

CONHECIMENTO SUPERVENIENTE DO CONCURSO
E REVOGAÇÃO DE PENAS DE SUBSTITUIÇÃO

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE 3 DE JULHO DE 2003 ⁽¹⁾

1. Os Factos

1.1. Assumidamente ⁽²⁾ adicta (ou consumidora) de substâncias psicoactivas proibidas ("heroína" e "cocaína") desde há vários anos — razão de ser dos judicialmente reconhecidos comportamentos criminais de roubo objecto das sucessivas condenações (a penas de prisão com execução suspensa) —, a arguida ⁽³⁾ submeteu-se a frequência de programa de desintoxicação/desabituagem adictiva, na comunidade terapêutica "O Lugar da ...", sita em Rua Alto do Grelhal, Setúbal: de 23-10-2000 a 19-01-2001, data em que foi excluída (e retomou o consumo de drogas); de 09-03-2001 a 25-11-2001, data em que abandonou o tratamento sua vontade; na actualidade, desde 14-05-2002.

1.2. Por acórdão de 01-03-95, proferido no âmbito do comum colectivo 30/94-1 da 5.ª Vara Criminal de Lisboa, a arguida, pela comissão em 19-06-92 de um crime de roubo, foi condenada na pena de 1 ano e 10 meses de prisão, de que foi declarado perdoado 1 ano, e o remanescente substituído por multa.

1.3. Por sentença de 30-10-95, proferida no comum singular 216/94-3 do 2.º Juízo Criminal de Lisboa, foi condenada, pela comissão em 25-09-92 de um

⁽¹⁾ Proc. n.º 03P2153, in: www.dssi.pt.

⁽²⁾ Nos diversos julgamentos a que já foi sujeita, designadamente no âmbito deste processo e do n.º 14/01 (nujpe 2320/00 SPUL/SB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa — cfr. certidões dos respectivos actos decisórios, de fls. 173/177 e 245/257.

⁽³⁾ Nascida em 02 de Março de 1973.

crime de roubo, na pena de 1 ano e 8 meses de prisão suspensa por 3 anos (e declarada extinta em 12-01-99 — fls. 90).

1.4. Por acórdão de 11-03-96, proferido no âmbito do Proc. Comum (Coletivo) n.º 256/95, da 1.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa, pela comissão em 02-05-94 de um crime de roubo, na pena de 2 anos de prisão suspensa por 3 anos (e declarada extinta por despacho de 29-06-99 — fls. 91).

1.5. Por acórdão de 05-06-96, proferido no comum colectivo 369/94.4PJLSB, da 1.ª Secção da 1.ª Vara Criminal de Lisboa, pela comissão em 28-03-94 de um crime de roubo, foi condenada na pena de 1 ano e 10 meses de prisão, declarada suspensa na respectiva execução pelo período de 3 anos (e declarada extinta em 17-09-99 — fls. 92).

1.6. Por acórdão de 18-04-2001, proferido no âmbito do comum colectivo 14/01 (nuipc 2320/00.5PJLSB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa, foi definida a pena conjunta de 3 anos de prisão suspensa na respectiva execução pelo período de 5 anos, pela comissão: em 09-09-2000, de um crime de roubo (pena de 1 ano e 6 meses de prisão); em 04-10-2000, de outro crime de roubo (pena de 1 ano e 6 meses de prisão); em 10-10-2000, de mais um crime de roubo (pena de 1 ano e 6 meses de prisão).

1.7. Finalmente, por acórdão de 20-04-2001, proferido no âmbito deste comum colectivo 647/2000 (1949/99.7PTLSB), da 3.ª Secção da 1.ª Vara Criminal de Lisboa, foi condenada, pelo cometimento em 04-11-99 ⁽⁴⁾ de um crime de roubo tentado, na pena efectiva de 1 ano e 8 meses de prisão (que, por acórdão do S.T.J. de 23-01-2002, voltou a ser — isoladamente considerada — suspensa na respectiva execução, mas condicionadamente, por 5 anos).

2. A Decisão Cumulatória

Em 05-07-2002, a 1.ª Vara Criminal de Lisboa condenou A — em razão da unificação em cúmulo jurídico das reacções penais cominadas no processo n.º 14/01 (nuipc 2320/00.5PJLSB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal, e neste mesmo, 1949/99.7PTLSB, da 3.ª Secção da 1.ª Vara Criminal de Lisboa — na pena conjunta de 03 anos e 10 meses de prisão:

As infracções criminais conhecidas no âmbito do Proc. Comum (Colectivo) n.º 14/01 (nuipc 2320/00.5PJLSB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa e deste mesmo (nuipc 1949/99.7PTLSB), da 3.ª Secção da 1.ª Vara Criminal, re-

⁽⁴⁾ Devida entre 4 e 5 de Novembro de 1999 (data em que foi libertada — sob TTR e apresentações dia sim dia não ao OPC — «uma vez que trabalha e terá fido um interregno na actividade criminosa de cinco anos»).

ridas sob os itens 5 e 6 da anterior parte II-A.I, porque cometidas antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer delas, formam, entre si, acumulação ou concurso jurídico efectivo, pelo que haverá que unificar as respectivas penas, ainda não cumpridas ou extintas, em cúmulo jurídico, por forma ao encontro e fixação de pena conjunta ou unitária, no âmbito deste processo da última condenação (v. arts. 30.º, n.º 1; 77.º, n.º 1 e 2; e 78.º, n.º 1 e 2, do C. Penal, na redacção decorrente do art. 1.º do Decreto-Lei, n.º 48/95, de 15 de Março; e art. 471.º, n.º 2, do C. P. Penal). Tal reacção penal/punitiva conjunta (ou unitária) a cominar à referida cidadã — a localizar entre o limite mínimo de 1 ano e 8 meses de prisão (pena parcelar mais elevada) e o máximo de 6 anos e 2 meses de prisão (equivalente à adição das quatro referidas reacções penais concretas em confronto (cf. art. 77.º, n.º 2 e 3, do C. Penal — há-de reunir adequação bastante ao triplo desiderato legal de reprovação dos conhecidos comportamentos delitivos da cidadã-arguida, (em cada um dos identificados processos), de pessoal sensibilização para o acatamento futuro das regras e valores de regular convívio em sociedade, (prevenção especial), e de prevenção geral da criminalidade, pelo exemplo e reforço da confiança da comunidade que da condenação tome conhecimento no funcionamento do direito e das instituições, maxime judiciais (cf. arts. 40.º, n.º 1; 71.º, n.º 1; e 77.º, n.º 1, do citado C. Penal). Com tais premissas, haverá que ser individualizada ainda em função da sua culpa, da valoração global de todos os elementos factuais de cariz objectivo coligidos e da própria personalidade/carácter (cf. citados normativos). Indubitavelmente, no caso, realça-se forte necessidade reprovativa e preventiva — especial e geral. A realização pela identificada cidadã dos ilícitos actos judicialmente conhecidos, e ora em consideração, é por demais demonstrante de propensão criminógena e de alheamento pessoal dos fundamentais normativos legais de tutela das regras convencionais padronizadas no país, ou seja, do direito basilar vigente. Como claramente decorre do acervo factual recolhido em cada um dos referidos arrestos condenatórios, o referido sujeito, pessoa de normal capacidade de entendimento dos valores fundamentais e das regras de conduta convencionais basilares instituídas no país, que a liberdade pessoal de todos, e a sua própria limitam, escolheu (determinou-se a) postura vivencial aditiva e imprudativa e a ilícita realização de egoísticos interesses pessoais, em detrimento dos de terceiros, revelando, pois, de há muito — pelo menos desde 1992 — acentuado desajustamento aos padrões de convivialidade social e propensão delitiva, designadamente contra o património/propriedade e liberdade alheia, a aferir pela sua já vasta e preocupante vivência delitiva (judicialmente reconhecida), índole marginal e irresponsabilidade. Empírica e manifestamente, desrespeitou, (não pôde ou não quis aproveitar), as várias/sucessivas oportunidades regenerativas em liberdade lhe foram concedidas pelo instituto da suspensão da execução da pena, retomando mesmo os hábitos adictivos de substâncias psicoactivas depois das

decisões proferidas neste processo e no n.º 14/01 (nuipe 2320/00.SPULSB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara, na sequência de abandono voluntário de projecto terapêutico (cfr. itens 1.2 e 2, de II-A.II). A sua potencial perigosidade é, pois, evidente. Impõe-se a correcção do individual carácter, procura de inversão de tal aptidão aditiva e criminígena, a ela potencial e estreitamente associada, e de indução à futura observância da disciplina societária normativa e inibição delictiva, desiderato que — em função do ensinamento comum e profissional dos operadores do direito (e, quiçá, da justiça!) — apenas se logrará alcançar por recurso às únicas medidas do sistema punitivo vigente com suficiente força dissuasória, de natureza detentiva. Assim, tendo presentes os demais critérios definidos no normativo 77.º, n.º 2, do C. Penal, e tudo o mais ponderando, entende este tribunal como adequada à salvaguarda das finalidades penais de reprobvação, prevenção especial e geral da criminalidade, maxime da mesma natureza, e proporcionais à respectiva culpa, a cominação à identificada cidadã da pena conjuntal/unitária de 03 anos e 10 meses de prisão.

