

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 678/03.3PBGMR

Relator: ARMÉNIO SOTTOMAYOR

Sessão: 18 Junho 2009

Número: SJ

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: REVOGADA A DECISÃO RECORRIDA PARA SER SUBSTITUÍDA POR OUTRA

CÚMULO POR ARRASTAMENTO

CÚMULO JURÍDICO

Sumário

I - A punição do concurso de crimes com uma «única pena» pressupõe a existência de uma pluralidade de crimes praticados pelo mesmo agente que tenham em 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.

II - 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.

III - Segundo a corrente que considera possível o “cúmulo por arrastamento” - hoje abandonada pelo STJ - mesmo que alguns dos crimes não sejam anteriores às condenações de cada um dos processos em concurso, os que o são e constituem cúmulo com as condenações anteriores fazem cúmulo com os restantes, efectuando-se um cúmulo jurídico, por arrastamento, das penas aplicadas e a aplicar a todos esses crimes.

Texto Integral

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. No processo nº 678/03.3PBGMR da 2ª Vara de Competência Mista de Guimarães, procedeu-se ao cúmulo jurídico superveniente da pena em que **AA** foi ali condenado com as aplicadas nos processos nº GCSTS do 2º Juízo Criminal de Santo Tirso e nº PAVNG da 2ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia, tendo sido fixada a pena única de 25 meses de prisão.

Discordando da circunstância de, nesse cúmulo, não terem sido contempladas todas as penas em que foi condenado por sentenças já transitadas em julgado, o arguido recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça, tendo extraído da sua motivação as seguintes conclusões:

1ª - O recorrente encontra-se detido no E. P. Coimbra, desde 17 de Janeiro de 2006, em cumprimento de pena à ordem do Proc. nº PQPRT, da 3a Vara Criminal do Porto;

2a - Com o devido respeito, não se concorda com o Acórdão recorrido, na medida em que não cumulou as penas dos processos referidos os Itens 2; 5 e 6 do Acórdão. Entendemos que tais penas são cumuláveis, obtendo-se pena única.

3a - Com o devido respeito, entendemos, no mesmo sentido do Senhor Juiz Presidente e do seu "Voto de Vencido" que, com a devida vénia, aqui transcrevemos:

"VOTO DE VENCIDO"

"Votei de vencido na medida em que, por "arrastamento", incluiria no cúmulo jurídico de penas aquelas que foram impostas no âmbito dos processos comuns nºs ...PQPRT, da 3a Vara Criminal do Porto, SMPRT, da 2a Vara Criminal do Porto, eTBMC, do Tribunal Judicial do Marco de Canaveses. Os argumentos que se vêm esgrimindo a propósito da admissibilidade/inadmissibilidade dos cúmulos por "arrastamento" são sobejamente conhecidos, pelo que nos abtemos de sobre eles nos alongarmos.

Seja como for, porquanto em ambas as teses em confronto o quadro legal do concurso de crimes não é inteiramente respeitado, seja porque não se cumulam penas que estão em concurso seja porque se cumulam penas em que inexistente essa relação de concurso, temos vindo a optar pela realização dos cúmulos por "arrastamento", conforme corrente jurisprudencial que ainda é maioritária".

4a - Entendemos que por "arrastamento", se devia incluir no Cúmulo Jurídico de Penas aquelas que foram impostas nos processos referidos nos Itens 2; 5 e 6 do Acórdão recorrido.

5a - Segundo a Jurisprudência por nós perfilhada (ainda maioritária), mesmo que alguns dos crimes sejam anteriores às condenações de cada um dos

processos, os que o são e por sua vez constituem cúmulo com os das condenações anteriores fazendo cúmulo com as restantes, "acarretam" o cúmulo de todas. É o chamado cúmulo por "arrastamento", o qual é alicerçado fundamentalmente em duas ordens de razões: a) não é possível cumular penas parcelares com cúmulos de penas; b) esta é a solução mais benévola para o arguido. Posição sufragada pelo S.T.J. nos seus Acs. de 2-7-1986 (B.M.J. nº 359, pág. 339), 26-10-1988 (Col. de Jur., ano XIII, tomo 4, pág. 18) e de 5-2-1997 (Proc. nº 992/86).

