que representa uma situação exterior que diminui consideravelmente a culpa pela omissão de pagamento.

Assim, cometeram os arguidos um único crime de abuso de confiança fiscal, na forma continuada, p. e p. pelos artºs 105º, nº 1 do RGIT e 30º, nº 2 do C. Penal.

DA ESCOLHA E MEDIDA DA PENA

O crime de abuso de confiança fiscal é punível com uma pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias (cfr. artº 105º, nº 1 do RGIT).

A pena para a sociedade arguida, de multa, deverá ver os seus limites supra referidos elevados para o dobro (cfr. artº 12º, nº 3 do RGIT).

Para a determinação do *quantum* concreto da punição, há que fazer apelo à intervenção dos critérios estipulados no artigo 71º do C. Penal. De acordo com estes critérios, há um limite inultrapassável que opera dentro da própria moldura abstracta e que é constituído pela culpa do agente. Por outro lado, e considerando agora o limite inferior desta moldura concreta aplicável ao agente, não pode em caso algum o Tribunal colocar a pena abaixo de um limite que ainda suporte a reafirmação contrafáctica da norma violada e, nesta medida, as expectativas comunitárias na validade da norma.

É dentro destes limites, constituídos no seu ponto superior pela culpa do agente (cfr. artigo 40º, nº 2 do C.P.) e, no seu ponto inferior pelas exigências de prevenção geral, que serão levadas em conta as exigências de prevenção especial, com vista à prossecução do objectivo traçado na parte final do nº 1 do artigo 40º do C.P.

Importa também salientar que o artº 13º do RGIT manda especificamente atender ao prejuízo causado pelo crime.

As exigências de prevenção geral encontram-se, hodiernamente, em níveis elevados.

É mister salientar que estão em causa cinco períodos de um mês, em que se verificou o incumprimento do pagamento do IVA ao Estado e que o montante global em

causa, sendo mediano, já foi parcialmente pago ao Estado, em montante bastante significativo. Assim, o comportamento dos arguidos, posterior aos factos, é muito meritório, tomando a iniciativa de liquidar as quantias de que ela se apropriou, ou seja, não se conformando com o mal do crime.

Em suma, conjugam-se níveis elevados de exigências de prevenção geral, associados a níveis de ilicitude medianos, sendo de considerar, em contrapartida, um nível da culpa, perspectivando que o incumprimento ocorreu num quadro de dificuldades financeiras da arguida, baixo

Importa também salientar que os arguidos não têm antecedentes criminais.

Deve também salientar-se que nenhum dos arguidos já exerce qualquer actividade empresarial, pelo que tal facto, associado ao referido no parágrafo anterior, diminui as necessidades de prevenção especial a considerar.

Tudo ponderado, a opção pela pena de multa para o arguido é mais do que justificada, já que a opção pela pena de prisão seria excessiva para a adequada salvaguarda das finalidades da pena, mormente na perspectiva da protecção dos bens jurídicos violados.

Afigura-se ao Tribunal proporcional à gravidade do crime que a pena concreta do arguido se fixe em 100 dias de multa.

Considera-se adequada e proporcional à gravidade do ilícito a fixação de uma pena de 200 dias de multa, para a sociedade arguida.

Atenta a situação financeira de ambos os arguidos, a fixação do quantitativo diário da multa em cinco euros, o mínimo legalmente previsto, afigura-se adequada.

Resta ponderar e decidir sobre a questão da declaração de perdimento a favor do Estado do valor de 79.561,49 euros, em que o Ministério Público requer que os arguidos sejam condenados a entregar ao Estado tal valor, com fundamento no artº 111º, nºs 2 e 4 do C. Penal.