3. O Recurso

3.1. Insatisfeita, a arguida recorreu aos 16-09-2002 ao STT, pedindo a redução da pena à de «3 anos de prisão suspensa por cinco anos»:

A sentença violou o disposto no n.º 1 do art. 40.º do C. Penal ao considerar a aplicação de pena de prisão efectiva (três anos e dez meses) como a única adequada à protecção de bens jurídicos e à reintegração da recorrente na sociedade. A recorrente entende que no seu caso concreto, em que se encontra numa situação similar a uma detenção privativa da liberdade uma vez que se encontra numa situação de internamento onde segue um modelo de programa de reintegração na sociedade que seguramente não lhe será proporcionado na prisão e onde a protecção de bens jurídicos de terceiros é igualmente assegurada devido à sua condição de internada, o correcto sentido na aplicação da norma acima citada deveria ter passado pela aplicação de medida de pena de prisão que permitisse a sua suspensão por forma a permitir a continuação do processo de reintegração iniciado que tem conseguido garantir a concretização dos dois objectivos prosseguidos pelo legislador penal. Por outro lado, a suspensão da pena de prisão aplicada, não provocaria uma linha de fractura com todas as sentenças proferidas pelos outros tribunais (4.ª Vara Criminal de Lisboa, 2.ª Secção, proc. n.º 14/01; S.T.J. Proc. 2765/01-3, acórdão de 23-01-2002 e 7.ª Vara Criminal de Lisboa, 1.ª Secção, proc. 775/01), que foram unânimes na aplicação do instituto da suspensão da pena como medida adequada e suficiente. De igual modo a sentença é violadora do disposto no n.º 1 do art. 71.º do C. Penal, pois ao determinar a medida da pena considerou que apenas uma medida de pena de prisão que não admitisse a sua suspensão era a ade-

quada em função da culpa da recorrente e das exigências de prevenção. A recorrente entende que a sentença não deveria ter considerado como única medida da pena adequada a pena de prisão efectiva, devendo antes ter considerado adequada uma medida da pena que permitisse a sua suspensão, pois a determinação de tal medida sendo feita em função da culpa da recorrente seria igualmente feita em função das exigências de prevenção o que tem vindo a ser conseguido. Deste modo a sentença cumpriria o disposto no normativo acima referido e permitiria a concretização do enunciado no n.º 1 do art. 40.º do C. Penal. Finalmente, a sentença vai contra o disposto na 2.ª parte do n.º 1 do art. 77.º do C. Penal ao fazer uma incorrecta apreciação dos factos e da personalidade da recorrente. Os factos são apresentados como simples factos isolados das motivações que lhe deram origem por forma a evidenciarem uma personalidade desajustada de comportamentos sociais e com forte propensão delictuosa. A sentença não apreciou as motivações dos factos que invocou e não valorou correctamente os comportamentos de arrendimento de persistência e vontade de recuperação e de reinserção na sociedade manifestada pela recorrente. A sentença deveria ter avaliado conjuntamente os factos e a personalidade da recorrente manifestada durante o processo de recuperação e reinserção social e concluído que a aplicação de uma medida de pena de prisão que viabilizasse a sua suspensão seria a mais adequada e conforme à aplicação do disposto no normativo acima referido. Assim, considera a recorrente que a sentença não aplicou correctamente as disposições contidas nos n.ºs 1 dos arts. 40.º, 71.º e 77.º do C. Penal.

3.2. O Ministério Público, na sua resposta de 10-10-2002, entendeu dever ser «negado provimento ao recurso»:

Como está bem de ver, o tribunal terá que, desde logo, encontrar a pena justa que ao caso caiba de entre os critérios decorrentes da lei — arts. 70.º a 73.º e 77.º do C. Penal. Desejada aquela e caso não se trate de pena de prisão superior a 3 anos, o tribunal ponderará, com recurso ao disposto no art. 50.º do C. Penal, se é, ou não, de suspender a sua execução. Naturalmente que, caso a pena seja superior a 3 anos de prisão, inútil, porque impossível, será a consideração de tal hipótese. No caso em apreço, embora invocando uma pretensa e genérica violação dos critérios contidos nos arts. 71.º e 77.º, do C. Penal, não se concretiza em que aspectos, quer atendidos quer não atendidos, tal violação se verificou. Ainda quando o faz — ao referir que "a sentença deveria ter avaliado conjuntamente os factos e a personalidade da recorrente manifestada durante o processo de recuperação e reinserção social" — omite que o acórdão avaliou exaustivamente todo o percurso de vida da arguida, sem deixar de pôr ênfase nas suas sucessivas recaídas, no abandono voluntário de tratamento a que se sujeitara, da indiferença com que enfrentou a censura e ameaça de pena em que foi condenada e cujas execuções foram suspensas. Daí que, o que verdadeiramente está em causa, no presente

recurso, seja a correcção no doseamento da pena — a qual, no nosso entender, foi proporcionada e ajustada —, e não o problema da suspensão da respectiva execução, inaplicável em função da pena aplicada.

(...)

5. O Concurso

5.1. Por acórdão de 18-04-2001, proferido no âmbito do comum colectivo 14/01 (nuipc 2320/00,SPULSB), da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa, a arguida foi condenada, em pena de prisão suspensa (por 5 anos), pela comissão: em 09-09-2000, de um crime de roubo (pena parcelar de 1 ano e 6 meses de prisão); em 04-10-2000, de um crime de roubo (pena parcelar de 1 ano e 6 meses de prisão); em 10-10-2000, de um crime de roubo (pena parcelar de 1 ano e 6 meses de prisão).

5.2. E, por acórdão (do Supremo Tribunal de Justiça) de 23-01-2002, proferido — em recurso — no âmbito deste comum colectivo 647/00 (1949/99,7PTLSB), da 3.ª Secção da 1.ª Vara Criminal de Lisboa, foi condenada, pelo cometimento em 04-11-99 em um crime de roubo tentado, na pena de 1 ano e 8 meses de prisão suspensa (por 5 anos).

5.3. Os crimes — porque praticados pelo mesmo agente antes de condenado por qualquer deles — «concorrem» entre si e, por isso, há-de-lhes caber «uma única pena» (art. 77.º, n.º 1, do C. Penal), a tanto se não opondo tanto a «suspensão» que coube ao conjunto dos três últimos crimes (os julgados em primeiro lugar) como a «suspensão» que veio igualmente a caber ao crime julgado em último lugar (aliás, o mais antigo do concurso).

5.4. Desde logo, porque — 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 da punição do concurso (art. 78.º, n.º 1, do C. Penal).

5.5. E depois porque — sendo certo que, nas condenações parcelares, nada se opõe, «em princípio», «a que o tribunal considere que qualquer das penas parcelares de prisão deva ser substituída, se legalmente possível, por uma pena não detentiva (i. e., de suspensão da execução)» — «não pode, no entanto, recusar-se», em caso de «conhecimento superveniente do concurso», «a valoriação pelo tribunal da situação de concurso de crimes, a fim de determinar se a aplicação de uma pena de substituição ainda se justifica do ponto de vista das exigências de prevenção, nomeadamente da prevenção especial» (5).

(5) Figueiredo Dias, *ob. cit.*, § 409.

5.6. É que, «sabendo-se que a pena que vai ser efectivamente aplicada não é a pena parcelar, mas a pena conjunta, torna-se claro que só relativamente a esta tem sentido pôr a questão da sua substituição» (6).

5.7. Daí que, quanto às penas parcelares, «a pena de prisão não deva, em princípio, ser substituída por uma pena não detentiva» (7).

5.8. Mas, se — como aqui — o tiver sido, «torna-se evidente que para efeito de formação da pena conjunta relevará a medida da prisão concretamente determinada» (ainda que «porventura tenha sido substituída») (8).

5.9. E, só depois de «determinada a pena conjunta», é que, «sendo de prisão», «o tribunal decidirá se ela pode ser legalmente e deve político-criminalmente ser substituída por pena não detentiva» (9).

5.10. Donde que a provisoriedade da substituição das penas parcelares obsta, de si, à invocação, contra a unificação destas, do «trânsito em julgado» da «substituição» eventualmente operada em alguma das condenações avulsas.

5.11. E assim porque tal «substituição» deve entender-se, sempre, resolutiveamente condicionada ao «conhecimento superveniente do concurso» (10).

6. A Pena Conjunta

6.1. A (ora requerida) substituição da pena de prisão por pena de substituição (designadamente a de «suspensão») (11) pressupõe, em caso de concurso criminoso, a unificação das respectivas penas parcelares.

6.2. Ora, a arguida, quando respondeu na 1.ª Vara Criminal de Lisboa (por crime de 04-09-99), havia praticado, entretanto (mais precisamente, em 4-9, 4-10 e 10-10-2000), outros crimes.

6.3. Assim, e justamente porque — entre 04-11-99 e 10-10-2000 — praticou vários crimes, só tendo vindo a ser condenada, por cada um deles, depois do cometimento do último, haverá que condená-la «numa única pena» (art. 77.º, n.º 1,

(6) *Ibidem*.

(7) A. e *ob. cit.*, § 419.

(8) *Ibidem*.

(9) *Ibidem*.

(10) *Cfr.*, no mesmo sentido, o acórdão 4097/02-5 do Supremo Tribunal de Justiça, da lavra do mesmo relator.

(11) «A suspensão da execução da prisão não representa um simples incidente, ou mesmo só uma modificação da execução da pena, mas uma pena autónoma e portanto, na sua aceção mais estrita e exigente, uma pena de substituição» (Figueiredo Dias, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, 1993, § 511).

do C. Penal), «adicionando-se», à maior das penas parcelares (1,67 anos), uma fracção do somatório (4,5 anos) das demais.

6.4. Para determinar essa «fracção», haverá que considerar, em conjunto (art. 77.º, n.º 1), os factos (todos eles de roubo, consumado ou tentado, decorrentes de uma já antiga e entranhada adicção da autora ao consumo de substâncias psicoactivas proibidas: "heroína" e "cocaína") e a personalidade da agente (que, reconhecendo a sua adicção e dela se pretendendo libertar, já se submeteu a vários programas de desintoxicação/desabilitação adictiva na comunidade terapêutica "O Lugar da ...", em Setúbal: o primeiro, de 23-10-2000 a 19-01-2001, data em que foi excluída e retomou o consumo de drogas; o segundo, de 09-03-2001 a 25-11-2001, data em que abandonou o tratamento, e, o mais recente, desde 14-05-2002).

6.5. Como é sabido, «tudo deve passar-se com se o conjunto dos factos fornecesse a gravidade do ilícito global perpetrado, sendo decisiva para a sua avaliação a conexão e o tipo de conexão que entre os factos concorrentes se verificou»⁽¹²⁾ — e, no caso, todos os «roubos» da recorrente foram determinados pela compulsão da ora recorrente, enquanto consumidora adicta de cocaína e heroína, a obter meios de angariar droga para seu próprio consumo — ao mesmo tempo que «na avaliação da personalidade (unitária) do agente relevará, sobretudo, a questão de saber se o conjunto dos factos é reconduzível a uma tendência (ou eventualmente mesmo a uma «carreira») criminosa, ou tão só a uma plurioccasionalidade que não radica na personalidade» (só na primeiro hipótese, que não é prioritariamente a do caso, sendo de atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta)⁽¹³⁾.

6.6. Daí que, tudo ponderado, não devesse, no cômputo da pena conjunta, fazer acrescer-se, à pena parcelar mais elevada mais que 30% da soma das outras (1,67 anos + 0,30 * 4,5 anos = 3 anos de prisão), sendo por isso «de todo desproporcionadas» a quantificação operada pelo tribunal recorrido (que, à maior, acrescentou quase 0,50 das demais).

7. A Pena de Substituição

7.1. Como corolário da «preferência» que o art. 70.º do C. Penal manifesta «pela pena não privativa da liberdade sempre que esta realize de forma adequada e suficiente as finalidades da punição», «o tribunal, perante a determinação de uma medida da pena de prisão não superior a 3 anos, terá sempre de fundamen-

⁽¹²⁾ Figueiredo Dias, *ob. cit.*, § 429.

⁽¹³⁾ A. e *ob. cit.*, § 42.

tar especificamente (...) a denegação da suspensão, nomeadamente no que toca ao carácter (...) desfavorável da prognose e (eventualmente) às exigências de defesa do ordenamento jurídico» (Figueiredo Dias, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, 1993, § 523).

