Processo nº 326/2015

(Autos de recurso penal)

Data: 07.05.2015

Assuntos : Concurso de crimes.

Cúmulo jurídico.

Pena suspensa.

Caso julgado.

Ne bis in idem.

SUMÁRIO

- 1.** A circunstância de haver uma pena suspensa na sua execução não obsta à efectivação de cúmulo jurídico que a envolva.
- 2.** A decisão de englobar na pena conjunta do concurso as penas parcelares de suspensão de execução da prisão, (e de, no final, a pena poder não ser suspensa), não viola o “princípio do ne bis in idem” (porque não é efectuado um novo julgamento da matéria de

facto), nem tão pouco o do “caso julgado”, pois que este só se forma quanto à medida da pena e não quanto à sua execução.

O relator,

Processo nº 326/2015

(Autos de recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. O Digno Magistrado do Ministério Público vem recorrer da decisão do M^{mo} Juiz que decidiu não efectuar o cúmulo jurídico da penas ao arguido A decretadas nos processos n.º CR1-14-0285-PCS e CR3-13-0250 PCC, motivando para, a final, em conclusões, dizer o que segue:

“1. O recorrente entende que o despacho supracitado padece do vício de erro na aplicação da lei previsto no artº 400º, nº 1 do CPP.

2. A questão principal constante no despacho é, será que, nos termos do artº 71º e 72º do CP, “a situação favorável” ao condenado é um requisito indispensável para o cúmulo das penas, e face às circunstâncias do presente processo, será que resulta inevitavelmente situação desfavorável ao condenado.

3. Quanto à questão do “cúmulo das penas”, na história do direito penal estrangeiro existe dois extremos de aplicação: uma é “a soma aritmética”; Outra é “a execução pelo mesmo período de tempo”; quanto ao nosso CPM adoptou o eclecticismo, uma forma moderada de execução, a pena aplicável como limite máximo a soma das penas e como limite mínimo, a mais elevada daquelas penas, formando assim uma nova moldura penal e dentro da qual determina-se a medida da pena.

4. Vimos que, embora ao abrigo dos artºs 71º e 72º do CP, não vem explícito os requisitos favoráveis ao condenado, mas de facto, a intenção inicial do legislador é não aceitar em termos aritméticos “a doutrina acumulativa”, que por sua vez torna-se “favorável” ao condenado.

5. Aliás, entendemos que a situação “favorável” não é a única consideração do legislador na determinação do “regime do cúmulo”. Tal como nos termos do artº 71º, nº 3, se as penas forem umas de prisão e outras de multa, é aplicável uma única pena de prisão, nesta situação, é evidente “desfavorável” para o condenado.

6. Pelo contrário, entendemos que em termos do “princípio da economia processual”, o cúmulo da pena favorece o trabalho do Tribunal e de outras entidades de execução das leis, bem como, favorece às pessoas condenadas a sua melhor compreensão e tratamento.

7. Além disso, quanto à questão da situação “desfavorável” alegada no processo, é apenas uma “probabilidade abstracta”, não vemos “concretamente e na realidade” a situação “desfavorável” alegada no exemplo acima referido.

8. Conforme as circunstâncias do presente processo, se não vemos que situação “desfavorável” possa surgir se se fizer o cúmulo das penas, bem como, a pena não preenche o “princípio da economia processual”, então esta situação violou o previsto no regime do cúmulo das penas.

9. Além disso, o despacho recorrido adoptou uma posição contrária à prática judicial do Tribunal de Base, isto irá causar inevitavelmente confusão na gestão dos processos do Tribunal de Base”;

(cfr., fls. 117 a 120 que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Sem resposta, e admitido que foi o recurso, vieram os autos a este T.S.I., onde em sede de vista, emitiu o Ilustre Procurador Adjunto o Parecer seguinte:

“Cremos assistir inteira razão ao Exmo Colega recorrente.

Na sua muito parca motivação, funda a Mma Juíz "a quo" a sua recusa em efectuar o cúmulo jurídico das penas em questão pelo facto de que " ... o mesmo será desfavorável ao condenado".

De tão sucinta justificação poderá, através de algum denodo e generosidade interpretativos, depreender-se que o julgador, pese embora registando verificarem-se os pressupostos materiais e formais para o efeito, entendeu não efectuar o cúmulo porque dele resultaria, no seu juízo de prognose, situação desfavorável para o arguido, derivada, quiçá, da circunstância de, encontrando-se suspensa na sua execução uma das penas, poder o visado não alcançar tal desiderato em termos da pena

única a aplicar.

Ora bem:

Ainda que, tal tenha sido a "mens" do julgador, cremos que nunca se poderia mostrar acertado o decidido.

