

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ana Raquel Soares Mendes

Crime continuado e concurso de crimes: a relevância
jurídico-penal da culpa e da liberdade na legitimação do
discurso criminalizador da continuação criminosa



Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Outubro de 2013

Coimbra

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

Crime continuado e concurso de crimes: a relevância
jurídico-penal da culpa e da liberdade na legitimação do
discurso criminalizador da continuação criminosa

Ana Raquel Soares Mendes

Dissertação apresentada no âmbito do
2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Criminais
Orientador: Professora Doutora Helena Moniz

Coimbra

30 de Outubro de 2013

Declaração de compromisso anti-plágio:

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar, com as consequências decorrentes do art. 28º do Regulamento Pedagógico da Universidade de Coimbra (Regulamento n.º 321/2013, DR, II série, de 23 de Agosto de 2013).

Aos meus pais, Zeza e Manel

Ao meu namorado, Diogo

A presente dissertação de mestrado está redigida ao abrigo do antigo acordo ortográfico.

SUMÁRIO

Introdução pág. 1

CAPÍTULO I

SOBRE O CONCURSO DE CRIMES E O CRIME CONTINUADO

§ 1

Unidade e Pluralidade de Crimes

- 1. Unidade ou pluralidade de crimes: construções dogmáticas e critérios de distinção..... pág. 5
 - a) A teoria do número de acções praticadas pelo agente..... pág. 6
 - b) A teoria jurídica de EDUARDO CORREIA..... pág. 10
 - c) A proposta de FIGUEIREDO DIAS: unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude jurídico-penal do comportamento global..... pág. 14

§ 2

O Concurso de Crimes

- 1. As hipóteses de concurso na concepção de Eduardo Correia: concurso efectivo e concurso aparente de crimes..... pág. 16
- 2. As hipóteses de concurso na proposta de Jorge de Figueiredo Dias pág. 19

§ 3

O Crime Continuado

1. A historicidade do conceito do crime continuado pág. 22
2. O crime continuado na concepção de Eduardo Correia pág. 30
3. O crime continuado na proposta de Figueiredo Dias
 - 3.1. Construção teórica da continuação criminosa pág. 37
 - 3.2. A unidade de norma ou de lei..... pág. 40

CAPÍTULO II

**SOBRE A LIBERDADE PESSOAL COMO CAMINHO LEGÍTIMO PARA
A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE CULPA**

§ 4

A Liberdade Ético-existencial da Pessoa como Fundamento Último da Culpa

1. A liberdade e a dignidade da pessoa humana pág. 51
2. A liberdade ético-existencial – a concreta liberdade do homem no seu sentido mais fundamental pág. 52

CAPÍTULO III
SOBRE A CULPA JURÍDICO-PENAL

§ 5

O Princípio da Culpa

- 1. A historicidade do conceito de culpa..... pág. 57
- 2. O princípio da culpa pág. 59

§ 6

A Construção do Conteúdo Material do Conceito de Culpa Jurídico-Penal

- 1. A liberdade entendida como livre-arbítrio e o poder de agir de outra maneira..... pág. 63
- 2. A vontade como conteúdo material da culpa jurídico-penal
 - 2.1. Culpa pela decisão, conscientemente tomada, em actuar contra o dever pág. 66
 - 2.2. Culpa pela incapacidade de motivação pela norma..... pág.67
 - 2.3. A culpa pelo carácter pág.68
 - 2.3.1. “A culpa na condução de vida” de Mezger pág. 70
 - 2.3.2. “A culpa na decisão de vida” de Bockelmann pág. 71
 - 2.3.3. “A culpa na formação da personalidade” de Eduardo Correia..... pág. 71
- 3. A pessoa como conteúdo material da culpa jurídico-penal
 - 3.1. A culpa da pessoa pág. 75

3.2. Relevância dogmático-jurídica da culpa da pessoa	
3.2.1. A inexigibilidade	pág. 81
3.2.2. O paradigma compreensivo da imputabilidade	pág. 84
3.2.3. A falta de consciência do ilícito não censurável	pág. 86
3.3. A relevância do conteúdo material da culpa para a aferição do seu tipo, grau ou forma	pág. 87

CAPÍTULO IV

A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO CRIMINALIZADOR DO CRIME CONTINUADO

§ 7

O Crime Continuado: Figura a Abolir no Ordenamento Jurídico Português?

1. O contributo dos estudos de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend.....	pág. 92
2. O contributo dos estudos de Günther Stratenwerth.....	pág. 96
3. O contributo dos estudos de Reinhart Maurach	pág. 97

§ 8

A Manutenção do Crime Continuado no Ordenamento Jurídico Português

1. As aporias apontadas à construção da continuação criminosa	pág. 100
2. Confronto entre a consequência jurídica atribuída ao concurso de crimes e aquela aplicada ao crime continuado	

2.1. Consequência jurídica do concurso de crimes	pág. 103
2.2. Consequência jurídica do crime continuado	pág. 104
2.3. Confronto dos dois regimes punitivos e derivadas consequências prático-jurídicas.....	pág. 104
3. A economia processual como bandeira máxima do crime continuado	
3.1. Proposta de análise e tratamento dos casos de crime continuado nos tribunais portugueses	pág. 107
3.2. Influência do tratamento proposto ao nível da análise dos pressupostos da continuação criminosa	pág. 110
3.3. Manutenção do sentido político-criminal fundante da continuação criminosa.....	pág. 111

§ 9

A Influência da Liberdade Ético-Existencial e da Culpa da Pessoa no Tratamento da Continuação Criminosa

1. Os reflexos da liberdade no tratamento da continuação criminosa – análise da conexão objectiva existente entre as condutas integrantes da continuação e o seu reflexo no <i>quatuor</i> da culpa da continuação	pág. 112
1.1. A solicitação à prática do crime	pág. 113
1.1.1. O aproveitamento da mesma oportunidade	pág. 115
1.1.2. O sucesso da cominação da 1ª conduta delituosa.....	pág. 116
1.1.3. O alargamento do âmbito da actuação criminosa.....	pág. 116
1.2. Contexto situacional exterior ao tempo das condutas delituosas ..	pág. 117
1.2.1. O papel da personalidade do agente na interpretação do contexto situacional preponderante para a reiteração criminosa.....	pág. 122
1.3. A homogeneidade de acção	pág. 124
1.4. A utilização de meios aptos à prática dos delitos	pág. 125

1.5. O número de resoluções necessárias à verificação da continuação criminosa	pág. 126
1.6. A identidade do bem jurídico – a questão dos bens eminentemente pessoais.....	pág. 134
2. Os reflexos da culpa no tratamento da continuação criminosa – análise da conexão subjectiva existente entre as condutas integrantes da continuação e o seu reflexo na sanção penal concretamente aplicada	pág. 142
3. O crime continuado aplicado a condutas negligentes	pág. 146
4. Crime continuado – unidade ou pluralidade de crimes?	Pág. 148

§ 10

Considerações Processuais Acerca do Crime Continuado

1. Conhecimento superveniente da continuação	pág. 151
2. Prescrição da continuação criminosa.....	pág. 153
Conclusão	pág. 155
Índice de Jurisprudência	pág. 158
Referências Bibliográficas.....	pág. 161

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Diário da República
ITIJ	Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça
PE	Parte Especial
PG	Parte Geral
RJIFNA	Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.G.	Verba Gracia

INTRODUÇÃO

O sistema sancionatório português analisa os actos praticados e constrói teórica e aritmeticamente as suas penas com base em princípios considerados autênticos pilares de todo o ordenamento jurídico-penal, como o da culpa, o da justiça material e o da dignidade da pessoa humana. Atinge, assim, o máximo ponto do seu equilíbrio dogmático e político-criminal, na medida em que atende às verdadeiras especificidades de cada caso concreto, tratando de forma igual o que é igual mas, sobretudo, tratando diferentemente cada caso concreto na medida da sua diferença: atende ao valor jurídico-criminal negado, à pessoa do agente e aos contornos da sua conduta como factores vitais à aplicação de uma sanção penal justa, adequada à culpa do agente e capaz de manter a confiança e a paz social na ordem jurídica que outrora foi abalada.

E é precisamente esta atenção à especificidade do caso concreto que fez com que, legislativamente, o nosso sistema sancionatório diferenciase o tratamento dos casos que consubstanciam um concurso de crimes daqueles outros que consubstanciam o chamado crime continuado. De facto, respectivamente, por um lado, pode estar em causa o tratamento e análise de uma pluralidade de eventos constituída por tantos juízos de censura como o número de condutas praticadas pelo agente, como, por outro lado, pode estar em causa o tratamento e análise de uma pluralidade de eventos que estão conectados de uma tal forma significativa que o corolário da justiça material da sanção penal a aplicar implique o seu tratamento como se de um facto uno se tratasse.