7.2. Segundo o art. 50.º, n.º 1, do C. Penal/95, «o tribunal suspende a pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir⁽¹⁴⁾ que a simples⁽¹⁵⁾ censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».

7.3. É certo que o que aqui está em causa — no tocante à finalidade penal de reintegração do agente na sociedade — não é uma qualquer «certeza», mas, tão só, a «esperança fundada de que a socialização em liberdade possa ser lograda» (*ob. cit.*, § 521) e de que, por outro, «o tribunal deve encontrar-se disposto a correr um certo risco — digamos: fundado e calculado — sobre a manutenção do agente em liberdades» (*idem*).

7.4. Ora, no caso, haveria, infelizmente, algumas «razões para duvidar da capacidade do agente de não cometer crimes, se for deixado em liberdade», pois que, condenada em 1995/1996 — em penas de multa e prisão suspensa — por crimes de roubo reportados a 19-06-92, 25-09-92, 28-03-94 e 02-05-94, viria em 1999/2000 a cometer mais quatro crimes idênticos.

7.5. No entanto, e a seu favor, haverá a registar, por um lado, os cinco anos e meio em que conseguiu afastar-se das drogas e dos crimes que antes cometera para as obter, e, por outro, o estrito cumprimento das obrigações condicionantes das penas suspensas (mais tarde extintas) que, por estes, entretanto sofreu.

7.6. Além de que a arguida — na decorrência do acórdão de 18-04-2001 da 4.ª Vara Criminal de Lisboa que a colocou em «regime de prova» — «está, actualmente, em execução dessa medida» (sob supervisão do I.R.S.):

a) Tem [em 2002] 29 anos e iniciou o consumo de drogas desde muito cedo: aos 14 anos, começou por consumir haxixe e álcool; um ano mais tarde, iniciou o consumo de heroína, e, por volta dos 22 anos, o consumo

⁽¹⁴⁾ «Num juízo ao qual não pode bastar nunca a consideração ou só da personalidade ou só das circunstâncias do facto e que atenderá especialmente às condições de vida do agente e à sua conduta anterior e posterior ao facto» (*ob. cit.*, § 518).

⁽¹⁵⁾ Ou, «se o tribunal o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição», «subordinada ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta» (art. 50.º, n.º 2, do C. Penal).

de cocaína, desenvolvendo até aos 28 anos uma grave polítoxicodependência.

- b) Desde cedo que viveu num ambiente familiar hostil, onde a separação e maus tratos entre os pais teve, possivelmente, um efeito sobre o nascimento de uma conflitualidade dentro dela, a qual caracteriza o seu modo de relacionamento com os outros. Filha de pais separados, desde cedo que ficou entregue a si própria e acabou por construir uma vida de consumos diários, dependência física e psicológica das drogas de consumo diário e cedo abraçou a vida de criminalidade, muitas vezes associada ao mundo da droga.
- c) Acabou por tomar a decisão de pedir ajuda e ingressou em algumas comunidades terapêuticas na tentativa de encontrar ajuda para o seu problema.
- d) No primeiro trimestre do ano 2001, A integrou a Comunidade Terapêutica "Lugar da ...", a fim de iniciar um programa de tratamento à toxicoddependência. Nesta primeira fase de execução de medida, o acompanhamento pelo I.R.S. teve a cargo da equipa de Setúbal, que elaborou o respectivo plano individual de readaptação social.
- e) A 25-11-2001 p. p. a condenada abandonou a Comunidade, justificando considerar ter realizado aquisições que considerava necessárias para se manter abstinente. Após a sua saída retomou, em ambulatório, um acompanhamento terapêutico no CAT do Restelo.
- f) Aguardando da sua primeira comparência. A apresentava um quadro de vida com alguma estabilidade, evidenciando estar abstinente do consumo de drogas.
- g) Porém a sua reintegração no agregado materno, nomeadamente o regresso ao bairro social onde a sua progenitora residia revelou-se como factor desestabilizante e destabilizador. Com efeito, A retomou o consumo de drogas, tendo assim solicitado novo apoio às instituições competentes.
- h) A encontra-se [01-04-2002] internada para desintoxicação no CAT de Xabregas desde o passado dia 27-03-2002.
- i) Posteriormente e após um curto período de tempo a condenada deverá reintegrar um projecto terapêutico no "Lugar da ...", o qual se prevê que tenha a duração aproximada de 6 meses (...).
- j) Foi internada na Casa de Entrada do programa terapêutico "O Lugar da ...", em Setúbal, desde o dia 14-05-2002, para tratamento de problemas relacionados com a toxicoddependência.
- k) Está inserida num programa de que se prevê [em 14-08-2002] ter a duração mínima de 6 meses, pelo que no presente momento [idem] está na primeira fase do seu tratamento. Assim, durante este internamento têm

sido trabalhadas as suas dificuldades sobre a sua problemática específica, bem como do estabelecimento de relações mais positivas para com os seus pares.

- l) É importante avançar para um processo de Reinserção Social e que termine o seu processo terapêutico na Casa de Entrada, onde esta actualmente [idem] internada.

7.7. E daí que, afinal, já não haja «razões sérias para duvidar da capacidade da agente de não cometer crimes, se for deixado em liberdade». Donde que o corresponsente juízo de prognose (à luz — como se impõe — de considerações exclusivas de prevenção especial de socialização), deva — agora — ser favorável (*ob. cit.*, § 521) e a suspensão, por isso, concedida.

7.8. A menos, claro (*ob. cit.*, § 520), que a ela se «oponham as finalidades da punição» (arts. 50.º, n.º 1, e 40.º, n.º 1, do C. Penal), nomeadamente «considerações de prevenção geral sob a forma de exigências mínimas e irrenunciáveis de defesa do ordenamento jurídico» (*ob. cit.*, § 520), pois que «só por estas exigências se limita — mas por elas se limita sempre — o valor da socialização em liberdade que ilumina o instituto» (*idem*). Com efeito, é preciso não descharacterizar «o papel da prevenção geral como princípio integrante do critério geral de substituição», a funcionar aqui «sob a forma do conteúdo mínimo de prevenção de integração indispensável à defesa do ordenamento jurídico» e «como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização» (§ 501). E daí que a pena de substituição, mesmo que «aconselhada à luz de exigências de socializações», não seja de aplicar «se a execução da pena de prisão se mostrar indispensável» — como é o caso — «para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contráfática das expectativas comunitárias» (*idem*).

7.9. No entanto, relativamente a delinquentes «toxicoddependentes», a lei — dando prioridade, relativamente ao papel da prevenção geral, à prevenção especial de socialização — acarinha a «suspensão da pena sob condição de sujeição voluntária a tratamento ou internamento em estabelecimento apropriado» (art. 44.º do Decreto-Lei n.º 15/93) e, de um modo especial (quando «conveniente e adequada a facilitar a recuperação do toxicoddependente e a sua reinserção na sociedade»), a «suspensão acompanhada de regime de prova» (art. 45.º).

7.10. Neste sentido, o legislador, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 15/93, apelou para uma «maior articulação entre o papel do sistema judicial e dos serviços e organismos de saúde, especificamente na parte (...) dirigida à prevenção e tratamento de toxicoddependentes», com vista a «levantar uma barreira resistente à extensão de um fenómeno de raízes culturais mas com manifestações imediatas e bem visíveis na saúde do indivíduo» e à revisão do «modo como o sistema jurí-

dico deve lidar com o consumo de drogas», atento o «conhecimento profundo das últimas aquisições científicas sobre o efeito destas drogas na personalidade humana».

7.11. Daí que, no caso, importe — sobretudo — que o sistema judicial não quebre, com uma (demasiado tardia ou, noutra perspectiva, demasiado precoce) privação da liberdade — o tratamento em instituições apropriadas, que, ainda em curso, poderá afastar a arguida, definitivamente (se alcançar a «cura»), da criminalidade «que [como aqui] se encontra numa relação directa de conexão» com o consumo de drogas ilícitas (cfr. art. 44.º, n.º 1).

7.12. Mister é que a suspensão seja (continue) «acompanhada de [um] regime de prova (...) adequado a facilitar a recuperação do toxicodependente e a sua reinserção na sociedade» de acordo com o «plano individual de recuperação e reinserção» oportunamente preparado pelo Instituto de Reinserção Social no âmbito do processo comum colectivo 14/01 (nuipc 2320/00.SPULSB) da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa e «acompanhado na sua execução pelos serviços de saúde, articuladamente com o Instituto de Reinserção Social» e sob a responsabilidade deste.

8. Decisão

Tudo visto, o Supremo Tribunal de Justiça, reunido em audiência,

- a) revoga — na essencial procedência do recurso, de 16-09-2002, da cidadã A — a pena única [de 3 anos e 10 meses de prisão] a ela aplicada, em 05-07-2002, pela 3.ª Secção da 1.ª Vara Criminal de Lisboa,
- b) substitui-a pela pena conjunta de «três anos de prisão, suspensa por cinco anos»;
- c) determina que a suspensão seja (ou melhor, continue) «acompanhada de [um] regime de prova (...) adequado a facilitar a recuperação do toxicodependente e a sua reinserção na sociedade», de acordo com o «plano individual de recuperação e reinserção» oportunamente preparado pelo Instituto de Reinserção Social no âmbito do processo comum colectivo 14/01 (nuipc 2320/00.SPULSB) da 2.ª Secção da 4.ª Vara Criminal de Lisboa,
- d) e determina ainda que esse plano seja «acompanhado na sua execução pelos serviços de saúde, articuladamente com [e sob a responsabilidade d] o Instituto de Reinserção Social».

Supremo Tribunal de Justiça, 3 de Julho de 2003. — *Carmona da Mota* — *Pereira Madeira* — *Simas Santos* (vencido quanto à questão prévia conforme

declaração anexa) — *Santos Carvalho* (voto o acórdão e os seus fundamentos, designadamente quanto à questão da competência do STJ, alterando nesta parte a posição já assumida anteriormente).

Anotação

1. O presente comentário ao Acórdão de 3 de Julho de 2003 do Supremo Tribunal de Justiça, transcrito supra, tem como objecto a questão da formação de uma pena única conjunta em caso de conhecimento superveniente do concurso, que pressuponha a revogação de penas de substituição aplicadas por decisões condenatórias transitadas em julgado.

