

**Notas da teoria geral da infracção
na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais
com vítimas menores de idade¹**

Introdução

Proponho-me reflectir sobre temas da teoria geral da infracção que se colocam frequentemente na perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade.

Ensaiarei uma abordagem essencialmente prática, com conclusões não ao nível do preenchimento da tipicidade – sobre os tipos de crime se pronunciaram as senhoras oradoras que me antecederam –, mas da tentativa de resolução de problemas práticos que convocam noções da teoria geral da infracção.

Partirei do facto, mas do facto já *descoberto* ou *revelado*, tal como ele se apresenta no processo ao julgador.

Sobre provas, deixarei no entanto uma nota muito breve, nota meramente de passagem para os factos cuja subsunção jurídica se impõe, e justificativa da selecção do tema que me proponho abordar:

Na expressão atribuída a T. E. Lawrence “nunca confies no contador, confia no conto”.

Só que, no processo judicial penal, raramente há *conto* sem *contador*.

Ora, os crimes sexuais contra vítimas menores de idade, assim como os crimes sexuais em geral, ocorrem por regra na reserva da privacidade. São por isso crimes em cuja revelação do facto assume particular importância o depoimento ou declaração da testemunha-vítima, crimes relativamente aos quais, na maioria dos casos, *o contador* se resume à pessoa da vítima.

Só que, nos processos de que nos ocupamos hoje, temos uma vítima especial – a vítima *criança* / a vítima *menor de idade* – que pode revelar particulares dificuldades tanto na reconstituição interna do facto como na construção do seu próprio discurso narrativo.

Temos, pois, de aceitar como natural que, numa grande parte destes casos julgados em tribunal, o cumprimento do imperativo legal de ir até ao limite da dúvida

¹ O presente texto serviu de base a uma intervenção proferida no âmbito de uma acção de formação contínua – *Crimes contra a autodeterminação sexual e crimes contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade* – organizada pelo CEJ e realizada em Évora a 3 de Junho de 2011, repetida a 25 de Novembro de 2011, no âmbito do curso *Temas de Direito Penal e Processual Penal*, organizado pelo CEJ na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Foram feitas algumas correcções, mas optou-se por manter o tom coloquial de origem. Encontra-se publicado na *Revista do CEJ* n.º 15, pp 293-316.

razoável não salva o julgador de se deparar com a ausência de concretização de factualidade juridicamente muito importante.

Refiro-me à ausência de resposta precisa às perguntas “quando?”, “quantas vezes?”. E que nos coloca perante um problema que desdobrarei da forma seguinte:

- Problema da indefinição ou indeterminabilidade do número de vezes em que os factos ocorrem, que por sua vez nos conduz à temática da unidade e pluralidade de factos e, por via desta, à da unidade e pluralidade de infracção e ainda à do crime continuado;

- Problema da compatibilidade (ou não) da figura da continuação criminosa com a natureza do bem jurídico tutelado por estes crimes;

- Problema da narração/definição da matéria de facto e sua precisão/delimitação versus a matéria de direito.

Será este o tema da minha intervenção.

I. Enunciado do tema: o concurso homogéneo

São exemplos frequentes de descrição de factualidade provada com que se depara o julgador, ao que ora interessa, os seguintes:

“No período compreendido entre Janeiro e Março de 2010, por um número indeterminado de vezes, o arguido...”, “Nalguns fins-de-semana do ano de 2009, a arguida...”, “Em data indeterminada situada entre início de 2008 e finais de 2010, por várias vezes, às sextas-feiras, dia em que a vítima ficava sozinha em casa, os arguidos...”.

Esta imprecisão ou ausência de concretização factual *total* redundando na impossibilidade de determinação do número concreto de vezes em que os factos ocorrem, ou seja, sabe-se que tiveram lugar *muitas* vezes, ou *algumas* vezes, ou *várias* vezes, mas é impossível precisar o seu número exacto.

Em suma, há que responder sempre à pergunta “quantos crimes?”, e tendo como único ponto de partida a matéria de facto.

Pressupondo como já resolvida a *quaestio juris* da tipicidade – isto é, pressupondo que está preenchido o tipo penal (não é esta a nossa temática) –, situemo-nos na questão da *unidade* ou *pluralidade* de factos, dentro de um mesmo tipo de crime.

Referimo-nos ao concurso homogéneo, onde se determina o número de crimes pelo “número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido pela conduta do

agente”²; referimo-nos à decisão sobre a unidade ou pluralidade de infracções, tema central da dogmática penal.

II. As posições de Eduardo Correia e Figueiredo Dias

À unidade ou pluralidade de crimes chamou Eduardo Correia “um dos mais torturantes problemas de toda a ciência do direito criminal”³. Cavaleiro de Ferreira⁴, Eduardo Correia⁵, Figueiredo Dias⁶, desenvolveram um importante trabalho de concretização conceptual, demonstrando mais recentemente José Lobo Moutinho⁷, Duarte de Almeida⁸ e João da Costa Andrade⁹ a actualidade da controvérsia.

Tudo para reconhecer que se trata de questão verdadeiramente complexa e que não deve ser resolvida no puro campo da abstracção ou do exercício sobre normas, não se podendo desligar da situação de vida e da razoabilidade da resposta final a que tal exercício possa conduzir.

Mas à importância reconhecida pela doutrina nem sempre tem correspondido uma preocupação de rigor judiciário. Tratamos por vezes a questão, no processo, com alguma pressa, sem a discutir devidamente, nem na decisão sobre o inquérito, nem na sentença; ou seja, passamos-lhe por cima, ou ao lado.

Pensemos neste quadro factual:

“No ano de 2010, o arguido, por diversas vezes, abusou sexualmente do menor-vítima; parte dos abusos ocorreram em casa do menor e outros em casa do arguido”.

Não se consegue concretizar *em que datas* nem *quantas vezes*.

Que conclusão jurídica retirar no que respeita ao número de infracções?

Será correcto imputar ao arguido dois crimes, seguindo, por exemplo, um critério que poderíamos denominar de tendencialmente *espacial* ou *geográfico*? Ou

² Na redacção do art. 30º, nº1, do Código Penal (CP).

³ Correia, Eduardo, “Unidade e Pluralidade de Infracções”, in Correia, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal* (reimpr.), Coimbra: Almedina, 1963 (pp. 7-291), p. 13.

⁴ V. Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982* (reimpr. da 4ª ed., 1992), Coimbra: Almedina, 2010, pp. 519 e ss.