É prestando a devida atenção a esta diferença que, num primeiro passo, se vai desenhando a nossa posição perante a necessidade da figura do crime continuado do ordenamento jurídico português. Muitas vozes doutrinárias e jurisprudenciais se foram levantando contra a permanência desta figura nos ordenamentos jurídicos nacionais, invocando que as desvantagens político-criminais que da sua aplicação derivam suplantam em larga medida as vantagens que desta figura são notoriamente conhecidas. Por considerar que a realidade não é, de todo, assim, afigurámos necessário despende um aprofundado estudo sobre

esta figura, nomeadamente sobre o seu fundamento dogmático e político-criminal, sobre os ditames específicos da sua aplicação e sobre as consequências que daí advêm, para o agente, em termos punitivos.

Num primeiro passo, entendemos como lógico analisar as construções teóricas do concurso de crimes e do crime continuado, numa tentativa de estabelecer e clarear as suas principais diferenças, inserindo-as na temática da unidade ou pluralidade de crimes, pois, acreditamos, só assim ser possível o entendimento de que estas duas figuras têm de caminhar, lado a lado, no sistema jurídico-penal português.

Num segundo passo, apercebemo-nos que a efectiva liberdade pessoal que cada um de nós empossa ao tempo da acção que levamos a cabo contribui, em larga medida, para determinar o *quantum* da culpa, jurídica em geral, da culpa jurídico-penal, em particular. Por ser assim, afigura-se mister perguntar: será que somos mesmo livres? O que define a nossa liberdade? Como é que essa liberdade é reflectida e tratada pelo corpo de normas que rege a nossa vida em sociedade? De que modo é que a culpa pelos actos que praticamos é influenciada pela liberdade que empossamos?

É neste encaço que passamos ao nosso terceiro passo de compreensão de toda esta temática: torna-se fundamental, perpassando os olhos por todo o seu histórico e pelos estudos dos doutrinários mais sonantes no cenário nacional, perceber em que consiste o conceito de culpa e como é construído o seu conteúdo material, por forma a que se perceba, já num quarto passo, o papel determinante da culpa, directamente influenciada pela liberdade pessoal, na construção da continuação criminosa estabelecendo, quando tal se afigura oportuno e esclarecedor, comparações com o regime do concurso de crimes. De facto, será a culpa igualmente valorada no concurso de crimes como no crime continuado? Não concorrerão a ela, nos dois regimes, circunstâncias diferentes, com valorações díspares, que impossibilitam a fusão dos dois regimes punitivos?

Neste sinuoso traçado, procuramos ainda encetar uma inovadora proposta de análise dos casos que consubstanciem uma continuação criminosa por parte dos tribunais portugueses, em ordem a fazer face às aporias mais significativas

que a esta figura são apontadas: não será o tão malfadado benefício injusto do agente tantas vezes apontado à punição da continuação o resultado de uma falta de rigor na análise, valoração e tratamento das condutas delituosas, muito por causa daquela ideia de comodidade processual das instâncias jurisdicionais que ao longo dos tempos de aplicação desta figura se foi instalando? Será que o rigoroso tratamento de todas as condutas continuadas implica o esvaziamento de sentido político-criminal da figura em estudo?

O caminho que tencionamos percorrer é longo e as indagações a que pretendemos dar resposta são complexas, mas acreditamos que é este o caminho que se deve seguir em ordem a demonstrar que a manutenção desta figura no nosso ordenamento jurídico desempenha importantes funções sócio-político-criminais que ficariam irremediavelmente comprometidas com o seu desaparecimento, traduzindo-se em enormes desvantagens e desigualdades que dificilmente iriam ser suplantadas.

CAPÍTULO I

SOBRE O CONCURSO DE CRIMES E O CRIME CONTINUADO

§ 1

Unidade e Pluralidade de Crimes

A concorrência, no mesmo sujeito, de várias práticas delituosas é situação frequente no quotidiano dos tribunais. Perante os factos provados e não provados, o juiz tem muitas vezes de decidir sobre uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente. Nasce, assim, a questão da existência ou não de um concurso de crimes. No entanto, casos existem em que há uma evidente pluralidade dos actos praticados pelo agente, verificando-se, no entanto, entre eles uma conexão tal que só se afigura justo o seu tratamento como se de um facto uno se tratasse. Nasce, assim o conceito de crime continuado. Pese embora tal facto, muitas vezes se começaram a insurgir contra esta figura jurídica, ao nível da sua própria existência, invocando a sua desnecessidade, assegurando que toda a doutrina do concurso de crimes é perfeitamente capaz de integrar e tratar todos os casos que assumem contornos de continuação, afirmando até que assim um tratamento se afigura muito mais justo e adequado à satisfação de princípios como o da justiça material das penas aplicadas. No entanto, este não é, de todo, o nosso entendimento. E, por ser assim, num primeiro passo, só explicitando as diferenças patentes nestes dois regimes jurídicos se construirá o correcto caminho para a demonstração da necessidade de manter a figura do crime continuado no ordenamento jurídico português.

1. Unidade ou pluralidade de crimes: construções dogmáticas e critérios de distinção

De uma forma geral, afirma-se a existência de um concurso de crimes sempre que uma pluralidade de crimes seja cometida pelo mesmo agente, antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles. Por ser assim, é de

fundamental importância perceber quando é que é lícito afirmar que *um mesmo agente* cometeu *mais do que um crime*. A ideal resposta a esta questão irá basear-se, portanto, na construção de um critério conciso e isento de dubiedades, que seja capaz de nos oferecer o número de crimes praticados pelo mesmo agente. No entanto, e apesar da evidente necessidade de um tal critério, as divisões na doutrina são dilacerantes, visto que a distinção entre a unidade e pluralidade de crimes não se opera sobre iguais critérios e sim, ora atendendo ao número de tipos legais de crime violados, ora dando maior relevo ao número de acções praticadas pelo agente.¹

a) A teoria do número de acções praticadas pelo agente.

Este critério distintivo da unidade e pluralidade de crimes impôs-se na doutrina e jurisprudência alemãs e, por influência deste ordenamento jurídico, alargou-se a outros países. Esta concepção contou com ilustres defensores como Mayer, Megzer e Liszt que defendiam que, na vertente naturalística da concepção, a solução para o problema em debate era sintetizada na resposta à questão de “quantos actos empírico-causais podem ser divisados num determinado caso?”². Entendida a conduta como puro acontecimento mecânico-causal, indiferente a qualquer significação jurídica, sendo os seus limites aferidos de acordo com “os ensinamentos da experiência da vida diária”³, nesta

¹ Importa situar este tema no seio da dogmática do direito penal, realçando desde já a sua relevância a diferentes níveis. A determinação, no caso concreto, se estamos perante um crime ou antes uma pluralidade de crimes releva, antes de mais, ao nível jurídico-constitucional. De facto, o cumprimento o princípio *ne bis in idem*, consagrado no art. 29º/5 da CRP, impõe que se defina quando estamos perante um “mesmo crime” ou um “crime diverso”. Já ao nível processual penal, o problema da unidade ou pluralidade de crimes é igualmente relevante, visto que é da maior importância para a determinação do objecto do processo. No âmbito do direito penal substantivo, a existência ou não de um concurso de crimes é decisiva para a determinação das consequências jurídicas do crime, na medida em que a punição ou não do agente de acordo com o sistema da pena conjunta prevista pelo art.77º do CP, depende da distinção entre unidade ou pluralidade de crimes no caso concreto. Por fim, o tratamento do problema em causa encontra espaço privilegiado na doutrina geral do crime. Isto é patente, desde logo, no facto de o CP tratar desta matéria ainda no seu art.30º, em plena regulamentação da doutrina geral do facto punível.

² ANDRADE, 2009, 26.

