

O CÚMULO JURÍDICO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ ¹

ARTUR RODRIGUES DA COSTA

SUMÁRIO: 1. Pressupostos da determinação da pena no concurso de crimes — Concurso efectivo de infracções — Prática de uma pluralidade de infracções antes do trânsito em julgado por qualquer delas. 2. A determinação da pena no concurso; 2.1. Pena aplicável (a moldura penal do concurso de crimes); 2.2. A moldura do concurso: limites mínimo e máximo; 2.3. Critério de determinação da medida da pena no concurso; 2.4. O papel dos factores de determinação das penas singulares; 2.5. Caracterização do modelo — pena única ou conjunta (não pena unitária). 3. A determinação concreta da pena do concurso, as práticas jurisprudenciais e a doutrina. 4. Conhecimento superveniente do concurso de crimes; 4.1. Momento do conhecimento; 4.2. Regime de determinação da pena única; 4.3. Pressupostos: — Pluralidade de crimes com julgamentos efectuados em momentos diferentes. — Anterioridade em relação ao trânsito em julgado da 1.ª condenação (problema do momento relevante) — Trânsito em julgado de todas as condenações (segundo o regime actual da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro); 4.4. A nova lei e as penas cumpridas, prescritas ou extintas. 5. Cúmulos supervenientes com penas de execução suspensa. 6. A fundamentação da decisão no caso de cúmulo jurídico superveniente. 7. O chamado «cúmulo por arrastamento». 8. Cúmulos jurídicos transitados. 9. As várias combinações possíveis de penas singulares para efeitos de cúmulos sucessivos: cúmulo mais favorável ao arguido. 10. Cúmulo com penas perdoadas.

No presente estudo, revisita-se o tema do cúmulo jurídico das penas aplicadas ao agente que estejam em situação de concurso. O autor analisa criticamente a prática jurisprudencial, aferindo dos critérios teleológico-normativos que se impõem em cada momento da operação de determinação da pena do concurso. O instituto é exaustivamente escrutinado, examinando-se questões como as do conhecimento superveniente do concurso de crimes, a problemática do cúmulo das penas de execução suspensa, alertando-se para a necessidade (e em que medida) de fundamentação da decisão no caso do cúmulo jurídico superveniente, percorrendo-se as debáticas questões do «cúmulo por arrastamento», dos cúmulos anteriores transitados e do cúmulo com penas perdoadas, sem olvidar a temática do cúmulo mais favorável ao arguido. O trabalho que se publica reveste-se, pois, de um indiscutível interesse, quer para os exegetas desta particular área do direito, quer para os práticos que quotidianamente se vêm confrontados com as inúmeras situações que exemplificativamente são narradas.

Descritores: concurso de penas; cúmulo jurídico; concurso superveniente; fundamentação; cúmulo por arrastamento; cúmulo sucessivo.

¹ Este estudo, inicialmente elaborado de forma mais esquemática, serviu de base a uma exposição oral no âmbito de uma acção de formação do CEJ que teve lugar na Faculdade de Direito do Porto em 4 de Março de 2011, tendo sofrido algumas actualizações. A sua finalidade é fundamentalmente pedagógica, como se vê pelo estilo da exposição.

1. PRESSUPOSTOS DA DETERMINAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES

1.1. Nos termos do art. 77.º, n.º 1, do Código Penal (CP), quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena, sendo nesta considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.

Por conseguinte, são dois os pressupostos que a lei exige para a aplicação de uma pena única:

- prática de uma pluralidade de crimes pelo mesmo arguido, formando um concurso efectivo de infracções, seja ele concurso real, seja concurso ideal (homogéneo ou heterogéneo);
- que esses crimes tenham sido praticados antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, ou seja: a decisão que primeiro transitar em julgado fica a ser um marco intransponível para se considerar a anterioridade necessária à existência de um concurso de crimes.

Se o crime ou crimes forem praticados depois do trânsito, já a pluralidade ou concurso de crimes não dá lugar à aplicação de uma única pena, mas sim a penas ou cúmulos sucessivos, eventualmente considerando-se a agravante da reincidência, se se verificarem os respectivos pressupostos do art. 75.º do CP.

Há quem defenda uma interpretação restritiva do art. 77.º, n.º 1, de modo a que o momento relevante para efeitos de determinação da pena única seja referido à condenação e não ao trânsito em julgado ², posição que não tem tido eco relevante na jurisprudência [Cf. ao diante, ponto 4.3.].

2. A DETERMINAÇÃO DA PENA NO CONCURSO DE CRIMES

2.1. Pena aplicável

Nos termos do art. 77.º, n.º 2, do CP, a pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas, não podendo, contudo, ultrapassar 25 anos, tratando-se de pena de prisão, e como limite mínimo, a mais elevada daquelas penas. A moldura do concurso de crimes, ou seja, a pena aplicável em abstracto, é, assim, formada a partir das penas singulares concretamente aplicadas aos vários crimes. Por conseguinte, o sistema não prescinde da determinação concreta das penas aplicáveis aos vários crimes, as quais serão norteadas pelos critérios da culpa e da prevenção (geral e

² VERA LÚCIA RAPOSO, "Cúmulo por arrastamento", RPCC, Ano 13.º, n.º 4, p. 597.

especial), segundo os vários factores que vêm enumerados, de forma exemplificativa, no n.º 2 do art. 71.º do CP.

Esta referência é importante do ponto de vista da caracterização do instituto e da determinação da natureza da pena conjunta, como veremos com o desenvolver da exposição (*infra*, 2.5.).

2.2. A moldura do concurso: limites mínimo e máximo

a) Penas da mesma espécie

O limite mínimo (não referenciado na redacção originária (CP/82) é a maior das penas parcelares aplicadas, assim se evitando, por via do concurso, a atenuação da responsabilidade do agente, em relação ao crime singular mais gravemente punido.

O limite máximo corresponde ao somatório de todas as penas aplicadas, não podendo ultrapassar 25 anos.

Certa jurisprudência do STJ, a meu ver mal, considera que o limite máximo da moldura penal do concurso é o somatório efectivo de todas as penas, ainda que ultrapasse aquele limite. Assim, Acórdão do STJ de 14/01/2009 ³, relatado pelo Conselheiro Simas Santos. Entende este Conselheiro o seguinte:

«Como resulta da lei, mas é por vezes ignorado nas decisões que sobem em recurso, o limite máximo da moldura penal abstracta não é o limite máximo absoluto da pena concreta: 25 anos, mas a soma material das penas aplicadas aos crimes em concurso, aplicando-se aquele limite (absoluto) só à pena a estabelecer: será reduzida a 25 anos, se reputada adequada pena superior.» ⁴

Não é isso o que resulta da lei: não há molduras penais abstractas cujo máximo seja superior a 25 anos de prisão e depois deva ser reduzido àquele limite, se a pena concreta encontrada for além dele. A doutrina também não parece defender uma tal posição ⁵. De acordo com um tal critério, a determinação da pena do concurso far-se-ia dentro de um moldura penal que teria um mínimo correspondente à maior das penas parcelares e um máximo que poderia ascender a 30, 40, 50 e mais anos de prisão, e se a pena concreta que fosse determinada ultrapassasse aqueles 25 anos, é que a mesma seria reduzida a tal limite. Mas como é possível calcular uma pena dentro desses

³ Proc. n.º 3586/08, da 5.ª Secção.

⁴ SIMAS SANTOS, conferência proferida no CEJ em 3 de Fevereiro de 2010 e 6 de Maio de 2010, no âmbito do Curso de Especialização (formação contínua), Temas de Direito Penal e Processo Penal.

⁵ Por todos, veja-se FIGUEIREDO DIAS, As Consequências Jurídicas Do Crime, Editorial de Notícias, p. 286, com a devida adaptação para a lei actual.

gravidade desse **ilícito global**, enquanto referida à **personalidade unitária** do agente.

Do que se trata agora é de ver os factos em relação uns com os outros, de modo a detectar a possível conexão e o tipo de conexão que intercede entre eles (“conexão *authoris causa*”), tendo em vista a totalidade da actuação do arguido como unidade de sentido, que há-de possibilitar uma avaliação do ilícito global e a “culpa pelos factos em relação”, a que se refere CRISTINA LIBANO MONTEIRO em anotação ao acórdão do STJ de 12/07/05⁸. Ou, como diz FIGUEIREDO DIAS: «Tudo deve passar-se como se o conjunto dos factos fornecesse a gravidade do ilícito global perpetrado, sendo decisiva para a sua avaliação a conexão e o tipo de conexão que entre os factos concorrentes se verifique⁹».

Na avaliação desta personalidade unitária do agente, releva, sobretudo «a questão de saber se o conjunto dos factos é reconduzível a uma tendência (ou eventualmente mesmo a uma “carreira”) criminosa, ou tão-só a uma pluriocasionalidade que não radica na personalidade: só no primeiro caso, já não no segundo, será cabido atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta. De grande relevo será também a análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento futuro do agente (exigências de prevenção especial de socialização)¹⁰».

Por conseguinte, a medida da pena do concurso de crimes tem de ser determinada em função desses factores específicos, que traduzem a um outro nível a culpa do agente e as necessidades de prevenção que o caso suscita.

E tem de ter uma fundamentação específica na qual se espelhem as razões por que, em atenção aos referidos factores (em particular a propensão ou não do agente para a prática de crimes ou de determinado tipo de crimes), se aplicou uma determinada pena conjunta.

Normalmente, como veremos *infra*, as decisões das instâncias, principalmente da 1.ª instância, são deficientemente fundamentadas quando se trata da pena única, sobretudo porque se limitam a reproduzir o texto legal, sem fazerem uma avaliação concreta dos específicos factores a que a lei manda atender, o que tem dado origem a numerosas anulações dessas decisões por parte do STJ.

2.4. O papel dos factores de determinação das penas singulares

Na determinação da medida concreta da pena conjunta dentro da moldura penal abstracta, os critérios gerais de fixação da pena, segundo os parâmetros indicados — culpa e prevenção — contidos no art. 71.º do CP, servem apenas

⁸ CRISTINA LIBANO MONTEIRO, “A Pena “Unitária” Do Concurso De Crimes”, RPCC, Ano 16, n.º 1, p. 162 e ss.)

