

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



Abuso Sexual de Menores – Análise da Prática Jurídica

Margarida Isabel Cavaleiro Amaral

Dissertação de Mestrado com vista à obtenção de grau de Mestre
Orientada pela Professora Doutora Inês Ferreira Leite

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade em Direito Penal

Lisboa, 2019

Aos meus pais, que sempre lutaram e me apoiaram ao longo desta jornada, sem eles nada do que alcancei seria possível, ao meu namorado, pela infindável paciência e carinho, aos meus amigos por todo o apoio, e à minha orientadora, pela ajuda dada no processo de elaboração desta tese.

Índice

Abreviaturas.....	4
Resumo	5
I. Introdução	7
II. O abuso sexual de Menores.....	9
1. Delimitação do conceito de abuso sexual de Menores.....	9
2. Bem jurídico protegido	17
III. Tipo objetivo de Ilícito	23
3. Crimes de resultado ou de mera atividade e Crimes de dano ou de perigo.....	23
4. Autoria do crime e participação	30
5. Conceito de Ato Sexual de Relevância	41
6. As Agravações pelo resultado	49
IV. Tipo Subjetivo de Ilícito	52
7. O Dolo do Tipo	52
8. Análise do Consentimento do menor e sua relevância	53
8.1 O erro sobre o consentimento ou a idade do menor.....	58
V. Concurso de Crimes	61
9. Punição do Concurso de Crimes e Análise de Jurisprudência	68
VI. Crime Continuado	76
10. Punição do Crime continuado e Análise de Jurisprudência.....	83
VII. Crime de Trato Sucessivo e Análise de Jurisprudência.....	89
VIII. Considerações Finais.....	96
Bibliografia	99

Abreviaturas

AC	Acórdão
CCCP	Comentário Conimbricense do Código Penal
Cf.	Conferir
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
MP	Ministério Público
OMS	Organização Mundial de Saúde
Ob.cit.	Obra citada
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.g.	<i>Verbi Gratia</i>

Resumo

A presente tese tem o intuito de proceder a uma análise do crime de abuso sexual de crianças, dissecando sobre os pontos mais problemáticos relacionados com este flagelo que para além de jurídico é também social.

Ao longo dos tempos, a punição do crime de abuso sexual de crianças tem sofrido algumas alterações, tanto a nível objetivo como subjetivo. Passou-se de punir apenas atos análogos à cópula, que se consubstanciava numa figura estranha e difícil de analisar, principalmente em casos em que as vítimas são menores, para punirmos atos sexuais de relevo, que abrangiam um maior número de comportamentos puníveis. O problema estava associado à não penalização de atos, que não sendo considerados de cópula, eram igualmente violadores do bem jurídico protegido em análise. Esta alteração verificou-se também, igualmente, com a evolução do conceito do bem jurídico protegido, que já não era associado à moralidade e à honra familiar, mas sim à liberdade e autodeterminação sexual.

Esta dissertação serviu também para fazer uma análise quanto à punição do crime de abuso sexual de menores, comumente punido erroneamente. A discussão em torno do concurso de crimes e do crime continuado, e neste momento, igualmente do crime de trato sucessivo, irá sempre impor-se quando falamos em crimes sexuais, pois apesar de todas as alterações legislativas que ocorreram ao longo dos tempos, ainda não se alcançou o ponto ótimo, que consiga dissipar as dúvidas quase sempre existentes em casos de abuso sexuais de crianças que ocorrem, normalmente, durante períodos de tempo indeterminados.

Palavras-chave: abuso sexual de crianças, ato sexual de relevo, bem jurídico protegido, concurso de crimes, crime continuado, crime de trato sucessivo.

Abstract

The present thesis aims to analyze the crime of child sexual abuse, dissecting on the most problematic points related to this scourge, which besides being legal, is also social.

Over time, the punishment of the crime of child sexual abuse has known some changes, both at an objective and subjective level. We proceeded to punish only acts analogous to copula, which consubstantiated in a strange and difficult form to analyze, especially in cases where the victims are underaged, to punish sexual acts of relief, which included a greater number of punishable offenses. The problem was associated with the non-penalization of acts, which were not considered as copula, were also violators of the legal good protected in analysis. This change was also seen in the evolution of the concept of the protected legal good, which was no longer associated with morality and family honor, but with freedom and sexual self-determination.

This dissertation also served to make an analysis of the punishment of the crime of child sexual abuse, widely wrong punished. The discussion around the same offence and the continuing crime, and at the moment, equally of the crime of successive treatment, will always be imposed when we speak of sexual crimes, because despite all the legislative changes that have occurred over time, the optimum point has not yet been reached, which can dissipate the almost always existing doubts, in cases of sexual abuse of children, which usually occur in indefinite periods of time.

Key-words: child sexual abuse, act of sexual relief, legal good protected, same offence, continuing crime, crime of successive treatment.

I. Introdução

O presente trabalho a que me dediquei tem como principal objetivo analisar alguns dos problemas relacionados com a criminalidade sexual, principalmente quando estamos perante menores. Este tipo penal tem sofrido ao longo dos anos algumas mudanças no pensamento legislativo, mas principalmente no próprio entendimento social do crime em causa. Ora, antes da reforma, principalmente a realizada no ano de 1995, os crimes sexuais eram vistos como crimes contra a coletividade, contra a honra da sociedade, e mudar esse paradigma é também uma revolução social quanto à visão das pessoas do crime em si, da relevância da sexualidade dos menores e de muitos outros fatores que influenciam o direito. Desde logo a mudança de paradigma de que os crimes sexuais não são, nem podem ser, crimes contra a sociedade, mas sim contra uma pessoa individual, é uma mudança no pensamento da sociedade quanto à dignidade sexual de cada pessoa individualmente considerada, e essa mudança, logicamente, irá posteriormente alterar o pensamento legislativo do crime em apreço.

Por conseguinte, a criminalidade sexual contra crianças é um fenómeno epidémico da sociedade que tem atingindo proporções elevadas, afetando crianças do sexo feminino e masculino e vitimizando também crianças que pertencem à mesma comunidade da vítima. Este é um fenómeno longe de ser excecional, patológico ou uma inevitabilidade biológica, mas é primordialmente ainda um problema cultural.

No Relatório Anual de Segurança Interna de 2015¹ afirmou-se que o maior número de detenções teve por base o crime de “abuso sexual de criança”, seguido do crime de “violação”. Estes números traduzem-se em 133 detidos do sexo masculino e 4 do sexo feminino. Especificamente quanto ao abuso sexual de menores traduz-se em 95,4% de arguidos do sexo masculino, com o escalão etário predominantemente entre os 41-50 anos, e 4,6% do sexo feminino. Quanto às vítimas mantem-se a incidência nas vítimas femininas (79,3 % contra 20,7% do sexo masculino), com predominância no escalão etário entre os 8 e os 13 anos de idade. Por sua vez o quadro assinalado tem tido tendência para aumentar ao longo dos anos, o que tem efetivamente preocupado a sociedade e por conseguinte os órgãos de defesa da mesma.

¹Disponível em [http://www.ansr.pt/InstrumentosDeGestao/Documents/Relatório%20Anual%20de%20Segurança%20Interna%20\(RASI\)/RASI%202015.pdf](http://www.ansr.pt/InstrumentosDeGestao/Documents/Relatório%20Anual%20de%20Segurança%20Interna%20(RASI)/RASI%202015.pdf);

Por conseguinte, como refere PAULO GUERRA falar em abuso sexual de menores é falar em maus-tratos na sua forma mais carnal e sentida. A vítima do abuso é reduzida no seu supremo direito à integridade física e moral².

Como iremos analisar em maior detalhe, aquando da definição de abuso sexual de menores, houve principalmente a partir da reforma de 1995 do Código Penal uma alteração significativa deste conceito. Deixou-se de fazer referência à “mulher virgem”, a conceitos indeterminados como “honra familiar”, “interesses da comunidade” e “promessa séria de casamento”. Ficou também afirmado nesta comissão revisora que hoje em dia o crime de violação é ambivalente e que não vale apenas para o sexo feminino, não se podendo fazer referência apenas “ao menor do sexo feminino”, mas sim ampliando o seu conceito ao termo neutro “menor”³.

Por conseguinte, objeto deste trabalho passa por fazer uma breve referência ao abuso sexual de menores, enquanto forma de maltrato infantil, questionando o seu conceito jurídico e fazendo também uma análise da prática jurídica quando se colocam em causa este tipo penal nos nossos tribunais nos dias de hoje. A sucessiva aplicação do crime continuado, que têm como pressuposto a diminuição da culpa e uma solicitação exterior para a continuação criminosa a crimes eminentemente pessoais, serão estas duas referências compatíveis com crimes cometidos contra crianças, vulneráveis, física e psicologicamente mais frágeis e imaturas? A criança e os adolescentes têm uma suscetibilidade maior às situações de maltratos, que advêm da dimensão sociocultural que lhe atribui um estatuto não competente para decidir da sua vida, seja qual for a situação. Devido a esta situação a sociedade deve assegurar uma maior proteção às condições de desenvolvimento e aos direitos inerentes a estas faixas etárias, nomeadamente ao direito à dignidade, à segurança e, muito importante, como afirma ISABEL ALBERTO, à felicidade⁴.

² “O menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projectada ou construída. A história que lhe vão impor ultrapassa-o em velocidade e substância, deixa de ser “sua” para passar a ser aquela que não lhe ensinaram, para a qual não pediram sequer um assentimento seu que fosse” Cf. Guerra, Paulo, in *O abuso sexual de menores*, pp. 42 e ss;

³ Código Penal, Actas e Projeto da Comissão Revisora, Edição do Ministério da Justiça, 1993, p.263 e ss;

⁴ In *O abuso sexual de menores*, ISABEL ALBERTO, pp.42 e ss;

II. O abuso sexual de Menores

1. Delimitação do conceito de abuso sexual de Menores

O abuso sexual de menores é uma das formas de maus-tratos infantis que tem sofrido aumentos significativos na sociedade portuguesa. Por consequência, tem sido uma das formas de violência sexual que tem recebido mais atenção pelo legislador e aplicador da lei, tendo ocorrido algumas alterações à sua definição e de forma mais concreta, à sua interpretação.

Não podemos indicar um significado completamente preciso quanto ao crime de abuso sexual de menores, havendo várias concepções que se vão alterando conforme o contexto sociocultural em que estejamos inseridos. Podemos encontrar na nossa sociedade um contexto sociocultural onde se inclui nos atos sexuais, desde as carícias até ao ato sexual com penetração, sendo determinadas relações entre adultos e crianças aceites como abusivas sexualmente. Por sua vez, verificam-se noutras culturas algumas dificuldades em estabelecer uma fronteira, entre a relação dita normal da abusiva, como é o caso das carícias e do contacto corporal entre adulto e a criança.

Outra questão controversa, neste momento com relevância apenas histórica, é também a questão do sexo do abusador; quando estamos perante um agressor que é do sexo feminino, pois em todos os contextos sociais é “socialmente” melhor aceite um maior contacto corporal entre mulheres e crianças, tendo esta uma conotação maternal e carinhosa, ao contrário do que sucede com o adulto do sexo masculino. Hoje em dia este problema já foi ultrapassado, não existindo distinção quanto ao sexo do agressor, tanto na legislação, como na doutrina e jurisprudência.

Por conseguinte, podemos considerar que o abuso sexual de menores passa pelo envolvimento de crianças em atividades sexuais para as quais não estão preparadas fisicamente, psicologicamente nem emocionalmente. É de concluir que, pela tenra idade, as crianças não têm capacidade para compreender determinados atos sexuais nem para dar o seu consentimento válido ou desenvolvido.

Não somos tão radicais ao ponto de considerar, de encontro com alguma doutrina, que todos os atos sexuais são prejudiciais *ab initio* para as crianças. No meu entender teremos sempre que olhar sempre para o desenvolvimento físico e emocional da criança para determinar se a mesma tem consciência e maturidade suficiente para entender alguns

atos com relevo sexual e, para assim dar o seu consentimento. Todavia, a Lei prevê uma maior proteção a estes seres indefesos que, em princípio, serão sempre mais vulneráveis.

Por sua vez, importa agora retomar as considerações a que nos propusemos. Ora o crime de abuso sexual abrange “qualquer” tipo de contactos ou interações⁵ entre um menor⁶ e um adulto, quando a criança é usada para satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa. Para esta delimitação do crime de abuso sexual de menores tive em consideração o Manual para o atendimento das vítimas de violência sexual da APAV que afirma que “a violência sexual contra as crianças implica, assim, contactos e interações entre um adulto e um menor de idade, sendo este a vítima e aquele o criminoso, ou agressor”.⁷ Estes contactos e interações, que visam a estimulação e satisfação sexual do adulto, podem ser esporádicos ou continuados num período extenso de tempo.

Há dois aspetos a ter atenção quanto à definição do abuso sexual. Em primeiro lugar, estamos numa situação de exploração sexual de um menor por alguém mais velho, em que a criança ou adolescente não tem condições nem maturidade psicossocial para avaliar o acontecimento vivenciado, nem de dar o seu consentimento face à figura vista como autoridade. Em segundo lugar não releva, para o conceito de abuso sexual de menores, se o ato foi praticado sob violência, coação ou impossibilidade de resistir, como se procede nos casos de coação sexual e de violação, nos termos dos artigos 163º e 164º respetivamente, pois o tipo penal não exige nenhum tipo de violência em específico.

Todavia, é claro que os menores de 14 anos podem ser vítimas de crimes como a coação sexual ou violação se os mesmos consistirem por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou na impossibilidade de resistir, sendo, portanto, a pena prevista para estes ilícitos agravada em metade nos seus limites mínimo e máximo quando as vítimas são crianças, segundo o disposto no artigo 177º n.º 4 e 6 do Código Penal. Como era de esperar a Lei teria sempre que prever esta situação, pois a maioria dos casos de abuso sexual de menores consiste em atos sexual que integram violência e principalmente coação e/ou com recurso a ameaças⁸.

⁵ Digo qualquer tipo (...) em aspas, porque como veremos mais à frente na nossa análise, a questão dos contactos e interações terá que ser de relevo a nível sexual, portanto haverá sempre uma delimitação quanto a estes contactos e interações que poderão vir a ter comprovação, de que são de excluir do âmbito sexual; também iremos concluir mais à frente quanto à questão do relevo sexual, se é necessário, ou melhor, extremamente necessário que o contacto tenha *ab initio* uma conotação sexual;

⁶ Dentro dos limites da faixa etária dos 14 anos, tendo-se delimitado a idade dos 14 anos por se ter considerado ser o limite entre a infância e a adolescência;

⁷ Segundo o entendimento da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, in *Manual Core para o atendimento de crianças vítimas de violência sexual*, pág. 19 e ss, disponível em www.apav.pt;

⁸ Neste sentido, cf. Ac. STJ de 17-01-2008, disponível em www.dgsi.pt;

No caso do abuso sexual de menores estamos perante uma grave agressão à autodeterminação sexual do menor, implicando isso o aproveitamento da inexperiência do menor, e que, tendo em conta a sua tenra idade, coloca a vítima numa posição de fragilidade, de forma a alcançar um objetivo, nomeadamente, a satisfação dos impulsos libidinosos do agente. De forma muito sucinta, o abuso sexual de menores divide-se em dois elementos; um objetivo, que está relacionado com a desigualdade entre a vítima e o agente do crime; e um subjetivo, relacionado com o aproveitamento dessa desigualdade.

Um dos elementos constitutivos do tipo incriminador do abuso sexual é, portanto, o abuso da inexperiência do menor e nomeadamente o aproveitamento desta inexperiência. No entanto, não se pode concluir com esta afirmação que uma criança, por exemplo de 13 anos, que já seja sexualmente ativa, não possa ser alvo de um abuso sexual, nomeadamente, se o ato for praticado contra a sua vontade, em circunstâncias não escolhidas por si, ou tendo a sua vontade sido viciada por elementos externos ao ato sexual⁹.

Por conseguinte, de forma a delimitarmos uma linha conclusiva, podemos afirmar que o que está em causa no abuso sexual de menores é primordialmente o aproveitamento de uma situação de desigualdade, havendo a instrumentalização do menor. A desigualdade é vista, principalmente, do ponto de vista da fragilidade, imaturidade e inexperiência do menor, e não tanto relativamente às idades, pois, p.e. um menor de 13 pode abusar sexualmente de um menor de 6 anos, se se comprovar que mesmo não havendo uma grande diferença de idades entre os agentes do facto, há uma superioridade que coloca a vítima numa posição de submissão face ao outro menor, quando estamos perante um caso em que um dos menores exerce um forte ascendente sobre o outro, como por exemplo no âmbito de relações familiares ou de proximidade, ou por causa da sua superioridade física ou psicológica¹⁰.

⁹ Veja-se “A vítima é sempre uma criança ou jovem com idade inferior a 14 anos, de qualquer sexo, sendo de todo irrelevante que seja ou não iniciada sexualmente, tenha ou não capacidade de discernimento do ato sexual em que se envolveu, ou que tenha uma parte ativa (...)” Cf. Ac. TRC 21-05-2014, disponível em www.dgsi.pt;

¹⁰ Veja-se neste sentido o Ac. TRL de 2/12/2004, em que ficou explícito que a questão da diferença de idades entre a vítima e o agente, não é um aspeto relevante. Considerava-se que sendo o bem jurídico protegido pelo crime de abuso sexual de menores do art.172º o da autodeterminação sexual numa perspetiva de se evitar que certas condutas sexuais, em consideração da pouca idade da vítima mesmo sem coação, possam prejudicar gravemente o seu desenvolvimento psíquico e físico. Neste caso específico, o tribunal *a quo* na análise do comportamento ilícito praticado por um menor de 13 anos, considerou que só com 14 anos de idade é que poderia um menor praticar o ilícito típico em questão, sob pena de se assim confundir a vítima com o agente. Tal como foi posteriormente afirmando pelo digno Magistrado do Ministério Público a quando do recurso, tal afirmação constitui uma falácia, pois se aceitássemos tal interpretação poderíamos

Ora, quando o legislador contemplou no art. 171º do CP a idade dos 14 anos pretendeu proteger os menores que ainda não têm capacidade e discernimento necessário para uma livre e esclarecida decisão no que concerne ao relacionamento sexual, não fazendo qualquer distinção quanto ao agente.

Se tivermos também em consideração que o que está em causa é principalmente o nível de desigualdade entre a vítima e o agente, que face à superioridade da compleição física do menor agente em comparação com a do menor vítima, colocado numa situação de maior fragilidade, não poderão surgir as tais dúvidas quanto a quem é a vítima e quem é o agente de tal forma que não dê para distinguir os papéis desempenhados neste caso em apreço¹¹.

Por sua vez, outro aspeto importante a referir é que o abuso sexual de menores pode ocorrer em vários contextos em que a criança esteja inserida. Os comportamentos ilícitos podem ocorrer nomeadamente no contexto familiar, em que o agressor pode ser o seu pai, mãe, irmão, padrasto ou madrasta, familiares que desempenhem papéis parentais ou qualquer outro membro da família que tenham proximidade ao menor, como por exemplo tios, avós, primos. Pode suceder também, como é nítido, em situações de figuras parentais substitutas, como pais adotivos, padrinhos, entre outros.

Socorremo-nos novamente dos Relatórios da Segurança Interna. Ora, segundo o Relatório Anual de Segurança Interna de 2014¹² subsiste, quanto ao crime de abuso sexual de menores, o contexto das relações familiares enquanto espaço de relacionamento, entre o autor dos factos criminais e a vítima. Este quadro manteve-se até ao ano de 2017¹³ sendo nomeadamente em ambiente familiar que ocorre mais abuso, traduzindo-se em 44,5% dos casos de crimes sexuais contra crianças. Neste quadro, é também importante referir que os abusos ocorrem primordialmente em casa da criança ou em locais conhecidos pela mesma¹⁴.

depararmo-nos com situações chocantes de impunidade de casos de abuso sexual de menores entre menores de idade; disponível em www.dgsi.pt;

¹¹ *Idem*

¹² Disponível em https://www.apav.pt/apav_v2/images/pdf/RASI_2014.pdf;

¹³ Disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9f0d7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>;

¹⁴ Neste sentido, veja-se o acórdão do TRC de 21-05-2014¹⁴ em que, estamos perante um caso em que o abuso sexual de menores ocorreu no seio familiar. Mesmo a menor estando numa instituição, a mesma foi confiada ao agente para educação ou assistência num determinado período de tempo; estamos face a um crime do artigo 172º, no entanto a fundamentação funciona também, no aspeto em apreço, para casos de crime do artigo 171º do Código Penal. Afirma também este acórdão que esta situação de o menor ser “*confiado ao agente para educação ou assistência*” resulta também de uma relação de facto, ainda que de curta duração, como acontecia no acórdão em apreço. No caso em análise o arguido aproveitou-se da sua relação familiar que tinha com a menor e com o facto da mesma, por estar entregue aos seus familiares, por

Quanto aos abusos sexuais em contexto familiar, mesmo sem correlação direta, o que se verifica é que, muitas das vezes, o abuso é praticado por familiares. Cumpre aqui já fazer uma pequena referência à questão das agravantes pelo resultado. Digo pequena porque irei analisar autonomamente esta questão, prevista no artigo 177º. Tendo em conta a relação familiar, mesmo que seja de facto, ou por afinidade¹⁵, consideramos que seja normal punir-se mais gravosamente do que em casos onde não existe nenhum tipo de relação de proximidade ou de parentesco. Como é evidente, estando perante uma relação de confiança, há um aproveitamento mais perverso da vulnerabilidade do menor, o que me leva a considerar *ab initio*, mesmo sem recorrer ao artigo 177º do Código Penal, que é de se aplicar uma pena mais severa aos casos de abusos sexuais em contextos familiares. É, no meu entender, mais gravoso o ato praticado por um pai ou mãe, avô ou avó, tio ou tia, irmão ou irmã contra um menor do que um ato praticado por um total desconhecido que com a vítima não tem nenhum dever de assistência nem auxílio.

Por sua vez, o abuso poderá também acontecer em contextos exteriores à família, em que o agressor pode ser alguém conhecido do menor (23,2% no quadro de relação de conhecimento), como por exemplo um professor, treinador (4,3% no contexto de assistência e formação), vizinho ou entre outros que integrem diretamente a vida da criança, mas também podemos estar perante situações em que os agressores são desconhecidos da criança (10,9% dos casos referente ao ano de 2017).

Assim sendo, como indicam as estatísticas, o abuso sexual de menores pode ocorrer fora do contexto familiar, mas por conhecidos da vítima, nomeadamente um vizinho ou alguém com quem o menor ou a família mantêm uma relação de proximidade¹⁶. O que está em causa nestes casos será sempre o proveito de uma relação de proximidade, de confiança e até de relações de amizade entre famílias. Ora, para além da exploração da vulnerabilidade do menor, ocorre, por parte do agressor, um aproveitamento da sua relação de proximidade, o que por sua vez, poderá facilitar, como

um curto prazo de tempo a pedido da sua família, tendo a possibilidade de sair do lar onde residia, pela ocasião das férias escolares, e portanto, da sua vontade de se comportar corretamente e incessante vontade de agradar, para com ela praticar atos sexuais de relevo e satisfazer os seus instintos e intentos libidinosos, sabendo que com isso atentava contra a liberdade e autodeterminação sexual, disponível em www.dgsi.pt;

¹⁵ Veja-se também o acórdão do STJ de 15-02-2007, disponível em www.dgsi.pt, que descreve o crime de abuso sexual de menores por parte de um arguido casado com a avó das vítimas, ou seja, mantendo com as mesmas uma relação de afinidade; iremos analisar, igualmente, este acórdão numa secção autónoma;

¹⁶ Neste sentido, veja-se o acórdão do STJ de 17-01-2008, disponível em www.dgsi.pt;

vamos analisar posteriormente, uma questão muito problemática, da continuidade criminosa¹⁷.

Por conseguinte, como indicam as estatísticas, ocorre em muitos casos que o agressor, para além de conhecido da vítima, o mesmo detém sobre os menores alguma relação de assistência e formação¹⁸.

Mais uma vez, estamos perante um aproveitamento de uma posição de intimidade, proximidade e de dependência hierárquica, que faz com que estejamos perante um crime que tem um desvalor superior a outros tipos de formas de cometimento do crime de abuso sexual.

Posto isto, indicamos supra que o abuso sexual de menores pressupõe sempre o abuso da inexperiência do menor, sendo que esta advém a maior parte das vezes pela questão da idade do menor. Cumpre também, para finalizar quanto à delimitação do conceito de abuso sexual de menores, fazer uma importante demarcação quanto ao crime de abuso sexual de menores, que é nomeadamente a questão da idade da vítima. O problema do autor será tratado de forma autónoma. No entanto, a questão da vítima, que assume, na minha opinião, uma maior relevância, pois é devido aos menores violentados que estamos a tratar desde tipo penal, é sempre ao longo de todo o texto penal chamada à colação. Ora o que importa restringir, quanto ao objeto deste trabalho é nomeadamente a idade do menor que funciona como um balizamento para o objeto do crime de abuso sexual de menores. A legislação assumiu a idade de 14 anos porque considerou, e bem, que era uma idade de “passagem”, ou seja, é a idade em que ocorre a alteração da infância para uma fase de pré-adolescência, que embora ainda muito “infantil”, já nos permite ter mais conhecimentos e consciência quanto ao nosso corpo e a determinados atos que assumem cariz sexual. Os menores com idade até aos 14 anos contêm então uma especial proteção quanto à sua liberdade e autodeterminação, considerando todos os atos contra si cometidos, desde que sexualmente relevantes, são punidos nos termos do artigo 171º do Código Penal. Por sua vez, os menores com idades compreendidas entre 14 e 16 anos também têm os mesmos bens jurídicos protegidos, em determinadas circunstâncias.

¹⁷ Como é obvio, esta proximidade e relação de intimidade que facilita a continuação criminosa demonstra-se também muito propícia nas relações familiares, como vamos ter oportunidade de analisar;

¹⁸ Neste sentido, veja-se o acórdão TRC de 14-09-2011, em que um professor foi acusado de vários crimes de abuso sexual de menores punido pelo artigo 171º do código penal e também do crime de importunação punido pelo artigo 170º do mesmo diploma. perigosos para o bem jurídico protegido pelas incriminações em causa, disponível em www.dgsi.pt;

Com efeito, no domínio dos crimes sexuais relativamente a menores até aos 14 anos e entre 14 e 16 anos, o legislador optou por uma proteção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especialidade ao bem jurídico protegido que justificam a autonomia e a densificação normativa típica. O que se pretendeu, no vasto campo da liberdade e autodeterminação sexual que o Capítulo V do Código Penal visa proteger, foi proceder a uma divisão, por um lado, a liberdade sexual dos adultos, e por outro, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, por se considerar que determinados atos ou condutas com cariz sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade e consequente fragilidade, prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por conseguinte, o livre desenvolvimento da sua personalidade, podendo causar graves traumas, físicos e psicológicos para o menor, que prejudicarão a sua evolução de forma aprazível e equilibrada.

O que está aqui em questão quando falamos da idade do menor é, pois, o facto de a concretização de determinado ato sexual ser conseguido por parte do adulto, na pessoa de menor, com base na imaturidade e ingenuidade deste e aproveitada por aquele em benefício próprio, obtendo-o, por sua vez, mediante a sua normal superior experiência de vida. Os menores merecem, portanto, uma maior proteção legal devido à inerente fragilidade verificada em concorrência com as pessoas maiores de 16 anos.

No entanto, este aspeto nem sempre é claro, como se faz parecer, como podemos verificar no acórdão do TRP de 04-06-2014¹⁹ em que estávamos perante um caso em que se tentou punir o autor pela prática de um crime de abuso sexual com adolescentes. O que estava aqui em causa principalmente era a idade da menor, pois a mesma estava já, digase, numa idade limite. A vítima já tinha 16 anos, sendo esta uma idade difícil para se conseguir considerar ainda abuso sexual, mesmo que com adolescente. Ora, como foi dito anteriormente, no nosso sistema jurídico-criminal a idade da imputabilidade foi estabelecida por referência precisamente aos 16 anos, reconhecendo o legislador que esse será o marco em que o jovem, sendo ainda menor, é já capaz de se autodeterminar e de perceber e avaliar as consequências dos seus atos, por virtude de ter atingido um grau de maturidade que lhe permite ter plena consciência da substância inerente à ação praticada. A dificuldade neste caso foi descortinar se, com 16 anos, a “menor” pode ainda estar protegida pela incriminação do 172º do Código Penal. Vejamos, considerou-se que, como

¹⁹ Disponível em www.dgsi.pt; Apesar do acórdão analisado ser referente a um caso de abuso sexual com adolescentes, a fundamentação usada para a questão da idade foi esclarecedora no meu entender para conseguirmos perceber as razões desta proteção escalonada do abuso sexual de menores.

á data dos factos a vítima tinha já 16 anos, sendo, portanto, maior de 16 anos, seria impossível imputar a prática de atos sexuais com adolescentes. Até consigo entender os argumentos utilizados para concluir pela não punibilidade pelo artigo 172º, referindo o Coletivo de Juízes que quem tem 16 anos deixa de estar abrangida pela regra “entre 14 e 16 anos de idade”. No entanto, perante uma criança de 13/14, ou seja, perante uma situação de idades limite, mesmo que haja uma punição subsequente, a mesma não será tão gravosamente punida, logo ocorrerá uma impunidade quando estivermos perante menores de 14 anos que foram abusadas na sua sexualidade. Segundo este entendimento então, os menores de 14 anos já não teriam uma “tão maior” proteção porque já não têm verdadeiramente 14 anos de idade, logo não estariam abrangidas pelo artigo 171º do Código Penal. Mas será então que fazendo 14 anos, mas ainda não tendo 15 anos, de repente já não estamos perante uma pessoa naturalmente mais frágil. Como é que faremos essa análise quanto à maturidade e ingenuidade da criança? Será sempre difícil atingirmos uma linha conclusiva de entendimento quanto a este assunto, e teremos sempre que, segundo as regras da experiência analisar caso a caso de forma a concluir por uma punição pelo 171º ou 172º nos casos de idade limite, ou então em cotejar a factualidade apurada para perceber se se admite ainda alguma outra censura penal.

Por sua vez, o que assume maior relevância aquando da delimitação do crime de abuso sexual é perceber que os crimes sexuais contra menores, ou seja contra pessoas com idade até aos 14 anos, abrangem sempre condutas que consistem no aproveitamento da inexistência de resistências, seja pela idade e natural vulnerabilidade, seja pela relação de dependência ou pela superioridade física, e que sejam objetivamente adequadas à corrupção da vontade do menor. Face ao que agora dissemos pode-se resumir tudo o que tivemos neste capítulo a debater. O abuso sexual de menores caracteriza-se por um comportamento sexual abusivo, que seja designado por cópula ou ato análogo ou por ato sexual de relevo, como nos dias de hoje o é, por alguém que esteja em preeminência sobre a criança e que desvirtue a vontade da criança.