³ CORREIA, 1993/B, 199.

perspectiva, contar o número de crimes seria o mesmo que contar o número de acções praticadas, fazendo, assim, da conduta naturalística medida decisiva na determinação da unidade ou pluralidade criminosa. De acordo com este critério assim definido, operava-se a distinção entre *concurso ideal*, onde se inseriam os casos em que a mesma acção viola várias disposições penais, ou várias vezes a mesma disposição penal, e *concurso real*, onde se inseriam os casos em que diversas acções autónomas violam várias disposições penais ou várias vezes a mesma disposição penal.⁴ Desta maneira, para conhecermos da pertinência de determinado caso a uma ou a outra categoria, bastaria saber se as várias violações foram efectuadas por uma ou várias condutas.⁵

A concepção naturalística enfrentou as mais duras críticas dos diversos sectores da doutrina. Numa perspectiva dogmática, Eduardo Correia demonstrou que o critério da concepção em causa redundava em puro arbítrio, não sendo possível fundar um critério válido de distinção entre unidade e pluralidade de crimes em fenómenos naturalísticos. De facto, afirmava, para a teoria naturalística todo o concurso ideal traduzir-se-ia numa forma de unidade criminosa, já que apenas uma conduta teve lugar, apesar da plúrima violação dos imperativos legais. Eduardo Correia foi mais além, enumerando mesmo casos em que a unidade de conduta não passa de “mera ilusão”, uma vez que para a determinar se recorreu consciente ou inconscientemente a um critério de unidade jurídica.⁶ Já numa perspectiva político-criminal, Figueiredo Dias aponta à concepção naturalística o desequilíbrio patente na valoração axiológico-jurídica, relevante para efeitos de punição, atribuída aos casos de concurso real por oposição aos casos de concurso ideal⁷. Afirma este autor que, apesar de estarmos perante grupos de situações que são díspares a nível estrutural, nega

⁴ DIAS, 2007, 981.

⁵ CORREIA, 1963/A, 17.

⁶ O autor refere como exemplo o caso em que A mata B com um só golpe. A unidade de acção só pode ser afirmada recorrendo a um critério de unidade de resolução ou a um critério de unidade de evento (portanto, uma unidade jurídica), visto que a acção de desferir um golpe pode ser fragmentada numa multiplicidade de actos. Dito de outro modo, por nossas palavras, um único factio jurídico e socialmente relevante pode ser constituído por plúrimos fenómenos naturalísticos. CORREIA, 1993/B, 199.

⁷ DIAS, 2007, 982.

categoricamente que a diferenciação fenomenológica que se regista entre eles não deve significar uma valoração diferente na hora de aplicar uma sentença. Mais diz: o facto de haver uma pluralidade de acções não infere automaticamente uma maior intensidade do volitivo criminoso ou um maior desvalor ético-social.⁸ Para além disto, considera ainda Figueiredo Dias que, tomando em consideração a sua aplicação ao nível jurídico-constitucional, a concepção naturalística se revela um convite ao desrespeito pelo princípio *ne bis in idem*, na medida em que não permite efectivar o “mandato da esgotante apreciação”⁹ dos factos.

Perante as críticas encetadas, a concepção naturalística da unidade ou pluralidade de crimes procurou novas vias de justificação e de fundamentação em construções auxiliares, mas sem sucesso, por se terem revelado altamente duvidosas e arbitrárias.

Um dos méritos desta teoria, centrada no número de acções levadas a cabo pelo agente, foi o surgimento do conceito de “unidade típica de acção”, unidade esta integrada pelos casos em que um único tipo legal de crime reduz, ele próprio, “a uma unidade jurídico-penal uma pluralidade de actos como tal externamente reconhecível”¹⁰. De facto, casos há em que, apesar de externa e naturalisticamente se verificarem uma pluralidade de actos, conclui-se pela existência de uma unidade de acção.¹¹ A jurisprudência alemã começou por adoptar o conceito de “unidade natural de acção” para tratar como um conjunto uma pluralidade de comportamentos puníveis, nascidos de uma única vontade criminosa e estreitamente conectados entre si, em respeito à justiça material a

⁸ DIAS, 2008, 675.

⁹ DIAS, 2007, 985. Diz-nos este princípio que todos os factos que concorrem para a determinação da medida da pena devem ser esgotantemente analisados e valorados em ordem ao encontro de uma pena justa e adequada ao delito cometido. Assim, a concepção naturalística, por considerar que há tantos crimes como o número de acções praticadas pelo agente, valora-as todas de igual maneira, sem realmente efectuar uma análise do volitivo criminoso que a cada uma delas preside, isto é, sem realmente avaliar o seu verdadeiro valor jurídico-penal e ético-social.

¹⁰ DIAS, 2007, 983, exemplificando o exposto com o crime de roubo, previsto no art.210º do CP.

¹¹ DIAS, 2008, 676.

observar no caso concreto.¹² No entanto, esta unidade natural de acção, na medida em que deposita na interpretação do julgador a possibilidade de uma pluralidade de acções fundamentar uma unidade natural, adquiriu um indeterminismo indesejável para a manutenção da confiança da comunidade nas normas jurídicas. Assim, foi-se reconduzindo a unidade natural de acção a uma unidade “típica” de acção, numa tentativa de garantir o cumprimento do mandato de esgotante apreciação patente no art. 29º/5 da CRP. Neste sentido, e seguindo de perto Figueiredo Dias, afirmar-se que está patente uma unidade *de acção* deixa de ter um sentido fundado, pois o que está em causa é a realização típica de um qualquer tipo legal de crime: está em causa, pois, a “unidade de realização típica”, na medida em que a acção cedeu lugar aos tipos legais de crime preenchidos pela conduta.¹³ Relativamente a esta “unidade típica de acção”, afirma o autor que caem neste âmbito os tipos legais que, por necessidade, são constituídos por uma pluralidade de actos (v.g., o crime de coacção sexual), aqueles tipos legais com uma formulação de tal maneira específica que a pluralidade de actos que o integra ocorreu numa unidade contextual ou espaço-temporal tal que reconduz automaticamente a uma unidade (v.g., homicídio com vários golpes) ou os chamados crimes duradouros, como é o caso do crime de sequestro, pois a pluralidade de actos necessários ao preenchimento daquele tipo legal, nomeadamente a detenção e encerramento da vítima, constitui uma única acção de sequestro.¹⁴

É em todo este âmbito de distinção entre unidade e pluralidade de acções levadas a cabo pelo agente que, a par da unidade *natural* de acção e da unidade

¹² O autor avança o caso em que A tenta matar B com uma pancada na cabeça, mas falha, e então, logo de seguida, o estrangula. DIAS, 2007, 984.

¹³ DIAS, 2007, 985.

¹⁴ DIAS, 2008, 676 e 677. Casos há em que a nossa jurisprudência vai no sentido contrário. Vide Ac. do STJ, 19.Abril.2006, 168 e ss, em que no julgamento de um crime de sequestro se afasta a aplicação da figura do crime continuado e em que se nega a existência de um único crime de execução continuada, pelo que se pune o agente pela figura do concurso real de crimes. No entanto, no Ac. da Relação de Guimarães, 14.Outubro.2002, 286 e ss, em que se ajuíza o crime de lenocínio, afasta-se a aplicação da figura do crime continuado, pois se afirma que, como só houve uma resolução criminosa tomada pelo agente, há a prática de um só crime, punido somente assim, afastando-se, também, a punição através do concurso efectivo de crimes. Ver ainda a condenação por um crime único de peculato no Ac. do TRL, 28.Março.2006, 124 e ss.

típica de acção, se considera também aquela unidade *continuada* de acção, que sob a forma de “crime continuado” mereceu, pela sua unidade normativa particular, consagração legislativa expressa no art. 30º/2 do CP. Sendo este o tema nuclear de todo este estudo, será considerado individualmente em local adequado.

b) A teoria jurídica de EDUARDO CORREIA

Verificado que estava que a acção não é um critério bastante para estabelecer o número de crimes praticados pelo agente, Eduardo Correia sufragou uma concepção que reúne o consenso da jurisprudência portuguesa na vigência do CP actual, onde a solução passa pela elaboração de uma teoria jurídica, capaz de compreender a especificidade do plano em que o Direito se encontra e capaz de encontrar soluções para os problemas emergentes, solução essa onde se encontrará o critério distintivo entre unidade e pluralidade de infracções. Concretizando, para este autor, a determinação do número de crimes no caso concreto basear-se-á no critério da unidade e pluralidade dos tipos legais de crimes violados: serão tanto os crimes quantas as “significações, valores jurídico-criminais negados por um certo comportamento humano”¹⁵. Assim, “pluralidade de crimes significa pluralidade de valores jurídicos negados”¹⁶. Por outras palavras, o fio condutor da distinção entre uma unidade ou uma pluralidade de infracções reside nos tipos legais de crime que a actividade do agente preenche no caso concreto: se forem vários os tipos legais de crime preenchidos, negam-se necessariamente os valores jurídico-criminais que os sustentam e, portanto, estaremos perante uma pluralidade de infracções; por outro lado se a actividade do agente preenche só um tipo legal de crime, então só um único valor jurídico-criminal é negado e, portanto, estaremos perante uma única infracção.¹⁷ Denota-se, assim, uma superação absoluta do critério da unidade ou pluralidade de acções naturalisticamente consideradas e das aporias a ele apontadas, uma vez

¹⁵ CORREIA, 1963/A, 84.