A perda de bens a favor do Estado é uma forma elegante de referência a um instituto jurídico milenar, de reputação duvidosa: o confisco de bens pelo Estado. Já na antiguidade clássica o confisco de bens representava uma forma de as autoridades estaduais reprimirem violações da ordem social e política instituída. Nas cidades-estado gregas e na Roma imperial, o confisco de bens estava invariavelmente associado às penas de morte ou de degredo dos que conspiravam ou atentavam contra quem detinha o poder, sendo um meio eficaz de prevenção dessas condutas, já que os seus possíveis autores ficavam advertidos de que não seriam apenas eles próprios os únicos condenados a severas penas, mas que sujeitariam também a sua família alargada à miséria e opróbrio, ao serem confiscados todos os bens do chefe do clã familiar (mais desenvolvimentos sobre esta matéria *in* “Da proibição do confisco à perda alargada de bens”, João Conde Correia, INCM, págs. 30 e ss.).

Esta tradição do recurso indiscriminado ao confisco continuou pela idade média, apenas vindo a conhecer alguma moderação, nos seus pressupostos e alcance, com o advento do iluminismo e o condicionamento que a classe burguesa exerceu sobre o poder político, cujas primeiras manifestações se começam a vislumbrar na magna carta, fermento do constitucionalismo europeu

Em Portugal, o instituto esteve presente nas nossas leis, desde o início da portugalidade. Foi generosamente consagrado logo na nossa grande primeira codificação legal, ordenada por D. Afonso IV, as Ordenações Afonsinas, onde os crimes de lesa-majestade mais graves eram punidos com pena de morte, os de lesa-majestade menos graves com degredo, mas, invariavelmente, também com o confisco dos bens do prevaricador. Nada de substancial se alterou nas Ordenações Filipinas, onde, quer as penas de morte “mais suaves”, por enforcamento, quer as mais vis ou infamantes, por esquartejamento, tinham sempre o confisco de bens como a consequência legal do acto criminoso.

No nosso primeiro Código Penal, em 1852, dispunha o respectivo artº 53º que o condenado a qualquer das penas perpétuas de trabalhos públicos, prisão ou degredo, perde o direito a administrar o seus bens, somente podendo receber dos seus bens ou rendimentos a porção que o governo julgar conveniente autorizar. Como precursor dos actuais artigos 109º e 110º do C. Penal, dispunha o artº 64º a perda a favor do Estado do objecto, do produto do crime e das armas com que foi cometido ou que eram destinadas para esse fim, determinando que esta apenas teria lugar nos casos em que o ofendido ou algum terceiro não responsável pelo crime não tivessem direito à restituição. Daqui decorre que, historicamente, o princípio da perda dos instrumentos e das vantagens do crime a favor do Estado foi sempre subsidiário em relação aos direitos dos lesados pelo crime. Esta tendência de subsidiariedade foi amplamente alargada no C. Penal de 1886, onde, no respectivo artº 75º, se dispunha um regime híbrido particularmente interessante: por um

lado, os instrumentos do crime seriam declarados perdidos a favor do Estado, sem que o ofendido ou terceira pessoa tivessem direito à sua restituição, mas, por outro, e em contrapartida, o condenado por qualquer crime incorria na obrigação de restituição ao ofendido das coisas que, pelo crime, o tiver privado, ou do seu justo valor, se a restituição não for possível e desde que o ofendido ou os seus herdeiros o requeiram. Note-se bem: “desde que o ofendido ou os seus herdeiros o requeiram”. Daqui se extrai novamente a conclusão do primado dos interesses do lesado pelo crime, deixando a lei na disponibilidade do lesado (ou dos seus herdeiros) despojar o condenado das vantagens do crime e afastando o Estado dessa prerrogativa.

O nosso C. Penal da democracia, publicado a 23 de Setembro de 1982, consagrava, no título VII do Livro I, sob a epígrafe “Da perda de coisas ou direitos relacionados com o crime”:

ARTIGO 107.º

(Perda)

1 - Serão declarados perdidos a favor do Estado os objectos que sirvam ou estavam destinados a servir para a prática de um crime, ou que por este foram produzidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para o cometimento de novos crimes.

