

Artigo 17.º

Entrada em vigor

O presente decreto-lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 21 de abril de 2016. — *António Luís Santos da Costa* — *Augusto Ernesto Santos Silva* — *Mário José Gomes de Freitas Centeno* — *Manuel de Herédia Caldeira Cabral* — *Luís Manuel Capoulas Santos*.

Promulgado em 21 de maio de 2016.

Publique-se.

O Presidente da República, MARCELO REBELO DE SOUSA.

Referendado em 3 de junho de 2016.

O Primeiro-Ministro, *António Luís Santos da Costa*.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 9/2016

Pº 330/13.1PJPR-T-A.PI-A.S1 – II

FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Relator: Souto de Moura

O MINISTÉRIO PÚBLICO junto do Tribunal da Relação do Porto, interpôs recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, ao abrigo do art. 437º, n.º 2 e 5 do Código de Processo Penal (CPP), afirmando a oposição entre o acórdão de que recorreu, da 4ª Secção do Tribunal da Relação do Porto, proferido a 24/9/2014, nos presentes autos (Pº 330/13.1PJPR-T-A.PI), e o acórdão tirado a 3/4/2013 pelo mesmo Tribunal da Relação do Porto, no Pº 1122/09.8PJPR-T.P1, que assim se elegeram como acórdão fundamento.

A questão sobre que se considera haver oposição, reside na escolha do facto e momento temporal relevantes para se considerar estarmos perante um concurso superveniente de crimes. A saber, se o momento da primeira condenação que ocorreu, por crime praticado antes de outro também cometido, se o do trânsito em julgado da condenação que primeiro teve lugar, por qualquer crime cometido anteriormente. Ou se se quiser, contrapondo ao concurso de crimes a figura jurídica da sucessão de crimes, a questão estaria em saber se esta surgiria logo que o agente cometesse um crime e depois outro (ou outros), já depois de estar condenado pelo primeiro, ainda antes do trânsito em julgado da decisão, ou só quando tivesse cometido um crime e a seguir outro (ou outros), mas depois do trânsito em julgado da condenação pelo primeiro.

A – O RECURSO

Foram as seguintes as conclusões da motivação do recurso do Mº Pº:

1. *Pelo acórdão recorrido proferido, aos 24.Set.2014, nos autos de Recurso Penal n.º 330/13.1PJPR-T-A.PI, da 4ª Secção, deste Tribunal da Relação do Porto (em apenso), foi decidido que o momento relevante para se conhecer do concurso superveniente de crimes, nos*

termos do disposto nos art.ºs 77º, n.º 1 e 78º n.ºs 1 e 2 do Código Penal, é o da condenação que ocorreu em primeiro lugar por qualquer crime cometido anteriormente;

2. *Razão por que se não procedeu à unificação das penas aplicadas ao arguido Nuno Miguel Ferreira Antunes, por os factos conhecidos no âmbito do PCC n.º 330/13.1PJPR-T, terem sido praticados em 07.Mar.2013, ou seja, depois da condenação do mesmo arguido, em 20.Fev.2013, no âmbito do PCC n.º 1131/11.9PAVNG, ainda que antes do seu trânsito em julgado, que ocorreu em 10.Set.2013;*

3. *Pelo acórdão fundamento deste mesmo Tribunal da Relação do Porto, de 03.Abril.2013, proferido nos autos de Recurso Penal n.º 1122/09.8PJPR-T.P1, da 4ª Secção, já transitado em julgado [de que se junta certidão], foi considerado que o momento temporal intransponível para o conhecimento do concurso superveniente de penas, nos termos do disposto nos art.ºs 77º, n.º 1 e 78º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal, é o do trânsito em julgado da condenação que primeiro teve lugar por qualquer crime cometido anteriormente, pelo que se determinou que fossem englobadas no cúmulo jurídico a efectuar no PCC 1121/09.8PJPR-T, as penas aplicadas ao arguidos nos PCC n.º 1004/09.3PJPR-T, 1018/09.3PSPRT e 1002/09.7SJPRT, por os crimes cometidos naquele primeiro processo terem sido praticados quando ainda não tinha decorrido o trânsito em julgado das respectivas condenações por qualquer dos crimes julgados nestes processos, ainda que as respectivas condenações fossem anteriores à prática dos crimes;*

4. *Verifica-se, pois, oposição de julgamentos relativamente à mesma questão de direito, tendo ambos sido proferidos no âmbito da mesma legislação, ou seja, na vigência do art.ºs 77º, n.º 1 e 78º n.ºs 1 e 2 do Código Penal, na redacção que, por último, que foi conferida pela Lei n.º 59/2007, de 04/09.*

5. *A questão que se coloca no presente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência prende-se em saber se o momento temporal que deve atender-se para verificação dos pressupostos do concurso superveniente de crimes é o da condenação que ocorreu em primeiro lugar por qualquer crime cometido anteriormente, ou, pelo contrário, o do trânsito em julgado dessa decisão;*

6. *Questão que passa, assim, pela interpretação do disposto nos art.ºs 77º, n.º 1 e 78º n.ºs 1 e 2 do Código Penal;*

7. *Todavia, aderindo-se à apontada jurisprudência maioritária do STJ, de que se faz eco no corpo da motivação, entendemos que o momento relevante para saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão de crimes é do trânsito em julgado da condenação que primeiro teve lugar por qualquer crime cometido anteriormente.*

8. *Sentido em que, em nosso entender, deve ser fixada jurisprudência.*

Assim se fazendo, JUSTIÇA”.

O recorrido, notificado da interposição do recurso, não respondeu.

O Mº Pº sediado no Supremo Tribunal de Justiça (STJ) emitiu douto parecer, ao abrigo do art. 440.º, n.º 1 do CPP, concluindo que depois da leitura dos autos se verificavam, relativamente aos acórdãos em confronto, recorrido

e fundamento, todos os requisitos exigidos por lei, designadamente nos arts 437.º e 438.º, ambos do CPP, e pela Jurisprudência uniforme deste STJ.

Propugnou, pelo exposto, que se decidisse pela existência de oposição entre julgados, determinando-se o prosseguimento do recurso, nos termos dos n.ºs 3 a 5 do art.º 440.º e n.º 1, 2.ª parte, do art. 441.º, ambos do CPP.

Colhidos os vistos submeteram-se os autos a conferência, e por acórdão de 4/6/2015 se decidiu: “Por todo o exposto se delibera, em conferência da 5.ª secção do STJ, estarem verificados todos os requisitos formais e substanciais previstos nos arts. 438.º e 437.º, n.º 1 do CPP, de que dependeria a prossecução do presente recurso, que deverá, pois, seguir os seus trâmites, cumprindo-se o disposto no art. 442.º, n.º 1 do CPP”.

Após trânsito em julgado do acórdão, deu-se cumprimento ao referido art. 442.º, n.º 1, do CPP, e só o M.º P.º alegou, concluindo assim:

“1. Os artigos 77.º e 78.º do Código Penal definem o regime legal do concurso de crimes e do concurso superveniente de crimes e visam permitir ao Tribunal atender, à data da condenação, a factos anteriores que estão com os julgados numa relação de acumulação.

2. A fim de não prejudicar o arguido, permite-se e impõe-se ao Tribunal ter em conta todo o conjunto dos factos, a gravidade do ilícito global praticado, as exigências gerais de culpa e de prevenção, bem como ter em consideração o efeito previsível da pena sobre o seu comportamento futuro na fixação de uma pena única, sem que tal implique, no entanto, que todos os factos, sejam eles praticados em que datas forem, estejam numa situação de concurso.

3. Perante uma repetição da conduta criminosa, o Tribunal procurará unificar as várias penas aplicadas ao arguido/condenado pelos diversos crimes, havendo, no entanto, previamente, que distinguir entre os crimes que são efetivamente concorrentes e os outros em que pode ocorrer, não uma situação de concurso, mas sim uma situação de reincidência ou de sucessão.

4. No caso de concurso superveniente de crimes, o momento temporal a ter em conta para verificação dos pressupostos é o trânsito em julgado mais antigo de todas as decisões condenatórias em presença.

5. O disposto nos artigos 77.º e 78.º, do Código Penal, devem ser interpretados conjuntamente. Com efeito,

6. O artigo 78.º, que regula o conhecimento superveniente de infracções, afirma, expressamente, no seu número 1, que “são aplicáveis as regras do artigo anterior” e, por sua vez, o artigo 77.º, do Código Penal, refere que existe concurso crimes se o agente tiver praticado de vários crimes “antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles”.

7. A interpretação conjunta destes normativos estabelece, como pressuposto do conhecimento superveniente das penas, a prática pelo agente de diversos crimes antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles.

8. Só com o trânsito em julgado é que os factos apurados e as penas aplicadas adquirem o grau de certeza necessário para poderem ser levadas em conta numa sentença.

9. Este entendimento é o que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência do arguido até ao trânsito julgado de uma sentença, o qual se encontra

consagrado no nosso ordenamento jurídico — artigo 32.º do Constituição da República Portuguesa.

10. Resulta de tal princípio que só a condenação inequívoca, porque transitada em julgado, pode ser apreciada em sede do concurso de infracções, “não se compadecendo a interpretação do artigo 78.º do Código Penal com uma expectativa condenatória que, até o ser efetivamente, nenhum efeito substancial pode gerar no estatuto do arguido, nomeadamente em sede de apreciação do concurso de infracções”.

11. Este entendimento respeita a distinção entre punição do concurso e reincidência, uma vez que o instituto da reincidência pressupõe a prática de um crime depois de o agente ter sido definitivamente condenado por outro crime, enquanto o instituto do cúmulo jurídico superveniente se verifica quando os crimes são praticados antes do trânsito em julgado por qualquer um deles, pelo que, se está perante duas situações distintas que não se confundem.

O entendimento de que, para efeitos de realização de cúmulo superveniente, deve atender-se à primeira das decisões transitadas relativas ao crime cometido não afronta o disposto no número 2, do artigo 471.º, do Código de Processo Penal, uma vez que em matéria de cúmulo jurídico importa distinguir duas realidades normativas distintas, a de saber qual o momento temporal que se deve considerar para o estabelecimento de uma relação de cúmulo jurídico superveniente, e a de determinar qual o tribunal competente para a realização do referido cúmulo jurídico.

12. Se em relação à primeira, se deve entender que o momento determinante é o trânsito em julgado de qualquer das decisões, já quanto à competência do tribunal para proceder ao cúmulo jurídico, é relevante, para a fixação da competência, a data da condenação e não a do seu trânsito em julgado.

13. Considerando a filosofia que preside à aplicação de uma nova pena ao arguido, uma pena única que tenha em conta o global da conduta do agente, pela prática de vários crimes, compreende-se que o legislador tenha atribuído, neste caso, competência ao tribunal da última condenação, uma vez que será este Tribunal aquele que dispõe dos elementos mais atuais e abrangentes, pelo que estará em melhores condições para tomar uma decisão, que tenha em devida conta os factos e personalidade do agente.

7. Propõe-se pois, que o conflito de jurisprudência existente entre o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, no processo número 1122/09.8PJPRT. P1, e o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto, no âmbito do processo número 330/13. 1PJPRT-a. p1-A.S1, seja resolvido nos seguintes termos:

O momento temporal a ter em conta para a verificação dos pressupostos do concurso superveniente de crimes é o do trânsito em julgado da primeira condenação por qualquer dos crimes em concurso.”

Colhidos os vistos, o processo foi apresentado à conferência do Pleno das Secções Criminais do STJ, cumprindo decidir.

B—APRECIÇÃO

1. A oposição de julgados

Porque a decisão da conferência da Secção Criminal que afirmou a oposição de julgados não vincula o Plenário

rio das Secções Criminais do STJ, importa reexaminar a questão.

1.1. No acórdão proferido ao abrigo do art. 441º do CPP, disse-se a tal propósito:

“1. Pressupostos formais

O recorrente tem legitimidade, o recurso mostra-se tempestivo e ambos os acórdãos, o recorrido e o fundamento, transitaram em julgado, concretamente este antes daquele. Não ocorreu alteração legislativa, relevante para o caso, entre a prolação e um e outro acórdão.

2. A oposição relevante

Quanto à natureza da oposição que interessa ter em conta, dir-se-á, em tese geral, o seguinte:

O artº 437º do CPP reclama, para fundamento do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, a existência de dois acórdãos, tirados sob a mesma legislação, que assentem em soluções opostas quanto à mesma questão de direito. Perfilada pois uma questão de direito, importa que se enunciem “soluções” para ela, que se venham a revelar opostas.

Os dois acórdãos têm que assentar em soluções opostas, certo que a oposição deve ser expressa e não tácita. Isto é, tem que haver uma tomada de posição explícita divergente quanto à mesma questão de direito. Não basta que a oposição se deduza de posições implícitas, que estão para além da decisão final, ou que em cada um dos acórdãos esta tenha, só por pressuposto, teses diferentes. A oposição deve respeitar à decisão e não aos seus fundamentos (cf. v.g. Ac. do S.T.J. de 11/10/2001, Pº 2236/01 desta 5ª Secção).

Mas importa ainda que se esteja perante a mesma questão de direito. E isso só ocorrerá quando estejam em jogo as mesmas normas, reclamadas para aplicar a uma determinada situação fáctica, e elas tenham sido interpretadas de modo diferente. Interessa pois que a situação fáctica se apresente com contornos equivalentes, para o que releva no desencadeamento da aplicação das mesmas normas.

Citando A. REIS, dizem-nos SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES:

“Dá-se a oposição sobre o mesmo ponto de direito quando a mesma questão foi resolvida em sentidos diferentes, isto é, quando à mesma disposição legal foram dadas interpretações ou aplicações opostas” (in “Recursos em Processo Penal”, pág. 183).

A seu turno, o Ac. deste STJ de 23/4/1986 (B.M.J. 356-272) defendeu que “É indispensável para haver oposição de acórdãos, justificativa de recurso, que as disposições legais em que se basearam as decisões conflituantes, tenham sido interpretadas e aplicadas diversamente a factos idênticos”. Esta jurisprudência foi depois uniformemente seguida neste Supremo Tribunal (cf. ob. cit. a menção dos acórdãos pertinentes, a pág. 183, nota 189).