6a - No caso concreto, ocorreram já, antes desta decisão, operações cumulatórias de penas de prisão que, a cumprir a regra do "não arrastamento" seriam excluídos do cúmulo, com efeitos lesivos para a **situação do recorrente, que veria afectada a paz própria do caso julgado** (as penas declaradas extintas por efeito da perda de autonomia associada à **sua** inclusão *num* anterior cúmulo *jurídico*, seriam novamente reactivadas, determinando-se o seu cumprimento sucessivo em relação à pena única que viesse a ser fixada, já que a última decisão teria por efeito desfazer os cúmulos anteriores, fazendo renascer processos arquivados e criando graves dificuldades de liquidação das penas de prisão e na pacificação da situação do recorrente / condenado).

7a - No caso concreto, estando em causa **uma operação cumulatória a efectuar com penas** declaradas extintas (por efeito da redacção do artº 78, nº 1, introduzida pela Lei nº 59/2007, de 04.09, que suprimiu o trecho mas antes de a respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta), as penas aqui em questão já foram, algumas delas, objecto de prévia, operação de cúmulo, logo **há prejuízo sério e grave** para o arguido na aplicação da regra do "não arrastamento" das penas, acolhida no Acórdão do recorrido, que excluiu do cúmulo, os processos nºs PQPRT da 3a Vara Criminal do Porto; nº ... SMPRT, da 2a Vara Criminal do Porto e o nº ... TBMC, do Tribunal Judicial do Marco de Canaveses.

8a - Acresce que, o trânsito em julgado das condenações referidas nos Itens 5 e 6 do Acórdão recorrido, ocorreu antes, estão em concurso com a referida em 4. Os factos que originaram a condenação referida no Item 2 (Proc. ... PQPRT), foram praticados antes do trânsito em julgado da decisão proferida nestes autos, **pelo que se verifica o concurso de crimes**, e não obstante tal concurso, o Tribunal "a quo" excluiu esta pena do Cúmulo Jurídico.

ga_ Assim, **deve alterar-se a decisão recorrida e ordenar-se a cumulação das penas referidas nos Itens 2; 5 e 6, do Acórdão recorrido, em ordem a aplicar ao arguido, uma pena única** - artº 77, nº 1 "ex vi", artº 78, nº 1, ambos do C.P.

SEM PRESCINDIR E POR MERA CAUTELA

10a - Com o mui devido respeito, a pena única aplicada, 25 meses de prisão, peca por excessiva e ultrapassa a culpa do recorrente evidenciada na prática dos factos.

11ª - No caso concreto, o Tribunal "a quo" encontrou a moldura abstracta de, o mínimo 18 meses de prisão e o máximo 38 meses de prisão - artº 77, do C.P.

12a - Para a fixação da pena única, não atentou, nem ponderou o Tribunal recorrido os factos e a personalidade do agente. **Deve em especial**

ponderar-se que: os crimes cometidos, natureza, gravidade; a evolução favorável da sua personalidade durante a execução da pena de prisão, que evidencia, evolução reflexiva e de arrependimento em relação aos crimes cometidos; o apoio exterior de que beneficia, o que indicia alguma estrutura ressocializadora e de um menor risco de reincidência; o desenvolvimento pessoal e social do arguido que decorreu num sistema familiar disfuncional, carente de estabilidade afectiva e relaciona!. A sua escolaridade (9º ano); o apoio da sua irmã e pais; a sua modesta condição económica e social. À data da prática dos factos, o recorrente era consumidor de produtos estupefacientes, designadamente cocaína, que lhe condicionaram a vontade e livre determinação, o que diminui a ilicitude da conduta. Deixou de consumir; no E.P. está a efectuar tratamento com Metadona; o seu percurso é positivo; trabalha na barbearia do E.P. e está inserido num grupo musical, estando a fazer formação em guitarra clássica; a sua Juventude e validade enquanto pessoa Humana.

13a - Tudo ponderado, uma pena única não superior a 20 meses de prisão, seria mais adequada à culpa e às exigências de prevenção, quer geral, quer especial, sendo ainda suficiente para se atingir os fins insertos nas normas incriminadoras, sendo mais adequada e ainda suficiente, respondendo às suas necessidades de socialização e evitando que reincida.

14a - A decisão recorrida, para além de outras normas e princípios, **violou** os artºs 77; 78, e 81, todos do C.P.; os artºs 471 e 472, ambos do C.P.P.

Em resposta, o Ministério Público na Vara de Competência Mista de Guimarães afasta a possibilidade de se proceder a um cúmulo por "arrastamento", porque tal significa "cumular penas aplicadas a crimes praticados depois do trânsito em julgado das condenações que integram o cúmulo jurídico", pronunciando-se pela manutenção da decisão recorrida e, conseqüentemente, pelo não provimento ao recurso.