¹⁶ CORREIA, 1993/B, 200.

¹⁷ DIAS, 2007, 986.

que o recurso ao *tipo legal de crime* como critério distintivo impede o juiz de valorar arbitrariamente as acções praticadas pelo agente, analisando os casos decididos de acordo com a sua pretensa “arte de julgar”, impondo-lhe, portanto, o dever de verificar a antijuricidade e a eventual violação de um ou vários tipos legais de crime no caso concreto.

No entanto, a consideração dos tipos legais de crimes preenchidos pela conduta do agente não é, de todo, bastante. Afirmando que o conceito de crime não se esgota na sua ilicitude, Eduardo Correia também atribui papel de destaque à culpa. Assim, para este autor, na determinação da pluralidade de crimes não basta o elemento de pluralidade de bens jurídicos violados, exige, ainda, a pluralidade de juízos de censura. De facto, pode acontecer que “o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a actividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime”¹⁸, violando o mesmo bem jurídico. A adição deste elemento subjectivo, ligado à personalidade do agente, altera a compreensão do facto jurídico-criminalmente relevante, já que o fragmenta, na medida em que há a aplicação do tipo legal de crime tantas vezes quantos os juízos de censura correspondentes à conduta. Quer isto dizer que mesmo a constatação de uma unidade de conduta pode patentear a existência de uma pluralidade de crimes. Por conseguinte, o núcleo da teoria de Eduardo Correia centra-se no número de juízos de censura formulados, ou, por outras palavras, no número de valores jurídico-criminais negados pela conduta do agente. Assim, é indispensável aferir da pluralidade de juízos de censura tendo em conta todas as resoluções autónomas tomadas pelo agente, quer levem ao cometimento de crimes – em caso de dolo - ou que significam a violação de deveres de cuidado – em casos de negligência -, sendo essa pluralidade uma realidade quando, tendo em conta a globalidade do facto jurídico-criminalmente relevante, não se possa constatar uma conexão temporal entre as resoluções autónomas tomadas pelo agente. De facto, considerando os vários momentos que integram a conduta do agente, a estrutura psicológica do mesmo e ainda as regras da experiência de

¹⁸ CORREIA, 1993/B, 201.

vida, há unidade de resolução quando o agente age sem renovar o processo de motivação que culminou na prática de um facto ilícito-típico. *A contrario*, se a conexão temporal que liga os momentos da conduta no caso concreto for tal que obrigue a uma renovação da motivação do agente para a prática do crime, então estamos perante juízos de censura plúrimos.¹⁹

Apesar da concepção de Eduardo Correia ser dominante na doutrina portuguesa, vários foram os autores que promoveram as suas insuficiências. Neste enalço, Lobo Moutinho enquadra a concepção exposta no movimento “formalista”, já que, tal como Binding ou Honig, Eduardo Correia “identifica como *quid* de referência o tipo de crime”. Segundo aquele autor, a principal dificuldade da posição de Eduardo Correia está na multiplicidade de crimes que pode abarcar o mesmo tipo legal e, assim, duas coisas poderiam acontecer: ou a existência de um concurso de crimes heterogéneo seria uma realidade por via da multiplicação de crimes dentro do mesmo tipo legal de crime, ou, por outro lado, a ter de se encontrar uma sistematicidade para o tipo, após o apuramento da sua unidade, teria de se recorrer à culpa do agente. Perante o exposto, afirma Lobo Moutinho que, se “apesar da realização do mesmo tipo de crime ainda assim é possível afirmar-se a multiplicidade de crimes, então é porque existe algo mais no crime para além daquele *quid* identificado, ou seja, do que a realização do tipo de crime: a resolução criminosa”.²⁰

Não obstante reconhecer que o critério em causa merece o apoio de autores como Faria da Costa, Cavaleiro de Ferreira e Germano Marques da Silva, Figueiredo Dias dirige-lhe também críticas fundamentadas e estruturadas a vários níveis. Desde logo, do ponto de vista construtivo, afirma que é fundamental ter

¹⁹ Acerca da questão da aferição do número de juízos de censura *vide* CORREIA, 1993/B, 202 e ainda ANDRADE, 2009, 38. Resta salientar que através do critério da conexão temporal vai-se além da pura normalidade. Toma-se essencialmente em conta o que se passou no espírito do agente, isto porque o critério da conexão temporal admite prova em contrário, sendo só esta admissível nos casos em que os momentos que integram a conduta levada a cabo pelo agente sejam de tal maneira próximos que tudo indique que não houve qualquer renovação no móbil criminoso.

²⁰ MOUTINHO, 2005, 325.

sempre em consideração que o tipo legal de crime, pressuposto da unidade ou da pluralidade de crimes, é composto por dois tipos: o objectivo e o subjectivo de ilícito. Assim, afirma, tomando em conta os elementos constitutivos do tipo legal – autor, conduta e bem jurídico –, não só individual mas também conjuntamente, cedo se percebe que, para além de se revelar dispensável a categoria da culpa, por eles se consegue atingir o autêntico sentido da ilicitude material do facto abarcado pelo tipo. Já de um ponto de vista material, Figueiredo Dias critica a concepção de Eduardo Correia, afirmando que esta se apartou rispidamente da consideração global do tipo, isto é, da consideração da totalidade dos seus elementos principais, atribuindo relevância decisiva apenas ao bem jurídico violado, ao valor jurídico-criminal negado. Segundo Figueiredo Dias, é irrefutável o primacial valor do bem jurídico no que à tipicidade diz respeito. No entanto, adianta, tal não é razão para a desconsideração dos restantes elementos do tipo de ilícito. Mais: defende que, para além desta global consideração de todos os elementos, casos há em que se deve levar ainda em consideração a dimensão social relevante no comportamento do agente que consolida o tipo.²¹ Por fim, afirma que do ponto de vista metodológico, por um lado, a concepção em análise foi profícua no sentido de que se afastou do positivismo da teoria da acção, para pecar, por outro lado, por cair num normativismo absoluto, na medida em que a consideração dos tipos legais de crime é levada a cabo à margem de onde verdadeiramente se colocam e resolvem os problemas da unidade e pluralidade de crimes: o mundo sócio-juridicamente relevante.^{22/23}

²¹ DIAS, 2007, 988.

²² DIAS, 2007, 986 a 988.

²³ No mesmo sentido *vide* TENREIRO, 1987, 997.

c) A proposta de FIGUEIREDO DIAS: unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude jurídico-penal do comportamento global

O autor, numa tentativa de resolução de uma das querelas mais significativas do Direito, propõe uma metodologia analítico-teleológica²⁴ e, desviando-se da acção ou do tipo legal que subsume determinada acção, recorre ao conceito de *sentido de ilicitude jurídico-penal do comportamento global do agente* para construir um novo critério de distinção entre a unidade e pluralidade de crimes. Afirma, pois, que é no ilícito-típico que reside a essência da violação de bens jurídico-penais, isto é, “no substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal”²⁵: é a existência ou não de plúrimos sentidos de ilicitude típica no comportamento do agente que vai determinar a unidade ou a pluralidade de crimes no caso concreto.

Analisada assim, podem subsistir dúvidas quanto às diferenças existentes entre as orientações de Figueiredo Dias e a posição sufragada por Eduardo Correia, na medida em que o efeito prático nas duas concepções seria exactamente o mesmo: a reconhecerem-se plúrimos factos puníveis, a sua punição seria efectuada por uma pena conjunta, nos termos do art. 77º do CP. Por ser assim, importa demonstrar como as diferenças são decisivas. Figueiredo Dias começa por argumentar com a incompatibilidade da punição através da pena conjunta estabelecida no art. 77º do nosso CP nos casos em que, apesar de, tecnicamente, configurarem cenários de concurso, apresentam conteúdos de ilícito que se “interceptam parcialmente”²⁶. Concretizando, não restam dúvidas de que a pena conjunta estabelecida pelo referido preceito tem em conta o conteúdo de ilícito correspondente a cada um dos tipos preenchidos pelo comportamento global do agente. Assim, pretender punir os casos em análise nos termos do art.77º do CP, conduziria a uma inaceitável violação do princípio

²⁴ No fundo, a proposta de Figueiredo Dias cumpre a doutrina afirmada por Castanheira Neves: parte do caso, como *prius*, para a norma, assumindo como objectivo primordial a judicativo-decisória realização do Direito. *Vide* NEVES, 1993, 158 e ss.

²⁵ DIAS, 2007, 988.