2. Bem jurídico protegido

Quando falamos em crimes sexuais, o tema do bem jurídico nunca é pacífico. Apesar dos esforços legislativos que têm sido levados a cabo com algumas das reformas ao Código Penal, alguns autores continuam a definir o bem jurídico referente à incriminação do abuso sexual de menores em termos muito próximos das concepções moralistas levadas a cabo nos Códigos Penais anteriores ao ano de 1995. Vejamos, a incriminação destas condutas surgia, antes da reforma de 1995, no âmbito de crimes de ofensa aos costumes, ao pudor e à moralidade sexual da sociedade, ou seja, a proteção era direcionada para uma ideia de tutela da comunidade, o que, como era de se esperar, nem sempre exigia a verificação de uma vítima em concreto, pois a ofensa era contra a comunidade como um todo²⁰.

Como seria de esperar, esta visão do bem jurídico incorria em algumas incompreensões dogmáticas quanto à tutela penal da criminalidade sexual pois punia-se condutas praticadas contra uma pessoa individualmente²¹, com recurso a bens jurídicos universais e comunitários, em vez de se considerar a ofensividade praticada contra um bem jurídico tão individual como a liberdade de cada pessoa.

Ao direito penal é reconhecido a função de regular a vida em sociedade em ordem à proteção da pessoa, protegendo os seus direitos e liberdades, e mesmo que para isso tenha que existir bens jurídicos criados em prol da comunidade, os crimes sexuais não pertencem a esse núcleo de proteção comunitária, pois está relacionada com determinadas condutas tão individuais, que só a pessoa potencialmente ofendida deve ser alvo de proteção penal, entendendo-se, desta feita, a necessidade de se transformar os crimes contra os costumes em verdadeiros crimes sexuais que ofendem e colocam em risco verdadeiros bens jurídicos pessoais²².

²⁰ ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, pp.69 e ss;

²¹ E vejamos que antes considerava-se que só ocorria algum tipo de abuso quando havia contactos físicos com a vítima

²² ANA RITA ALFAIATE, chega a afirmar que “sabendo que ao direito penal cabe a tutela de bens jurídicos, adensou-se a noção de que nesses não devem caber nem a moral, nem o pudor, nem os bons costumes de uma sociedade, antes se pugnando por um figurino liberal do código, potenciador da pluralidade de formas de auto-realização de cada sujeito”, ob.cit., *A relevância*, pág. 71; Veja-se também AUGUSTO SILVA DIAS, in “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”, o autor defende que os direitos e os bens jurídicos tutelados para proteção desses direitos asseguram de diferentes formas a proteção do papel do participante, sendo este o principal alvo da proteção penal, considerando que o participante é pois um membro de uma comunidade de cidadãos livres e iguais;

Por sua vez, foi no âmbito da reforma de 1995 do Código Penal que ficou explícita a urgência em se afastar algumas concepções moralistas referentes aos crimes sexuais, tais como a honra familiar e/ou os sentimentos de moralidade comum da sociedade. Como afirmou FIGUEIREDO DIAS no Projeto de Revisão do Código Penal, no caso dos crimes sexuais, já não estamos perante um interesse da comunidade²³. Os bens jurídicos não podiam nem podem, portanto, corresponder a um qualquer interesse ou valor que apenas tenham apoio no seio da comunidade.

Como seria de esperar, por consequência de tais alterações no paradigma do bem jurídico, sentiu-se a necessidade de definir quais os bens essenciais à sociedade que merecem a tutela penal, protegendo os bens jurídicos penais, que, mesmo continuando a ser definidos nos grandes espaços da comunidade, são definidos como os valores essenciais à comunidade e fundamentais para a vida em sociedade. Com a reforma do Código Penal o que se tentou concretizar foi, primordialmente um tipo fundamental de abuso sexual, que se afastasse o máximo possível de conceitos como pudor, honra familiar, virgindade, afastando também como iremos concluir posteriormente, o conceito de “violação” só associado à cópula com mulher.

A primeira grande “revolução” foi precisamente o entendimento de que o que se pune são as condutas que ofendem a liberdade individual sexual de cada sujeito e não condutas que em abstrato se reconduziam a um desvalor moral, ficando, como afirma ANA RITA ALFAIATE, o direito penal “comprometido com os interesses de cada cidadão e não com uma concepção geral de comunidade relativamente à moral e ao pudor e passamos a ter crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual da pessoa”²⁴.

Por conseguinte, expurgados do entendimento penal da criminalidade sexual das concepções moralistas, tivemos que traduzir os avanços dogmáticos neste âmbito para a legislação. No entanto, quando estamos perante crimes sexuais contra menores esses avanços não se fizeram sentir no seu máximo de potencial. Ou seja, quando estamos perante abusos sexuais contra menores, no entendimento do bem jurídico protegido, ainda se observa alguns recuos e incompleições. Vejamos por exemplo. No caso do artigo 164º não temos dúvidas do que o que está em causa é uma restrição da vontade da pessoa, pelo recurso a expressões de violência, ameaça, entre outros. No entanto, no caso do artigo 171º do CP, não há nenhuma indicação de que o núcleo do problema está na agressão da

²³ In *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, pp.246 e ss;

²⁴ In ob. cit. *A relevância*, pág. 76;

fruição sexual dos menores, o que nos leva a assumir que haverá, portanto, uma proibição muito mais asseverada de qualquer tipo de contacto físico com o menor, e que, portanto, a proteção nunca será só sobre a liberdade sexual, terá que abranger sempre uma tutela muito mais ampla para cobrir todos os possíveis cenários. Esta imprecisão legislativa leva a restrições que podem colocar em risco a verdadeira proteção do direito penal quanto aos menores, e à criação de decisões contraproducentes quanto aos avanços que se tem observado em relação à criminalidade sexual. Na opinião de INÊS FERREIRA LEITE, esta proteção exacerbada quanto à sexualidade dos menores, proibindo todo e qualquer contacto sexual, leva a uma irrelevância da liberdade sexual do menor²⁵.

Por sua vez, em defesa deste entendimento, podemos recordar as palavras de FIGUEIREDO DIAS na Comissão Revisora do Código Penal de 1995. Apesar do seu grande contributo para que o código penal, no âmbito dos crimes sexuais, sofresse alterações importantes, o mesmo autor referido, quanto aos menores ainda tinha, na minha opinião, um entendimento um pouco antiquado, pois o referido afirmava que a especificidade da proteção em apreço no artigo 171º do CP residia como que numa obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores.²⁶ Afirmou também aquando da reforma de 1995, que as atividades sexuais entre adultos em privado, agindo de livre vontade são lícitas, sendo esta uma regra essencial da tipificação legal, de que não é crime qualquer atividade sexual praticada por adultos, em privado e com consentimento. O direito penal não terá, portanto, legitimidade para nelas se intrometer, podendo apenas tutelar o caráter coagido, a publicidade com incómodo de terceiros ou a imaturidade do parceiro. (sublinhado próprio).

Como podemos concluir, apesar dos avanços legislativos, ao questionar-se, se os menores têm ou não “pleno direito” à sua liberdade sexual, associou-se ao bem jurídico protegido pelas incriminações do artigo 171º do CP conceitos ainda muito ligados à moralidade. Considera-se que apesar do 171º proteger a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores, a mesma está ligada à proteção da personalidade do menor e ao seu desenvolvimento gradual e à descoberta gradual da sexualidade. Ou seja, o entendimento da doutrina tem sido no sentido de que, apesar de o bem jurídico ser a liberdade sexual e

²⁵ In *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, RPCC 21, 2011, pp.34 e ss;

²⁶ In Código Penal, Actas e Projeto da Comissão Revisora, Edição do Ministério da Justiça, 1993, p.261 e ss; neste sentido veja-se também TERESA BELEZA, in *Sem sombra de Pecado*, pp. 6 e ss, separata, 1996; Em sentido contrário, veja-se VERA LÚCIA RAPOSO, que afirma que esta noção de castidade não se harmoniza com os tempos modernos, “Da moralidade à Liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, pág.952;

a autodeterminação sexual, defendem que os menores não têm capacidade para a exercer, devido à imaturidade inerente à menoridade. Neste sentido, considera-se que o que está em causa é como que uma convicção, uma presunção *iure et de jure* de que abaixo de uma certa idade ou privada de um determinado grau de autodeterminação, a pessoa não é livre de se decidir em termos da sua esfera sexual²⁷.

Desta forma, os autores que seguem o entendimento de que os menores têm liberdade sexual, protegendo-se, igualmente, a sua autodeterminação sexual, num prisma de proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera da sua sexualidade, entendem que, devido à idade precoce, imaturidade e inerente fragilidade dos menores de 14 anos, os mesmos necessitam de uma maior proteção do que a dos adultos, pois, por causa da sua imaturidade e inexperiência, estão mais suscetíveis a todas as formas de manipulação, coação, engano, sedução, do que o que a maioria dos adultos estará. Aos menores protege-se, por conseguinte, o direito a crescer de uma forma livre e saudável, num momento da sua vida em que estão a construir a sua personalidade²⁸.

Contra esta opinião podemos encontrar INÊS FERREIRA LEITE, que para além de considerar que o que se protege quanto ao abuso sexual de menores é apenas e tão só a liberdade sexual, considera também que estas referências, ainda muito aproximadas à moralidade, desvirtuam o verdadeiro significado do bem jurídico que se pretende tutelar. Veja-se, esta autora declara que, este “*caráter cauteloso da técnica legislativa na tutela do livre desenvolvimento da personalidade sexual dos menores*”²⁹, resultam numa restrição à liberdade sexual dos menores, tal como já supra aludimos.

No entendimento da referida autora, o bem jurídico é apenas a liberdade sexual, pois o que está em causa será unicamente a manifestação de uma vontade viciada, porque a mesma não foi formada devidamente ou porque foi condicionada por elementos externos que violam a formação da vontade. E explica que, se não concluirmos por este

²⁷ Veja-se Teresa Beleza, ob.cit., pp.6 e ss; FIGUEIREDO DIAS, posiciona-se igualmente neste grupo de entendimento; os autores justificam-se também com a organização sistemática do código penal, nomeadamente no que concerne à secção II, em que nalguns crimes não é feita qualquer referência à liberdade, formou-se neste âmbito, uma convicção de que no caso, por exemplo do tipo penal do artigo 171º ou do 172º, não estará em causa a liberdade sexual, mas apenas a autodeterminação sexual, que apesar de ser, na minha opinião, apenas uma concretização da liberdade sexual, leva a que alguns autores concluem por estar relacionada com a proteção da castidade, da personalidade do menor e do seu livre desenvolvimento;

²⁸ Segundo as concepções doutrinárias tradicionais, como por exemplo FIGUEIREDO DIAS, TERESA BELEZA, como afirmando já anteriormente;

²⁹ Neste sentido, INÊS FERREIRA LEITE, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, pág.37; já assim o tinha afirmando anteriormente no seu relatório de mestrado, 2003, pp.27 e ss; num entendimento próximo, VERA LÚCIA RAPOSO, ob. cit. pp.952 e ss;

entendimento, estaremos então a condenar situações em que ocorrem atos espontaneamente consentidos, pois se não considerarmos que os menores têm direito à liberdade sexual, retiramos-lhes qualquer relevância ao seu consentimento livre e espontaneamente formado. Retirar relevância ao consentimento do menor não é protegê-lo das reais ameaças, mas sim deixá-lo desprotegido quanto à forma de manifestar o seu real e livre consentimento. O caminho deve ser o da educação e da formação cívica para a sexualidade, para que os menores possam aprender a formar a sua vontade, livre e espontaneamente, não sendo, por uma incriminação mais abrangente, que os menores estarão mais protegidos de não poderem vir a ser alvo de abusadores sexuais.

Uma outra opinião, diria intermédia, é a de ANA RITA ALFAIATE. A autora concorda com INÊS FERREIRA LEITE quando diz que o bem jurídico protegido nos crimes do 171º é a liberdade sexual dos menores, não encontrando motivos para se limitar a titularidade do bem jurídico, liberdade sexual, em função da idade. No entanto continua dizendo que a doutrina chama (“e muito bem”) à colação a proteção do desenvolvimento da personalidade no domínio da sexualidade, pois considera a douta autora, que o bem jurídico liberdade sexual concretiza-se de diferentes formas, consoante a idade, e nomeadamente em idades muito precoces, “não estando sequer formada a capacidade para a autodeterminação sexual”³⁰, no amplo leque da liberdade sexual deve-se englobar a liberdade sexual, a autodeterminação sexual e para os menores em idades muito precoces, o seu direito a um livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual. Ou seja, para a referida autora o direito ao livre desenvolvimento do menor é uma das faces do bem jurídico liberdade sexual, e sou do entendimento de que é este o caminho que temos que percorrer para atingirmos o máximo potencial da tutela penal na criminalidade sexual quando as vítimas são menores.

Por conseguinte, na minha opinião, o que importa ter em atenção é que, qualquer que seja a corrente doutrinária que se siga, o que está em causa quando se fala em abuso sexual de menores é sempre a liberdade, pois embora se concretize de diferentes formas, quanto aos adultos e aos menores, o bem jurídico – liberdade sexual – não deverá sofrer limitações em função da idade do titular³¹. No caso dos adultos, será a liberdade de se relacionar ou não sexualmente, com quem, quando e em que circunstâncias; no caso dos menores, será também a liberdade mas neste caso, teremos sempre que considerar o

³⁰ Ob.cit., *A relevância*, pp.89 e ss;

³¹ Veja-se ANA RITA ALFAIATE, ob. cit., *A relevância*, pág. 89; haverá no máximo uma necessidade de maior atenção à expressão da liberdade sexual dos menores;

direito a crescer na inocência até atingir uma idade, tendo sido considerada a idade dos 14 anos, por ser o limite entre a infância e a adolescência, tendo-se considerado que após os 14 anos, os adolescentes já teriam conhecimentos suficientes de forma a compreender completamente os atos sexuais e poder exercer plenamente aquela liberdade indicada inicialmente. Ou seja, em casos de menores com idades inferiores a 14 anos, teremos sempre nesta sede que chamar à colação a proteção do desenvolvimento da livre personalidade do menor no domínio da sexualidade.

Ora, mesmo considerando que em determinados casos se possa ter que atender ao bem jurídico emergente da proteção da infância e da juventude, pois efetivamente podemos estar perante idades muito precoces, de crianças que não tem quaisquer mecanismos ainda criados para entender determinadas situações que podem eventualmente vir a vivenciar num abuso, o entendimento primário que eu acompanho, passa por considerar que o crime previsto no artigo 171º é, por conseguinte, na sua génese, um crime contra a liberdade sexual. Não se poderá retirar esta liberdade aos menores de 14 anos, ou seja, estes não poderão ser desprovidos de liberdade de se relacionar sexualmente, se o assim entenderem, de forma livre e consciente, pois isso implicaria também uma forma de os privar de uma parte da sua liberdade enquanto pessoas, merecedoras de dignidade humana e merecedores de todos os tipos de direitos fundamentais, tal como é afirmado no artigo 27º nº1 da Constituição da República Portuguesa, não distinguindo, o direito à liberdade, consoante o sexo, idade, raça, etc.

Por fim, cumpre afirmar que o que se pretende, verdadeiramente, com a proteção da liberdade sexual dos menores é sempre permitir que a criança possa vivenciar a sua sexualidade, de forma natural, sem entraves, e principalmente sem sobressaltos ou vivências traumatizantes, que sejam contra a sua vontade ou que coloquem em risco o processo de formação da sua vontade e a manifestação espontânea da sua vontade.

III. Tipo objetivo de Ilícito

3. Crimes de resultado ou de mera atividade e Crimes de dano ou de perigo.

Em qualquer tipo de ilícito objetivo há sempre um conjunto de elementos que têm que ser identificados para desta forma chegarmos ao facto punível. Há os elementos referentes ao autor, à conduta e por fim, ao bem jurídico. Tendo já tratado da questão do bem jurídico relativamente ao crime em apreço, temos agora que tratar da questão da conduta, tendo sempre em mente que a questão dogmática do crime de dano *versus* crime de perigo terá sempre que ter uma especial correlação com o bem jurídico.

Por conseguinte, uma das questões que causa sempre alguma discussão doutrinária quando falamos da conduta punida é a questão de saber se estamos perante um crime de dano ou um crime de perigo. É verdade que estamos numa época em que podemos considerar que vivemos efetivamente numa “sociedade de risco” como muitos autores referem³² e, provavelmente, por isso se tem visto um aumento dos crimes de perigo, pois é uma das formas/técnicas legislativas que são levadas a cabo como forma de repressão e de prevenção, isto é, a utilização de crimes de perigo abstrato, pois presume-se o dano independentemente do efetivo perigo ou lesão real sofrida pelo bem tutelado.

Mas vejamos, esta criação e consequente aumento de crimes de perigo e, nomeadamente, de perigo abstrato vêm de um aumento da perceção de insegurança que temos vindo a vivenciar nos últimos tempos. A globalização e a criação de novas formas de praticar crimes colocam em causa esta proteção exacerbada dos potenciais novos bens jurídicos, mas colocará em causa um bem jurídico tão linear como a liberdade sexual, que tão-só é uma expressão da liberdade pessoal? A questão é ainda tema de discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à sua legitimidade e constitucionalidade, pois podemos também estar a incorrer num risco de criar “demasiada” proteção penal. Se o que está em causa é presumir o dano independentemente do efetivo perigo ou lesão efetiva do bem jurídico não estaremos a criar proteções onde não são necessárias e, potencialmente a proteger situações que não cabem ao direito penal, voltando a nos aproximar de conceitos moralistas, que tanto demoramos a nos afastar ao longo dos anos. Se considerarmos que todo e qualquer possível contacto irá consubstanciar-se num abuso,

³² Veja-se FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Penal – Parte Geral*”, Tomo I, 2ª Edic., 2007, pp.135 e ss, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, 2001, pp.158 e ss;

então perdemos, outra vez, a individualidade que se tanto se pretendeu alcançar nos crimes sexuais, pois não se irá averiguar se houve efetivamente alguma perturbação no menor. Punir-se-á na generalidade.

É claro que o direito penal tem, como deve de ser, de se adequar às necessidades da sociedade moderna, e deve efetivamente ser um dos meios de defesa contra os novos riscos, tal como deve aumentar o seu âmbito de proteção. A questão é que estes riscos são provindos de uma era de globalização e são vistos do ponto comunitário (apesar da globalização também ter consequências individuais), e desta forma, estaríamos a envolver um bem jurídico que devia (continuar a) ser visto como individual, e a retroceder nos avanços conseguidos com as reformas penais.

Os bens jurídicos atingidos por esta sociedade de risco são, primordialmente, os bens jurídicos coletivos, que são transnacionais e universais e, como dito anteriormente, o bem jurídico punido pela incriminação do 171º do CP é individual e cabe a cada menor individualmente, não é coletivo nem universal, como se fez pensar noutros Códigos Penais e como já foi ultrapassado com as reformas penais.

Posto isto, importa referir que quanto à conduta, são vários os problemas que se levantam. Desde logo é nesta sede que cabe determinar quais são as ações penalmente relevantes para o Direito Penal, de forma a excluir da tipicidade, comportamento jurídico-penalmente irrelevantes.

Em primeiro lugar, cumpre já distinguir entre crimes de mera atividade e crimes de resultado, pois é unânime a opinião na doutrina³³. Tendo em conta a distinção apontada pela doutrina de crimes de mera atividade e de resultado podemos desde já indicar que estamos perante um crime de mera atividade. Se concordarmos que nos crimes de resultado, o tipo pressupõe sempre a produção de um evento como consequência, e que por norma esse evento tem consigo associado uma *alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*³⁴, e que, nos crimes de mera atividade, o tipo incriminador verifica-se apenas com a mera execução de um determinado comportamento, então teremos que concordar que, no crime de abuso sexual de menores, estamos perante um crime de mera atividade. Não me parece que se necessite de verificar nenhum evento/alteração que seja temporalmente distinta do dito comportamento, para

³³ Veja-se PAULO PINTO ALBUQUERQUE, in “Comentário ao Código Penal”, anotação n.º3, pp.684, INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia*, pp.66 e ss; FIGUEIREDO DIAS, *comentário*, anotação ao artigo 171º;

³⁴ Figueiredo Dias, *ob. cit. direito penal*, pp.305 e ss;

que este tipo de ilícito seja punível. Mesmo que num caso de abuso se venha a verificar algum “resultado” posterior, como por exemplo gravidez da criança, em nada se relaciona com a conduta, mas sim com uma agravante do ilícito.

Por conseguinte, nomeadamente nos crimes de dano, a realização da conduta do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico. Como exemplos deste tipo de crimes pode-se afirmar o crime de homicídio, previsto no art. 131º do CP. Por sua vez nos crimes de perigo, a realização do tipo não pressupõe uma lesão, mas apenas a mera colocação em perigo do bem jurídico. Há ainda que distinguir entre crimes de perigo concreto, nomeadamente quando um dos elementos do tipo é a efetiva colocação em perigo do bem jurídico; e crimes de perigo abstrato, em que o perigo não é elemento do tipo, mas sim motivo de proibição.

Ora, há determinados bens jurídicos que dado o seu nível de perigosidade típica, não se exige necessariamente uma “lesão” para se verificar uma possível violação do bem jurídico em causa. Estamos perante uma presunção inilidível de perigo e por isso a conduta do autor será punida independentemente de ter criado ou não uma lesão efetiva para o bem jurídico. Um dos tipos penais indicados por FIGUEIREDO DIAS como forma exemplificativa deste tipo de conduta é precisamente o abuso sexual de crianças³⁵.

Vejamos, o significado de dano, quando falamos de crimes de dano, não terá o mesmo significado que resultado, tal como é explicado na doutrina penalista³⁶. Resultado, quando falamos sobre a conduta do agente, significará a exigência de produção de um evento como consequência da atividade do agente, só se verificando a consumação quando se verificar, num contexto espaço-temporalmente diverso, uma alteração externa ao bem jurídico em causa. Como exemplo deste tipo de crime é o crime de homicídio, punido no artigo 131º do CP, pois a consumação da violação do bem jurídico – vida – só se dará com a produção do resultado morte. Por sua vez, quanto aos crimes de dano, quando analisamos o bem jurídico, o que se exige é que ocorra uma lesão efetiva do bem jurídico, é que o comportamento do agente tenha como consequência um efetivo dano para o bem jurídico da vítima.

³⁵ O autor reconhece, como era de esperar, as críticas feitas a estas conclusões, principalmente ao nível da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, considerando que estes podem constituir uma forma demasiado avançada da proteção do bem jurídico, pondo em risco principalmente o princípio da culpa, *cf.* ob. cit. pp. 295 e ss;

³⁶ Veja-se FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, 2ª Edic., 2007, pp.305 e ss;

Ora, é de referir que no caso do abuso sexual de menores, levada pela já referida cautela legislativa, a maioria da doutrina³⁷ e consequentemente da jurisprudência, considera que o crime de abuso sexual é um crime de perigo abstrato, atendendo ao grau de lesão do bem jurídico em proteção. Sê-lo-á desta forma porque não se exige, na opinião da maioria da jurisprudência³⁸, uma lesão efetiva do bem jurídico ou um dano efetivo para o desenvolvimento livre, físico e psíquico, bastando, para que se viole a autodeterminação sexual, a simples potencialidade do facto.³⁹ Este entendimento é reiterado na doutrina, para além de FIGUEIREDO DIAS, que já supra referimos, por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, na sua anotação 3 ao comentário feito ao artigo 171º do Código Penal, indicando expressamente, que “*O bem jurídico protegido pelas incriminações é a liberdade de autodeterminação sexual da criança, isto é, do menor de 14 anos de idade. Em qualquer dos casos, trata-se de um crime de perigo abstrato (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) (...).*”⁴⁰

Todavia, INÊS FERREIRA LEITE considera que o crime de abuso sexual de menores exige sempre uma lesão do bem jurídico, pois segundo o entendimento de bem jurídico seguido pela douta Professora haverá sempre a necessidade de ocorrer um efetivo abuso, e a lesão ou dano ao bem jurídico é desde logo o abuso em si, ou seja, a intromissão na liberdade sexual do menor. Afirmar mesmo que “*Se estas condutas pressupõem sempre a lesão do bem jurídico, liberdade sexual dos menores, estaremos perante crimes de dano*”⁴¹. A autora conclui dizendo que o crime de abuso sexual, a ser crime de perigo será sempre de perigo concreto, pois não está em causa um qualquer perigo que incrimine um qualquer bem jurídico, mas sim um perigo concreto visando um bem jurídico concreto,

³⁷ Figueiredo Dias, ob. cit. *comentário*, em anotação ao artigo 171º e ss, Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., em anotação ao artigo 171º e ss, Maia Gonçalves, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, Teresa Beleza, quando concluiu de que a baixo de uma certa idade há uma necessidade superior de proteger os menores, sendo a caracterização de crime de perigo esse o objetivo, ob.cit., pp.6 e ss;

³⁸ Cf. Ac. TRC de 21-05-2014; Ac. TRC 14-09-2011; TRP 04-06-2014, todos disponíveis no site www.dgsi.pt ; veja-se por exemplo, no acórdão da Relação de Évora, de 21-04-2015³⁸ seguiu-se o entendimento supra indicado, afirmando-se que até atingir um certo grau de desenvolvimento os menores devem ser preservados dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais. O que se pretende proteger é então uma vontade individual mesmo que insuficientemente desenvolvida, pois tendo em conta a imaturidade dos menores pode apenas a mera potencialidade do abuso sexual colocar em risco o livre desenvolvimento, não se exigindo com isso uma lesão efetiva.

³⁹ LEITE, Inês Ferreira Leite, discorda deste entendimento afirmando ser exigível a ocorrência de um dano para se verificar a lesão do bem jurídico; se as condutas previstas na lei pressupõem que ocorra uma lesão da autodeterminação sexual não se poderá dizer que são crimes de perigo abstrato pois terá que ocorrer um dano efetivo para se conseguir pôr em causa o bem jurídico defendido, nomeadamente a autodeterminação, ob.cit pp.66 e ss; reiterou este entendimento, no seu artigo “A tutela penal da liberdade sexual”, ob.cit., pp.49 e ss;

⁴⁰ Neste sentido, *Comentário ao Código Penal (...)*, 2015, págs.683 e 684;

⁴¹ Cf. ob. cit., *pedofilia*, pp. 66 e ss;

pois teremos sempre em vista um “resultado” concreto, sendo esse “resultado” a colocação em perigo da autodeterminação sexual do menor. Perigo esse que terá sempre que ser avaliado na sua idoneidade de resultar efetivamente num abuso sexual.

Por sua vez, demos o mote para uma posição intermédia. Alguns autores defendem que a natureza da incriminação do abuso sexual e a sua respetiva correlação com a proteção do bem jurídico, é precisamente a de que estamos perante crimes de perigo concreto. Nunca será em abstrato, mas também consideram difícil avaliar-se sempre como dano.

Há determinados aspetos da proteção do abuso sexual, nomeadamente quando referimos os bens jurídicos supra-individuais, como a proteção da infância e o desenvolvimento do menor, que afastam o carácter concreto do bem jurídico digno de tutela penal e torna a discussão da natureza das incriminações e consequente correlação com o bem jurídico um pouco difusa e não isenta de críticas.

Considerando que o bem jurídico é a liberdade sexual, pois todos têm direito à liberdade, num prisma direccionado para a proteção da personalidade e da infância, pois estamos perante crianças com idades muito precoces, nem sempre é totalmente reconduzível à prática de um comportamento (ilícito) a violação de um bem jurídico concreto, como se considera que seja a liberdade sexual. Tendo que atender a bens jurídicos supra-individuais que passam muito por analisar caso a caso a possível perturbação no desenvolvimento do menor, isto leva-nos a uma situação de incerteza quando ao dano em concreto. A solução avançada, em detrimento das considerações de crime de perigo abstrato, pelas indicações já referidas, é o do crime de perigo concreto ou como avança ANA RITA ALFAIATE, crime de perigo de pôr em perigo. A mesma conclui “*Existe, na conduta punida do agente, um desvalor autónomo merecedor de tutela penal e que consiste num perigo de perigo para o bem jurídico ideário protectivo do legislador. Um perigo de pôr em perigo um bem jurídico digno de tutela penal que é preciso acautelar, prevendo-se a incriminação da conduta apta a produzir esse perigo.*”⁴².

Esta teoria também não é completamente descartada por INÊS FERREIRA LEITE, tal como já supra aludimos, pois o que a douta autora critica na teoria do crime de perigo abstrato é o facto de o legislador ter entendido que há condutas que têm implícitas uma perigosidade tal, que nem se exige a verificação de um dano ao bem

⁴² Ob.cit.,. pág. 103; FARIA COSTA, *perigo*, pp.625 e ss;

jurídico, nem sequer se essa conduta é concretamente perigosa, no caso prático, pressupondo que qualquer conduta terá como pressuposto a pré-existência de uma situação de abuso do menor⁴³.

Por conseguinte, como já anteriormente referimos, a jurisprudência não tem acompanhado alguns dos avanços e como vamos poder analisar, ainda é o entendimento “clássico”, de que estamos perante um crime de perigo abstrato, que é seguido pela maioria da jurisprudência. Ora vejamos mais ao pormenor.

No acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21-04-2015⁴⁴, estávamos perante um caso de um abusador sexual, que segundo a letra do acórdão, delineou um plano com vista a abeirar-se das menores em causa e de se masturbar perante elas, tendo exibido o seu pénis ereto e pedindo para que as mesmas o tocassem, tendo a intenção de obrigá-las ou aliciá-las a tocarem nos seus órgãos genitais e a manter com as menores relações sexuais, sendo que para a execução deste plano munuiu-se de guloseimas e moedas, o que, tendo em conta a tenra idade das visadas, serão/foram considerados elementos potencialmente influenciadores. Refere o acórdão que neste primeiro conjunto de factos estaríamos perante, em abstrato, os elementos do tipo de violação agravada, na forma tentada, prevista e punida pelos artigos 164º nº1 alínea a) e 177º nº6 do Código Penal. Lá está, estes atos descritos, a exibição do pénis ereto, o ato de friccionar o pénis nas menores, de forma a até ejacular numa das situações, consubstancia-se em abstrato num perigo de cometimento dos crimes de abuso sexual de menores e por sua vez, na potencialidade de lesar a liberdade e a autodeterminação sexual das menores em causa. Estes comportamentos podem nem ilustrar um ato sexual consumado, mas a mera virtualidade faz com que possa ocorrer danos morais e psicológicos para o desenvolvimento das vítimas, que eventualmente poderão ficar traumatizadas, o que levará a problemas no seu crescimento físico, psicológico e até sexual.

Veja-se também as conclusões feitas pelo coletivo de Juízes no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-05-2014⁴⁵. Nomeadamente neste caso estávamos perante um arguido que foi acusado pela prática como autor material e na forma consumada por crimes de abuso sexual de menores, por ter apalpado as mamas de uma

⁴³ Ob. cit. *Pedofilia*, pp.66 e ss; a referida autora reiterou a sua opinião, posteriormente no seu artigo, afirmando que considerar-se que qualquer conduta tem como pressuposto a pré-existência de um abuso, é retirar qualquer relevância à liberdade do menor, e que não deverá ser válido ao direito penal uma oposição de abstinência sexual aos menores de 14 anos, ob.cit., *relevância* pp.44 e ss;

⁴⁴ Disponível em www.dgsi.pt;

⁴⁵ Disponível em www.dgsi.pt;

menor. Este ato é desde logo considerado de relevo por ser um comportamento ativo, objetivamente sexual e com um conteúdo e significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, portanto, com a autodeterminação sexual de quem a sofre.