O STJ foi chamado pela defesa a pronunciar-se sobre a validade da decisão do tribunal colectivo de anular duas penas de suspensão da execução da pena de prisão com a duração de 5 anos e as substituir por uma única pena conjunta de prisão efectiva com a duração de 3 anos e 10 meses. Em resumo: em Novembro de 1999, a arguida cometeu um crime de roubo, pelo qual foi punida com uma pena de prisão de 1 ano e 8 meses, substituída por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão de 5 anos, por condenação proferida, em recurso, pelo STJ em Janeiro de 2002 (cf. ponto 1.7 do Ac.); e em Setembro e Outubro de 2000, cometeu três crimes de roubo, tendo sido condenada em penas de prisão de 1 ano e seis meses por cada um deles, que deram lugar a uma pena única conjunta de prisão de 3 anos, por sua vez substituída por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão de 5 anos, por decisão proferida em Abril de 2001 (cf. ponto 1.6 do Ac.). Em 5 de Julho de 2002, já depois do trânsito em julgado daquelas duas condenações em penas suspensas com a duração de 5 anos, a 1.ª Vara Criminal de Lisboa revogou essas penas e aplicou à arguida uma pena única de prisão fixada em 3 anos e 10 meses. É esta a condenação objecto do recurso.

O recurso incidiu não sobre a possibilidade de o tribunal colectivo revogar as penas de substituição aplicadas por decisões transitadas em julgado, mas antes sobre a concreta pena de prisão efectiva aplicada à arguida, tendo sido pedida a redução da pena principal aplicada para um

máximo de 3 anos e a sua substituição por uma nova pena de suspensão da execução da pena de prisão com a duração de 5 anos (cf. ponto 3.1 do Ac.). No fundo, o que motivou o recurso foi a circunstância de a arguida, que cumpria duas penas não privativas da liberdade, se ver confrontada com uma nova pena, fundada nos mesmos crimes, que lhe aponta o caminho da prisão. Situação que não pode deixar de gerar perplexidade: uma cidadã a quem dois tribunais, por decisões (aparentemente) definitivas, haviam aplicado duas penas não privativas da liberdade, em substituição de penas de prisão principais, cuja execução se encontrava inclusive em curso, e que, por essas circunstâncias, teria razões para formar a expectativa de que quanto aos crimes que motivaram essas condenações as suas "contas" com a justiça se encontravam definitivamente encerradas, vê essa mesma justiça dar o dito por não dito, considerar essas condenações sem efeito e aplicar-lhe nova pena, pelos mesmos crimes, desta vez de prisão efectiva!

Se, por um lado, esta perplexidade torna compreensível que com o recurso se procure que, pelo menos, a final, a nova pena aplicada seja também não privativa da liberdade, por outro lado, ela não pode deixar de suscitar uma reflexão crítica quanto à própria admissibilidade, legal e constitucional, da revogação de penas de substituição não privativas da liberdade aplicadas por decisões condenatórias transitadas em julgado e da sua substituição por uma nova pena privativa da liberdade, fundada nos mesmos crimes.

Muito embora a recorrente não tenha levantado a questão dessa admissibilidade, o certo é que o STJ se debruçou sobre ela, tendo concluído em sentido afirmativo: "os crimes — porque praticados pelo mesmo agente antes de condenado por qualquer deles — «concorrem» entre si e, por isso, há-de-lhes caber «uma única pena» (art. 77.º-1 do Código Penal), a tanto não se opoendo tanto a «suspensão» que coube ao conjunto dos três últimos crimes (os julgados em primeiro lugar) como a «suspensão» que veio igualmente a caber ao crime julgado em último lugar (aliás, o mais antigo do concurso)" (ponto 5.3 do Ac.). Ainda de acordo com o STJ, "a provisoriedade da substituição das penas parcelares obsta, de si, à invocação, contra a unificação destas, do «trânsito em julgado» da «substituição» eventualmente operada em algumas das condenações avulsas. E assim porque tal «substituição»

deve entender-se, sempre, resolutivamente condicionada ao «conhecimento superveniente do concurso»" (pontos 5.10 e 5.11 do Ac.).

Este Ac. do STJ entronca numa jurisprudência corrente, assumida como unânime e pacífica ao nível do Supremo e das instâncias inferiores, segundo a qual a substituição de uma pena de prisão por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão não constitui obstáculo à formação de uma pena única conjunta em caso de conhecimento superveniente do concurso, uma vez que para esse efeito é sempre possível e devida a revogação daquela pena de substituição aplicada por condenação transitada em julgado (16).

2. Para formar estas conclusões, o STJ, no Ac. que se anota, lounvou-se essencialmente no ponto de vista de Figueiredo Dias quanto ao problema da substituição das penas parcelares no domínio do concurso (art. 77.º do CP) e do conhecimento superveniente do concurso. No âmbito do concurso, Figueiredo Dias expressa o entendimento de que no momento em que são achadas as penas parcelares, o tribunal deve poder valorar a "situação de concurso de crimes, a fim de determinar se a aplicação de uma pena de substituição se justifica do ponto de vista das exigências de prevenção, nomeadamente da prevenção especial. Por outro lado, sabendo-se que a pena que vai ser efectivamente aplicada não é a pena parcelar, mas a pena conjunta, torna-se claro que só relativamente a esta tem sentido pôr a questão da sua substituição" (17). Esta perspectiva é transposta por Figueiredo Dias para o

(16) Neste sentido, cf. o Ac. do STJ de 2-10-1986, *BMJ*, n.º 360, 1986, p. 340 e ss., o Ac. do STJ de 5-2-1997, *CJ/STJ*, 1997, I, p. 209 e ss., o Ac. do STJ de 4-3-2004 (03P2393) e o Ac. do STJ de 27-4-2005 (Proc. n.º 05P897), os dois últimos em www.dgsi.pt. Para mais referências jurisprudenciais, cf. MESSURTA, Paulo Dá, *O Curso de Penas. Estudo sobre o Conceito de Concurso de Penas e os Pressupostos e Requisitos para a Realização do Cúmulo Jurídico de Penas no Código Penal Português (Relações de 1982 e 1995)*, Coimbra Editora, 1997, p. 96, nota 142.

(17) Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Ed. Notícias, 1993, § 409. Nesta direcção, cf. ainda ANTUNES, Maria João, «Comentário à Sentença do Tribunal Judicial da Comarca de Almada de 9 de Dezembro de 1997», in: AA.VV., *Droga. Decisões de Tribunais de 1.ª Instância*, 1997, IPDI, 2000, p. 286, e MESSURTA, Paulo Dá, *O Concurso de Penas*, p. 28.

contexto do conhecimento superveniente do concurso: "bem pode acontecer que uma das penas seja uma pena de substituição de uma pena de prisão. Não há na lei qualquer critério de conversão desta para efeito de determinação da pena conjunta. Também aqui, pois, como atrás, valerá para o efeito a pena de prisão que foi substituída, e também aqui, uma vez determinada a pena do concurso, o tribunal decidirá se é legalmente possível e político-criminalmente conveniente a substituição da pena conjunta de prisão por uma pena não detentiva" (18). A pena de substituição revogada, se parcialmente cumprida, deverá, porém, ser imputada na pena única conjunta determinada, procedendo-se ao desconto devido (19).

Se se nos afigura indiscutível a posição que advoga que no concurso, aquando da formação *ex novo* de uma pena única conjunta, não deve permitir-se a substituição das penas principais concretamente aplicadas a cada um dos crimes em concurso, já a transposição integral dessa solução para o conhecimento superveniente do concurso, sem quaisquer limitações ou condições, não nos parece correcta e deve ser repensada. Como procuraremos demonstrar de seguida, essa transposição irrestrita (1) não tem em conta as razões que fundam a aplicação das regras da punição do concurso ao conhecimento superveniente do concurso, (2) passa por cima do trânsito em julgado das decisões que determinaram a substituição das penas aplicadas aos crimes em concurso e (3) pode acabar por ter efeitos contraproducentes sobre o processo de ressocialização do agente que esteja em curso.

(18) Dias, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 430. No mesmo sentido, novamente ANTUNES, Maria João, «Comentário...», p. 286, e MESQUITA, Paulo Dá, *O Concurso de Penas*, p. 95 e ss.

(19) Dias, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 438. O Ac. do STJ que anotamos não procedeu, porém, ao desconto das duas penas de suspensão da execução da pena de prisão, já parcialmente executadas, na nova pena única conjunta encontrada. O desconto é um caso especial de determinação da medida da pena e deve ser levado ao procedimento de determinação da pena, devendo ainda, segundo Dias, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 436, ser sempre mencionado na sentença condenatória, mesmo quando legalmente pré-determinado. No caso impunha-se a realização do desconto que parecesse equitativo, nos termos previstos no art. 81.º-2 do CP — procedimento de que o STJ se absteve de realizar, com prejuízo para a arguida.

3. O motivo pelo qual a lei, com o aplauso da doutrina (20), permite que ao agente que cometeu vários crimes antes da condenação por qualquer deles (21), possa ser aplicado o regime da pena única conjunta apesar de as condenações por esses crimes terem sido proferidas em processos separados e transitado em julgado, desde que as penas respectivas não se encontrem cumpridas, prescritas ou extintas, é o de não privar o agente do benefício do cúmulo jurídico das penas que lhe foram aplicadas, dado que em regra o cúmulo jurídico dessas penas é mais favorável que a sua acumulação material e as mais das vezes o agente não é simultaneamente julgado e condenado por todos os crimes do concurso e, por isso, não beneficia desse regime, por razões que lhe são alheias (22).

Com efeito, logo por via do princípio da proibição da auto-incriminação, não é exigível ao agente que revele ter cometido outros crimes para além daqueles pelos quais está a ser investigado ou julgado. Além disso, em numerosas situações é compreensível que o sistema formal de controlo não descubra, persiga e julgue em simultâneo todos os crimes praticados pelo agente. Nessa medida, *partindo-se do pressuposto de que uma pena única conjunta se apresenta mais favorável ao agente que uma acumulação de todas as penas*, entende-se que este deve beneficiar do sistema do cúmulo jurídico mesmo que o concurso só seja conhecido *a posteriori*.

A preferência por um sistema de pena única em detrimento de um sistema de acumulação material advém da conclusão de que este último

(20) Dias, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 426 e s.

(21) A discutida questão acerca do último momento relevante para efeitos de aplicação de uma pena única conjunta — se o da condenação em primeira instância, se o do trânsito em julgado — não tem implicações práticas sobre o tema de que curamos. Sobre o assunto, cf. RAPOSO, Vera Lúcia, «Cúmulo Por Arrastamento» (Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 2002), *RPCC*, 2003, n.º 4, p. 590 e ss.

(22) Em sentido próximo, afirma ANTUNES, Maria João, «Comentário...», p. 285, que "não tendo procedido à determinação da pena única, quando podia e devia ter feito, então justifica-se que as falhas na administração da justiça não corram contra o condenado".

pode penalizar o agente de um modo exagerado, injusto e pernicioso. Como explica Figueiredo Dias, por um lado, um sistema de acumulação material "contraria o princípio da culpa: a mera adição mecânica das penas faz aumentar injustamente a sua gravidade proporcional e abre possibilidade de ser deste modo ultrapassado o limite da culpa" e, por outro lado, "não é de modo algum compaginável com as finalidades especial-preventivas de aplicação das penas, na medida em que uma execução fracionada — e por mais que possa ser compensada por uma tendencial unidade de tratamento — opõe-se inexoravelmente a qualquer tentativa séria de socialização" (23).