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 291

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *idem, ibidem*.

de guia para essa operação de fixação da pena conjunta, pois os mesmos não podem ser valorados novamente sob pena de se infringir o princípio da proibição da dupla valoração, a menos que tais factores tenham um alcance diferente enquanto referidos à totalidade de crimes ¹¹.

2.5. Caracterização do modelo de determinação da pena do concurso de crimes

Como se vê de todo o exposto, o nosso sistema caracteriza-se por ser um sistema de pena única ou conjunta, e não de pena unitária.

Por duas razões fundamentais:

- É um sistema que não prescinde da determinação da medida concreta das penas parcelares, sendo a partir delas que se constrói a moldura penal do concurso;
- A medida da pena do concurso no caso concreto é determinada dentro da moldura penal abstracta, entre um mínimo e um máximo, com a mesma liberdade com que se determina a unicidade de pena — culpa e prevenção, relacionadas com a gravidade do ilícito global em conjugação com a personalidade unitária revelada pelo agente, e não por adição das penas parcelares (ou de uma dada porção ou fracção delas), só sendo de agravar a pena no caso de se concluir pela radicação da multiplicidade delituosa na personalidade daquele, em termos de constituir uma tendência ou carreira criminosa.

Nisto se distingue do modelo de pena unitária, caracterizado por:

- Não relevância da autonomia dos crimes concorrentes;
- A moldura do concurso não passa pela determinação das penas singulares;
- Tudo se passa como se fosse um crime único, referido a um determinado agente, pois o que interessa é a personalidade deste (direito penal do agente).

Sendo um sistema de pena conjunta ou pena única, não se confunde, todavia, com um **princípio de absorção**, em que a pena do concurso corresponde à pena concretamente determinada do crime mais grave; nem com o **princípio da exasperação ou agravação** em que a pena do concurso é determinada em função da moldura penal prevista para o crime mais grave, mas agravada em função da pluralidade de crimes, sem poder ultrapassar o somatório das penas concretamente aplicadas ¹².

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 292, § 422

¹² Sobre esta matéria, ver CRISTINA LIBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 156 e ss., e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 283 e ss.

Apenas há a notar que a moldura penal abstracta apoia o limite mínimo na pena parcelar mais alta, o que apresenta alguma analogia, só neste aspecto, com o princípio da absorção e que o limite máximo é constituído pelo somatório de toda as penas (com o limite absoluto de 25 anos de prisão), o que também se relaciona de alguma forma com o princípio da exasperação ou agravação e até com o da cumulação material, mas também só para o efeito de determinar o limite máximo da moldura penal abstracta.

De resto, nada impede que, num dado caso concreto, a pena aplicada seja correspondente ao mínimo da moldura penal abstracta, ou seja, o equivalente à pena parcelar mais alta, tal como sucede com a determinação da medida da pena no caso de unicidade de crime.

3. A DETERMINAÇÃO DA MEDIDA DA PENA DO CONCURSO, AS PRÁTICAS JURISPRUDENCIAIS E A DOCTRINA

Aqui, pretendo criticar fundamentalmente aquela prática jurisprudencial que se tem salientado pela determinação da pena do concurso, não através dos critérios assinalados, mas por força da aplicação do que parece redundar no atrás referido **princípio da exasperação ou agravação**, embora atenuado de forma a reduzir ou minimizar as suas consequências.

Com efeito, em nome do princípio da igualdade na aplicação das penas, esta prática tem consistido em agravar a pena do concurso em atenção à pluralidade de crimes, aditando à pena parcelar mais grave uma dada porção ou fracção das restantes penas — normalmente 1/3, mas também pode ser uma fracção menor (1/5, 1/6 e por aí fora), se o número de crimes for muito elevado ou as penas em concurso forem muito graves (estabelecidas perto do máximo) — caso em que se diz que o *factor de compressão* das penas a considerar é mais acentuado.¹³

No colóquio realizado no STJ em 3 de Junho de 2009, sob o tema *A determinação da pena em concurso de crimes*¹⁴, o Conselheiro CARMONA DA MOTA teorizou refinadamente sobre essa prática jurisprudencial, aludindo à criação de um *algoritmo*, que vem a traduzir-se num *processo de cálculo em que um certo número de regras formais resolvam, na generalidade e sem excepções, problemas da mesma natureza* — critério esse *apto a auxi-*

¹³ Ver, entre muitos outros, o Acórdão do STJ de 29-04-2010, Proc. n.º 9-07.3GAPTM.S1, da 5.ª Secção [O factor de compressão variará de acordo com a consideração que se fizer, em conjunto, dos factos e da personalidade do agente, como indica a lei, mas só em casos verdadeiramente excepcionais se deve ultrapassar um terço da soma das restantes penas, principalmente se estiverem em consideração penas ou soma de penas muito elevadas, pois, se assim não fosse, facilmente se atingiria a pena máxima, reservada para a casos excepcionalmente graves.] e o nosso voto de vencido.

Ver também SIMAS SANTOS, *ob. cit.*, e os Acórdãos aí referidos, nomeadamente o Acórdão de 14-01-2009, Proc. n.º 3856/08, da 5.ª Secção.

¹⁴ Disponível em <http://www.stj.pt/?idm=433&sid=208>.

liar o juiz a encontrar, entre os limites mínimo e máximo da pena conjunta, quando distantes, um «terceiro termo [ou espaço] de referência», à volta do qual possa depois — na consideração conjunta, enfim, dos factos e da personalidade do agente (...) determinar sem risco de arbitrariedade (e em harmonia, até, com todos os juízes que optarem pelo mesmo ou similar critério), a justa pena conjunta.

Na sua exposição, veio a condensar em quatro números ou *itens* as principais regras formais a que deveria obedecer esse *algoritmo*. Basicamente e em termos simplificados, esse processo consta de uma folha de cálculo em que são considerados, em várias colunas de *excel*, a pena mais elevada em anos, o somatório das demais penas (sem o limite de 25 anos), um factor de compressão (variável) e parcelas comprimidas em anos, dando-nos, no final, o total da pena conjunta requerida para o caso, em três variantes: um mínimo, um máximo e a média, não muito distantes uns dos outros.

De entre essas três opções, o juiz escolheria a mais adequada ao caso. Vejamos como conclui esse estudo:

*(...) a pena conjunta, no quadro das penas singulares, é uma pena pré-definida pelo **jogo de forças** das próprias **penas singulares**, que, esgotantemente, representam (numericamente) todos os factores legalmente atendíveis.*

*Se as penas singulares esgotaram (ou deviam ter esgotado) todos os factores legalmente atendíveis, sobrarão para a pena conjunta, simplesmente, a reordenação cronológica dos **factos** (julgados, nos processos singulares, fora da sua sequência histórica) e a atualização da história pessoal do **agente** dos crimes. Esse, para mim, o entendimento (residual) que deve ser dado — por força da proibição da «dupla valoração» ao «conjunto dos factos») e à «personalidade» a que alude o art. 77.1 do CP.*

Se os números (representativos do valor das penas singulares) — no seu jogo de forças contrárias (umas de expansão e outras de contracção) no quadro (numérico) traçado pelos limites legais — haverão de convergir num determinado ponto (igualmente numérico) do espaço que os medeia, há-de ser a ciência dos números a indicar-nos a forma de o alcançar.

Ao jurista competirá apenas fornecer — ao operador matemático — quais os factores ponderáveis (parâmetros) e o seu valor relativo.

Para mim, esses parâmetros serão — entre outros (menos significativos) — os seguintes (já acima assinalados):

*l) A representação das penas singulares na pena conjunta é, em regra, **parcial**, só se justificando que esta se aproxime ou atinja a sua soma material nos casos em que todas as penas singulares co-envolvidas correspondam a crimes de gravidade similar (puníveis por exemplo com penas de 1 a 5 anos de prisão) e a sua soma material se contenha*

dentro da moldura penal abstracta dos crimes concorrentes (no exemplo, 5 anos de prisão);

II) A pena conjunta só deverá conter-se no seu limite mínimo ou na sua vizinhança em casos de grande disparidade entre a gravidade do crime mais grave (representada por uma pena por exemplo de 15 anos de prisão) e a gravidade dos demais (representadas por penas que, somadas, não excedam, por exemplo, um ano);

III) Nos demais casos (em que os limites mínimo e máximo da pena conjunta distem significativamente), a representação das penas menores na cena conjunta não deve exceder um terço do seu peso quantitativo conjunto (acquis jurisprudencial conciliatório da tendência da jurisprudência mais «permissiva» — na procura desse terceiro termo de referência — em somar à «maior» 1/4 ou menos das demais com a jurisprudência mais «repressiva» que àquela usa — com o mesmo objectivo — adicionar metade ou mais das outras);

IV) O tratamento no quadro da pena conjunta da pequena criminalidade deve divergir do tratamento devido à média criminalidade e o desta do imposto pelo tratamento da criminalidade muito grave, de tal modo que a pena conjunta de um concurso (ainda que numeroso) de crimes de menor gravidade não se confunda com a atribuída a um concurso (ainda que menos numeroso) de crimes de maior gravidade: E daí, por exemplo, que um somatório de penas até 2 anos de prisão — ainda que materialmente o ultrapasse em muito — não deva exceder, juridicamente, 8 anos, por exemplo; que um somatório de penas até 4 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 10 anos, que um somatório de penas até 6 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 12 anos; que um somatório de penas de 10 anos de prisão não ultrapasse, por exemplo, 16 anos, etc.;

V) A medida da pena conjunta só deverá atingir o seu limite máximo absoluto em casos extremos (quatro penas de 20 anos de prisão, por exemplo), devendo por isso o efeito repulsivo/compressor desse limite máximo ser, proporcionalmente, tanto maior quanto maior o limite mínimo imposto pela pena parcelar mais grave e maior o somatório das demais penas parcelares.

Sendo assim, poder-se-ão atingir — na enumeração dos parâmetros atendíveis e na ponderação relativa de cada um deles na sua relação dos demais — algoritmos diferentes.