É evidente que se não trata, na presente fase, de apreciar a bondade da decisão proferida, no acórdão recorrido. Trata-se de verificar se aí se tomou uma posição, sobre uma questão de direito, em contradição com a posição que, sobre a mesma questão de direito, se tivesse tomado no acórdão fundamento, mas partindo evidentemente de uma factualidade equivalente. Por outras palavras, a posição tomada no acórdão

recorrido, quanto a certa questão de direito, seria a que o mesmo julgador tomaria, se tivesse que decidir no mesmo momento essa questão, no acórdão fundamento. E vice-versa.

A mesmidade pretendida serve apenas um interesse específico: evitar que a falta de identidade dos factos pudesse explicar, por si, a prolação de soluções jurídicas díspares.

E assim se concluirá que os factos terão que ser idênticos nos dois processos, com o sentido de equivalentes.

3. O caso em apreço

3.1. No acórdão recorrido, começou por ser decidido, em despacho proferido a 5/2/2014 (transitado a 10/10/2014), que não havia lugar à realização de cúmulo das penas parcelares aplicadas, porque, embora os crimes em questão tivessem sido cometidos antes do trânsito em julgado da pena primeiro transitada, tinham sido cometidos depois da condenação. Desse despacho foi interposto recurso para o Tribunal da Relação do Porto, que por acórdão de 24/9/2014 negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida.

Nos presentes autos (Pº 330/13.1.PJPRT-A.P1), havia sido condenado o arguido Nuno Miguel Ferreira Antunes nas penas parcelares de 1 ano e 3 meses, 8 meses, 5 meses e 10 meses de prisão, e em cúmulo na pena conjunta de 1 ano e 10 meses de prisão, pela prática de quatro crimes de roubo, a 7/3/2013. A condenação fora de 18/6/2013 e o trânsito em julgado de 30/10/2013.

Entretanto, no Pº 1131/11.9PAVNG, da 1ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia, o mesmo arguido havia sido condenado nas penas parcelares de 1 ano e 8 meses, 1 ano e 8 meses, e 10 meses de prisão, em cúmulo na pena de 2 anos de prisão, pela prática de quatro crimes de roubo, sendo um na forma de tentativa, ocorridos a 10/7/2011. A decisão condenatória da 1ª instância fora de 20/2/2013, a da Relação de 10/7/2013, e o trânsito em julgado teve lugar a 10/9/2013.

Foi promovida a realização de cúmulo nos presentes autos, porque depois dos crimes do Pº 1131/11.9PAVNG, da 1ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia, ocorridos a 10/7/2011, haviam sido cometidos os crimes do presente processo 330/13.1.PJPRT-A.P1, a 7/3/2013, sem que ainda tivesse transitado em julgado aquela condenação, o que só ocorreu a 10/9/2013, muito embora a condenação em primeira instância, do Pº 1131/11.9PAVNG, fosse de 20/2/2013, e portanto anterior aos factos dos presentes autos.

O acórdão recorrido entendeu, pois, que basta que tenha havido uma condenação e a prática de mais um crime depois dela, para que se esteja perante uma situação de sucessão de crimes, e não de concurso, sem ser necessário, para que se configurasse essa sucessão de crimes, que a prática do último crime ocorresse depois do trânsito em julgado da condenação que tinha tido lugar.

Depois de se referir à jurisprudência que apelida de dominante, no STJ, (...) o acórdão recorrido divergiu desta posição e sustentou que,

“Embora de tudo isso cientes, cremos que o concurso de crimes só ocorrerá se entre os factos não se interpuser uma qualquer decisão, independentemente do trânsito em julgado desta, já que é essa que melhor corresponde à “ratio” deste instituto, ou seja, uma avaliação conjunta de factos, e associada personalidade, que, em tese,

poderiam e deveriam ser julgados em simultâneo, tal como decorre do artigo 77º, n.º 1, do Código Penal, não sendo, pois, contrariada pela letra da lei, sendo certo que, no caso do concurso superveniente, o artigo 78º, n.º 1, do Código Penal alude a factos praticados antes da condenação sofrida, e não antes do seu trânsito, o qual, logicamente, constitui apenas um pressuposto formal para o conhecimento da conduta superveniente.

Revemo-nos, por isso, no acórdão proferido neste TRP por Ricardo Costa e Silva, no qual se sustenta que “...o momento a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão não é o do trânsito em julgado da primeira condenação mas aquele em que a condenação foi proferida”, pelos fundamentos aí expostos, e dos quais sobressai, em síntese, quer o favorável teor literal do n.º 1, do artigo 78º, do Código Penal (norma que reclama o trânsito em julgado da condenação, para que seja admissível o conhecimento superveniente do concurso, mas não que o crime tenha sido praticado antes do trânsito dessa condenação mas, singelamente, antes da condenação), quer os favoráveis elementos sistemático, histórico e teleológico (o artigo 77º, n.º 1, do Código abrange os casos em que alguém tenha praticado diversos crimes e seja julgado por todos eles no mesmo processo; esta seria a situação regra na vigência do Código de Processo Penal de 1929, imposta pela norma de conexão subjectiva, no caso de acumulação de infracções, contida no artigo 55º; o entendimento de que o crime cometido no período que medeia entre uma condenação e o seu trânsito em julgado conforma uma relação de concurso de crimes com o crime que foi objecto dessa primeira condenação é não só desprovida de justificação racional ou fundamento material bastante, como desrespeita a teleologia própria do concurso de crimes, uma vez que a prolação de uma condenação constitui, por si mesma, uma advertência ao arguido, pelo que a prática de um novo crime nesse período significa um desrespeito ou uma indiferença relativamente a essa advertência, que não justifica que lhe seja conferido o benefício de não cumprir sucessivamente a pena pelo novo crime, conduzindo a uma solução materialmente injusta e desrazoável, além de que, se tal período vier a ser demasiado longo, v.g. mercê de recursos sucessivos, numa perspectiva de política criminal e de defesa do ordenamento jurídico, será uma solução indesejável e injustificada, pois que conferir-se-ia a esse arguido um espaço de “impunidade” por todos os crimes que viesse a cometer entre a primeira condenação e o seu trânsito em julgado; no plano adjectivo, o facto da norma do n.º 2, do artigo 471º, do Código de Processo Penal e a interpretação que dela tem sido feita pela jurisprudência, mormente do TRP, no sentido de que o tribunal competente para o conhecimento superveniente do concurso é o tribunal da última condenação, e não o tribunal da condenação que por último transitou em julgado, como literalmente resulta do preceito, sendo, por isso, de presumir que o legislador conhecia a questão e quis consagrar a solução que a jurisprudência vinha dando à mesma, pelo que, e numa visão integrada do direito adjectivo e substantivo, não seja congruente sustentar, por um lado, que o tribunal competente para o cúmulo é o da última condenação em 1ª instância e, por outro, que o momento temporal intransponível

para a existência do concurso de crimes seja o trânsito em julgado das condenações; finalmente, na doutrina, a opinião favorável de Paulo Pinto de Albuquerque).

Neste contexto, seguindo esta última tese, e revertendo a sua aplicação para o caso vertente, constata-se que, de facto, não existe a propugnada relação de concurso, uma vez que os factos do processo que originou os presentes autos foram praticados em 07/03/2013 e os factos praticados no âmbito do referenciado processo n.º 1113/11.9 ocorreram em 10/07/2011 e, por isso, anteriormente, mas entre ambos interpõe-se a decisão proferida neste último processo em 20/02/2013, o que, neste nosso entendimento, nos afasta da pretendida pena única.

Assim sendo, bem andou o tribunal recorrido ao não considerar verificados os pressupostos do cúmulo jurídico, contexto em que, implicitamente, não atendeu a promovida realização da audiência para um tal fim.

Naufraga, pois, o recurso.”

3.2. *O M.º P.º quis escolher para acórdão fundamento, o proferido no P.º 1122/09.8PJPRT.P1, a 3/4/2013, na sequência de recurso interposto para o Tribunal da Relação do Porto pelo ali arguido Nuno Duarte Gouveia Araújo.*

Na 3.ª Vara criminal do Porto e no referido processo, havia sido proferido acórdão cumulatório a 16/1/2013, que englobara as penas parcelares aplicadas em dez processos, ali referenciados por alíneas A), L), M), N), O), P), Q), R), S) e T). O arguido recorrente entendeu que deveriam ser cumuladas todas as penas aplicadas nos processos referenciados pelas alíneas A) a T), concretamente em dezanove processos, incluindo portanto as penas dos processos com a referência B) a J). No entanto, para o M.º P.º, na resposta por si apresentada, deveriam integrar o cúmulo, só mais as penas aplicadas nos processos referenciados pelas letras G) a J), porque as dos processos das alíneas B) a F) diriam respeito a crimes numa relação de sucessão e não de concurso.

A decisão do Tribunal da Relação foi no sentido de dar razão ao M.º P.º excluindo-se embora a pena aplicada no processo referenciado pela letra J) por ser uma pena de multa, aliás a única aplicada, no conjunto dos dezanove processos que se perfilavam. Assim, o acórdão fundamento entendeu que deveriam ser cumuladas as penas aplicadas naquele P.º 1122/09.8PJPRT.P1 com a referência A), e ainda nos processos com as referências de G) a I) e de L) a T), por serem os processos em que se revelava o concurso superveniente de crimes.

(...)

Na verdade, para realização do cúmulo das penas, aplicadas pelos crimes que se reputaram em concurso, o certo é que a referência que lhe presidiu foi a da data do trânsito em julgado das decisões condenatórias e não da data dessas decisões em si.

O acórdão fundamento disse-o explicitamente, ao procurar fundamentar a sua posição:

“Pressuposto essencial do concurso superveniente de penas [ter-se-á querido dizer crimes] (tal como decorre do disposto nos arts. 77º, n.º 1 e 78º, n.º 1, do CP) é a prática de diversos crimes pelo mesmo arguido antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles.

A reforma introduzida ao Código Penal, pela Lei n.º 59/2007, de 4/94, veio acrescentar ao conhecimento do concurso superveniente, o seguinte:

a)- se a pena (em situação de concurso) já tiver sido cumprida será descontada no cumprimento da pena única aplicada ao concurso de crimes (art. 78.º, n.º 1, do CP); e,

b)- as regras da punição do concurso, em caso de conhecimento superveniente, só são aplicáveis relativamente aos crimes (penas) cuja condenação transitou em julgado (art. 78.º, n.º 2, do CP).

Ou seja, essas alterações vieram, por um lado, favorecer a situação do arguido/condenado (acabando com divergências jurisprudenciais que existiam quanto à questão de a pena cumprida, mas que se encontrava em situação de concurso, dever ser incluída no concurso) e, por outro, trazer a segurança inerente à exigência do trânsito em julgado da condenação e concurso.

O legislador entendeu que quando um arguido cometer diversos crimes, podem ocorrer por regra duas situações;

1) —ou estamos perante uma situação de concurso de penas, caso em que há um regime especial que visa a aplicação de uma pena única ao arguido/condenado;

2) —ou estamos perante uma sucessão de crimes, o que significa que o arguido terá de cumprir sucessivamente as penas em que tiver sido condenado.

(...)

Neste caso concreto, não há dúvidas (o próprio Colectivo o reconhece) que se verificam os pressupostos do conhecimento superveniente do concurso de penas, sendo neste processo n.º 1122/09.8PJPRT que incumbe realizar a decisão do designado “cúmulo jurídico de penas”.

Quanto às penas que estão em situação de concurso, entendemos que assiste razão ao Ministério Público (na resposta que apresentou ao recurso interposto pelo arguido), ressalvado quanto à isolada pena de multa aplicada no processo identificado na alínea J) da decisão sob recurso (...).

1.2. Como se viu, o M.º P.º escolheu para acórdão fundamento, de entre os inúmeros arestos que perfilham o mesmo entendimento, quanto à questão do momento a eleger como pressuposto do concurso de crimes, o proferido no P.º 1122/09.8PJPRT.P1 do Tribunal da Relação do Porto. Apesar de este acórdão fundamento estar marcado por uma factualidade complexa, cujo acompanhamento integral se tornaria aqui fastidioso, discutindo-se aí o concurso de crimes e o cúmulo de penas aplicadas em nada menos do que dezanove processos, o certo é que, como decorre da transcrição que antecede, pode-se ver com clareza que o acórdão recorrido e o acórdão fundamento interpretaram de modo diferente o disposto nos art. 77.º, n.º 1 e 78.º, n.ºs 1 e 2, ambos do Código Penal (CP).

No acórdão recorrido, entendeu-se que o momento temporal a ter em conta, para se afirmar a verificação dos pressupostos do concurso superveniente de crimes, era o da primeira condenação que tenha tido lugar, e no acórdão fundamento foi considerado que a referência a ter em conta era o trânsito em julgado mais antigo, de todas as decisões condenatórias em presença.

Também se subscrevem as considerações tecidas e atrás transcritas quanto à natureza da oposição que interessa ter em conta, para o presente efeito e em tese geral.

Há, portanto, indubitavelmente, oposição de julgados quanto à mesma questão de direito, no domínio da mesma legislação, nos dois acórdãos.

2. As disposições legais

2.1. No CP de 1886, estabelecia-se nos art.s 35.º, 36.º, 37.º e 38.º, uma clara correlação entre as figuras da reincidência (art.s 35.º e 36.º, para crimes e contravenções, respetivamente), da sucessão (art. 37.º) e do concurso de crimes (art. 38.º).

A reincidência tinha lugar quando depois de uma sentença condenatória transitada em julgado, antes de passarem oito anos, o agente tivesse cometido outro crime da mesma natureza. O art. 37.º, ao definir a sucessão, dizia: “*Verifica-se a sucessão de crimes nos termos declarados no art. 35.º, sempre que os crimes não sejam da mesma natureza, e sem atenção ao tempo que mediou entre a primeira condenação e o segundo crime, ou sempre que sendo da mesma natureza, tenham passado mais de oito anos entre a condenação definitiva pelo primeiro e a perpetração do segundo*”.