Remetidos os autos ao Supremo Tribunal de Justiça, o Ministério Público neste Tribunal, em muito judicioso e fundamentado parecer, depois de ter afastado o cúmulo por arrastamento, pronunciou-se no sentido de ser realizado um

primeiro cúmulo jurídico que englobe as penas aplicadas nos processos referidos na decisão recorrida como 4, 5 e 6, cujas penas estão todas em situação de cúmulo entre si, descontando-se na pena única a pena já cumprida nos termos da parte final do n.º 1 do art. 78º do Código Penal; proceder-se a um segundo cúmulo em que serão englobadas as penas dos processos referidos em 1 e 3, também em situação de cúmulo entre si; apesar de estar em situação de cúmulo com a pena do processo referido em 1, a pena do processo referido em 2 deve excluir-se do cúmulo e ser cumprida autonomamente.

Foi cumprido o disposto no art. 417º nº 2 do Código de Processo Penal, não tendo o recorrente apresentado qualquer resposta.

Os autos aforam a vistos e vêm à conferência para decisão.

2. Depois de referir que o arguido sofreu as condenações nos processos indicados no quadro infra

Processo	Tribunal	Factos	Condenação	Crimes e penas
1 PBGMR	2ª Vara Mista de Guimarães	06-04-2003	24-04-2008 Trânsito: 23-05-2008	Cond. s/carta - 4 meses
2 ... PQPRT	3ª Vara Crim. do Porto	17-01-2006	28-03-2007 14-11-2007 02-04-2008 Trânsito: 21-04-2008	Homicídio - 12 anos
3 Cumulado c/5 - 23 meses - extinta	2º Juízo Crim de S.to Tirso	16-12-2003	31-05-2004 Trânsito: 02-11-2004	Furto qualif. Reincidente - 18 meses Cond. s/carta - 4 meses Cúmulo: 19 meses
4 ... PAVNG	2ª Vara Mista de V.N.Gaia	28-10-1999	18-12-2003 Trânsito: 19-12-2003	Furto . - 9 meses Cond. s/carta - 3 meses Cúmulo: 10 meses

				Furto - 1 ano
				Dano - 7 meses
5	... SMPRT (ex 7/01)	2ª Vara Crim. do Porto	05-10-1999	21-05-2001
				Trans.
				Cond. s/carta - 5 meses
				Cúmulo: 1 ano e 4 meses
				Resistência e coacção s/func. - 2 anos
6 TBMCD	Macedo de Cavaleiros	07-12-1999	13-04-2000
				Trânsito:
				12-05-2000
				Cond. s/carta - 6 meses
				Cúmulo: 2 anos e 4 meses

o tribunal colectivo decidiu proceder ao cúmulo pela forma seguinte:
 Nos termos do art. 78.º do Cód. Penal, há que cumular juridicamente as penas identificadas nos pontos 1, 3 e 4 supra, uma vez que se encontram entre si numa relação de concurso, a tal não obstante o facto destas duas últimas penas já terem sido cumuladas entre si, importando agora desfazer esse cúmulo, nem o facto da pena única aplicada já estar extinta pelo cumprimento

Do presente concurso excluir-se-ão as penas referidas nos pontos 2, 5 e 6. Como decorre do disposto no n.º 1, do art. 77º do Cód. Penal, que define as regras da punição [do] concurso, inclusivamente nas situações em que o mesmo é objecto de conhecimento superveniente, só se procede ao cúmulo jurídico das penas relativas aos crimes praticados antes do trânsito em julgado da condenação por qualquer deles, afastando, assim, a lei o denominado "cúmulo por arrastamento".

Ora, o trânsito em julgado das condenações referidas nos pontos 5 e 6 ocorreu depois da prática dos factos que justificaram a condenação referida em 4, mas antes da prática dos factos que justificaram as condenações referidas em 1 a 3. Assim, as penas referidas nos pontos 5 e 6, não estão em concurso com a pena aplicada nestes autos (nem com as penas referidas em 2 e 3), pelo que, apesar de estarem em concurso com a pena referida em 4, devem ser excluídas do cúmulo.