O Conselheiro SIMAS SANTOS, por seu turno, embora dando o seu aval a esta tentativa de buscar a igualdade das penas e não enjeitando uma qualquer fórmula próxima dessa, coloca alguns problemas à do Conselheiro CARMONA DA MOTA, com o objectivo de encontrar um maior rigor, do seu ponto de vista, a partir da utilização de um outro factor de compressão ¹⁵.

¹⁵ SIMAS SANTOS, *ob. cit.*

Ora, por todas as razões expostas ao longo deste texto, tenho actualmente muitas dúvidas na utilização destes critérios ¹⁶, que me não parecem ter cobertura legal, pese embora o facto de ambos reconhecerem, com as palavras do Conselheiro Carmona da Mota, que «o critério proposto não è, propriamente, um critério “matemático”, mas um *critério jurídico*, que, na sua *operacionalidade*, recorre ao auxílio da ciência matemática».

A verdade é que o uso de tais fórmulas vem a traduzir-se na adição à pena parcelar mais grave de uma determinada fracção aritmética das restantes penas para, assim, se determinar a pena única, segundo um princípio de exasperação, que não corresponde ao critério da lei, chegando a considerar-se, pelo menos numa dessas fórmulas, que existe um *acquis jurisprudencial* de adição à pena parcelar mais alta de um terço das demais penas e reconduzindo toda a tarefa de determinação da pena única a uma *função residual* em que só haveria que proceder a uma *reordenação cronológica dos factos e a uma actualização da história pessoal do agente dos crimes*.

Daí que, desse ponto de vista, não haja que interligar os factos e conexioná-los uns com os outros, de modo a obter-se um sentido do conjunto em termos de ilicitude global e de culpa referida ao todo, conjugando-os com a personalidade única e unitária do agente. Em nome da igualdade das penas, prescinde-se de saber quais são, em concreto, os factos cometidos e as circunstâncias em que foram praticados, tudo se reconduzindo a apurar quais os crimes em jogo, por referência às disposições legais atinentes e as penas aplicadas, para efeitos de se somarem, segundo uma dada proporção/compressão, à pena parcelar mais elevada.

Por outro lado, também se faz praticamente tábua rasa das características da personalidade do agente, em termos de revelar ou não tendência para a prática de crimes ou de determinado tipo de crime, devendo a pena única reflectir essa diferença em termos substanciais. Ainda que a fórmula possa fornecer um mínimo, um máximo e uma média, a variação entre eles é muito pequena (para não dizer diminuta) e, para além disso, os dados fornecidos são sempre produto de um cálculo matemático, incompatível com a avaliação complexa da personalidade de um determinado agente.

A verdade é que a situação não é equiparável àquelas em que o legislador usa fórmulas aritméticas, quando agrava determinadas penas ou quando estipula, por exemplo, que o condenado possa beneficiar da liberdade condicional a meio ou a 2/3 da pena — situações essas, de resto, muito heterogéneas.

Diga-se, porém, em abono da verdade, que as penas fixadas em cumulos jurídicos, nas instâncias, são frequentemente desproporcionadas, atingindo muitas vezes o limite legal máximo permitido, mesmo em casos em que estão

¹⁶ Já sustentei moderadamente em alguns acórdãos, principalmente nos primeiros tempos da minha colocação no STJ, a teoria do factor de compressão; porém o acórdão referido por Simas Santos, na *ob. cit.*, na nota 48 (Ac. de 29-10-2009, Proc. n.º 18/06.0PELRA.C1.S1-5) não é de minha autoria, havendo aí um engano.

em causa crimes de carácter patrimonial e cuja valoração penal orça pela média, senão mesmo pequena criminalidade. Isto, porque, a meu ver, o critério usado é fundamentalmente um critério de adição de penas, sem consideração pelo tipo de criminalidade em causa e sem uma conveniente avaliação da totalidade dos factos como unidade de sentido, enquanto reportada a um determinado contexto social, familiar e económico e a uma determinada personalidade.

Ora, o uso de fórmulas como as referidas em que intervém o tal *algoritmo* quase sempre conduz a penas conjuntas muito inferiores e aparentemente mais adequadas e mais conformes a um princípio de humanidade, mas, repito, não me parecem ter a suficiente solvabilidade jurídica, sobretudo em atenção à teleologia que enforma as regras da punição do concurso de crimes. Assim, por isso mesmo, têm sido repudiadas por certa doutrina, sobretudo em comentários tecidos a alguns acórdãos do STJ ¹⁷.

4. CONHECIMENTO SUPERVENIENTE DO CONCURSO DE CRIMES

Art. 78.º do CP:

1 — Se, depois de uma condenação transitada em julgado, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo anterior, sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes.

2 — O disposto no número anterior só é aplicável relativamente aos crimes cuja condenação transitou em julgado.

3 — (...).

4.1. Momento do conhecimento: depois de uma condenação transitada em julgado

A situação prevista na lei ocorre quando o tribunal teve conhecimento, depois de ter transitado em julgado uma dada condenação, que outro ou outros crimes foram praticados pelo arguido antes desse trânsito, estando, por isso, esse ou esses crimes em concurso com o primeiro e devendo ser objecto, todos eles, de uma pena única ou conjunta.

4.2. Regime de determinação da pena única

São transponíveis as regras relativas à determinação da pena do concurso previstas no art. 77.º Se tiver havido cúmulos anteriores, estes são

¹⁷ CRISTINA LIBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, parte final e NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 152, *in fine*, e 153.

anulados e reelaborados em função dos novos crimes que entram no concurso.

Há quem esteja em desacordo total com este princípio de transposição, pondo nomeadamente em causa a possibilidade de “anulação” das penas de substituição transitadas em julgado. Nomeadamente NUNO BRANDÃO sustenta que a «transposição irrestrita e incondicionada das regras do concurso para o conhecimento superveniente do concurso que implique a revogação das penas de substituição aplicadas aos crimes em concurso por decisões transitadas em julgado é, em princípio, incompatível com o princípio constitucional do *non bis in idem* consagrado no art. 29.º, n.º 5, da Constituição»¹⁸.

Veremos isso com mais detalhe a propósito dos cúmulo jurídicos com penas de prisão de execução suspensa (*infra*, 5.).

4.3. Pressupostos

1 — Pluralidade de crimes com julgamentos efectuados em momentos diferentes;

2 — Anterioridade da prática dos crimes em relação ao trânsito em julgado da 1.ª condenação.

O STJ tem entendido, de forma pelo menos maioritária, que o momento relevante para a determinação do cúmulo jurídico de todas as penas é o trânsito em julgado da 1.ª condenação, ou seja, os crimes de que só houve conhecimento posterior terem sido cometidos antes dela¹⁹.

Em sentido contrário tem-se manifestado certa doutrina: FIGUEIREDO DIAS²⁰, VERA LÚCIA RAPOSO²¹, entendendo que o momento relevante é o da condenação, ou da solene advertência feita pelo juiz ao condenado, e não o trânsito dessa condenação.

Na jurisprudência do STJ, saliente-se o Acórdão de 01-07-2010, proferido no Proc. n.º 582-07.6GELLE.S1, da 5.ª Secção, de que foi relatora a Conselheira Isabel Pais Martins²².

3 — Trânsito em julgado de todas as condenações.

Trata-se de inovação introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (a lei anterior tinha uma ligeira diferença: *O disposto no número anterior é ainda aplicável no caso de todos os crimes terem sido objecto separadamente de condenações transitadas em julgado.*

¹⁸ NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 137 e 140.

¹⁹ Cf., entre muitos outros e só para nos referirmos aos mais recentes, os Acs. de 30-06-2010, Proc. n.º 1022-04.8PBEOR.S1, da 3.ª Secção, de 23-06-2010, Proc. n.º 124-05.8GEBNV.L1.S1, da 3.ª Secção; de 09-06-2010, Proc. n.º 221-03.1JFAUN-B-L1.S1, da 3.ª Secção.

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 293.

²¹ VERA LÚCIA RAPOSO, como na nota 2.

²² Disponível nas bases do ITIJ.

O caso era já discutido no domínio do CP/82, que não continha disposição semelhante (e até antes, como anota FIGUEIREDO DIAS²³), mas a jurisprudência, com o aplauso daquele Autor, considerava abrangido no mesmo cúmulo jurídico superveniente crime ou crimes cometidos antes do trânsito em julgado da 1.ª condenação, mas que tinham sido objecto de condenações posteriores transitadas em julgado.

A razão de ser da exigência do trânsito em julgado de todas as decisões reside na circunstância de só com o trânsito em julgado os factos apurados e as penas aplicadas adquirirem o grau de certeza necessário a poderem ser considerados numa outra sentença em que se vai operar o cúmulo jurídico tendente à fixação de uma pena única, cuja moldura penal abstracta é construída a partir das penas aplicadas aos vários crimes, sendo o limite mínimo correspondente à pena parcelar mais elevada e o limite máximo, ao somatório de todas as penas, com a barreira intransponível de 25 anos, como já vimos.

4.4. A nova lei e as penas cumpridas, prescritas ou extintas

Uma inovação importante introduzida pela referida Lei 59/2007 é a que se traduz no segmento final do n.º 1 do art. 78.º: *sendo a pena que já tiver sido cumprida descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes.*

A lei anterior tinha uma redacção completamente diferente: *Se depois de uma condenação transitada em julgado, mas antes de a respectiva pena se encontrar cumprida, prescrita ou extinta(...)*, o que deu azo a variadíssimas interpretações, no geral tendentes a beneficiar o condenado, pela inclusão, no cúmulo jurídico superveniente, de todas as penas, ainda que cumpridas, dos crimes em concurso cometidos antes do trânsito em julgado, mas conhecidos posteriormente, desde que pelo menos uma daquelas penas não estivesse cumprida, prescrita ou extinta, e isto por razões de igualdade e de justiça²⁴.

A inovação legal, agora consagrada, vem dar satisfação a essas preocupações, tendo suprimido o requisito de *a respectiva pena* [pela condenação anterior transitada em julgado] *se encontrar cumprida, prescrita ou extinta.*

No caso de pena cumprida (o que não será o caso, por exemplo de pena prescrita sem cumprimento, ou de pena extinta, por amnistia ou perdão total), é descontado na pena conjunta o tempo de cumprimento.