Portanto, a sucessão era associada à então chamada reincidência “genérica”, “imprópria” ou “polítropa”, sendo certo que existia uma agravação tanto para a reincidência em sentido estrito, (“específica”, “própria” ou “homótropa”) prevista no art. 100.º do Código, como para a sucessão de crimes, no art. 101.º.

Quanto ao concurso, dizia-se no art. 38.º: “*Dá-se a acumulação de crimes quando o agente comete mais de um crime na mesma ocasião, ou quando, tendo perpetrado um, comete outro antes de ter sido condenado pelo anterior, por sentença passada em julgado*”. Num § único, salvaguardava-se a hipótese de o mesmo facto estar previsto em duas ou mais disposições legais, como constituindo crimes diversos, hipótese em se não estaria perante uma situação de acumulação¹. Os termos da punição estavam previstos no art. 102.º do Código.

Assim, este art. 38.º abordava a acumulação de crimes nas modalidades de concurso efetivo, ideal ou real, aludindo ainda ao falso concurso, dito aparente, ou também chamado concurso de normas. Não havia regra referente ao conhecimento superveniente de concurso, correspondente ao atual art. 78.º do CP.

2.2. O art. 77.º do CP que tem a epígrafe “*Regras da punição do concurso*”, estabelece no seu n.º 1:

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

Esta redação corresponde ao texto do n.º 1 do art. 78.º da versão original do CP de 1982, porque apenas se alteraram, em 1995 (DL 48/95 de 15 de Março), os tempos dos verbos usados: “será” e “serão” foram substituídos por “é” e “são”.

O art. 78.º atual, que se reporta ao “*Conhecimento superveniente do concurso*”, tratado primitivamente no art.º 79.º do Código, diz, a seu turno, no respetivo n.º 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”.

E nos termos do nº 2:

“O disposto no número anterior só é aplicável relativamente aos crimes cuja condenação transitou em julgado”

Trata-se de uma redação introduzida pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro. Segundo a anterior, dada pelo DL 48/95 de 15 de Março, o texto deste nº 1 era;

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

E o do nº 2 era:

“O disposto no número anterior é ainda aplicável no caso de todos os crimes terem sido objeto de condenações separadamente transitadas em julgado”.

Na versão original do Código, no nº 1 antecedia-se a expressão “são aplicáveis as regras do artigo anterior”, com a frase “será proferida uma nova sentença”, seguindo-se a remissão para a aplicação das regras do artigo anterior, a qual foi eliminada porque dispensável. E esta redação de 1982 estava ainda mais próxima da do art. 92º do projecto de Eduardo Correia (que começou a ser discutido pela Comissão Revisora a 5/12/1963), que rezava: “*Se depois de uma condenação em prisão, transitada em julgado, e antes da respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta, se mostrar que o réu praticou anteriormente àquela condenação outro ou outros crimes a que também corresponda pena de prisão, será proferida uma nova sentença substitutiva da primeira em que se aplicarão as regras do artigo anterior*”².

Com interesse para a questão que nos ocupa vemos então que, assim como o art. 38º do CP de 1886 falava em “*tendo perpetrado um [crime], comete outro antes de ter sido condenado pelo anterior, por sentença passada em julgado*”, o art. 92º do Projeto E. Correia assinalado referia “*Se depois de uma condenação em prisão, transitada em julgado*”, e o art. 77º do CP de 1982 atual (e o art. 78º da versão original) diz, a seu turno, “*Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles*”. Ou seja, em todos estes preceitos se exige a anterioridade dos crimes a uma condenação, e também a anterioridade a uma condenação que tenha transitado em julgado. A literalidade do nº 1 do art. 77º aponta pois para que a verificação do concurso se baste com uma anterioridade ao trânsito em julgado, certo que a expressão “*transitada em julgado*”, entre vírgulas, do projeto Eduardo Correia, permite a interpretação segundo a qual o concurso reclama a prática dos crimes antes da condenação, a qual depois veio a transitar em julgado.

3. As posições em confronto

A questão antes enunciada que cumpre resolver, que é a da escolha da referência relevante para verificação dos pressupostos do concurso superveniente de crimes, se a data da primeira condenação ou a data da primeira condenação transitada em julgado, reclama um breve excursão pela doutrina e jurisprudência que se têm pronunciado sobre o tema, e que se encontram muito divididas.

3.1. A favor da condenação como referência.

Começamos pela tese mais restritiva, segundo a qual só se devem integrar no concurso os crimes cometidos anteriormente à condenação por qualquer deles. É a tese do acórdão recorrido.

3.1.1. Na doutrina.

a) Citar-se-á à cabeça, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS³, o qual refere, a propósito das atinências da matéria do concurso de crimes com a punição, ou seja, sobre as regras especiais de determinação da pena, no caso de concurso efetivo (ideal ou real), o seguinte:

“Pressuposto da aplicação do regime de punição agora em análise é que o agente tenha praticado mais do que um crime antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles (art. 78.º-1) [preceito que corresponde, como se viu, ao atual art. 77º nº 1 do CP] (pág. 277).

E mais adiante:

“O que importa é apenas que a prática dos crimes concorrentes tenha tido lugar antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles. Exigência que bem se compreende: sendo a prática do crime posterior – e se bem que, do ponto de vista da doutrina do crime, continue a existir uma “pluralidade” ou um “concurso” de crimes — a hipótese já não relevará, para efeitos de punição, como concurso de crimes, mas só, eventualmente como reincidência” (pág. 278).

Antes, ao tratar dos pressupostos formais da reincidência – existência de “crimes dolosos”, “penas de prisão” e “trânsito em julgado” – havia dito, quanto a este último requisito:

“É necessário, em terceiro lugar, que a condenação pelo crime anterior tenha já transitado em julgado quando o novo crime é cometido. Esta exigência é compreensível, pois que de outro modo a hipótese reconduzir-se-ia ao concurso de crimes (infra §397); de resto, também só depois do trânsito em julgado se pode em rigor afirmar que a condenação anterior ganha a sua função de solene advertência do agente.” (pág. 265).

Porém, mais adiante, é tratada a determinação superveniente, da pena do concurso, elencando-se os seus pressupostos. Começa por se referir o “*Pressuposto temporal*” nos seguintes termos:

“É necessário, por um lado, que o crime de que haja só agora conhecimento tenha sido praticado antes da condenação anteriormente proferida, de tal forma que esta deveria tê-lo tomado em conta, para efeito da pena conjunta, se dele tivesse tido conhecimento. Momento temporal decisivo para a questão de saber se o crime agora conhecido foi ou não anterior à condenação é o momento em que esta foi proferida – e em que o tribunal teria ainda podido condenar numa pena conjunta — não o do seu trânsito em julgado” (pág. 293).

b) PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, sem fornecer argumentos para confortar a sua tese, opina que:

“As regras de punição do concurso de crimes também se aplicam quando o conhecimento do concurso real de crimes é superveniente, isto é, quando é descoberto

um novo facto que se encontrariam em concurso com os crimes objeto de uma condenação já transitada em julgado, por o facto novo ter sido praticado antes da dita condenação. (...) O **pressuposto temporal** da determinação superveniente da pena de concurso é, pois, o da prática do crime novo antes da (anterior) condenação e não antes do trânsito em julgado da (anterior) condenação. (...) Portanto, a prática de novos crimes posteriormente ao trânsito de uma certa condenação dá origem à aplicação de penas autonomizadas (...) o mesmo vale para a prática de novos crimes entre a condenação e o trânsito em julgado da mesma, sendo as penas dos crimes cometidos antes e depois da condenação executadas sucessivamente”⁴.

c) VERA LÚCIA RAPOSO afirma, por seu lado:

“Como situação intermédia entre o cúmulo por arastamento e o concurso de crimes surge a prática de um ilícito típico no período que medeia entre uma condenação criminal e o seu trânsito em julgado (período que pode ser bastante longo, sobretudo quando são interpostos recursos).

Segundo o art. 77.º do CP, “quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena”.

Esta norma terá de ser interpretada de forma restritiva, porquanto não seria coerente nem justo seguir rigidamente a solução imposta pela letra da lei (embora seja esta a interpretação na qual *Dá Mesquita e Germano Marques da Silva* fundam o seu raciocínio). De acordo com uma interpretação literal, o legislador teria procurado conglobar numa única pena todos os crimes cometidos antes de transitar em julgado uma condenação, independentemente do facto de terem sido praticados antes ou depois dessa condenação.

Porém, as considerações anteriormente formuladas a propósito de eventual impunidade do agente aplicam-se aqui, mutatis mutandis. Isto é, o agente que tivesse sido condenado na pena máxima (ou próximo da pena máxima) saberia que, entre o momento da condenação e o momento do trânsito em julgado, poderia perpetrar os crimes que lhe aprouvesse, já que nunca a sua punição excederia o montante que lhe tivesse sido aplicado na primeira pena.

Por outro lado, ao cometer crimes após uma condenação judicial, o arguido manifesta maior desconsideração para com a ordem jurídica do que nos casos de inexistência de condenação prévia. Embora a mera condenação não configure a solene advertência que só o trânsito em julgado pode representar (e que distingue a figura da reincidência), tal condenação assinala necessariamente um qualquer tipo de advertência (ainda que susceptível de ulterior modificação em sede de recurso). Este comportamento desrespeitoso do arguido deverá denegar-lhe a condenação em pena única conjunta quanto aos vários crimes em jogo, resultado que, em regra, se revelaria mais favorável do que o cumprimento sucessivo de penas. Ainda que não seja aplicável o instituto da reincidência, por carência de pressupostos, não é despicenda a existência de uma condenação anterior. Esta poderá não ser suficiente para fundar o juízo de censura agravada típico da reincidência, mas é certamente suficiente para afastar o “benefício” que geralmente o concurso de crimes apresenta face ao

cumprimento sucessivo de penas. A partir do momento em que existe uma advertência, seja solene (condenação transitada em julgado) seja simples (condenação *tout court*) deixa de ser possível proceder à avaliação conjunta dos factos praticados (antes e depois dessa advertência) e da personalidade do agente.

Atendendo a estes argumentos, o art. 77.º/1 do CP deverá ser interpretado no sentido de permitir a aplicação de uma pena única somente aos crimes cometidos antes da condenação. Qualquer crime praticado após esse momento será sancionado com uma pena autónoma, seja uma pena simples caso se trate de um único crime, seja uma pena única conjunta caso a situação englobe vários crimes. Deparar-se-nos-á então uma situação de cumprimento sucessivo de penas. A referida sucessão será composta pela pena referente ao crime ou crimes praticados antes da condenação e pela pena relativa aos crime ou crimes praticados após a condenação, ainda que previamente ao trânsito em julgado.”⁵

d) MARIAJOÃO ANTUNES refere, de forma breve, que:

“Para ter lugar esta extensão do regime de punição do concurso de crimes é necessário que o crime de que haja agora conhecimento tenha sido praticado antes da condenação anteriormente proferida, de tal forma que esta tê-lo-ia tomado em conta para o efeito de determinar uma pena conjunta, se dele tivesse tido conhecimento. O momento temporal decisivo para a questão de saber se o crime agora conhecido foi ou não anterior à condenação é o momento em que esta foi proferida e não o do seu trânsito em julgado, o que exclui quer os crimes praticados entre a condenação e o trânsito em julgado da mesma quer, por maioria de razão, os praticados depois deste trânsito, tendo lugar nestes casos a execução sucessiva de várias penas”⁶

3.1.2. Na jurisprudência do STJ⁷

Começaremos por referir o acórdão de 12/6/2014 – Pº 300/08.1GBSLV.S2 — 5.ª Secção, onde se disse a dado passo:

“(…) A condenação transitada em julgado a que o artigo 78.º, n.º 1, do CP se refere é, segundo a cronologia das várias (pelo menos duas) condenações sofridas pelo mesmo arguido, aquela que ocorre em primeiro lugar, que precede as (todas as) outras.

Pressuposto de aplicação do regime de punição do concurso, por conhecimento superveniente, é que o arguido tenha praticado uma pluralidade de crimes, objecto de julgamentos autónomos em vários processos (pelo menos, dois), antes da primeira condenação por qualquer deles; os crimes praticados posteriormente a essa primeira condenação já não se encontram, com o crime que dela foi objecto, numa relação de concurso mas, antes, de sucessão.

Neste sentido, é esclarecedora a discussão sobre o artigo 92.º do Projecto do Código Penal – artigo que está na origem do artigo 79.º, n.º 1, do Código Penal, na versão primitiva (do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), e a que corresponde o artigo 78.º, n.º 1, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e na versão actual da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Eduardo Correia começou por referir a necessidade de serem estabelecidas “regras para o caso em que, posteriormente à condenação por um

crime, surge o conhecimento de que o réu praticou anteriormente outro crime”, vindo a ser aprovada por maioria a proposta de que o artigo “se aplica a todos os crimes anteriormente praticados pelo delinquente, mesmo quando por eles já tinha sido julgado”.

3.2. Entendendo nós que o momento temporal decisivo a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão é o da condenação (que ocorreu primeiro, segundo a cronologia das várias condenações) e não o do trânsito em julgado (que ocorreu primeiro, segundo a cronologia dos trânsitos das várias condenações), não há dúvidas de que entre os crimes considerados no acórdão recorrido se podem estabelecer relações de concurso mas também de sucessão.”

No mesmo sentido e reiterando, no essencial, os argumentos acima aflorados, podem ver-se na jurisprudência do STJ, os acórdãos seguintes: Acórdão de 6/5/1999, Pº 245/99—3.ª Secção, Acórdão de 17/1/2002, Pº 2739/01—5.ª Secção⁸, Acórdão de 23/1/2003, Pº 4410/02—5.ª Secção.