Nos termos dos dispositivos legais aplicáveis (art^{os} 71 ° e 72°, CP), a aplicação de uma pena conjunta depende de um juízo global sobre os factos e a personalidade do agente.

Em consequência, a determinação do cúmulo envolve um novo julgamento, destinado a habilitar um juízo autónomo relativamente aos produzidos nos julgamentos dos crimes singulares, apreciando-se a globalidade da conduta do agente e da sua personalidade, referenciada a essa globalidade.

Como resulta evidente, este juízo autónomo, de apreciação global envolve todas as condenações, ainda que suspensas na sua execução, sob pena de, com a sua eventual exclusão, se invalidar aquela visão conjunta que a lei considera determinante para a imposição de uma pena única.

A obrigatoriedade de efectivação do cúmulo jurídico das penas de prisão não exclui, pois, as que tenham sido suspensas na sua execução, já que estas existem, podem ser cumpridas, sendo lógico que entrem na composição do cúmulo jurídico.

Servem, finalmente, os termos sublinhados para acentuar o que, de todo o modo, se nos afigura fundamental face à justificação apresentada pelo julgador "a quo" :

Verificando-se os necessários pressupostos para o efeito (e, o julgador não os põe em questão), impõe-se a efectivação do cúmulo jurídico das penas, independentemente de, da avaliação global dos factos e da personalidade do agente, a efectuar por julgamento autónomo, poder resultar situação porventura desfavorável ao agente, pelo menos em termos da execução da pena única a aplicar.

Ou seja, para o caso que agora nos ocupa, o juízo de prognose do julgador de que, quiçá, após aquele julgamento e avaliação global, possa não ser mantida a suspensão da execução da pena única a aplicar, não o pode inibir de cumprir o que está obrigado por lei: a efectivação do cúmulo jurídico.

Tudo razões por que se entende merecer provimento o presente recurso”; (cfr., fls. 144 a 146).

*

Nada parecendo obstar, passa-se a decidir.

Fundamentação

2. Tem a decisão recorrida o teor seguinte:

“No presente processo, o condenado A pela prática de 1 crime de reentrada p.p.p. artº 21º da Lei nº 6/2004 e 1 crime de uso de documento falso p.p.p. artº 18º, nº 3 da Lei nº 6/2004, foi condenado no dia 31/10/2014, a pena única de 9 meses de prisão, suspensa a sua execução pelo período de 2 anos. A sentença foi transitada em julgado no dia 20/11/2014.

No proc. nº CR3-13-0250-PCC, A pela prática de 1 crime de resistência p.p.p. artº 311º do CP, foi condenado em 04/06/2014, a pena de 9 meses de prisão. O acórdão foi transitado em julgado no dia 24/06/2014.

Uma vez que o condenado, nos 2 processos supracitados, foi suspensa a execução da pena, pois entende o presente Tribunal que o cúmulo das penas dos 2 processos será desfavorável ao condenado, pelo que decide não fazer o cúmulo das penas dos 2 processos.

Notifique o proc. nº CR3-13-0250-PCC.

M. 21.05.2015

(...); (cfr., fls. 113).

Aqui chegados, vejamos.

Sabido que é que no art. 29º, n.º 1 do C.P.M. – onde se prescreve que “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente” – se regula a figura do “concurso de crimes”, dúvidas não há que é no art. 71º e 72º do mesmo Código que o sistema dá resposta (em termos “de censura penal”) à existência do dito “concurso de crimes”.

Nesta conformidade, prescreve o mencionado art. 71º que:

“1. Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, é condenado numa única pena, sendo na determinação da pena considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.

2. A pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas

concretamente aplicadas aos vários crimes, não podendo ultrapassar 30 anos tratando-se de pena de prisão e 600 dias tratando-se de pena de multa, e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes.

3. Se as penas concretamente aplicadas aos crimes em concurso forem umas de prisão e outras de multa, é aplicável uma única pena de prisão, de acordo com os critérios estabelecidos nos números anteriores, considerando-se as de multa convertidas em prisão pelo tempo correspondente reduzido a dois terços.

4. As penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis”.

Por sua vez, nos termos do art. 72º:

“1. Se, depois de uma condenação transitada em julgado, mas antes de a respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta, se provar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes, são aplicáveis as regras do artigo anterior.

2. O disposto no número anterior é ainda aplicável no caso de

todos os crimes terem sido objecto separadamente de condenações transitadas em julgado.

3. As penas acessórias e as medidas de segurança aplicadas na sentença anterior mantêm-se, salvo quando se mostrarem desnecessárias em vista da nova decisão; se forem aplicáveis apenas ao crime que falta apreciar, só são decretadas se ainda forem necessárias em face da decisão anterior”.