Conclui o acórdão que, o crime de abuso sexual de menores constitui um crime de perigo abstrato, tendo em conta que poderá ou não se verificar a lesão efetiva para o desenvolvimento físico ou psíquico do menor, (nem se chega sequer analisar essa questão), sem que isso retire o desvalor da conduta típica ou afaste a ilicitude do tipo objetivo.

Citando novamente TERESA BELEZA entende-se que “há uma convicção legal de que abaixo de uma certa idade ou provada de uma certa dose de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”⁴⁶. Por isso pune-se a simples potencialidade de lesar a autodeterminação sexual, pois considera-se o possível comportamento de natureza potencialmente sexual *ab initio* já ilícito.

Esta convicção não está totalmente incorreta. Há, efetivamente, a baixo de uma certa idade, uma maior proteção relacionada com a formação da vontade dos menores, que ainda não adquiriram todos os elementos cognitivos, ou não os entendem devido à tenra idade e à natural inocência e incredulidade, mas isso não pode levar a que o legislador penal nem a doutrina considere que todos os menores não compreendem os atos sexuais, ou que mesmo não os compreendendo, não têm livremente vontade de os praticar com quem entenderem, no momento que o entenderem, sem que isso se venha a punir por abuso sexual, quando na verdade pode ter ocorrido uma formação da vontade e manifestação da mesma, livre e espontânea e esclarecida.

Reitero, o que devemos proteger quanto à criminalidade sexual dos menores será sempre que a sexualidade dos menores possa ser viva de forma normal, esclarecida e sem influências perturbadoras, tal como adiantava VAZ PATO: “(...) é a iniciação precoce da actividade sexual de forma pervertida, com a instrumentalização do menor como objeto de prazer, desligado de componentes afectivas que está em causa – coisificação da vítima⁴⁷”.

⁴⁶ Veja-se *Sem sombra de Pecado*, Separata, pp. 6 e ss, a douta professora conclui que o bem jurídico ofendido no âmbito dos crimes sexuais contra os menores já não protege hoje em dia os sentimentos de pudor, mas sim a mera potencialidade de desenvolvimento condicionado ou traumatizado por experiências demasiado precoces;

⁴⁷ *In Direito Penal e ética sexual*, pp. 138 e ss;

4. Autoria do crime e comparticipação

Feita a análise do bem jurídico protegido e nomeadamente da natureza das condutas típicas do abuso sexual, cumpre agora tratar da questão do autor dos crimes. Cumpre dizer, em primeiro lugar que, como já supra indicado, é particularmente indiferente se a vítima de abusos sexuais é ou não já sexualmente iniciada, que possua ou não capacidades para entender o ato sexual e que ainda tenha ou não, uma intervenção ativa ou passiva no caso em questão⁴⁸. Ou seja, vítima de abuso sexual de menores serão quaisquer menores, necessariamente com idade inferior a 14 anos e de qualquer sexo. Por conseguinte, autor pode ser qualquer pessoa, de qualquer sexo, sendo que após a revisão do código penal de 2007 a vítima e o autor passaram a poder ser pessoas do mesmo sexo, sem nenhuma diferença de género⁴⁹. Iremos analisar em seguida, com maior pormenor, as questões problemáticas relativas à figura do autor.

Ora, como podemos verificar é entendido na doutrina que autor pode ser qualquer pessoa, de qualquer sexo, não havendo grandes reparos a fazer quanto à idade e podendo concluir-se que também não se exigirá que seja ou não iniciada a nível sexual.

Assim sendo, como se pode perceber, não se faz grandes exigências quanto à figura do autor. No entanto, há uma questão, que para este trabalho tem apenas interesse histórico, que colocava em causa a figura do autor, como a vemos nos dias de hoje. Esta questão estava intimamente ligada à discussão da autoria nos crimes sexuais, mas surgia muito antes disso, e estava conectada com o entendimento de autor em direito penal. Ou seja, o problema estava relacionado com a tradicional classificação dos crimes sexuais como crimes de mão própria.

Antes de mais, de forma a introduzir o tema da autoria, segundo o entendimento de ROXIN⁵⁰, o autor da infração será a figura central do ato criminoso. Este é um ponto de partida para o entendimento da figura do autor. Estas considerações eram levadas a cabo, tendo em conta a interpretação literal da legislação. Veja-se, também quando analisamos a legislação portuguesa temos como ponto de referência o facto de no artigo

⁴⁸ Neste sentido, AC. TRE 04/21/2015 in www.dgsi.pt;

⁴⁹ Antes da revisão do CP de 2007 com a Lei nº59/2007 de 04/09, na redação da Lei 16/2007 de 17/04 ainda se autonomizada a incriminação de atos contra homossexuais, nomeadamente no seu art. 175º afirmando-se “Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”;

⁵⁰ In *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2000; Veja-se também, MARIA DA CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Figura Central, Aliciamente e Autoria Mediata*, 2001, pp. 101 e ss;

que pune o autor dizer-se “É punível como autor quem executar (...)” e, por sua vez, no artigo que pune a cumplicidade afirmar-se “É punível como cúmplice quem, (...) prestar auxílio (...)”⁵¹. Se seguissemos uma interpretação literal seria normal alcançarmos um entendimento de que o autor é a figura central do acontecimento criminoso, no entanto ROXIN argui de que é necessário recorrer com cautela a esta delimitação, pois como iremos verificar, tal fórmula não constituíra nenhuma exposição do conteúdo da autoria.

Com esta teoria pode-se por aqui em evidencia as três formas, avançadas por ROXIN para conseguir distinguir a autoria nos chamados crimes de domínio⁵², nos crimes de dever, e nos crimes de mão-própria.

Ora, o domínio do facto, segundo o douto autor, materializa-se sob três maneiras, nomeadamente, o domínio da ação, que caracteriza o autor imediato; o domínio da vontade, próprio da autoria mediata; e por fim, o domínio funcional do facto, normalmente associado à co-autoria⁵³.

Se analisarmos a teoria do domínio do facto tendo em conta as três formas de autoria individualizadas no artigo 26º do Código Penal, nomeadamente a autoria imediata, mediata, e a co-autoria, podemos concluir que estão explanadas as três formas de domínio do facto, indicadas anteriormente; ora, o facto pode ser dominado pelo agente, desde logo na medida em que é ele próprio que procede à realização típica, estando perante a autoria imediata; por sua vez, pode também ocorrer um domínio da realização típica por parte de um autor, que age como um instrumento ou intermediário de alguém, que não tem necessariamente que executar nenhum tipo de comportamento, mas sob si também se questionando a autoria, havendo então aqui um domínio da vontade, sendo exemplos deste caso, a autoria mediata, tendo como estudo de escola os aparelhos organizados do poder; e por fim, há ainda que considerar, quando ocorra um plano do facto e o autor em questão tenha uma função relevante para a realização típica, mesmo que no momento não tenha uma execução corpórea do facto, possuindo a designação de domínio funcional do facto, sendo o caso da co-autoria.

Por conseguinte, como iremos verificar, hoje em dia já não se baseia a autoria dos crimes sexuais apenas nos contactos sexuais, o que nos leva a concluir que não é apenas

⁵¹ Artigos 26º e 27º respetivamente, ambos do Código Penal Português;

⁵² Os crimes de domínio, ou chamada teoria do domínio do facto, muitas vezes chamada à colação quando se fala em autoria, considera que autor é todo aquele que possui o domínio do facto, sendo aplicado exclusivamente para delitos comissivos e dolos, podendo o comportamento ser levado a cabo também por intermédio de outrem;

⁵³ Veja-se ob.cit. pp.101 e ss; e ROXIN, pp.

autor, somente, o que executa corporeamente o ato sexual e, portanto, considerando que é possível também nos crimes de abuso sexual de menores, qualquer uma das formas de autoria. Todavia, este nem sempre foi o entendimento dominante. Vejamos.

Na redação do antigo artigo 172º na Lei n.º99/2001, quanto ao abuso sexual de menores, devido à redação pouco explícita do mesmo, ainda se exigia um contacto físico específico entre o autor e a vítima. Isto verificava-se devido ao entendimento ainda muito ligado à moralidade onde o que se censurava era, primordialmente, a imoralidade que advinha do comportamento sexual. Ora, nesta linha de pensamento, se algum dos autores não contribuisse para a realização do facto corporeamente, nem tivesse dolo quanto à realização da ação típica, então não estaria a praticar nenhuma imoralidade. Não havendo nenhum comportamento desvalioso para punir, logo, nem bem jurídico por este violado, então seria compreensível só se conseguir punir aquelas condutas levadas a cabo por quem somente fosse responsável pela ocorrência do mesmo. Veremos que, nos dias de hoje já não é este o entendimento seguido pela doutrina e pela jurisprudência.

Importa em primeiro lugar afastar deste âmbito as situações que poderão preencher os requisitos do crime de lenocínio, previsto no artigo 175º do CP, passando o caso a configurar uma questão de concurso e não de cumplicidade.

Por conseguinte, anteriormente à Revisão de 2007 do Código Penal, esta era uma discussão que se impunha. No nº1 dispunha-se claramente sobre condutas de agentes que praticassem ou levassem a praticar atos sexuais de relevo, por seu turno, no nº2 levava-se a entender que se exigia um contacto específico, imediato e direto do autor com o menor, pois afirmava-se “se o agente tiver cópula, (...)”⁵⁴.

Desta feita, surgiam os crimes de mão-própria que eram caracterizados por serem crimes em que em princípio era exigido uma autoria imediata e direta, uma execução corporal ou pessoal de um tipo ilícito. Estes crimes têm por base a natureza pessoalíssima do dever que impende sobre o agente, tratando-se, por conseguinte, de uma categoria de crimes específicos, em que se exclui a participação dos agentes que não praticam “com as próprias mãos” o crime. Também a doutrina espanhola afirmava que os crimes de mão-própria consistiam na realização física de uma ação reprovável, e em que a essência do ilícito radicava na atitude do agente relativamente aos seus deveres pessoalíssimo⁵⁵. Tinha-se muito enraizado esta ideia por se considerar que os bens jurídicos violados

⁵⁴ Cf. redação da [Lei n.º 99/2001, de 25/08](http://www.pgdlisboa.pt) quanto ao artigo 172º, que previa o abuso sexual de menores, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

⁵⁵ Neste sentido, JAKOBS, *Derecho penal – parte geral*, pp.731 e ss

estavam associados à moralidade, honestidade e aos bons costumes. Hoje em dia abandonou-se essa ideia, como já tivemos oportunidade de frisar anteriormente quando discutimos algumas alterações sofridas pela legislação no que concerne o crime em apreço.

Por conseguinte, é pacífico hoje em dia, que quanto aos crimes sexuais, pode-se assumir quanto ao agente do crime todas as formas de autoria, pois já não se considera os crimes sexuais como crimes de mão-própria, como se considerava nos Códigos Penais anteriores.

INÊS FERREIRA LEITE⁵⁶ no seu relatório de mestrado apresentado para a cadeira de Direito Penal, em 2003, já afirmava que, considerar-se o crime de abuso sexual de menores apenas como um crime de mão-própria é ajuizar que o desvalor da ação se baseia somente na realização da atividade pelo agente. Neste entendimento, a censura penal seria apenas quanto ao contacto físico sexual que alguém tivesse com um menor, descurando-se, ao nível da punibilidade, casos como por exemplo de cumplicidade, instigação, entre outros⁵⁷.

Somos forçados a concordar que não podemos considerar os crimes sexuais como crimes de mão-própria, tendo-se resolvido estas dúvidas com a redação da Lei nº59/2007, de 04/09⁵⁸, que deixou de fazer a referência específica quanto ao agente que acontecia nas anteriores versões do artigo em apreço. Não ocorrendo mais a distinção entre o nº1 e nº2 quanto às possíveis formas de participação criminosa podemos concluir que o crime de abuso sexual de menores é um crime comum, que caracteriza - se por poder ser cometido por qualquer pessoa, obedecendo às regras da comparticipação.

Por conseguinte, neste âmbito o que estará em causa, relacionado com o abuso sexual de menores, é o problema de saber, a título de exemplo, se podem ser punidos por este crime os pais do menor, a título de cumplicidade por omissão, ou qualquer outra pessoa que sobre o menor tenha um dever jurídico de garante. O que está em causa é saber se quem tem estes deveres de impedir, de forma dolosa, a prática de atos típicos contra um menor pode ser punido a título de cumplicidade. Esta questão não está apenas interligada com os deveres do parentesco, poderemos ter, como iremos analisar, casos em

⁵⁶ Neste sentido, ob. cit. pp.89 e ss;

⁵⁷ É de salientar que é compreensível reputar que exista um maior desvalor associado à conduta daquele que tem um contato sexual direto com o menor de 14 anos, no entanto este desvalor não deverá incidir sobre a ação, mas sim sobre o resultado; ou seja, o desvalor do crime de abuso sexual de menores não deverá incidir apenas no ato sexual, mas sim e, também, no resultado, nas consequências ao nível da autodeterminação sexual, personalidade da vítima, etc.;

⁵⁸ Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

que se está perante um dever de auxílio, e poderemos também presenciar um ato cometido na posição de cúmplice por omissão.

Ou seja, as questões mais problemáticas neste aspeto são relativas a crimes em que alguns dos participantes não exerceram violência nem ameaçaram a vítima diretamente nem com ela mantiveram nenhum contacto sexual, mas ou estiveram presentes no momento e no local da prática do facto ou encorajaram os agentes e contribuíram para a prática do facto punível. Estamos precisamente perante situações de co-autoria e cumplicidade, fazendo sentido, neste momento, fazer um pequeno resumo quanto a estas formas de participação criminosa. Nomeadamente sob a forma de co-autoria temos que estar perante a intervenção direta na fase de execução do crime, o acordo para a participação de todos na elaboração do plano comum de execução do facto e o domínio funcional do facto, no sentido de o agente deter e exercer o domínio do facto típico, sempre analisando de uma perspetiva *ex ante* de que a omissão daquele contributo impediria a realização do facto típico na forma planeada. Quanto à execução do tipo ilícito, não é necessário que todos os agentes, ou que cada um dos agentes cometa integralmente o facto punível nem que execute todos os factos correspondentes ao plano comum. Por sua vez, se tivermos perante a cumplicidade é necessário que se preencham os elementos de um mero auxílio material ou moral para a prática de um crime doloso por outrem e o favorecimento da prática ilícita, não se tornando parte do domínio do facto. Será o exemplo de casos em que o agente fornece o local, indica ao autor potenciais vítimas ou fornece auxílio material ou moral quanto à prática dos crimes sexuais.

Quanto à punibilidade a título de co-autor importa referir que não é por se afirmar que o co-autor não precisa realizar integralmente o facto típico, que se pode concluir por uma impunidade quanto ao facto ilícito cometido, pois este continua a fazer parte de uma execução conjunta. Ou seja, não obstante não se exigir a realização integral do facto típico o co-autor também executa o facto, respondendo como autor da execução integral.

Neste aspeto não se exige a verificação de uma relação de causalidade entre o contributo de cada autor e o resultado típico, para que este lhe possa ser objetivamente imputável, pois não há nexo de causalidade no crime de abuso sexual de menores. Ora, o que sucede é que havendo uma execução conjunta, basta que o “resultado” seja causa dessa atuação em conjunto. Por conseguinte, no caso de co-autoria, o autor, tendo em conta a teoria do domínio do facto, atualmente dominante enquanto critério de autoria, apenas revela-se como figura central do acontecimento criminoso por deter o domínio do facto. No entanto, a todos os comparticipantes é imputado o facto típico porque todos

tiveram um contributo que preenche o desvalor da ação, encontrando-se, todos numa conexão de risco com a execução global⁵⁹.

Ora, já o artigo 27º nº2 do CP prevê uma especial atenuação da penalidade do cúmplice quanto ao autor, o que revela um menor grau de merecimento e de carência de pena em relação à cumplicidade, levando-nos a concluir-se que os participantes não se encontram todos no mesmo plano valorativo, em relação às outras formas de participação criminosa⁶⁰. Isto acontece porque o cúmplice só será punido se o autor “principal” cometer dolosamente o facto, ou seja, iniciar a execução do facto ilícito que este prestou auxílio a praticar. Se o autor ficar apenas no estágio da tentativa, o cúmplice também será punido apenas a título de tentativa, mesmo que o auxílio prestado pelo cúmplice já tenha sido consumado. Também não faria sentido punir-se o autor a título de tentativa e não se atenuar especialmente a pena do cúmplice, que apenas deu um mero auxílio, por vezes, apenas moral, à execução do facto principal.

Vejamos casos práticos. No Ac. do TRC de 15-10-2008⁶¹ afirmou-se que “Existe co-autoria no crime de violação quando o desígnio do abuso sexual foi tomado em conjunto, tomando-se parte direta na execução do crime, concorrendo para o resultado, quando se coopera com ações de intimidação da ofendida permitindo assim a consumação do acto”. Em síntese, os arguidos dirigiam-se para locais onde sabiam que iam encontrar casais de namorados, tendo combinado forçar as mulheres que aí encontrassem a manter com eles relações sexuais de cópula. Enquanto um dos arguidos impedia o namorado da vítima de socorrer-la, afastando-o do local, o outro arguido forçou-a a praticar atos de cópula; quando regressaram ao local, foi a vez deste arguido ficar sozinho com a vítima, tendo tentado praticar atos de cópula, o que não logrou conseguir. Os arguidos agiram de livre e espontânea vontade, deliberadamente e conscientemente com o intuito de manter relações sexuais com a vítima. Os arguidos também sabiam que os atos praticados eram propensos a violar a liberdade e a autodeterminação da vítima, de entre outros bens jurídicos violados no caso em apreço. Ambos tinham conhecimento que cometiam atos punidos por Lei.

Quanto ao crime de coação sexual, foi apenas um dos arguidos que manteve relações sexuais com a vítima e satisfaz sexualmente os seus instintos sexuais, no entanto

⁵⁹ Neste sentido, HELENA MORÃO, *Autoria e Execução Comparticipadas*, pp. 50 e ss e 291 e ss, 2011;

⁶⁰ Neste sentido, HELENA MORÃO, *Autoria e Execução Comparticipadas*, pp. 50 e ss, 2011;

⁶¹ Disponível em www.dgsi.pt; Embora este caso seja um caso do artigo 163º e 164º pode-se transpor a fundamentação para casos de abuso sexual de menores;

ambos tiveram intervenção material no crime em análise. O MP considerou, e bem, que mesmo só tendo um dos arguidos se aproveitado sexualmente da vítima, só o conseguiu fazer com o indispensável contributo do outro arguido que reteve à distância o namorado da vítima. Ressalvou também que os arguidos são co-autores na violação porque o desígnio do abuso sexual foi em conjunto. Ou seja, pode-se concluir que existiu um acordo entre os dois arguidos para a participação naquele ato, elaboraram em conjunto um plano para a execução do crime e ambos tiveram uma intervenção direta e ativa na fase de execução do facto. Quanto à questão da execução do ilícito típico, já se afirmou que não é necessário que todos os agentes cometam integralmente o facto punível, portanto o facto de um dos arguidos não ter chegado a abusar sexualmente da vítima não o exime da sua responsabilidade penal como co-autor do facto punível⁶².

Quanto às penas, em primeiro lugar consta afirmar que com a pena se visa a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo e a reinserção social do agente, estabelecendo-se uma correlação entre a medida da pena e a necessidade de prevenir futuros crimes, com a devida limitação do art.40º nº2 que salvaguarda a culpa. Na feitura do cúmulo jurídico, visto neste caso ter ocorrido a violação de outros bens jurídicos que aqui não importam analisar, não se pode deixar de analisar a panóplia de crimes perpetrados, sendo que estes se reportam a um comportamento tido na mesma ocasião, contra a mesma vítima, numa só noite e num só lugar e principalmente, para o que aqui nos importa, num único contexto unificador dado pelo mesmo desígnio de irem espreitar casais de namorados e de se aproveitarem das raparigas para satisfazerem os seus instintos libidinosos, concluindo-se portanto pela comparticipação sob a forma de co-autoria do crime de coação sexual e de violação, puníveis pelos arts 163 e 164º do CP.

Por conseguinte, no Ac. do TRC 29-09-2010⁶³ discutiu-se também a co-autoria de um crime de abuso sexual de menores, nos termos do art. 171º nºs 1 e 2 do CP. Neste caso estamos perante 5 arguidos, que pretendendo casar a menor vítima segundo os costumes da etnia cigana com um dos arguidos em questão, subtraíram a menor para depois celebrarem casamento. Todos executaram um plano comum para esse efeito, sabendo todos os arguidos que segundo a etnia cigana, de acordo com os costumes e

⁶² Esta fundamentação pode ser transposta para casos de abuso sexual de menores, como por exemplo, o Caso 3 analisado por INÊS FERREIRA LEITE, em que um dos intervenientes no caso não participou diretamente no processo de violação da liberdade e autodeterminação da menor vítima, mas tomou parte direta da decisão conjunta de praticar o facto e teve um contributo indispensável para a execução do crime, ob. cit. pp. 110 e ss;

⁶³ Disponível em www.dgsi.pt;

tradições da etnia a que pertencem, antes de se celebrar a cerimónia, é obrigatório a verificação da virgindade da menor, sabendo todos como é que esta verificação se processa. Para esta verificação praticam-se atos sexuais que são hoje em dia considerados de relevo, puníveis nos termos do art. 171º nº2 do CP. Ficou provado que todos executaram um plano comum com o intuito de lograrem ao casamento da menor segundo o ritual cigano e de a sujeitarem ao exame de comprovação de virgindade no qual lhe foram introduzidos dedos de pessoa não identificada na vagina bem como panos brancos, no que contaram com o auxílio de um dos arguidos. Também um dos arguidos, mesmo sabendo que a ofendida era menor, não se coibiu de a tentar beijar na boca, podendo estes atos colocar em perigo a liberdade e a autodeterminação sexual da menor, o que já concluímos que é “suficiente” para se verificar o crime de abuso sexual de menores.

Quando iniciamos este capítulo dissemos que uma das questões paradigmáticas era a de saber, se podem ser punidos pelo crime de abuso sexual de menores, os pais do menor, a título de cumplicidade por omissão, ou qualquer outra pessoa que sobre o menor tenha um dever jurídico de garante⁶⁴. Ou seja, neste caso teríamos que verificar a possibilidade de estar perante uma situação de cumplicidade omissiva.

Há que iniciar esta questão fazendo uma importante distinção entre o problema do domínio do facto, já anteriormente aludido e a omissão típica. Se considerarmos que é necessário o domínio do facto para podermos caracterizar a sua atuação como relevante então este já não será punido apenas a título de omissão. Vejamos, se para estarmos face a uma omissão típica é necessário que o autor omita efetivamente uma ação adequada a evitar a produção do resultado, isto pode levar a conclusões erróneas, de que, de certa forma, o mesmo detém o domínio do facto e portanto pode controlar “ativamente” o processo causal. Podemos portanto concluir que, se considerarmos o conceito de domínio do facto, que é muitas vezes utilizado para definir a conduta do autor e co-autor, para conseguirmos definir as condutas omissivas então nunca poderíamos estar perante uma situação de autoria nos crimes omissivos.

Alguma doutrina tem dificuldade em aceitar a teoria do domínio do facto como critério para delimitar a autoria, afirmando que o possuidor da posição de garante nunca terá o domínio do facto, afirmando-se que quem terá o domínio do facto será o agente que praticar o facto comissivo por ação, pelo que o omitente só poderá ser cúmplice.

⁶⁴ Como é obvio só poderemos falar neste aspeto se houver um dever jurídico de agir que recaia sobre o agente e este possa agir para evitar o abuso sexual, estando a lesão do bem jurídico neste âmbito também dependente do não exercício pelo garante do seu poder impeditivo do facto típico;

Conclui-se assim que terá o domínio do facto apenas quem tenha um controlo direto ou material na execução do facto, e não quem detém a mera possibilidade de evitar o resultado.

Vejamos antes de mais, segundo JOSÉ ANTÓNIO VELOSO a omissão não se caracteriza pelo simples não cometimento de um ato, mas sim um não fazer qualificado por um dever se agir, isto é, como o douto autor avança, “*um não fazer uma acção devida*”⁶⁵

Portanto, esta questão dos factos praticados em comparticipação, de forma omissiva, só irá relevar se tivermos perante um agente que detém sobre o menor um dever de ação devida. Vejamos, se uma mãe, que tem conhecimento, ou sequer a mínima suspeita, de que o pai da filha abusa sexualmente da mesma, mas por medo de sofrer represálias por parte do pai, nada diz, então podemos estar aqui perante uma participação por omissão, visto a mãe deter sobre a filha um dever de garante, que a “obriga” a agir segundo uma ação devida, que será a proteção da filha. O douto autor refere também que a definição de omissão terá que resultar paralelamente à definição do tipo penal em causa, nomeadamente se for um tipo penal que tem como elemento a causalidade, veremos então a omissão como omissão da ação causal, resultando este conceito numa ação contra-causal, ou seja, a “*omissão da ação apta a evitar o resultado*”⁶⁶. Ora, no exemplo que demos, podemos verificar esta conclusão. A mãe desconfiando dos abusos sexuais por parte do marido contra a sua filha deveria ter agido de forma apta a evitar o resultado.

Consideremos no caso que aqui debatemos, o acórdão do STJ de 31-03-2005⁶⁷, em que apesar de não estarmos perante um abuso sexual de menores, nem de uma posição de garante de parentesco, podemos retirar algumas conclusões sobre o aspeto em análise. O que estava em questão neste acórdão era um crime de violação punido pelo artigo 164º do Código Penal, em que um dos arguidos, perante as resistências da vítima, violou-a, tendo praticado com a mesmos atos de coito anal, sendo que o outro arguido presente estava ciente da oposição da mesma a estes atos. Até podemos concordar que não há nenhum dever de garante do arguido com a vítima, no entanto, prevê o artigo 200º do Código Penal, um dever de auxílio, que se caracteriza por uma solidariedade social para

⁶⁵ Veja-se *Apontamentos sobre Omissão*, AAFDL, 1993, pp.5 e ss;

⁶⁶ *Idem*;

⁶⁷ Disponível em www.dgsi.pt; consideramos que os fundamentos utilizados para a verificação da cumplicidade por omissão no caso analisado servem igualmente para retirarmos algumas ilações sobre a cumplicidade por omissão perante crimes de abuso sexual de menores, basta considerar que estes merecem uma maior tutela penal e que em situações de perigo há para com eles um dever de auxílio, e perante contextos familiares, um dever de garante, que na minha opinião, aumenta a necessidade de proteção;

com aqueles que se encontram em perigo, no que toca a bens eminentemente pessoas, como a vida, integridade física e a liberdade. Neste caso exige-se que se esteja presente de uma grave necessidade, exigindo-se que se trate de um risco ou perigo iminente de lesão substancial dos bens jurídicos. Assim sendo, no caso em apreço, estaríamos perante uma situação que se previa de grave necessidade de auxílio por parte das pessoas presentes para com a vítima, pois esta, estava colocada numa posição de impossibilidade de se socorrer a si própria. Por sua vez, para a verificação do crime em omissão é necessário o dolo, mas basta-se pela representação de que a vítima corre sérios riscos quanto à sua liberdade sexual e que se conforme com essa situação ou que fique indiferente a essa situação de perigo. Consideramos que a ação omissa poderia ter certamente evitado o resultado, ou seja, não sendo tão radical, a ação omissa poderia ter diminuído o risco/perigo de produção do resultado⁶⁸.

Ora, o arguido, no caso em análise, estava perante uma vítima que se encontrava numa situação de grave perigo para a sua liberdade, estando o outro arguido a praticar contra a vontade desta, atos de coito anal, logo pode-se concluir que o primeiro estava consciente dos riscos em que a vítima estava a correr, conformou-se com isso, sendo indiferente com o sofrimento da mesma, tendo agido com dolo. Mesmo não tendo nada nenhum apoio moral ou físico de forma ativa ao outro arguido para a prática do ato, não tendo de maneira nenhuma socorrido a vítima, nem tendo nenhum comportamento para evitar o resultado, pode-se concluir que o arguido cometeu, neste caso, para além de um crime de violação, punido pelo artigo 164º nº1 do Código Penal, como um crime, na forma de cumplicidade por omissão do crime de violação, punido pelo referido artigo, em conjunto com o outro arguido.

Cumprе salientar, como já referimos, que se tivéssemos perante uma situação em que a contribuição do cúmplice não fosse determinante para o resultado final do comportamento, não poderíamos concluir que este tivesse o domínio do facto, logo não se poderia considera-lo como cúmplice, nem sob a forma ativa nem omissiva.

Como já supra indicado, este entendimento levado a cabo pelo acórdão em apreço, pode, com as necessárias adequações, ser transposta para casos em que efetivamente

⁶⁸ No entanto, não nos podemos esquecer que este mesmo arguido já tinha também praticado com a vítima atos de cópula, sendo punido pelo artigo 164º do Código Penal, o que nos leva a concluir que o mesmo demonstrou uma insensibilidade e indiferença quanto à vítima e à liberdade sexual da mesma; porém, não se afasta com isto, o facto de posteriormente ter presenciado outro ato de violação para com a vítima e não ter tido nenhum comportamento apto à não verificação do mesmo, apesar de todas as resistências por parte da vítima;

estejamos perante algum nível de parentesco e, que, portanto, faça impender sob essa figura um especial dever de garante, tendo um especial dever de se opor à verificação do resultado. Ora, esta conclusão pode trazer algumas confusões. Se estamos perante uma possibilidade de agir para que não se pratique efetivamente o resultado típico da incriminação, então sobre este impende um efetivo domínio do facto. Tendo-se já anteriormente concluído que o cúmplice não tem o domínio do facto, apenas auxiliando de forma moral a concretização do ato, aqui chegados deparamos-nos com este problema, que o coloca no controlo de um processo causal que levou à existência do crime.

O que é apontado como critério delimitador entre a autoria e a cumplicidade, na opinião da doutrina⁶⁹, é precisamente o próprio tipo incriminador. Ora, se a não intervenção do garante corresponder de alguma forma de domínio do facto então, em princípio o garante seria autor; se a não intervenção do garante não corresponder, de maneira alguma à conformação da agressão do bem jurídico, então será mero cúmplice⁷⁰.

Quanto a este aspeto, podemos concluir que a interpretação do tipo incriminador se revela decisório para circunscrever a autoria da cumplicidade. Vejamos, na nossa opinião, e conforme a análise do acórdão feita, pode ser co-autor por omissão de um crime de violação aquele que, no momento da prática do facto em apreço, não tem um contacto direto com a vítima, mas estando presente dá a sua contribuição para a prática do facto, criando um ambiente de maior intimidação.

Vejamos, a mera possibilidade de o garante, ou quem tenha um dever de auxílio, em que possa, de alguma forma, impedir a consumação do crime, não transforma este agente em autor do crime, mesmo que por omissão. Se a sua não contribuição se revelar imprescindível para o cometimento ou não cometimento do ato então teremos que por em perspetiva esta discussão entre a autoria e cumplicidade por omissão.