No caso específico das penas de execução suspensa que tenham sido extintas pelo decurso do prazo sem revogação, parece evidente que a mesma

²³ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 294.

²⁴ Ver o Acórdão do STJ de 25-10-90, referido no alongado estudo de PAULO DA MESQUITA, "o Concurso De Penas", Revista do Ministério Público, Ano 16.º, n.º 63 (Julho/Setembro de 1995), p. 21 e ss., no qual, para além de outros problemas, aborda criteriosamente essa problemática, a partir da p. 40.

não deve ser descontada na pena única, pois não houve cumprimento da pena de prisão substituída, como se decidiu no Acórdão do STJ de 29-04-2010 ²⁵.

No mesmo aresto decidiu-se ainda que «não é possível considerar na pena única as penas suspensas cujo prazo de suspensão já findou, enquanto não houver no respectivo processo despacho a declarar extinta a pena nos termos daquela norma ou a mandá-la executar ou a ordenar a prorrogação do prazo de suspensão, pois no caso de extinção nos termos do art. 57.º, n.º 1, a pena não é considerada no concurso, mas já o é nas restantes hipóteses».

Tem-se considerado também que, se o tribunal que incluir no cúmulo jurídico uma pena de execução suspensa em relação à qual não foi averiguado se a mesma foi declarada extinta, tendo passado o respectivo período de suspensão, revogada ou prorrogada a suspensão, incorre em omissão de pronúncia determinante de nulidade, nos termos do art. 379.º, n.º 1, alínea c), do CPP ²⁶.

5. CÚMULOS SUPERVENIENTES COM PENAS DE EXECUÇÃO SUSPensa

Há muito tempo que a jurisprudência do STJ se firmou maioritariamente no sentido de que as penas de execução suspensa entram no cúmulo jurídico como penas de prisão, só no final se decidindo se a pena conjunta deve ou não ficar suspensa na sua execução.

Esta é, de resto, a doutrina de FIGUEIREDO DIAS, segundo o qual, num concurso de crimes, as penas parcelares não devem ser suspensas na sua execução, só no final, isto é, na determinação da pena única, valorada a situação em globo, se devendo ponderar se essa pena, que é a que o condenado tem de cumprir, pode ou não ficar suspensa na sua execução, desde que ocorra o necessário pressuposto formal (a medida da pena de prisão aplicada não ultrapassar o limite exigido por lei, actualmente de cinco anos) e o pressuposto material — prognóstico favorável relativamente ao comportamento do agente e satisfação das finalidades da punição, nos termos do art. 50.º, n.º 1, do CP.

Se, porém, uma pena parcelar tiver sido suspensa na sua execução, o que frequentemente sucede nos cúmulos jurídicos em que o conhecimento do concurso de crimes é de conhecimento superveniente, «para efeito de

²⁵ Proc. n.º 16-06.3GANZR, em que foi relator o Conselheiro Santos Carvalho e adjunto o aqui exponente.

²⁶ Cf., para além do anteriormente citado, os Acórdãos de 8/10/2008, Proc. n.º 2490/08, da 3.ª Secção, de 8/02/2012, Proc. n.º 8534-08.2TAVNG.S1, de 10/05/2012, Proc. n.º 60-11.9TCLSB.S1, estes tendo tido como relator o exponente, e ainda o Acórdão de 23/02/2011, Proc. n.º 1145/01.5PBGMR.S2, da 3.ª Secção.

formação da pena conjunta relevará a medida da prisão concretamente determinada», e, uma vez determinada aquela, «o tribunal decidirá se ela pode legalmente e deve político-criminalmente **ser substituída por pena não detentiva**»²⁷.

A jurisprudência dominante do STJ tem assentado na ideia de que não se forma caso julgado sobre a suspensão da execução da pena, mas tão somente sobre a medida dessa pena, entendendo-se que a substituição está resolutivamente condicionada ao conhecimento superveniente do concurso, e ainda nas ideias de provisoriedade da suspensão da pena e de julgamento *rebus sic stantibus* quanto a tal questão²⁸.

Lê-se num dos arestos do STJ: «A lei afasta, expressamente, qualquer limite emergente de *caso julgado* de que tenham sido objecto as penas parcelares, com vista à efectivação do cúmulo e fixação autónoma *ex novo* da pena única conjunta. Poderá dizer-se mesmo que, se tal operação é efectuada em consequência de “conhecimento superveniente”, tem de aceitar-se, em consequência, que, aquando do julgamento parcelar, existia falta de conhecimento desse elemento de facto, pelo que, sendo tal julgamento *hoc sensu*, incompleto por deficiência desse elemento de facto, não repugna tê-lo como *julgamento condicional, rebus sic stantibus*, sempre ultrapassável, na hipótese de surgirem os novos elementos de facto então faltosos, o “conhecimento superveniente” a que se reporta o art. 78.º citado, que, justamente por isso, suplanta o normal regime de intangibilidade do *caso julgado*, se é que de *caso julgado* puro se pode falar nestas singulares circunstâncias, em que os julgamentos parcelares foram avante sem o inteiro domínio do facto pelos respectivos tribunais, e, assim, com uma realidade fáctica truncada e insuficiente. E o *caso julgado tout court* pressupõe a estabilidade das circunstâncias do julgamento, nomeadamente do quadro de facto que lhe subjaz»²⁹.

Esta posição jurisprudencial, caucionada pelo Tribunal Constitucional³⁰, tem ainda a sancioná-la as posições doutrinárias assumidas por PAULO DÁ MESQUITA³¹, ANDRÉ LAMAS LEITE³² e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³³.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 285 (§ 409), 290 (§ 419) e 295 (§ 430).

²⁸ Cf. acórdãos de 02-03-2006, Proc. n.º 186/06, da 5.ª Secção; de 05-04-2006, Proc. n.º 101/06, da 3.ª Secção; de 08-06-2006, Proc. n.º 1558/06, da 5.ª Secção, todos disponíveis nos Sumários dos Acórdãos; de 04-12-2008, Proc. n.º 08P3628, da 5.ª Secção; de 14-01-2009, Proc. n.º 08P3975, da 5.ª Secção e de 16/11/2011, Proc. n.º 150/08.5JBLBS.L1.S1, da 3.ª Secção, com acórdãos integrais disponíveis no site do STJ.

²⁹ Acórdão de 09-11-2006, Proc. n.º 3512/06, da 5.ª Secção.

³⁰ Acórdão n.º 3/2006, de 03.01.2006, DR, 2.ª S de 06-02.2007.

³¹ *Ob. cit.*, p.72 e ss.

³² ANDRÉ LAMAS LEITE, «A Suspensão Da Execução Da Pena Privativa De Liberdade Sob Pretexto Da Revisão De 2007 Do Código Penal», *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, AAVV, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, T. 2.º, Coimbra Editora, 2009, pp 608-610, também publicado em separata

³³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário Do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2010, 2.ª edição actualizada, p. 287, n.º 6.

Em sentido contrário, porém, se tem manifestado alguma jurisprudência do STJ, que entende que a pena de suspensão de execução da pena é uma pena de substituição, autónoma, que se não confunde com a pena de prisão. Esta e aquela são penas de espécies diferentes que não podem ser cumuladas, ao menos sem previamente o tribunal competente ter determinado a sua revogação nos termos do art. 56.º do CP ³⁴.

Posição específica, do ponto de vista doutrinário, é a de NUNO BRANDÃO, já referida a propósito do cúmulo de penas de prisão com penas de substituição ³⁵. O referido Autor entende que as penas de execução suspensa, aplicadas por decisões transitadas em julgado, não devem poder ser revogadas para efeitos de formação de uma pena conjunta, privativa de liberdade, a menos que o condenado nisso consinta. Ou seja, o critério seria o do designado *cúmulo jurídico facultativo*, em que o condenado, com base numa dada interpretação do art. 77.º, n.º 3, do CP, poderia optar entre o cúmulo jurídico ou a acumulação material das penas, conforme ele próprio achasse mais favorável para si, hipótese em que se justificaria uma eventual quebra do caso julgado com a perda da autonomia e da especificidade da pena de substituição, pela sua integração no cúmulo jurídico.

6. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO CASO DE CÚMULO JURÍDICO SUPERVENIENTE

Este tema merece especial destaque devido à tendência jurisprudencial que se tem vindo a afirmar no STJ.

Segundo essa jurisprudência, que vai avultando com acentuada relevância, o tribunal que procede ao cúmulo jurídico de penas, não deve limitar-se a enumerar os ilícitos cometidos pelo arguido de forma genérica, mas descrever, ainda que resumidamente, os factos que deram origem às condenações, *“por forma a habilitar os destinatários da decisão a perceber qual a gravidade dos crimes, bem como a personalidade do arguido, modo de vida e inserção social”*. Se a decisão recorrida *“não contém elementos que permitam apreender, ainda que resumidamente, os factos e as circunstâncias em que ocorreram e que foram julgados no processo da condenação, e as circunstâncias pessoais que permitam construir uma base de juízo e decisão sobre a personalidade, necessária para a determinação da pena do concurso, tal omissão não permite ao tribunal de recurso tomar uma decisão cuja base de ponderação é, pela lei, precisamente a consideração, no conjunto, dos factos e da personalidade do agente”* ³⁶.

³⁴ Cf. Acórdãos de 02-06-2004, Proc. n.º 1391-04, da 3.ª Secção, CJACSSTJ, Ano XII, T. 2.º 2004, p. 217 e de 20-04-2005, Proc. n.º 4742/04, da 3.ª Secção. Uma crítica desta posição encontra-se em ANDRÉ LAMAS LEITE, nota 44.

³⁵ Cf. *supra*, ponto 4.2. e nota 18.

³⁶ Acórdão de 22/02/06, Proc. n.º 116/06, da 3.ª Secção.