Resultando (claro do) estatuído no transcrito art. 71º que se adoptou a solução do “cúmulo jurídico”, em que a “pena única” é fixada no respeito dos critérios do seu n.º 2, considerando-se, em conjunto, os “factos e a personalidade do agente”, mas em que a pena a fixar há-de ser agravada em razão da pluralidade de ilícitos – e não o da “acumulação material de penas” ou o da “pena unitária”; (cfr., v.g., M.L. Henriques, in “Anot. e Com. ao C.P.M.”, Vol II, pág. 258) – e certo sendo que em causa está, em boa verdade, saber se há lugar a cúmulo jurídico das penas ao arguido dos autos aplicadas nos atrás referenciados processos, vejamos.

No fundo, o que em causa está, é saber se verificados estão os “pressupostos legais” para se proceder ao cúmulo jurídico das penas

aplicadas nos ditos processos.

E, nesta conformidade, e antes de mais, há que ter em atenção o prescrito no n.º 1 do art. 71º onde se prescreve: “quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, é condenado numa única pena, (...)”.

No caso, como se viu, aquando da prolação do despacho recorrido, (em 21.01.2015), ambas as decisões condenatórias em questão tinham já transitado em julgado, (em 24.06.2014 e 20.11.2014).

Porém, para a situação vale precisamente o prescrito no art. 72º, n.º 1 e 2, (com epígrafe “Conhecimento superveniente do concurso”), nada obstando portanto a que, por tal circunstância – “trânsito em julgado das decisões condenatórias” – se (não) opere o cúmulo jurídico das ditas penas.

Todavia, no caso, (e tal como se pode ler no despacho recorrido), (também) não foi esse o motivo do decidido.

Com efeito, entendeu o M^{mo} Juiz que não devia operar o cúmulo, por em causa estar “uma pena de prisão suspensa na sua execução”, e que, por isso, o (eventual) cúmulo seria “desfavorável ao condenado”.

Pois bem, nos termos do art. 87º, n.º 4 do C.P.P.M. – onde se estatui que “os actos decisórios são sempre fundamentados” – poder-se-ia questionar se observado foi tal “dever de fundamentação”.

Com efeito, nada se diz quanto à “base legal” da decisão proferida, justificando-se a mesma com uma (abstracta) consideração no sentido de o cúmulo ser “desfavorável para o condenado”, sem se concretizar minimamente, como, porque, ou em que termos, (nem tão pouco se adiantando qual a pena única que seria de aplicar).

Seja como for, não vindo a “questão” colocada em sede do presente recurso, não originando a aludida falta de fundamentação “nulidade absoluta” e “insanável”, (e admitindo-se que se consiga alcançar a “dificuldade sentida” pelo M^{mo} Juiz a quo, como efectivamente sucedeu com o ora Recorrente), não se deixa de consignar o que segue.

Ora, em bom rigor, a questão está em saber se no cúmulo jurídico se pode englobar uma pena de prisão suspensa na sua execução.

E, sem prejuízo do muito respeito por opinião em sentido diverso, cabe referir que o argumento pelo M^{mo} Juiz a quo avançado – de ser o cúmulo “desfavorável ao condenado” – é, de facto, “tentador”.

Em síntese, chama à colacção o seguinte raciocínio: se é o direito penal (profundamente) inspirado pelo “princípio do tratamento mais favorável ao arguido”, (à primeira vista), podia parecer boa a solução da decisão recorrida: de facto, cumular “reclusão” com “liberdade” é operação que se mostra “difícil”, se não mesmo, em si mesma “impossível”.

Aliás, sobre a “questão” e em sentido idêntico ou próximo, tem-se avançado outros argumentos como os da violação do princípio “non bis in idem”, do “caso julgado” e do vício de “omissão de pronúncia” (quanto à prévia revogação da suspensão da execução); (cfr., v.g., o Ac. do S.T.J. de 02.06.2004, P. 481391 e, mais recentemente, da Rel. de Lisboa de 11.09.2013, P. 108/08 in www.dgsi.pt, aqui citados como mera

referência, podendo-se sobre a questão ver também o estudo “Conhecimento superveniente do concurso e revogação de penas de substituição – Acórdão do S.T.J. de 03.07.2003”, in “R.P.C.C.”, Ano 15, 2005, pág. 117-153).