2 - A perda dos objectos tem lugar, ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada

(...)

ARTIGO 108.º

(Objectos de terceiro)

1 - Se os objectos a que se refere o artigo anterior não pertencerem, na data do crime, a nenhum dos agentes do facto criminoso ou seus beneficiários ou já não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada, será atribuída ao respectivo titular uma indemnização igual ao valor dos objectos perdidos, por cujo pagamento os agentes do crime respondem solidariamente. No caso de insolvabilidade destes, será devolvida ao Estado a responsabilidade pela indemnização.

2 - Não há lugar à indemnização quando os titulares dos objectos tenham concorrido censuravelmente para a sua utilização ou produção, ou quando de modo igualmente reprovável os tenham adquirido, ou do crime hajam tirado vantagens.

ARTIGO 109.º

(Perda de coisas ou direitos relacionados com o crime)

1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes do crime é perdida a favor do Estado. Tratando-se de qualquer vantagem insusceptível de transferência directa, ficará o

Estado com o direito de exigir de quem a recebeu ou se obrigou a pagá-la o valor correspondente.

2 - São ainda perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiros, os instrumentos, objectos ou produtos do crime não abrangidos pelo disposto no artigo 107.º, e os objectos, direitos ou vantagens que, através do crime, hajam sido directamente adquiridos pelos seus agentes.

(...)

Logo, também em Democracia se consolidou o princípio de que os instrumentos do crime deverão ser declarados perdidos a favor do Estado e se afirmou o princípio de que também as vantagens do crime o deveriam ser.

Com a mediação do D. L. 48/95, de 15/03 e da Lei 59/07, de 04/09, chegou-se à redacção legal actual deste instituto, definida na Lei nº 30/17, de 30/05, entrada em vigor a 29 de Abril de 2017, ocupando todo o capítulo IX do Livro I, sob a epígrafe “Perda de instrumentos, produtos e vantagens”, de onde se destaca, pela pertinência para o ponto em apreço, o

Artigo 110.º

Perda de produtos e vantagens

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.

Como resulta do preâmbulo da Lei nº 30/17, de 30/05, a mesma teve por objectivo a transposição para o ordenamento jurídico nacional da Directiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos

instrumentos e produtos do crime na União Europeia (consultável, na íntegra, in <http://www.dgpj.mj.pt>).

Compulsando o preâmbulo dessa directiva, constata-se que a razão da sua publicação se prende exclusivamente com o combate à criminalidade internacional organizada, incluindo organizações criminosas de tipo mafioso, que têm por principal objectivo o lucro, tentando dar às autoridades competentes os meios necessários para detectar, congelar, administrar e decidir a perda dos produtos do crime desse tipo de criminalidade. Assim, quando o artigo 3º desta directiva dispõe sobre o seu próprio objecto, determina que a mesma se aplique a crimes de corrupção, contrafacção de moeda, fraude e contrafacção de meios de pagamento, branqueamento de capitais, terrorismo, tráfico de estupefacientes, criminalidade organizada, tráfico de seres humanos, exploração sexual, pornografia infantil e ataques aos sistemas de informação (criminalidade informática).

Pode questionar-se se, tal como acontece quanto ao objecto da directiva, a aplicabilidade do sistema normativo insito nos artºs 109º e ss. do C. Penal português estará reservado a algum catálogo de crimes. O elemento literal da lei e a sua inserção sistemática parecem afastar, desde logo, tal conclusão. Na ordem jurídico-penal portuguesa coexistem sistemas normativos especiais, relativos à perda de bens a favor do Estado, como os que previstos, v. g. nos artºs 35º e ss. da Lei nº 15/93, de 22/01 (“Lei da Droga”) e 12º-B da Lei nº 5/02, de 11/01, (estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira) com um regime geral de perda de bens a favor do Estado, previsto na parte geral do C. Penal. Como é consabido, as directivas comunitárias vinculam os