Em um caso avançado por INÊS FERREIRA LEITE⁷¹, e também por mim já indicado um exemplo parecido, o pai que permite que os amigos ou que alguém abuse sexualmente da sua filha, têm um dever de garante de a proteger dos perigos inerentes a estas práticas, estando presente, então a sua posição de garante ainda se torna mais evidente, e é, a sua conivência no ato que permite que o abuso ocorra. Neste caso, contrariamente ao caso do acórdão analisado, a mera presença, a mera figura de espetador

⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 2007, pp.769 e ss, INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit. pág.118;

⁷⁰ É de salientar que no acórdão analisado não estávamos perante uma posição de garante, quanto baste estávamos perante uma omissão de auxílio, nos termos do artigo 200º, como supra indicado;

⁷¹ Ob. cit. pp. 111 e ss;

da prática do ato ilícito, faz consubstanciar o agente num mero cúmplice, pelas razões já indicadas. Por sua vez, no caso avançado por INÊS FERREIRA LEITE, já estaríamos numa posição de autoria por omissão, porque o contributo do pai que permite que a filha seja abusada, podendo então se concluir pela autoria, mesmo que por omissão.

Penso que a pedra de toque destes casos será mesmo a questão de se saber se o contributo dado pelo autor omissivo é ou não fundamental para a prática do facto. Se sim, teremos que concluir pela co-autoria por omissão, se não, poderemos verificar presente os requisitos necessários para se estabelecer uma cumplicidade por omissão.

O que difere do exemplo avançado por INÊS FERREIRA LEITE e do exemplo avançado por mim, o da mãe que suspeitando dos abusos por parte do pai e nada faz, é exatamente a questão do contributo essencial. Vejamos, no exemplo da douta professora, era o pai que permitia que na sua própria casa, amigos e conhecidos, abusassem sexualmente da criança. Ou seja, há aqui um contributo essencial, mesmo que omissivo, para a prática dos factos. Por sua vez, se tivermos perante uma suspeita da prática dos factos, em que a mãe, na sua posição de garante, nada faz para impedir a continuação da prática dos factos ilícitos, podemos concluir que a sua intervenção não era imprescindível para que o pai praticasse os abusos. Vejamos, a convivência da mãe, a partir do momento em que toma conhecimento dos abusos, ou seja, a sua omissão, passa apenas a fornecer uma contribuição objetiva, mas não dominante, para a execução dos novos abusos, só se podendo concluir pela figura da cumplicidade, mesmo que a título de omissão⁷². Como afirma INÊS FERREIRA LEITE, “a mera possibilidade do garante poder, de alguma forma, impedir a consumação do crime, não o transformará em autor”⁷³.

5. Conceito de Ato Sexual de Relevância

Um elemento importante quanto à delimitação típica dos crimes contra menores de 14 anos é, por sua vez, compreender quanto ao conteúdo da ação, que tipo de ações são consideradas como abusivas para a liberdade e autodeterminação sexual dos menores.

No âmbito dos crimes sexuais, todo o capítulo está relacionado, como dito supra, com a liberdade e autodeterminação sexual, que estão intimamente ligados ao direito geral de personalidade, decorrente da dignidade humana e estreitamente ligado à

⁷² INÊS FERREIRA LEITE avança também com um caso em que um pai sabe que a filha é abusada numa instituição e nada faz; ob. cit. pp. 111 e ss;

⁷³ Ob. cit. pág. 122;

identidade intelectual, moral e social de cada pessoa. Os abusos sexuais são entendidos como graves agressões à dignidade pessoal e têm consequências duradouras na vida espiritual e social de quem os sofre.

Esta era uma questão que antes da alteração legislativa que foi levada a cabo em 1995 assumia maior relevância por causa do conceito de abuso sexual de menores que ainda era, na minha opinião, um pouco impreciso à época, contendo termos como por exemplo “actos análogos” o que, perante uma criança, tornava-se completamente indefinível. Inicialmente parecia que seria possível abarcar tudo neste conceito de ato análogo, no entanto não era o que sucedia, questionando-se ainda na jurisprudência o que caberia nesta expressão. Ora, seria um beijo, um toque ou um apalpão um ato análogo? Era ainda discutido na jurisprudência se o coito oral, ou vaginal e se o coito anal cabia na previsão desta analogia, exigindo-se para o coito oral ou vaginal a consumação da “*emissio seminis*”. Como temos oportunidade de verificar, anteriormente às grandes revisões que a legislação penal, no âmbito dos crimes sexuais, tem vindo a sofrer desde 1995, empregavam-se várias expressões difusas que levavam por vezes a punições igualmente difusas e provavelmente injustas em determinados casos.

No Ac. do STJ de 09-06-1993⁷⁴ ainda se discutia se determinados atos consistiam em “actos análogos” e se o coito vaginal era equiparado à cópula, noção que também era muito controversa.

Neste acórdão o que estava em causa era uma menor de 8 anos de idade que sofreu por parte de um homem de 69 anos atos que na altura se designavam por coito vaginal ou vaginal. O arguido friccionava o seu pénis ereto na zona exterior da vagina e nas coxas, onde se ejaculava. Colocou-se em causa se neste caso o comportamento do arguido tinha sido suficientemente grave para colocar em causa a liberdade e autodeterminação da menor. Inicialmente o coletivo de juízes julgou o comportamento do arguido apenas como um atentado ao pudor, tendo em sede de recurso o excelentíssimo Magistrado do Ministério Público requerido a alteração da qualificação jurídica para um crime de violação, pois considerou que o coletivo de juízes interpretou incorretamente o conceito de “acto análogo”.

⁷⁴ Disponível em www.dgsi.pt, seguia-se neste acórdão o entendimento de que o coito vaginal verificava-se quando o ato sexual consubstanciava-se com contactos na zona exterior dos órgãos sexuais, tendo que se atingir a *emissio seminis*; este ato era equiparado à cópula, para fins de punição; Veja-se também o parecer nº 43 173 in BMJ nº 428, de 1993, pp.270 e ss;

No acórdão em análise podemos verificar que a legislação ainda impregnava nos seus conceitos incriminatórios um pendor muito ético-social, ainda se entendendo os atos do abuso sexual como atos que exigiam a penetração do membro viril do homem no órgão sexual da mulher, apenas equiparando determinados atos com um pendor sexual à cópula. No entanto, não sendo esta uma equiparação muito precisa deixava algumas lacunas de punibilidade, permitindo decisões que inicialmente pareciam um tanto ou pouco incompreensíveis, como a do acórdão em análise.

Com efeito, houve, no meu entender e no entender da jurisprudência, uma renúncia deliberada a uma exaustiva enunciação do que significaria “acto análogo”, não tipificando os comportamentos que seriam efetivamente equiparados à cópula. Delegou, por isso, esta tarefa na jurisprudência o que, no entanto, permitiu, como consideramos supra, determinadas lacunas de punibilidade devido à imprecisão dos conceitos legais empregados, por mais esforços que fossem feitos por parte da doutrina e da jurisprudência para conseguir determinar o mais concretamente possível o que significaria “acto análogo à cópula”⁷⁵, tínhamos sempre presente determinadas áreas da punibilidade que ficavam sem se concretizar.

Outra questão quanto ao comportamento do arguido para com a menor que teve especial atenção, e que no meu entender é um pouco melindroso quando estamos perante casos de abuso sexual de menores, era o facto de se exigir nos contactos vestibulares ou vulvar a *emissio seminis*. A cópula era designada pela introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino, não se exigindo na cópula a *emissio seminis*. Só se considerava, no entanto, o coito vulvar ou vaginal equiparado à cópula quando o mesmo fosse acompanhado da *emissio seminis*⁷⁶.

Vejamos, este tema tem apenas interesse histórica, mas tem íntima relação com o conceito de ato análogo que se utilizada na legislação, antes da Revisão de 1995. Ora, considerava-se que para haver crime de “estupro” tinha que existir cópula vaginal entre o arguido e a vítima. Veja-se o parecer de MAIA GONÇALVES nº 31 968 quanto ao acórdão de 23 de fevereiro de 1966. O douto autor afirmava que a *emissio seminis* era exigível (no caso de coito vulvar), “pela potencialidade para a concepção da mulher (...)”

⁷⁵ Temos presente esta exigência devido à reserva de Lei que exige o máximo de determinação dos tipos, pois a garantia penal só pode ser desenvolvida de forma eficaz quando a vontade do órgão representativo do povo se exprime claramente, e que possa desenvolver-se numa decisão subjetiva e arbitrária do juiz;

⁷⁶ Neste sentido o acórdão citando o parecer nº31 968 do Ilustre Magistrado, quanto ao acórdão de 23 de fevereiro de 1966, em que afirmou que em casos de cópula vulvar deverá ser exigível a *emissio seminis* para se consumir o ato equiparado à cópula, senão ficará de fora a existência de qualquer coisa que tenha potencialidade de ser considerada cópula, in Boletim do Ministério da Justiça, pp.198 e ss;

pode até suceder que a mulher que praticou cópula vulvar fique com o hímen intacto, mas que este venha a ser rasgado pela evolução natural da gravidez resultante dessa cópula”.⁷⁷ Ora, não ocorrendo *emissio seminis* então não se poderá verificar a existência de cópula entre o agressor e a vítima.

Voltando ao acórdão que estávamos inicialmente a analisar. É importante referir que estas concepções existiam porque os crimes sexuais anteriormente à revisão do Código Penal ainda eram muito associados moral e aos “bons costumes” da sociedade, ainda fazendo constituir a virgindade da mulher como elemento do crime de estupro. Por sua vez, hoje em dia, o Código Penal já não exige, nem faz nenhuma referência à virgindade e à castidade associada à mulher.

Por conseguinte, importa também indagar da questão sobre a expressão “acto análogo”. A mesma era considerada como uma indicação necessária porque alguns autores entendiam que não seria possível, por questões de fisionomia, praticar atos de cópula com menores. Por se considerar a impossibilidade de introdução completa do órgão sexual masculino no órgão sexual feminino é que se teve que arranjar uma “solução” para conseguir abarcar os comportamentos possivelmente sexuais contra os menores. No entanto, essa solução foi, como podemos verificar, muito imprecisa, contendo, por sua vez, demasiadas restrições, como por exemplo a exigência da *emissio seminis*. Para mim não fará sentido fazer esta exigência, pois é suficientemente danoso para um menor que um seu conhecido ou desconhecido coloque o seu pénis nas coxas ou nas suas zonas erógenas, ou tenha para com ela toques de natureza sexual, mesmo sem ejacular, tendo maturidade para compreender esse ato ou não.

Compreendo, todavia, que na circunstância em que estávamos ao nível da legislação, que se tenha recorrido a conceitos como o do “acto análogo” para conseguir tutelar determinados comportamentos contra os menores, pois se segundo o conceito médico-legal a cópula era a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina da mulher, o que acontecia era que em muitos casos, devido à impossibilidade física de penetrar completamente o órgão sexual feminino em tenra idade, estes ficavam de fora da proteção do direito penal, pois não se considerando o comportamento um ato de cópula, não haveria violação, o que levaria a uma impunidade, ou então a uma punibilidade inferior, pois iria recorrer-se ao crime de atentado ao pudor que era substancialmente menos gravoso do que o crime de violação.. Conseguiu-se, por

⁷⁷ Veja-se, ob. cit. pág. 215;

consequente, com esta referência proteger também os contactos externos, mantendo-se apenas a exigibilidade da *emissio seminis*.

Ora, o entendimento supra referido também teve seguimento no acórdão de 02-11-1994 afirmando-se que não se pode dar como provado o crime de violação quanto à menor vítima porque não se provou que tenha ocorrido *emissio seminis*⁷⁸. Inicialmente foi este entendimento do acórdão, no entanto em resposta ao recurso interposto pelo arguido, o Excelentíssimo Magistrado veio defender que os factos provados no caso em análise preenchem o tipo legal de “acto análogo” ao de cópula e que considerava que tais atos corresponderam a determinadas manobras que se assemelham às relações sexuais de cópula, não o deixando de ser por não se ter verificado a ejaculação espermática. O douto magistrado deu um passo à frente do tempo e considerou que não é indispensável para a conceção de ato análogo ao de cópula o elemento ejaculatório. Afirmou-se também, no acórdão que neste momento está sob análise, que atender à consumação da violação, ao orgasmo ou à ejaculação é um puro preciosismo que atendendo à natureza do bem jurídico protegido não fará grande sentido, nomeadamente à liberdade e autodeterminação sexual, que na altura do acórdão em questão já tinha algum peso⁷⁹.

Assim sendo, se a analogia se fundamenta na proporção e nas semelhanças entre coisas, e em direito, na coerência do sistema jurídico, que impõe a adoção da mesma solução para casos análogos, não se compreende a exigência ejaculatória quanto aos contactos externos de cariz sexual num menor, tendo em conta que num ato completo de cópula não se faz essa exigência.

Esta ideia era também apoiada na doutrina, jurisprudência e na legislação estrangeira, nomeadamente no Código Espanhol que sempre defendeu que para a consumação do crime de violação, quanto à cópula não será necessário, muito menos exigível, primordialmente quando de crianças nos referimos, a *immissio penis* nem a *immissio seminis*⁸⁰. Para a doutrina espanhola “*Por acceso carnal hay que entender la conjunción del miembro viril masculino a través de las vías vaginal, anal o buscal de la víctima. (...) Para la consumación basta la coniunctio membrorum, no siendo necesario ni la immissio seminis ni que la immissio penis sea completa*”⁸¹.

⁷⁸ Disponível em www.dgsi.pt;

⁷⁹ Neste sentido também, BMJ, nº 441, pp. 7 e ss;

⁸⁰ Concordam com este enunciado, RODRÍGUEZ DEVESA e SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Decimotava edición, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 165 e ss;

⁸¹ *Idem*, pág. 178, afirmando os autores que “*no es esencial la eyaculación*”;

Pese embora a importância de descortinar algumas questões históricas relativas à punibilidade do crime de abuso sexual antes das alterações legislativas levadas a cabo no ano de 1995, não faremos disto um tema principal, pois o que importará no nosso trabalho é perceber como é que nos dias de hoje se caracteriza e se pune o crime de abuso sexual de menores. Iremos analisar de forma autónoma o que nos dias de hoje cabe na previsão do artigo 171º do Código Penal.

Ora, questão central do novo enquadramento legal de abuso sexual de menores, após a reforma de 1995 é pois o (novo) conceito indeterminado de ato sexual de relevo. Como dito supra, quando à definição de abuso sexual de menores, também quando a este conceito, mesmo que indeterminado, foi afastado da sua tutela a moral sexual, mormente os sentimentos gerais de moralidade sexual, da sociedade ou de uma parte da sociedade, afastando deste conceito as pautas morais convencionais que ainda disciplinam a relação do conceito com a medida socialmente adequada de pudor.

Trata-se, portanto, de definir, mesmo que em limites amplos, qual o conteúdo típico da ação que se considera abusivo em termos suficientes para lesar o bem jurídico em questão. Por conseguinte, o cerne do elemento objetivo de ilícito é constituído pela prática de um ato sexual de relevo. Estaremos perante uma ampliação nítida do bem jurídico tutelado pela norma jurídica, manifestada não só na inclusão de práticas como a introdução vaginal ou anal de objetos no âmbito do conceito de ato sexual de relevo, como também na inclusão do constrangimento a praticar ato sexual com outrem que não o agente, e entre outros atos, que também serão considerados como legítimo para lesar o bem jurídico tutelado por estas incriminações.

Questão complexa aquando da definição de ato sexual de menores será a de saber se o ato sexual será todo aquele ato que exteriormente e de forma objetiva revele uma conexão com a sexualidade, que assuma um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade ou se será exigível um elemento subjetivo ligado à intenção libidinosa sexual do agente de despertar ou satisfazer em si ou em outrem, a excitação sexual.

Somos levados a considerar que não será necessário, muito menos exigível, a intenção libidinosa. É nosso entender que o ato não se torna sexual ou o deixará de ser, dependendo da intenção sexual ou não do agente, não podendo fazer depender o conceito de ato sexual de relevo a partir da motivação sexual do agente⁸². Assim é de frisar que

⁸² Ressalvar-se-á naturalmente a exigência do elemento subjetivo da incriminação, ou seja, o dolo, mesmo que a título eventual.

por ato sexual de relevo entende-se ser toda a conduta que tenha conotação sexual objetiva que seja abstratamente adequada – segundo a suscetibilidade de ser reconhecido por um observador como possuindo uma conotação sexual – à satisfação de instintos sexuais e que coloquem em causa, com gravidade, a liberdade de expressão ou de autodeterminação sexual do menor⁸³.

Por conseguinte, ao exigir-se que o ato sexual seja de relevo, é forçado excluir-se os atos bagatelas ou que não tenham um grande significado que possa por em risco a liberdade e autodeterminação sexual. Porém, a questão é mais complexa do que parece. As dúvidas que poderão suscitar saber serão por exemplo, nos casos de circunstâncias particulares que deem ao ato um significado ambivalente, como por exemplo, exames corporais e se adicionarmos, mesmo sem a sua exigência, uma intenção libidinosa, tornem o conceito de ato sexual de relevo muito difuso. Nestes casos será de exigir ao intérprete que investigue do seu relevo, na perspectiva do bem jurídico protegido, determinando se um certo ato constituiu ou não um entrave significativo e com verdadeira importância para a liberdade e autodeterminação sexual da vítima e se invadem de uma maneira objetiva aquilo que constitui a reserva pessoal, o património íntimo, no que toca à sexualidade.

Ora, vejamos o que afirma a jurisprudência quanto a este assunto.

De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2014⁸⁴ consubstancia-se num ato sexual de relevo o acariciar as costas do menor, passando a mão no pescoço, costas e coxas, deslocando a extremidade dos dedos da mão para o interior das mesmas. Ora, neste acórdão o que estava em questão era mesmo o problema de saber se as carícias, os toques, o abraçar a criança (de forma sexual) se considerava atos sexuais de relevo, o que nomeadamente, tendo em conta a jurisprudência existente, considerou também este Tribunal *a quo*, que sim. Afirmou-se, como era de esperar, a questão de nem a legislação nem a doutrina definirem o que se entende por ato sexual de relevo, tendo ficado a delimitação deste conceito ao encargo da jurisprudência, que entendeu, como afirmado no acórdão, que o conceito de ato sexual abrange todo aquele ato com natureza objetiva, estritamente relacionada com a atividade sexual ou que seja

⁸³ Neste sentido, Inês Ferreira Leite, ob.cit pág. 78 e ss;

⁸⁴ No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do TRL de 15-05-2014, onde se afirmou que “Tendo o arguido acariciado com a sua mão, exercendo pressão sobre uma das mamas de uma menor do sexo feminino de 11 anos de idade,(...) tais actos integram e perfectibilizam o conceito legal de acto sexual de relevo, inísto no nº1 do artigo 171º do CP, pelo que o mesmo incorreu na prática de crimes de abuso sexual de crianças”, ambos disponíveis em www.dgsi.pt;

normalmente praticado no âmbito das relações sexuais. Não concordamos em completo com esta questão relacionada com a natureza sexual que o acórdão logrou. Como já se afirmou, não será de exigir que o ato sexual assuma efetivamente um conteúdo sexual ou que sequer o menor entenda que esse ato é praticado com um intuito sexual. O que me parece que define melhor o ato sexual de relevo será, não a natureza sexual, mas o comportamento utilizado para obter os instintos libidinosos e a satisfação sexual do autor.

Como dissemos quando iniciamos a análise deste acórdão o arguido foi acusado de vários crimes de abuso sexual contra um menor devido aos toques e às carícias, que aquele primeiro, teve para com a vítima. Assim sendo, se compararmos o impacto a nível social do comportamento obtido pelo autor neste acórdão com outros tipos de comportamentos que incluam um ato de cópula completa, poderíamos ser levados a pensar que no primeiro caso não haveria um desvalor tão grande que levasse mesmo à punição do comportamento como abuso sexual. No entanto, para analisar o conceito de ato sexual de relevo temos que partir de uma perspetiva objetiva, o que nos leva a atender, nos dias que hoje, à multiplicidade de formas que a sexualidade pode revelar. Teremos sempre que proceder a uma análise do enquadramento cultural, modo de vivência da sexualidade na fase de crescimento dos menores, analisando consequentemente, todas as circunstâncias que poderão atribuir ao caso concreto um juízo valorativo negativo quando ao comportamento em apreço. Por fim cumpre, como é óbvio, saber se aquele comportamento, mesmo que não seja considerado o mais perverso no âmbito sexual, pode atingir um patamar da dignidade pessoal, que possa trazer consequências para a vítima, tendo em conta a representação do agente e do efeito do ato sobre a mesma, no sentido de se apurar se o ato foi ou não conotado como sexual, para a vítima, para o agente e principalmente para a sociedade em que nos inserimos. Neste aspeto verifica-se a referência à teoria da causalidade, que já demos conta, ou seja, é de atender se o comportamento praticado, ou seja, se um toque, uma carícia, um apalpação não é uma “ação adequada” a poder vir a produzir-se o resultado típico do abuso sexual de menores.

Do mesmo modo, merece indagar uma outra questão ligada ao conceito de ato sexual de relevo, que coloca dois problemas, nomeadamente o problema de saber se o ato sexual de relevo pode ser praticado com recurso a objetos. INÊS FERREIRA LEITE⁸⁵ afirma que para considerarmos “válidos” os atos sexuais com utilização de objetos teríamos que entender o ato sexual de relevo segundo a teoria subjetivista, concluindo-se,

⁸⁵ Ob. cit. pp. 75 e ss;

segundo esta teoria, que será então relevante todo o objeto desde que o autor o utilize com uma intenção sexual e pretenda a sua satisfação sexual. Já afirmamos que não concordamos por completo com esta referência aos motivos e ou intenções do agente para definir o conceito de ato sexual de relevo. E, por conseguinte, também não somos “apoiantes” de quem defende que os objetos têm que ter *ab initio* uma conotação sexual⁸⁶, resumindo-se então aos vibradores, entre outros. Consideramos que com a multiplicação das formas que a sexualidade pode assumir, hoje em dia, já não poderemos olhar para esta questão com o crivo a natureza sexual do objeto, pois objetos que não tem inicialmente nenhuma relação com a sexualidade podem muito bem ser utilizados para operar uma relação sexual.

6. As Agravações pelo resultado

O artigo 177º do CP prevê as situações de agravações pelo resultado, isto é, a ocorrência de lesões de outros bens jurídicos das vítimas em consequência do ato de violação da liberdade e autodeterminação sexual.

As penas relativamente aos crimes das seções I e II serão, por conseguinte, agravadas nos seus limites mínimo e máximo quando estivermos perante uma relação especial entre a vítima e o agente, quando o agente for portador de doença sexualmente transmissível ou quando houver a produção de um resultado e dependendo da idade da vítima⁸⁷.

Estamos então neste aspeto perante um maior desvalor do tipo de ilícito que fundamenta a agravação da pena.

INÊS FERREIRA LEITE alude neste aspeto aos crimes preterintencionais, que são crimes dolosos que têm como consequência a ocorrência de um resultado do qual não houve dolo por parte do mesmo. Ou seja, no caso de abuso sexual de menores, se devido ao abuso resultar outros danos que extravasam a violação da autodeterminação do menor, o dolo ocorreu apenas e normalmente sobre o abuso sexual, sendo o resultado desse abuso uma lesão não prevista pelo agente e cujo resultado vai para além da intenção do autor.

Quanto estamos perante as situações, nomeadamente de gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie risco para a vida,

⁸⁶ Veja-se MOURAZ LOPES, ob. cit.;

⁸⁷ A introdução da agravante da idade da vítima, na reforma do CP de 1995 ocorreu principalmente para afastar o concurso efetivo entre o crime contra a liberdade sexual e o crime de autodeterminação sexual.

suicídio ou morte da vítima temos que ressaltar sempre a possibilidade de imputação desse resultado ao agente, pelo menos a título negligente, previsto no artigo 18º do CP.

No entanto, poderíamos até neste âmbito pensar-se numa situação de produção de resultados a título de dolo eventual, em casos em que o agente sabe e tem consciência de que a prática sexual com um menor poderá provocar resultados, como por exemplo a gravidez, e poderá ter esse facto como uma conformação da consciência dos resultados da prática de abusos sexuais, podendo-lhe ser imputado o resultado a título de dolo eventual, tema que iremos analisar em seguida. Neste caso, quando o resultado ilícito agravante possa ser imputável a título de dolo, a regra da agravação do 177º é preterida pelo funcionamento das regras do concurso efetivo⁸⁸. Neste caso, o tribunal em vez de aplicar as agravações do 177º do CP, recorre às regras do concurso efetivo quando o agente atue com dolo do resultado típico agravante. Por sua vez, MARIA JOÃO ANTUNES concorda que este instituto só deve ser admitido quando tiver em causa agravantes como a ofensa à integridade física grave ou morte da vítima e possa, portanto, ser imputado ao arguido a título de dolo⁸⁹. INÊS FERREIRA LEITE afirma, também, que quanto tivermos perante gravidez, transmissão de vírus patogénico, hepatite ou suicídio não se afasta a punição prevista pelo 177º mesmo que se verifique a ocorrência de dolo eventual em relação ao resultado agravado.

Importa também ressaltar que no caso da agravante gravidez, o resultado é imputado ao agente quer ele tenha querido, tenha admitido ou não como possível. A única exigência é que a agravante tem que ser objetivamente imputável.

No acórdão do STJ de 16-2-2000⁹⁰ discutiu-se tal questão, afirmando-se que mesmo tendo o arguido praticado vários atos de cópula com a menor, só um dos crimes é classificado como agravado pela circunstância da gravidez.

Por conseguinte podemos então concluir que o que acontece na jurisprudência, nos casos de agravação dos limites mínimo e máximo das penas, quando ocorre a verificação de resultados depende de três requisitos, nomeadamente a condenação do crime fundamental a título doloso e a produção do resultado pelo menos a título de negligência e por fim a imputação objetiva do resultado ao comportamento, exigindo-se

⁸⁸ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal (...), anotação 11 ao artigo 177º do CP;

⁸⁹ Neste sentido, cf. anotação §7 ao artigo 177º in CCCP, 2012;

⁹⁰ Veja-se também neste aspeto o AC. do STJ de 22-05-2013 em que o arguido vem acusado de crimes de abuso sexual de menores, um deles agravado pela circunstância de a menor ter engravidado, sendo imputável ao agente criminoso a agravante de gravidez porque manteve com a menor cópula sem o uso de preservativo; ambos disponíveis www.dgsi.pt;

então, quanto a este último requisito, a chamada *teoria da causalidade adequada*.⁹¹ Ou seja, é necessário um nexo de causalidade entre o comportamento do agente e a produção dos resultados previstos no 177º do CP.

Podemos também estar perante uma agravação, como prevê o artigo 177º do Código penal, quando o abuso sexual de menores é cometido entre um autor que detenha sobre a vítima algum laço de parentesco ou relação de afinidade até ao 2ª grau. Nomeadamente no acórdão do STJ de 15-02-2007⁹² estávamos face a um arguido que sendo casaco com a avó das vítimas, mesmo não sendo seu avô verdadeiro, mantinha com as netas da esposa uma relação de afinidade no segundo grau da linha, em que foi acusado de um crime na forma agravada de abuso sexual de menores, nos termos do artigo 171º e 177º nº1 alínea a) do Código Penal. Ainda se tentou lograr um entendimento de que o arguido só sendo casado com a avó das netas não teriam nenhuma circunstância agravante quanto aos atos cometidos, no entanto a letra da lei é explícita, indicando que havendo afinidade⁹³ em segundo grau, estaremos perante uma agravante do crime fundamental. Sendo a questão da afinidade tanto no sentido descendente como ascendente, então considera-se que no caso do marido da avó há com as netas desta, uma relação de afinidade, e que, por conseguinte, agrava a pena de abuso sexual de menores. Tendo arguido cometido atos sexuais de relevo com as menores, levando-as a que massajassem o seu pénis, estamos perante o elemento objetivo da punibilidade do crime de abusos sexuais.

Quanto à questão da afinidade, está é para mim uma das questões mais sensíveis quando se fala em abusos sexuais de menores, nomeadamente o facto de todo o comportamento do arguido causar ou poder causar graves perturbações e sofrimento, quebrando qualquer laço de proximidade, confiança e afetividade que as menores poderiam sentir pelo arguido. Por este motivo e pelo motivo óbvio, que é o facto de haver previsão legal, considero que se deve aplicar a agravação da pena em um terço nos seus limites mínimos e máximos.

⁹¹ Leia-se no acórdão do STJ de 16-2-2000. “*Se, em consequência dessas relações sexuais, a ofendida engravidou, só um desses crimes (e não os seis) pode ser agravado por tal circunstância, nos termos do artigo 177, n. 3, do mesmo código*”, aludindo então à teoria da causalidade adequada;

⁹² Disponível em www.dgsi.pt;

⁹³ Define-se afinidade, nos termos do artigo 1584º do Código Civil como “o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro”, prossegue-se no artigo 1585º do mesmo diploma “A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento por morte”.

Por fim cumpre dizer que o crime agravado pelo resultado é punido em concurso aparente por consunção com o tipo de ilícito fundamental. Tendo em conta que iremos analisar a questão do concurso de crimes de forma autónoma, não vejo necessidade de discorrer sobre este assunto algum tipo de considerações adicionais.

IV. Tipo Subjetivo de Ilícito

7. O Dolo do Tipo⁹⁴

Quando analisamos o conceito de ato sexual de relevo já nos referimos muito sucintamente quanto à questão da exclusão da necessidade de uma motivação especial do agente para a verificação do crime de abuso sexual de menores. De uma forma geral, nas incriminações relativas as agressões sexuais, para se verificar a imputação subjetiva bastará a existência do dolo eventual⁹⁵. Por tal, pode-se concluir que a intencionalidade, a especial motivação libidinosa do agente, não será elemento do tipo das infrações de cariz sexual. Ressalva-se, contudo, o dolo eventual. Ou seja, basta que o agente tenha consciência de que se poderá tratar de um menor de 14 anos e de que o está a colocar numa posição de vulnerabilidade, tendo a intenção de se aproveitar dessa situação para se relacionar sexualmente com o menor.

Ora, o dolo divide-se em dois momentos, o momento/elemento intelectual e o momento/elemento volitivo⁹⁶. No caso do dolo eventual o agente prevê como possível a realização do facto típico, no entanto não é suficiente o elemento intelectual do dolo, exigindo-se sempre neste âmbito a posição volitiva do agente quanto à realização, ou seja, a conformação. Esta conformação está, por conseguinte, diretamente relacionada com o

⁹⁴ De forma sucinta a doutrina define o dolo como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito; estamos perante uma violação consciente do direito e abrange, como é obvio, para além do conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo, a consciência de que se realiza um tipo objetivo de ilícito; neste sentido, cf. DIAS, Figueiredo, ob.cit. pág. 348 e ss;

⁹⁵ Representação de um facto que preenche um tipo de crime, ou seja, representa o facto típico punível;

⁹⁶ O momento intelectual é o conhecimento, a representação correta ou consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito objetivo ou seja, “tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente se liga à ação intentada, para o seu carácter ilícito”; por sua vez o momento volitivo é a exigência de que a prática do facto seja presidida por uma vontade dirigida à realização do facto ilícito, neste sentido, DIAS, Figueiredo, ob.cit. pág.351; e PALMA, Fernanda, *Direito Penal, Parte Geral*, pp. 105 e ss;

facto de o agente considerar a possibilidade de estar a envolver a vítima num contexto sexual e conformar-se com isso.