*“Peca por uma fundamentação deficiente o acórdão em que se considerou “a dimensão da natureza dos crimes praticados, o facto de terem sido cometidos no mesmo período temporal e a personalidade delinquente evidenciada”, abstendo-se de descrever os factos, de caracterizar a personalidade do agente, sem discernir em termos daquele binómio tendência/pluriocasionalidade, não se pronunciando quanto ao efeito da pena sobre a capacidade de ressocialização do arguido”*³⁷.

Verifica-se omissão de fundamentação se o tribunal que procede ao cúmulo jurídico assenta o seu juízo sobre as penas aplicadas anteriormente e não sobre os factos, *“não obstante afirmar que “foram analisados os factos, [entre os quais os que foram considerados nas sentenças supra referidas] no seu conjunto...”*³⁸.

Mais recentemente, em acórdão de 27-05-2010³⁹, vieram-se reafirmar de forma minuciosa estas exigências, lendo-se no seu sumário:

I — O legislador, para além de determinar a obrigatoriedade de fundamentação, de facto e de direito, de todos os actos decisórios proferidos no decurso do processo (cf. art. 97.º, n.º 5, do CPP), a qual decorre de imperativo constitucional (cf. art. 205.º, n.º 1, da CRP), instituiu, para as decisões que conheçam, a final, do objecto do processo, uma exigência de fundamentação acrescida.

II — A fundamentação de facto da sentença a proferir após a realização da audiência, nos termos do art. 472.º do CPP e para os efeitos do art. 78.º do CP, deve conter a indicação das datas das condenações e do respectivo trânsito, a indicação das datas da prática dos crimes objecto dessas condenações e das penas que, por eles, foram aplicadas, a caracterização dos crimes que foram objecto dessas condenações e todos os factos que interessam à compreensão da personalidade do condenado neles manifestada.

III — Como tem sido afirmando no STJ (cf. Acs. de 14-05-2009, Proc. n.º 170/04.9PBVCT, de 21-05-2009, Proc. n.º 2218/05.0GBABF, e de 04-11-2009, Proc. n.º 177/07.4PB TMR.S1), se não é necessário nem útil que a decisão que efectue o cúmulo jurídico de penas, aplicadas em decisões já transitadas, enumere exhaustivamente os factos dados por provados nas decisões anteriores, já é imprescindível que contenha uma descrição, ainda que sumária, desses factos, de modo a permitir conhecer a realidade concreta dos crimes anteriormente cometidos e a personalidade do arguido neles manifestada.

IV — Na elaboração da sentença condenatória releva, ainda, o art. 375.º do CPP que, no seu n.º 1, dispõe, nomeadamente, que “a

³⁷ Acórdão de 22/03/06, Proc. n.º 364/06, da 3.ª Secção).

³⁸ Acórdão de 13/09/06, Proc. n.º 2167/06, da 3.ª Secção).

³⁹ Proc. n.º 708-05.4PCOER.L1.S1, de que foi relatora a Conselheira Isabel Pais Martins.

sentença condenatória específica os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada”. Trata-se da concretização, a nível processual, da imposição resultante do n.º 3 do art. 71.º do CP — “Na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena”.

V — Poder-se-ia afirmar que, como nenhuma norma comina a nulidade para a inobservância do dever de especificação dos fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada, imposta pelo art. 375.º, n.º 1, do CPP, tal inobservância consubstanciaria mera irregularidade — art. 118.º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

VI — Entende-se, porém, que a especificação dos fundamentos que presidiram à escolha e à medida da pena se integra no dever de fundamentação das razões de direito da decisão, a que se refere o n.º 2 do art. 374.º do CPP, e que a omissão de tal especificação determina a nulidade da sentença (cf. art. 379.º, n.º 1, al. a), do CPP).

VII — No caso de realização de cúmulo jurídico das penas, a fundamentação da pena única deve passar pela avaliação da conexão e do tipo de conexão que entre os factos concorrentes se verifica e pela avaliação da personalidade unitária do agente. Particularizando este segundo juízo — e para além dos aspectos habitualmente sublinhados, como a detecção de uma eventual tendência criminoso do agente ou de uma mera pluriocasionalidade que não radica em qualidades desvaliosas da personalidade — o tribunal deve atender a considerações de exigibilidade relativa e à análise da concreta necessidade da pena resultante da inter-relação dos vários ilícitos típicos.

VIII — É nulo o acórdão, por insuficiência de fundamentação de facto e de direito, quando se limita a indicar os crimes que foram objecto da condenação, sem especificar, embora de forma concisa, os factos que os consubstanciaram, quando é absolutamente omisso quanto à personalidade do arguido (nada contém sobre as suas condições pessoais, familiares e sociais à data em que cometeu os crimes) e quando nada esclarece sobre a avaliação da personalidade do arguido e da globalidade dos factos por ele praticados.

E outros acórdãos da 3.ª e da 5.ª Secções, numa reacção que vai no sentido, se bem penso, de uma alteração da jurisprudência do STJ sobre esta temática — reacção que também significará uma recusa de critérios aritméticos na determinação da medida da pena do concurso de crimes.

Num desses acórdãos, por sinal da autoria do expoente, escreveu-se:

«Em obediência a tal preceito [art. 374.º, n.º 2, do CPP], o tribunal está obrigado a fundamentar a decisão em termos de facto e de direito (...), indicando, ainda que sucintamente, as circunstâncias (de tempo, lugar e modo) em que foram cometidos os vários crimes que deram origem às várias condenações do recorrente, de maneira a que se per-

ceba qual a ligação ou tipo de conexão que intercede entre os vários factos, encarados numa perspectiva global, e a sua relação com a personalidade do recorrente: se esses factos são a expressão de um modo de ser, de uma escolha assumida de determinado trajecto de vida, em suma, se radicam na personalidade do agente, ou se são antes fruto de uma multiplicidade de circunstâncias casuais, ou de uma particular conjuntura da vida do recorrente, uma situação passageira, mais breve ou mais longa, mas não um traço da personalidade (ou seja, aquilo que a doutrina designa de *pluriocasionalidade*). Esse é, de resto, o substrato da própria fundamentação da medida da pena única, que não consiste numa simples adição de penas, mas na imposição da pena conjunta mais adequada a uma determinada avaliação do ilícito global e da “culpa pelos factos em relação”(…) ⁴⁰».

Num outro acórdão do STJ, que vai no mesmo sentido ⁴¹, há no entanto que atentar no respectivo voto de vencido do Conselheiro Oliveira Mendes, com o qual não se concorda, pelas razões já aduzidas, mas que pode ter o mérito de chamar a atenção para o exagero em que se pode cair, se se confundir a enumeração sintética dos factos, feita com intuito de perceber as relações de sentido que intercedem entre eles, e que até pode ser caracterizada por grupos de factos com características comuns, com a sua transcrição integral:

A decisão recorrida, conquanto assuma a natureza de sentença, no entanto, trata-se de uma decisão diferente da sentença tal como esta é definida na alínea a) do n.º 1 do art. 97.º e estruturada no art. 374.º do Código de Processo Penal. Com efeito, a decisão impugnada não visa o conhecimento do objecto do processo, antes o cúmulo de penas aplicadas em sentenças já transitadas em julgado, neste e noutros processos, ou seja, a determinação de uma pena conjunta englobadora de penas já definitivamente aplicadas. Tal circunstância conduz, necessariamente, a que aquela decisão não esteja, a nosso ver, sujeita a todos os requisitos previstos no art. 374.º e que relativamente a alguns daqueles requisitos não seja exigido o seu preciso e rigoroso cumprimento, sendo que aqueles requisitos terão de ser aplicados com as necessárias adaptações. É o que sucede com os factos provados e não provados constantes das sentenças condenatórias aplicadoras das penas a cumular e com a indicação e exame crítico das provas em que o julgador se baseou para nesse sentido decidir, não sendo necessária a consignação (transcrição), como impõe o n.º 2 daquele artigo, sendo suficiente enu-

⁴⁰ Acórdão de 24/02/2011, Proc. n.º 295-07.9GBILH.S1 e do mesmo dia e com o mesmo sentido, tendo o mesmo relator, o Acórdão proferido no Proc. n.º 445-07.5PBSTR.S1. Da 3.ª Secção, vejam-se ainda os Acórdãos de 14-07-2010, Proc. n.º 3-03.3JACBR.S1; de 30-06-2010, Proc. n.º 1022-04.8PBOER.S1

⁴¹ Acórdão de 09-06-2010, Proc. n.º 29-05.2GGVFX.L1.S1, da 3.ª Secção.

merar os crimes em concurso e as respectivas penas, com a indicação das datas da sua prática, das condenações e do trânsito em julgado, suposta, obviamente, a presença nos autos de certidões (narrativas completas) daquelas sentenças. Exigir a transcrição da enumeração dos factos provados e não provados (ou mesmo uma síntese desses factos), sob pena de nulidade da sentença, é enveredar por um formalismo excessivo, desnecessário, inimigo da economia e da celeridade que o processo penal deve ter.

7. O CHAMADO CÚMULO POR ARRASTAMENTO

Há muito que está firmada no STJ jurisprudência no sentido de proscrever o chamado “cúmulo por arrastamento”. Este consiste em cumular penas aplicadas por crimes cometidos antes ou depois do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles, isto é, da primeira condenação transitada por um dos crimes em concurso. Tal situação era frequente em caso de cúmulo superveniente, em que havia crimes cometidos antes e crimes cometidos depois da 1.^a condenação transitada em julgado.

Figure-se a seguinte situação:

A cometeu em 11 e 12 de Nov. de 2003 um crime de roubo qualificado e um crime de furto qualificado, tendo sido condenado na pena de 6 anos de prisão pelo primeiro e na pena 3 anos de prisão, pelo segundo, e, em cúmulo jurídico, na pena de 7 anos de prisão, por acórdão transitado em julgado em 20 de Junho de 2006;

Em 30 de Junho de 2004, cometeu um outro crime de furto, pelo qual foi condenado em 2 anos de prisão, por decisão transitada em julgado, em 30 de Mar. de 2006;

Em 4 de Abr. de 2006, praticou um crime de tráfico de estupefacientes, pelo qual foi condenado numa pena de 5 anos de prisão, por decisão transitada em julgado em 20 de Fev. 2007.