São estas vantagens sobre o sistema de acumulação material que justificam que a lei tenha instituído um sistema de pena única conjunta não só para o concurso, mas também para o conhecimento superveniente do concurso. Vantagens que inclusive levaram a jurisprudência e a doutrina anteriores à reforma de 1995 do Código Penal a defender a extensão desse regime às situações em que todas as condenações relativas aos crimes em concurso tivessem já transitado em julgado, que, ao contrário do actual art. 78.º-2 do CP, não estavam abrangidas pelo art. 79.º do CP, na redacção de 1982: "quer porque a teleologia que justifica a pena conjunta continua, nestas hipóteses, por inteiro presente; quer porque, de um ponto de vista político-criminal, tal solução é infinitamente preferível à solução alternativa (que seria a de condenar o agente em duas penas, que ele teria de cumprir sucessivamente); quer, por último, porque uma tal solução se apresenta como mais favorável para o agente" (24). Aliás, era esta última nota, a circunstância de uma solução de pena única ser concretamente mais favorável que uma solução de acumulação material, que permitia a conclusão de que a referida lacuna poderia ser suprida por analogia, "no caso constitucionalmente permitida" (25), pois se não o fosse a analogia seria proibida.

(23) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 398.

(24) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 427.

(25) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 428.

Se a aplicação do regime da pena única, próprio do concurso, ao conhecimento superveniente do concurso assenta no pressuposto de que, em princípio, o mesmo é mais conveniente para o arguido do que um regime de acumulação material, deverá questionar-se se deve manter-se a extensão do sistema da pena única ao conhecimento superveniente do concurso ainda naqueles casos em que a aplicação de uma pena única não só não beneficia o agente, como lhe é em concreto mais desfavorável. É que a suposta benignidade da pena única face à acumulação material deriva em regra de raciocínios assentes na comparação entre penas principais da mesma espécie, especialmente de prisão: o tempo de duração da pena única de prisão é sempre inferior ou, no máximo, igual ao tempo do cumprimento sucessivo das penas de prisão parcelares; caso se tenha já iniciado a execução de uma dessas penas, sempre se poderá fazer o desconto respectivo por inteiro na nova pena única conjunta; e uma execução de pena unitária é sempre preferível a várias execuções fracionadas.

A consciência de que casos haverá em que, na realidade, uma pena única se poderá revelar mais gravosa para o agente do que a acumulação de várias penas concretas, nomeadamente quando estejam em causa penas de prisão e penas de multa principal, levou o legislador a criar uma válvula de escape, abrindo a possibilidade de o agente, se assim o pretender, opor-se ao cúmulo das penas e optar pelo cumprimento em separado das penas de prisão e das penas de multa principal. É este o sentido da norma do art. 77.º-3 do CP, que consagra uma regra de cúmulo jurídico facultativo (26). Quando o agente opte pela segunda

(26) Segundo Mesquita, Paulo Dá, *O Concurso de Penas*, p. 27, "para se proceder ao cúmulo jurídico de penas é necessário que estas além de estarem em concurso sejam da mesma espécie, caso as penas sejam de espécie diversa (multa e prisão) a lei nos termos do art. 78.º, n.º 3, do CP 82 (art. 77.º, n.º 3, da Red. 95) abandona o sistema da pena conjunta e impõe a acumulação material". Não cremos que assista razão a Paulo Dá Mesquita. Ao contrário do que afirma, o art. 77.º-3 do CP não impõe o sistema de acumulação material sempre que as penas parcelares sejam de natureza diversa. Mesmo perante penas parcelares de prisão e de multa é possível e devida a formação da pena única conjunta, pois a parte final do art. 77.º-3 do CP estabelece expressamente que nesses casos há lugar à determinação de uma pena única. Para tal, em ordem à elaboração da moldura do concurso, os dias de multa

alternativa, o sistema deixa de ser de cúmulo jurídico e passa a ser de acumulação material. Deste modo, pretende evitar-se que por força do regime do cúmulo jurídico, que na sua génese visa essencialmente contrariar os efeitos nefastos da acumulação material das penas, se verifique uma privação da liberdade que não existiria se não houvesse lugar à aplicação de uma pena única. Este regime vale também, naturalmente, para o conhecimento superveniente do concurso: se o tribunal, numa das condenações dos crimes em concurso, colocado perante a necessidade de escolher entre uma pena de prisão e uma pena de multa principal, optou por esta última, essa escolha deve ser respeitada e não pode ser objecto de revogação aquando da eventual formação da pena única conjunta, mesmo que, perspectivados os factos e a personalidade do agente à luz do conhecimento superveniente do concurso, se conclua que, caso o concurso fosse conhecido naquele primeiro momento, as exigências de prevenção geral e de prevenção especial determinariam que a escolha fosse não pela multa, mas antes pela prisão.

Se a lei revela que houve a intenção de permitir que numa situação de concurso o agente possa abdicar do sistema do cúmulo jurídico quando este se mostre para ele mais gravoso que o modelo da acumulação material por implicar um acréscimo do tempo de privação da liberdade, o que, na prática, só acontece quando se pretenda cumular penas de prisão e penas de multa principal, uma vez que no concurso não se admite a substituição das penas parcelares; e se a aplicação do regime do concurso ao conhecimento superveniente do concurso tem

deverem ser convertidos em dias de prisão, à razão de dois terços, por aplicação analógica do art. 49.º 1 do CP. Em face da pena única conjunta determinada, dado que o art. 77.º 3 do CP também estabeleceu que a diferente natureza das penas parcelares se mantém na pena única, o arguido poderá optar por cumprir essa pena única ou desfazer o cúmulo e cumprir separadamente as penas de prisão e de multa. Por isso se deverá considerar que o art. 77.º 3 do CP contempla uma regra de cúmulo jurídico facultativo. Defendendo esta interpretação, ANTUNES, Maria João, «Comentário...», p. 287, conclui que do conteúdo do art. 77.º 3 do CP “resulta, por um lado, a reafirmação do sistema da pena única e, por outro, a possibilidade que o condenado tem de optar pela acumulação. Ou seja, quando se dispõe que «a diferente natureza destas mantém-se na pena única», quer isto significar somente que o condenado pode sempre pagar a multa, evitando assim que a pena única seja agravada”.

como fundamento a ideia de que a acumulação material tem vários efeitos negativos sobre o agente e deve ser preterida em favor do cúmulo jurídico das penas por este lhe ser mais favorável que aquela, pensamos que em caso de conhecimento superveniente do concurso não deverá admitir-se a revogação de penas de substituição aplicadas por decisões transitadas em julgado para efeitos de formação de uma pena única conjunta privativa da liberdade, a menos que o agente o solicite.

Como vimos, o entendimento da doutrina e da generalidade da jurisprudência tem sido o contrário. A verdade, porém, é que o art. 78.º do CP nada dispõe quanto a esta concreta questão, estabelecendo unicamente que em caso de conhecimento superveniente do concurso são aplicáveis as regras do art. 77.º do CP. Por isso que se tem concluído que se no âmbito do art. 77.º do CP não é possível a substituição das penas parcelares, então em caso de conhecimento superveniente do concurso devem revogar-se as penas aplicadas em substituição das penas principais determinadas e é a partir destas que se deve formar a pena única conjunta. Porém, se no concurso não é possível, porque inadmissível, a substituição da penas individuais, o certo é que no conhecimento superveniente do concurso não só é possível, como frequentemente nos deparamos com efectivas substituições de penas principais por penas substitutivas. Assim, se no concurso nem chega a haver substituição das penas parcelares, no conhecimento superveniente do concurso essa substituição pode acontecer e quando aconteça gera uma realidade que não se encaixa nas regras da punição do concurso definidas no art. 77.º do CP.

Em vez de ponderar a aplicação do art. 77.º do CP a partir da existência dessa concreta realidade que é a de ao agente ter sido aplicada uma pena de substituição, a jurisprudência, com o aval da doutrina, tem preferido desfazer essa realidade, voltando a colocar toda a situação na estaca zero, passando por cima de decisões tomadas, de penas parcialmente cumpridas e de expectativas criadas, para assim conseguir integrar o problema na situação-tipo prevista pelo art. 77.º do CP.

A nosso ver, a perspectiva deve ser outra. Perante uma situação de conhecimento superveniente do concurso o critério de decisão para efeitos de aplicação ou não do regime do concurso deve ser o de saber

se com a aplicação da pena única conjunta se está a cumprir a finalidade que esteve na base da transposição das regras da punição do concurso para o conhecimento superveniente do concurso, nomeadamente *saber se no caso uma pena única conjunta se revela mais favorável para o agente que uma acumulação material das penas que foram concretamente aplicadas aos crimes em concurso*. Como referimos, mesmo no âmbito do concurso o legislador permite que o agente possa afastar o sistema do cúmulo jurídico e optar por um sistema de acumulação material quando as penas parcelares sejam de prisão e de multa (art. 77.º-3 do CP), por admitir que nesse caso possa haver uma excepção à regra de que o cúmulo jurídico é mais favorável ao agente que a acumulação das penas. Note-se que ao permitir que o arguido opte pelo cumprimento em separado das penas parcelares, o legislador abre a porta a que, sendo escolhida a alternativa do pagamento da multa, se verifique uma situação em tudo semelhante ao criticado modelo da pena de multa complementar⁽²⁷⁾, em que pelo cometimento de um crime o agente é punido simultaneamente numa pena de prisão e numa de pena de multa, à qual poderiam ser eventualmente dirigidas as objecções apontadas a esse modelo, que se concentram nos seus efeitos perniciosos em sede de prevenção especial⁽²⁸⁾. Reservas que, no entanto, não têm razão de ser, uma vez que a faculdade concedida ao agente de escolher a acumulação material das penas visa evitar uma privação adicional da liberdade e é a ele que cabe a decisão de escolha da acumulação das penas parcelares.

Partindo daquele critério teleológico e tendo em conta que nos casos de conhecimento superveniente do concurso em que parte ou a totalidade dos crimes em concurso tenham sido punidos com penas de substituição, o cumprimento de várias penas de substituição e de uma pena única de prisão ou o cumprimento de várias penas de substituição em exclusivo é em princípio menos gravoso para o agente do que o cum-

(27) Cf. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 418.