²⁶ DIAS, 2007, 989.

jurídico-constitucional da proibição da dupla valoração.²⁷ Segundo Figueiredo Dias, a punição do agente nestes casos será encontrada com recurso à moldura penal prevista pelo tipo legal de crime a que corresponda o sentido e o conteúdo do ilícito dominante, normalmente aquele a que corresponde a moldura penal mais grave, tendo sempre em devida conta o conteúdo de ilícito que excede o sentido de ilícito dominante para efeitos de determinação da medida concreta da pena.²⁸ Com esta acurada construção, ficam assim afastadas as críticas que se lhe dirigiam, acusando-a de tratar estes casos de concurso como pura unidade de facto, incorrendo numa violação do mandato da esgotante valoração da matéria proibida, na medida em que não atenta ao real desvalor jurídico-penal e ético-social de cada um dos ilícitos.²⁹

²⁷ Este princípio da proibição da dupla valoração afere-se em duas dimensões, atendendo ao art. 71º/2 do CP. Por um lado, proíbe-se ao juiz a possibilidade de valorar circunstâncias que o legislador já tenha tomado em consideração no estabelecimento da moldura penal do facto, na hora de determinar concretamente a pena (v.g., A é acusado de homicídio qualificado, pelo art. 132º/2/a, pois mata o seu próprio pai – aqui, a perversidade do homicídio já foi tida em conta para agravar a moldura penal, na medida em que se classifica este homicídio de qualificado e não simples). Por outro lado, este princípio vale na medida em que o juiz não pode valorar a mesma circunstância duas vezes. É a esta segunda dimensão que aqui se atenta. Se os conteúdos de ilícito se interpretam parcialmente, então, partes de alguns desses conteúdos iriam ser valorados por duas vezes. Resta salientar que este princípio não impede o juiz de atender á intensidade ou aos efeitos do preenchimento do tipo legal de crime. ANTUNES, 2010-2011, 32.

²⁸ Esta consideração do conteúdo de ilícito excedente na determinação da medida concreta da pena, isto é, a consideração do conteúdo de ilícito dominado, na parte não tomada em consideração para estabelecer a moldura do concurso, possibilita atentar ao verdadeiro desvalor dos ilícitos praticados, ficando assim salvaguardada a questão da paridade de análise a cada um dos tipos ilícitos preenchidos.

²⁹ DIAS, 2007, 989 e 990. No mesmo sentido *vide* GARCIA, 2011, 733. Já no sentido contrário *vide* VINAGRE, 2011, 41.

§ 2

O Concurso de Crimes

1. As hipóteses de concurso na concepção de Eduardo Correia: concurso efectivo e concurso aparente de crimes

Atendendo ao critério distintivo da unidade e pluralidade de crimes que propugna – o número de tipos legais de crime preenchidos pela conduta do agente –, afirma o autor que estamos perante um caso de concurso efectivo de crimes sempre que se verifique uma pluralidade de normas que sejam efectivamente violadas, ou seja, uma pluralidade de crimes efectivamente cometidos, seja pela violação do mesmo tipo legal de crime ou pela violação de diferentes tipos legais de crimes. De acordo com o art. 30º do CP, deixa premente que poder-se-á mesmo afirmar que só existe um concurso de crimes passível de punição pelo art. 77º/2 do CP, se for um concurso *efectivo*. Ainda de acordo com esta previsão legal, considera o concurso de crimes como *heterogéneo* nos casos em que o agente, com a sua conduta delituosa, pratica vários crimes, previstos e punidos por diversos tipos legais aplicáveis em concreto para determinação da medida da pena. Nas palavras da lei: “o número de crimes determina-se pelo número de tipos legais efectivamente cometidos”. Está igualmente previsto o concurso de crimes *homogéneo*, onde o número de crimes determinar-se-á, desta feita, pelo “número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”, para os casos em que o agente com a sua conduta pratica vários crimes pertencentes ao mesmo tipo legal, acarretando a sua conduta múltiplas subsunções no mesmo tipo, o que conduzirá à aplicação do estabelecido no art. 77º/2 do CP.

Assim construído o concurso real, defende Eduardo Correia a sua equiparação ao concurso ideal, diferentemente do propugnado por Mayer, Mezger e Liszt, que aferiam a pluralidade de crimes pela correspondente

pluralidade de acções praticadas pelo agente. De facto, aquele autor esclarece que se afere da unidade ou pluralidade de crimes através do número de tipos legais preenchidos, plúrimos ou não, independentemente de lhe corresponderem só uma ou várias acções. Dito de outro modo, se existem dois sentidos autónomos de ilicitude, existem dois crimes, apesar do número de acções praticadas. Deste modo, a equiparação do concurso ideal ao concurso real e a sua punição como concurso efectivo é a única solução, acredita o docente de Coimbra, que “se harmoniza com as exigências da política criminal, da economia processual e sobretudo da justiça.”³⁰

A par do concurso efectivo de crimes, aparece também a questão do *concurso de crimes aparente ou legal* propugnada por este autor. Embora Eduardo Correia admita que o problema da unidade ou pluralidade de crimes é resolvido pelo critério da unidade ou pluralidade de tipos legais a que se pode subsumir uma relação da vida, reconhece a existência de situações em que os tipos legais de crime se encontram numa relação tal que, embora aplicáveis a um comportamento, não o são efectivamente, porque a aplicação de um deles afasta automaticamente a aplicação dos outros. Nas palavras do autor, “a violação de várias disposições pode só aparentemente indicar o preenchimento de vários tipos e a correspondente existência de uma pluralidade de infracções”³¹. No seio desta categoria de relações de hierarquia e de subordinação entre disposições legais, Eduardo Correia enumera três formas de que essas relações se podem revestir: relações de especialidade, subsidiariedade e consumpção³², que importa, de uma forma breve, explicitar.

³⁰ CORREIA, 1993/B, 217. *Vide* ainda VINAGRE, 2011, 25.

³¹ CORREIA, 1993/B, 993.

³² Duas notas importa fazer. Em primeiro lugar, Figueiredo Dias considera a designação “concurso aparente ou concurso legal” “infeliz”, afirmando que nestes casos não existe um concurso de leis, já que apenas uma delas é aplicável em concreto. Em segundo lugar, para além de não aceitar que se trate nestas relações de concurso de normas, afirma Figueiredo Dias a inutilidade prática a que conduz a distinção entre as várias formas de concorrência de normas, visto que, independentemente da classificação formal, a conclusão será sempre a mesma: só a norma prevalecente será aplicada. DIAS, 2007, 992 e 993.

Na análise da relação de especialidade, Eduardo Correia parte da exposição de Honig, considerando que esta relação se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que a *lex specialis* contenha já todos os elementos de uma *lex generalis*, ou seja, sempre que esteja verificado o tipo fundamental de crime e ainda certos elementos especializadores. Em causa está a realização de um tipo especial de crime que esgote a valoração jurídica da situação, sendo certo que a afirmação do princípio *lex specialis derogat legi generali* é independente da referência de ambos os preceitos a uma só conduta.³³

Relativamente à relação de subsidiariedade, este autor defende que se trata de uma construção inútil. Entende a posição de Honig³⁴, mas é claro ao afirmar que esta categoria nada adianta à dogmática criminal, pois, na sua perspectiva, estas relações estariam já abrangidas pela moldura das relações de consumpção. Assim sendo, a autonomização desta relação entre normas mais não é do que um “luxo de afinamento de conceitos e distinções que só serviria para complicar” uma área do direito criminal, só por si, já tão sensível.

Por fim, Eduardo Correia considera ainda as relações de consumpção. Refere que “entre valores protegidos pelas normas criminais verificam-se por vezes relações de mais e de menos: uns contêm-se já nos outros, de tal maneira, que uma norma consome já a protecção que a outra visa”³⁵. Este raciocínio culmina com a afirmação da regra *lex consumens derogat legi consumptae*, que tem ainda em vista o cumprimento do princípio *ne bis in idem*. Dito por outras palavras, o autor entende que entre as normas penais se estabelecem relações que vão mais além da comparação dos elementos constitutivos dos tipos legais, pois atendem também aos diferentes bens jurídicos por eles protegidos. A relação da consumpção distingue-se já da relação de especialidade, pois se esta se detecta

³³ Com esta divergência, Eduardo Correia critica a posição de Honig. De facto, o autor português considera que a posição daquele outro autor é uma concessão à doutrina naturalística do concurso de crimes, já que atribui demasiado relevo a conceitos vazios e arbitrários relacionados com a acção natural. CORREIA, 1963/A, 126.

³⁴ De acordo com Honig, neste grupo estariam abrangidas as relações que entre certos preceitos se estabelecem pelo facto de uns condicionarem expressamente a sua eficácia ao facto de outros se não aplicarem, mas também aquelas outras cuja eficácia se apoia numa certa relação lógica entre as normas criminais. CORREIA, 1993/B, 206.