⁵ V. Correia, Eduardo, ob. cit.; para uma versão resumida da mesma doutrina, v. Correia, Eduardo, *Direito Criminal II* (reimpr.), Coimbra: Almedina, 1968, pp. 197 e ss.

⁶ V. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral I. Questões Fundamentais: a Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1ª ed., 2004), pp. 977 e ss.

⁷ V. Moutinho, José Lobo, *Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

⁸ V. D’Almeida, Luís Duarte, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2004.

⁹ V. Andrade, João da Costa, *Da Unidade e Pluralidade de Crimes. Doutrina Geral e Crimes Tributários*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora, 2010.

considerar que cometeu um só crime por ter invariavelmente agido num quadro de uma única resolução criminosa?

Sabemos que a nossa lei escolheu como factor decisivo a unidade ou pluralidade de tipos legais de crime violados.

Num resumo possível, atenta a escassez de tempo, recordemos o contributo de dois Mestres incontornáveis sobre o concurso homogéneo – realização plúrima do mesmo tipo de crime –, na estrita medida do indispensável à resolução do nosso problema.

Para Eduardo Correia, o tipo legal é “o portador, o interposto da valoração jurídico-criminal”. Se a antijuridicidade de uma relação social começa por se exprimir pela possibilidade da sua subsunção a um ou vários tipos de crime, então essa possibilidade é a primeira chave para determinar a unidade ou pluralidade de crimes em que tal relação se sintetiza e desdobra¹⁰.

Mas as normas penais não são apenas *normas de valoração objectiva*. São também *normas de determinação*, na medida em que intervêm (querem intervir) decisivamente no processo de motivação do indivíduo. Pelo que é na concreta violação desta norma de determinação que assenta o juízo de censura em que se estrutura a culpa¹¹.

Fácil se torna então concluir que a uma reiterada ineficácia da *mesma norma de determinação* corresponderão plúrimos juízos concretos de reprovação. E o critério para averiguar a existência dessa reiteração é o da pluralidade de resoluções – determinações da vontade – pelas quais o agente actuou: se foram tomadas duas ou mais resoluções no desenrolar da actividade criminosa, então duas ou mais vezes falhou a eficácia determinadora da norma. E por cada vez que tal sucedeu há um fundamento para o juízo de censura em que se estrutura a culpa¹².

Surge então o problema de saber em que condições se pode afirmar tal pluralidade de processos resolutivos, ou seja, quando estamos em presença de *uma* ou de *várias* resoluções criminosas.

Do facto de ter lugar uma série de actividades não decorre necessariamente que diversas manifestações de vontade lhe correspondem.

¹⁰ V. Correia, Eduardo, “Unidade...”, pp. 86 e ss.

¹¹ V. *idem*, pp. 93-94.

¹² V. *idem*, pp. 94-95.

Onde encontrar então o índice da unidade ou pluralidade de determinações volitivas no sentido que interessa aqui?

Ou seja, quando podemos dizer que estamos perante uma ou mais resoluções criminosas?

Sempre segundo Eduardo Correia, não podemos deixar de atentar no modo como se desenvolveu o acontecimento exterior e, em particular, na conexão temporal que liga os vários momentos da conduta do agente. Assim, há uma pluralidade de resoluções sempre que medeie entre as actividades do agente um intervalo de tempo tal que, de acordo com as conhecidas leis psicológicas da comum experiência das coisas, possamos afirmar que o agente as levou a cabo sem qualquer renovação do processo de motivação¹³.

E à crítica de que, segundo esta posição, é decisivo não o que se passa efectivamente na cabeça do agente mas um critério de normalidade, substituindo, assim, a verdade por uma ficção, responde o autor que o critério da conexão temporal não é rígido, admitindo a prova de que o agente se determinou efectivamente de forma diversa da que resulta do critério da conexão temporal. E isto vale tanto para dizer que, apesar da estreita conexão temporal, poderá vir a provar-se a pluralidade de resoluções criminosas, como também para aceitar que “actos executivos da mesma resolução podem desenvolver-se em tempos diversos”¹⁴.

Em síntese, para Eduardo Correia, o número de vezes de preenchimento do tipo pela conduta do agente conta-se pelo número de juízos de censura de que o agente se tenha tornado passível, o que, por sua vez, se deve reconduzir à pluralidade de processos resolutivos, resoluções ou decisões criminosas.

Figueiredo Dias apresenta uma construção diferente¹⁵.

E temos para nós como boa, por conducente a resultado justo por via de correcta interpretação da lei, a solução proposta por este autor para o problema da clarificação de *mesmo crime*.

Referimo-nos ao seu critério da *unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global*.

Considera o autor que, sendo o crime o facto punível, ele traduz-se numa violação de bens jurídico-penais que preenche um determinado tipo legal. O núcleo

¹³ V. *idem*, pp. 96 e ss.

¹⁴ V. *idem*, pp. 98-100.

¹⁵ V. ob. e loc. cit. na n. 6.

dessa violação não é o mero actuar do agente, nem o tipo legal que o integra, mas o ilícito-típico: o que está em causa é, assim, determinar a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica em que o significado do comportamento global do agente se traduz – e é essa determinação que decide da unidade ou pluralidade de crimes¹⁶.

Ora, ocorrem frequentemente situações em que *vários tipos penais* são concretamente aplicáveis – ou, para o que nos interessa, *o mesmo tipo* é várias vezes preenchido pelo comportamento do agente. Numa situação deste tipo, podem distinguir-se os casos (mais “normais”) em que a esta pluralidade corresponde uma outra pluralidade de sentidos sociais de ilicitude típica (concurso efectivo ou próprio) daqueles em que, *apesar de serem vários os tipos preenchidos*, retira-se do comportamento global do agente um *sentido de ilicitude dominante* – ou, nos casos de concurso homogéneo (em que *o mesmo tipo é preenchido várias vezes*) um *único sentido de ilicitude* (concurso aparente ou impróprio).

Este pensamento, ao privilegiar o significado do comportamento global no apuramento do(s) sentido(s) material(is) de ilicitude, é teleologicamente orientado a uma valoração normativa “a partir da consequência”¹⁷.

Assim, o preenchimento, em concreto, de vários tipos legais pelo comportamento do agente não implicará necessariamente o concurso efectivo, pois pode concluir-se pela existência de um sentido de ilicitude dominante. Do mesmo modo, também o preenchimento de um único tipo legal não se traduzirá automaticamente na unidade do facto punível, podendo dar-se o caso de o comportamento do agente revelar uma pluralidade de sentidos de ilicitude.