Por sua vez, os factos que justificaram a condenação referida em 2 foram praticados antes do trânsito em julgado da decisão proferida nestes autos, mas depois do trânsito em julgado das restantes condenações. Assim, aquela pena está em concurso com a pena aplicada nestes autos, mas não o está com as

restantes. Ora, não sendo a condenação destes autos que determina as penas em concurso, mas sim a primeira das condenações em concurso - no caso a referida em 4 - também a pena referida em 2 deve ser excluída do cúmulo.

3. O recorrente defende que deve ser condenado numa única pena, que englobe todas as pena parcelares que lhe foram aplicadas por decisão transitada em julgado. Para tanto, teria de ser feito um cúmulo “por arrastamento”, conforme propugnou o juiz presidente do tribunal colectivo na sua declaração de voto.

Fala-se em “cúmulo por arrastamento”, quando «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». Dito de outro modo: mesmo que alguns dos crimes não sejam anteriores às condenações de cada um dos processos em concurso, os que o são e constituem cúmulo com as condenações anteriores fazem cúmulo com os restantes, acarretando o cúmulo de todas as penas. Como é sabido, “a punição do concurso de crimes com uma «única pena» pressupõe 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.” (cfr. ac. STJ de 17-03-2004 - Proc. 4431/03).

Criticando o “cúmulo por arrastamento, Paulo Dá Mesquita (*O Concurso de Penas*, pág. 64), refere que, nos arts. 77º eº 78º do Código Penal, na redacção de 1995, “visa-se punir os casos de concurso de penas com uma pena conjunta, que tem como limite superior a soma das várias penas concretas e limite inferior a pena parcelar mais greve, em que se considerem, em conjunto, os factos e a personalidade do agente”

E continua: “Como já foi sublinhado, caso não existissem essas normas, os casos que são punidos através do cúmulo jurídico das penas parcelares seriam resolvidos através de uma mera acumulação material destas penas. ...

Contudo, esse sistema de cúmulo jurídico das penas não pode ser aplicado em todos os casos em que um agente tenha em diversas ocasiões sido condenado em diferentes penas parcelares, mas tão só no caso de concurso de penas e já não nos de sucessão de penas. ... Existe outra razão que torna inadmissível a

aplicação indiscriminada do sistema do cúmulo jurídico de penas a todos os casos de concursos de crimes, pois essa solução seria incompatível com a pretendida análise conjunta dos factos quando uns são anteriores e outro(s) posterior(es) à solene advertência constituída por uma condenação transitada em julgado”.

A corrente que considera possível o “cúmulo por arrastamento” encontra-se hoje abandonada pelo Supremo Tribunal de Justiça. Por isso a decisão recorrida merece reparo quanto a esse aspecto.

4. Tal como sucede com as demais penas, é lícito ao Supremo, no recurso de revista, sindicat a decisão de determinação da medida da pena, quer quanto à correcção das operações de determinação, à indicação dos factores que devam considerar-se irrelevantes ou inadmissíveis, ao desconhecimento pelo tribunal ou à errada aplicação dos princípios gerais de determinação, quer quanto à questão do limite da moldura da culpa, bem como a forma de actuação dos fins das penas no quadro da prevenção, mas já não a determinação, dentro daqueles parâmetros, do *quantum* exacto da pena, salvo perante a violação das regras da experiência, ou a sua desproporção da quantificação efectuada. (Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português - II - As Consequências Jurídicas do Crime. cit.*, pág. 197)

Como se referiu, o acórdão recorrido procedeu ao cúmulo das penas dos processos nº PBGMR da 2ª Vara Mista de Guimarães [proc. nº 1], nº ... GCSTS do 2º Juízo Criminal de Santo Tirso [proc. nº 2] e nº ... PAVNG da 2ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia [proc. nº 4].

Embora não tendo procedido às operações próprias do “cúmulo por arrastamento”, no que merece a concordância deste Supremo Tribunal, a decisão recorrida, no cúmulo que levou a efeito, não cumpriu, com o necessário rigor, as normas do Código Penal.

Com efeito, não teve na consideração devida a alteração ao artigo 78º nº 1 do Código Penal, introduzida pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que, ao eliminar o segmento da norma “mas antes de a respectiva pena estar cumprida, prescrita ou extinta”, que imediatamente se seguia à expressão “transitada em julgado”, passou a permitir que penas cumpridas, prescritas ou extintas integrem o cúmulo.