³⁵ CORREIA, 1993/B, 205.

em abstracto mediante a comparação dos elementos constitutivos dos tipos legais, já a consumpção apenas pode ser afirmada depois de uma averiguação em concreto, implicando “o apelo às relações de mais e de menos entre os bens jurídicos que dominam os preceitos”³⁶. Nesta ampla extensão atribuída à consumpção, integram-se todas as hipóteses em que os ilícitos-típicos se intersectam no seu âmbito de protecção, ainda que sejam diferentes os bens jurídicos lesados por uns e outros, determinando, por conseguinte, que a punição não deve ocorrer de acordo com o art.77º do CP, mas antes como nas relações de concurso aparente.^{37/38/39}

2. As hipóteses de concurso na proposta de Jorge de Figueiredo Dias

Atendendo ao critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global do agente, que já tivemos oportunidade de delinear, Figueiredo Dias entende que existe concurso de crimes “sempre que no mesmo processo penal (...) o comportamento global imputado ao agente – traduza-se ele numa unidade ou pluralidade de acções – preenche mais do que um tipo legal de crime, previsto em mais do que uma norma concretamente aplicável, ou preenche várias vezes o mesmo tipo legal de crime previsto pela mesma norma concretamente aplicável: art.30º/1”.⁴⁰

³⁶ CORREIA, 1963/A, 134.

³⁷ Exemplos claros desta relação de consumpção são os casos de “exclusão das regras que punem o dano e as ofensas corporais pela aplicação das que punem o fogo posto e o homicídio”, desde que, em concreto, se possa concluir que o dano e as ofensas que se estão a punir são as que com o fogo posto e o homicídio se produzem.

³⁸ Eduardo Correia dá especial atenção à figura da consumpção impura, pois considera-a um dos maiores problemas da temática do concurso de crimes. Por questões de oportunidade e de lógica de raciocínio, ficará neste capítulo só mencionada, mas será desenvolvida *infra*, em contraposição com a proposta de Figueiredo Dias.

³⁹ Duarte D’ Almeida dirige duras críticas à concepção tradicional da consumpção. Considera que a esta categoria e aos critérios inerentes subjaz uma inaceitável violação da legalidade criminal, visto que a “arreesada” construção da aparência, por punir apenas um dos crimes, é uma solução supostamente mais justa, mas dogmaticamente nada rigorosa. ALMEIDA, 2004, 137.

⁴⁰ DIAS, 2007, 1005. Nesta aparente categoria unitária está patente o concurso efectivo de crimes e o concurso de crimes aparente. Nesta fase do nosso estudo, viraremos atenções apenas

Nas suas palavras, o concurso efectivo de crimes, puro ou próprio, abrangido pelo art.30º e punido pelo art. 77º, ambos do CP, traduz-se numa “pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global”⁴¹. Dito de outro modo, para que o concurso de crimes seja efectivo, o comportamento do agente globalmente analisado tem de revelar plúrimos sentidos de ilícito, autónomos entre si, que implicam a aplicação em concreto de uma pluralidade de normas jurídico-penais típicas. Por ser assim, cedo se percebe que apenas com esta valoração integral dos sentidos de ilícito autónomos é possível o cumprimento do *mandato da esgotante apreciação* ínsito ao princípio *ne bis in idem*.⁴²

No contexto do concurso efectivo, relevam ainda os casos de concurso heterogéneo e concurso homogéneo, nos mesmos moldes da posição tradicional encetada por Eduardo Correia, determinando-se para tal o mesmo tratamento jurídico-penal. Contudo, relativamente a esta categoria última, Figueiredo Dias foca a sua atenção na explicitação do que consiste o “número de vezes” referido pela Lei. Recorde-se que para Eduardo Correia o “número de vezes que o mesmo tipo de crime é preenchido” deve ser aferido por referência à unidade ou pluralidade de processos resolutivos, ou seja, assumem especial relevância, neste sector, o número de juízos de censura de que o agente se tornou passível.^{43/44} Diferentemente, Figueiredo Dias não entende que a consideração do “processo resolutivo” seja definitiva, apresentando exemplos reveladores de que nem a unidade de resolução implica necessariamente unidade de sentido de ilícito

para o concurso efectivo de crimes, sendo a questão do concurso aparente analisada posteriormente.

⁴¹ DIAS, 2007, 1005.

⁴² Neste sentido *vide* ANDRADE, 2009, 189.

⁴³ Assim, pode acontecer que “o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a actividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime, (...) sendo vários os juízos de censura, outras tantas vezes esse mesmo tipo legal se torna aplicável e deverá, por conseguinte, considerar-se existente uma pluralidade de crimes.” CORREIA, 1993/B, 201.

⁴⁴ A proximidade temporal entre os processos resolutivos revela-se de extrema importância para Eduardo Correia. Afirma que a pluralidade desses processos fica excluída se as condutas praticadas do agente forem temporalmente contínuas, indicando que o agente agiu sem renovar o seu processo de motivação. DIAS, 2007, 1007.

revelada pelo comportamento do agente, nem a pluralidade de resoluções é incompatível com a unidade daquele sentido.^{45/46/47}

Ainda no âmbito do concurso efectivo de crimes, uma palavra acerca do concurso ideal. Na mesma linha de pensamento de Eduardo Correia, Figueiredo Dias afirma categoricamente toda irrelevância da distinção entre concurso real e concurso ideal, questionando “porque há-de ser diferentemente punido o pai que decide dar a morte aos seus dois bebés se atirar ao rio o carrinho de dupla cadeira em que cada um dos gémeos está sentado, face àquele outro que tem cada um sentado em seu carrinho e com dois empurrões atira ao rio cada uma das cadeiras?”⁴⁸. De facto, o concurso real significa o preenchimento por várias vezes

⁴⁵ Na crítica que dirige a Eduardo Correia, pelo excessivo destaque dado aos juízos de censura na definição da unidade ou da pluralidade de crimes, Figueiredo Dias reconhece, ainda assim, a importância do processo resolutivo em certos casos. Não obstante, não aceita que a unidade de resolução signifique unidade de sentido de ilícito revelada pelo comportamento. DIAS, 2007, 1007.

⁴⁶ O casal A e B passeiam pelo parque. C surpreende-os e furta o tablet a um e o telemóvel a outro. Neste caso, são dois os sentidos autónomos de ilicitude, apesar de se registar apenas uma única resolução. Num outro caso, em que D comete diferentes actos sexuais de relevo com E, provenientes de diferentes resoluções por aquele tomadas, muito por causa de todos esses actos ocorrerem num mesmo contexto situacional e conectados por uma significativa proximidade espaço-temporal, há uma unidade de sentido de ilícito no comportamento de D, apesar da pluralidade de resoluções. DIAS, 2007, 1008.

⁴⁷ Relativamente aos bens de carácter eminentemente pessoal, Figueiredo Dias defende que os tipos legais de crimes que visam a sua protecção, a “pluralidade de vítimas”, ou melhor, “a pluralidade de resultados típicos deve considerar-se sinal seguro da pluralidade de sentidos de ilícito e conduzir a existência de um concurso efectivo.” DIAS, 2007, 1008.

Resta salientar quais são os bens eminentemente pessoais a que o autor se refere. Porque, não havendo dúvidas de que aqui se integram todos os bens protegidos no Título I da PE do CP, vem-se levantando a questão de aqui serem também abrangidos os bens de carácter patrimonial. De facto, seguindo de perto o pensamento de Pedro Caeiro, estes bens são pessoais, mas não o são “eminente”, na medida em que o tipo legal de crime protege a relação que se estabelece entre o homem e o seu bem. CAEIRO, 1996, 46. *Vide* também MONTEIRO, 2005, 493.

Figueiredo Dias, relativamente à pluralidade de resultados típicos, chama ainda a debate a questão dos crimes negligentes. Afirma a doutrina tradicional a existência de uma unidade de facto sempre que, neste tipo de crimes, esse facto derive de uma única acção, principalmente por se afirmar que a esta “unidade de acção corresponde a unidade da violação do dever objectivo de cuidado”. DIAS, 2007, 1010. Figueiredo Dias discorda completamente. Afirma que o dever objectivo de cuidado característico de toda a construção da negligência é um dever específico, referido a uma concreta situação. Por ser assim, nos crimes negligentes com pluralidade de resultados típicos, e, portanto, de vítimas, existem tantos sentidos de ilicitude quantas essas mesmas vítimas, punindo-se, assim, pelo regime do concurso efectivo de crimes. DIAS, 2007, 1010.