É fácil de perceber que a punição nos termos do art. 77º apenas se aplicará aos casos de concurso efectivo. Nos casos de concurso aparente, pelo contrário, a punição será obtida na moldura penal do tipo legal que integra o sentido de ilícito dominante, na qual se deverá ainda considerar o ilícito excedente em termos de medida concreta da pena¹⁸.

De tudo isto resulta essencial o papel do julgador, na “apreensão do conteúdo de ilicitude material do facto”. Não poderá bastar-se, portanto, e como já advertíramos a princípio, com um mero trabalho sobre normas¹⁹.

¹⁶ V. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, pp. 988-989.

¹⁷ V. *idem*, p. 990.

¹⁸ V. *ibidem*.

¹⁹ V. *idem*, p. 990.

Na prossecução desta tarefa, o juiz deve recorrer a alguns (concretos) subcritérios fundamentais. Esses critérios são o da unidade de sentido do comportamento ilícito global, o da relação ilícito-meio/ ilícito-fim, o da unidade do desígnio criminoso do agente, o da conexão situacional espaço-temporal e o dos diferentes estádios de realização da actuação global²⁰.

As particularidades do caso concreto decidirão da premência de uns em detrimento de outros, podendo acontecer que dois ou mais critérios convirjam em direcção ao mesmo resultado. Eles funcionam, então, como indicadores seguros da *unidade* ou da *pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global*.

Esta solução oferece, quanto a nós, a vantagem de resolver o problema da unidade ou pluralidade de crime com recurso a um *critério geral único*, independentemente de se tratar da resolução de um caso de *concurso homogéneo* ou de um caso de *concurso heterogéneo*.

Afinal, em qualquer uma destas duas situações, é sempre e só da mesma questão que se trata – de determinação da unidade ou pluralidade de crime – que, por isso mesmo, deve resolver-se com recurso a um mesmo critério único.

Em relação à posição de Eduardo Correia, podemos ver, assim, que a unidade ou pluralidade de processos de resolução é apenas um indicador entre outros. Ele não é critério decisivo. Para além de não dar resposta cabal aos casos de delitos negligentes, resulta do que foi exposto que, por um lado, pode haver pluralidade de sentidos autónomos de ilicitude apesar da unidade de resolução; por outro, pode haver pluralidade de resoluções e, não obstante, um único sentido de ilicitude, ou um sentido dominante. E para isto não importa se se trata ou não de bens eminentemente pessoais²¹.

(E aqui estamos a introduzir um dado novo – o cruzamento com a problemática do bem jurídico *eminente pessoal* – que abordaremos mais à frente).

Exemplo claro, ainda segundo o autor, será precisamente o dos actos sexuais de relevo praticados sobre a mesma vítima: a unidade de contexto espaço-temporal sugere vivamente ou, na maioria dos casos, mesmo impõe a unidade de sentido do ilícito global, ainda mesmo porventura no caso de renovação da resolução criminosa²².

“Concurso de crimes”, então, existe sempre que mais de uma norma jurídico-penal (mais que um tipo legal) é *concretamente* aplicável ao caso, ou sempre que o

²⁰ V. *idem*, pp. 1015 e ss.

²¹ V. *idem*, pp. 1007-1008.

²² V. *idem*, p. 1021.

mesmo tipo legal é preenchido mais que uma vez – independentemente de o comportamento ser levado a cabo através de uma pluralidade de acções ou de uma acção única²³.

Será, depois, a unidade ou predominância de um sentido de ilicitude, de um lado, ou a pluralidade dos sentidos de ilícito do comportamento global, de outro, a decidir se esse concurso é, respectivamente, efectivo ou aparente.

Para sabermos se estamos perante um caso ou outro deveremos recorrer aos concretos critérios que indicámos.

III. Unidade de crime, indeterminabilidade quantitativa de actos plúrimos e crime continuado

Regressemos à prática. Mas agora observando um caso real.

Na decisão de 1ª instância sindicada pelo acórdão da Relação do Porto de 08-09-2010 (Rel. Leonor Vasconcelos Esteves)²⁴, foram dados como provados, ao que nos interessa, os seguintes factos (resumidos):

“O arguido é pai adoptivo da assistente Sandra, sobrinha biológica da sua mulher, Clarisse; A assistente passou a viver com o casal formado pelo arguido e pela Clarisse, com apenas quatro anos de idade;

“Em data incerta do ano de 2001/2002, com vista a manter contactos sexuais com a assistente o arguido passou a levá-la muitas vezes para um escritório que possuía, onde a beijava, abraçava, apalpava e a tentava despir;

“As investidas sexuais do arguido, incluíram a prática de relações sexuais de cópula completa, iniciada quando a assistente tinha 10 ou 11 anos de idade.

“Ocorriam durante a semana, muitas vezes mais do que uma vez e duraram até inícios de Outubro de 2008;

“A última vez que o arguido teve relações sexuais de cópula completa com a assistente foi em Julho de 2008”.

Com base neles, decidira o tribunal de julgamento:

“No caso dos autos temos que durante um período cujo início remonta aos anos de 2001/2002 e que se prolongou até 2008, o arguido, usando do ascendente que detinha sobre a assistente, impôs-lhe a prática de diferentes comportamentos de cariz sexual

²³ Se as várias normas são aplicáveis apenas *em abstracto*, ou se apenas um tipo foi preenchido (e só uma vez), então há *unidade de norma ou de lei*, e não concurso de crimes: v. *idem*, pp. 992 e ss.

²⁴ Toda a jurisprudência citada está disponível em www.dgsi.pt.

que, se nuns casos se ficava pelo mero contacto libidinoso, noutros chegaram à efectiva consumação de cópula.

“A conduta do arguido preencheu essencialmente os mesmos tipos legais de crimes, afectou exactamente o mesmo bem jurídico e decorreu no contexto de um quadro – interno como externo – homogéneo que, se não diminui a gravidade do ocorrido, não pode deixar de reflectir-se numa consideração unitária dos factos praticados, tanto mais que se mostra impossível, dado o seu número e período em que ocorreram, identificar com exactidão a data exacta em que ocorreram. Justifica-se, assim, que a conduta do arguido seja reconduzida à figura da continuação criminosa e, portanto, à unidade de crime.”