Estados destinatários quanto aos resultados visados, mas deixam-lhes a opção pelos meios mais adequados, na perspectiva do direito interno, para alcançar tais resultados. Ora, a transposição da Directiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014 operada pela lei nº 30/17, de 30/05, tanto procedeu à modificação do regime de perda de bens a favor do Estado em alguns desses regimes especiais, v. g., aditando o artº 12º-B à referida Lei nº 5/02, de 11/01, como à modificação do regime geral, previsto no C. Penal. Logo, não pode afirmar-se que a transposição da directiva se tenha esgotado nas alterações feitas ao C. Penal, mas apenas que estas alterações aproveitaram o ensejo da directiva para melhorar esse regime geral. A referida Lei nº 5/02, de 11/01 afirma expressamente, em contrapartida, que o regime especial de perda de bens a favor do Estado nela instituído é apenas aplicável as crimes de catálogo previstos no seu artº 1º. Logo, a única conclusão razoável, para que apontam todos os elementos hermenêuticos, o literal, racional, sistemático e histórico, é de que o regime de perda de bens a favor do Estado previsto no artº 109º e ss. do C. Penal é aplicável a todos e quaisquer crimes previstos na sua parte especial.

Não deixa de ser empiricamente observável, no entanto, que este instituto da perda de bens a favor do Estado ou confisco se perfila com maior acuidade ou, porventura, apenas se torna relevante, no tipo de criminalidade em causa na referida directiva, criminalidade esta que, entre outras particularidades, tende a desligar o elo de conexão normalmente facilmente apreensível existente entre as vantagens do crime e as correspondentes desvantagens. Queremos com isto significar que, neste tipo de criminalidade, 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 respectivamente, 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, como bem intuiu o legislador penal de 1886, o lesado é quem 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 - afigura-se-nos -, o Ac. TRG de 01/12/14, relatado pelo Desembargador Fernando Monterroso, 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 directamente decorrentes da prática de um crime. O perdimento de bens visa outros fins, diferentes da “substituição” do Estado aos direitos dos lesados”. Esta conclusão parece, no entanto, conflitar abertamente com a norma do (actual) artigo 110º, nº 1 do C. Penal, onde se dispõe que são declaradas perdidas a favor do Estado as vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, directa ou indirectamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem. Sendo esta norma, como vimos, aplicável ao agente de qualquer crime previsto na parte especial do C. Penal, torna-se difícil sustentar, como o faz o referido acórdão que, em face do elemento literal da norma, não possam ser declarados perdidos a favor do Estado as vantagens obtidas pelo autor de um crime de furto. Daí que João Conde Correia e Hélio Rigor Rodrigues, em artigo publicado em Abril de 2015 na revista digital “Julgar Online” tenham comentado criticamente este acórdão, concluindo

que o quadro normativo vigente impõe a conclusão que inexistente qualquer limite ao confisco motivado pela mera possibilidade de ser deduzido um pedido de indemnização civil. No entanto, se é certo que aquele acórdão parece desafiar abertamente a letra da lei, também os autores referidos e outra jurisprudência recente, em sentido diametralmente oposto ao acórdão da Relação de Guimarães, deixam na sombra as consequências práticas da conclusão de que a perda de bens a favor do Estado abstrai totalmente da dedução de um pedido cível pelo lesado (cfr. Acs. R. P. de 31/11/17 e 12/07/17, consultáveis in www.dgsi.pt). Se parece sustentável 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 (nºs 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. 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, referida no parágrafo anterior, 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 actual C. 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 acção indemnizatória já logra ou tende a lograr integralmente o objectivo, a *ratio legis* do artº 110º do C. 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, convenhamos, 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 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 objecto. 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 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 favos 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 perdas de bens a favor do Estado, não apenas aliás, da perda clássica, como, sobretudo, da perda ampliada de bens.