Quanto ao acórdão de 1/7/2010, Pº 582/07.6GELLE.S1—5ª Secção, justifica-se transcrever o respetivo sumário:

I—O conhecimento superveniente do concurso de crimes pressupõe, nos termos do art. 78.º, n.ºs 1 e 2, do CP, que, depois de uma condenação transitada em julgado, se venha a verificar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes pelos quais já tenha sido condenado, também por decisão transitada.

II—Pressuposto de aplicação do regime de punição do concurso, por conhecimento superveniente, é que o arguido tenha praticado uma pluralidade de crimes, objecto de julgamentos autónomos em vários processos (pelo menos dois), antes da primeira condenação por qualquer deles; os crimes praticados posteriormente a essa primeira condenação já não se encontram, com o crime que dela foi objecto, numa relação de concurso mas, antes, de sucessão.

III—A questão que se discute é a de saber qual o momento temporal a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão: para uns, o momento temporal decisivo é o da condenação, para outros, esse momento é o do trânsito em julgado da condenação.

IV—Este Supremo Tribunal tem vindo a sustentar que o limite determinante e intransponível da consideração da pluralidade de crimes para o efeito de aplicação de uma pena de concurso é o trânsito em julgado da condenação que primeiramente teve lugar.

V—Devem distinguir-se dois momentos temporais: o momento em que é admissível o conhecimento superveniente do concurso de crimes e o momento a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão.

VI—O n.º 2 do art. 78.º, na redacção da Lei 59/2007, de 04-09, estabelecendo que a norma do n.º 1 do preceito “só é aplicável aos crimes cuja condenação transitou em julgado”, não deixa dúvidas de que, para ser admissível o conhecimento superveniente do concurso, é determinante o trânsito em julgado das condenações.

VII—O que bem se compreende, na medida em que só depois do trânsito em julgado de uma decisão con-

denatória é que os factos apurados e a pena aplicada, nessa decisão, ganham o carácter de certeza de questões definitivamente decididas susceptíveis de serem atendidas noutra sentença em que vão ser considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do arguido e determinada a pena conjunta no quadro da moldura abstracta formada pelas penas já aplicadas – art. 77.º, n.º 2, do CP.

VIII—Já o momento a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão não é o do trânsito em julgado da primeira condenação mas aquele em que a condenação foi proferida.

IX—O momento a partir do qual os crimes não estão numa relação de concurso, para efeitos de cúmulo de penas, fixa-se com a data da prolação da primeira condenação.

X—Do teor literal do n.º 1 do art. 78.º não se extraem argumentos que contrariem esta interpretação, antes pelo contrário: a norma reclama o trânsito em julgado da condenação (para que seja admissível o conhecimento superveniente do concurso), mas não que o crime tenha sido praticado antes do trânsito dessa condenação mas, singelamente, antes da condenação (para que se verifiquem os pressupostos do concurso).

XI—Os elementos sistemático, histórico e teleológico favorecem também esta interpretação. Apesar da redacção do n.º 1 do art. 77.º do CP não ser a mais clara, a norma abrange os casos em que alguém tenha praticado diversos crimes e seja julgado por todos eles no mesmo processo, ou seja, o seu âmbito de aplicação é o concurso de crimes conhecido e julgado no mesmo processo.

XII—O entendimento de que o(s) crime(s) cometido(s) no período que medeia entre uma condenação e o seu trânsito em julgado conforma(m) uma relação de concurso de crimes com o crime que foi objecto dessa primeira condenação é, não só desprovida de justificação racional ou fundamento material bastante, como desrespeita a teleologia própria do concurso de crimes.

XIII—A prolação de uma condenação constitui, por si mesma, uma advertência ao arguido. A prática de um novo crime, no período que medeia entre a data da condenação e a data do seu trânsito em julgado, significa um desrespeito ou uma indiferença relativamente a essa advertência que não justifica que ao arguido seja conferido o benefício de não cumprir sucessivamente a pena pelo novo crime; ou seja, que esse arguido venha a ter, no plano das consequências jurídicas do novo crime, e não obstante a condenação já sofrida, um tratamento mais benévolo do que aquele outro arguido que antes da prática de um crime não tivesse cometido qualquer outro crime: este último cumprirá a pena pelo crime e aquele beneficiaria de uma pena conjunta que englobaria as penas pelos dois crimes resultado que, por regra, se revelará bem mais favorável do que o cumprimento sucessivo das duas penas. Esta solução é materialmente injusta e desrazoável. (...)”

Cronologicamente, sucederam-lhe ainda os seguintes arestos: Acórdão de 17/2/2011, Pº 518/03.3 TAPRD-A.S1—5.ª Secção, Acórdão de 5/7/2012, Pº 134/10.3TAOHP.S1—5.ª Secção, Acórdão de 14/2/2013, Pº 300/08.1GBSLV.S1—5.ª Secção, Acórdão de 28/2/2013, Pº 7179/04.0TD-

PRT.S1—5.ª Secção e Acórdão de 6/3/2014 - Proc. n.º 1088/10.1GAVNF.P1.S1—5.ª Secção.

3.1.3. Na jurisprudência das Relações.

Defendendo expressamente que o momento relevante para se conhecer do concurso superveniente de crimes, nos termos dos artigos 77.º, n.º 1, 78.º, n.ºs 1 e 2, do CP é o da data da condenação que ocorreu em primeiro lugar, por qualquer dos crimes cometidos anteriormente, encontramos apenas, na jurisprudência das Relações, para além do acórdão recorrido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25/9/2013, Pº 60/11.9SFPRT-A.P1⁹, em que se segue de perto a argumentação do Acórdão acima assinalado no ponto 3.1.2., al. e).

3.2. A favor do trânsito em julgado da condenação como referência

Esta a posição que, do ponto de vista da definição do âmbito do concurso é mais abrangente, porque, como se viu, aí inclui também os crimes cometidos antes do primeiro trânsito em julgado de sentença condenatória mesmo que posteriores a uma condenação. É a tese do acórdão fundamento.

3.2.1. Na doutrina.

a) CAVALEIRO FERREIRA raciocinando a propósito dos arts 78º e 79º, da versão original do CP de 1982, dizia que: “A noção legal de concurso de crimes consta do art. 30.º, n.º 1.

Essa noção, por si mesma não esclarece a delimitação recíproca do concurso e da reincidência e antes se molda pela noção teórica de pluralidade de crimes. Cotejando o n.º 1 do art. 30.º com o n.º 1 do art. 78.º — que se refere à punição ou efeitos do concurso de crimes —, ressalta logo que esta última disposição, ao contrário do n.º 1 do art. 30.º, exige que os crimes cometidos pelo mesmo agente o tenham sido antes do trânsito em julgado de condenação por qualquer deles, exigência essa que condiciona os efeitos ou punição do concurso prevista no citado n.º 1 do art. 78.º e que é omissa na definição do conceito legal do concurso de crimes previsto no n.º 1 do art. 30.º.”¹⁰ “O n.º 1 deste artigo [79º] prevê os casos em que, havendo concurso de crimes — e haverá concurso de crimes quando um ou mais crimes tenham sido cometidos antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles —, se torne indispensável determinar judicialmente a pena total que a todos abranja. Se a condenação ou condenações anteriores omitiram, na formação de pena total, a pena de um crime que deve dele fazer parte, há que encontrar a via para reparar a omissão.

O Código Penal fala em uma nova sentença e também diz que o objecto dessa nova sentença será a aplicação das regras do art. 78.º

Isto quer dizer que tem de decidir-se judicialmente, já não sobre a pena aplicada em cada condenação anterior, mas sobre a omissão da formação da pena total”¹¹.

b) GERMANOMARQUESDASILVA refere também que:

“Diferentemente da reincidência o concurso pode ser repetição de crimes dolosos, crimes culposos e crimes dolosos e culposos. Além desta diferença, a mais importante para a distinção entre reincidência e concurso, é a que resulta do n.º 1 do art. 77.º sobre o concurso: prática de vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles. Isto é, até ao trânsito em julgado da condenação por qualquer crime, se o agente praticou vários antes, há acumulação, mas

não há acumulação relativamente a crimes cometidos e julgados com trânsito e crimes cometidos posteriormente. Neste caso há ou pode haver, se se verificarem os respectivos pressupostos, reincidência.”¹²

Ou ainda:

“Importa ainda ter bem presente que a pena única pela prática de crimes vários só é aplicável quando todos os crimes em causa tiverem sido praticados antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles, o que significa que os crimes praticados após o trânsito em julgado da condenação por qualquer deles, não serão objecto de uma pena única, mas de concurso material de penas (...)”¹³.

c) JOSÉ LOBO MOUTINHO, depois de se referir à posição que é a do acórdão recorrido, diz claramente:

“É bom de ver que se trata de uma solução possível. O que ela claramente não é, é a solução vigente entre nós.

A referência do art. 78º “àquela condenação “não pode ser entendida senão no sentido de exigir que os crimes sejam cometidos antes do respetivo trânsito em julgado da sentença. Em primeiro lugar, esta solução é literalmente a mais adequada: “aquela condenação” é naturalmente a condenação referida no início do n.º 1, ou seja, “uma condenação transitada em julgado”. Em segundo lugar, essa solução é a única que evita uma diferenciação absolutamente incompreensível entre o n.º 1 do art. 77º e o n.º 1 do art. 78º. É que, de outra maneira, se um crime tivesse sido cometido depois da sentença condenatória por outro crime, mas antes do respetivo trânsito em julgado, haveria ou não concurso de crimes consoante o seu conhecimento fosse anterior (art. 77º, n.º 1) ou posterior (art.º 78º) ao trânsito em julgado, diferenciação à qual falta qualquer base substancial. Finalmente tem de se apontar para algum desvio no entendimento de uma sentença condenatória não transitada em julgado: a pendência de recurso (designadamente interposto pelo arguido) não pode significar uma mera formalidade de uma condenação que “já está proferida” e que, como tal, pode ir produzindo efeitos substanciais sem problemas; é, antes, uma decisão que é processualmente discutível, modificável e por isso mesmo também, em princípio inexecutável”¹⁴

d) PAULO DÁ MESQUITA também considera:

“Na resposta às questões processuais do momento para o conhecimento superveniente do concurso de penas e do processo em que se deve operar o conhecimento, que são conexas, tem de se fazer uma análise integrada do direito substantivo e processual.

Começando pela análise da letra do preceito, pensamos que resulta claro que só há lugar ao conhecimento superveniente “depois de uma condenação transitada em julgado” (art. 79.º, n.º 1, 1.ª parte, do CP 82, art. 78.º, n.º 1, da Red.95). O elemento literal que se retira do art.79.º, do CP 82 (art. 78.º, da Red. 95) é reforçado com a conjugação com o regime substantivo constante da norma precedente, nos termos do qual o trânsito em julgado da primeira das condenações é o pressuposto temporal do concurso de penas, o que se compreende, porque só depois do trânsito a condenação adquire a sua função de solene advertência ao arguido.

Posto isto, pensamos que para haver conhecimento superveniente do concurso de penas é necessário que pelo menos uma das penas tenha transitado em julgado.

Nos outros casos, quando as penas aplicadas em diferentes processos estão em concurso mas nenhuma transitou, pensamos que o concurso não pode ser conhecido, enquanto, pelo menos uma das penas não tiver transitado. Isto é, no caso de penas aplicadas em dois processos, só depois do trânsito em julgado de uma das condenações é que pode haver lugar ao conhecimento superveniente no outro processo.

A favor da nossa perspectiva além da letra do art. 79.º, n.º 1, do CP 82 (art. 78.º, da Red. 95) e da conjugação com o direito substantivo, podem-se ainda invocar razões de carácter processual:

- Os elementos facto-pena só se tornam questões decididas depois do trânsito em julgado da decisão relativa aos mesmos;

- Só depois do trânsito de uma condenação é que a(s) pena(s) aí aplicada(s) ganham o carácter de certeza que determinam o início do seu cumprimento, compreendendo-se então que a mesma possa ser atendida num outro processo (quer para efeito de sucessão de penas quer de concurso de penas);

- Retomando a argumentação do parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 26-06-1952 sobre o problema do conhecimento superveniente do concurso de penas, o cúmulo a que se procede nesses casos, “não faz mais do que reconhecer o valor do caso julgado à decisão anterior;

- Esta é a única solução compatível com o princípio da presunção de inocência de todo o arguido até ao trânsito em julgado da sentença de condenação consagrado no art. 32.º, n.º 2, da Constituição. Esse princípio que excede em significado e consequências o princípio in dubio pro reo, que constitui apenas um critério de decisão em caso de dúvida, deve-se reflectir no tratamento dado ao arguido, por forma a que o processo não represente, antes do trânsito em julgado de qualquer condenação, um juízo de culpabilidade, que dificultará uma decisão imparcial, no momento da indagação sobre a verificação dos factos, como também, fará recair mesmo sobre o arguido absolvido uma marca indelével de culpabilidade.

Em face do exposto, na nossa perspectiva só pode ser conhecido o concurso de uma pena aplicada num processo com a pena imposta noutra processo se esta última já tiver transitado, pois só assim os elementos facto-pena parcelar podem ser considerados uma questão decidida susceptível de ser atendida noutra processo.(...)”¹⁵

e) A posição de LOURENÇO MARTINS é consonante:

“Partindo da ideia de que o que se pretende com o cúmulo jurídico superveniente é abranger nesse cúmulo as condenações por infracções que teriam sido apreciadas conjuntamente se delas tivesse havido conhecimento atempado, o trânsito em julgado de uma condenação penal apresenta-se como um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois”¹⁶.

f) MAIA GONÇALVES aponta que:

“Como resulta do n.º 1 deste artigo, e também do n.º 1 do art. 78.º, para a verificação de um concurso de infracções a punir com uma pena única é necessário que todas as infracções hajam sido cometidas antes de ter transitado em julgado a condenação imposta por todas elas (...). De outro modo, haveria um cúmulo por arrastamento, que além de contrariar aqueles dispositivos iria também contra a relevância que a lei atribui a uma condenação transitada como solene advertência ao arguido, quando relativamente a crimes que se pretende abranger no cúmulo.”¹⁷

g) Para RODRIGUES DA COSTA o caminho a seguir é o mesmo:

“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, posição que não tem tido eco relevante na jurisprudência (...).”