Como vemos, o tribunal de 1ª instância decidiu a questão da unidade ou pluralidade de infracção punindo o arguido como autor de um crime continuado.

Ou seja, à indeterminabilidade quantitativa dos actos plúrimos fez corresponder a figura do crime continuado e, a este, a da unidade de crime.

A introdução do crime continuado na discussão, e alguma imprecisão de conceitos, impõe um retorno breve à doutrina.

IV. O Crime Continuado. Posições na Doutrina portuguesa

Encontramos a história exaustiva do crime continuado na tese de doutoramento de Eduardo Correia, a conhecida *Unidade e Pluralidade de Infracções*²⁵.

Enfrentando, então, a posição de Henke, Grolman, Mittermaier, Binding, Wezel e outros, de que a unidade de resolução constituirá o justo elemento através do qual se compreende e delimita o conceito de crime continuado, Eduardo Correia considera-a em desacordo com os fundamentos histórico-dogmáticos do conceito, para além de ser, ora demasiado restrita, ora demasiado extensa²⁶.

Para este autor, como atrás expusemos, o critério da unidade de resolução tem papel decisivo na teoria da unidade e pluralidade de crimes. Mas então a resolução tem uma “mera função limitadora da unidade de conduta resultante do preenchimento de um

²⁵ V. Correia, Eduardo, “Unidade...”, pp. 160 e ss.

²⁶ Porque, por um lado, na medida em que é demasiado estreita, deixaria de fora, por ex., qualquer caso de negligência; por outro, sendo demasiado ampla, consideraria haver continuação mesmo quando estejam em causa delitos completamente distintos (v. g., o furto e o homicídio, etc.), desde que houvesse unidade de resolução: v. *idem*, pp. 186 e ss.

só tipo de delito”. Pelo que nada mais resta desse conceito para fundamentar o crime continuado, não podendo funcionar, portanto, como seu elemento unificador²⁷.

Ou seja, o elemento que fundamenta o crime continuado não é afinal, para Eduardo Correia, o mesmo que decide da unidade ou pluralidade de crimes.

A conexão das actividades que constituem o crime continuado assenta na considerável diminuição da culpa do agente que lhes anda ligada. Haverá assim que traçar o quadro das situações exteriores que, criando um cenário propício à perpetuação da actividade criminosa, diminuem sensivelmente a culpa do agente²⁸.

Ora, é desde logo uma situação típica aquela em que, aquando da primeira actividade criminosa, se origina um acordo entre os participantes, que tenderá a durar para sempre. O autor refere, a título de exemplo, os delitos sexuais – em particular, o então crime de adultério.

Uma outra situação é aquela em que o agente depara com a mesma oportunidade que já antes o levava a cometer o crime. É o caso típico da descoberta de uma porta escondida que dá acesso a uma casa, permitindo a subtracção continuada de vários objectos.

Ainda uma terceira situação será aquela em que o agente criou ou adquiriu um meio apto à realização do primeiro delito; perdurando o acesso ao meio apto, mantém-se também a solicitação para a sucessiva realização de crimes.

Estes fundamentos não são, porém, estanques – podendo complementar-se entre si no caso concreto –, nem taxativos²⁹.

Importante será não esquecer que não é toda e qualquer solicitação exterior que explica o crime continuado. Ela deve ter criado um quadro propício à reiteração criminosa, facilitando-a “de maneira apreciável”³⁰.

Por outro lado, a solicitação deve ser exterior. Se a reiteração se explica por uma tendência da personalidade do autor, então está fora de questão a atenuação da culpa³¹.

Já quanto à conexão temporal e espacial das actividades do agente, Eduardo Correia atribui-lhe importância quase residual. Outra resposta parece só poder ser dada por aqueles que entendem que o crime continuado pressupõe a unidade de resolução

²⁷ V. *idem*, pp. 196 e ss.

²⁸ V. *idem*, pp. 245 e ss. (também para o que exporemos em seguida no texto).

²⁹ V. *idem*, pp. 249-250.

³⁰ V. *idem*, p. 250.

³¹ V. *idem*, p. 251.

criminosa, entendimento que os faz cair na confusão entre a continuação e o crime único composto³².

Cavaleiro de Ferreira vem também afirmar que um concurso de crimes está na base do crime continuado, como se retira da primeira parte do art. 30º, nº2. Neste nº 2 haveria um alargamento da noção de concurso homogéneo resultante do nº 1 do art. 30º. Assim, de acordo com o nº 2, o concurso homogéneo traduz-se numa violação plural da mesma norma penal, ou na violação de normas diversas, desde que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico.³³

Para o autor, o crime continuado não possui uma unidade intrínseca, como acontece nos crimes consumados por factos sucessivos ou reiterados; nestes, trata-se de um só crime. No crime continuado há antes uma unificação jurídica de uma pluralidade de crimes. Assim, o problema na reiteração é saber se cada evento parcelar pode ser vistos como evento unitário, ou apenas como mera realização parcelar de um único crime. Neste último caso, o crime único é constituído pela soma dos eventos parcelares³⁴.

Na medida em que ao crime continuado subjaz uma pluralidade de crimes, o art. 30º, nº2 prevê mais uma “continuação de crimes” do que propriamente um “crime continuado”, visto que continua a haver muitos crimes, não apenas um.

Esta “unificação fictícia” justifica-se em função dos efeitos a nível sancionatório que se pretende obter. O crime continuado torna-se assim uma derrogação do que seria o normal funcionamento do regime do concurso de crimes. Uma derrogação que se justifica na diminuição considerável da culpa no caso concreto³⁵.

Figueiredo Dias vê no art. 30º, nº2, o propósito da lei de tratar um concurso de crimes *efectivo* «no quadro da **unidade criminosa**, de uma “unidade criminosa” **normativamente (legalmente) construída**»³⁶.

Estar-se-á perante uma diversidade de actos, sendo cada um susceptível de integrar várias vezes o mesmo tipo de crime, ou tipos vários, se bem que “análogos” (casos, portanto, de concurso efectivo); há, porém, uma conexão objectiva e subjectiva

³² V. *idem*, pp. 252-253.

³³ V. Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições...*, p. 541.

³⁴ V. *idem*, p. 546.

³⁵ V. *idem*, pp. 548 e ss.

³⁶ V. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 1027.

tal (de certo modo, como acontece no concurso aparente) que aconselha um tratamento unitário dos factos³⁷.