Este último tribunal, competente para efectuar o cúmulo jurídico das penas aplicadas nos vários processos, cumula todas as penas, aplicando uma pena conjunta de 10 anos de prisão.

Com tal operação, efectuou o chamado cúmulo por arrastamento, já que o último dos crimes foi praticado depois do trânsito em julgado da 1.^a condenação (30-03-2006), embora antes do trânsito em julgado da segunda (20-06-2006), pelo que haveria que proceder, não a um único cúmulo jurídico, mas à determinação de duas penas, a cumprir sucessivamente.

Com efeito, a regra basilar que tem sido enunciada pela jurisprudência actual do STJ, aliás de acordo com uma interpretação correcta do art. 77.º, n.º 1, do CP (isto é, em consonância com os cânones interpretativos, envolvendo os elementos literal, lógico, sistemático e teleológico) é a de que o

momento decisivo para a verificação da ocorrência de um concurso de crimes a sujeitar a uma pena única é o trânsito em julgado da primeira condenação, regra essa também aplicável ao conhecimento posterior de um crime que deva ser incluído nesse concurso, por força do art. 78.º, n.º 1. Os crimes cometidos posteriormente a essa decisão transitada, constituindo assim uma solene advertência que o arguido não respeitou, não estão em relação de concurso, devendo ser punidos de forma autónoma, com cumprimento sucessivo das respectivas penas.

Por outras palavras: *“o trânsito em julgado de uma condenação é um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois”*⁴².

Ou ainda: (...) *o limite determinante e intransponível da consideração da pluralidade de crimes para efeito de aplicação de uma pena única é o trânsito em julgado da condenação que primeiramente tiver ocorrido por qualquer dos crimes praticados anteriormente; no caso de conhecimento superveniente aplicam-se as mesmas regras, devendo a última decisão, que condene por um crime anterior, ser considerada como se fosse tomada ao tempo do trânsito da primeira, se o tribunal, a esse tempo, tivesse tido conhecimento da prática do facto”*⁴³.

Orientação diversa, consagrando o chamado *cúmulo por arrastamento*, como já foi advogado por jurisprudência também deste STJ, sobretudo em período anterior a 1997⁴⁴ *“aniquila a teleologia e a coerência internas do ordenamento jurídico-penal, ao dissolver a diferença entre as figuras do concurso de crimes e da reincidência”*⁴⁵.

8. CÚMULOS ANTERIORES TRANSITADOS

Um dos problemas que se tem debatido na jurisprudência do STJ é a dos chamados **cúmulos anteriores transitados**.

⁴² Acórdão de 7/2/2002, Proc. n.º 118/02, da 5.ª Secção.

⁴³ Acórdão de 17/3/2004, Proc. n.º 4431/03, da 3.ª Secção, *CJ-Acs. STJ T. 1.º 2004.p. 229 e segs*, que faz uma recensão crítica da jurisprudência deste Tribunal. No mesmo sentido, ver, entre outros, os Acórdãos de 15-03-2007, Proc. n.º 4796-06, da 5.ª Secção (relatado pelo aqui exponente); de 14-01-2009, Proc. n.º 3772-08, da 3.ª Secção; de 09-06-2010, Proc. n.º 2103.1JAFUN-B-L1.S1, da 3.ª Secção; de 23-06-2010, Proc. n.º 124-05.8GEBNV.L1.S1, da 3.ª Secção; de 01-07-2010, Proc. n.º 582-07.6GELLE.S1, da 5.ª Secção.

⁴⁴ Lê-se no sumário de um desses arestos:

I —Tendo o arguido cometido quatro crimes, antes de transitar em julgado a sentença por qualquer deles, deve proceder-se a cúmulo jurídico das penas.

II —Se ele tiver cometido outros crimes, antes de transitar em julgado a sentença por um dos referidos em I, mas que não estão em relação de concurso com os restantes aí referidos, há que proceder a cúmulo jurídico que abranja todas as penas de todos esses crimes (Acórdão de 5-2-97, Proc. n.º 922/96, da 3.ª Secção). Em contraposição crítica a tal jurisprudência, veja-se o Acórdão de 4/12/97, *CJ Acs. STJ, Ano V, T. 3.º*, p. 246).

⁴⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *ob. cit.*, p. 592, e FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 293, com a ressalva quanto ao momento decisivo para a consideração do concurso de crimes, tal como referido *supra*, em 4.3.

Por vezes sucede que o tribunal tem conhecimento da existência de um ou vários crimes que estão em concurso efectivo com outros que já foram objecto de um cúmulo anterior, que, por não ter sido impugnado em recurso, se considera ter transitado em julgado.

O problema que se coloca é o de saber se, no novo cúmulo a efectuar para inclusão da(s) pena(s) aplicadas pelo(s) crime(s) que posteriormente se descobriu estarem em concurso com os que já foram objecto de cúmulo anterior, a pena conjunta não pode ser inferior à deste.

Numa situação destas, já se decidiu, num processo em que o exponente foi relator, aplicar uma pena única inferior à do cúmulo anteriormente elaborado. Nesse processo, estavam em causa umas dezenas de crimes patrimoniais, pelos quais, em cúmulo jurídico não impugnado, foi aplicada a pena única de 21 anos e 6 meses de prisão.

Posteriormente, em reelaboração do cúmulo jurídico, por força do conhecimento de outras condenações por crimes em concurso com os restantes, foi aplicada a pena única de 22 anos e 6 meses de prisão.

Ainda em momento posterior, chegou ao conhecimento do tribunal a condenação do mesmo arguido, noutro processo, por três crimes de falsificação de documento (artigos 255.º n.ºs 1, alínea a), e 3, 26.º, 30.º, n.º 1, e 71.º do CP) — 18 meses de prisão por cada um deles, e por três crimes de burla (artigos 217.º, n.º 1, 26.º, 30.º, n.º 1, e 71.º do CP) — 2 anos e 8 meses; 2 anos e 8 meses e 2 anos e 6 meses de prisão.

Constatada essa situação, veio a ser efectuado novo cúmulo jurídico, em que foram englobadas as penas singulares aplicadas pelos referidos crimes de falsificação e burla, tendo sido aplicada ao arguido a pena única de 23 anos de prisão.

Dessa decisão recorreu então o arguido para o STJ, achando a pena exagerada e postulando a pena de 15 anos de prisão como a adequada.

O STJ deu-lhe razão e baixou a pena para os referidos 15 anos de prisão, considerando que, embora impressionasse o número de crimes cometidos pelo arguido, a proliferação criminosa havia incidido sobre um período de tempo relativamente curto; que os crimes que formavam todo o espectro delituoso eram crimes de pequena ou média gravidade, oscilando as penas singularmente aplicadas entre quatro meses e dois anos e oito meses de prisão; que era desproporcionado punir com uma pena próxima do limite máximo absoluto uma pluralidade de crimes patrimoniais de pequena e média gravidade, e punir com uma pena idêntica ou ligeiramente superior uma pluralidade de crimes de homicídio, se fosse esse tipo de crimes que estivesse em causa; e finalmente que não se dispunha de um ângulo de observação temporal suficientemente amplo para se poder afirmar, sem algum tempero, que o recorrente manifestava [como se afirmava na decisão recorrida] uma «fortíssima propensão para a prática de crimes contra o património». Por sobre isso, a consideração de que «a reformulação é um novo cúmulo, em que tudo se passa como se o anterior não existisse (...) pois o trânsito em julgado não obsta à formação de uma nova decisão para reformulação do

cúmulo, em que os factos, na sua globalidade, conjuntamente com a personalidade do agente, serão reapreciados, segundo as regras fixadas no art. 77.º»⁴⁶.

Em recursos posteriores (pelo menos da 5.ª Secção), em que se colocou hipótese semelhante à acima figurada, veio, porém, a colocar-se reticências a soluções como a anteriormente referida. Em alguns casos, argumentou-se que, tendo sido fixada, em anterior cúmulo, uma determinada pena única, que não foi impugnada pelo arguido em recurso, «não faria sentido e causaria uma enorme quebra do sistema jurídico se, condenado novamente num outro processo por crimes diversos cometidos antes de transitar a primeira condenação, devesse ser condenado em nova pena conjunta inferior àquela que, de modo pacífico para a ordem jurídica, já cumpria, o que significava que o arguido iria beneficiar com uma nova condenação»⁴⁷.

Noutras situações, embora se admitisse a possibilidade de a pena conjunta fixada em novo cúmulo ser inferior à do anterior, dito transitado em julgado, referiu-se tal solução como uma *antinomia do sistema*.

«Assim, nada na lei impede que a pena única conjunta a encontrar possa ser inferior a uma outra pena idêntica anteriormente fixada para parte das penas parcelares, embora esse resultado se apresente como uma antinomia do sistema, uma vez que tendo a anterior pena única conjunta transitado em julgado e começado a ser executada, se vê reduzida, aquando da consideração de mais pena(s).

Mas seguramente não sofrerá da mesma crítica a manutenção do mesmo valor da pena única anteriormente fixada, apesar da consideração de mais uma pena, se dado o tempo decorrido desde a prática do facto e o desenvolvimento da personalidade do agente se mostrar desnecessária a agravação da pena anterior (...).»⁴⁸

⁴⁶ Acórdão de 22/04/2004, Proc. n.º 132-04, da 5.ª Secção.

⁴⁷ Acórdãos de 12-07-2007, Proc. n.º 2283/07 e de 06/03/2008, Proc. n.º 2428-07, ambos da 5.ª Secção. A situação subjacente a este último não deixa, no entanto, de causar alguma perturbação, como se assinala na respectiva fundamentação: «*E assim, considerando-se que, no caso em apreço neste recurso, o recorrente estava há cerca de 8 anos a cumprir uma pena conjunta de 18 anos de prisão que lhe tinha sido imposta pelo Tribunal de (...) e que, obviamente, havia transitado em julgado após processo onde se lhe proporcionaram todos os direitos de defesa, inclusivamente o de recorrer, não faria sentido e causaria uma enorme quebra do sistema jurídico se, condenado novamente num outro processo (...) por crimes diversos cometidos antes de transitar em julgado a primeira condenação, devesse ser condenado em nova pena conjunta inferior àquela que, de modo pacífico para a ordem jurídica, já há muito cumpria*».