Contudo, a posição – tanto quanto nos parece – maioritária, vai noutro sentido, considerando que devem também ser incluídas em cúmulo jurídico as penas de prisão cuja execução haja sido suspensa; (cfr., v.g., da Rel. de Porto de 01.02.2006, 28.05.2008, 10.11.2010, 07.12.2011 e de 04.02.2015, Procs. n.º 0545573, 0842597, 94/10, 547/07 e 1596/10; da Rel. de Coimbra de 27.02.2013 e de 21.05.2014, Proc. n.º 57/09 e 87/12; da Rel. de Lisboa de 05.04.2011, de 17.04.2012 e de 10.01.2013, P. 663/07, 289/11 e 621/09, e da Rel. de Évora, de 30.04.2013, Proc. n.º 285/09, sendo, o que se decidiu também em recente Acórdão deste T.S.I. de 23.04.2015, Proc. n.º 228/2015, pronunciando-se exactamente sobre a mesma questão, afigurando-se-nos ser igualmente o entendimento do V^{do} T.U.I., decidido no seu Ac. de 22.10.2014, Proc. n.º 105/2014).

Com efeito, as situações não diferem e a lei as não distingue, pelo que o cúmulo superveniente de penas deve incluir as penas parcelares

suspensas na sua execução, na medida em que estas não são de diferente natureza, sendo igualmente de considerar que a avaliação global da conduta e da personalidade do arguido, só é aplicável – para se impor uma pena única – levando em consideração também estas condenações, ao que acresce a circunstância de não haver caso julgado da decisão que suspendeu a execução da pena.

Como afirma o Professor Figueiredo Dias, in *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, a págs. 295 (§ 430) «Nas hipóteses que ora consideramos, bem pode acontecer que uma das penas seja uma pena de substituição de uma pena de prisão. Não há na lei qualquer critério de conversão desta para efeitos de determinação da pena conjunta. Também aqui, pois, como atrás (supra § 419), valerá para o efeito a pena de prisão que foi substituída e também aqui, uma vez determinada a pena do concurso, o tribunal decidirá se é legalmente possível e político-criminalmente conveniente a substituição da pena conjunta de prisão por uma pena não retentiva».

Na verdade, importa ter presente que para efeitos de “cúmulo jurídico superveniente” a lógica do sistema é sempre a mesma: tudo se

deve passar como se passaria se o conhecimento tivesse sido contemporâneo, com a especificidade de que a decisão sobre a pena única resultante do cúmulo e a eventual substituição desta pena por outra de substituição deve atender à situação do arguido no “momento da última decisão”.

Deste modo, só depois de determinada a medida da pena única resultante do cúmulo jurídico efectuado, o tribunal decidirá se é legalmente possível (e político-criminalmente conveniente) a substituição da pena única de prisão por uma pena não detentiva.

Por sua vez, não se pode olvidar que, em nossa opinião, a realização de cúmulo jurídico integrando uma pena suspensa na sua execução não põe em causa o “principio da protecção da confiança dos cidadãos na ordem jurídica”, não se podendo sequer falar em “violação de caso julgado” relativamente à decisão que declarou suspensa a execução de tal pena, pois que o caso julgado da decisão que decreta a suspensão da pena limita-se (apenas) à “natureza” e “medida” desta e não já à decisão da sua não execução; (quanto à intangibilidade do “caso julgado”, pode-se ver também o Ac. n.º 3/2006, de 03.01.2006, do Trib. Const. português,

publicado no D.R. II S, de 07.02.2006).

Daí que a decisão de suspensão da execução da pena de prisão não possa ser vista como uma pena definitiva e imutável, nem se mostra de afirmar que o arguido é surpreendido com um sistema (legal/jurisprudencial), arbitrário àqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito, têm de respeitar.

Pelo contrário o regime da suspensão da execução da pena de prisão com as suas especificidade próprias é sempre uma “decisão provisória”, pois que, ou é revogada, ou, na melhor das hipóteses, extingue-se, decorrido o prazo da suspensão por força da extinção da pena de prisão imposta.

Na verdade, e em suma, a decisão de englobar na pena conjunta do concurso as penas parcelares de suspensão de execução da prisão, (e de, no final, a pena poder não ser suspensa), não viola o “princípio do ne bis in idem” (porque não é efectuado um novo julgamento da matéria de facto), nem tão pouco o do “caso julgado”, pois que este só se forma quanto à medida da pena e não quanto à sua execução.

3. Em face do exposto, em conferência acordam conceder provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida para, nada mais obstando, ser substituída por outra que opere o cúmulo jurídico das penas ao arguido aplicadas nos identificados processos.

Sem tributação, (dado que à decisão é o arguido alheio, não tendo também o mesmo respondido ao recurso).

Macau, aos 07 de Maio de 2015

José Maria Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Tam Hio Wa