Igual posição é defendida a propósito do conhecimento superveniente do concurso exigindo-se como pressupostos:

“1 – Pluralidade de crimes com julgamentos efectuados em momentos diferentes;

2 – Anterioridade da prática dos crimes em relação ao trânsito em julgado da 1ª condenação.”¹⁸

3.2.2. Na jurisprudência do STJ¹⁹:

Começaremos por referir o Acórdão 1/3/2004, Pº 4431/03 — 3.ª Secção, onde se escreveu a certa altura:

“(…) Quando, porém, o conhecimento do concurso não é contemporâneo da condenação «por qualquer» dos crimes, e é, por isso, superveniente, aplicam-se igualmente as regras da punição do concurso de crimes, no modo determinado pelo artigo 78º do Código

Penal: «se depois de uma condenação transitada em julgado, [mas antes de a respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta] ²⁰, se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes», são aplicáveis, por remissão do artigo 78º, n.º 1, as regras do artigo 77º, sendo que estas regras são ainda aplicáveis «no caso de todos os crimes terem sido objecto separadamente de condenações transitadas em julgado»—artigo 78º, n.º 2.

Deste modo, com o sentido que impõe a noção de concurso de crimes para efeitos de aplicação de uma pena única, constante das referidas disposições, só existe concurso quando tenham sido praticados vários crimes antes de ter transitado em julgado a condenação por qualquer deles, não sendo, todavia, tomados em conta os casos em que as penas respeitantes a crimes do concurso se encontrarem cumpridas, prescritas ou extintas—artigo 78º, n.º 1, do Código Penal.

Divergências de sentido que têm sido encontradas impõem, porém, um trabalho de interpretação da norma expressa nesta disposição: alguma jurisprudência deste Supremo Tribunal procedeu, com efeito, a uma interpretação total da referida norma, no que ficou conhecido por cúmulo “por arrastamento”: «a condenação por crimes cometidos antes e depois de condenações entretanto proferidas, implica a efectivação de um cúmulo jurídico, por arrastamento, das penas aplicadas e a aplicar a todos esses crimes» (cfr. os acórdãos de 26 de Outubro de 1988, CJ, Ano XIII, tomo IV, pág. 18; de 5 de Fevereiro de 1997, proc. n.º 992/96; e de 20 e Fevereiro de 1997, proc. 983/96).

(...)

A interpretação do artigo 78º, n.º 1, do Código Penal tem de partir da consideração e da determinação do sentido de dois elementos essenciais da construção da norma: o momento de superveniência do conhecimento do concurso (artigo 78º, n.º 1, 1ª parte), e os pressupostos de integração do concurso cujo conhecimento é superveniente (artigo 78º, n.º 1, 2ª parte) para aplicação da pena única.

Ambos os elementos são de dimensão processual, mas o segundo releva também de uma natureza estruturalmente substantiva ou material; o primeiro elemento, que se apresenta contingente no tempo, é eminentemente, ou exclusivamente processual; o segundo elemento, que integra o objecto do conhecimento, é da ordem dos pressupostos materiais, e apela, por remissão, para a noção, material e específica, do concurso de crimes para efeitos de punição, constante do artigo 77º, n.º 1, do Código Penal.

O momento do conhecimento superveniente tem exclusivamente a ver com o processo e com a oportunidade, rectius, com a exigência processual do conhecimento, que é contingente porque pressupõe a posterioridade (superveniência) do conhecimento; os pressupostos de integração do concurso não têm já que ver estritamente com o processo—em relação ao qual são relativamente indiferentes—mas com a definição e integração do conceito de concurso de crimes, que impõe a aplicação de uma «única pena».

Há, pois, que decompor a norma do artigo 77º, n.º 1, 1ª parte, do Código Penal, para a determinação do sentido dos respectivos elementos integrantes, partindo das fórmulas de linguagem utilizadas: «quando alguém tiver

praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles».

A punição do concurso de crimes com uma «única pena» pressupõe, pois, a existência de uma pluralidade de crimes praticados pelo mesmo agente que tenham de comum um determinado período de tempo, delimitado por um ponto de referência ad quem estabelecido na norma—o trânsito em julgado da condenação por qualquer deles; todos os crimes praticados antes de transitar em julgado a condenação por um deles devem determinar a aplicação de uma pena única, independentemente do momento em que seja conhecida a situação de concurso, que poderá só ocorrer supervenientemente por facto de simples contingências processuais.

O segmento «por qualquer deles», usado na descrição da norma, requer, por sua vez, um acrescido esforço de interpretação, já que a simples enunciação verbal pode deixar em aberto significações plurais. «Qualquer deles» pode traduzir, com efeito, uma indiferenciação, no sentido de indiferença de pressuposto, da ordem de factores arbitrária, em aproximação semântica a «qualquer um». Mas também pode significar, no imediato plano literal, a primeira ocorrência: o trânsito em julgado da condenação por «qualquer deles» pode significar que este momento relevante (o trânsito da condenação) se verifica logo que haja uma condenação transitada por um dos crimes—o que supõe sempre uma pluralidade antecedente, que apenas o é na medida em que, transitada uma condenação, se verifique que anteriormente a esse momento foi praticado pelo agente um outro ou mais crimes.

Neste sentido, não haveria lugar à aplicação de uma «única pena» sempre que se verificasse que, após o trânsito de uma condenação, o agente praticara outros crimes pelos quais foi, também, posteriormente condenado.

A pluralidade de sentidos que o texto permite impõe que se façam intervir outros instrumentos metodológicos de interpretação para captar o sentido em que a norma deve ser interpretada, nomeadamente elementos de sistema e a razão de ser e finalidade da instituição do regime da pena única.

Os artigos 77º e 78º do Código Penal não são normas de incidência, dir-se-ia dogmática, aferente à teoria do facto ou à doutrina do crime, mas antes, na projecção sistemática que apresentam, são exclusivamente atinentes à punição e à determinação da medida da pena, e aplicáveis nos casos, que definem, de fixação de uma pena única.

Por isso, têm de ser interpretadas de acordo com as correlações conceituais, lógicas e operativas perante outros institutos igualmente atinentes à punição e à determinação da medida da pena, de modo a que se não produzam contradições ou desvios de sentido intra-sistemáticos.

Nesta coordenação interna ao sistema, os pressupostos estabelecidos na lei para a intervenção do instituto da reincidência hão-de contribuir para definir também o espaço de intervenção das regras de fixação da pena do concurso: onde a lei determinar que se verifica a reincidência (o pressuposto objectivo da reincidência) não pode, salvo contradição de sistema, haver pena única.

O artigo 75º, n.º 1, do Código Penal dispõe, com efeito, para o que releva, que a punição como reinci-

dente ocorrerá quando alguém cometer um crime de determinada natureza depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado por outro crime com certas condições de gravidade. Verificada a reincidência, não pode haver lugar para a pena única, e o limite de exclusão, ou de separação, é o trânsito em julgado de uma condenação, que não pode também, por isso, ser senão aquela que delimita o espaço temporal ad quem da prática dos crimes que impõem a fixação de uma pena única.

Mas se é assim, como exigência primeira de coerência sistémica dos institutos no caso de reincidência (conceptualmente delimitada), também tem de ser, pelas mesmas razões, nos casos em que se verifique simples sucessão de crimes, enquanto prática de um crime após o trânsito em julgado de uma condenação.

Por isso, o trânsito da condenação «por qualquer» dos crimes, referido no artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, não pode ser o trânsito da condenação por qualquer um dos crimes—que relevaria do simples acaso, do arbítrio, ou da pura contingência da cronologia e dos tempos processuais—mas o trânsito da primeira condenação relevante em cada caso para fixar os limites temporais para o passado.

Os elementos racionais e teleológicos de interpretação confortam também, por seu lado, esta conclusão.

As regras da punição do concurso, estabelecidas nos referidos artigos 77.º, n.º 1, e 78.º, n.º 1, não se destinam a modelar os termos de uma qualquer espécie de liquidação ou quitação de responsabilidade, reaberta em cada momento sequente em que haja que decidir da responsabilidade penal de um certo agente, mas têm como finalidade permitir apenas que em determinado momento se possa conhecer da responsabilidade quanto a factos do passado, no sentido em que, em termos processuais, todos os factos poderiam ter sido, se fossem conhecidos ou tivesse existido contemporaneidade processual, apreciados e avaliados, em conjunto, num dado momento. Na realização desta finalidade, o momento determinante só pode ser, no critério objectivado da lei, referido à primeira condenação que ocorrer, e que seja (quando seja) definitiva, valendo, por isso, por certeza de objectividade, o trânsito em julgado.

A posterioridade do conhecimento «do concurso», que é a circunstância que introduz as dúvidas, não pode ter a virtualidade de modificar a natureza dos pressupostos da pena única, que são, como se referiu, de ordem substancial.

O conhecimento posterior (artigo 78.º, n.º 1) apenas define o momento de apreciação, processual e contingente. A superveniência do conhecimento não pode, no âmbito material, produzir uma decisão que não pudesse ter sido proferida no momento da primeira apreciação da responsabilidade penal do agente (cfr., neste sentido, Figueiredo Dias, “Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime”, pág. 293-294).

Há, assim, para a determinação da pena única, como que uma ficção de contemporaneidade. A decisão proferida na sequência do conhecimento superveniente do concurso, deve sê-lo nos mesmos termos e com os mesmos pressupostos que existiriam se o conhecimento do concurso tivesse sido contemporâneo da decisão que teria necessariamente tomado em conta, para a formação da pena única, os crimes anteriormente praticados; a decisão posterior projecta-se no passado, como se fosse

tomada a esse tempo, relativamente a um crime que poderia ser trazido à colação no primeiro processo para a determinação da pena única, se o tribunal tivesse tido, nesse momento, conhecimento da prática desse crime (cfr., a propósito do regime análogo [“pena global”] do § 55 do Strafgesetzbuch, Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, “Tratado de Derecho Penal—Parte General”, trad. da 5.ª edição, pág. 787).

6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal, maioritária e mais recente, tem também interpretado neste sentido a conjugação das referidas disposições relativas à punição do concurso. No acórdão de 7 de Fevereiro de 2002 (proc. 118/02-5.º), v. g., decidiu-se «que resulta directa e claramente» dos artigos 77.º e 78.º do Código Penal de 1995 que «para a verificação de uma situação de concurso de infracções a punir por uma única pena, se exige, desde logo, que as várias infracções tenham, todas elas, sido cometidas antes de ter transitado em julgado a condenação imposta por qualquer uma delas, isto é, o trânsito em julgado da condenação imposta por uma dada infracção obsta a que, com essa infracções ou com outras cometidas até esse trânsito, se cumulem infracções que venham a ser praticadas em momento posterior a esse mesmo trânsito. O trânsito em julgado de uma condenação penal é um limite temporal intransponível, no âmbito do concurso de crimes, à determinação de uma pena única, excluindo desta os crimes cometidos depois».

Com efeito—refere o acórdão de 28/05/1998, proc. 112/98—«o disposto no art. 78.º, n.º 1, do CP de 1995, não pode ser interpretado cindido do que se estabelece no respectivo art. 77.º, do mesmo modo que não se deve ignorar que há uma substancial diferença entre os casos em que o agente apesar de já ter recebido uma solene advertência por via de uma condenação transitada em julgado, prossegue na sua actividade delituosa (situação que determina uma sucessão de penas), e os casos em que o agente comete diversos crimes antes de ser condenado por qualquer deles (situação de concurso de penas)». Esta interpretação tem, assim, sido expressa, «sem discrepância», na jurisprudência deste Supremo Tribunal desde 1997 (cfr., só para referir a mais recente, os acórdãos deste Supremo Tribunal, de 11/10/2001, proc. 1934/01; de 17/01/2002, proc. 2739/01; de 23/01/2002, proc. 4410/02; e de 29/04/2003, proc. 358/03).

Resumindo: 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.”

No mesmo sentido, encontramos na jurisprudência do STJ, a esmagadora maioria dos acórdãos. Exemplificativamente, podem ver-se o Acórdão de 27/1/2009, P.º 4032/08—3.ª Secção, ou o Acórdão de 30/5/2012, P.º 267/10.6 TCLSB, 3.ª Secção, cujo sumário se transcreve:

“I—A posterioridade do conhecimento «do concurso» não pode ter a virtualidade de modificar a natu-

reza dos pressupostos da pena única, que são de ordem substancial. O conhecimento posterior (art. 78.º, n.º 1, do CP) apenas define o momento de apreciação, processual e contingente.

II—A formação da pena conjunta é a reposição da situação que existiria se o agente tivesse sido atempadamente condenado e punido pelos crimes à medida que os foi praticando.

III—A primeira decisão transitada será o elemento aglutinador de todos os crimes que estejam em relação de concurso, englobando-os em cúmulo, demarcando as fronteiras do círculo de condenações objecto de unificação (...).

As Relações têm seguido sistematicamente a tese do acórdão fundamento, com as duas exceções conhecidas acima assinaladas.

3.3. Finalmente, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 212/02, de 22 de Maio de 2002, Pº 243/2002²¹, pronunciou-se no sentido de que “a interpretação normativa atribuída ao artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal, considerando como momento decisivo para a aplicabilidade da figura do cúmulo jurídico (e da consequente unificação de penas) o trânsito em julgado da decisão condenatória, não ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado de direito, da tipicidade, da culpa e da inexistência de penas de duração perpétua ou indefinida, consagrados nos artigos 1.º, 2.º, 20.º, 29.º, n.º 1 e 30.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.”

Para o efeito elencou os seguintes fundamentos que passamos a transcrever:

“Consequentemente, apenas está em causa apreciar neste processo a interpretação normativa do artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal nos termos da qual se considera como momento decisivo para a aplicabilidade da figura do cúmulo jurídico (e da consequente unificação de penas) o trânsito em julgado da decisão condenatória – com a consequência de que a prática de novos crimes, posteriormente ao trânsito de uma determinada condenação, dará origem à aplicação de penas autonomizadas.