Quanto à conexão objectiva³⁸, exige-se que a realização continuada viole, se não o mesmo bem jurídico de forma plúrima, diversos bens jurídicos entre os quais haja, pelo menos, uma relação de proximidade ou afinidade. Assim, podem tratar-se de conexões entre actuações típicas diversas, mesmo fora das relações entre tipos fundamentais e tipos privilegiados ou qualificados (por ex., diferentes crimes contra o património, ou contra a liberdade, a liberdade sexual...).

Ora, se a proximidade espaço-temporal dos actos entre si é desvalorizada também por este autor, tendo uma importância, quando muito, indiciária – pois decisivo é que os actos se relacionem contextualmente e revelem uma unidade situacional –, já o carácter eminentemente pessoal dos bens jurídicos é factor decisivo para colocar o caso fora do âmbito do crime continuado, desde que haja vítimas diversas.

O carácter *eminente* pessoal do bem jurídico deverá ser tomado na sua acepção (estrita) mais comum, pelo que estão em causa apenas os bens protegidos pelos tipos legais do Título I da parte especial do CP.

Já quanto à conexão subjectiva³⁹, e contra Eduardo Correia⁴⁰, considera Figueiredo Dias que a figura do crime continuado, tal como se encontra plasmada no art. 30º, nº2, é tanto compatível com um dolo conjunto ou um dolo continuado, como com uma pluralidade de resoluções. Isto porque o autor não liga necessariamente a unidade ou pluralidade de resoluções à unidade ou pluralidade de crimes.

Todos os autores convergem, porém, na importância/exigência de que no crime continuado se reconheça o domínio por uma situação exterior que diminua sensivelmente a culpa do agente. Este elemento subjectivo deve manter-se em toda a realização continuada. É este o ponto relevado pela lei⁴¹.

V. Indeterminação quantitativa e Crime Continuado

Podemos, pois, assentar, e aqui sem qualquer dúvida, que na base da continuação criminosa se encontra sempre um concurso de crimes, que a lei aglutina numa unidade jurídico-normativa.

³⁷ V. *idem*, pp. 1028-1029.

³⁸ V. *idem*, pp. 1029-1030.

³⁹ V. *idem*, pp. 1030-1032.

⁴⁰ Pelo menos aparentemente: v. *idem*, p. 1031 n. 64.

⁴¹ Assim, *idem*, p. 1031.

E que esta aglutinação depende da considerável diminuição da culpa.

Apesar da unanimidade da doutrina quanto à consagração do modelo de continuação criminosa assente ou tendo como ponto de partida a pluralidade de infracções e o concurso de crimes, nem sempre a prática evidencia uma boa percepção da figura.

A falta de rigor encontra-se ainda na incorrecta solução, por vezes utilizada – *crime continuado como resposta à indeterminação do número de vezes*, avançando-se para a solução da continuação criminosa, sem antes se determinar se se está perante um crime único ou um concurso de crimes.

Já vimos, quando expusemos o pensamento de Cavaleiro de Ferreira, que no crime continuado não deixa de haver uma pluralidade de crimes.

Assim, e deparando-se com um caso de pluralidade de crimes, o julgador deve averiguar se um dado quadro exterior, comum a todas as actuações típicas em causa, configurando uma solicitação ou convite à prática dos crimes, implica uma diminuição da culpa do agente. O julgador não deve preocupar-se com a unidade situacional efectiva do comportamento global: a unificação vem *depois* e é uma mera ficção para efeitos sancionatórios: a pluralidade de crimes não desaparece.

É preciso notar, porém, que, como explica Figueiredo Dias (entre outros), o propósito político-criminal que terá desde sempre estado na base da unificação normativa do facto própria do crime continuado, terá sido o de, relativamente a séries extensas de actuações típicas, evitar os dilemas práticos, muitas vezes insolúveis, de comprovação de cada uma das actuações que constituem a série, bem como os novos julgamentos provocados pela ignorância ou não acusação de comportamentos típicos que a integram (deveriam integrar). Isto para além da desproporcionalidade, ou mesmo injustiça, que seria punir estas situações como sendo de concurso efectivo, face ao conteúdo e sentido do ilícito global⁴².

Não há contradição com o que dissemos antes: apenas quisemos notar que o crime continuado não pode ser visto como resposta automática para os casos de indeterminação factual do tipo que vimos apontando. Não obstante o seu propósito político-criminal, esta figura exige, como defendemos, outros critérios de aplicação.

Regressemos ao nosso caso, mas agora à decisão que, em recurso, foi proferida:

Disse o TRP, no Acórdão de 08-09-2010 (Rel. Leonor Vasconcelos Esteves):

⁴² V. *idem*, p. 1028.

“Não foi possível determinar o número exacto de vezes que o recorrente praticou as condutas delituosas. Ao certo, apenas se apurou que elas tiveram lugar a partir de data incerta de 2001/2002 e duraram até inícios de Outubro de 2008, ocorrendo com uma frequência semanal e, muitas vezes, mais do que uma vez por semana. Considerando, por a tal a certeza e a segurança nos obrigar, apenas o período que decorreu entre princípios de 2003 e finais de Setembro de 2008, que se traduz em 299 semanas, chega-se à conclusão de que, pelo menos, foram praticados outros tantos actos da natureza dos que vêm descritos nos factos provados. No entanto, ainda assim fica por determinar em quantos deles o recorrente se limitou a praticar actos sexuais de relevo ou praticou relações sexuais de cópula com a assistente, sendo apenas possível dar como certo que, tanto uns como outros, ocorreram mais do que uma vez. Decorrentemente, não é possível considerar que as condutas praticadas pelo recorrente preencheram mais do que duas vezes os tipos legais dos crimes de coacção sexual e de violação. Razão pela qual o enquadramento jurídico dos factos que consideramos correcto – e possível – consiste na sua subsunção a dois crimes de coacção sexual dos arts. 163º nº 1 e 177º nº 1 al. a) e a dois crimes de violação dos arts. 164º nº 1 e 177º nº 1 al. a), todos do C. Penal, devendo-se a sua prática situar em data indeterminada do período acima aludido.”

E finalmente conclui o TRP que “o crime continuado não pode nem deve ser erigido em solução-regra para os casos em que não é possível determinar com exactidão o número de vezes que o agente repetiu a conduta delituosa: nestes casos, haverá que determinar o número mínimo de vezes que o agente, com a sua conduta, preencheu o tipo legal de crime em causa”.