⁴⁸ DIAS, 2007, 982.

do mesmo tipo de crime – heterogéneo –, ou o preenchimento por várias vezes do mesmo tipo através de várias acções – homogéneo. Já no concurso ideal figura ou uma só acção que preenche vários tipos de crime – heterogéneo –, ou que preenche várias vezes o mesmo tipo – homogéneo. Assim, às condutas dos agentes atribui o direito penal, duplamente, um intenso desvalor. O modo de execução dos crimes é diferente, certamente, mas materialmente são idênticos, pois foi duplamente violada a mesma norma penal. Assim, nos casos subsumíveis ao conteúdo do concurso ideal, porque equiparados, punem-se em regime de concurso efectivo.⁴⁹

Também Figueiredo Dias afirma que o concurso aparente de normas é também uma hipótese de concurso. Esta questão iremos nós aqui analisar e interpretar, mas numa fase posterior: analisaremos a questão do concurso aparente imbricada com a questão do crime continuado pois, segundo Figueiredo Dias, a figura do “crime continuado constitui um tertium genus relativamente às figuras do concurso efectivo e do concurso aparente.”⁵⁰

§ 3

O Crime Continuado

1. A historicidade do conceito do crime continuado

Muito se especulou ao longo dos tempos quem é que incitou o estudo da figura jurídica do crime continuado. Muitos estudiosos acreditaram, durante muito tempo, que esta figura já era conhecida do Direito Romano, apesar de o ser em moldes muito díspares daqueles que o instituto apresenta nos dias de hoje. O

⁴⁹ Discordou desta equiparação Gomes da Silva, que, aquando da Revisão do CP de 1982, afirmou que o concurso real não se deveria equiparar ao concurso ideal, atribuindo à doutrina e a jurisprudência a tarefa da sua distinção. ACTAS, 1965, 212.

⁵⁰ DIAS, 2007, 1033.

achado de muitos passos redigidos pelos práticos italianos dos séculos XV e XVI, entre os quais importantes estudos elaborados por Farinácio, levaram à conclusão, acertada, de que foi a doutrina italiana a lançar a primeira pedra no complexo estudo da teoria do concurso de infracções. Nos variados textos elaborados à época, vinham-se apercebendo que a aplicação cumulativa de penas, quando se demonstrasse excessiva, erigia problemas de justiça que careciam rapidamente de resolução. Neste encaço, o uso de determinadas expressões pelos práticos italianos como “*propter continuationem*” ou a apresentação de definições daquilo que em determinados casos se poderia apelar de “uma só actio”, levaram a acreditar que foram eles os primeiros a estudar a figura do crime continuado. No entanto, hoje acredita-se que não foi exactamente assim. Afirma Eduardo Correia que, quanto muito, foram os estudiosos italianos a explanarem “o que ainda *não é* crime continuado”⁵¹, na medida em que avançaram hipóteses de unidade criminosa que se distinguiam precisamente do conceito da figura em estudo.⁵²

Foi na Alemanha que se lançaram as bases de orientação dos termos actuais do crime continuado e onde se elaboraram os mais exaustivos estudos acerca da figura jurídica em apreço. Foi em 1818, com a crítica de Mittermaier à construção de Feuerbach que arrancou a evolução, sempre doutrinal e jurisprudencial, do problema do crime continuado. Feuerbach, nos seus estudos, teoricamente apoiados por apenas uma passagem do direito romano⁵³, explanou as diferenças entre o concurso real objectivo e subjectivo, que incidiam principalmente no número de preceitos legais violados pelas acções do agente. De seguida, este prático alemão, nesta última categoria, fazia uma subdistinção,

⁵¹ CORREIA, 1963/A, 165, itálico nosso.

⁵² De facto, disposições legislativas italianas que afirmavam o crime continuado não passariam de uma explicitação sobre a unidade criminosa comum, na medida em que nem no sentido nem na amplitude se assemelhavam ao que hoje as doutrinas modernas entendem por continuação: “actos executivos da mesma resolução podem desenvolver-se em tempos diversos, sob a condição, porém, de que a separação temporal não seja tão grande que cada um deles deixe de se poder considerar como o mero explodir daquela primeira decisão.” CORREIA, 1963/A, 166 e 167.

⁵³ A passagem do direito romano em causa é o passo l. 68 (67) § 2.º D. *de furtis* 47, 2. CORREIA, 1963/A, 160.

ligada directamente ao objecto sobre o qual incidissem essas acções, isto é, se sobre o mesmo objecto – e aqui estava-se perante um delito repetido - ou sobre objecto diferente – e aqui figuravam as hipóteses do crime continuado, punidas com uma só pena. Por sua vez, Mittermaier vem tecer críticas aos estudos de Feuerbach, categoricamente afirmando que o passo do direito romano em que Feuerbach apoiou teoricamente as suas ilações não tem qualquer ligação com o problema do crime continuado, apontando dificuldades na definição avançada por Feuerbach daquilo que é o “mesmo objecto ou objecto diferente” e, acima de tudo, afirmando que os estudos de Feuerbach levam a considerar que o crime continuado nasce de um puro acaso, retirando do âmbito do conceito situações claras que por ele são abrangidas, desaguando em soluções antagónicas ao sentido de justiça.⁵⁴

A evolução doutrinal do problema do crime continuado foi impulsionada, na Alemanha, com o lançamento dos moldes da moderna ciência do direito criminal, paralelamente ao aparecimento de consagrações legislativas no Código Bávaro de 1813 que aludiam ao analisado crime. No entanto, a questão do crime continuado não era devidamente analisada e esclarecida, por razões de aplicação do direito relativamente ao problema do concurso de crimes: se, através das passagens do direito romano, o concurso de crimes deveria ser resolvido através do princípio da acumulação, na prática o que se sucedia era a aplicação do

⁵⁴ Eduardo Correia elenca vários exemplos, à época usados por Mittermaier, que demonstram que a construção assim elaborada por Feuerbach relativamente ao crime continuado o faz ser “obra de um puro acaso”: “A entra no ano tal no hotel e furta vários objectos do quarto nº3; um ano depois volta a entrar nessa hotel e furta desse mesmo quarto outros objectos, coisa que repete muitas vezes depois. Parece claro que A cometeu vários crimes de furto. Sucede porém, por acaso, que o ocupante do quarto nº3 era o mesmo em todas essas ocasiões. Resultado: os diversos furtos são considerados como um crime continuado.” Por este exemplo, podemos concluir que se o ocupante do quarto n.3 não fosse o mesmo, deixaria de estar em causa um crime continuado e a punição mais correcta ao comportamento do agente seria a preconizada pelo concurso real de crimes. Por outro lado, ainda exemplos são avançados para demonstrar que os estudos de Feuerbach retiram do âmbito do conceito de crime continuado situações que por ele são claramente abrangidas. De facto, tomando em consideração que, para Feuerbach, é indispensável à existência do crime continuado a identidade do objecto do crime, naqueles casos em que “o comerciante que se serve de pesos falsos, do taberneiro que vende vinho aguado, do burlão que passa moeda falsa”, onde os crimes se perpetuam no tempo e são praticados contra um sem número de pessoas, tornando impossível a identificação do objecto do crime, há o afastamento da punição por crime continuado, onde claramente a continuação é uma realidade. CORREIA, 1963/A, 181 e 182.

princípio da absorção. Por ser assim, embora a temática do crime continuado encontrasse relevo a nível teórico, na prática, isto é, no momento da punição, acabava por ser substancialmente indiferente a determinação da existência de um ou de vários crimes. O revés jurídico-dogmático que determinou a consideração, para efeitos de punição, dos moldes do crime continuado deu-se quando, doutrinalmente, se encetaram reacções contra a utilização do princípio da absorção, preconizando o método de acumulação de penas como o mais acertado para a efectiva punição do concurso de crimes. Neste encalço, a severidade das penas que daí iria resultar, despertou para a consciência de que casos haveria em que, apesar de terem sido praticadas infracções plúrimas, entre estas existiria uma conexão tal que significava a automática diminuição da gravidade penal, sendo, por isso, esses casos, com toda a justiça, furtados à punição que resulta do tratamento do concurso de crimes, passando a serem analisados como um só crime: como um crime continuado.⁵⁵

Perante a consideração de que, apesar de um qualquer agente ter praticado uma pluralidade de infracções, estas poderem estar conectadas de uma maneira tal que sejam consideradas, para efeitos de análise e de punição, como um só crime, os práticos alemães trataram de engendrar dois caminhos de solução: ou através da percepção dos elementos que explicam a unidade do crime continuado, segundo os princípios da teoria geral do crime; ou tomando-se em consideração a gravidade penal acentuadamente diminuída relativamente ao concurso real de infracções, sendo o menor grau de culpa do agente o núcleo de todo o conceito do crime continuado.⁵⁶ Se o primeiro caminho apontado se revelou infrutífero numa eficaz construção do crime continuado, muito por causa dos resultados negativos a que conduziria⁵⁷, já a consideração da simbiose

⁵⁵ CORREIA, 1963/A, 184 e 185.