Em consequência desta inobservância, a decisão recorrida ignorou em absoluto a pena aplicada no proc. nº ... SMPRT (ex 7/01) da 2ª Vara Criminal do Porto [proc. nº 5], que havia sido cumulada com a pena do proc. nº ... PAVNG da 2ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia [proc. nº 4] numa pena única de 23 meses, extinta pelo cumprimento. Nesses processos foi o recorrente

condenado por factos praticados em 05-10-1999 e em 28-10-1999, respectivamente; deste modo, tais penas estão em situação de serem cumuladas com as penas de 2 anos de prisão e de 6 meses de prisão, que foram aplicadas no proc. nº ... TBMCD, do Tribunal Judicial de Macedo de Cavaleiros [e não Marco de Canaveses, como, por lapso, consta do acórdão recorrido e do parecer do Ministério Público] por sentença de 13-04-2000, que transitou em julgado em 12-05-2000 [proc. nº 6]. É esta data que deve ser considerada como limite para efeito de cúmulo das penas aplicadas por crimes anteriormente praticados, sendo indiferente que as sentenças condenatórias sejam de data posterior.

Conforme bem refere o Ministério Público no seu parecer, no cúmulo que deverá ser levado a efeito entram as penas aplicadas nos processos ... PAVNG da 2ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia, nº ... SMPRT (ex 7/01) da 2ª Vara Criminal do Porto e nº ... TBMCD do Tribunal Judicial de Macedo de Cavaleiros, indicadas no quadro supra com os números de ordem 4, 5 e 6, mas nenhuma outra das restantes penas, uma vez que punem crimes que foram praticados em data posterior à do trânsito em julgado do processo nº ... TBMCD.

Quanto a estas outras penas, verifica-se que a aplicada no processo nº ... NPBGMR, ou seja nos presentes autos, e bem assim as fixadas no processo nº ... GCSTS, indicadas no quadro com os números de ordem 1 e 3 devem ser cumuladas entre si, por o trânsito em julgado da sentença condenatória deste último processo ter ocorrido em 02-11-04 e as datas de prática dos crimes que determinaram essas condenações serem 06-04-2003 e 16-12-2003.

Finalmente e quanto à pena aplicada no proc. ... PQPRT, da 3ª Vara Criminal do Porto, instaurado por homicídio voluntário ocorrido em 17-01-2006: é certo que a pena aplicada por este crime poderia ser cumulada com a dos presentes autos (proc. ... PBGMR - nº 1 do quadro supra). Todavia, sendo o cúmulo fixado pelo trânsito em julgado que ocorrer em primeiro lugar, a pena aplicada no referido proc. nº ... PQPRT não pode ser cumulada com as penas fixadas no proc. nº ... GCSTS, uma vez que o crime objecto daquele processo foi praticado em 17-01-2006, portanto em data posterior ao trânsito em julgado da decisão do mencionado proc. nº ... GCSTS, o qual ocorreu em 02-11-2004.

5. Não tendo o acórdão recorrido observado os preceitos legais em vigor no momento da decisão, forçoso se torna revogá-lo, devolvendo o processo à 1ª instância a fim de aí se proceder a dois novos cúmulos: um, entre as penas aplicadas nos proc. nºs ... PNGMR e ... GCSTS; outro, entre as penas fixadas no proc. nº ... PAVNG, por acórdão que transitou em julgado em 19.12.2003, com as penas dos procs. nºs ... SMPRT e ... TBMCD, observando que as penas

dos proc. nº ... PAVNG e ... GCSTS anteriormente já haviam sido cumuladas entre si numa pena única de 23 meses de prisão, a qual já foi cumprida e que deve ser descontada na pena única que vier a ser fixada.

As duas penas únicas serão cumpridas sucessivamente pelo recorrente, que, também sucessivamente, cumprirá a pena aplicada no proc. nº ... PQPRT, a qual não integra nenhum cúmulo.

DECISÃO

Termos em que acordam em conferência no Supremo Tribunal de Justiça em revogar a decisão recorrida, embora por razões diversas das que fundamentam o recurso do arguido, a fim de, após baixa dos autos, serem efectuados dois cúmulos, um entre a pena aplicada nos presentes autos e a pena do proc. ... GCSTS; outro entre as penas dos procs. nºs PAVNG, SMPRT e TBMCD, cuja pena única será descontada de 23 meses de prisão, já cumprida.

As penas únicas resultantes das duas operações de cúmulo serão cumpridas sucessivamente, o mesmo sucedendo com a pena aplicada no proc. ... PQPRT. Custas pelo recorrente com taxa de justiça de 2 UC

Lisboa, 18 de Junho de 2009

Arménio Sottomayor (Relator)
Souto de Moura