Por conseguinte, tal como é indicado na maioria da jurisprudência basta que o arguido atue com consciência de estar de algum modo a limitar a autodeterminação sexual do menor, que tenha consciência do forte ascende que tem sobre a vítima, e valendo-se desta superioridade para satisfazer os seus instintos sexuais⁹⁷. Aqui a intenção libidinosa ou a motivação libidinosa é irrelevante, não fazendo parte dos elementos do tipo incriminador do abuso sexual de menores, como supra já aludimos, pois para as crianças será indiferente se o agente tem ou não uma motivação específica quanto a satisfazer-se sexualmente.

8. Análise do Consentimento do menor e sua relevância

Enquanto que no artigo 163º e 164º do Código Penal a questão do consentimento, neste caso, melhor dizendo, do não consentimento, está claramente explícito pela previsão “quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar (...)”, o mesmo já não se poderá dizer quanto à previsão do artigo 171º do Código Penal, no âmbito dos crimes sexuais. Ora, os artigos 163º e 164º do diploma indicado, enunciam especificamente os meios de constrangimento que resultam na oposição efetiva da vontade da vítima. No caso dos menores não é feita nenhuma referência, remetendo-nos apenas para o regime jurídico da figura do consentimento, nos termos do artigo 38º do CP. Por sua vez, prevê o nº3 do artigo 38º do Código Penal que, só seria eficaz o consentimento que fosse prestado por quem tiver mais de 16 anos, e possuir o discernimento para avaliar do sentido e alcance do consentimento que está a prestar.

Ora, pode-se avançar que o consentimento do ofendido pode ser causa de justificação quando estivéssemos perante interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofendesse os bons costumes. Efetivamente que se tivermos perante crimes que exijam qualquer tipo de intimidação, coação ou violência, sendo estes bens jurídicos indisponíveis, não se poderá falar num consentimento verídico, portanto o consentimento nestes casos estará sempre excluído.

⁹⁷ Neste sentido Ac. STJ 02-11-1994, Ac. TRC 02-02-2011, disponíveis em www.dgsi.pt;

Por conseguinte, a lei penal consagra quanto ao tema em análise um modelo dualista, considerando que o consentimento pode revelar tanto ao nível da tipicidade, como causa de exclusão da tipicidade como ao nível da ilicitude, como causa de justificação. Designa-se por acordo no primeiro caso, e no segundo caso, em sentido estrito, designa-se por consentimento⁹⁸.

O acordo, por conseguinte, será causa de exclusão da tipicidade, nos casos em que a ação contra a vontade do lesado é elemento do tipo objetivo do crime e a autodeterminação da vontade do titular do direito serve de objeto de proteção da norma penal. O consentimento, por sua vez, é uma causa de justificação nos casos em que a ação é desde logo socialmente desvaliosa, mas o direito penal acolhe e protege a liberdade de disposição do portador do bem jurídico, constituindo o consentimento um modo de resolução do conflito entre os interesses do direito penal, a autorrealização pessoal por um lado, e a tutela dos bens jurídicos por outro, tomado como exemplo o caso das ofensas à integridade física, que mesmo sendo uma ação socialmente desvaliosa, há uma parte guardada para a autorrealização pessoal, que tem ao seu dispor o bem jurídico e poderá decidir sobre ele como o entender, bastando-se o consentimento na ação, para que releve a nível da tipicidade como causa de justificação.

Sou levada a concluir, no seguimento da opinião dada por INÊS FERREIRA LEITE⁹⁹, que nos crimes sexuais estaremos perante o acordo que exclui a tipicidade, pois como por exemplo no caso do art. 164º, havendo concordância, exclui-se o tipo incriminatório de violação, agindo o assentimento como uma causa de exclusão da tipicidade.

Ora, consta referir que o consentimento só será eficaz se os bens jurídicos individuais forem livremente disponíveis pelo seu titular. Quanto aos bens jurídicos disponíveis ou indisponíveis, importa apenas ressaltar que no primeiro caso estamos perante interesses ou bens da esfera jurídica do titular em questão, que não abrange os interesses públicos, como por exemplo a liberdade sexual e autodeterminação, pois não

⁹⁸ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, anotação ao art.38º3; COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo...*, pp. 382 e ss; CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal – Teoria do Crime*, pp. 248 e ss; cfr também ANA RITA ALFAIATE, *ob. cit. a relevância*, pág. 125 e ss;

⁹⁹ Cf pág. 89 e ss *ob.cit.*, neste aspeto, a douta autora ressalva as vertentes associadas à liberdade, nomeadamente a vertente negativa de não sofrer condutas não desejadas, mas também a vertente positiva do titular dispor do bem jurídico como o entender.

estamos perante interesses de terceiros, não havendo poder de disposição sobre esses bens jurídicos¹⁰⁰.

Por conseguinte, a ressalva feita ainda hoje aos “bons costumes” nada tem a ver com uma remissão para a moral, considerando que apenas salvaguarda os casos em que estamos perante bens jurídicos disponíveis, mas que de certa maneira não se deverá relevar o consentimento, devido à gravidade e irreversibilidade da lesão¹⁰¹. Mesmo não nos remetendo somente para a moral, tratar-se-á, sem dúvidas, ainda de uma reprovação pela moral e pela opinião comum, concretizada pela gravidade da ofensa e prováveis consequências, como por exemplo, nos casos de ofensas corporais graves e irreversíveis.

Para falarmos em consentimento, importa no âmbito do nosso trabalho, que este se assuma como um ato de auto-realização, tornando necessário que quem consente seja capaz de avaliar o significado do consentimento e o sentido da ação típica, o que supõe um nível de maturidade que é conferida em princípio por uma certa idade e discernimento que é produto de uma certa normalidade psíquica.

Ato de autodeterminação autêntica só existirá obviamente quando o consentimento se traduzir numa vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido¹⁰².

Nos termos do artigo 38º nº3 após a Revisão de 2007 passou-se a determinar que o consentimento só é eficaz se for prestado por quem for maior de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. Antes consagrava a idade apenas dos 14 anos, mas com a revisão de 2007 do CP considerou-se necessário elevar e promover uma tutela mais intensa, tanto dos menores como dos adolescentes, passando o consentimento destes a não relevar quando o mesmo não é dado de forma livre, com conhecimento e com a capacidade de avaliar as consequências dos atos que está a consentir.

¹⁰⁰ ANA RITA ALFAIATE, afirma, “(...) se o acordo, enquanto causa de exclusão da tipicidade da conduta, é possível quando o bem jurídico se encontre na concreta titularidade da vítima e esta tenha capacidade para dele dispor autonomamente, então nos de crimes sexuais contra menores em que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual é possível o acordo da vítima. A liberdade sexual é um bem jurídico pessoal, uma manifestação da autonomia do titular. Por isso, em face de crimes cuja proteção se reconduza a este bem jurídico, o acordo traduz a adequação social da conduta do agente e, assim, a subtração do caso concreto do âmbito de tutela em abstrato da norma. O interesse do titular da liberdade, o exercício dessa liberdade, manifesta-se pelo acordo.”, ob. cit., *A relevância*, pp. 125 e ss;

¹⁰¹ Veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que afirma que a cláusula de bons costumes ressalva um elemento de “valoração global sobre a ilicitude da conduta à luz dos valores jurídico-constitucionais tutelados pelo sistema penal”, nota nº13 ao art.38º, in *Comentário do CP*, 2015;

¹⁰² Neste sentido, CAVALEIRO FERREIRA, ob. cit. págs.252 e 253

Por conseguinte, a crença de que até atingir um certo grau de desenvolvimento indiciado por determinados limiares etários de que o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em atividades sexuais encerra agora um problema quanto à questão do consentimento/acordo. Somos forçados a concluir que as incriminações em causa no abuso sexual de menores assentam na recusa da validade e eficácia das manifestações de vontade do portador individual do bem jurídico.

O entendimento da jurisprudência vai ao encontro do supra referido. Afirma-se que o consentimento da vítima não possui relevância devido ao pressuposto de que o menor, por não possuir um desenvolvimento psicológico suficiente para entender o ato sexual em si, nem as consequências dele emergente, não poderá de forma livre dar o seu consentimento. Por conseguinte, desta incapacidade natural resulta, como já concluímos anteriormente quando discutirmos a natureza das incriminações, que o crime é concebido como de perigo abstrato resultante da presunção implicitamente inscrita na lei, *juris et de jure*, do prejuízo físico e psíquico, na sua dimensão integral, que os atos sexuais de relevo podem provocar na pessoa do menor¹⁰³.

No caso dos menores de 14 anos, o consentimento é totalmente irrelevante. No entanto, quanto a atos com menores dependentes ou com adolescentes, previstos nos artigos 172º e 173º do CP, respetivamente, neste âmbito o comportamento é criminalizado porque se entende que o vínculo de dependência tolda o julgamento do jovem, que acaba por consentir numa relação para a qual não estará, em princípio, preparado. Tal entendimento foi seguido no Ac. do STJ de 03-11-2016¹⁰⁴ em que se considerou que o “consentimento” dado pela menor de 13 anos, que até já era sexualmente ativa, não era relevante, pois o mesmo foi dado de forma viciada devido à figura de autoridade que o arguido representava para a menor visto ser seu treinador de atletismo. É efetivamente afirmado no acórdão, que sendo a ofendida já sexualmente iniciada, independentemente da idade, a mesma já tinha desenvolvimento e conhecimento que lhe dava valências suficientes para compreender aquele ato, para nele consentir e aderir, tal como aderiu.

Já salientamos, mais do que uma vez, que o facto de a menor já ter experiência sexual em nada contribui para se demonstrar a não verificação de abusos sexuais para

¹⁰³ Neste sentido conferir os acórdãos do STJ de 22/05/2013; Ac. STJ 06/04/2016 “A existência, ou não, de consentimento da vítima menor, sendo irrelevante no afastamento da tipicidade criminal, poderá assumir um significado mais, ou menos, intenso consoante a idade da vítima, ou seja, em equação com a maior ou menor proximidade do limite que o legislador entendeu como relevante para a concessão de dignidade penal ao comportamento do arguido”;

¹⁰⁴ Disponível em www.dgsi.pt;

com a mesma. Se dessemos relevância a esta questão, então raras as vezes mulheres com mais de 18 anos poderiam ser vítimas de coação sexual ou violência, punido pelo artigo 163º e 164º do Código Penal. E também, saliente-se, que não se poderá não dar relevância à questão do consentimento, se concluirmos que uma pessoa que já tem experiência sexual nunca poderá dar o seu consentimento para a realização de um ato sexual. Isso implicaria retirar toda a liberdade sexual inerente à pessoa humana. Mais ainda, não se poderá afirmar que uma pessoa que já experimentou relações sexuais anteriormente, tem plenamente conhecimento e desenvolvimento para consentir em novos atos sexuais. Este entendimento levaria a conclusões perversas que não seriam compagináveis com o intuito da proteção dos menores nos crimes sexuais.

Assim sendo, não se poderá dar relevância à referência feita no acórdão em questão, quanto à experiência sexual da menor. Nada disso retira a possibilidade de a mesma ter sofrido abusos por parte do seu treinador, pois o “consentimento” que se achou dado, foi feito por meios artificiosos, que toldaram a vontade da menor em causa.

Vejamos, a questão do consentimento em nada está relacionada com o facto de que os menores, a baixo de uma certa idade não tenham desejo sexual ou que até nem pratiquem atos sexuais, mas sim que eles não desenvolveram ainda competências consideradas relevantes para consentir numa relação sexual. É avançado pela doutrina e nomeadamente pela jurisprudência, que o consentimento se baliza por três competências, nomeadamente, intelectual, moral e emocional¹⁰⁵. A primeira refere-se à capacidade para processar o ato como ele é; a segunda é a capacidade de avaliar o valor moral e social do ato que irá ser praticado; e por fim, dá-se ainda relevância à habilidade de compreender as emoções que podem advir da prática da relação sexual¹⁰⁶. Com estas afirmações não queremos concluir que, todos os menores não têm estas capacidades, e quando quiserem, da forma que quiserem e com quem quiserem, não possam praticar atos sexuais de relevo. O que se quer concluir é que o consentimento, tendo em conta aqueles requisitos avançados, pode, e é muitas vezes influenciado, por norma, devido às fracas capacidades

¹⁰⁵ ANA RITA ALFAIATE afirma “A idade não é, pois, o único requisito para um acordo válido e eficaz. (...) é preciso que a ela se associe uma capacidade de autodeterminação esclarecida, autêntica e espontânea.”, ob. cit., *A relevância*, pág. 132;

¹⁰⁶ Veja-se neste sentido o acórdão 06/04/2016, disponível em www.dgsi.pt, afirma-se neste acórdão, que é compreensível a especial atenção dada à questão do consentimento dos menores, surgindo a necessidade de conciliar a compreensão de que as crianças e jovens são naturalmente sujeitos especiais, necessitando de proteção especial;

que os menores têm nas três capacidades avançadas anteriormente. Esta incapacidade a que aludimos é retirada da inaptidão natural por que a menoridade se define¹⁰⁷.

Por conseguinte, cumpre, para finalizar, fazer uma pequena ressalva, tendo em conta, que mesmo sendo o consentimento irrelevante, quanto aos crimes de abuso sexual de criança, ao crime de abuso sexual de menor dependente e quanto ao crime de atos sexuais com adolescentes, no que respeita ao afastamento da tipicidade, em termos de medida da pena o mesmo pode assumir algum significado, mais ou menos intenso consoante a idade da vítima se encontre mais próxima ou mais afastada dos 14 anos de idade, dos 18 anos ou dos 16 anos, no caso dos adolescentes, nos termos dos artigos 171º, 172º e 173º do CP, respetivamente¹⁰⁸. Leia-se, “(...) o consentimento, este é irrelevante no que respeita ao afastamento da tipicidade, se bem que em termos de medida da pena possa o mesmo assumir algum significado, mais ou menos extenso consoante a idade da vítima se encontre mais próxima ou mais afastada da idade limite de 16 anos enquanto elemento do tipo legal em causa.”¹⁰⁹ Neste caso, será até de afastar as possíveis dificuldade em conhecer da idade do menor em causa, visto estarmos perante o treinador da vítima, professor de educação física que tinha plenamente conhecimento da idade da menor.

8.1 O erro sobre o consentimento ou a idade do menor

Ao analisarmos o conceito de abuso sexual de menores dissemos que uma questão relacionada com a definição do abuso era o aproveitamento da inexperiência da vítima do abuso por parte do agressor. Neste âmbito, teremos agora que indagar sobre uma questão relacionada com o consentimento, nomeadamente, quando estamos perante situações de aproveitamento de circunstâncias objetivas existentes sempre que o agressor se socorra da mesma para obter o consentimento do menor. Estamos perante situações de ameaça, de imposição ao menor de consequências desagradáveis, tal como situações em que há um forte ascendente do agressor sobre a vítima, nomeadamente figuras de autoridade, que face à natural credulidade das crianças as levam a “consentir” no ato sexual em causa, achando-o até por vezes normal ou obrigatório. Estão, por conseguinte, neste âmbito abrangidas as situações em que o menor é levado acreditar que deverá prestar o seu

¹⁰⁷ ANA RITA ALFAIATE, ob. cit. pp.135 e ss;

¹⁰⁸ Neste entendimento, cf. Ac. STJ 03-11-2016;

¹⁰⁹ Neste entendimento, cf. Ac. STJ 03-11-2016;

consentimento, não opondo resistência, através do engano, ocorrendo, portanto, neste caso, erro provocado pelo agressor.

Como dito anteriormente é necessário que o consentimento seja livre e não esteja inquinado por qualquer vício da vontade, que não seja obtido por qualquer tipo de coação ou ameaça. Nestes casos será sempre impossível considerar o consentimento como expressão da autonomia de quem supostamente consente.

Teremos agora que resolver a questão das situações de erro, que tanto podem ocorrer sobre a idade do menor ou sobre a existência de consentimento por parte deste.

Nos casos em que as condutas típicas do ilícito não exijam coação grave ou violência, estando, portanto, perante casos que em princípio entram na previsão do artigo 171º do CP o erro sobre a idade do menor terá um tratamento diferente, pois tal como já ficou indicado supra, um dos elementos típicos do ilícito em causa é a idade do menor.

Por conseguinte, segundo o artigo 16º nº1 do CP, nomeadamente na 1ª parte do nº, o erro sobre os elementos de facto, ou seja, o erro sobre a factualidade típica exclui o dolo. Se recordarmos o que dissemos sobre o dolo, mesmo quanto ao dolo eventual, sendo este a representação da possibilidade de estar a praticar o facto típico mas conformar-se com isso e mesmo assim praticá-lo e nos lembrarmos que um dos elementos do facto típico da incriminação em questão é o dolo e que portanto só se consubstancia em crime o facto praticado com dolo, mesmo que eventual, ao estarmos perante um erro sobre a idade, ou seja, perante um erro sobre um elemento típico, este irá excluir, por consequência o dolo, o que levará à eliminação da culpa. Esta solução manter-se-á mesmo que o erro seja censurável ao agressor, pois o crime de abuso sexual de menores não está previsto na forma negligente. Mas vejamos, o erro quanto a um elemento do tipo, nomeadamente da idade, que excluirá a punição pelo artigo 171º terá que ser muito evidente, não se poderá dizer que um agente praticou atos sexuais com uma menor de 13 anos, considerando que este já tinha mais de 16 anos. Nunca poderemos concluir por uma exclusão do dolo, que nos levará à exclusão da ilicitude, sem antes analisar convenientemente o caso concreto.

A questão de o agente atuar em erro sobre o consentimento do menor ou neste caso, sobre a autenticidade do consentimento do menor no cometimento dos atos a solução passará à semelhança do que acontece com o erro sobre a idade, pela exclusão do dolo.

Mais uma vez, importa fazer a ressalva de que “a mera concordância fáctica”¹¹⁰ do menor nunca será suficiente para que o agente possa afirmar que houve consentimento da parte do menor. Como é obvio, não será a mera não resistência quanto à prática do facto, ou seja, a circunstância de não ocorrer oposição expressa do menor para com o abuso em causa, que poderá consubstanciar-se num consentimento, portanto, nunca poderá ser afirmado pelo autor que tenha ocorrido consentimento, logo, nunca poderá ser invocado o erro sobre o consentimento.

Por sua vez, ocorrendo um efetivo erro sobre o consentimento, importa afirmar que a punição nunca seria admissível, nos termos da Lei, isto é, nunca seria razoável punir um autor se o mesmo praticasse o crime de abuso sexual considerando que estaria a agir com o consentimento do menor, tendo obtido este consentimento de forma livre e esclarecida. Mesmo que estes casos nos causam alguma estranheza, não poderemos impor uma pena a um agente que considerou que a vítima era maior de idade, logo não integra a punição do 171º do CP, ou que, mesmo integrando, quanto ao elemento da idade, tinha o consentimento do menor para praticar consigo atos sexuais de relevo. Haverá, por conseguinte, a exclusão do dolo, que levará à impunidade. Como veremos mais à frente aquando da análise de questões mais amiúde sobre medida da pena, para que se possa aplicar uma pena a uma agente é necessário a proporcional medida da culpa quanto ao ato. Veja-se, desde já, o Ac. do STJ de 17-01-2008¹¹¹ que afirma “(...) *a determinação da medida concreta da pena há-de efetuar-se em função da culpa do agente e das exigências de prevenção (...) funcionando a culpa como limite máximo que aquela pena não pode ultrapassar*”.

¹¹⁰ INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit. pp.94 e ss;

¹¹¹ Disponível em www.dgsi.pt;

V. Concurso de Crimes

O crime de abuso sexual de menores envolve na maioria dos casos a violação de outros bens jurídicos, podendo verificar-se a prática de várias modalidades de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Quer isto dizer, na maior parte dos casos, quando ocorre um abuso sexual, verificam-se outras formas de atentado à liberdade e autodeterminação sexual ou até a violação de outros bens jurídicos que irão concorrer, à *posteriori*, na punição do agente infrator. Como vamos ter oportunidade de verificar, quanto ao concurso de crimes, podemos estar perante a mesma vítima, ocorrendo a violação de uma pluralidade de tipos penais, ou do mesmo tipo penal, diversas vezes, como podemos igualmente, estar perante a violação de vários tipos penais, em diferentes vítimas, pelo mesmo autor.

Portanto, frequentemente ocorre no mesmo processo penal a decisão sobre uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente, suscitando-se a questão que dogmaticamente se designa de concurso de crimes. Antes de mais teremos que fazer algumas considerações sobre esta questão, para depois passar à análise de jurisprudência.

Por conseguinte, em bom rigor, as atividades criminosas podem esgotar-se, em muitos dos casos, na violação da mesma norma jurídica, mediante uma só ação. Estamos perante casos em que se verifica uma unidade de ação e unidade de delito¹¹². Diversamente, teremos os casos em que estamos perante diferentes violações legais, mediante ações independentes. Neste caso falaremos então de pluralidade de infrações, ou seja, em concurso real de infrações.

Ora, o concurso de crimes tem assento legal no art. 30º do CP no qual se dispõe que “o número de tipos de crimes determina-se pelo número de tipos de crimes efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”.

Requisito do concurso de crimes será, por conseguinte, a existência de uma pluralidade de factos ou de ações. Contrariamente, podemos estar também apenas perante uma ação unitária, em que cujas parcelas violam várias disposições legais ou várias vezes a mesma norma, ao que neste âmbito se designa por concurso de normas ou concurso aparente. Importa ressaltar que o concurso de normas ou concurso aparente de crimes não se confunde com o concurso de crimes. O concurso de normas pressupõe uma

¹¹² CORREIA, EDUARDO, *Unidade e Pluralidade de Infrações (...)*, pp.15 e ss;

unidade de facto e a pluralidade de normas potencialmente aplicáveis, mas o facto constituirá apenas um crime. A dificuldade estará em criar um conceito que nos possa ajudar a definir quando é que ocorre esta “unidade de ação”.

Vem explanado no artigo 30º do Código Penal, as duas formas em que o concurso de crimes se pode normalmente desdobrar. Ou seja, concurso de crimes pode ser heterogéneo quando os crimes cometidos são de espécies diferentes, ocorrendo duas ou mais espécies de crimes efetivamente praticados (“o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos”), ou homogéneos, quando os crimes cometidos são idênticos, ou seja, da mesma espécie, (“ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”)¹¹³.

Quanto ao concurso de crimes há ainda uma outra importante distinção na doutrina que consta também referir. Se por exemplo tivermos perante um agente que num dia furta e no dia seguinte abusa sexualmente de alguém, estaremos perante um concurso de crimes real. Ou seja, estamos perante de um concurso real de crimes quando o agente comete mais do que um crime mediante duas ou mais ações. Por sua vez se tivermos perante um agente que com apenas uma ação, por exemplo, se com apenas um tiro mata duas pessoas, estaremos então face a um concurso ideal de crimes¹¹⁴.

Esta distinção entre concurso efetivo real ou ideal, é uma construção germânica, que logrou em vários países. Na doutrina portuguesa é mormente efetuada por vários autores, porém, FIGUEIREDO DIAS, termina esta distinção fazendo um reparo importante. Vejamos, se atendermos à letra da lei, no artigo 30º nº1 não se procede a nenhuma distinção deste âmbito, o que nos leva a concluir, na senda do douto professor, que no ordenamento jurídico português haverá um concurso efetivo ou verdadeiro, se quisermos, e até o podemos designar, de forma informal por concurso real, ou então haverá uma unidade do facto punível¹¹⁵.

Implica agora, quanto ao tema que nos interessa fazer algumas considerações mais precisas. Assim sendo, se entendermos a toda a doutrina sobre o concurso de crimes,

¹¹³ Sobre este tema, ver FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pp 977 e ss;

¹¹⁴ Neste sentido, o concurso ideal nunca é um concurso aparente. Mesmo que o concurso ideal de crimes se caracterize por estarmos perante a uma ação unitária, esta forma de crime produz vários efeitos e viola de forma plúrima o mesmo facto, a nível da medida concreta da pena tem consequências diversas da do concurso aparente de crimes, que no fim, consubstancia-se num só crime praticado.

¹¹⁵ *Idem*; Ver também CAVALEIRO FERREIRA, ob. cit. pp. 519 e ss, afirma o autor que a lei equipara o concurso real ao ideal, e não os distingue, no entanto será sempre conveniente obstar à distinção, nem que seja tendo em conta, as diversas consequências jurídicas processuais; termina concluindo “o concurso de crimes, previsto no nº1 do art.30º, abrange tanto o denominado concurso ideal, como o concurso real de crimes, pois que em ambos se verificará uma plúrima violação da lei penal” ob. cit, pág.521;

perante a prática de vários atos sexuais de relevo como é que resolveremos, na prática, o problema de um comportamento ser desempenhado de forma sucessiva ou reiterada, ou como o prof EDUARDO CORREIA ensina, de forma progressiva¹¹⁶?

Ora, no seguimento do que afirma INÊS FERREIRE LEITE, poderemos face à prática de vários atos sexuais, de forma reiterada, de algumas soluções distintas, que serão aplicadas consoante o caso concreto. Então, assim sendo, ou consideramos cada ato isoladamente, num concurso “real” efetivo, que já anteriormente fizemos referência ao seu conceito, ou consideramos que existe um só crime – recorrendo à ideia de unidade típica de ação¹¹⁷.

O ponto fulcral desta problemática é o seguinte. Estaremos perante um concurso de crimes se efetivamente o crime pressupor uma pluralidade de factos ou de ações. Isto é, um dos pressupostos da aplicação do regime do concurso de crimes é que o agente tenha praticado mais do que um crime, quer seja contra a mesma pessoa, ou contra pessoas diversas, antes de transitar em julgado a condenação por qualquer um dos crimes¹¹⁸. Por sua vez, se ocorrer apenas uma ação unitária, mas que viole várias disposições ou várias vezes a mesma disposição, estaremos face um concurso de normas ou concurso aparente de crimes. As dúvidas serão mesmo quanto à determinação da unidade da ação, pois se tivermos perante apenas uma ação, mas ocorrer a violação de vários bens jurídicos ou de várias disposições, isso coloca-nos um problema de concurso quanto à medida concreta da pena.

Por conseguinte, para estarmos perante um verdadeiro concurso de crimes é necessário que ocorra uma pluralidade de tipos legais de crime preenchidos por uma só conduta, não se podendo fazer derivar a afirmação de que só um tipo de crime é aplicável a uma dada situação concreta, nem se bastando com uma só norma ou artigo da lei que com a situação tenha correspondência. Este conceito de unidade ou pluralidade de tipos de crimes é na doutrina associado ao critério decisivo para fixar a unidade ou pluralidade

¹¹⁶ Ob.cit. pp. 27 e ss, indicando que a ideia de progressão da atividade criminosa é no sentido de se passar de uma atividade menos grave para outra mais grave e que possivelmente, como iremos analisar, absorve e anula a conduta menos gravosa; temos que ter esta ideia sempre presente, nomeadamente nos crimes sexuais, pois raras não são as vezes em que um abuso sexual não começa apenas com alguns toques mais íntimos e progressivamente passa para toques mais graves do foro da sexualidade;

¹¹⁷ Ob. cit. página 129, a douta autora faz também referência ao crime continuado, mas iremos tratar dessa figura de forma autónoma;

¹¹⁸ Esta questão do trânsito em julgado é necessariamente relevante para conseguirmos distinguir a figura do concurso de crime com a reincidência, em que, o que está em causa é a prática de outros crimes, depois do trânsito em julgado da condenação pelo mesmo crime, novamente cometido;

de infrações existentes num caso concreto¹¹⁹. O que se pretende com estas definições é conseguir alcançar um conceito suficientemente seguro quanto à construção de um “conceito de unidade típica de ação”, onde possamos incluir um conjunto de atos, divisíveis do ponto de vista físico num determinado tipo penal, de forma a conseguir-se concluir por um “tipo” incriminador¹²⁰ que nos faça alcançar a medida concreta da pena¹²¹.

EDUARDO CORREIA afirmou na sua tese que para a construção de um conceito unitário de ação devíamos, por sua vez, atender ao “número de valorações que, no mundo jurídico-criminal, correspondem a uma certa actividade”¹²²

Podemos, portanto, assentar algumas questões, não necessariamente com relação específica para o crime de abuso sexual de menores, mas que nos levará a formar uma linha contínua de pensamento. Ora, pode-se concluir que haverá unidade típica da ação, quando a conduta criminosa viola, de forma reiterada, num curto espaço de tempo, a mesma norma jurídico-penal. Vejamos um exemplo de escola, isto é, no caso do crime de ofensas à integridade física, em que o agente profere várias facadas numa pessoa; neste caso teríamos, se atendêssemos à valoração da imagem global do fato e à unidade social do sentido do crime, teríamos apenas um crime de ofensas à integridade física e não tantos quanto o número de facadas, isto é, quanto o número de contactos corporais com a vítima.

Por conseguinte, pode-se avançar com alguns requisitos para a valoração da unidade típica da ação ou unicidade do facto, designadamente, a homogeneidade dos atos parcelares do agente, isto é, homogeneidade da execução, a realização sucessiva ou reiterada dos atos parcelares, a execução do comportamento na mesma ocasião espaço-temporal e por fim, a concretização ocorrer no âmbito de uma unidade motivacional, não

¹¹⁹ Vejamos FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal”, 2007, pp.981 e ss; EDUARDO CORREIA, ob. cit. pp.74 e ss;

¹²⁰ Não significa necessariamente concluir-se apenas por um tipo legal de crime, mas ajudar-nos a encontrar um enquadramento do comportamento em análise num tipo penal, pois, criando um conceito unitário de ação, vamos conseguir perceber de que forma é que podemos imputar os crimes ao agente e de que forma o podemos punir, alcançando a medida concreta da pena, senão a nível do concurso efetivo de crimes teríamos consequências desastrosas quanto aos resultados do cúmulo naturalístico das penas dos tipos de crimes praticados;

¹²¹ Neste sentido, ver FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pp.983 e ss; o professor dá como exemplo, os crimes de coação sexual punidos pelo artigo 163º do CP, em que ocorrerão atos de coação mais atos sexuais de relevo; outro exemplo de escola que nos ajudará a entender esta unidade típica de ação é o crime de roubo, punido pelo artigo 210º do CP em que ocorrem atos de coação mais atos de subtração;

¹²² Ob. cit pp. 74 e ss; neste sentido alude, igualmente, FIGUEIREDO DIAS, que a conceção de EDUARDO FERREIRA leva a tomar como determinante para a unidade ou pluralidade de crimes, em último sentido, uma unidade ou pluralidade de bens jurídicos violados pela conduta do agente, ob. cit, pág. 987; o primeiro chega a fazer uma crítica à visão de CORREIA, indicando que, mesmo tendo o bem jurídico uma importância primacial e insubstituível, não se poderá descurar outros elementos típicos que nos devem levar a recorrer sempre à valoração global do sentido social do comportamento que integra o tipo, *idem*;

podendo existir uma renovação da resolução criminosa, isto é, realizada numa homogeneidade motivacional¹²³. Vejamos, para estar perante uma unidade de ação que será valorada de forma unitária, temos que, perante os vários atos praticados, verificar uma homogeneidade entre os mesmos, sendo praticados de uma forma uniforme; teremos também que verificar se o comportamento em análise foi efetuado sobre um execução repetida do mesmo ato, estando aqui perante os tipos reiterados ou progressivos, que já aludimos supra; quanto à questão do ato ser cometido numa mesma ocasião espaço-temporal, ou seja, o comportamento ilícito terá que ser cometido sob a mesma situação de violência e de ameaça, ou no caso que aqui nos respeita, a mesma situação de aproveitamento do menor, o que levará, por consequência, à necessidade de se verificar, tal como já indicamos, uma mesma unidade motivacional¹²⁴.