Por via de novo impulso processual do arguido, não foi ainda esta a solução definitiva do caso, quanto à temática da unidade ou pluralidade de crime.

Por acórdão de 12-05-2011 (Rel. Isabel Pais Martins), o STJ veio então considerar:

“A acusação e a pronúncia, bem como os factos fixados pelas instâncias, não contêm a concretização, devidamente especificada, de cada uma das realizações típicas, por referência ao tempo, lugar e modo da acção e conduta objectiva realizada, por forma a que seja possível determinar o número exacto das plúrimas realizações dos dois tipos de crime que foram considerados. (...) Trata-se de um caso paradigmático de uma série extensa e numerosa de realizações típicas. (...) É um paradigma de indeterminação do número exacto de actos singulares, das circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreram, do específico conteúdo objectivo de cada um deles, da concreta actuação do

recorrente que, em cada caso, teve como finalidade a sua prática e a precedeu ou acompanhou, e de falta de esclarecimento quer do número de resoluções tomadas quer da renovação do processo de constrangimento, em cada um delas. (...) Em razão da “técnica” seguida na construção da acusação, o recorrente foi submetido a julgamento sob a imputação, no que respeita aos factos que relevaram para a condenação, da prática de um único crime de coacção sexual e de um único crime de violação, como constava da acusação e da pronúncia. Ou seja, uma construção que assenta numa conduta objectiva continuada e num dolo conjunto, sem factos que, adequadamente, suportem a solução de um concurso efectivo de crimes de cada um dos tipos. Também nem nos factos nem na qualificação jurídica apontadas na acusação e na pronúncia se revela qualquer referência, de facto ou de direito, que sirva à unificação normativa de uma pluralidade de crimes.

“(...) Como vimos, a 1.^a instância decidiu-se pela unificação normativa das condutas subsumíveis a cada um dos tipos, de modo que condenou o recorrente pela prática de dois crimes continuados, um de coacção sexual, outro de violação.

“A Relação, na base do entendimento de que não se verificava a diminuição da culpa em razão de uma exigibilidade diminuída, requerida para tal unificação normativa, rejeitou essa solução mas, na falta de factos que permitissem determinar o número exacto de actos singulares, na falta de factos que permitissem determinar o conteúdo objectivo de cada um dos actos singulares, na falta de factos que permitissem determinar se a cada um dos concretos actos singulares presidiu uma nova e autónoma resolução criminosa, na falta de factos que permitissem determinar se cada um dos actos singulares foi precedido de uma concreta acção de constrangimento, criou uma ficção.

“Na falta de averiguação e valoração jurídico-penal de todos e cada um dos crimes e na impossibilidade reconhecida de a alcançar, a relação decidiu, arbitrariamente, que o recorrente cometeu dois crimes de cada um dos tipos.

“(...) Atendo-nos aos factos que foram dados por provados, como decorrência da “técnica” seguida na construção da acusação e da pronúncia, na falta de factos que permitam alicerçar um juízo seguro, objectiva e subjectivamente sustentado, sobre esses factos conformarem um concurso efectivo de crimes (também ele prévio à consideração da unificação normativa das condutas), impõe-se-nos, como solução jurídica, a subsunção da actividade criminosa do recorrente a um único crime de coacção sexual e a um único crime de violação, ambos agravados, e em concurso efectivo”.

Se bem entendemos, a crítica da “ficção”, efectuada pelo STJ, refere-se unicamente a uma falta de factos provados – de factos suficientes para se poder concluir por um sentido plúrimo de ilicitude relativamente a cada um dos dois tipos de crime – e não propriamente à construção jurídica propugnada no acórdão do TRP, de afastamento da continuação criminosa.

Como se vê, a mesma factualidade mereceu três decisões de direito, sempre diferentes quanto à determinação do número de crimes. A pena (única) foi, porém, sempre mantida.

Diferentemente, num outro caso semelhante no que toca à actividade plúrima e não concretamente determinada, decidira-se o STJ pela condenação do arguido como autor, em concurso efectivo, de largas centenas de crimes.

Nesse acórdão de 01-10-2008 (Rel. Armindo Monteiro), o STJ mantivera a condenação do arguido (numa pena única de 15 anos de prisão) por oitocentos e dezassete crimes consumados de abuso sexual de criança agravados e sessenta crimes tentados do mesmo tipo, com base na seguinte factualidade (resumida):

“No ano de 2000, em data não concretamente apurada, mas anterior a Junho, na residência sita..., o arguido aproveitando-se da ausência da sua mulher que se encontrava a trabalhar, chamou a sua filha BB para o quarto, e forçou a menor a...

“Situação idêntica ocorreu com periodicidade diária, após o almoço, depois da progenitora se ausentar para o trabalho, pelo menos por 312 vezes, durante o seguinte período temporal [e segue-se uma tabela/quadro].

“Em data não concretamente apurada, mas não anterior a Julho de 2001, o arguido despiu integralmente a BB e com ela manteve relações de cópula;

“Factos de idêntica natureza e com contornos idênticos ocorreram diariamente, pelo menos por 504 vezes, à excepção do dia de Domingo, durante o seguinte período: [segue-se nova tabela-quadro e segue-se nova descrição de factos de natureza sexual].

“Estes factos ocorreram pelo menos uma vez em cada semana desde o mês de Novembro de 2002 até Abril de 2004, com excepção dos meses de Agosto, Setembro e Outubro de 2003, ou seja, ocorreram, pelo menos por 60 vezes [e novamente, cfr. quadro que segue...].”

Como se vê, a imprecisão e indeterminação da matéria de facto provada é comum aos dois casos, diferentemente decididos nos acórdãos do STJ de 12-05-2011 e de 01-10-2008.

Parece-nos importante insistir que, dentro da pluralidade de crimes, a continuação deve ser reservada para casos excepcionais, de considerável diminuição da culpa.

Não esqueçamos que o crime continuado surgiu historicamente como reacção ao injusto das penas no caso da acumulação de crimes, num tempo prévio ao do actual sistema da pena conjunta⁴³.

Segundo Eduardo Correia, não se tratava exactamente da figura actual de crime continuado “e a identificação toponímica de duas realidades que são diferentes veio a ser responsável por soluções menos acertadas do problema”.

Posteriormente, a maioria dos códigos penais veio a suprimir o cúmulo material das penas no concurso de crimes, sendo o nosso sistema actual de punição de crimes concorrentes, como se sabe, o da pena conjunta obtida através de um cúmulo jurídico, e a razão de ser do crime continuado perdeu muita importância.