(28) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, §§ 192 e 418.

primento de uma pena única conjunta de prisão efectiva, deverá valer nesses casos uma *regra de cúmulo jurídico facultativo*, por aplicação, com as devidas adaptações, do disposto no art. 77.º-3 do CP, pois à semelhança da situação prevista neste preceito também neles há uma excepção à regra de que o cúmulo jurídico é mais favorável para o agente que a acumulação material. Não se argumente contra esta solução com a circunstância de a mesma não encontrar um respaldo expresso e imediato na letra do art. 77.º do CP, pois também a solução que tem sido avançada para o problema, a da revogação das penas de substituição anteriormente aplicadas, não resulta directamente da lei. A norma do regime legal do concurso que guarda maior afinidade com a problemática em análise é precisamente a do art. 77.º-3 do CP, uma vez que só nela se parte da hipótese da existência de penas de diferente natureza aplicadas aos crimes em concurso. Daí que também por isso se deva concluir que a resolução do problema deva ser orientada pelo princípio de cúmulo jurídico facultativo presente nesse art. 77.º-3 do CP.

De acordo com a regra de cúmulo jurídico facultativo que defendemos, naquelas situações de conhecimento superveniente do concurso o agente deve poder optar entre o sistema da acumulação material, cumprindo separadamente as várias penas aplicadas aos crimes em concurso, e o sistema do cúmulo jurídico, cumprindo a pena única conjunta. Aplicado este critério ao caso objecto da decisão do Ac. do STJ que se anota concluir-se-ia o seguinte: perante uma decisão como a do tribunal de 1.ª instância, poderia a arguida optar por continuar a cumprir as duas penas de suspensão da execução da pena de prisão com a duração de 5 anos ou por cumprir a pena de prisão efectiva de 3 anos e 10 meses; perante uma decisão como a do STJ, a arguida poderia escolher entre continuar a cumprir aquelas duas penas de suspensão da execução da pena de prisão ou começar a cumprir a pena única de suspensão de suspensão da execução da pena de prisão com a duração de 5 anos determinada pelo STJ.

Pensamos que só deste modo se dá cumprimento à finalidade que esteve na base da determinação legal de aplicação das regras da punição do concurso ao conhecimento superveniente do concurso. Consideramos ainda que só assim se evitará, em regra, uma violação do disposto no art. 29.º-5 da Constituição.

4. Na realidade, cremos que a transposição irrestrita e incondicionada das regras da punição do concurso para o conhecimento superveniente do concurso que implique a revogação das penas de substituição aplicadas aos crimes em concurso por decisões transitadas em julgado é, em princípio, incompatível com o princípio constitucional do *non bis in idem*, consagrado no art. 29.º-5 da Constituição.

O art. 29.º-5 da Constituição declara expressamente que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. O caso julgado constitui uma garantia, inscrita no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, conatural a um Estado de Direito material. Na síntese de Eduardo Correia, “o fundamento central do caso julgado radica-se numa concessão prática às necessidades de garantir a certeza e a segurança do direito. Ainda mesmo com possível sacrifício da justiça material, quer-se assegurar através dele aos cidadãos a sua paz jurídica, quer-se afastar definitivamente o perigo de decisões contraditórias. Uma adesão à segurança com um eventual detrimento da verdade, eis assim o que está na base do instituto” (29). Mais do que exaltar a essencialidade do caso julgado para a formação de um Estado de Direito material, por todos reconhecida, importa aqui sobretudo compreender a relação entre o caso julgado e o conhecimento superveniente do concurso.

No conhecimento superveniente do concurso o que está fundamentalmente em causa é a construção de uma pena única conjunta a partir de duas ou mais penas aplicadas a dois ou mais crimes em concurso por decisões transitadas em julgado (no caso do art. 78.º-1 do CP há pelo menos uma que não transitou em julgado; no caso do art. 78.º-2 do CP já todas transitarão em julgado). Como, com razão, concluem Gomes Canotilho e Vital Moreira “a Constituição proíbe rigorosamente o *duplo julgamento* e não a *dúpla penalização*, mas é óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar tanto a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração,

(29) CORREIA, Eduardo, «Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz», in: *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Almedina, 1996, p. 302.

como a aplicação renovada de sanções jurídico-criminais pela prática do «mesmo crime»” (30).

Por aplicação de sanção jurídico-criminal deve entender-se naturalmente não só a punição numa pena principal, de prisão ou de multa, mas também a condenação numa pena de substituição legalmente prevista, qualquer que ela seja, escolhida em vez de uma pena principal concretamente fixada. É que, como sublinha Figueiredo Dias, “o processo de determinação da pena não se esgota nas operações de determinação da pena aplicável e de determinação da medida da pena, mas comporta ainda, ao menos de forma eventual, uma terceira operação: a da escolha da pena” (31).

Na medida em que o caso julgado abrange a sanção criminal aplicada na decisão condenatória, numa análise superficial poder-se-ia ser levado a pensar que a formação de uma pena única conjunta em caso de conhecimento superveniente do concurso colidiria sempre com o princípio do *non bis in idem*, expresso pelo art. 29.º-5 da Constituição, por se traduzir na aplicação de uma nova pena pela prática dos mesmos crimes. Se em termos, por assim dizer, formais se pode eventualmente apontar um conflito entre o caso julgado e a disciplina legal do conhecimento superveniente do concurso, prevista no art. 78.º do CP, pensamos todavia que se a aplicação das regras da punição do concurso ao conhecimento superveniente do concurso se mantiver dentro do

(30) CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, Art. 29.º, VI, p. 194 (o último itálico é nosso). Na conclusão de que o caso julgado integra a sanção criminal em que o arguido é condenado, cf. ainda SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, 2.ª ed., Verbo, 2000, p. 43, e CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 222, que fala em “proibição de duplo julgamento (CRP, art. 29.º, 5.) no sentido de proibição de dupla punição pela prática do mesmo crime”. Na vigência do CPP de 1929, cf. o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 112/51, de 26-6-1952, in: *BMJ*, n.º 36, 1953, p. 48 e ss., que considerava que a pena aplicada integrava o caso julgado.

(31) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 489. Nesta direcção, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, «Crítón de Escolla das Penas de Substituição», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, n.º esp. *BFDUC*, I, 1984, p. 21 e ss.

limite teleológico que lhe assinalámos não será legítimo concluir por uma violação material do princípio constitucional do *non bis in idem* em caso de formação de uma nova pena única com base em penas aplicadas por condenações transitadas em julgado. E isto porque se a transição do regime do concurso para o conhecimento superveniente do concurso ocorrer somente quando se verificar uma *concreta materialização* do princípio de que o cúmulo jurídico é mais favorável ao agente que a acumulação material das penas, o que acaba por suceder é uma limitação de um direito, liberdade e garantia fundamental em termos constitucionalmente admissíveis. Na realidade, sendo o tempo de prisão ou o número de dias de multa em caso de pena única conjunta inferior ao que resultaria de uma acumulação material das penas parcelares, que é o que normalmente acontece quando estas sejam todas da mesma espécie, e apresentando-se, por isso, o cúmulo jurídico como mais favorável ao agente que a acumulação material das penas parcelares aplicadas, a quebra do caso julgado permite uma *atenuação da limitação de direitos fundamentais titulados pelo agente*, como a liberdade pessoal ou a propriedade, que se presume ser do interesse do agente, e como tal não é inconstitucional⁽³²⁾.

Coisa diferente sucede quando a pena única conjunta se mostra em concreto mais prejudicial ao agente que a acumulação material das penas parcelares, nomeadamente quando, como na decisão objecto de

(32) Valem aqui com toda a propriedade as considerações tecidas por CARVALHO, Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, p. 223, a propósito da relação entre o caso julgado e a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável: "Como garantia do cidadão face ao poder punitivo estadual, nunca o caso julgado pode constituir impedimento à concretização de mandatos constitucionais que — tal como o princípio *ne bis in idem* — visam a protecção dos direitos fundamentais, como é o caso da *máxima restrição da pena*, isto é, da aplicação somente do *quantum* da pena tido, político-criminalmente, como indispensável para a tutela dos bens jurídicos fundamentais (CRP, art. 18.º, 2.). *Seria, deste modo, contraditório com a ratio do ne bis in idem*, com o favor libertatis, que ele também persegue, seria contraditório, dizia, *invocar o caso julgado para obstar à aplicação de uma lei penal mais favorável*. Uma tal invocação constituiria uma inversão normativo-constitucional: equivaleria a erigir um meio em fim de si mesmo e a subalternizar o fim «justiça político-criminal» àquele meio «certeza jurídica do caso julgado»".

recurso no caso em análise, se revogue uma ou mais penas de substituição e se forme uma nova pena única conjunta de prisão efectiva. Não vemos como nessa circunstância se pode continuar a concluir pela não inconstitucionalidade da quebra do caso julgado. A anulação das penas de substituição em caso de conhecimento superveniente do concurso tem sido justificada com base nas mesmas razões que levam a que não se aceite a substituição das penas parcelares no concurso: perspectivados os factos e a personalidade do agente na sua globalidade, à luz do conhecimento do concurso, exigências de prevenção geral e/ou de prevenção especial podem opor-se à substituição das penas parcelares, devendo por isso a questão da substituição da pena colocar-se somente a final, em relação à pena única conjunta. Nessa medida, bem pode acontecer, e na verdade acontece com frequência, que anuladas as penas de substituição e determinada uma pena única de prisão, esta não seja substituída, ou porque dada a sua medida concreta tal não é possível, ou porque as necessidades preventivas militam contra a substituição, sendo ao agente aplicada uma pena única de prisão efectiva.

Bem se vê que nestas situações a revogação das penas de substituição não decorre de um *favor libertatis*, mas antes de razões que são alheias ao agente e à defesa dos seus interesses, concretamente de necessidades preventivas, de exigências que se prendem com a prevenção futura de crimes através da pena, quer seja ela voltada para a comunidade (prevenção geral), quer para o agente (prevenção especial). São essas razões que levam a que o poder judicial se sinta autorizado a tocar numa condenação transitada em julgado, dando sem efeito a pena de substituição nela aplicada e voltando a aplicar nova pena ao mesmo crime, eventualmente de prisão efectiva. Quando tal ocorre há uma clara violação da paz jurídica do condenado.

O princípio *non bis in idem*, consagrado constitucionalmente como direito, liberdade e garantia fundamental, tem uma natureza eminentemente subjectiva, estando, como assinala Roxin, ao serviço da protecção do arguido, sendo por ele tutelado o seu interesse a ser deixado em paz a partir do momento em que a decisão se torna irreversível, e cumpre uma função sancionatória, ao colocar sobre os órgãos de perseguição penal o risco da impossibilidade de uma posterior investigação ou

reapreciação dos factos através de investigações complementares (33). É manifesto que a interpretação do regime legal do conhecimento superveniente do concurso que admite que as penas de substituição aplicadas por condenações transitadas em julgado possam ser revogadas e substituídas por uma pena única conjunta de prisão efectiva está ferida de inconstitucionalidade, por violação do caso julgado, consagrado no art. 29.º-5 da Constituição. Conclusão que assenta no facto de dessa interpretação resultar uma restrição de um direito, liberdade e garantia fundamental que não só não se encontra expressamente prevista na Constituição (art. 18.º-2 da CRP) (34), como ainda, e decisivamente, que afecta o conteúdo essencial do princípio *non bis in idem* (art. 18.º-3 da CRP).