Ora, como bem sublinha o Ministério Público nas suas contra-alegações, a exigência formulada pelo artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal como condição para a unificação das penas correspondentes aos crimes em concurso – isto é, a exigência de que a prática de um outro crime tenha ocorrido antes do trânsito em julgado da decisão condenatória pelo primeiro crime – não pode entender-se como mera condição formal, antes revela um substancial sentido ético, ligado ao princípio da culpa, que deve relacionar-se com as dificuldades de reinserção do arguido, anteriormente condenado.

A condição estabelecida no preceito em análise não se afigura como desrazoável ou injustificada, pois, como ficou dito, assenta num fundamento material bastante e tem uma justificação racional: designadamente, o regime contido na norma impugnada assenta no princípio da culpa e justifica-se pelas especiais dificuldades de ressocialização nos casos em que um arguido a quem tenha sido aplicada uma sanção penal demonstre, pela sua actuação posterior – pela prática de novos crimes –, que não conforma o seu comportamento em função das exigências do direito penal.

Por outro lado, é manifesto que, no caso dos autos, a acumulação de penas impostas ao arguido corresponde à reiteração da actividade criminosa do arguido, não podendo atribuir-se-lhe o significado de imposição de qualquer pena de duração perpétua ou indeterminada. Na verdade, resulta dos elementos do processo que o arguido cometeu novos crimes durante o cumprimento da pena que lhe havia sido anteriormente imposta por decisão transitada em julgado, aproveitando para tal um período de saída precária, que aliás prolongou indevidamente por quase dois anos.”

4. O caminho adotado

O n.º 1 do art. 30º do CP visa determinar quando é que se está perante uma pluralidade de crimes fornecendo o critério da distinção com a unidade criminosa. Fala então de número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou de número de vezes que o mesmo tipo é preenchido pela conduta do agente. Com a expressão “efetivamente” teve por propósito excluir do regime em questão o chamado concurso aparente.

Sabido que o agente cometeu mais de um crime, as consequências daí advindas podem ser abarcadas pelo regime do crime continuado, do n.º 2 do citado art. 30º do CP, em que se aglutinam as várias condutas num tratamento jurídico de unidade criminosa, ou, não sendo esse o caso, nos art.s 77º e 78º do CP. Estes preceitos permitem distinguir o concurso da sucessão de crimes, surgindo a reincidência, prevista nos art.s 75º e 76º do CP, como um caso especial porque mais grave de sucessão de crimes.

As disposições relativas ao regime do concurso de crimes não pertencem só ao direito substantivo mas também ao direito processual pois que, como nos dizem JESCHECK e WEIGEND, “a possibilidade de um julgamento global para uma diversidade de ações puníveis depende das regras do processo penal”.²²

Por isso é que nos art.s 77º e 78º do CP encontramos disposições, umas com maior importância processual²³ e outras de incidência material. A própria justificação da existência dos dois preceitos centra-se numa ocorrência de processo. A saber, o momento do conhecimento do cometimento de mais de um crime pelo mesmo agente.

Daqui duas consequências que desde já passamos a apontar: por um lado, a interpretação dos dois artigos exige uma distinção entre o momento do conhecimento do cometimento dos vários crimes e o momento a ter em conta, para se saber se aqueles vários crimes cometidos devem ter o tratamento do concurso, com o que passamos já para uma condição com relevância substantiva.

Por outro lado, entre os art.s 77º e 78º, sempre do CP, existe uma relação de complementaridade, de tal modo que este último surge como uma extensão do regime daquele a um novo campo de aplicação. Ora, assim sendo, sabido que o artº 78º respeita a situações de conhecimento superveniente do concurso, o regime substantivo desse concurso não pode ser diferente, consoante o conhecimento seja, ou não, superveniente, nos termos do art. 78º.

Não pode ficar, portanto, dependente de um acidente meramente aleatório, qual seja o da altura em que se conhece da existência do concurso. Facto que não depende do arguido e sim do funcionamento do aparelho da Justiça, de tal modo que o agente não deverá ser beneficiado ou prejudicado em função dele.

Na verdade, a pluralidade de crimes que se considere não estarem em concurso será tratada como sucessão de crimes, com cumprimento das penas singulares (ou conjuntas) que se tenham formado, umas a seguir às outras. O que é, em princípio, sempre mais gravoso, do que o cumprimento de uma única pena quantificada segundo as regras do cúmulo jurídico.

Assim sendo, por certo que não poderão acolher-se posições, segundo as quais, para efeitos do art. 77º e para haver concurso, basta a necessidade da posteridade do trânsito em julgado relativamente a um segundo crime, e ao interpretar o art. 78º se afirma que é o momento da condenação que importa ter em conta.

Tanto no acórdão recorrido como no acórdão fundamento estava em causa o conhecimento superveniente de crimes. Começamos então pela abordagem do art. 78º do CP.

4.1. O art. 78º do CPP está epigrafiado, “*Conhecimento superveniente do concurso*”. Assim, a primeira coisa que cumpre apurar é aquilo a que o conhecimento é superveniente, ou seja, que ocorrência tem necessariamente que anteceder o dito conhecimento. Ora, o nº 2 do preceito diz-nos que o regime próprio do concurso, estabelecido no nº 1 do artigo, “*só é aplicável relativamente aos crimes cuja condenação transitou em julgado*”. Portanto, o âmbito de aplicação do art. 78º é condicionado pelo facto processual de, o momento do conhecimento do concurso, ser o do trânsito em julgado de todas as condenações dos crimes candidatos ao dito concurso.

Quanto ao artº 77º, epigrafiado “*Regras da punição do concurso*”, sem distinguir, constitui ele a regra geral da punição do dito concurso, elencando os seus pressupostos, e consequência, assente que se está perante uma pluralidade criminosa, de acordo com o nº 1 do art. 30º do CP. Pressuposto de relevo é o da ocasião do cometimento dos crimes que deve ser considerada.

Vemos, portanto, na linha do que já atrás se referiu, que existem duas referências temporais com relevo: uma de índole processual, relativa ao procedimento a adotar no caso de o conhecimento do concurso ser superveniente, e a outra referência temporal, já com relevo substantivo, a qual tem a ver com os pressupostos do concurso e é a do cometimento dos crimes.

E então, quanto a esta última referência temporal, importa anotar que, quando o legislador teve que escolher entre a referência temporal da simples condenação ou do transitu em julgado, nada o impedia de eleger como “momento – limite” a partir do qual já não há concurso, o do primeiro trânsito em julgado das várias condenações. Foi o que, a nosso ver, fez, no nº 1 do art. 77º.

4.1.1. Assim, o nº 1 do art. 78º não deixa de nos lembrar o critério de determinação do concurso previsto no artigo anterior, remetendo-nos para o momento relevante do cometimento dos factos: haver uma condenação transitada e o agente ter praticado antes daquela outro ou outros crimes. E por isso é que, no caso de conhecimento superveniente do concurso, os crimes não deixam de estar em concurso se cometidos depois da condenação que primeiro transitou, desde que sejam todos anteriores a esse trânsito.

No entanto, poderá ainda assim levantar-se a seguinte dúvida: a anterioridade estabelece-se, no artº 78º, em relação à condenação que haveria de transitar em julgado, mas depois, ou em relação ao próprio trânsito, incluindo-se portanto os crimes cometidos entre a condenação e o trânsito?

A expressão “*anteriormente àquela condenação*” quer reportar-se à condenação em si, ou à condenação já com a firmeza dada pelo trânsito em julgado?

A resposta que se der tem que estar em consonância com o art. 77º nº 1. E na verdade, a norma não usa a expressão “anteriormente à condenação” e sim “*anteriormente àquela condenação*”. Aquela condenação é a que acaba de ser referida. Ou seja, “*uma condenação transitada em julgado*”²⁴.

Aliás, se no projeto Eduardo Correia, a expressão “*transitada em julgado*” aparecia entre duas vírgulas (supra B, 2., 2.2.), o art. 78º atual abre com a expressão “*Se, depois de uma condenação transitada em julgado,(...)*”, sem nenhuma vírgula entre “*condenação*” e “*transitada*”.

Como não pode deixar de ser, também procede aqui o argumento centrado na desvalorização da sentença transitada em julgado, a que nos referiremos a seguir: atribui-se a uma sentença não transitada a produção de efeitos, na altura em que não estava transitada, como se estivesse transitada.

O art. 78º remete no seu nº 1 para “*as regras do artigo anterior*”. E então, assume especial relevo, para além da fixação dos pressupostos da existência do concurso, obviamente, também, o método de determinação da pena conjunta aplicável ao caso: consideração em conjunto dos factos e personalidade do agente, pena escolhida entre a parcelar mais grave e a soma de todas as parcelares sem ultrapassar os 25 anos de prisão.

4.2. Se agora nos debruçarmos sobre o nº 1 do art. 77º do CP, no que concretamente se refere aos pressupostos do concurso, já vimos que ele terá lugar “*Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles*”.

Como é evidente, a expressão “*qualquer um deles*” não quer dizer que se possa escolher discricionariamente um deles que tenha transitado, para apurar se os outros crimes foram praticados antes do trânsito do dito. Há que ver qual dos crimes transitou em primeiro lugar (que pode ser qualquer um deles), e é em relação a esse que se tem que aferir a anterioridade dos outros. Não fora assim, facilmente cairíamos em situações de cúmulo por arrastamento que a jurisprudência tem uniformemente rejeitado.

Dir-se-á ainda, a concluir este ponto, que não é de excluir que no momento do conhecimento do concurso se depare com crimes, em concurso, e relativamente a um ou a alguns haja já condenações, se bem que não transitadas. Nesse caso, haverá que esperar pelo trânsito de todas elas para fazer o cúmulo. Depois, o conhecimento superveniente do concurso poderá ter lugar quando já todas as condenações ocorridas estão transitadas. E, claro que se configurará como situação corrente de concurso aquela em que todos os crimes estão e ser julgados pela primeira vez, procedendo-se à aplicação de uma pena conjunta por todos eles, e havendo um só processo ou vários processos apensos (em casos de conexão, por força do art. 29º do CPP).

Isto dito, vemos que uma interpretação declarativa do preceito, assente antes do mais no elemento literal de interpretação, impõe, inequivocamente, a eleição do momento determinante, pressuposto do concurso, como sendo o do trânsito em julgado e não o da condenação. Poderia ainda aduzir-se um elemento histórico de interpretação ao recordarmos o projeto Eduardo Correia nos termos atrás assinalados (4.1.1.). Ou um elemento teleológico, assente

na firmeza e solenidade do aviso da condenação havendo trânsito, por contraposição com a mera condenação. Ou ainda no facto de esta posição ser indubitavelmente a que melhor favorece o arguido.

Porém, a força do elemento literal na interpretação do nº 1 do art. 77º impõe-se de tal modo, que só poderíamos interpretar a expressão “antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles” com o sentido de “antes da condenação por qualquer deles”, se houvesse razões fortes e inequívocas que a tal levassem, desembocando-se então, como se defende na posição do acórdão recorrido, numa interpretação “restritiva” da norma.

Quanto a nós, essas razões não existem, como se verá a seguir.

4.2.1. O § 55º do Código Penal alemão, que alguns consideram inspirador do nosso art. 78º (anterior art. 79º), tem uma disciplina equivalente à seguida no acórdão recorrido, mas não é de grande utilidade na interpretação do referido art. 78º.

Na verdade, esse preceito diz-nos no seu nº I que “Os §§ 53 e 54 também deverão aplicar-se, quando um condenado por sentença transitada em julgado, antes da pena aplicada estar cumprido, prescrita ou extinta, será condenado por outro crime que tenha cometido antes da condenação anterior. Considerar-se-á condenação anterior a sentença do processo anterior em que pela última vez puderam ser provados os fundamentos de facto” [se pôde proceder ao julgamento da matéria de facto].

Se virmos o § 53 do CP alemão, refere o meso que “Quando alguém tiver cometido vários crimes que sejam julgados simultaneamente, a que se devam aplicar várias penas privativas de liberdade, ou várias multas, será condenado numa pena conjunta”. Quanto ao § 54 que se reporta à seleção da pena conjunta, não interessa para a específica questão que nos ocupa.

Ora, se este § 53, que corresponderia ao nosso art. 77º, se circunscreve aos crimes “que sejam julgados simultaneamente” (“gleichzeitig abgeurteilt”), tinha que eleger como momento relevante do concurso o da condenação, no mesmo processo e na mesma sentença. Daí que esse momento relevante tivesse que continuar a ser o mesmo na extensão do concurso superveniente.

Acontece é que, como já se disse, a opção que o nosso legislador quis tomar no nº 1 do art. 77º do CP, ao falar, muito claramente, em trânsito em julgado, foi a de se afastar da redação do § 53º, I, alemão. E a partir desse momento, estará aberto o caminho a que se alargue o concurso às hipóteses em que o conhecimento superveniente concurso respeite a crimes cometidos entre o primeiro trânsito em julgado e a respetiva condenação que o precedeu.

4.2.2. Os partidários da tese do acórdão recorrido entendem que só é legítimo incluir no concurso, os crimes que pudessem ter sido julgados simultaneamente, e o arguido condenado por todos eles, na mesma sentença. No art. 77º, portanto, só caberiam os crimes cujo conhecimento poderia ter tido lugar, no momento em que não estava nenhum deles julgado. É a posição alemã, sem porém haver texto, entre nós, que a sustente.

E diz-se que se o sistema funcionasse como devia, ao ser julgado um crime, já se deveria poder ter conhecimento de todos os outros cometidos pelo mesmo agente ainda não julgados.

Ora, já que a realidade não é essa, e muito provavelmente nunca será, porquê assentar uma interpretação contra a letra da lei, num desiderato transformado em pura ficção?

