

Concurso de crimes, pena única e pena relativamente indeterminada

Nélson Fernandes
Juiz Desembargador

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema; 2. Concurso de crimes e pena relativamente indeterminada (PRI): natureza e regime da PRI; concurso de crimes com inclusão de PRI; 3. Análise crítica de algumas soluções em confronto; 4. Tomada de posição e sua relevância ao nível da execução. Teoria do vicariato; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Mantendo as problemáticas referentes ao concurso de crimes manifesta atualidade, não sendo raros os casos em que por decorrência de abordagens teóricas nem sempre coincidentes se afirmam soluções diversas, pretende-se abordar, com o objetivo de se participar na procura de respostas, em particular as questões emergentes da conjugação dos regimes do cúmulo jurídico de penas (CJP) e da pena relativamente indeterminada (PRI).

Para tanto, necessário se torna lembrar, ainda que de forma superficial, alguns princípios gerais do concurso de crimes, para de seguida se procurar conjugar ambos os regimes, em particular quanto à sua adequação prática, quer no momento da aplicação das penas quer, ainda, da sua execução.

Cumprindo o primeiro objetivo, havendo que partir-se do critério estabelecido por lei para a punição do concurso de crimes no artigo 77.º do Código Penal, deparamo-nos no seu n.º 1 com o núcleo regulador da atividade jurisdicional, dirigida ao juiz no momento em que se depara com a prática, pelo mesmo agente, de vários crimes, atividade aquela obrigatoriamente dirigida a factos concretos e não a abstrações, bem como a uma personalidade concreta (de um agente determinado). Ou seja, tal como se impõe no artigo 71.º para a determinação da medida da pena – em que se exige uma atividade concretizada na procura do ponto que chamarei de equilíbrio ponderado entre a culpa do agente e as exigências de prevenção e que permitirá definir, dentro da moldura abstrata^[1], o *quantum* da pena concreta –, também na operação de procura da pena única ajustada para o concurso de crimes o juiz tem o mesmo dever funcional de definição concretizada em factos concretos e numa dada personalidade – na *medida da pena* serão considerados, *em conjunto, os factos e a personalidade do agente*.

No entanto, porque estamos perante vários factos, há que formular um juízo único que esses abarque, por direta referência à personalidade concreta do agente, encontrando depois, entre o máximo e o mínimo da moldura obtida e cujos critérios são também dados por lei (afinal, à semelhança do que ocorre com a moldura abstrata da pena com que o julgador se depara para cada um dos crimes, em que lhe é dado também um máximo e um mínimo), a medida concreta da pena única, através de uma operação de determinação que tenha em conta todos os factos, a culpa e as exigências de prevenção.

Deste modo, também aqui se estabelece um critério de determinação da pena conjunta que, apesar de não ser totalmente coincidente com o critério de determinação das penas parcelares – já que há que respeitar, ainda, as regras específicas estabelecidas no artigo 77.º –, radica afinal no mesmo primado essencial, de tal forma que o cúmulo jurídico de

[1] Também aqui, à semelhança do que ocorre com um qualquer tipo legal de crime específico, em que o legislador prescreve a moldura abstrata da pena, se estabelece legalmente uma moldura

abstrata do concurso, a obter de acordo com os critérios definidos no artigo 77.º, n.º 2, do Código Penal: “a pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplica-

das aos vários crimes (...) e como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes”.

penas não se resume a uma pura operação aritmética de adição das várias penas parcelares, nem se destina, tão só, a quantificar a pena conjunta a partir dessas mesmas penas. Diversamente, tratando-se de uma avaliação unitária da personalidade do agente, essa deverá evidenciar se o conjunto dos factos demonstra uma tendência criminosa, pois que só nesse caso, e já não se apenas estiver em causa uma mera pluriocasionalidade não radicada na personalidade, se justificará atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta, onde não deverá esquecer-se, também, o próprio efeito de ressocialização previsível da pena sobre o comportamento do agente^[2], por não ser hoje aceitável que essa tenha uma qualquer função predominantemente retributiva^[3].

2. CONCURSO DE CRIMES E PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA

Para que possamos definir mais facilmente os contornos da questão, importa relembrar, ainda que de forma mais uma vez breve, o historial jurídico deste tipo de pena.

[2] A esse propósito, Figueiredo Dias – Direito Penal Português, Ed. Notícias, Lisboa, 1993, p. 291 - refere 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 pluriocasionalidade que não radica na personalidade: só no primeiro caso, já não no segundo, será cabido atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta. De grande relevo será também a análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento do agente (exigências de prevenção especial de socialização)».

[3] A respeito da fundamentação do cúmulo jurídico escreveu Germano Marques da Silva – Direito Penal Português, Verbo, Lisboa, 1999, II, p. 165, que «a pena não tem uma função exclusiva ou predominantemente retributiva, de compensação do mal do crime com o mal da pena, mas essencialmente uma função de prevenção de futuros crimes. Espera-se que o cumprimento da pena sirva de advertência ao arguido para o respeito da lei, o eduque para o respeito da legalidade. Por isso que ou se acredita que a pena tem efetivamente essa função educativa e se tem necessariamente de atribuir alguma relevância à pena cumprida ou não se acredita e então a pena reveste natureza puramente retributiva». Desta forma, acres-

centa o mesmo Professor, «se, tendo o agente praticado vários crimes antes da condenação por qualquer deles, devesse cumprir cumulativamente todas as penas correspondentes a qualquer dos crimes, isso significaria que a lei não considerava o efeito reintegrador da pena, pois não atribuía qualquer efeito ao cumprimento da primeira das penas executadas. Pelo contrário, se se aceita que a execução da pena tem efetivamente efeito preventivo, reintegrador do delinquente na sociedade em ordem em educá-lo para respeitar a lei, não se justificaria que não fosse atribuída qualquer relevância à execução de uma das penas e fosse necessário executá-las todas para realizar a sua função de prevenção especial».