Para os casos em que é simples a ligação entre o avantajamento patrimonial do agente do crime e o empobrecimento de um ou vários ofendidos, resulta insatisfatória, actualmente, a resposta dada pelo legislador de 1886 e perfilhada pela Relação de Guimarães (ac. citado), segundo os quais o Estado não deve intrometer-se nesta matéria, que representaria um problema de lesante e de lesado, que a este competiria exclusivamente decidir. Em abono desta tese, pode alegar-se que, em matéria de crime de natureza particular e semi-pública, o ofendido tem sempre o direito discricionário da própria

perseguição criminal do agente do crime, pelo que, por maioria de razão, teria também a discricionariedade de privar ou não o agente dos seus proveitos, quando exercesse queixa. Esta ideia parece, no entanto, ser contrariada pela letra expressa da lei (artº 110º do C. Penal), sabendo-se que o intérprete não pode afastar abusivamente a sua interpretação da letra da lei (cfr. artº 9º, nº 2 do C. Civil). Parece ser também contrariada pelo reconhecimento do fortíssimo efeito preventivo geral que a remoção das vantagens do crime tem sobre a criminalidade que as visa. É certo que não deixa de existir alguma instrumentalização, por parte do Estado, relativamente a bens que lhe não pertencem, mas esta ideia ganha pouca relevância material nas situações em que o lesado se desinteressou desses bens e, por isso, esta perspectiva da questão não tem força axiológica bastante para obstar à intenção de política criminal que subjazeu ao instituto insito ao artº 110º do C. Penal. Nesta medida, parece que a interpretação mais adequada ao pensamento legislativo quanto ao instituto da perda de bens 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.

Uma questão aparentemente ainda mais complexa é que a resulta da pretensão do Ministério Público deduzida nestes autos, em que o ofendido/lesado e a entidade que vem requerer a perda de bens a seu favor se confundem – o Estado. Deve salientar-se, de qualquer modo, que o Ministério Público funda o seu pedido em normas que em nada se relacionam nem fundamentam a sua pretensão. De facto, pretende que os arguidos sejam

condenados a devolver ao Estado a vantagem correspondente à actividade criminosa desenvolvida, o que a lei regula nos n.ºs 2 e 4 do art.º 110.º do C. Penal, mas fundamenta esse pedido com o disposto nos números 2 e 4 do artigo subsequente, que diz respeito às situações em que os bens pertençam a terceiro e que, manifestamente, não releva neste caso. Querera o Ministério Público, seguramente, aludir ao disposto nos números 2 e 4 do art.º 110.º, que correspondiam, de facto, aos anteriores n.ºs 2 e 4 do art.º 111.º, que invoca, antes da alteração introduzida pela Lei n.º 30/17, de 30/05. Mesmo nesta situação valem as considerações genéricas expostas nos parágrafos anteriores, segundo as quais a dedução de um eventual pedido de indemnização, pela lesada Autoridade Tributária, representada pelo Ministério Público, pretere a perda de bens a favor do Estado. Considera o Tribunal que não faz o menor sentido o deferimento judicial de ambas as pretensões, caso se conjugassem num mesmo processo, pois que o objecto de uma é coincidente com o objecto da outra, ou seja, a condenação do arguido a pagar ao Estado aquilo em que ela ficou fiscalmente prejudicado coincide com a sanção dos arguidos ao perdimento dos mesmos a favor do Estado. Vale também aqui o princípio de que o recurso ao instituto de perdimento a favor do Estado apenas se justifica quando o lesado se desinteressa da recuperação do seu património. Se resulta dos autos que o lesado não se desinteressa do seu património, ou, porque deduz o pedido de indemnização ou, porque tem outros meios de ser ressarcido, eventualmente até mais rápidos e eficazes, também se não justifica ao recurso ao instituto de perda de bens a favor do Estado.