Daí que alguns autores se interroguem sobre a sua justificação actual, considerando que o resultado justo quanto à determinação concreta da pena sempre se prosseguiria, hoje, através das regras de punição do concurso previstas nos arts. 77º e 78º do CP.

VI. Crime continuado e bens de natureza eminentemente pessoal

Aqui chegados, e aceitando que em situações como as dos nossos factos – que tipificam crimes sexuais contra crianças – pode existir a diminuição da culpa (em função de um quadro exterior de solicitação) que justificaria a aplicação da figura da continuação criminosa, passemos à questão de saber se a continuação criminosa é compatível com bens eminentemente pessoais.

E que dizer, a este respeito, do *irrequieto* nº 3 do art. 30º (abusando da expressão de Costa Andrade a outro propósito) que em meia dúzia de anos teve três redacções? Até 2007 não existia; com a reforma de 2007 (Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro) passou a determinar que “o disposto no nº 2 não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima”; e em 2010 (Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro) sofreu a supressão deste segmento final “salvo tratando-se da mesma vítima”.

⁴³ Para a história do crime continuado, v. Correia, Eduardo, “Unidade...”, pp. 160 e ss.

Por outras palavras, como interpretar o actual n.º 3 do art. 30.º, “o disposto no n.º 2 não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”?

Da literalidade do preceito resultaria a impossibilidade de aplicação do art. 79.º do CP sempre que estivesse em causa a natureza eminentemente pessoal do(s) crime(s) da condenação. Porque já sabemos que, afinal, é sempre e só de um problema de punição que se trata quando decidimos da questão do número de crimes efectivamente cometidos.

Nestes casos, nunca haveria continuação criminosa e, logo, o sistema da “pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”, do art. 79.º, seria substituído pelo sistema da pena conjunta obtida através de um cúmulo jurídico, do art. 77.º CP.

Não será esta a conclusão a tirar de uma pouco feliz aparente sucessão de leis no tempo, já que o art. 30.º tem de ser lido na sua integralidade, estando o n.º 3 endemicamente ligado ao n.º 2.

E apesar das vestes sucessivas, a determinação do sentido da norma parece-nos ser de manter, em qualquer uma das suas três redacções: que o que se dispõe no n.º 2 não é aplicável a casos de bens eminentemente pessoais, excepto quando se trate da mesma vítima.

Esta discussão fora logo tida, aliás, no seio da Comissão de Revisão do CP de 1982. E à, então, proposta de Maia Gonçalves de que, quanto ao crime continuado, conviria explicitar que “a continuação não se verifica porém, quando são violados bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo tratando-se da mesma vítima”, respondera o Autor do Projecto (Eduardo Correia) que “o acrescentamento não se reputa de todo indispensável, uma vez que a conclusão que ele contém já se retiraria da expressão “o mesmo bem jurídico””⁴⁴.

Não parece ter sido, porém, este o entendimento do STJ no acórdão de 12-05-2011, referido supra, onde se afirma “a Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro, ditou a sentença de morte do crime continuado nos crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”.

Figueiredo Dias também recomenda que, tratando-se de tipo que proteja bens de carácter eminentemente pessoal, se aceite a pluralidade de vítimas como sinal seguro da pluralidade de sentidos do ilícito, existindo então um concurso efectivo⁴⁵.

⁴⁴ V. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, Vol. I, p. 213.

⁴⁵ V. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*, p. 1008.

Assim, a pluralidade de eventos típicos, em se tratando de bens eminentemente pessoais, e mesmo estando em causa concurso homogêneo, indicia a pluralidade de sentidos do ilícito global e, por conseguinte, a existência de um concurso efectivo.

E acrescenta Figueiredo Dias que o aditamento do n.º 3 ao art. 30.º (pela lei de 2007) vem apenas explicitar que os bens jurídicos – para efeitos de se entender se está verificada ou não a conexão objectiva, necessária ao crime continuado, como já referimos – são *diferentes* – não havendo, portanto, crime continuado – sempre que tenham natureza eminentemente pessoal e haja pluralidade de vítimas⁴⁶.

O legislador pareceu-nos aqui menos atento e não terá dado ouvidos à palavra da doutrina, que cremos uniforme, e que a jurisprudência seguia:

Com efeito, dizia-se no Acórdão do STJ de 25.03.2009 (Rel. Armindo Monteiro):

“... Esta alteração, correspondente ao n.º 2 do art. 33.º no Projecto de Revisão do CP de 1963, da autoria do Prof. Eduardo Correia, no sentido de que só com referência a bens jurídicos eminentemente pessoais, inerentes à mesma pessoa, se poderia falar de continuação criminosa, excluída em caso de diversidade de pessoas, atenta a forma individualizada e diferenciada que a violação pode revestir, impeditiva de um tratamento penal na base daquela unidade ficcionada. Essa discussão não mereceu conversão na lei por se entender que o legislador reputou tal desnecessário, por resultar da doutrina, e até inconveniente, por a lei não dever entrar demasiadamente no domínio que à doutrina deve ser reservado.

“Essa não unificação resulta da natureza eminentemente pessoal dos bens atingidos, que se radicam em cada uma das vítimas, da natureza das coisas. A alteração legislativa em causa é, pois, pura tautologia, de alcance limitado ou mesmo nulo, desnecessária, na medida em que é reafirmação do que do antecedente se entendia ao nível deste STJ, ou seja, de que existe crime continuado quando a violação plúrima do mesmo bem jurídico eminentemente pessoal é referida à mesma pessoa e cometida num quadro em que, por circunstâncias exteriores ao agente, a sua culpa se mostre consideravelmente diminuída, não podendo prescindir-se da indagação casuística dos respectivos requisitos.

“Esse aditamento não permite, pois, uma interpretação perversa em termos de uma violação plúrima de bens eminentemente pessoais em que a ofendida é a mesma

⁴⁶ V. *idem*, p. 1029, texto e n. 59.

pessoa se reconduzir ao crime continuado, afastando-se um concurso real; só significa que este deve firmar-se se esgotantemente se mostrarem preenchidos os seus pressupostos enunciados no n.º 2, de que se não pode desligar numa interpretação sistemática e global do preceito.