Com efeito, a partir do momento em que se forma o caso julgado sobre a condenação, o arguido deve em regra poder contar, e normalmente conta, que a decisão judicial sobre a culpabilidade em relação ao crime cometido e sobre a consequência jurídica aplicada pela sua prática se torna definitiva e irreversível (35). Tanto assim que só excepcionalmente, em casos muito contados e sob pressupostos muito estre-

(33) ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 25.ª ed., Buenos Aires, 2000, § 50, I, 2. Em sentido próximo, considera CARVALHO, Taipa de, *Sucessão de Leis Penais*, p. 224, que "o caso julgado em si mesmo, isto é, enquanto certeza jurídica, independente da sua dimensão de garantia jurídico-penal, não tem dignidade constitucional; quando é assumido constitucionalmente (CRP, art. 29.º, 5) é-o na função de garantia jurídico-penal do cidadão".

(34) Embora se discuta na doutrina constitucional o alcance da parte inicial do art. 18.º-2 da Constituição, acompanhamos ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Alameda, 2001, p. 288 e ss., nas reservas que coloca às posições que vêm defendendo uma flexibilização do enunciado constitucional.

(35) Essa ideia de que, em princípio, o caso julgado coloca um termo definitivo ao processo é sublinhada por SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, nos seguintes termos: "O caso julgado começa por ser um instrumento técnico que assinala o ponto final do processo. Alguma vez se há-de concluir definitivamente a perseguição do eventual delinquentes pela justiça humana. Mas imediatamente se parte desse facto para reforçar o valor da segurança jurídica: o caso está julgado, julgado está definitivamente. Assim se encerra definitivamente a questão: fez-se justiça (*res judicata pro veritate accipitur*)".

tos, se permite a interposição de recurso extraordinário contra tal condenação transitada em julgado. Como explicar àquele que foi condenado em uma ou mais penas de substituição, cuja execução se encontra eventualmente em curso ou que só não se iniciou ainda por razões que lhe são alheias, que afinal tal ou tais condenações são dadas sem efeito e vai ter de cumprir uma outra pena, que pode ser de prisão efectiva, pelo simples facto de o sistema judicial se ter agora apercebido de que ele cometeu vários crimes antes de ser condenado por qualquer deles? O sujeito que, por exemplo, se encontra a cumprir uma pena de suspensão da execução da pena de prisão, que tem cumprido deveres e regras de conduta ou um regime de prova por conta da mesma e se tem comportado de modo socialmente responsável, ou aquele que foi condenado numa multa de substituição e a tem pago em prestações de forma escrupulosa ou outro que vem prestando trabalho a favor da comunidade com a diligência que lhe é solicitada podem a todo o momento ver-se confrontados com uma nova pena, que dá aquelas sem efeito, por razões que não se prendem com a sua execução, mas antes com o cometimento de outros crimes. As expectativas legitimamente criadas, os planos de vida traçados, a confiança e o empenho depositados num plano de ressocialização podem a todo o momento ser postos em causa e traídos por uma razão de todo em todo alheia ao cumprimento da pena a que o indivíduo foi condenado. Mais, tendo o arguido conhecimento da prática judicial que permite a revogação de penas de substituição em caso de conhecimento superveniente do concurso, a estabilidade e a paz pessoais que em geral se espera que derivem da decisão transitada em julgado, ainda que condenatória, ficam irremediavelmente comprometidas, pois sabendo o agente que cometeu mais crimes que se encontram em concurso com aquele pelo qual foi condenado deixará de poder acreditar na definitividade daquela decisão condenatória e ficará na permanente incerteza quanto à firmeza da pena de substituição que lhe foi aplicada, o que não deixará de se repercutir sobre as finalidades preventivo-especiais que por ela se pretendiam alcançar. Em síntese, com uma interpretação do regime legal do conhecimento superveniente do concurso como aquela que tem sido expressa pela jurisprudência, com a concordância da doutrina maioritária, que permite a anulação de penas substituívas e a sua substituição por uma pena única de prisão efectiva,

O condenado numa pena de substituição deixa efectivamente de poder saber aquilo com que pode contar no futuro após o trânsito em julgado da decisão que o condenou numa pena de substituição, sendo por isso directa e irremediavelmente atingido o conteúdo essencial do princípio constitucional do *non bis in idem*, cuja função precípua é a da protecção da segurança jurídica ⁽³⁶⁾ daquele que foi objecto da decisão judicial transitada em julgado.

Esta conclusão é reforçada pelo conteúdo que se usa atribuir ao caso julgado e se considera a salvo de qualquer restrição, nomeadamente a impossibilidade de os factos que deveriam ter sido apreciados e o não foram na decisão transitada em julgado poderem justificar uma nova decisão, mesmo que deles pudesse resultar uma punição mais grave que a ditada naquela. Como nota Figueiredo Dias, num processo de estrutura acusatória como é o nosso o "objecto do processo penal é o objecto da acusação, sendo este que por sua vez, delimita e fixa os poderes de cognição do tribunal e a extensão do caso julgado" ⁽³⁷⁾, com a consequência de que o objecto do processo "deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente) e — mesmo quando o não tenha sido — deve considerar-se decidido" ⁽³⁸⁾. Se deste princípio da consunção resulta a proibição de um agravamento da posi-

⁽³⁶⁾ A propósito da contraposição entre certeza e segurança jurídicas, afirma NEVES, A. Castanheira, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, sep. RLJ, 1983, p. 3580, que a segurança jurídica significa "a «segurança ativas do direito», a «certeza da acção» ou a segurança na vida social oferecida e garantida pelo direito".

⁽³⁷⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal* (lições coligidas por Maria João Anunces), 1988-9, FDUIC, p. 103 (italico nosso).

⁽³⁸⁾ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p. 103 e s. (italico nosso). Trata-se do princípio da consunção do objecto do processo penal, que também é afirmado por FERREIRA, Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. 2.º, Editora Dantibio, 1986, p. 34: "tanto como o conhecimento efectivo pelo tribunal, na decisão, de determinado facto, interessa a possibilidade e por isso o dever, de apreciação jurisdiccional de qualquer facto. Desta maneira, a maior extensão do caso julgado, em relação aos factos que foram objecto específico da sentença, revela-se na circunstância de se considerar esgotado o poder jurisdiccional quanto a outros factos que poderiam ter sido conhecidos ou apreciados jurisdiccionalmente".

ção do arguido em caso de descoberta posterior ao trânsito em julgado da sentença de factos respeitantes ao crime imputado na acusação ou na pronuncia, então, por maioria de razão, também não se deverá admitir, por força do caso julgado, que o condenado numa pena de substituição por decisão transitada em julgado possa ver a sua posição agravada, como acontece quando a pena de substituição é anulada e lhe é aplicada uma pena única de prisão efectiva pela prática do mesmo crime, com base na descoberta de que ele cometeu outros crimes para além desse antes da condenação por qualquer deles.

Pelas razões expostas, somos do entendimento de que é inconstitucional, por violação do art. 29.º-5 da Constituição, a interpretação do regime legal do conhecimento superveniente do concurso segundo a qual as penas de substituição aplicadas por decisões transitadas em julgado aos crimes em concurso podem ser revogadas e substituídas por uma pena única conjunta de prisão efectiva. Conclusão que vale tanto para os casos em que todos os crimes em concurso foram punidos com penas de substituição, como para os casos em que parte dos crimes em concurso foi objecto de punição em pena de prisão e a outra parte em penas de substituição, mas da revogação destas resulta uma pena única de prisão de duração superior à das penas de prisão parcelares ⁽³⁹⁾.

Creemos que a solução que defendemos supra de aplicação do disposto no art. 77.º-3 do CP a esses casos, com as adaptações necessárias, e da qual resulta uma regra de cúmulo jurídico facultativo não só é mais consentânea com a teleologia da aplicação das regras da punição do concurso ao conhecimento superveniente do concurso, como permite obviar esse problema de constitucionalidade, uma vez que sendo o próprio agente a optar por uma pena única que se afirma mais desfavorável que a acumulação material das penas parcelares já não se poderá dizer que é substancialmente posta em causa a garantia de segurança jurídica oferecida pelo princípio do *non bis in idem*.

⁽³⁹⁾ Foi o que sucedeu, *v. g.*, por efeito do Ac. do STJ de 27-4-2005 (Proc. n.º 05P897).

5. A jurisprudência tem contornado a referida inconstitucionalidade da revogação das penas de substituição determinadas por condenações transitadas em julgado para formação de uma pena única conjunta de prisão efectiva quando essas penas se tratem de penas de suspensão da execução da pena de prisão, a partir da consideração de que "(1) o caso julgado forma-se quanto à medida da pena e não quanto à sua execução; e (2) a suspensão da execução da pena não é uma pena de natureza diferente da pena de prisão efectiva" (40).

A isso se acrescenta que "não existe violação do caso julgado, por a suspensão o não formar de forma perfeita, já que a suspensão pode vir a ser alterada, quer no respectivo conditionalismo, quer na sua própria existência se ocorrerem os motivos legais referidos nos arts. 50.º e 51.º ou 78.º e 79.º do C. Penal" (41).

Desta forma simples, para não dizer simplista, através dos argumentos de que a suspensão da execução da pena de prisão não se distingue da execução da pena de prisão, e de que a suspensão também pode ser revogada nos termos do art. 56.º do CP, a jurisprudência afasta de uma penada a garantia constitucional do caso julgado daquela pena de substituição. Este entendimento jurisprudencial não só não se coaduna com o estatuto dogmático da pena de suspensão da execução da pena de prisão (42), como é ilegal.

(40) Ac. do STJ de 4-6-1998 (Proc. 333/98), *apud* Ac. do STJ de 27-4-2005 (Proc. n.º 05P897). Com palavras praticamente idênticas, MESSOURA, Paulo Dá, *O Curso de Penas*, p. 97, afirma que "o caso julgado que não pode ser atingido circunscribe-se à medida da pena parcelar concretamente determinada e não abrange a forma da sua execução. Ou seja, a suspensão da execução da pena de prisão não é uma pena de natureza diferente da pena de prisão efectiva. Pelo que, não existe nenhum fundamento para exceptuar o art. 79.º do CP 82 (art. 78.º, da Red. 95) em casos em que uma das penas a cumular tem a sua execução suspensa, pois não se trata de cúmulo jurídico de penas compostas".