Seguimos, nesta matéria, o entendimento expresso no Ac. R. P. de 23/11/16, relatado pelo Desembargador João Pedro Nunes Maldonado, segundo o qual “A perda de vantagens não pode prejudicar o direito de reparação do património do titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação e que sofreu danos ocasionados pelo facto ilícito típico. Nos casos em que a perda de vantagens corresponda à obrigação de indemnização civil decorrente da prática do facto ilícito típico apenas pode ser decretada se o titular dos danos causados pelo mesmo se desinteressar pela reparação do seu direito. Não pode ser decretada a pena de perda de vantagens (quantia correspondente ao IVA apropriado pelo arguido) nos casos em que a Autoridade Tributária e Aduaneira comunicou ao M^oP^o que não pretendia deduzir pedido de indemnização civil por considerar suficiente os meios legais previstos para a execução fiscal da vantagem.” No mesmo sentido, o Ac. R. P. de 22/03/17, relatado pela Desembargadora Airisa Caldinho segundo o qual “Não há lugar ao decretamento da perda de vantagens (art^os 111^o CP) se o Estado (A.T.) optou pela recuperação do seu crédito de imposto através da execução fiscal, arredando o M^o P^o de intervenção na recuperação daquela quantia por considerar ter meios suficientes para cobrança coerciva desse imposto. Ainda no mesmo sentido e da mesma R. P. o Ac. de 07/12/16, relatado pela Desembargadora Maria Dolores da Silva e Sousa, segundo a qual “Quando as vantagens do crime não vão além do prejuízo da vítima e o lesado não prescinde da reparação, apresentando o respectivo pedido, a providência não terá justificação. (...) A vantagem do crime pode deixar de se declarada perdida a favor do Estado quando o ofendido possa ser restabelecido do seu direito de forma mais eficaz ou

menos onerosa ou mais vantajosa ou por outras vias legais” (todos disponíveis para consulta *in* www.dgsi.pt).

Resulta expressamente dos autos (cfr. fls. 307), que a autoridade tributária deu instruções expressas para que não fosse deduzido pedido de indemnização nestes autos, porquanto está decorrer processo de execução fiscal para cobrança coerciva das dívidas tributárias em causa, ou seja, a lesada não se desinteressou, de todo, pela recuperação do seu património.

É de entender que, onde a autoridade tributária não pretende deduzir pedido de indemnização, por já ter recorrido a outros meios que lhe dão as mesmas prerrogativas que obteria com a dedução do pedido cível, não se justifica nem tem fundamento o recurso à declaração de perda de bens a favor do Estado, com um objecto coincidente à dedução do pedido de indemnização e de que a lesada expressamente prescindiu.

Pelo exposto, não será deferida a requerida perda de bens a favor do Estado/condenação dos arguidos a devolverem ao Estado as quantias em causa nos autos e de que se apropriaram (a maior parte, aliás, já paga pela contribuinte arguida).

DISPOSITIVO

Por tudo o exposto, julga-se o despacho de acusação procedente, condenando-se os arguidos **x** e **y**, pela autoria de um crime de abuso de confiança fiscal, na forma continuada, previsto e punido pelo artº 105º, nºs 1, 2, 4 e 7 do RGIT, com referência aos artºs 6º, nº 1 e

7º, nº 3 do RGIT e ainda pelo artº 30º, nº 2 do C. Penal, ele na pena de 100 (cem) dias de multa, à taxa diária de (cinco) euros, perfazendo um total de 500 (quinhentos) euros e ela de 200 (duzentos) dias de multa, à mesma taxa diária, perfazendo um total de 1.000 (mil) euros.

Vão ainda os arguidos condenados no pagamento das custas do processo, ambos com 3 (três) U. C. de taxa de justiça (cfr. artºs 513º, nº 1 do C. P. Penal e 8º, nº 9 e tabela III anexa ao R. C. P.).

Indefere-se a requerida perda de bens a favor do Estado/condenação dos arguidos a devolverem ao Estado a quantia de 79.561,49 euros.

Remeta boletins ao registo criminal, após trânsito em julgado.

Notifique.

Funchal, 17 de Outubro de 2018