É importante salientar que a ocorrência de uma unidade típica de ação só existirá quando verificarmos que perante o comportamento ilícito há uma identidade, não só no âmbito do ato, mas também assim, no âmbito pessoal, ou seja, teremos que estar presente do mesmo autor e vítima. Esta identidade quanto à vítima e ao autor, pode em alguns casos configurar um limite à caracterização da unificação típica da ação. Veja-se, quando num ato contra uma só vítima intervêm vários agentes e o comportamento ocorre de forma sucessiva, como é que se resolve esta questão? Ou se um só autor praticar vários atos que se configuram por coação sexual contra várias vítimas¹²⁵? Neste caso, a doutrina e a jurisprudência conclui que será de se aplicar o concurso real de crimes, pois haverão vários atos praticados, ou melhor dizendo, vários desvalores individuais associados à prática do agente ou dos agentes.

O problema coloca-se, posteriormente, quanto aos contactos sexuais, em que ocorre uma prática sucessiva de crimes da mesma espécie, particularmente, no caso da coação e da violação.

Podemos resolver este problema, com uma pequena referência a que já aludimos, que é a questão da homogeneidade dos vários atos parcelares, tendo em conta, que na

¹²³ INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit. pp.131 e ss; Veja-se também da mesma autora, *Ne (Idem)Bis in Idem*, pp.118, 2016, vol. II;

¹²⁴ Neste sentido, veja-se o entendimento exposto por INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit. pp.127 e ss;

¹²⁵ Logo aqui, estaremos perante diversos bens jurídicos violados, devido à individualidade dos bens jurídicos associados a cada pessoa, o que excluiria a homogeneidade do bem jurídico; igualmente FIGUEIREDO DIAS entende que a pluralidade de vítimas pode ditar a pluralidade de crimes, ob. cit.

opinião de INÊS FERREIRA LEITE¹²⁶, esta homogeneidade não será de execução, mas sim de valoração jurídica¹²⁷.

Vejamos, esta valoração de unidade jurídica passará por um crivo de índole sociológica. Ora, quando para a prática de um ato sexual de relevo, se incorporam, vários toques e carícias, não poderemos considera-los cada ato isoladamente, senão levar-nos-ia a uma consideração de que cada ato é em si desvalioso, o que nunca lograríamos em concluir, por conseguinte, por uma unificação, levando-nos sempre a um concurso real de infrações. Por tal, perante um ato sexual que incorpore vários atos parcelares, que inclua a prática de vários atos sexuais de relevo, seguidos de cópula ou coito, segundo uma mesma situação de violência e intimidação e no âmbito de uma mesma resolução criminosa, e entre o mesmo autor e vítima, teremos que olhar para o desvalor valorativo e sociológico que o ato, tem num todo, segundo um padrão de normalidade e concluir por uma “*unidade valorativa ou normativo-social*”¹²⁸.

Alude igualmente neste sentido, o professor FIGUEIREDO DIAS, que a solução deverá ser o critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global¹²⁹.

Até aqui foi relativamente fácil perceber a questão do concurso, quando tivéssemos perante uma situação onde houvesse situações de violência, ameaça, grave intimidação, pois aí verificar-se-ia a unidade resolutiva, motivacional e a realização sucessiva sob a mesma situação de violência.

É óbvio que um ato sexual exigirá, na maior parte das vezes, uma progressividade quanto aos comportamentos, no entanto, quando falamos em abuso sexual de menores, temos apenas que fazer um reparo quanto à questão de, neste tipo penal não se verificar a exigência de ameaças, intimidação nem violência. Neste caso, cai por terra a questão da unidade objetiva da ação. Como poderemos então resolver este caso, tendo em conta que, continua a exigir-se a unidade do autor e da vítima, a unidade espaço-temporal e a unidade motivacional?

¹²⁶ A douta autora, cita JESCHECK, que afirma que esta teoria se consubstancia numa exigência de ilicitude unitária de ação, ob. cit. pág.133; Também JAKOBS conclui pelo conteúdo homogêneo de ilícito nas situações de coação sexual, por exemplo, ob. cit. pp.1076 e ss;

¹²⁷ Alude também a uma união social de sentido; ob. cit., 2016 vol II, pág. 120;

¹²⁸ INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit., 2016 vol. II, pág. 137;

¹²⁹ Ob. cit. pág. 988; Vejamos conclui o douto autor “A essência de uma tal violação não reside pois nem por um lado na mera “ação”, nem por outro na norma ou no tipo legal que integra aquela ação: reside no substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal, reside (...) no ilícito-típico: é a unidade ou pluralidade e sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta acepção, de crimes”, ob. cit. pág 988 e 989;

Aqui o que estará em causa não poderá ser, portanto, a exigência da mesma unidade resolutiva, mas tendo em conta a exigência de aproveitamento por parte do autor, da vítima, será então de exigir a unidade quanto à situação deste aproveitamento, ou seja, uma unidade de aproveitamento, da mesma situação de aproveitamento da vulnerabilidade do menor.

Chegados a este momento, importará fazer uma pequena referência à unidade de norma ou de Lei. Ora, vejamos, se da circunstância de um concreto comportamento ser abstratamente aplicável uma pluralidade de normas incriminadoras não poderemos concluir por um concurso efetivo de factos puníveis.

Após concluída a unificação da ação, o que se irá verificar é que haverão várias normas numa relação lógico-jurídica que em verdade, apenas uma delas ou algumas serão aplicáveis, em prevalência da aplicação de outras normas, que serão, portanto, preteridas. Isto sucederá, praticamente, em quase todos os atos praticados que violem crimes progressivos, em que chegaremos à conclusão que a pluralidade de tipos legais concretamente aplicáveis, todavia deveria ser findada pela unidade do sentido de ilicitude do facto punível¹³⁰.

Mesmo não sendo o objeto do trabalho, consta fazer uma pequena referência às categorias a que se podem resumir estas situações de unidade de norma. Posto isto, poderemos estar perante uma situação de especialidade, em que toda a matéria do facto subsumível à norma especial cabe inteiramente no âmbito da norma geral, que deverá ter um âmbito mais vasto, relativamente à primeira norma especial. Segundo o princípio de *lex specialis derogat legi generali*, a lei especial derroga a geral, aplicando-se portanto ao caso, a lei especial, que será, normalmente, suficiente para punir o agente pelos factos cometidos; em seguida, poderemos igualmente estar perante uma situação de subsidiariedade, que corresponde àqueles casos em que o campo de aplicação de cada uma das normas concorrentes interfere com o campo de aplicação de outra norma, de tal forma que se pode verificar a aplicação formal de ambas as normas; no entanto devido ao princípio do *ne bis in idem*, teremos que “escolher” a norma onde se observa a interferência entre as mesmas. Vejamos, num caso de roubo com ofensas à integridade física, a norma referente ao crime de roubo, contém aspetos que interferem com a norma que pune as ofensas à integridade física; de forma a não violação a proibição de dupla valoração, tendo em conta o ponto de interferência entre as duas normas, conclui-se pela

¹³⁰ Neste sentido, veja-se FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pp.992 e ss; CAVALEIRO FERREIRA, ob.cit, pág.527 e ss;

aplicação apenas da norma referente ao roubo, pois a agressão é um dos elementos essenciais do facto ilícito no crime de roubo e incrimina em si mesmo como crime contra a integridade física; por fim, teremos o critério de consumpção, que se verificará quando a aplicação de várias normas concordantes têm na realidade, campos de aplicação inteiramente diversos, estando em total relação de independência. No entanto o que se verificará é que o conteúdo de um ilícito-típico inclui em regra a de outro facto, de tal modo, que em perspetiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais gravosamente punível já exprime de forma bastante o desvalor de todo o comportamento. É o que acontece normalmente quanto estão causa crimes como a coação sexual e a violação. Têm campos de aplicação diferentes, mas uma delas, nomeadamente a punição do 164º do CP tem em si um desmérito suficientemente gravoso que exprime de forma bastante o desvalor de todo o comportamento¹³¹.¹³²

O concurso de crimes aparente, apesar de parecido, não será uma unidade típica de ação. Esta última consubstancia-se efetivamente num só crime, o que ocorreu foi a reiteração de determinados atos numa mesma agressão, do qual não faria sentido torná-lo numa situação de concurso efetivo entre os vários atos. Aquele outro, é uma ficção de unificação devido à pluralidade de normas possivelmente aplicáveis a uma situação, onde ocorrem uma pluralidade de factos. Vejamos, outro exemplo de concurso aparente, um crime de ofensas à integridade física e violação, poderão estão relação de consumpção, tendo ocorrido vários atos, e até vários crimes, que podem ter ocorrido tanto no mesmo espaço temporal ou não, mas a norma mais gravosamente aplicada consome o ilícito penal da outra norma potencialmente aplicada, de forma a que apenas uma seja já bastante para punir pelo ilícito, que apenas ficticiamente, foi unificado.

9. Punição do Concurso de Crimes e Análise de Jurisprudência

As regras da punição do concurso de crimes vêm previstas no artigo 77º do Código Penal, estabelecendo os preceitos porque se regem a punição para os casos em que se dá uma acumulação ou concurso de infrações. Se tivermos perante um crime que tenha preenchido diversos tipos de crime ou o mesmo tipo mais do que uma vez, ou seja, se

¹³¹ Veja-se, mesmo que não em sentido completamente igual ao exemplo por mim dado, AC. TRE de 12-05-2009, Proc. 280/08-1, e AC. STJ de 12-05-2011, Proc. 14125/08.OTDPRT.P1.S1, disponíveis em www.dgsi.pt;

¹³² No sentido do exposto até aqui sobre as três categorias analisadas, veja-se FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pp.993 e ss; e CAVALEIRO FERREIRA, ob. cit. pp.527 e ss;

tivermos perante um concurso de crimes, como definido pelo artigo 30º do Diploma referido, então, segundo as regras do cúmulo jurídico, aplicaremos uma só pena, como afirma o nº1 do artigo em apreço.

O que neste momento mais apraz estudar não será as situações supra indicadas em que o que ocorre é uma qualquer concorrência de normas abstratamente aplicáveis ao caso concreto, pois estas situações serão resolvidas a partir das soluções avançadas, de especialidade, subsidiariedade ou consumpção. Neste momento, o que nos interessa é solucionar as situações em que há concretamente aplicável ao mesmo caso mais do que uma norma, ou a mesma norma várias vezes.

Assim sendo, estando perante uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis pode-se concluir que se verificará uma pluralidade de sentidos de ilicitude, que serão integralmente valorados para a medida concreta da pena, tendo em conta a proibição Constitucional de dupla valoração ou dupla punição, existente no artigo 29º nº5 da CRP.

Posto isto, tendo em conta o exposto no artigo 77º nº1 e 2 do CP, pode-se concluir pela seguinte forma de punição quando estamos perante concurso de crimes efetivo. Em primeiro lugar deverão ser fixadas as penas parcelares respeitantes a cada um dos crimes em concurso, dentro dos termos fixados pela disposição do artigo 71º do CP, que afirma que a determinação da medida da pena, terá que ser fixada dentro dos limites da culpa do agente; em segundo lugar teremos que somar as penas parcelares de forma a obter o limite superior da moldura abstratamente aplicável aos crimes em causa, tendo sempre presente que o limite máximo nunca poderá ultrapassar os 25 anos, tendo em conta a disposição constitucional prevista no artigo 30º da Constituição da República Portuguesa¹³³. Por fim, encontramos o limite mínimo, tendo em conta a pena mais grave das penas parcelares fixadas, como indica o nº2 do artigo 77º do CP.

Por conseguinte, encontrado assim o limite máximo, tal como o limite mínimo, a pena única terá, posteriormente que ser determinada, tendo em conta o facto cometido e a personalidade do agente¹³⁴, como argui a parte final do artigo 77º do Código Penal. Assim sendo, algumas considerações pessoais terão que ser levadas a cabo para a determinação da pena, tal como as questões relacionadas com o facto praticado em si.

¹³³ Artigo 30º nº1 da CRP “*Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida*”.

¹³⁴ Podemos a partir de uma visão unitária dos ilícitos e da sua relação com o concurso perceber se o ilícito global é ou não um resultado de uma tendência criminosa do agente, que nos ajudará, posteriormente a analisar da personalidade do mesmo;

Como afirma MAIA GONÇALVES¹³⁵, a personalidade do agente, será efetivamente um elemento definitivo da pena aplicável aos vários crimes, desde logo, também pela referência à culpa do agente, feita no artigo 71º do Código Penal, que nos leva para considerações mais pessoais da medida da pena. Por fim, encontramos o limite mínimo, tendo em conta a pena mais grave das penas parcelares fixadas, como indica o nº2 do artigo 77º do CP.

Cumprir fazer algumas considerações. Assim sendo, o sistema penal nos termos do artigo 77º do CP consagra um regime de pena conjunta, em que se dá relevância a cada crime imputado ao agente, seguindo, por conseguinte, um modelo de cumulação¹³⁶, segundo o qual, como já se deu conta, será realizado a punição do concurso com uma pena conjunta, definida a partir de uma moldura penal, cujo limite máximo e mínimo já aludimos.

Ora, conclui PAULO PINTO ALBUQUERQUE que a referência já anteriormente feita à personalidade do agente do crime, é feita nos seguintes termos se verificarmos que o agente tem uma personalidade com tendência mais desviante para com o Direito, o tribunal terá que determinar a pena única somando à pena concreta mais grave metade de cada uma das penas concretamente aplicada aos outros crimes em concurso. Se pelo contrário, mesmo tendo praticado vários crimes, analisando *à posteriori* a personalidade do arguido, os elementos quanto ao facto e alguns elementos que podem demonstrar que a sua personalidade é mais conforme ao direito¹³⁷, logo menos desviante conforme a Lei, então o tribunal apenas irá determinar a pena conjunta a partir da soma da pena concretamente aplicada mais grave, e apenas mais um terço de cada uma das penas concretas aplicáveis aos outros crimes em concurso¹³⁸.

Por conseguinte, importa salientar que na determinação da medida concreta da pena conjunta será relevante determinar se existe ou não ligação entre os factos praticados em concurso, tendo também, que averiguar da natureza ou tipo de relação que existe entre os factos praticados. Posto isto, será igualmente necessário, para se encontrar a medida concreta da pena no concurso de crimes e de maneira a atingir uma pena conjunta,

¹³⁵ In Anotação ao artigo 77º do Código Penal, 2002, pp.266 e ss;

¹³⁶ Ao contrário do modelo de absorção puro que pune o concurso com uma pena concreta a partir do crime mais grave; e do modelo de exasperação, em que se encontra a medida concreta da pena a partir da pena mais grave, sendo no entanto ainda agravada, devido à situação do concurso; Sobre esta matéria, entre outros, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, anotação nº2 ao artigo 77º do Código Penal, *in ob. cit.* pp. 375 e ss; Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* pp.977 e ss;

¹³⁷ Por exemplo, demonstrar arrependimento quando ao facto, consciência da ilicitude do facto praticado, entre outros;

¹³⁸ *Ob. cit.* pág. 377;

observar a partir de uma visão unitária, o conjunto dos factos, relacionando-os, de forma a conseguir concluir-se por um desvalor global. Este desvalor global, associado à personalidade do arguido, que poderá ser tendencialmente criminosa, se verificarmos a não correlação dos vários atos praticados, ajudar-mos-á a encontrar a medida concreta da pena, tendo sempre presente que a pena que lhe irá ser aplicada deverá ter um efeito dissuasor e ressocializador sobre o agente¹³⁹.

Importa ressaltar que este tratamento será igual, quer estejamos perante um concurso heterogéneo quer homogéneo, que já aludimos, pois em ambos os casos, em princípio, haverá uma pluralidade de sentidos de ilícito¹⁴⁰.

Cumpra agora analisar as questões levantadas pela jurisprudência, nomeadamente no Acórdão do STJ de 12/09/2012¹⁴¹. No caso em apreço estava em causa um crime de abuso sexual de menores perante uma menor, num período de tempo indefinido e num número de vezes incerto; esta questão poderia levar o nosso imaginário, logo para a figura do crime continuado, mas iremos verificar que neste caso concreto, ocorreram alguns elementos que incompatibilizam o recurso à figura do crime continuado, para não falar de que, após a Revisão do CP de 2010, o crime continuado deixou de poder ser aplicado aos crimes eminentemente pessoais, neles incluindo os crimes sexuais.

Ora, no acórdão em análise estávamos perante um arguido que, devido à relação de amizade que tinha com os pais da menor em causa, tendo, portanto, com ela contactos regulares, começou a praticar com ela atos sexuais de relevo que incluíam introdução vaginal de partes do seu corpo na menor, nomeadamente os dedos, tendo realizado estes comportamentos um número indeterminado de vezes.

O que se levou a considerar não estar presente de uma unidade típica de ação, pois estava sempre em causa a violação da mesma norma, foi a situação que ficou provada de que o agente sempre procurou as situações propícias para a prática dos abusos, buscando

¹³⁹ Ora, convenhamos, se um agente já assumiu vários comportamento delituosos, apresentando fraca consciência do ilícito, mesmo que depois demonstre arrependimento, não ocorrendo a verificação de correspondência entre os vários factos praticados, podemos concluir que o agente terá uma personalidade mais tendenciosa para a criminalidade; teremos, por conseguinte, de igual modo, que atender às teorias da prevenção especial de ressocialização para, após concluirmos da personalidade do agente, chegar à medida concreta da pena; por sua vez teremos também que analisar a questão do alarme social que este tipo de crimes tem na nossa sociedade, com repercussões altamente negativas igualmente ao nível da prevenção geral;

¹⁴⁰ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. pp. 1006 e ss; EDUARDO CORREIA alude ao número de juízos de censura da culpa, afirmando “*De facto, a unidade de tipo legal preenchido não importará definitivamente a unidade das condutas correspondentes, na medida em que, sendo vários os juízos de censura que as ligam à personalidade do seu agente, outras tantas vezes esse mesmo (...) se torna aplicável, e deverá, por conseguinte, considerar-se existente uma pluralidade de crimes*”, ob. cit. pág. 92;

¹⁴¹ Processo 2745/09.0TDLSB-L1.S1, disponível em www.dgsi.pt;

momentos de proximidade, intimidade com a menor. Na explicação dos factos dados como provados é indicado no acórdão que o arguido solicitava a companhia da menor e insistia para que esta passasse tempo com ele, o que, por razões de proximidade entre o arguido e os pais da menor, os primeiros aceitavam. Como iremos concluir, o crime continuado supõe uma forte solicitação exterior para a continuação criminosa, mas essa solicitação não poderá em caso algum ser procurada pelo arguido, logo, neste caso, estes elementos referentes ao comportamento do agente, não se podem compaginar com uma verdadeira resolução unitária do crime, que nos poderia transpor para a figura do crime continuado.

Por sua vez, não será necessário, neste âmbito discutir as questões relativas à qualificação do crime como abuso sexual de menores, bastando afirmar que o arguido, tinha conhecimento da idade da menor, pois conhecia-a desde nascença, sabia da síndrome de Asperger de que esta padecia, que resultava numa timidez, inibição social, fraca perceção dos comportamentos nela praticados e fraco défice de consciência moral. Sabia também que com os factos praticados estava a colocar em elevado risco a liberdade e a autodeterminação sexual da menor, tendo-se aproveitado na situação de proximidade para com a menor, da sua elevada superioridade física e psicológica, e dos aspetos já evidenciados quanto à menor, pois devido à síndrome que a mesma sofria, resultava em elevadas dificuldades ao nível das relações sociais.

Como já afirmando, não se poderia punir o agente deste caso, por crime continuado, visto a repetição criminosa não ter sido devida a uma diminuição da culpa do agente. Vejamos, é declarado no acórdão que a repetição criminosa ficou a dever-se à persistente vontade do arguido em satisfazer os seus desejos, não sendo resultado de um circunstancialismo exterior ao arguido, exógeno, capaz de facilitar e até propiciar a repetição dos comportamentos delituosos, tornando cada vez menos exigível a opção de o arguido se comportar conforme a Lei. Assim sendo, não se verificando estes circunstancialismos, então não se poderia concluir por uma sensível diminuição da culpa do arguido. Daqui se conclui pela não verificação dos requisitos legais do crime na forma continuada.

Vejamos, discutiu-se também neste acórdão se estaríamos perante uma situação onde se pudesse reconduzir o facto a uma unidade típica de ação. Ora, apesar de o acórdão afirmar várias vezes que o arguido observou, para a prática dos crimes em análise, vários processos motivacionais, o que excluiria a unidade resolutiva, poderia considerar-se que, o que ocorreu entre os vários crimes foi uma renovação do aproveitamento para a

realização da prática, o que nos crimes de coação e violência, se denomina por renovação da coação, intimidação ou violência, mas transposto para os crimes de abuso sexual de menores. No meu entender do acórdão, apesar desta renovação, a unidade motivacional manteve-se a mesma, não tendo ocorrido uma renovação da intenção criminosa. Chegase mesmo afirmar no acórdão, que “no caso vertente, os factos apontam indiscutivelmente para a unidade de resolução criminosa”, tendo-se defendido na 2ª Vara Criminal de Lisboa, que em causa estava apenas uma unidade de ação decorrente de uma só intenção criminosa. Se tivéssemos avançado por esta decisão, estaríamos apenas perante um crime de abuso sexual de menores, o que se veio a suceder na instância criminal citada, tendo-se punido o arguido por 4 anos e 6 meses de prisão.

No entanto, na sequência do recurso, não se logrou por uma unificação típica da ação, pelas sucessivas insistências do arguido em conseguir ter momentos propícios para a prática ilícita, considerando-se que ocorrendo as várias resoluções criminosas por parte do arguido, teríamos que o punir em concurso efetivo de crimes. Não se conseguiria coadunar-se as várias ocorrências com um só sentido social de ilícito.

Vejamos, perante casos como os que estamos a analisar a regra é a de que, sendo vários os preceitos violados, ou o mesmo preceito objeto de plúrima violações, como se sucede no acórdão em apreço, ocorra então uma pluralidade de crimes. Esta pluralidade só ficaria afastada no caso de concurso aparente de crimes, ou nas formas de unificação de condutas, seja como crime continuado, ou ainda fora dos quadros do art. 30º do CP, como único crime – unidade típica de ação, ou como crime de trato sucessivo, que mais à frente iremos indagar.

Ocorrendo uma reiteração criminosa, teremos que distinguir se a mesma resulta de uma situação externa ao arguido, que subsiste ou se repete sem o agente para tal contribua, e aquela que resulta de uma situação procurada, provocada ou organizada pelo próprio agente. Nesta última situação, estaremos perante razões endógenas relacionadas com a personalidade do agente, que levam à reiteração criminosa, o que demonstraremos mais à frente aquando do tratamento do crime continuado, que não se conseguirá reconduzir a um único desígnio, e, por conseguinte, nem a figura do crime continuado.

Importa também referir que no caso em apreço há um elevado grau de ilicitude e igualmente um intenso dolo, o que nos transportará, aquando da punição do agente, a considerações de ordem sociológico, particularmente em relação ao elevado grau de inquietação social que este tipo de crimes têm, e com a insegurança que estes tipos criminais em geral causam na comunidade, tendo em conta também o aumento de casos

de crimes sexuais, e a sua, consequente maior visibilidade nos *mídia*, causando, por ora, um acréscimo do alarme social.

Assim sendo, no acórdão em questão, atendendo ao elevado grau de ilicitude e de culpa do agente, foi inevitável concluir no sentido de serem elevadas as exigências de prevenção geral e de prevenção especial, tendo-se concluído pela punição a título de concurso de crimes efetivo, nos termos do 77º n.ºs 1 e 2 do CP situando-se a pena aplicável entre o mínimo de 1 ano e 6 meses de prisão e o máximo de 19 anos e seis meses de prisão, chegando-se a uma pena única de 6 anos de prisão, atendendo-se sempre, igualmente, ao estipulado nos artigos 40º n.º1 e 2 e 71º n.º 1, todos do Código Penal.

Afirmou-se igualmente, que a personalidade do arguido era um fator de agravação da pena, tendo em conta que a punição do concurso funda as suas raízes na conceção de culpa como pressuposto da punição, censurando, mais gravosamente, o agente pela sua não adequação da sua personalidade ao dever-ser jurídico penal.

Uma última afirmação cumpre fazer, A crítica efetuada muitas vezes à figura do concurso de crimes efetivo é a questão de que a punição a título efetivo de crimes poderá trazer, em muitos, casos, penas desadequadas, desproporcionadas e consideravelmente injustas, pois o que se processa, muitas vezes com a punição do crime efetivo é a um cúmulo jurídico de penas. Teríamos, para este efeito, que determinar o número exato de crimes cometidos pelo arguido, de forma autónoma, o que por vezes em crimes de abuso sexual de menores, cometidos num longo espaço de tempo, se torna muito complicado de precisar.

Além disso, há também que referir a questão, muitas vezes, chamada à colação, neste tipo de punição efetuada nos termos do art. 77º do CP, que é a questão da proibição da dupla valoração ou dupla punição. O que acontece é que de segundo o art. 77º temos que para cada tipo incriminador, calcular uma pena de forma individual, e depois proceder à soma, tendo em conta o desvalor global do caso concreto. Situações ocorrerão em que se terá que afastar a figura do concurso de crimes por força do *ne bis in idem*¹⁴². Não nos cabe aqui, indagar sobre este princípio constitucional, contido no âmbito do artigo 29º n.º5 da CRP, como supra indicado.

Vejamus outro caso. No acórdão do STJ de 29/10/2008¹⁴³ a discussão foi em torno das dúvidas que existem em determinados casos de abuso sexual de crianças, que ocorrem num número de vezes indeterminado, nomeadamente a querela entre o crime continuado

¹⁴² Neste sentido, veja-se INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit., 2016, vol. II pp. 287 e ss;

¹⁴³ Proc. 08P2874, disponível em www.dgsi.pt;

e o concurso de crimes. Vejamos, ponderou-se o crime continuado no caso em que um jovem dando boleia a um menor, por diversas vezes, ordenou que este baixasse as suas calças e cometesse com ele atos de coito oral e anal, tendo mais do que uma vez conseguido manter atos de coito oral com um dos menores envolvidos neste caso. Tentou-se alcançar argumentos suficientes para se aplicar a figura da continuação criminosa, por se considerar existente uma conexão temporal e espacial entre os factos e por estarmos perante jovens que integravam juntos um Centro Recreativo Cultural e Artístico, e por o agressor oferecer boleia aos menores em muitas das situações após o final das aulas.

A questão que se colocou foi, por conseguinte, a de saber se estávamos perante uma unidade ou pluralidade de crimes, isto é, se a factualidade provada apresentou relevância própria e autónoma e, por tal, suscetível de configurar outra infração imputável ao agente. Não iremos analisar a fundo, novamente, a questão da unidade de ação, apenas fazendo uma pequena referência ao que ficou exposto no acórdão quanto a esta questão. Ora, a autonomização – logo pluralidade de crimes – tem como pressuposto o processo de renovação da vontade do agente, isto é, uma renovação do propósito criminoso, o que claramente se verificou neste caso, pois o arguido, por mais do que uma vez, ofereceu boleia aos menores, com a intenção de com eles praticar atos sexuais de relevo, contra a vontade dos menores, e com isso satisfazer os seus instintos libidinosos. Esta factualidade foi provada na matéria de facto, o que nos leva a excluir claramente o fundamento da unidade criminosa da continuação, que determinada pelas situações exteriores típicas, diminuem consideravelmente o grau da culpa do agente, pois, como se poderá concluir mais à frente quanto ao crime continuado, não basta para a sua verificação, que ocorra uma qualquer solicitação exterior, tem que ser uma circunstância exterior não provocada, nem procurada pelo arguido e, nem poderá ser uma situação comum ou normal, pois quanto a essas, espera-se justamente que o agente conte com elas para modelar a sua personalidade de maneira a continuar fiel aos comandos jurídicos.

Por conseguinte, nos termos da matéria de facto provada, não se pode concluir por nenhuma circunstância facilitadora da prática do crime que diminuía sensivelmente a culpa, mas sim, por um grau de culpa amplamente elevado, devido à insistência do arguido em dar boleira, por mais de uma vez, e por ter criado, procurado e promovido os encontros com os menores e com isso atingir os seus propósitos libidinosos.

O entendimento do acórdão foi o mais correto, tendo-se concluído pela punição de um crime de violação consumado agravado, punido em concurso real com um crime

de abuso sexual de criança e um crime de tentativa de violação agravado, nos termos dos artigos 164º nº1, 177º nº4, 22º, 23º e 73º do Código Penal¹⁴⁴.

VI. Crime Continuado

O crime continuado tem assento legal no artigo 30º nº2 do Código Penal português traduzindo-se na realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que, fundamentalmente, protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro de uma mesma solicitação exterior, que diminui consideravelmente a culpa do agente.

EDUARDO CORREIA, que foi um dos autores que mais escreveu sobre este tema, caracterizava o crime continuado como uma conexão de resoluções criminosas, sendo que, aparentemente autónomas, cada resolução dependeria sempre da anterior, de tal forma que apenas a primeira se poderia dizer como normal. Vejamos, era criada pelo agente, logo após primeira conduta ou surgia de um modo causal, sem a sua intervenção, a ocasião propícia, que se pode indicar como, de certa forma, uma tentação, para a continuação criminosa, como causa de diminuição da exigibilidade de uma conduta conforme o Direito¹⁴⁵. O elemento chave do crime continuado é mesmo o facto de ocorrer um nexo de causalidade entre todos os crimes cometidos, ocorrendo várias resoluções criminosas que se connexionam, interligam-se, perdendo a sua independência, em virtude da tal circunstância exterior ao agente que a todas preside e todas condiciona, de modo que o juízo final de culpa se apresente substancialmente o mesmo, e por consequência se verifique mitigado¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Neste acórdão apenas analisei a questão quanto a um dos menores, pois era quanto a este que se colocavam as maiores dúvidas, tendo concluindo-se, quanto ao outro menor em causa, apenas pelo estágio da tentativa, do crime de violação em concurso aparente com o crime de abuso sexual de menores, também sob a forma tentada, consumindo o abuso sexual de menores o ilícito do crime de violação, pois a tentativa do crime de violação simultaneamente “constitui” um crime de abuso sexual de menores, que pode neste caso ser considerado como o crime fundamental;

¹⁴⁵ Veja-se neste sentido, CRISTINA MONTEIRO, in *Crime continuado e bens pessoalíssimos*, citando EDUARDO CORREIA, pp.734 e ss in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*;

¹⁴⁶ Neste sentido, veja-se também, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Questões actuais em torno de uma “vexata quaestio”: o crime continuado*, pp.321 e ss, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*; afirma a d.ª prof.^ª que “o crime continuado apresenta dois pressupostos que se agrupam, nomeadamente a conexão objetiva, que abrange a identidade do tipo legal e/ou de bem jurídico, assim como a execução homogénea; e uma conexão subjetiva, que abrange, como é de esperar, o dolo, e o elemento essencial da culpa consideravelmente diminuída”;

O crime continuado sofreu, com a revisão do Código Penal de 2010, uma alteração importante quanto ao âmbito da sua aplicação a crimes, como por exemplo o abuso sexual de menores, visto serem crimes contra bens eminentemente pessoais.