(41) Ac. do STJ de 4-3-2004 (Proc. n.º 03P2393), *in*: www.dslj.pt.

(42) Cf., por todos, DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 508 e ss., e RODRIGUES, Anabela, «Critério de Escolha das Penas de Substituição», p. 21 e ss.

Em relação ao segundo argumento — o de que a suspensão da execução da pena de prisão não forma o caso julgado de um modo perfeito, uma vez que pode sempre ser revogada, tal como o prevê o art. 56.º do CP — basta dizer que confunde duas realidades perfeitamente distintas: a revogação da pena decorrente da violação das regras legais de execução dessa mesma pena, fruto de comportamentos que revelam que as finalidades que estiveram na base da sua aplicação não puderam, por meio dela, ser alcançadas, e a revogação que resulta do conhecimento superveniente do concurso. A revogação da suspensão da execução da pena de prisão prevista no art. 56.º do CP não ofende o caso julgado, porque respeita à execução da própria pena de substituição. Aquela que é condenado numa pena de substituição sabe que se não cumprir as injunções ou violar as proibições que da mesma resultam a poderá ver revogada e ser obrigado a cumprir a pena principal. Se assim não fosse seria a própria eficácia político-criminal das penas de substituição que cairia por terra. Por isso que se o condenado pura e simplesmente não cumpre as regras de conduta que lhe são impostas ao abrigo de uma pena de suspensão da execução da pena de prisão, não paga a multa de substituição que lhe foi aplicada ou se recusa a prestar o trabalho comunitário a que foi condenado e ao qual deu a sua prévia concordância, a pena de substituição respectiva deve ser revogada e o agente tem de cumprir a pena de prisão principal que lhe foi concretamente aplicada. O destino do condenado está, por assim dizer, nas suas próprias mãos, o que por si só torna logo ilegítimo equiparar a esta situação aquela com que nos deparamos no conhecimento superveniente do concurso. Além disso, a revogação da pena de substituição que a jurisprudência defende no âmbito do conhecimento superveniente do concurso nada tem a ver com a execução da pena de substituição aplicada e com as regras legais a ela respeitantes, mas antes com a circunstância de o agente ter cometido outros crimes para além daquele pelo qual foi punido na pena de substituição e nessa medida tem de ser submetida ao crivo do caso julgado.

O argumento central para afastar a pena de suspensão da execução da pena de prisão do âmbito do princípio do *non bis in idem* é, todavia, o da sua concepção como uma modalidade de execução da pena de prisão. Ora, do regime legal da pena de suspensão da execução da pena de prisão não resulta que a mesma constitua um modo de execução da pena de

prisão, mas antes que se trata de uma autêntica pena, perfeitamente distinta e autónoma da pena de prisão: "a suspensão da execução da pena de prisão não representa um simples *incidente*, ou mesmo só uma *modificação da execução da pena*, mas uma pena autónoma e, portanto, na sua aceção mais estrita e exigente, uma *pena de substituição*" (43).

Só a consideração de que a suspensão da execução da pena de prisão é uma pena *de per se*, diferente e independente da pena de prisão, se mostra aderente à realidade e é compatível com uma perspetiva estruturada e coerente do regime legal da suspensão da execução da pena de prisão.

Se a suspensão da execução da pena de prisão for uma forma de execução da pena de prisão, como defende a jurisprudência, então poderíamos concluir pela existência de penas de prisão totalmente executadas em liberdade. Um mínimo de atenção à realidade e ao sentir social é suficiente para rejeitar essa construção: uma pena de prisão que pudesse ser integralmente cumprida em liberdade não seria já, na realidade, uma pena de prisão.

A disciplina legal da pena de suspensão da execução da pena de prisão torna-se, além disso, incompreensível se ao nível da sua natureza esta pena for identificada com a pena de prisão e for considerada como um incidente de execução desta, tal como vem entendendo a jurisprudência. O certo é que o regime legal não consente esse modo de conceber a suspensão da execução da pena de prisão. Contra esse entendimento depõe, desde logo, a circunstância de a duração da pena de suspensão da execução da pena de prisão poder ser superior à duração da pena de prisão substituída (art. 50.º-1 e 5 do CP) — por contraposição considera-se que a liberdade condicional constitui um incidente de execução da pena de prisão precisamente por ter uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir (art. 61.º-6 do CP) (44). A isto

(43) DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 511.

(44) Cf. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, § 834 e s., e COSTA, António Manuel de Almeida, «Passado, Presente e Futuro da Liberdade Condicional no Direito Português», *BFDUC*, 1989, p. 433: "renunciando a reconduzir a figura a uma natureza «híbrida» ou «mistra», a meio

acresce que se a suspensão da execução da pena de prisão fosse considerada como uma forma de execução da pena de prisão, então o tempo decorrido durante a execução da mesma deveria ser tido como tempo de cumprimento da pena de prisão e nele imputado, o que colide com o disposto no art. 56.º-2 do CP.

Ao considerar a suspensão da execução da pena de prisão como um modo de cumprimento da pena de prisão, apesar de nominalmente a qualificar como pena de substituição, a jurisprudência subverte por completo o significado e a função das penas de substituição, cujo conceito, segundo Anabela Rodrigues, "é, de resto, entre nós, um conceito cuja delimitação, para além de ser dogmática é, fundamentalmente, histórica. Neste sentido se podendo dizer que de substituição serão todas as penas a cuja origem histórica está ligado um significado de reacção contra a prisão" (45). Identificando a pena de suspensão da execução da pena de prisão com a pena de prisão, a jurisprudência nega, assim, na prática o seu carácter de pena de substituição e contraria toda uma evolução dogmática, político-criminal e legislativa perfeitamente consolidada entre nós.

A concepção jurisprudencial da pena de suspensão da execução da pena de prisão como um incidente de execução da pena de prisão, para efeito da formação de uma pena única conjunta em caso de conhecimento superveniente do concurso, deve assim reputar-se ilegal. Perpetuada a suspensão da execução da pena de prisão como verdadeira pena que é, como pena de substituição, não pode a mesma deixar de considerar-se abrangida pela garantia constitucional do caso julgado quando se pretenda proceder à sua revogação em ordem a formar uma pena única conjunta de prisão efectiva.

6. Contra a prática da anulação de penas de substituição aplicadas por condenações transitadas em julgado no âmbito do conhecimento do concurso há ainda a assinalar uma objecção de outra ordem

caminho entre a pena e a medida de segurança — como sucedeu no passado —, entende-se, portanto, que ela deve conceber-se como um «incidente» da execução da prisão. (...) Daí que, na conformação do seu concreto regime jurídico, se mostre aconselhável proibir que ultrapasse o tempo de prisão a executar".

(45) RODRIGUES, Anabela, «Critério de Escolha das Penas de Substituição», p. 3.

e que é a que se prende com as finalidades preventivo-especiais relacionadas com as penas de substituição.

Um dos motivos que justificam a preferência pelo sistema do cúmulo jurídico em detrimento da acumulação material é a convicção de que aquele leva vantagem sobre esta sob um ponto de vista preventivo-especial. Um programa de ressocialização será provavelmente mais bem sucedido quando realizado no quadro da execução de uma única pena do que no âmbito da execução de várias penas, *maxime* quando estas sejam penas de prisão.

Esta regra de probabilidade pode, no entanto, ser na prática infirmada quando ao agente tenha sido aplicada uma pena de substituição, cuja execução tenha sido iniciada. O processo de ressocialização em liberdade a que o condenado adira pode ser abruptamente interrompido com a revogação da pena de substituição no âmbito da qual se promovia essa reintegração social. Sendo dada ordem de prisão ao condenado, o mais provável, aliás, é que se acabem por perder os efeitos positivos que resultaram do cumprimento da pena de substituição. Claro que casos haverá em que o agente teria sempre de cumprir prisão, pelo facto de uma das penas parcelares ser de prisão em medida não passível de substituição. Mas também haverá situações como aquela que foi objecto de apreciação pelo Ac. do STJ em análise em que, a não ter havido recurso da decisão da primeira instância, a arguida teria de cumprir três anos e dez meses de prisão efectiva, não obstante levar a cabo um aparentemente bem sucedido tratamento da sua toxicodependência, em cumprimento de uma pena de suspensão da execução da pena de prisão com regime de prova.

Nesses casos em que nenhuma das penas parcelares é impeditiva da aplicação de uma pena única conjunta que possa ser substituída, há em abstracto a possibilidade de, por aplicação dos critérios de escolha da pena, atender aos efeitos positivos que tenham decorrido de uma pena de substituição parcialmente executada e substituir também a pena única aplicada. Todavia, uma outra prática jurisprudencial entre nós enraizada, de que o STJ fez uso no Ac. que se anota (cf. pontos 6.3 e 6.6 do Ac.), acaba em muitas situações por deitar por terra essa possibilidade. Essa prática é a de encontrar a pena única conjunta através de um critério aritmético: o de somar à pena parcelar mais elevada um terço da soma das outras penas parcelares. Esse critério aritmético não

só é inexplicável (porque um terço e não um quarto, a metade, a totalidade ou qualquer outra fracção?) e destituído de fundamento legal — a pena única conjunta deve ser fixada em função dos critérios e factores de medida da pena do art. 71.º do CP e do critério especial do art. 77.º-1 do CP, a consideração, em conjunto, dos factos e da personalidade do agente — como redunada na determinação, em cúmulo jurídico, de penas concretas que não são passíveis de substituição, acabando por perder-se eventuais efeitos ressocializadores resultantes de penas de substituição cuja execução entretanto se iniciou.

7. Em face do exposto, cremos que há várias boas razões para que se deixe de transpor de um modo incondicionado e irrestrito o regime legal da punição do concurso ao conhecimento superveniente do concurso quando ao agente tenham sido aplicadas penas de substituição por condenações transitadas em julgado. Essa transposição deve ser orientada por um critério teleológico de que resulta uma regra de cúmulo jurídico facultativo sempre que em caso de conhecimento superveniente do concurso se verifique que alguma ou algumas das penas parcelares aplicadas aos crimes em concurso por decisões transitadas em julgado foram objecto de substituição: *ao agente deve ser atribuída a faculdade de optar entre a acumulação das penas parcelares, cumprindo separadamente as várias penas aplicadas aos crimes em concurso, e o cúmulo jurídico, cumprindo uma pena única conjunta.*

Este regime é aquele que melhor se coaduna com a intenção que esteve na base da decisão legislativa de aplicar ao conhecimento superveniente do concurso as regras da punição do concurso e é o único que, pensamos, permite salvar de inconstitucionalidade o regime legal do conhecimento superveniente do concurso quando a formação de uma pena única de prisão efectiva se faça à custa da revogação de penas de substituição aplicadas por condenações transitadas em julgado.

Nuno Brandão
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.