⁴⁸ Acórdãos de 31/10/2007, Proc. n.º 3268/07; de 10/01/2008, Proc. n.º 3184/07, ambos da 5.ª Secção. Esta solução — fixação da mesma pena aplicada no cúmulo anterior — tinha, aliás, sido adoptada anteriormente no acórdão de 15/02/2007, Proc. n.º 4456/06, da 5.ª Secção, de que o exponente foi relator, com a seguinte justificação, que consta do sumário elaborado pelo próprio: *Verificando-se que os factos posteriormente conhecidos não têm praticamente incidência na apreciação global da conduta e da personalidade unitária do arguido, tal como apreciados numa decisão cumulatória anterior e muito recente, transitada*

Já num outro aresto do mesmo relator (Conselheiro Simas Santos), se concretizou melhor a possibilidade de a pena do cúmulo posterior ser mais baixa do que a do cúmulo anterior: «*Aceitar-se-á que assim possa ser em casos contados e especialmente justificados em que o conhecimento de mais infracções pelo agente constituirá o elo perdido entre condutas permitindo estabelecer uma clara e franca pluriocasionalidade*»⁴⁹.

Trata-se, portanto, de uma abertura na cerrada teoria do caso julgado formado pelos cúmulos anteriores, permitindo que, em dadas circunstâncias, a pena conjunta a fixar em novo cúmulo, por conhecimento superveniente de outros crimes em situação de concurso com os que foram anteriormente objecto de cúmulo jurídico, possa ser inferior à determinada nesse cúmulo. O certo é que, se se aceita que, em determinados casos, a pena do cúmulo posterior possa ser mais baixa do que a do anterior, é porque se considera que não existe verdadeiramente caso julgado formado sobre a pena conjunta fixada anteriormente. Ou então, a haver caso julgado, permitir-se-ia a sua derrogação em certas circunstâncias, o que não se mostra muito aceitável, por um lado, face à característica de imutabilidade do caso julgado e, por outro, por colocar nas mãos do juiz a faculdade de fixar em concreto as situações em que, ao menos neste domínio, aquele poderia ser derogado — faculdade que não tem o mínimo de suporte legal.

A possibilidade de se determinar uma pena conjunta abaixo da medida fixada em anterior cúmulo só pode assentar nas regras e princípios próprios que enformam a disciplina do cúmulo jurídico, nomeadamente em caso de conhecimento superveniente de concurso de crimes.

Retomando e desenvolvendo a teoria explanada no referido acórdão de 22/04/2004, proc. n.º 132-04⁵⁰, veio o STJ, num caso recente, a decidir o seguinte:

«Na operação de reformulação de um concurso, por conhecimento superveniente de outro(s) crime(s), em relação de concurso, o tribunal tem, necessariamente de “desfazer” o concurso anterior para formar um novo concurso e determinar a pena desse concurso. Por isso mesmo, nos termos do art. 78.º, n.º 1, do CP, o concurso anterior não tem um verdadeiro efeito de caso julgado quanto aos crimes que conformam o concurso, no sentido da sua inalterabilidade, pois a reformulação do concurso pressupõe, justamente, que o(s) crime(s) de que houve conhecimento superveniente seja(m) englobados no novo concurso.

em julgado, nada impede que a pena do concurso, na reformulação do cúmulo, se quede pela fixada anteriormente naquela decisão.

⁴⁹ Acórdão de 06/11/2008, Proc. n.º 2843/08, da 5.ª Secção.

⁵⁰ Ver nota 31.

Sendo o concurso anterior desfeito, não há qualquer “caso julgado” da anterior pena conjunta, pois o tribunal é, justamente, chamado a uma nova valoração dos factos e da personalidade do agente, servindo as concretas penas aplicadas pelos crimes em concurso apenas e só para a determinação da medida da pena abstracta da pena pelo concurso ⁵¹.»

Aliás, pressupor que haveria «caso julgado» quanto à anterior pena conjunta, significaria abastardarem-se as regras do cúmulo jurídico efectuado por conhecimento superveniente, pois, em bom rigor, o que se faria seria somar aos crimes anteriores os que foram objecto de novo conhecimento e acrescentar à pena anterior algo que corresponderia a um acréscimo de pena por mais esses crimes (ou, quando muito, fixar a mesma pena do cúmulo anterior, caso se aceitasse que, por mais crimes, poderia ser determinada a mesma pena).

Claro que a regra não pode ser (mas isso por uma questão de lógica, implicada na natureza das próprias coisas) a fixação de uma pena conjunta inferior à do cúmulo anterior, pois se há um maior acervo de crimes, do que os que foram apreciados anteriormente e, em consequência, se alteram os limites da moldura penal abstracta, nomeadamente o limite máximo, que passa a ser mais elevado, em princípio, haverá de corresponder-lhe uma pena também mais elevada. Mas nada impede que se faça uma outra leitura da globalidade dos factos, em conjugação com a personalidade unitária do agente, da qual resulte uma pena conjunta mais «benévola». Como tal pode acontecer se a pena anterior tiver sido estabelecida em medida francamente desajustada e desproporcionada.

9. AS VÁRIAS COMBINAÇÕES POSSÍVEIS DE PENAS SINGULARES PARA EFEITOS DE CÚMULOS SUCESSIVOS: CÚMULO MAIS FAVORÁVEL AO ARGUIDO

Suponhamos a seguinte hipótese:

O arguido A foi condenado em vários processos pelos seguintes crimes:

- a) por crime de roubo e factos praticados em 20-04-2004, em 2 anos de prisão, por acórdão transitado em julgado em 19-05-2005;
- b) por dois crimes de roubo e factos praticados em 19-06-2003, na pena de 3 anos de prisão por cada um deles, por acórdão transitado em julgado em 20-06-2006;
- c) por dois crimes de roubo e factos praticados em 24-11-2004, nas penas, respectivamente, de 2 anos e 6 meses de prisão e 3 anos de prisão, por acórdão transitado em julgado em 20-01-2007;

⁵¹ Acórdão de 17-02-2011, Proc. n.º 518/03.3TAPRD-A.S1, da 5.ª Secção, tendo como relatora a Conselheira Isabel Pais Martins e Adjunto, o Conselheiro Manuel Braz.

- d) por furto qualificado e factos praticados em 10-03-2005, na pena de 2 anos e 6 meses de prisão, por acórdão transitado em julgado em 18-12-2006;
- e) por crime de roubo qualificado e factos praticados em 20-03-2006, na pena de 6 anos de prisão, por acórdão transitado em julgado em 19-02-2008;
- f) por crime de roubo e factos praticados em 19-04-2006, na pena de 7 anos de prisão, por acórdão transitado em julgado em 20-03-2008.

Em cúmulo jurídico, foi condenado em duas penas conjuntas a cumprir sucessivamente: pelos crimes alíneas a), b), c) e d), na pena única de 7 anos de prisão; pelos crimes e) e f), na pena única de 9 anos de prisão.

Segundo certa jurisprudência do STJ, porém, em situações destas, é possível efectuar outras combinações de penas, de modo a obter-se a pena conjunta mais favorável ao arguido. No caso do exemplo acima, outra combinação possível seria isolar a pena de dois anos de prisão aplicada na primeira condenação que transitou em julgado e efectuar um cúmulo jurídico das restantes penas aplicadas nos outros processos. A pena conjunta aplicada neste último cúmulo daria, por hipótese, 12 anos de prisão, de modo que as penas a cumprir sucessivamente seriam de 2 anos de prisão, mais 12 anos de prisão. Esta combinação seria, assim, mais favorável ao arguido e seria essa a combinação escolhida.

A teoria que subjaz a uma tal solução é a seguinte: (...) *numa situação em que se tem de formular mais do que uma pena única para o mesmo arguido, a cumprir sucessivamente, e em que há penas parcelares que tanto podem ser englobadas num dos concursos de penas como no outro, a escolha faz-se de modo a agrupar as penas mais elevadas que sejam cumuláveis entre si. Na verdade, essa será a situação mais favorável para o arguido (...) Isto é: na formação da pena única, quanto maior é o somatório das penas parcelares, maior é o factor de compressão que incide sobre as penas que se vão somar à mais elevada, pois, se assim não fosse, muito facilmente se atingiria a pena máxima em casos em que a mesma não se justifica perante a gravidade dos factos* ⁵².

Há dois reparos que nos merece este tipo de raciocínio: em primeiro lugar, o fundamento que lhe está na base e que consiste em considerar que a operação de cúmulo jurídico é essencialmente uma operação matemática, em cujo cálculo entram factores como o designado *factor de compressão* de penas, tanto maior quanto mais elevado for

o somatório das penas a considerar; em segundo lugar, a postergação do critério legal (art. 77.º, n.º 1, do CP), que manda aplicar uma única pena

⁵² Acórdão de 16-03-2011, Proc. n.º 92-08.4GDGMR.S1, da 5.ª Secção, onde se adoptou uma solução parecida com a do exemplo, e Acórdão de 24-02-2011, Proc. n.º 3-03.3JACBR.S2, também da 5.ª Secção.

a todos os crimes que tenham sido cometidos antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, ou seja, a regra de que *o trânsito em julgado de uma condenação é um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois* (mas devendo incluir, necessariamente todos os crimes cometidos antes) ⁵³.

Por último, esta forma de proceder pode redundar no já censurado cúmulo por arrastamento, na medida em que sejam incluídas, em qualquer das operações de cúmulo, penas relativas a crimes cometidos posteriormente à primeira condenação transitada em julgado que deva ser considerada para o efeito.

10. CÚMULO COM PENAS PERDOADAS

É esta uma das questões que tem tido várias orientações jurisprudenciais ao longo do tempo.

Uma das questões que acabou por obter consenso doutrinal e jurisprudencial e, mais tarde, acabou por ser adoptada legalmente nas várias leis de amnistia, a partir da Lei n.º 16/86, de 11/06, é a de que o perdão incide sobre a pena única e não sobre as penas parcelares.

Tal implica uma outra questão: como aplicar o perdão, quando umas penas beneficiem dele e outras não?