Ora, ao longo dos tempos sempre se discorreu várias críticas à aplicação do crime continuado a determinadas categorias de crimes.

A lei n.º 61/2008, de 31/10¹⁴⁷ referia no seu nº3 do artigo 30º que o crime continuado não se aplicava a crimes que protejam bens eminentemente pessoais, “salvo tratando-se da mesma vítima”. Ou seja, “permitia” que fosse aplicado o regime do crime continuado a crimes, v.g. abuso sexual de menores, se a vítima fosse a mesma. O que já na altura causava alguma espécie, dada algumas características do regime do crime continuado.

Com Lei nº40/2010 de 3 de setembro¹⁴⁸ essa problemática deixou de ter alguma razão. Deixou-se de fazer referência à questão da mesma vítima, deixando-se de encontrar razões para punir uma pluralidade de agressões como se de uma agressão apenas se estivesse a falar. A problemática não deixou de fazer sentido, pois continua-se, ao longo dos anos, a recorrer ao regime do crime continuado para resolver casos de crimes sexuais.

Cumprir fazer uma pequena referência ao que se designa por crime continuado na doutrina Portuguesa. Importa antes de mais, referir que o crime continuado nunca poderá resolver questões de unidade típica da ação, pois esta última exige requisitos que não se correlacionam.

CAVALEIRO FERREIRA, apresenta o crime continuado como uma unificação jurídica de um concurso efetivo de crimes que protegem o mesmo bem jurídico¹⁴⁹, fundada em culpa diminuta, ou seja, numa menor gravidade da culpa. Este requisito faz-nos concluir, por consequência, que se um agente praticar, por exemplo, três crimes de furto¹⁵⁰ em regime de crime continuado, estará face a um regime punitivo mais benéfico, pois há uma diminuição da culpa do agente.

Por sua vez, apesar de estarmos perante crimes do foro pessoal, e de estar previsto no número 3 do artigo 30º do Código Penal, que o crime continuado não se aplica a crimes eminentemente pessoais, a figura da continuação criminosa é, na maior parte das vezes,

¹⁴⁷Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

¹⁴⁸ *Idem*

¹⁴⁹ Neste sentido, refere igualmente FIGUEIREDO DIAS, que o crime continuado é visto como um “concurso efetivo no quadro de uma unidade criminosa”, recorrendo-se às regras de punição de concurso de crimes, mas considerando-a como um caso de unidade de crime, ob. cit. pp.1027 e ss; re

¹⁵⁰ O crime de furto é o exemplo mais enunciado quando se fala em crime continuado, tendo-se construído este regime precisamente para crimes de furto e para crimes primordialmente patrimoniais;

adotado pela jurisprudência para resolver casos em que estamos perante a realização plúrima do mesmo tipo de crime.

Esta situação verifica-se porque a maior parte dos crimes de abuso sexual contra menores são praticados num contexto familiar, o que por consequência conduz a uma inexistência de oposição por parte do menor e que após ter sido vencida na sua primeira resistência, se indica como uma forte solicitação para a continuação criminosa, resultando estas duas circunstâncias numa facilitação da prática de novos crimes, contribuindo para a diminuição da culpa.

Vejamos, o crime continuado exige para a sua caracterização os seguintes elementos a realização plúrima de um tipo penal, que protejam fundamentalmente o mesmo bem jurídico, por parte do mesmo autor e sob a mesma vítima, numa conexão espaço-temporal entre as práticas, e a verificando-se uma forte solicitação exterior para a continuação criminosa, e que por fim, culmina na constatação da diminuição da culpa do agente.

A unidade do crime, que ocorre no crime continuado, em nada está relacionada com a unificação jurídica de uma pluralidade de crimes, apesar de na prática poder ocorrer muita confusão entre as duas figuras. Assim sendo, a distinção entre a unificação jurídica, a que procedemos aquando na análise do concurso de crimes, da pluralidade de crimes a que subsiste no crime continuado, está na consideração ficticiamente unificada que se faz no crime continuado, para excluir a aplicação do cúmulo material de penas ou de outros efeitos gravosos, quando estamos perante uma situação de continuação criminosa¹⁵¹.

Ora, o que temos verdadeiramente na continuação criminosa é uma ficção legal de unidade criminosa e não uma verdadeira unidade típica da ação, que se consubstancia apenas num único crime.

Como indicado, sendo o abuso sexual de menores praticado maioritariamente por familiares e pessoas próximas à família, compreende-se que se fale em solicitação exterior que diminua sensivelmente a culpa. Assim o é, porque estando perante uma criança, normalmente mais vulnerável e potencialmente mais influenciável, o agressor, aproveitando-se da fragilidade da vítima e da sua superioridade física e moral em relação a criança, consegue utilizando alguns subterfúgios para influenciar e viciar a vontade da vítima e levá-la a não opor resistência ao ato sexual, tal como a não contar a ninguém o sucedido. Desta forma, o autor poderá considerar que perante este cenário ocorra uma

¹⁵¹ V.g. casos em que o agente cometeu durante um período indeterminado de tempo, dezenas de abusos sexuais de menores;

facilitação para o cometimento do facto ilícito, o que virá a contribuir para a diminuição da culpa. Temos, igualmente, que considerar que, sendo os abusos praticados no meio familiar, há uma maior proximidade entre a vítima e o autor, que muitas das vezes vive na mesma casa da criança, havendo assim, uma óbvia facilitação para o cometimento dos atos sexuais.

Ou seja, uma das questões que autonomiza o crime continuado das outras figuras já analisadas, é a exigência de uma forte solicitação exterior, que é a pedra de toque que delimita, conjuntamente com a sua consequência, isto é, a diminuição da culpa, considerando-se exigível para a continuação criminosa, que ocorra uma forte solicitação exterior, que é tomada como origem da motivação do agente, e por sua vez, reconduz à diminuição da culpa.

Porém, esta situação de solicitação não pode ser criada propositadamente pelo autor para a ocorrência dos ilícitos. Temos que estar efetivamente perante uma solicitação, criada por circunstâncias atinentes à prática da primeira ação ilícita, o que terá como consequência a diminuição progressiva da culpa do agente em cada parcela criminosa. Se esta solicitação exterior fosse criada pelo autor, passaríamos a estar perante uma renovação da culpa, o que excluiria a figura do crime continuado, como já aludimos anteriormente.

Ora, vejamos por exemplo no acórdão do STJ de 12-11-1999, em que se afirmou que para estarmos perante um crime continuado não basta a simples repetição do crime de abuso sexual de menores, sendo ponto fulcral para a verificação desta figura a solicitação exterior, ou seja, “se a renovação da decisão criminosa não foi facilitada por qualquer situação exterior ou exógena e, antes, foi ele próprio que criou as condições que lhe permitiram concretizar os seus propósitos, designadamente, perseguindo, assediando e ameaçando a ofendida”, não se poderá portanto concluir neste caso por uma continuação criminosa¹⁵².

INÊS FERREIRA LEITE¹⁵³, afirma que nos casos dos crimes de coação sexual e de violação, em que a repetição dos atos, impõe muitas vezes a renovação do uso de violência ou de coação grave, ou seja, não se conjeturando uma verdadeira diminuição da culpa, nem, como é óbvio, uma verdadeira solicitação exterior, não se poderá aplicar a estes tipos de crimes, a figura do crime continuado. Raras serão as vezes em que será possível configurar os crimes de coação sexual e de violação em hipóteses de continuação

¹⁵² Disponível em www.dgsi.pt; veja-se nesse sentido, também o Ac. STJ de 12/09/2012;

¹⁵³ Ob. cit. pág. 153;

criminosa pois em princípio, muito dificilmente se verificará todos os pressupostos do crime continuado. Teríamos que estar perante uma situação, como avança INÊS FERREIRA LEITE, “em que o mesmo agente, perante a mesma vítima, e em ocasiões distintas, sob um clima de violência, ou grave intimidação, praticasse com esta atos sexuais de relevo”¹⁵⁴. Não diria que fosse impossível, no entanto, tendo em conta os elementos típicos dos crimes de coação sexual e de violação, nomeadamente a ameaça grave e a violência possivelmente empregada no crime de violação, punidos pelos artigos 163º e 164º do Código Penal, respetivamente, diria, que seria muito difícil compaginar uma situação em que ocorra o mesmo clima de intimidação ou violência, sendo que estes crimes são muitas vezes designados como crimes progressivos, ou seja, no sentido de passarem progressivamente de uma realização menos grave para uma realização da figura criminal mais gravosa, que absorve e anula a precedente. Também, convenhamos, se há uma renovação do uso da força, da ameaça grave e, violência, seria um pouco improvável que a situação se originasse ou se mantivesse por uma forte solicitação exterior para a manutenção do comportamento criminoso.

Na minha opinião, no casos dos abusos sexuais de menores, esta questão verificar-se-á, muito devido à imaturidade inerente da criança, que muitas vezes não se apercebendo do que se está a passar, não tem nenhum comportamento de oposição nem repulsa, mas considerando os crimes de coação sexual e de violação, em que a maior parte dos acontecimentos estão relacionados com pessoas com idades superiores a 16/18 anos, seria um pouco provável que ocorresse alguma realidade em que se pudesse capacitar uma forte solicitação exterior, que por sua vez, diminuísse sensivelmente a culpa do agente, isto porque, no meu entender, tendo, uma pessoa com idade superior a 16/18 anos, uma maturidade superior à dos menores, deverá ocorrer uma inerente oposição à prática do facto¹⁵⁵.

A questão que sempre atormentou a figura do crime continuado é a dos bens jurídicos pessoais. Indicava-se inicialmente à Revisão do CP de 2010¹⁵⁶, que, não se poderia aplicar a figura do crime continuado se tivéssemos perante bens eminentemente

¹⁵⁴ Ob cit, pág. 152, conclui a Doutra professora, dizendo que a maioria da doutrina quando estamos perante crimes como coação sexual ou violação, não tem recorrido à figura do crime continuado precisamente porque pressupõem o uso renovado de violência ou ameaça grave e esta questão é incompatível com os requisitos especiais do crime continuado;

¹⁵⁵ Ressalvando claro as situações de consentimento deturpado e inválido, e no caso do crime de violação, que exclui o consentimento, nos termos do artigo 38º nº1 do Código Penal;

¹⁵⁶ Redação anterior à Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro Artigo 30º nº3: “O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima.”, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

pessoas, desde que se tratasse da mesma vítima. De entre muitas outras razões, cumpre indagar a questão também avançada por EDUARDO CORREIA contra a aplicação do crime continuado em bens jurídicos pessoalíssimos, contra vítimas diferentes. Ora vejamos, a crítica em nada tem a ver com a menor ou maior gravidades dos crimes pessoais ou patrimoniais, mas sim porque o crime continuado derivar de circunstâncias facilitadoras da repetição da conduta, e não da “leveza” dos crimes em causa praticados. O que se pode pôr em causa é exatamente esta facilitação. Sendo os bens jurídicos pessoas, portanto, intransmissíveis, não poderá haver um bem jurídico, por exemplo “vida” em que todos sejam “violados” conjuntamente. Nas situações em que estejamos perante várias vítimas, estarão preenchidos tantos tipos legais quanto tantos bens jurídicos sejam ofendidos, sendo estas violações incarnadas individualmente em cada pessoa possuidora do respetivo bem jurídico. Por sua vez, existindo também uma pluralidade de vítimas, não se permitirá proceder à abstração das práticas realizadas, para fins de valoração do desvalor jurídico. Se pensarmos que, cada um dos atos que podem se reconduzir ao crime continuado terão que ser igualmente cometidos de forma homogênea, esta circunstância seria exigível, tanto quanto à realização, como ao autor e à vítima. Para fechar esta querela, pode-se concluir reiterando que, um dos requisitos do crime continuado é a violação do mesmo bem jurídico. Por conseguinte, se tivermos perante várias pessoas, nunca estaríamos na presença do mesmo bem jurídico, mas sim perante vários bens jurídicos das diversas vítimas em questão, o que excluiria o crime continuado¹⁵⁷.

E se retirarmos a questão da mesma vítima?¹⁵⁸ Pensemos num caso concreto, por exemplo de ofensas à integridade física, será a pessoa que vê o seu bem jurídico violado que cria essa facilitação? Verificar-se-á esta facilitação criada por uma criança, num caso de abuso sexual de menores? Esta negação, procedida após a Revisão do CP de 2010, prende-se essencialmente com a influência que os bens jurídicos pessoais têm no direito e com o caráter, normalmente “atroz” dessas infrações. Na minha opinião será difícil compreender que haja uma situação de facilitação, normalmente associada ao silêncio da vítima, ou seja uma criança, apenas porque esta não se opõe ativamente contra o abuso, pois, muitas vezes, tal comportamento nem foi totalmente compreendido pelo menor; muito menos se compreende que o contexto familiar seja igualmente uma facilitação da continuação criminosa, pois é neste contexto que nos deveríamos sentir mais seguros.

¹⁵⁷ Neste sentido, ver acórdão 05-11-2008, Proc. 08P2812, disponível em www.dgsi.pt;

¹⁵⁸ Alteração feita pela Lei nº40/2010, de 3 de setembro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

No entanto, a figura do crime continuado tem sido sucessivamente aplicada a crimes contra bens eminentemente pessoais tendo em conta dois argumentos a favor. Em primeiro lugar, entende-se que a aplicação do crime continuado faz evitar a aplicação de penas demasiado severas e desproporcionadas, que muitas vezes ocorreriam na punição do crime por concurso efetivo; por outro lado, também se indica como argumento a favor uma questão de âmbito processual, nomeadamente a questão da celeridade e promoção da economia processual, isto porque, se considerarmos que estamos perante um único ato em relação de continuação criminosa, não teremos que impor ao juiz que determine de todos os atos efetivamente praticados, como ocorre no concurso efetivo, e indicar uma pena concretamente aplicável a cada crime cometido.

Outra questão com relativa importância, é a questão do dolo, no âmbito do crime continuado. Ora, estaremos perante um dolo continuado, conforme se exige com a repetição de resoluções criminosas, sem, contudo, ocorrer a renovação da motivação pois esta figura pressupõe-se praticada sob uma mesma solicitação exterior, ou se poderá ser um “dolo conjunto” com a renovação de resoluções criminosas ao longo do tempo.

Poderíamos pensar que, o agente confrontado com uma situação objetiva exterior, para qual não contribuiu, e que se lhe impõe, de forma, como que uma “tentação” para a continuação criminosa, se isto não demonstrará, após o autor “ceder” novamente à tal tentação, se no segundo caso, uma muito maior culpa quanto ao crime. Ou seja, haverá, um dolo mais intenso quanto à segunda prática do que para com a primeira? Vejamos duas situações. Perante um agente que comete a prática de um crime, por uma “oportunidade altamente favorável”¹⁵⁹, não tendo ideias de a voltar a repetir, mas que depois, colocado sob a mesma oportunidade, repete o crime, situação que se irá repetir por muitas vezes; e perante um agente que pratica vários atos, tomando firmemente a resolução de praticar aqueles mesmos crimes várias vezes, será evidente que o primeiro caso terá uma culpa sensivelmente diminuída do que o segundo caso, que premeditou, engendrou as oportunidades facilitadores e empenhou-se em estar perante tais oportunidades, que eventualmente facilitariam a prática. Demonstrada essa premeditação, nunca estaríamos perante circunstâncias exógenas ao agente para se punir por crime continuado, mas sim a circunstâncias endógenas, muitas vezes relacionadas com a personalidade desviante do agente com tendências criminosas.

¹⁵⁹ Expressão utilizada por MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, ob. cit, pág. 359;

Se tivermos perante uma situação facilitadora que empurre o agente para a repetição do crime, o que existirá quanto ao dolo, é uma renovação do dolo, face à circunstância exterior facilitadora, mas não uma renovação da motivação para a prática do crime, porque isso, interromperia este ciclo continuo da circunstância que facilita a continuação criminosa. Esta renovação do dolo, aquando da verificação da ocasião propícia à repetição do crime, na minha opinião, terá que advir do dolo do primeiro comportamento, pois senão como dito anteriormente, poderá ocorrer uma interrupção causal entre a prática do facto e a solicitação exterior criada pela primeira conduta. FIGUEIREDO DIAS¹⁶⁰, afirma igualmente que a doutrina se basta, hoje em dia, com este dolo continuado, ou seja com a exigência de que o plano do agente se poderia vir a repetir caso a ocasião se proporcionasse. Se a partir do primeiro ato praticado se criou as circunstâncias propícias à solicitação exterior que atenta para a continuação criminosa, então aqui o dolo será o mesmo, desde o primeiro comportamento ilícito, e, portanto, continuado, ao longo das renovações de resoluções criminosas.

10. Punição do Crime continuado e Análise de Jurisprudência

Posto isto, cumpre agora referir que o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação, nos termos do artigo 79º do Código Penal. Com a Revisão do Código Penal¹⁶¹, veio fazer-se um aditamento quanto à questão do caso julgado, afirmando-se que se depois da condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais gravosamente punida, que integre a continuação, então esta, substituirá a pena que foi aplicada anteriormente.

Vejamos casos práticos. No Acórdão do STJ de 05-09-2007¹⁶² tentou condenar-se um arguido por crime continuado, tendo em conta a prática de atos sexuais de relevo que proferiu numa menor, irmã da sua companheira, a quem tinha sido dada a sua guarda responsabilidade. Estes atos aconteceram num período não concretamente apurado e em

¹⁶⁰ Citado por FIGUEIREDO DIAS, alguma doutrina alemã, bastava-se com o dolo conjunto, no entanto isto levava a que as várias situações, quanto ao dolo, se autonomizassem, e resultassem numa premeditação do agente, e em comportamentos planeados previamente pelo mesmo, o que hoje em dia já está claramente afastado pela consideração, já várias vezes referida, da solicitação exterior, ou seja, se é exterior, e em nada tem a ver com a figura do autor, então nunca poderá passar por uma premeditação dos comportamentos, pois isso levaria a circunstâncias endógenas, isto é, relativas ao agente, e referentes muitas vezes à pouca capacidade de se reger conforme a lei, o que afastaria o crime continuado;

¹⁶¹ Lei nº59/2007, de 4 de setembro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>;

¹⁶² Proc. 07P2273, disponível em www.dgsi.pt;

número também não concretamente apurado. Pressuposto do crime continuado é, como já se afirmou, a existência de uma situação de facilitação da repetição criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte conforme a lei.

Apesar de a jurisprudência aceitar amplamente a utilização da figura do crime continuado a crimes eminentemente pessoais, no acórdão analisado, afirmou-se o contrário, consolidando-se que a integração do referido conceito de crime continuado será sempre inaceitável relativamente a disposições que visem proteger bens jurídicos eminentemente pessoais. É neste âmbito que a Lei penal mais deve ocupar a sua tutela, por tal, não faria sentido depois permitir-se a aplicação de uma figura que amplamente diminuísse a culpa do agente. Para além de que, nomeadamente nos crimes sexuais em análise nesta dissertação, o facto de estarmos perante menores que são particularmente mais frágeis, isto deveria servir de reforço para a responsabilidade pelo bem-estar daquela e não para um comportamento situado nos antípodas de tal intenso dever de cuidado¹⁶³. O acórdão analisado chega à conclusão já anteriormente afirmada por mim. Não se poderá considerar a presença constante da menor no ambiente familiar do arguido como uma solicitação exterior para a continuação criminosa, ou sequer como um qualquer resquício de afirmação de uma menor inibição de comportamentos com reflexo ao nível da culpa. Desta maneira puniu-se o arguido em concurso real dos crimes de violação agravados, nos termos do artigo 164º nº1 e 177º nº4 do CP¹⁶⁴.

Este acórdão é uma demonstração da difícil aplicação, por mim considerada, do crime continuado aos crimes eminentemente pessoais, nomeadamente contra crimes sexuais que envolvam crianças.

Por conseguinte, vejamos também o AC do STJ de 09-12-2010¹⁶⁵ o arguido praticou vários atos sexuais de relevo para com a sua filha, num período de tempo indeterminado e num número de vezes indeterminado. Os atos foram praticados com a menor até à idade de 12 anos apenas enquanto esta, aos fins-de-semana, se dirigia a casa dos pais para com eles passar esses dias. Após a menor completar 13 anos, a mesma foi

¹⁶³ Neste sentido, ver acórdão analisado;

¹⁶⁴ Vejamos também o Ac. STJ de 03/29/2007, Proc. 07P1031, em que apesar de se ter punido o agente por um crime de abuso sexual, na forma continuado, em sede de recurso, devido à figura da *reformatio in pejus*, não se pôde corrigir esta qualificação jurídica, mas ficou feito o reparo, de que o crime perpetrado pelo padrasto, num número de vezes indeterminado, não poderia ser qualificado como crime continuado, mas antes sim um crime de trato sucessivo, pois, no crime continuado há uma diminuição da culpa à medida que se reitera a conduta, e no caso em apreço não se vê que tal diminuição exista no caso de abuso sexual de crianças por atos que se sucedem no tempo, pois pelo contrário, a culpa deveria aumentar à medida que os atos se repetem, tendo em conta a gravidade dos atos que estão em análise; também o facto de estarmos perante o padrasto da menor, embora meramente de facto, deveria constituir uma agravante da ilicitude;

¹⁶⁵ Proc. 925/09.8JDLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt;

viver com os pais e os abusos passaram a ocorrer com mais regularidade, até a menor completar 15 anos de idade. Conclui-se que o arguido agiu com dolo, sabendo que os comportamentos que estava a praticar eram ilícitos e comprometiam gravemente a liberdade e a autodeterminação da menor sua filha, tendo agindo deliberadamente, de forma livre e totalmente consciente do aproveitamento da sua superioridade em relação à menor, devido à relação de parentesco existente entre o arguido e a vítima. Sem mais delongas, considerou-se preenchido a tipicidade, objetiva, subjetiva do artigo 171º do CP, tal como, após a vítima ter feito os 14 anos de idade, considerou-se preenchido o normativo do art. 173º e 177º do CP, praticados na forma continuada, nos termos do art. 30º nº 2 e 3 do CP.

O que se verificou neste acórdão foi a assumida discussão entre a figura do crime continuado e a figura do concurso de crimes aparente. Vejamos, no caso em apreço, estávamos perante dois crimes imputados ao arguido, nomeadamente o crime de abuso sexual de crianças e o crime de abuso sexual de adolescente, perpetrados na mesma vítima, e efetuados “segundo uma continuação criminosa”. Concluiu o acórdão que a atuação do arguido se realizou de uma maneira una, factual e prolongada no tempo. Não faria sentido, afirma o acórdão, desmembrar conceptualmente os comportamentos, apenas porque a dado momento na conduta do arguido, a menor atingiu os 14 anos. Até posso concordar que ao fazê-lo se estaria na possibilidade de incorrer numa pena mais gravemente punida, pela prática de dois crimes autónomos, em concurso real. Assim sendo, afirmou o acórdão que se poderia estar perante um concurso aparente, pois lograríamos operar à unificação normativa, olhando para a imagem global dos factos cometidos e verificar a punição a partir de uma das formas típicas de concurso aparente de normas. No caso estaríamos perante a figura da consunção, em que uma das normas inclui um desvalor tão gravemente punido que esgota a punição do primeiro, encontrando-se, no caso em apreço, a norma que pune os atos praticados com adolescentes consumida pela norma que pune os atos praticados contra as crianças.

Contudo, a decisão do tribunal foi então a de punir o arguido por um crime de abuso sexual de crianças, nos termos do 171º agravado pelo 177º nº1 al. a), na forma continuada¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Considero que se ignorou, neste caso, as alterações referentes ao crime continuado com a revisão da lei em 2010, no entanto este acórdão veio demonstrar que na prática os problemas e as dificuldades de aplicação dos crimes continuados relativos a aplicação a bens eminentemente pessoas, mantiveram-se em alguns casos;

Ora, vejamos a argumentação. Apesar de o tribunal coletivo ter considerado que o crime do artigo 171º nº2 consumiu a atividade punida pelo artigo seguinte, considerou-se na senda das afirmações de EDUARDO CORREIA¹⁶⁷, que não se poderá falar em consunção, uma vez que, apesar dos artigos 171º e 172º protegerem o mesmo bem jurídico, o âmbito de aplicação das duas normas não são coincidentes, por não ocorrer concordância na previsão legal quanto às idades das vítimas, considerando-se que o 172º prevê uma proteção particular que não poderá ser consumida pela incriminação da norma do 171º do CP.

Por conseguinte, o tribunal coletivo, em sede de recurso considerou estarem presentes circunstâncias exteriores e exógenas ao arguido que o levavam a manter a continuação criminosa¹⁶⁸, indicando o acórdão, que após a primeira situação, não tendo sido nada revelado à progenitora, criando-se como que uma certa relação de acordo entre os sujeitos, o que facilitou apreciavelmente tal reiteração criminosa, diminuindo consideravelmente a culpa do agente. Provou-se também que o arguido comportou-se aproveitando-se sempre da circunstância de ficar sozinho com a filha e da sua posição de parentesco para com esta, que a levou a não contar a ninguém o sucedido, por sentir medo ou até por nem, muitas vezes, compreender a gravidade dos factos, tendo em conta a idade. São estas as conclusões associadas ao crime continuado e que o acórdão em apreço levou a cabo. Quanto a mim, sigo mais o entendimento do acórdão anterior, que não consegue sufragar uma situação de solicitação exterior que empurre o arguido para a continuação criminosa, quanto tivermos perante casos de abuso sexual de crianças, não se podendo considerar o silêncio desta, uma situação de facilitação da continuação criminosa. Nestes casos, considerando que estamos perante um caso de pai para filha, a relação de proximidade deveria ser suficiente para o arguido considerar agir conforme o Direito e assumir uma posição de proteção para com a filha e não uma posição onde restringe o seu bem jurídico à liberdade e autodeterminação, nem prejudicando o seu são desenvolvimento.

Entre um acórdão e outro podemos nos aperceber da “discussão” existente ao longo dos anos quanto à figura do crime continuado, nomeadamente quando associada a

¹⁶⁷ Neste sentido, ver acórdão em análise;

¹⁶⁸ Quanto à questão de estarem em causa duas incriminações diferentes, a do 171º e a do 172º, o acórdão vem fundamentar com a questão de que no artigo 30º nº2 afirma-se que pode ocorrer uma pluralidade de resoluções criminosas, desde que violem o mesmo bem jurídico, podendo estar perante a realização plúrima do mesmo ou de vários tipos de crimes, desde que protejam o mesmo bem jurídico que é o que ocorre, no caso em apreço;

crimes sexuais. Pode-se concluir que este tema não logrou, quase nunca, por um consenso pois não sendo a Lei explícita, deixa à discricionariedade do julgador a decisão do caso concreto, o que por sua vez, pode trazer decisões muito díspares. Como se disse, em 2010 com a Revisão do Código Penal, nomeadamente com a revisão do artigo 30º do CP considerou-se que esta querela tinha visto o seu fim, no entanto, continuam a ser muitas vezes discutido em tribunal o crime continuado associado a crimes sexuais. Compreende-se que por vezes, sendo difícil contabilizar os abusos, se recorra de argumentações de continuação criminosa, para se conseguir atingir uma conclusão quanto ao processo em causa pois isso simplificaria todo o processo penal.

Vejamos, por exemplo um acórdão do TRP de 12/10/2016¹⁶⁹. Neste acórdão, em pleno ano de 2016, apesar das alterações feitas ao artigo 30º do Código Penal, em que ficou “explícito” que não se aplica a figura do crime continuado a crimes que violem bens jurídicos eminentemente pessoais, aplicou-se a figura do crime continuado a uma situação de abuso sexual de criança com idade inferior a 14 anos. Em sede de recurso ainda se tentou lograr por um concurso efetivo de crimes, pois considerou o tribunal de recurso que, no caso em concreto, ocorreu uma renovação da vontade do arguido, fixando como o enquadramento jurídico-penal mais adequado a tutelar o crime em apreço, a figura da pluralidade de crimes, ainda que referentes à mesma pessoa. O que se afirmou foi que em cada uma das situações versadas no acórdão verificou-se uma renovação da vontade e da decisão/formulação da resolução criminosa por parte do arguido, ocorrendo cada abuso de forma autónoma em relação aos outros acontecimentos abusivos. Com estas conclusões nunca se poderia concluir por uma continuação criminosa, embora tenha ocorrido um aproveitamento do mesmo contexto situacional que lhe permitiu fácil acesso à intimidade da menor. Já verificamos que este é um dos denominadores comuns do crime continuado, mas nunca será suficiente para se concluir pela figura do nº2 do artigo 30º do CP.

Ora, em recurso apreciou-se se estávamos perante um ou três crimes de abuso sexual¹⁷⁰, considerando-se que o arguido deveria ter sido punido em concurso efetivo, por três crimes de abuso sexual de criança. Ora, como já supra afirmado, seguindo o entendimento de EDUARDO CORREIA, o número de vezes que o mesmo tipo é preenchido pela conduta deve ser contado pelo número de juízos de censura da culpa de

¹⁶⁹ Proc. 1779/13.5JAPRT.P1, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt>;

¹⁷⁰ No acórdão em análise, da matéria de facto ficou provado indubitavelmente três ocorrências de relacionamento sexual com a menor;

que o agente se tivesse tornado passível¹⁷¹. Este entendimento levar-nos-ia a uma pluralidade de processo resolutivos, de resoluções ou decisões criminosas, o que nos faria alcançar uma conclusão quanto à pluralidade de crimes, e não quanto à continuação criminosa, como o que aconteceu. Afirmou-se no acórdão, também no seguimento do entendimento do professor supra referido, de que esta pluralidade só seria excluída quando tivéssemos perante uma conexão temporal das várias condutas do agente, sempre que de acordo com as circunstâncias do facto, devesse aceitar-se que o agente executou toda a sua atividade sem ter que renovar o respetivo processo de motivação¹⁷².

Por sua vez, concluiu-se pela a unidade resolutiva, tendo em conta os factos e as circunstâncias que levaram ao cometimento dos abusos, chegando-se a afirmar, no meu entendimento, de muito mau gosto, que o arguido cometeu os abusos segundo uma mesma unidade motivacional, devido à anuência da vítima, que consentindo no primeiro facto, permitiu ao arguido considerar, nesta espécie de relação de concordância, que poderia manter os contactos sexuais com a vítima. Concluiu o acórdão frisando que cada conduta do arguido - atento às circunstâncias do caso, pois o arguido vivia na mesma casa que a menor, mantendo com esta, uma espécie de relação de namoro, mesmo sabendo o arguido da idade da menor em causa - não foi praticada de forma autónoma em relação as outras, o que todo o comportamento ficou sujeito a um juízo de censura único, a uma unidade de resolução, constituindo assim um único crime continuado.