“Interpretação em contrário seria até, manifestamente, atentatória da CRP, restringindo a um limite inaceitável o respeito pela dignidade humana, violando o preceituado no seu art. 1.º, comprimindo de forma intolerável direitos fundamentais, em ofensa ao disposto no art. 18.º da CRP. Uma interpretação assim concebida da norma do n.º 3 aditado levaria a que se houvesse de entender que o legislador não soube exprimir-se convenientemente, havendo que atalhar-lhe o pensamento.”

VII. Matéria de facto e matéria de direito

Passemos à última questão, e que é, afinal, a primeira: a do tratamento do facto versus questão de direito.

Trata-se de saber se, por exemplo, as expressões “agiu de forma essencialmente homogénea”, “agiu no quadro da mesma resolução criminosa” ou “de uma única resolução criminosa” ou “de várias” são *facto* e, logo, narração a constar da matéria de facto na acusação e na sentença ou *direito*.

É certo que «o “puro facto” e o “puro direito” não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como *matéria* de direito, quando pensa o direito, pensa-o como *forma* destinada ao facto»⁴⁷.

E respondo com o acórdão do STJ de 02-03-2000 (Rel. Oliveira Guimarães), que expressivamente refere:

“A concretização dos pressupostos do crime continuado pertence ao domínio da matéria de facto e é dessa matéria de facto que tem de despontar.

“Na verdade:

“É factualmente que tem de constatar-se a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou dos vários tipos de crime que atinjam o mesmo bem jurídico.

⁴⁷ Ray, J., *apud* Neves, António Castanheira, “A Distinção entre a Questão-de-facto e a Questão-de-direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de «Revista»”, in Neves, António Castanheira, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (pp. 483-530), p. 522.

“É factualmente que tem de alcançar-se a existência de homogeneidade na forma de execução.

“É factualmente que tem de verificar-se que um mesmo bem jurídico foi lesado.

“É factualmente que tem de traduzir-se a persistência de uma situação exterior facilitadora da execução do crime.

“É, enfim, factualmente que tem de resultar apercebida a pluralidade de resoluções.”

Sabendo-se, ainda com Castanheira Neves, que «o “facto” e o “direito”, a “matéria de facto” e a matéria de direito”, a “questão de facto” e a “questão de direito”, são (...) conceitos cujos conteúdos significativo e objectivo-intencional (...) têm o seu fundamento e critério decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas”⁴⁸; que “são conceitos determinados *juridicamente* – *no seio do direito e pelo direito*”⁴⁹; que “o direito não pode prescindir do facto e o facto não pode prescindir do direito”⁵⁰; que “uma *quaestio juris* é sempre uma *quaestio juris* de uma certa *quaestio facti*” e “uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio júris*”⁵¹, consideramos que as expressões “o arguido agiu no quadro de uma única resolução criminosa” ou “da mesma resolução criminosa” ou “o arguido agiu com renovada intenção” não são factos a enquadrar na matéria de facto a subsumir juridicamente.

Não devem por isso constar nem da acusação/decisão instrutória (como descrição factual), nem da sentença. São *quaestio juris* e não *quaestio facti*.

Mas como aquela pressupõe a prévia decisão desta, não podem constar, mas também não podem substituir ou dispensar a descrição factual – os verdadeiros factos – que devem integrar tais peças processuais, para que se possa juridicamente concluir que o arguido agiu de forma essencialmente homogénea ou no quadro de uma ou de várias resoluções.

Uma última chamada de atenção para a jurisprudência do STJ de 25.03.2009 (Rel. Armindo Monteiro):

“Resultando do acervo factual provado que o arguido se aproveitou, em todos os casos, da ausência de sua mulher e mãe das menores, filhas de ambos, da residência comum, para daquelas abusar sexualmente, servindo-se do ascendente sobre elas, como

⁴⁸ Neves, António Castanheira, “Unidade...”, p. 499.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Idem*, p. 511.

⁵¹ *Ibidem*.

pai, são circunstâncias não exteriores ao arguido, mas próprias, por que providenciou, das quais tirou partido para satisfazer paixões lascivas, o seu instinto libidinoso, de que foram alvo crianças indefesas, incapazes de avaliar a amplitude e a gravidade do facto e de deduzirem oposição, de resto irrelevante, apesar de ser visível a prática de modo mais que homogéneo, sempre idêntico, aliás, de execução.

“Não foi qualquer condicionalismo criado pelas filhas, que o temiam, que determinou o arguido à prática dos crimes, mas um desígnio interno, endógeno, firme, ao longo dos anos, num período temporal sucessivamente renovado, sempre próximo, evidenciando um dolo intensíssimo.

“(…) A tese da continuação criminosa, em caso de menores que convivem com os pais, que deles abusam, de punição do arguido por um só crime choca profundamente o sentimento jurídico, e carece de qualquer apoio legal e jurisprudencial, sendo pura e simplesmente rejeitada de há anos a esta parte”.

Conclusões

Por tudo, concludo, sintetizando:

- As dificuldades, recorrentes neste tipo de criminalidade, da indeterminação do número de actos praticados e da deficiente objectivação de toda a conduta criminosa, devem ser enfrentadas logo no primeiro momento, o do apuramento do facto, com uma preocupação de concretização de, pelo menos, um número mínimo dessas ocorrências ou actos;

- Impõe-se um tratamento claro e esgotante do facto, precedido de exaustiva actividade probatória, de acordo com a verdade da prova e todas as soluções juridicamente possíveis, *também* quanto a toda a matéria-de-facto relevante para a decisão sobre a unidade ou pluralidade da infracção (ou a continuação criminosa);

- Do apuramento *factual possível* devemos, então, retirar as consequências jurídicas num quadro de rigor quanto à determinação do número de crimes, no sentido de número de vezes que o mesmo tipo é preenchido, tão exigente no que respeita à unidade ou pluralidade homogénea como é costume tratar-se o concurso heterogéneo;

- Dentro da pluralidade de crimes, a continuação criminosa deve reservar-se para casos excepcionais, de considerável diminuição da culpa.

Afinal, é sempre e só da punição, da justa punição, que se trata, de assim “fazer justiça tanto ao réu como à vítima”⁵² e, através dela, pugnar pela correcta manutenção da confiança na norma jurídica violada.

Ana Maria Barata de Brito
Juíza Desembargadora do TRE

⁵² Nas palavras de Hannah Arendt: v. Arendt, Hannah, *Eichmann em Jerusalém. Uma reportagem sobre a banalidade do mal*, Coimbra: Tenacitas, 2003 (trad. port.), p. 378.