As soluções também têm variado ao longo do tempo.

Começou por proceder-se do seguinte modo: efectuava-se um cúmulo jurídico das penas abrangidas pelo perdão e calculava-se a respectiva pena única, a que se descontava o perdão a que houvesse lugar; de seguida, realizava-se outro cúmulo com o *remanescente* dessa pena e todas as outras que não beneficiavam do perdão ⁵⁴.

Suponhamos o caso de um arguido ter sido condenado em 5 penas de prisão, duas das quais abrangidas pelo perdão concedido pela Lei n.º 15/94, de 11 de Maio (infracções praticadas até 16/03, inclusive):

8 anos de prisão;

7 anos de prisão;

⁵³ Esta crítica aplica-a o expoente a si próprio, uma vez que votou como adjunto os dois acórdãos citados, embora no indicado em primeiro lugar, que, na realidade, é cronologicamente o segundo, tenha apostado um voto de vencido, no qual, todavia, no respeitante à combinação de penas para se obter uma pena conjunta mais favorável, se tenha limitado a formular simples dúvidas.

⁵⁴ Cf., a título de exemplo, os Acórdãos de 04/10/2001, Proc. n.º 1801/01, da 5.ª Secção; de 03/07/2003, Proc. n.º 2022/03, da 5.ª Secção e de 26-01-2000, Proc. n.º 1182/99, da 3.ª Secção (este com dois votos de vencido e voto de desempate do presidente).

6 anos de prisão;
5 anos de prisão;
7 anos de prisão.

A primeira e a terceira estavam abrangidas pelo referido perdão e as restantes estavam fora do alcance da lei de clemência.

As penas referidas em 1.º e 3.º lugares seriam objecto de um cúmulo jurídico, em virtude do qual a pena única encontrada seria, por exemplo, de 10 anos de prisão. A essa pena seriam subtraídos os perdões de 1 ano e 4 meses e 1 ano de prisão, ou seja, 2 anos e 4 meses de prisão, nos termos do art. 8.º, n.º 1, alínea *d*), da citada Lei. Ficaríamos, então, com uma pena única reduzida a 7 anos e 6 meses de prisão. Este seria o remanescente que entraria num segundo cúmulo com as penas não perdoadas, ou seja:

7 anos e 6 meses de prisão (remanescente das 1.ª e 3.ª);
7 anos de prisão;
5 anos de prisão;
7 anos de prisão.

A pena única, calculada nos termos dos arts. 77.º e 78.º do CP, seria, então, por hipótese, de 12 anos de prisão.

Uma corrente jurisprudencial foi, entretanto, formando-se em sentido diferente até se tornar hoje maioritária, senão unânime.

Essa corrente parte dos seguintes pressupostos:

Efectua-se um cúmulo jurídico das penas perdoáveis, segundo as regras dos arts. 77.º e 78.º do CP (cúmulo parcial), só para o efeito de calcular a extensão do perdão (em relação à pena encontrada); seguidamente, cumulam-se juridicamente, levando sempre em conta aquelas regras, todas as penas que fazem parte do concurso de crimes (quer as perdoáveis, quer as não abrangidas pelo perdão) e determina-se a pena única, sobre a qual incidirá o perdão. As razões para tal procedimento encontram-se no facto de, num cúmulo jurídico de penas, só deverem entrar penas parcelares e não penas que tenham sido construídas já a partir de uma operação de cúmulo, e o perdão dever incidir sobre a pena única obtida a partir do cúmulo jurídico de todas as penas parcelares ⁵⁵.

No exemplo acima, far-se-ia um cúmulo das penas indicadas em 1.º e 3.º lugares, que daria como resultado, por hipótese, a pena única de 10 anos de prisão.

⁵⁵ Cf. Acórdãos de 26/01/2000, Proc. n.º 931/99; de 16/2/2000, Proc. n.º 1140/99; de 11/10/2000, Proc. n.º 2357/2000; de 26/01/2005, Proc. n.º 3282/04; de 14/12/2005, Proc. n.º 3561/03; de 15/11/2006, Proc. n.º 3183/06, todos da 3.ª Secção;

Calculava-se o perdão aplicável em relação à pena única encontrada — 10 anos —, sendo esse perdão de 1 ano e 6 meses, nos termos do art. 8.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 15/94.

Seguidamente, far-se-ia o cúmulo de todas as penas perdoáveis ou não perdoáveis, obtendo-se, por hipótese, a pena única de 12 anos e 6 meses de prisão (limite mínimo 8 anos e máximo reduzido a 25 anos por imposição da lei).

Sobre aquela pena única incidiria então o perdão de 1 ano e 6 meses de prisão, ficando para cumprir a pena de 11 anos de prisão.

Alguma jurisprudência, porém, aceitando estas mesmas regras, tem uma especialidade: *o perdão tem como limite máximo a soma das parcelas das penas perdoáveis, tal como encontradas na operação de cálculo dessa pena única.*

Um acórdão clarifica a situação deste modo:

(...) sendo o cúmulo jurídico formado por uma soma entre a pena mais elevada e parcelas de cada uma das penas restantes, a aplicação do perdão feita nestes moldes pode levar a que o perdão beneficie também as parcelas das penas que legalmente por ele não estão abrangidas, o que sucederá quando, nessa operação, a soma das parcelas das penas “perdoáveis” for inferior ao montante do perdão.

Um simples exemplo ajuda a compreender esta situação. Se o cúmulo abrange três penas de 1 ano de prisão, das quais só duas beneficiam de perdão, a pena única será, por hipótese, de 1 ano e 8 meses de prisão (somando-se à pena mais grave um terço das restantes). Para cálculo do perdão, obtém-se uma pena única parcelar das penas perdoáveis, com o mesmo critério, de 1 ano e 4 meses de prisão, pelo que o perdão será fixado em 1 ano de prisão. Fazendo incidir este perdão sobre a pena única inicial, o arguido terá de cumprir um remanescente de 8 meses de prisão, o qual é inferior à pena parcelar não perdoada e inferior mesmo ao limite abstracto do cúmulo, que é o da pena mais grave (1 ano de prisão não perdoado). Chegamos a um resultado que contraria a lei que concedeu o perdão de penas e também o art. 77.º, n.º 2 do CP.

Daí que se possa concluir que, para proceder ao cúmulo jurídico de penas em concurso de infracções quando só algumas beneficiam do perdão, há que seguir estes passos:

- 1.º efectua-se o cúmulo jurídico de todas as penas em concurso, independentemente de alguma delas beneficiar de perdão e, assim, obtém-se a pena única;*
- 2.º calcula-se o perdão, após se ficcionar um cúmulo jurídico parcelar das penas que por ele estão abrangidas;*
- 3.º faz-se incidir o perdão assim calculado sobre a pena única inicial, mas o perdão tem como limite máximo a soma das par-*

celas das penas “perdoáveis”, tal como encontradas na operação de cálculo dessa pena única inicial.

No exemplo anterior, o limite máximo do perdão seria de 8 meses de prisão, correspondente ao “peso” que tiveram as penas que beneficiavam de perdão na formação da pena única. Portanto, o arguido, em tal exemplo, seria condenado na pena única de 1 ano e 8 meses de prisão, da qual se descontaria o perdão de 8 meses ⁵⁶.

Não obstante ter subscrito, como adjunto, o referido acórdão, a verdade é que não me revejo hoje em tal jurisprudência. Tal está em consonância com o que tenho vindo a defender ao longo de toda esta exposição, nomeadamente no tocante á determinação da medida da pena única, em que claramente rejeitei a teoria de que aquela deve ser obtida por uma determinada *compressão* ou *fracção* das penas singulares adicionadas à parcelar mais elevada. A pena única ou conjunta determina-se nos mesmos moldes da determinação das penas singulares, em função da culpa e prevenção, mas desta feita referidas à totalidade dos crimes em concurso (culpa pelos “factos em relação”, pelos quais se afere também a gravidade do ilícito global) e à personalidade unitária do agente, em termos de esta revelar uma tendência criminosa ou uma simples pluriocasionalidade. Não se trata, pois, de qualquer operação de adição, em que as penas singulares entrem de uma forma comprimida ou em determinada proporção, mas de encontrar a pena adequada, em função daquele critério, entre os limites mínimo e máximo que balizam a respectiva moldura penal do concurso.

A essa pena conjunta é que se aplica o perdão, seja ele qual for, calculado através de um subcúmulo, da forma sobredita. Não há que ver, pois, o “peso” que tiveram as penas que beneficiaram do perdão na formação do cúmulo.

O mesmo critério é usado quando se trata de penas que beneficiam de perdões concedidos por distintas leis. Neste caso, há que efectuar tantos subcúmulos, quantos os grupos de penas que beneficiam das diversas leis de clemência, adicionando-se os perdões assim calculados e fazendo incidir o total sobre a pena única.

Se, por hipótese, num cúmulo jurídico de várias penas, duas delas beneficiarem do perdão concedido por uma lei de amnistia e uma outra, do perdão concedido por outra lei de clemência, efectua-se o subcúmulo daquelas duas penas para se calcular a extensão do respectivo perdão, e aplica-se o perdão que compete à outra pena, somando-se os perdões assim obtidos e sub-

⁵⁶ Acórdão de 18/10/2007, Proc. n.º 2691/07 da 5.ª Secção e ainda os acórdãos de 24/10/2006, Proc. n.º 2941/06, de 29/05/2008, Proc. n.º 1145/08.

traindo-se à pena única determinada a partir de todas as penas parcelares aplicadas ⁵⁷.

No caso de conhecimento superveniente de crime ou crimes que estejam em concurso com outros que anteriormente foram objecto de cúmulo e sobre cuja pena conjunta se fez incidir um perdão, «há que entender que esse perdão foi concedido sem prejuízo de, em posterior reformulação de cúmulo, vir a ser aplicada ao arguido um perdão que há-de incidir sobre a pena única fixada a final» ⁵⁸.

⁵⁷ Cf. acórdão de 26-01-2000, Proc. n.º 1149/99, da 3.ª Secção.

⁵⁸ Acórdão de 24-05-2000, Proc. n.º 38/2000, da 3.ª Secção.