Não se percebe esta exigência, relativa a um modo de funcionamento do sistema, hipotético, que não será o real. E se apesar de tudo se insistir na importância do dito desiderato, como é que se poderá penalizar o arguido por um pior funcionamento do sistema que lhe não é, em princípio, imputável?

Se o tratamento do concurso nos é dado pela apreciação da ilicitude global e da personalidade do arguido, escolhendo-se a pena conjunta entre a parcelar mais grave e a soma de todas as parcelares, de um ponto de vista operacional, tal procedimento é perfeitamente compatível com o conhecimento de que um crime foi cometido depois doutro, quando em relação ao primeiro só havia condenação e não trânsito. Não deveria ser assim se o julgamento de um crime e a aplicação da pena parcelar que lhe cabe devesse ser influenciado pelo conhecimento que já se tivesse, na ocasião, de cometimento de outros crimes, hipótese que se não coloca.

Ora, há um momento próprio, que é o do julgamento do concurso, para apreciação da responsabilidade, agora total, assente numa ilicitude global, e na personalidade que se revelou, depois do conhecimento de todos os crimes cometidos pelo mesmo agente.

E tudo quanto se acaba de dizer nada tem a ver com a regra de determinação de competência para o julgamento do concurso, prevista no nº 2 do art. 471º do CPP – o tribunal da última condenação – em que se mostra determinante a informação mais recente, já obtida, a respeito dos elementos que interessa ponderar.

Por outro lado, quando se atribui à simples condenação um efeito bloqueador do concurso, está-se a atribuir a essa condenação efeitos relevantes antes do respetivo trânsito. Se, na altura do conhecimento do concurso, deparamos com a prática de um crime depois da condenação pelo outro, mas antes do trânsito desta condenação, não podemos atribuir nenhum efeito a esta condenação, reportado concretamente ao momento em que foi proferida, pela razão simples de que por esse crime o arguido ainda poderia ter vindo a ser absolvido. E se se argumenta que, como anteriormente a condenação transitou, no momento do conhecimento tardio do concurso a questão já se não poria, então estaríamos a atribuir uma eficácia retroativa ao trânsito, o que não pode ser. Uma decisão transitada em julgado quando já não for suscetível de recurso ordinário, e curiosamente, estaríamos a reportar os efeitos do caso julgado a um momento em que a decisão ainda era suscetível de recurso ordinário.

Acresce, neste contexto, que o art. 32º, nº 2 da nossa Constituição da República quis que a presunção da inocência perdurasse até ao trânsito em julgado da decisão condenatória.²⁵

4.2.3. No fundo, a principal razão apontada pelos defensores da tese do acórdão recorrido é a de que o arguido não merece o tratamento mais favorável do concurso, em relação à sucessão de crimes, porque já recebera o aviso de uma condenação, e não seria necessário que esse aviso fosse mais solene, por força do trânsito em julgado da decisão.

Ora, este argumento está longe de ser decisivo. O legislador pode ter considerado que o grau de rebelia contra o direito (e a sociedade) revelado pela prática

do segundo crime, só seria suficientemente grave para impedir o concurso, havendo a aludida solenidade da advertência, que só o trânsito em julgado dá. Porque, se por um lado haverá situações, em que depois de condenado, o arguido não se interessa por saber, ou não pode saber, se a condenação transitou em julgado, também haverá outras em que, tendo recorrido da condenação, o arguido pretenda e espere ser absolvido. Portanto, para ele só poderia estar em causa o cometimento do segundo crime, e a questão do concurso ou sucessão de crimes nem sequer se poria.

Menos relevo tem, para o efeito, o argumento segundo o qual, se se integrarem no concurso os crimes cometidos entre a condenação e o trânsito, estaria aberto caminho para a impunidade em muitos casos. Isto, devido ao limite intransponível da pena de 25 anos de prisão estabelecido no art. 41º e nº 1 do CP.

Em primeiro lugar, com este argumento estar-se-ia a optar por uma disciplina, que iria ser aplicada a todos os casos de concurso, assente numa eventualidade que constitui (felizmente) um nicho raro: ter havido na condenação já ocorrida a aplicação de uma pena de 25 anos de prisão. Depois, a própria eventualidade de cometimento de mais crimes, entre uma condenação a 25 anos de prisão e o seu trânsito, esbarraria com o facto de ser mais do que provável estar o arguido sujeito a medida de coacção privativa de liberdade.

Mas, sobretudo, essa suposta “impunidade” foi desejada pelo sistema ao ser estabelecido, no art. 41º, nºs 2 e 3, do CP, o limite dos 25 anos. Trata-se de uma “impunidade” que existe, sempre que o arguido for condenado, ao mesmo tempo, em penas cuja soma aritmética excede os 25 anos de prisão.

Aquilo que se pretende evitar, limitando-se os casos de concurso, não passa da decorrência a este nível do concurso de crimes, de uma opção geral de política legislativa. A qual, aliás, facilmente se percebe, se à pena se atribuírem propósitos exclusivamente preventivos.

Teremos pois que concluir pela insuficiente consistência dos argumentos que pudessem sustentar uma interpretação restritiva do art. 77º do CP, segundo a qual, quando o legislador usou a expressão “antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles” disse mais do que o que pretendia, e o que pretendia era dizer “antes da condenação por qualquer deles”.

Ora, assim sendo, a tese do acórdão recorrido implicaria uma interpretação, não restritiva, mas sim já corretiva do art. 77º, nº 1 do CP. E então, com OLIVEIRA ASCENÇÃO teríamos que convir: “*Por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete. Este capta o sentido da fonte como ele objetivamente se apresenta no momento actual, não lhe antepõe qualquer outro sentido. Razões ponderosas de segurança e de defesa contra o arbitrio alicerçam esta conclusão.*”²⁶

C—DECISÃO

Termos em que se acorda no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça em revogar o acórdão recorrido e fixar jurisprudência nos seguintes termos:

O momento temporal a ter em conta para a verificação dos pressupostos do concurso de crimes, com conhecimento superveniente, é o do trânsito em julgado da primeira condenação por qualquer dos crimes em concurso.

O acórdão recorrido deverá ser substituído por outro que aplique a jurisprudência fixada.

Sem custas, em face da procedência do recurso e por o recorrente ser o Mº Pº.

Supremo Tribunal de Justiça, 28 de Abril de 2016. — José Adriano Machado Souto de Moura (Relator) — António Pires Henriques da Graça — Raul Eduardo do Vale Raposo Borges — Isabel Celeste Alves Pais Martins (Vencida, conforme declaração que junto) — Manuel Joaquim Braz (Vencido de acordo com a declaração que junto) — Isabel Francisca Aleluia Repsina São Marcos — Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira — Nuno de Melo Gomes da Silva — Francisco Manuel Caetano — Manuel Pereira Augusto de Matos — António Pereira Madeira — José Vaz dos Santos Carvalho — Armindo dos Santos Monteiro — José António Henriques dos Santos Cabral — António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes — António Silva Henriques Gaspar (Presidente).

Declaração de Voto

No Supremo Tribunal de Justiça, tomei posição, pela primeira vez, sobre a questão objecto da presente fixação de jurisprudência, no acórdão de 01/07/2010, proferido no processo 582/07.6GELLE.S1, tendo aí (e nos que se lhe seguiram em que a questão se colocou), contando, evidentemente, com a concordância do Exm.º Adjunto, Conselheiro Manuel Braz, sustentado que o momento temporal decisivo para saber se os crimes se encontram numa relação de concurso é o da condenação e não o do trânsito em julgado da condenação.

Não obstante o respectivo sumário se mostrar transcrito no acórdão, entendo útil reafirmar os principais argumentos em que se alicerça a minha posição, nesta declaração de voto.

1. O conhecimento superveniente do concurso de crimes pressupõe, nos termos do artigo 78.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal, que, depois de uma condenação transitada em julgado, se venha a verificar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes pelos quais já tenha sido condenado, também por decisão transitada.

A condenação transitada em julgado a que o artigo 78.º, n.º 1, do Código Penal se refere é, segundo a cronologia das várias (pelo menos duas) condenações sofridas pelo mesmo arguido, aquela que ocorre em primeiro lugar, que precede as (todas as) outras.

Pressuposto de aplicação do regime de punição do concurso, por conhecimento superveniente, é que o arguido tenha praticado uma pluralidade de crimes, objecto de julgamentos autónomos em vários processos (pelo menos, dois), antes da primeira condenação por qualquer deles.

Neste sentido, é esclarecedora a discussão sobre o artigo 92.º do Projecto do Código Penal — artigo que está na origem do artigo 79.º, n.º 1, do Código Penal, na versão primitiva (do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), e a que corresponde o artigo 78.º, n.º 1, na versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e na versão actual da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Eduardo Correia começou por referir a necessidade de serem estabelecidas “regras para o caso em que, posteriormente à condenação por um crime, surge o conhecimento de que o réu praticou anteriormente outro crime”, vindo a ser aprovada por maioria a proposta de que o artigo “se aplica a todos os

crimes anteriormente praticados pelo delinquente, mesmo quando por eles já tinha sido julgado”²⁷.

2. Como o acórdão dá conta, a questão que muito se discute é a de saber qual o momento temporal a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão.

Para uns, o momento temporal decisivo é o da condenação (que ocorreu primeiro, segundo a cronologia das várias condenações), para outros, esse momento é o do trânsito em julgado (que ocorreu primeiro, segundo a cronologia dos trânsitos das várias condenações) da condenação.

3. Em meu entender devem distinguir-se dois momentos temporais: o momento em que é admissível o conhecimento superveniente do concurso de crimes e o momento a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão.

O n.º 2 do artigo 78.º do Código Penal, na redacção da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, estabelecendo que a norma do n.º 1 do preceito “só é aplicável aos crimes cuja condenação transitou em julgado”, não deixa dúvidas de que, para ser admissível o conhecimento superveniente do concurso, é determinante o trânsito em julgado das condenações.

O que bem se compreende, na medida em que só depois do trânsito em julgado de uma decisão condenatória é que os factos apurados e a pena aplicada, nessa decisão, ganham o carácter de certeza de questões definitivamente decididas susceptíveis de serem atendidas noutra sentença²⁸ em que vão ser considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do arguido (artigo 77.º, n.º 1, do Código Penal) e determinada a pena conjunta no quadro da moldura abstracta formada pelas penas já aplicadas, segundo as regras do n.º 2 do artigo 77.º do Código Penal.

4. Já o momento a que se deve atender para resolver a questão de saber se os crimes se encontram numa relação de concurso ou de sucessão não é o do trânsito em julgado da primeira condenação mas aquele em que a condenação foi proferida.

O momento a partir do qual os crimes não estão numa relação de concurso, para efeitos de cúmulo jurídico de penas, fixa-se com a data da prolação da primeira condenação.

Do teor literal do n.º 1 do artigo 78.º não se extraem argumentos que contrariem esta interpretação, antes pelo contrário. A norma reclama o trânsito em julgado da condenação (para que seja admissível o conhecimento superveniente do concurso) mas não que o crime tenha sido praticado antes do trânsito dessa condenação mas, singelamente, antes da condenação (para que se verifiquem os pressupostos do concurso).

Os elementos sistemático, histórico e teleológico favorecem também esta interpretação.

Apesar de a redacção do n.º 1 artigo 77.º (“quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles”) não ser a mais clara, a norma abrange os casos em que alguém tenha praticado diversos crimes e seja julgado por todos eles no mesmo processo, ou seja, o seu âmbito de aplicação é o concurso de crimes conhecido e julgado no mesmo processo.

Seria esta a situação regra, na vigência do Código de Processo Penal de 1929, imposta pela norma de conexão subjectiva, no caso de acumulação de infracções, contida no artigo 55.º, em razão da qual se impunha o julgamento conjunto das infracções cometidas pelo mesmo agente,

devido, no caso de terem sido instaurados diversos processos, todos serem apensados àquele a que respeitasse a infracção mais grave, para julgamento conjunto.

Ora, como antes vimos, a génese do artigo 78.º prende-se, justamente, com a solução daqueles casos em que, posteriormente à condenação por um crime, surge o conhecimento de que o réu praticou anteriormente a essa condenação outro crime. Ou seja, casos em que num julgamento não havia conhecimento da pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente de modo a ser possível que a condenação tivesse em conta todos eles aplicando uma pena conjunta. Devendo recordar-se que foi, então, discutido se a norma poderia ir “contra sentenças com força de caso julgado”, sendo aprovada por maioria a proposta de o artigo se aplicar “a todos os crimes anteriormente praticados pelo delinquente mesmo quando por eles já tenha sido julgado”²⁹.

O entendimento de que o(s) crime(s) cometido(s) no período que medeia entre uma condenação e o seu trânsito em julgado conforma(m) uma relação de concurso de crimes com o crime que foi objecto dessa primeira condenação é não só desprovida de justificação racional ou fundamento material bastante como desrespeita a teleologia própria do concurso de crimes.

A prolação de uma condenação constitui, por si mesma, uma advertência ao arguido. A prática de um novo crime, no período que medeia entre a data da condenação e a data do seu trânsito em julgado, significa um desrespeito ou uma indiferença relativamente a essa advertência que não justifica que ao arguido seja conferido o benefício de não cumprir sucessivamente a pena pelo novo crime. Ou seja, que esse arguido venha a ter, no plano das consequências jurídicas do novo crime, e não obstante a condenação já sofrida, um tratamento mais benévolo do que aquele outro arguido que antes da prática dum crime não tivesse cometido qualquer outro crime. Este último cumprirá a pena pelo crime. Aquele beneficiaria de uma pena conjunta que englobaria as penas pelos dois crimes resultado que, por regra, se revelará bem mais favorável do que o cumprimento sucessivo das duas penas. Solução materialmente injusta e desrazoável.