Este acórdão vai de encontro com o exposto no acórdão supra analisado do STJ de 2010. Tendo em conta tudo o que até aqui ficou exposto sobre o crime continuado, não me parece razoável sequer considerar esta figura como uma solução para os casos de abuso sexual de menores. No caso agora em análise, ocorreram claramente três situações autónomas de abuso sexual de crianças, ocorrendo a renovação da motivação do arguido em praticar os factos, verificando-se que em cada vez ocorreu, de forma autónoma, a lesão do bem jurídico em causa. Este acórdão é ainda mais impraticável quanto ao crime continuado, pois em abono do concurso de crimes, conseguiu-se, a partir da matéria de facto provada, contabilizar os abusos sexuais, não ocorrendo as tais dificuldades práticas

¹⁷¹ Veja-se também esta argumentação, mas no sentido de excluir a figura da continuação criminosa, ou melhor, a unidade de resolução, tendo-se afirmado que “no caso dos autos, cada um dos vários actos do arguido foi perpetrado num diverso contexto situacional, necessariamente comandado por uma diversa resolução, e traduziu-se numa autónoma lesão do bem jurídico protegido. Consequentemente, por referência a cada grupo dos atos, existe uma pluralidade de sentidos de ilicitude típica, e portanto, de crimes – de abuso sexual de crianças e de violação – cometidos.”, neste sentido Ac. TRC de 09-04-2014, Proc. 2/11.1GDCNT.C1, disponível em www.dgsi.pt;

¹⁷² Neste seguimento, EDUARDO CORREIA, ob. cit. pp. 92 e ss; veja-se também PAULO PINTO ALBUQUERQUER, ob. cit. pp. 221 e ss;

na determinação do número de vezes que o arguido manteve relacionamentos sexuais com a menor, que servem muitas vezes de abono ao crime continuado. Não estando, nem esta condicionante verificada no caso em apreço, não vejo razões para se aplicar o crime continuado, considerando-se existir razões suficientes para a diminuição da culpa do agente, devido apenas à conexão temporal e espacial que ocorreu entre os abusos. O tribunal, quanto a esta parte do recurso considerou improcedente, mantendo o crime continuado, o que na minha opinião, foi completamente violador do exposto no nº3 do artigo 30º do Código Penal.

VII. Crime de Trato Sucessivo e Análise de Jurisprudência

Importa agora fazer uma pequena referência à figura do crime de trato sucessivo. Em primeiro lugar, cumpre afirmar que esta figura foi criada pela Jurisprudência tratando-se de uma categoria não dogmática, que ainda tem um longo percurso a percorrer.

Por sua vez, quando se começou a chamar à colação esta figura do crime de trato sucessivo, que inicialmente foi criada para crimes de tráfico de estupefacientes¹⁷³, a sua intenção era a de colmatar alguns problemas que ocorriam da utilização da figura do crime continuado, principalmente em casos de crimes sexuais, ou seja crimes pessoais. Mais correto ainda, é afirmar-se que a figura de crime de trato sucessivo foi criada, principalmente, para tentar dar resposta as dificuldades probatórias que surgem com crimes praticados durante um determinado período de tempo, que resultavam na individualização de várias penas parcelares e que causavam complexidades no sistema probatório. É até compreensivo que uma criança, não consiga individualizar ou sequer se relembrar detalhadamente dos vários atos ilícitos cometidos contra si, e desta forma não se conseguindo contabilizar o número real de abusos. Tal como, mesmo se conseguindo contabilizar o número total de abusos, no caso de 10 ou mais abusos, se contássemos as penas parcelares individualizadas iríamos atingir uma pena única, que ultrapassaria e muito, o limite máximo da medida concreta da pena.

Por conseguinte, a Revisão do Código Penal com a Lei nº40/2010, de 3 de setembro veio trazer uma importante alteração quanto à aplicação do crime continuado a bens eminentemente pessoais, tendo-se considerado que os problemas associados a esta aplicação tinham terminado. No entanto, esta revisão, e a ressalva feita de que não se

¹⁷³ Cfr. HELENA MONIZ, “O crime de Trato Sucessivo” pág. 3 e ss;

pode aplicar o crime continuado a crimes eminentemente pessoais, não chegou para eliminar os efetivos problemas que continuam a ocorrer nas situações de reiteração contínua e sucessiva de condutas homogêneas¹⁷⁴. Esta situação tem razão de ser.

Vejamos, tendo em conta, tal como já supra aludido, que os crimes sexuais praticados contra menores são, na larga maioria das vezes realizados por pessoas próximas ao ofendido, e, que normalmente, é exercida de uma forma reiterada durante um período de tempo mais ou menos longo, por vezes indeterminado, as dificuldades quanto à determinabilidade do número preciso de crimes realizados, tem levado a que alguma jurisprudência opte por considerar que ocorreu, igualmente, apenas um crime de abuso sexual, praticados várias vezes e durante um período de tempo indeterminado, considerando que atualmente, esta conformação é denominada como “crime de trato sucessivo”¹⁷⁵.

Considera-se perante um crime de trato sucessivo, as situações de unidade de resolução criminosa que são realizadas numa conexão temporal entre os vários atos realizados. Temos, tal como acontece no crime continuado, que atender à questão de que o agente, possivelmente, exerceu toda a sua atividade sem ter de renovar o respetivo processo de motivação.

Por sua vez, a grande diferença entre o crime continuado e o crime de trato sucessivo é o facto de nesta ultima a repetição não leva a uma atenuação da culpa e por consequência da pena, pois entende-se que a continuação da prática criminosa não deverá justificar uma diminuição da culpa, pois a prática de crimes, nomeadamente de crimes sexuais, devem suscitar repugnância pelo ato e não se podendo considerar que existem situações que “chama” o agente para o cometimento da prática ilícita, a tal solicitação na continuação criminosa. Para além de que é de frisar que a agressão repetida aumenta a oportunidade de o agente encontrar resistências morais e não desencadeia uma atenuação.¹⁷⁶ A conduta repetida, no crime de trato sucessivo justificaria sim, uma ideia de maior exigibilidade, no que toca à culpa do agente¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Aludindo ao que afirmou INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit., 2016, vol.II, pág 158;

¹⁷⁵ Tal como no crime continuado, esta figura não foi criada para resolver casos de abuso sexual, mas primordialmente casos de tráfico de estupefacientes, veja-se neste sentido, “*O crime de Trato Sucessivo*”, MONIZ, HELENA in <http://julgat.pt/wp-content/uploads/2018/04/20180411-ARTIGO-JULGAR-Crimes-de-trato-sucessivo-Helena-Moniz.pdf>;

¹⁷⁶ Cfr. HELENA MONIZ, Cristina Líbano Monteiro, Maria da Conceição Ferreira da Cunha e Helena Morão, ob. cit.;

¹⁷⁷ Cfr. INÊS FERREIRA LEITE, ob. cit. 2016 Vol. II, pág. 157 e ss;

Por conseguinte, INÊS FERREIRA LEITE afirma que o crime de trato sucessivo, diversamente do que acontece com a figura do crime continuado, é verdadeiramente uma unidade criminosa. A autora indica, “*nestes existe uma intrínseca continuidade ou permanência, de algum modo também reconhecida pelo legislador*”¹⁷⁸.

Vejamos, afirma a jurisprudência do STJ que quando tivermos perante um crime que se prolonga no tempo, e essa atividade durar necessariamente durante esse período indeterminado de tempo, estamos perante apenas um crime, devendo-se chama à colação a figura do trato sucessivo¹⁷⁹. É recorrente na jurisprudência afirmações de que, as “*condutas, se não podem ser unificadas em termos de continuação criminosa, podem sê-lo como crime de trato sucessivo, que se caracteriza pela repetição de condutas essencialmente homogêneas unificadas por uma mesma resolução criminosa, sendo que qualquer das condutas é suficiente para preencher o tipo legal de crime. Contrariamente ao que acontece no crime continuado, não há aqui qualquer diminuição de culpa, antes a reiteração criminosa, revelando uma persistência da resolução criminosa, encerra uma culpa agravada, que será medida de acordo com o número de condutas e respetiva ilicitude.*”¹⁸⁰.

Ou seja, o que está em causa nos crimes de trato sucessivo é a prática de vários crimes, cada um possível por si próprio de ter um desvalor jurídico, executados sob a égide de uma *unidade resolutive*, e não sob uma *única unidade resolutive* - como se exige no crime continuado - e de forma essencialmente homogênea, contra o mesmo bem jurídico. No entanto, não nos podemos esquecer, que esta figura não tem assento legislativo, e mesmo que na jurisprudência não seja feita esta distinção, a figura do crime de trato sucessivo continua a acarretar algumas dúvidas.

Por conseguinte, uma das intenções da jurisprudência quando criou este mecanismo foi efetivamente afastar a fundamentação da diminuição da culpa, eminente no crime continuado. Transpondo a opinião que se tem no caso de crime de trato sucessivo no crime de tráfico de estupefacientes, cada ato de venda, em que a realização de cada um e qualquer deles integrava o tipo ilícito, integrando-se numa unidade típica de ação, pelas razões já indicadas. Mas a “continuação” da prática de venda de estupefacientes não poderia levar a uma diminuição da culpa, mas sim a uma agravação, pois mesmos que

¹⁷⁸ Neste sentido, ob. cit., 2016, vol. II, pág.158;

¹⁷⁹ Já assim, o acórdão do STJ 17/01/96, sobre um crime de tráfico de estupefacientes, pois tal como se indicou supra, foi primordialmente neste crime que se iniciou a referência a esta figura;

¹⁸⁰ Proc.862/11.6TAPFR.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

houvesse alguma solicitação exterior, as práticas sucessivas de atos ilícitos deitam por terra as resistências morais do agente, tornando o seu comportamento mais perverso, e, por conseguinte, mais gravoso. O mesmo acontece quando se fala em crimes sexuais, com as devidas alterações da qualificação jurídica dos crimes em questão, como é óbvio, mas a fundamentação do aumento ou da agravação da culpa deverá ser a mesma. Afirma-se no Ac. do STJ de 29-11-2012 “*Na verdade, não se vê que diminuição possa existir no caso, por exemplo, do abuso sexual de criança, por atos que se sucederam no tempo, em que, pelo contrário, a gravidade da ilicitude e da culpa se acentua [ou, pelo menos, se mantém estável] à medida que os atos se repetem.*”¹⁸¹

Apesar de alguns ajustes na fundamentação, o crime de trato sucessivo não conseguiu resolver todos os problemas ocorridos nos crimes sexuais e, portanto, há questões que se continuam a levantar. Principalmente, não tendo assento legislativo, torna a sua função muito mais complicada. No entendimento de que no caso no artigo 3º n.º3 não estamos perante um único crime, então também não seria admissível concluir-se por uma punição como um único crime de trato sucessivo. Não é por se mudar a denominação que passa a ser aceitável que numa situação onde ocorreram sucessivos atos sexuais contra um menor se conclua por ter havido apenas um crime de abuso sexual, qualquer que seja a determinação da medida da pena que se use.

Por sua vez, a intenção do crime de trato sucessivo foi evitar a fundamentação de que haveria uma benesse devido à diminuição da culpa e assim beneficiar, possivelmente, na medida da pena o agente, e efetivamente com as últimas alterações ao CP tentou-se vedar à utilização do crime continuado a crimes sexuais. E o crime de trato sucessivo vem resolver este problema da diminuição da culpa, dizendo que estaríamos perante casos, tal como já supra referido, em que haveria, não uma diminuição, mas sim uma agravação. Mas os problemas de fundo do crime continuado não foram resolvidos com esta nova figura. Mesmo com o entendimento de que com a “continuação” criminosa, ou seja, com a prática reiterada do mesmo tipo de crime, estaríamos perante uma situação de agravação da culpa, pois mesmo perante uma situação facilitadora, o agente não repensou o seu

¹⁸¹ *Idem*; cfr. INÊS FERREIRA LEITE; 2016, vol II, pág. 157 “*Não existe, nestes casos [referindo-se aos crimes sexuais] qualquer “forte solicitação exterior” e não é sequer certo que se verifique uma diminuição da culpa decorrente da mera continuação, porquanto o agente terá que, ciclicamente, renovar a violência ou intimidação exercida sobre a vítima, confrontando-se com o “mal” que aflige. Principalmente quando se trate de uma vítima menor, pois não são só os atos sexuais se vão (usualmente) intensificando durante o crescimento e desenvolvimento fisiológico do menor, e como as resistências impostas pelo menor são também distintas, fortalecendo-se com o tempo e exigindo do agente um maior esforço e energia criminosa para as vencer*”;

comportamento, o que torna a situação mais perversa do ponto de vista da culpa, o problema mais importante manteve-se, pois continuou-se a presenciar em tribunal casos onde não se consegue contabilizar o número de casos ilícitos ocorridos contra o mesmo bem jurídico e contra a mesma pessoa, recorrendo a este novo subterfúgio para aliviar o processo penal de ter de contabilizar e provar todos os comportamentos ilícitos havidos. Ocorrendo esta ficção de quando estamos perante uma situação em que num número de casos indeterminados de casos, que se está então face a uma unificação, ou seja, uma unidade resolutive, e, portanto, perante um único crime, continua a ocorrer o problema levantado nos casos de crime continuado, de que não se pode estar perante esta tal unidade resolutive quando estamos perante casos de crimes eminentemente pessoais, tal como indica o n.º3 do art. 30º do CP.

Claro que, mantendo-se o problema dos crimes ocorridos num número indeterminado de vezes e não conseguindo a vítima relatar todos os abusos havidos, então os julgadores terão que resolver o caso de alguma forma, e é socorrendo-se desta figura ora tratada que os juízes conseguem determinar a medida da pena de um caso de abuso sexual ocorrido num determinado período longo. No entanto será somente nestas situações, e não podem socorrer-se desta figura, os juízes, de forma a ver o seu trabalho facilitado¹⁸².

Por conseguinte, importa agora analisar esta figura na jurisprudência e efetivamente analisar, com mais ênfase, como é normalmente aplicada.

Veja-se por exemplo o acórdão do STJ de 23-01-2008¹⁸³. Este acórdão, mesmo antes da Revisão do CP de 2010 fazia referência à aplicação da figura do crime de trato sucessivo em vez do crime continuado, afirmando-se que no crime continuado é exigível uma solicitação exterior que facilite a continuação criminosa e assim diminuía a culpa, fundamentando-se esta sensível diminuição da culpa em circunstancialismos exógenos que precipitasse e facilitasse as condutas criminosas. Neste caso, no entanto, não se verificou a diminuição da culpa, e considerou-se, como já anteriormente concluído por mim, que a não resistência da ofendida, mesmo que se conclua, que facilita a continuação criminosa, não poderá nunca ser considerada como uma situação de acordo entre a vítima e o arguido, não se podendo em circunstância alguma diminuir a culpa, apenas recorrendo-se a este argumento. Mesmo que se verifique uma unificação num crime

¹⁸² Ac. TRP 15-05-2013, proc. 1209/10.4JAPRT.P1; Ac. TRP 29-01-2014, proc. 7446/08.4TAVNG.S1.P, ambos disponíveis em www.dgsi.pt;

¹⁸³ Proc. 07P4830, disponível em www.dgsi.pt;

continuado, esta homogeneidade não é elemento suficiente para a continuação criminosa, exigindo-se a diminuição da culpa, o que neste acórdão se afirmou não ocorrer, pois a continuação ficou a dever-se à persistente vontade do arguido em se satisfazer sexualmente, vontade esta que superou as normais inibições que estão ligadas às relações de pais e filhos.

Considerou o acórdão, que se não podendo unificar as condutas nos termos do crime continuado que se poderia fazê-lo tendo em conta o crime de trato sucessivo, que se caracteriza igualmente pela repetição de condutas essencialmente homogêneas unificadas por uma mesma resolução criminosa, considerando-se cada conduta suficiente para preencher o tipo legal de crime. O que acontece de forma diversa ao crime continuado é a questão de neste tipo de crime não se verificar qualquer tipo de diminuição de culpa, mas antes a reiteração criminosa, revelando uma persistência da resolução criminosa, encerra uma culpa agravada, que será medida de acordo com o número de condutas e respetiva ilicitude¹⁸⁴.

Ora, vejamos no acórdão do STJ de 29-11-2012¹⁸⁵, afirmou-se precisamente que a figura do crime de trato sucessivo, ao contrário do crime continuado, que igualmente surgiu pelas dificuldades em contabilizar o número de crimes individualmente cometidos ao longo de um certo período de tempo, nos crimes prolongados, exauridos ou de trato sucessivo, não há uma diminuição considerável da culpa, *“mas, antes em regra, um seu progressivo agravamento à medida que se reitera a conduta [ou, em caso de eventual “diminuição da culpa pelo facto, um aumento da culpa enquanto negligência na formação da personalidade ou de perigosidade censurável”]. Na verdade não se vê que a diminuição possa existir no caso, por exemplo, do abuso sexual de criança, por atos que se sucederam no tempo, em que, pelo contrário, a gravidade da ilicitude e da culpa se acentua (...) à medida que os atos se repetem”*. Não poderíamos concordar mais com esta afirmação, tal como já supra aludimos, podendo resumir tudo o que tivemos a dizer até aqui com esta pequena frase afirmada no acórdão supra referido.

Porém, a figura do crime de trato sucessivo continua a não conseguir resolver todos os problemas de situações de pluralidade de crimes cometidos segundo a mesma unidade resolutive, mas pelo menos tem contrariado a jurisprudência que recorria

¹⁸⁴ No acórdão do TRE de 16-03-2017, Proc. 72/15.3JASTB.E1 afirmou-se *“Configura a prática de um crime de trato sucessivo a existência de um único dolo a abranger as condutas sucessivamente praticadas e essa unidade de resolução, a par da homogeneidade das condutas e da sua proximidade temporal”*, disponível em www.dgsi.pt;

¹⁸⁵ Proc. 862/11.6TAPFR.S1, disponível em www.dgsi.pt;

indiscriminadamente à figura do crime continuado e as sucessivas indicações quanto à diminuição da culpa, que se aplica nos casos da figura do crime continuado, quando na maioria das vezes, a perversidade dos comportamentos cometidos nos crimes sexuais contras as crianças, na minha opinião, só a aumentavam, como referido no acórdão do STJ de 2012, por fim analisado.

Compreendemos, todavia, que estamos perante crimes nos quais, muitas vezes não é possível averiguar o número concreto de crimes que foram cometidos, e que, por questões de celeridade processual, mas muitas vezes roçando o comodismo, os Juízes se socorram destas figuras (provavelmente até facilitadoras) do processo probatório.

VIII. Considerações Finais

Importa agora fazer uma pequena reflexão do que analisamos.

O código penal, no que concerne aos crimes sexuais sofreu algumas alterações significativas, e podemos logo avançar que historicamente, o mais importante, foi a alteração da configuração do bem jurídico protegido, tendo-se passado a abranger um maior número de comportamentos sexuais violadores da liberdade e autodeterminação sexual, deixando de se associar este tipo penal à moral, honra familiar e até ao bem-estar social, partindo-se de uma conceção baseada na comunidade para uma conceção muito mais individualista, olhando para a vítima, protegendo-se a sua liberdade, autodeterminação, desenvolvimento físico e psicológico.

Apesar da existência de muitas críticas a este entendimento, nomeadamente, quando há referência ao desenvolvimento físico e psicológico, consideramos que esse aspeto estará sempre imbuído no espírito da proteção dos menores. Restringir a liberdade dos menores será restringir o seu próprio desenvolvimento físico e psicológico, ou pelo menos, teremos que colocar essa possibilidade.

Por conseguinte, vincamos a posição de INÊS FERREIRA LEITE. A autora afirma que, se concluirmos que o bem jurídico tutelado nas incriminações do abuso sexual de menores é a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, teremos que concluir quanto à natureza dos crimes como crime de dano por se verificar, com o comportamento ilícito, um dano que será, como é de esperar, a restrição da liberdade sexual do menor. Mesmo aceitando que há nos menores uma inerente fragilidade, que nos induz a concluir por uma maior proteção penal, e a deduzir pelo entendimento de que a colocação em perigo do bem jurídico será suficiente para lesar o bem jurídico de liberdade e autodeterminação sexual, não se pode esquecer que mesmo sendo seres mais vulneráveis, as crianças continuam a ser seres detentores de liberdades, e neste sentido, não se poderá simplesmente restringir uma das vertentes da liberdade pessoal, só em virtude da idade. Este entendimento leva a restringir outra situação importante para o menor. A questão do consentimento; no estudo de vários casos de abuso sexual de menores pude concluir, no seguimento do entendimento legislativo e também doutrinal, que o consentimento do menor não tem qualquer valor ou sequer importância, não sendo uma questão relevante a analisar em determinados casos. Retira-se qualquer tipo de vontade, consentimento, e liberdade na sua vertente sexual aos menores e, desta forma, temos o efeito assombrador de que num caso onde possivelmente tenha havido consentimento, este não seja relevante

e venha-se a punir um agente por abuso sexual, quando este não cometeu nenhum crime contra a liberdade sexual de um menor. Concorro, contudo, que os menores são seres mais desprotegidos e vulneráveis, como sempre afirmado ao longo do texto, no entanto vivemos numa era de informação, e mesmo não havendo muito filtro da mesma, a sexualidade não é mais, ou não deveria mais ser um tabu para os menores, concluindo-se que os menores, quase que arriscaria a afirmar, não podem cometer atos sexuais até aos 14 anos, de pleno consentimento. Foram também estes efeitos assombradores da visão tradicional e moralista que tentei demonstrar na minha tese, podendo concluir que ainda temos um longo processo de reforma penal pela frente, e esta reforma tem que surgir principalmente na mente dos julgadores.

Por sua vez, tivemos também algumas páginas de debate sobre o problema da autoria e da participação. Houve algumas alterações significativas com as reformas penais que o Código Penal foi sofrendo ao longo dos tempos, e algumas muito importantes, primordialmente quanto à visão de autor, nomeadamente afastando-se, por completo, das observações de “crimes de mão própria”. Aqui, o afastamento das ideias moralistas teve um efeito (efetivo) positivo. Hoje em dia é possível todas as formas de autoria nos crimes sexuais, previstas no artigo 26º do CP.

Por fim, o tema em que mais me debati, e onde efetivamente haverá sempre algum debate é a questão à volta da unidade e pluralidade de crimes. Ao longo do nosso estudo pudemos verificar que, mesmo com várias reformas penais, haverá sempre discussão à volta deste tema, que na minha opinião numa será estanque. Na verdade, haverá sempre crimes praticados num determinado período mais longo de tempo, com indeterminabilidade dos comportamentos individuais, e por tal, haverá sempre problemas a nível processual, que dificilmente algum dia se conseguirá criar uma figura que resolva este problema, no seu todo.

Consequentemente, ao analisarmos esta questão na jurisprudência, principalmente, verificamos as mais díspares decisões quando toca a uma situação de concurso de infrações e particularmente, quando estamos perante casos de abuso sexual que se prolongam no tempo. Vejamos, o crime continuado tem sido alvo de várias revisões legislativas, e mesmo assim, continua a provocar dúvidas, aquando da sua aplicação. Apesar de a Revisão ao Código Penal operada em 2010, que deixou previsto que o crime continuado não pode ser aplicado a crimes que violem bens eminentemente pessoais, o mesmo continuou a ser muitas vezes utilizado, como supra se deixou exposto.

Neste aspeto denotamos alguma “resignação” por parte do julgador, que devido a

todos os problemas processuais que os crimes prolongados no tempo podem vir a provocar no processo penal, socorrem-se desta figura, ainda porque, de certa maneira, emprega uma celeridade e economia processual, ao processo, que de outra maneira não seria possível, o que iriam, por conseguinte, gerar processos em tribunais infundáveis e possivelmente impraticáveis de solucionar.

Por conseguinte, a figura do crime de trato sucessivo, criado muito pela jurisprudência, foi no sentido de se tentar solucionar estes problemas jurídicos quando estamos perante crimes prolongados. Não se recorrendo à argumentação da solicitação exterior e à consequente diminuição da culpa, parecia resolver os casos em que estivéssemos perante crimes que ocorressem num período indeterminado de tempo e num número indeterminado de vezes. Como ficou supra exposto, a jurisprudência começou a socorrer-se, em muitos casos, desta figura, que era na maior parte das situações, associada à questão do crime habitual. No entanto, dogmaticamente a questão do trato sucessivo demonstra, ainda, algumas dificuldades em se demonstrar efetivamente uma figura com potencialidades para solucionar muitos dos casos de crime de abusos sexuais, pois não estando ainda bem definido os seus termos na doutrina, nem na legislação, contém alguns argumentos que podem, em determinadas situações, relevar algumas fragilidades quanto à sua aplicação.

Com a minha dissertação o propósito era demonstrar os efeitos, quer positivos, quer negativos, que o entendimento dos crimes sexuais tem sofrido ao longo dos tempos. Não logramos numa solução inovatória, pois ainda há um longo percurso a percorrer quando dos crimes sexuais se trata. A visão, ainda demasiado moralista da sexualidade prejudica a aplicabilidade das reformas penais, possivelmente inovatórias. Considero, todavia, que todas as alterações feitas nos crimes sexuais, ao longo do tempo, foram positivas e são de aplaudir. Mesmo com todas as resistências quanto à “desmoralização” dos crimes sexuais, tem sido percorrido um caminho no sentido de se olhar para os crimes sexuais com uma visão mais objetiva, mas de certa forma, com um cunho muito mais protetor da sexualidade dos menores, que nos últimos anos tem sido muito mais massacrada, necessitando cada vez mais de instrumentos aptos a prevenir e a sancionar a sua criminalidade.

Bibliografia

ALBERTO, ISABEL, *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Rui do Carmo, Isabel Alberto, Paulo Guerra. - 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2006;

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição atualizada, 2015, Universidade Católica Editora;

ALFAIATE, ANA RITA, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009;

ALVES, SÉNIO MANUEL DOS REIS, *Crimes sexuais: notas e comentários aos artºs 163º a 179º do código penal*, Coimbra, Almedina, 1995;

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra Editora, 1991;

ANTUNES, MARIA JOÃO, *Crimes contra a Liberdade e autodeterminação sexual dos menores*, in “Julgar”, nº 12 Especial, Coimbra Editora, 2011, pp. 153-161;

- “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in *Boletim da Faculdade de Direito* Vol. LXXXI, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp.57-71;

BELEZA, TERESA PIZARRO, *Sem sombra de Pecado – O repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, Separata JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL REVISÃO DO CÓDIGO PENAL, Lisboa, 1996;

CARMO, RUI DO, *Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote*, In *Boletim da Ordem dos Advogados*. - Lisboa, Nº 127 (Jun. 2015), p. 16-18;

- *O abuso sexual de menores : uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Rui do Carmo, Isabel Alberto, Paulo Guerra. - 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2006;

Código Penal, Actas e Projetos da Comissão Revisora, Edição do Ministério da Justiça, 1993;

CORREIA, EDUARDO HENRIQUES DA SILVA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, I-Unidade e Pluralidade de Infrações, II-Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Almedina, Coimbra, 1983, Reimpressão;

COSTA, JOSÉ DE FARIA, “Direito Penal”, Imprensa Nacional, 1ª Edição, 2017;

- *O Perigo em Direito Penal, Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2000;

CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA, “Questões actuais em torno de uma “vexata quaestio”: o crime continuado” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol II, Coimbra, 2009;

DIAS, AUGUSTO SILVA, “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”, *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008;

DIAS, JORGE De FIGUEIREDO (DIR.), *Comentário conimbricense do código penal : parte especial*, 2ª ed. – Coimbra, Coimbra Editora, 2012, Vol. 1: Artigos 131º a 201º;

- *Direito penal português: parte geral: as consequências jurídicas do crime*, 1993, Lisboa, Vol. II;

- *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crimes*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007;

- *Temas Básicos da Doutrina Penal – Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2001;

FERREIRA, MANUEL GONÇALVES CAVALEIRO, *Lições de Direito Penal – Parte Geral, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, I, Editorial Verbo, 1992;

GUERRA, PAULO, *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Rui do Carmo, Isabel Alberto, Paulo Guerra. - 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2006;

GONÇALVES M. MAIA, *Código Penal Português, Anotado e Comentado, Legislação Completar*, Almedina, Coimbra, 2005, 15ª, 2002, Anotação dos artigos 30º, 71º, 77º, 79º, 163º a 178º do Código Penal;

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoria de la imputación*, Madrid, 1995, Marcial Pons, Ediciones Juridicas;

LEITE, ANDRÉ LAMAS, “As alterações de 2015 ao código penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, in *Julgar*, Coimbra, 2007, Nº28 (Jan-Abr, 2016), pp. 61-74;

LEITE, INÊS FERREIRA, “A tutela penal da liberdade sexual”, In *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, 2011, A. 21, nº 1 (Jan. Mar. 2011), p. 29-94;

- *Ne (Idem) Bis in Idem: proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo*, Vol. I e II, AAFDL, 2016, Lisboa;

- *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Coimbra, Almedina, 2004;

LOPES, JOSÉ MOURAZ, *Os crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, De Acordo com a Alteração do Código Penal operada pela Lei nº99/2001, de 25 de Agosto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2002;

MONIZ, HELENA, “Crime de trato sucessivo” in <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/04/20180411-ARTIGO-JULGAR-Crimes-de-trato-sucessivo-Helena-Moniz.pdf>;

MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, “Crime Continuado e Bens Pessoalíssimos, A Concepção De Eduardo Correia e a Revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. II, Coimbra, 2009, pp.733-755;

MORÃO, HELENA, *Autoria e Execução Comparticipadas*, 2011;

- *Crime continuado e Reforma Penal*, pp. 107-122, Texto publicado no âmbito do 1ª Curso de Pós-Graduação – Reforma e Crise do Direito Penal e do Direito Processual Penal na Sociedade de Risco, organizado pelo instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009;

NATSCHERADETZ, KARL PRELHAZ, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985;

PALMA, MARIA FERNANDA, *Direito Penal, Parte Geral, A teoria da infração como teoria da decisão penal*, AAFDL, Lisboa, 2013;

PATTO, P. VAZ, “Direito Penal e ética sexual”, in *Direito e Justiça*, Vol.XV, tomo 2, 2001, Lisboa;

RAMOS, JOÃO PALMA, *Abuso sexual de crianças: motivação de recurso*, In *Revista do Ministério Público / propr. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, Lisboa, A. 33, nº 131 (Jul.-Set. 2012), p. 241-286;

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organização de Manuel da Costa Andrade, Coimbra Editora, 2003, p.931-962;

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria e SERRANO GOMEZ, Alfonso, Derecho Penal Español, Parte Especial, Decimoctava edición, Dykinson, Madrid, 1995;

ROXIN, CLAUS, *Autoría e domínio del hecho em derecho penal*/ trad. da 7ª edição, 2000,

- Derecho penal: parte general, Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito, trad., 1997, Madrid, Civitas

SANI, ANA ISABEL, *Abuso sexual de crianças: características e dinâmicas*, in Política e Justiça, Revista do Instituto Superior de Política Judiciária e Ciências Criminais”, III Série, Nº Especial Temático, 2004, Coimbra Editora, pp.123-132;

SOEIRO, CRISTINA B., *Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças: caracterização de uma tipologia para a realidade portuguesa*, In Ousar integrar : revista de reinserção social e prova, Lisboa, 2009, pp. 49-63. - Nº4, Ano 2 (Set. de 2009);

SOTTOMAYO, MARIA CLARA, *Temas de direito das crianças*, Coimbra, Almedina, 2014;

VALDÁGUA, MARIA Da CONCEIÇÃO, “Figura central, aliciamento e autoria mediata: contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin, sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio”, in *Direito e Cidadania*, Praia, 2001, A.4, Nº12-13, pp.101-118;

VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO, *Apontamentos sobre Omissão*, AAFDL, 1993;