Se se considerar a hipótese de nessa primeira condenação ser aplicada a pena máxima ou uma pena próxima da pena máxima e se se ponderar a possibilidade, bem real, de decorrerem vários anos até que essa condenação transite em julgado (esgotamento de todos os graus de recurso ordinário, pedidos de esclarecimento e arguição de nulidades das decisões das várias instâncias, recurso para o Tribunal Constitucional), torna-se patente que a solução de atender ao trânsito em julgado da condenação como o momento determinante para se afirmar a relação de concurso de crimes é numa perspectiva de política criminal e de defesa do ordenamento jurídico indesejável e injustificada. Conferir-se-ia a esse arguido um espaço de “impunidade” por todos os crimes que viesse a cometer entre a primeira condenação e o seu trânsito em julgado³⁰.

5. Em favor desta posição, releva, ainda, no plano adjectivo, a norma do n.º 2 do artigo 471.º do CPP e a interpretação que dela tem sido feita pela jurisprudência, mormente deste Tribunal. O tribunal competente para o conhecimento superveniente do concurso é o tribunal da última condenação (e não o tribunal da condenação que por último transitou em julgado) como literalmente resulta do preceito.

Antes de a norma ser introduzida, pelo Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro, já a jurisprudência sustentava que o tribunal competente para o cúmulo, no caso de conhecimento superveniente do concurso, era o tribunal da última condenação a ser proferida em 1.ª instância e não o tribunal da última condenação a transitar, sendo, por isso, de presumir que o legislador conhecia a questão e quis consagrar a solução que a jurisprudência vinha dando à mesma.

Daí que, numa visão integrada do direito adjectivo e substantivo, não seja congruente sustentar, por um lado, que o tribunal competente para o cúmulo é o da última condenação em 1.ª instância e, por outro, que o momento temporal intransponível para a existência do concurso de crimes seja o trânsito em julgado das condenações³¹.

Isabel Pais Martins

Declaração de voto:

Formou-se maioria no sentido de que o momento determinante para a verificação do concurso de crimes é o do trânsito em julgado da decisão condenatória, e não o da sua prolação, havendo assim concurso entre dois crimes praticados pelo mesmo agente se um for cometido anteriormente ao trânsito em julgado da decisão que o condene por outro, ainda que após a prolação dessa condenação.

Entendo não ser essa a melhor solução, como escrevi no acórdão deste Supremo Tribunal de 06/03/2014, *processo n.º 1088/10.1GAVNF.P1.S1*, da 5.ª secção, do qual fui relator, e nas declarações de voto juntas aos acórdãos de 12/06/2014, *CJ, acs. STJ, 2014, II, 217*, de 03/03/2016, *processo n.º 572/12.7PRPT.P1.S1*, e de 17/03/2016, *processo n.º 7846/11.2TAVNG-B.S1*, estes, como o primeiro, disponíveis em www.dgsi.pt.

As regras relativas ao concurso de crimes estão previstas nos artigos 77.º e 78.º do Código Penal.

Estabelece o n.º 1 do artigo 77.º: «Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa pena única».

E o n.º 1 do artigo 78.º: «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».

A primeira norma refere-se à situação em que os vários crimes em concurso são julgados em simultâneo, no mesmo processo. Não é concebível, à luz dessa disposição, outra situação. Nomeadamente, estando um agente a ser julgado por um crime, não é admissível que na decisão condenatória que venha a ser proferida se realize o cúmulo jurídico da pena aplicada por esse crime com a pena aplicada ao mesmo agente por outro crime julgado noutro processo por decisão ainda não transitada em julgado.

Efectivamente, um tal procedimento só propiciaria a incerteza e a confusão, quando um dos fins do processo, como assinala Figueiredo Dias, é “tornar seguro e estável o direito declarado” (*Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, 1974, página 49). Basta considerar que a condenação não transitada em julgado do outro processo podia ser impugnada, designadamente por meio de recurso, e, por essa via, invalidada, revogada ou alterada. E até poderia acontecer que fosse impugnada, com sucesso, a condenação proferida no outro processo e não o fosse a que houvesse operado o cúmulo.

Além disso, na operação de cúmulo jurídico ou de determinação da pena do concurso as várias condutas criminosas

são consideradas no seu conjunto, em ordem a encontrar a medida da sua gravidade global e avaliar a personalidade do agente que nelas se revela. Sendo os vários crimes em concurso julgados simultaneamente no mesmo processo não se coloca qualquer problema a respeito dessa consideração global dos factos. Mas, não o sendo, não se vê como poderia fazer-se a apreciação de todos os factos no seu conjunto, se a apreciação de alguns ainda estivesse pendente noutro processo.

A pena aplicada num processo só pode, assim, ser englobada em cúmulo realizado noutro quando esteja estabilizada, em função do trânsito em julgado da respectiva decisão, como aliás decorre do n.º 2 do artigo 78.º.

Se, pelas razões apontadas, o n.º 1 do artigo 77.º se refere às situações em que dois ou mais crimes são julgados simultaneamente, no mesmo processo, tem pouco sentido o uso do inciso «antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles». Se são julgados na mesma altura, não pode então haver condenação transitada em julgado por qualquer deles. Deve por isso entender-se, numa interpretação restritiva, que a situação contemplada na norma é a de o agente haver praticado vários crimes sem que haja sido proferida decisão condenatória por qualquer deles.

A segunda norma – o artigo 78.º, n.º 1 –, tendo em vista a situação em que os crimes em concurso são julgados em momentos e processos diversos, só posteriormente sendo conhecido o concurso, não estabelece um diferente critério de determinação do concurso de crimes. Nem podia estabelecer, sem violação do princípio da igualdade, por se estar perante situações substancialmente iguais. A diferença está apenas no momento do conhecimento do concurso.

A disposição refere-se a crime cometido anteriormente à condenação por outro crime; não a crime cometido anteriormente ao trânsito em julgado da condenação por outro crime: «Se...se mostrar que o agente praticou, anteriormente àquela condenação, outro ou outros crimes». Menciona-se o trânsito em julgado da condenação, mas apenas como referência ao momento do conhecimento do concurso.

E de facto, se o que distingue a situação referida no artigo 77.º, n.º 1, da prevista no artigo 78.º, n.º 1, é o momento em que o tribunal toma conhecimento do concurso, o que há a fazer no caso do conhecimento superveniente é recuperar a situação que se verificaria se todos os crimes houvessem sido julgados logo no primeiro momento em que isso poderia acontecer, e deveria acontecer, no caso de estarem reunidas as necessárias condições processuais. Esse primeiro momento é, como parece óbvio, aquele em que foi proferida a primeira condenação, nenhum relevo tendo nesse plano a data do seu trânsito em julgado.

Vale neste ponto a lição de Figueiredo Dias:

«É necessário (...) que o crime de que haja só agora conhecimento tenha sido praticado antes da condenação anteriormente proferida, de tal forma que esta deveria tê-lo tomado em conta, para efeito da pena conjunta, se dele tivesse tido conhecimento. Momento temporal decisivo para a questão de saber se o crime agora conhecido foi ou não anterior à condenação é o momento em que esta foi proferida – e em que o tribunal teria ainda podido condenar numa pena conjunta –, não o do seu trânsito em julgado» (*Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, página 293).

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em acórdãos de 17/01/2002, *CJ, acs. STJ, 2002, I, 180*, e de 01/07/2010, proferido no processo 582/07.6GELLE,

da 5ª secção, para além do já acima referido acórdão de 06/03/2014. E pronunciam-se Paulo Pinto de Albuquerque, em *Comentário do Código Penal*, 3ª edição actualizada, página 380, Maria João Antunes, em *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, 2010-2011, pág. 44; M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, em *Código Penal, Parte geral e especial, Com Notas e Comentários*, Almedina, página 391; e Vera Lúcia Raposo, em *RPCC, ano 13*, páginas 583 e seguintes. Com razão, esta última autora encontra justificação para a solução que defende na necessidade de não deixar em aberto espaços de impunidade e na desconsideração por parte do agente da condenação já pronunciada contra si:

«(...) o agente que tivesse sido condenado na pena máxima (ou próximo da pena máxima) saberia que, entre o momento da condenação e o momento do trânsito em julgado, poderia perpetrar os crimes que lhe aproovesse, já que nunca a sua punição excederia o montante que lhe tivesse sido aplicado na primeira pena.

Por outro lado, ao cometer crimes após uma condenação judicial, o arguido manifesta maior desconsideração para com a ordem jurídica do que nos casos de inexistência de condenação prévia. Embora a mera condenação não configure a solene advertência que só o trânsito em julgado pode representar (e que distingue a figura da reincidência), tal condenação assinala necessariamente um qualquer tipo de advertência (ainda que susceptível de ulterior modificação em sede de recurso). Este comportamento desrespeitoso do arguido deverá denegar-lhe a condenação em pena única conjunta quanto aos vários crimes em jogo, resultado que, em regra, se revelaria mais favorável do que o cumprimento sucessivo de penas. Ainda que não seja aplicável o instituto da reincidência, por carência de pressupostos, não é despendida a existência de uma condenação anterior. Esta poderá não ser suficiente para fundar o juízo de censura agravada típico da reincidência, mas é certamente suficiente para afastar o “benefício” que geralmente o concurso de crimes apresenta face ao cumprimento sucessivo de penas».

Manuel Braz

¹ Cf. EDUARDO CORREIA in “Direito Criminal”, Almedina, 1971, II vol. pág. 216 e segs.

² Cf. “Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código penal”, Parte Geral, pág.157, edição da Associação Académica de Lisboa.

Se este artº 92º do Projeto remetia para o artigo anterior, que era o art. 91º, aí se dizia no corpo do artigo tão só “Quando alguém tiver praticado vários crimes será punível na moldura de uma pena que tem como limite superior a soma das que correspondem a cada crime, sem que porém possa ultrapassar o seu máximo legal”. Esta a disciplina correspondente, embora noutros termos, ao que passou a constar do nº 2, primeiro do art. 78º e depois do atual art. 77º, do CP de 1982.

³ In “Direito Penal Português – Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime”, Editorial Notícias, 1993, com reimpressão da Coimbra Editora de 2005, pág. 293, na defesa da tese mais restritiva.

⁴ In “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3ª edição, 2015, Univ. Cat. Port., pág. 380.

⁵ In “Revista Portuguesa de Ciência Criminal” (RPCC) 13 (2003), pág. 597.

⁶ In *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, 1.ª Edição, 2014, pág. 59, na 2ª edição, de 2015, a pág. 68.

⁷ Todos os acórdãos do STJ citados a cuja proveniência não se alude expressamente estão disponíveis em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisps-sumarios/criminal>.

⁸ Cf. *Colectânea de Jurisprudência*, STJ, 2002, tomo 1, pág.180.

⁹ Todos os acórdãos das Relações citados a cuja proveniência não se alude expressamente estão disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁰ In “Lições de Direito Penal”, Verbo, 2ª ed. 1989, pág. 153.

¹¹ In “Lições de Direito Penal”, Verbo, 2ª ed. 1989, pág. 165.

¹² In “Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime”, Editorial Verbo, 1998, pág. 313.

¹³ In “Direito Penal Português, Parte Geral III, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança”, Editorial Verbo, 1999, pág. 164. A mesma posição se reitera no seu “Direito Penal Português – Teoria do Crime”, Universidade Católica Editora, 2012, pág. 421.

¹⁴ In “Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português”, Universidade Católica Editora, 2005, pág. 1243.

¹⁵ In “Concurso de penas – Estudos Sobre o Conceito de Concurso de Penas e os Pressupostos e Requisitos para a Realização do Cúmulo Jurídico de Penas no Código Penal Português”, Coimbra Editora, 1997, pág. 44 a 46. Cf. no mesmo sentido e já anteriormente, “O concurso de Penas”, in “Revista do Ministério Público”, Ano 16º, JULHO/SETEMBRO 1995, nº 63, pág. 39.

¹⁶ In “Medida da Pena – Finalidades, Escolha – Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência”, Coimbra Editora, 2011, pág. 323.

¹⁷ In “Código Penal Português – Anotado e comentado”, 18.ª Edição, 2007, Almedina, pág. 294.

¹⁸ In “O cúmulo jurídico na doutrina e na jurisprudência do STJ”, revista “Julgar”, n.º 21, Coimbra Editora, p. 171 e ss.

¹⁹ Todos os acórdãos do STJ citados a cuja proveniência não se alude expressamente estão disponíveis em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisps-sumarios/criminal>.

²⁰ Expressão eliminada, como se viu, em 2007.

²¹ Publicado in DR, II, n.º 147, de 28/6/2002.

²² In “Tratado de Derecho Penal – Parte General”, Comares, 5ª edição, 2002, pág. 783.

²³ Para além, evidentemente, das regras estritamente processuais de competência por conexão dos art.s 24º e seg.s do Código de Processo Penal (CPP) ou da determinação da competência para o julgamento do concurso superveniente do art. 471º, nº 2 do CPP.

²⁴ No mesmo sentido Cf. GONÇALVES DA COSTA in “A Parte Geral no Projeto de Reforma do Código Penal Português”- RPCC, 3, 1993, pág. 383, nota 122.

²⁵ Cf. supra, 3.2.1. d).

²⁶ In “O Direito, Introdução e Teoria Geral”, Almedina, 13ª edição, 2005, pág. 427.

²⁷ Cfr. Acta da 28.ª Sessão, de 14 de Abril de 1964, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, edição da Associação Académica de Lisboa, Parte Geral, II volume, pp. 158 e 161.

²⁸ Como afirma PAULO DA MESQUITA, *O Concurso de Penas*, Coimbra Editora, 1997, pp. 41 e ss., especialmente p. 67, nota 91: “Os elementos facto-pena só se tornam questões decididas depois do trânsito em julgado da decisão relativa aos mesmos”.

²⁹ *Actas cit.*

³⁰ As mesmas objecções são levantadas por VERA LÚCIA RAPOSO, «Cúmulo por arrastamento», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2003, p. 583 e ss.

³¹ De acordo com a posição que sustenta, PAULO DA MESQUITA, defende que a norma do n.º 2 do artigo 471.º do CPP deve ser interpretada no sentido de que o tribunal competente para o cúmulo jurídico é o da última condenação transitada em julgado (*ob.cit.*, p. 54-55)