⁵⁶ CORREIA, 1963/A, 186.

⁵⁷ Foram vários os elementos dados por diversos autores na tentativa de explicarem a unidade do crime continuado. De maneira a facilitar o estudo, é possível agrupar as designadas tentativas em dois grandes grupos: o grupo daqueles que acreditavam que era no lado subjectivo da infracção que se iria encontrar o fundamento do crime continuado; e o grupo daqueles que, contrariamente, acreditavam que tal fundamento se encontrava no lado objectivo da infracção.

Começando pelo primeiro grupo, foram 3 os elementos estudados que se acreditava que explicavam a unidade do crime continuado: a unidade de resolução, a unidade de intenção e a unidade de dolo, que importa agora, apesar de uma maneira breve, concretizar.

Autores como Schroeter, Henke e Grolman viam na “unidade de determinação da vontade” o pressuposto último do crime continuado. Trabalhada e acurada que foi esta unidade de determinação da vontade, chegou-se à *unidade de resolução* propugnada por Mittermaier como elemento fundamental da continuação criminosa. Mas será definitivamente assim? Terminantemente que não, pois esta unidade de resolução revela-se uma de duas coisas: ou é um pressuposto demasiado restrito, na medida em que a sua aceitação aparta do crime continuado casos que claramente são por ele abrangidos (v.g., os delitos praticados por negligência); ou é um pressuposto que se revela demasiado abrangente, na medida em que se se atribuir ao crime continuado um conteúdo determinado e concreto, a confusão entre crime continuado e o crime único com pluralidade de actos será uma realidade, confusão essa completamente indesejável se se quer conferir à figura jurídica da continuação autonomia jurídica.

Excluída que está a unidade de resolução como fundamento da continuação criminosa, um outro conceito surgiu, através de autores como Haelschner, John e Stemann: a *unidade de intenção*. Explicavam estes autores que a intenção é uma vontade pensada. No entanto, não se pode esgotar este pressuposto só no pensamento, esta intenção tem de estar conectada a um fim, cujo desejo de realização é o catalisador da vontade presenciada. Por ser assim, no momento em que se abandone ou transfigure a vontade tida, desaparece ou transfigura-se também a intenção. Do mesmo modo que, a tomar-se uma nova resolução, vivencia-se uma nova intenção, apesar de ser em tudo semelhante, no conteúdo e na forma, com a primeira resolução tomada. Daqui se conclui que esta nova unidade de intenção nada veio a acrescentar de novo à unidade de resolução como pressuposto da continuação criminosa.

Por fim, ainda do lado subjectivo da infracção, pensou-se na *unidade de dolo* como fundamento último do crime continuado. Para Doerr e mesmo no entendimento do Supremo Tribunal Alemão, se a prática de vários actos fosse precedida por uma resolução dirigida à prática de um só facto, se esses actos estivessem conectados por um dolo unitário comum, então estavam reunidas as condições para afirmar a existência de um crime continuado. Tal figura também não precede, pois não se opera qualquer distinção entre dolo e entre resolução, na medida em que o dolo, *per si*, tem a demarcá-lo um forte momento volitivo, tal qual a resolução. Por ser assim, não há como evitar as críticas dirigidas ao critério da unidade de resolução.

Aludindo agora ao segundo grupo, isto é, àqueles que encontram o verdadeiro fundamento no lado objectivo da infracção, várias considerações importa tecer.

Woringen, sucessor de Feuerbach, aceita que se pode afirmar a existência do crime continuado sempre que, tomando em contas diversas condutas do comportamento do agente, estas se revelarem homogêneas, ou seja, quando “umas representam o preenchimento da mesma figura concreta de crime que as outras realizam”. Para Woringen, a conexão objectiva que une as diversas condutas do agente é o fundamento último da continuação criminosa. O grande problema da teoria desenvolvida por este autor situa-se no seu absolutismo, ou seja, a homogeneidade de condutas exigida para que se possa afirmar da existência do crime continuado tem de ser absoluta e, é certo, não existem actividades inteiramente homogêneas.

Já Merkel apresenta-se com umas ilações que merecem uma especial consideração. Afirmava este autor que o crime continuado não passava do protelamento de uma só violação, fundamentando a continuação criminosa de maneira semelhante à fundamentação da unidade de crime com pluralidade de actos: a continuação existe sempre que os resultados das diversas condutas do agente não sejam passíveis de serem apartados pois, por exemplo, são dirigidas ao mesmo objecto. A maior dificuldade desta teoria reside na determinação naturalística da unidade do objecto, na medida em que a fixação dos limites dessa unidade está dependente da concepção do legislador e da sua reflexão nos preceitos legais. A juntar a isto, advém a questão de só se conseguir uma válida solução para o problema em estudo quando, ao lado do critério objectivo unificador do crime continuado, se fizer apelo ao tão importante elemento subjectivo que é a culpa do agente no caso concreto. Só estes dois vectores devidamente equacionados

existente entre o conceito de crime continuado e a gravidade penal profundamente diminuída em virtude da menor culpa do agente foi considerada mais do que suficiente no estabelecimento dos limites da continuação criminosa.⁵⁸

Foi com Mittermaier que surgiu pela primeira vez o conceito de *gravidade penal* directamente ligada à vontade do agente do crime na prática dos delitos. Referia este prático alemão que no crime continuado, a vontade do agente que precedeu à prática do crime no caso concreto seria menos gravosa, menos intensa, do que aquela que se regista no concurso real de crimes. Isto é assim porque, afirmava Mittermaier, a prática dos diversos actos que compõem a conduta criminosa da continuação encontra-se “altamente facilitada”, pois o agente retira proventos de uma determinada relação em que ele próprio se colocou.⁵⁹ De facto, afirmava este autor, a primeira conduta da continuação criminosa provoca no agente do crime uma desinibição perante as normas jurídico-legais, que desencadeia a prática dos outros ilícitos-típicos integrantes da continuação. Paralelamente a este estado desinibido do agente perante os normativos jurídicos, é peça fundamental da continuação criminosa o sucesso da primeira conduta: afirma Mittermaier que este sucesso cria um determinado estado das coisas que solicitam o agente à prática de novas e sucessivas actividades criminosas. Por ser assim, entendia este autor que, no crime continuado, as novas e sucessivas actividades praticadas pelo agente eram fruto do sucesso da primeira conduta, isto é, as posteriores acções ilícitas somente eram levadas a cabo por causa do aproveitamento da relação que em que o agente se colocou aquando da primeira conduta.

levarão a uma eficaz e clara solução para o problema da fixação dos moldes do crime continuado.

Para um estudo mais desenvolvido *vide* CORREIA, 1963/A, 186 a 205.

⁵⁸ CORREIA, 1963/A, 205.

⁵⁹ Exemplo do “aproveitamento do agente de uma certa relação em que ele próprio se colocou” é o caso de um criminoso, na tentativa de obter lucros indevidos, utilizar um determinado instrumento para o efeito e, todos os actos seguintes em que esse instrumento for utilizado, configurarão uma continuação do mesmo crime: v.g., o taberneiro que vende vinho aguado e depois o comercializa a centenas de pessoas. Mais exemplos em CORREIA, 1963/A, 205 a 207.

A aporia fundamental na teoria de Mittermaier reside no facto de este considerar como fundamento da diminuição da gravidade penal algo que, entendido da maneira por ele enunciado, não poderia justificar nunca um benefício para o agente do crime: o relaxamento perante as normas legais que devem pautar o seu comportamento, tão superficialmente entendido, levanta importantes questões jurídico-penais acerca da culpa do agente no processo de formação da sua personalidade e sobre a sua própria perigosidade criminal. Por ser assim, Mittermaier “eleva a fundamento da diminuição da gravidade penal do crime continuado uma razão que é ou pode ser comum a todos os casos de concurso de crimes”, razão essa que, “de maneira nenhuma pode justificar o tratamento mais benévolo do criminoso”.⁶⁰

Numa tentativa de construção teórica em quase tudo semelhante a Mittermaier surge Kraushaar. Afirmava este autor, baseado na ideia de que o grau de culpa do agente é fundamental na hora de determinar a pena a aplicar, que a existência da figura do crime continuado é necessária a uma adequada retribuição de determinados crimes praticados pelo agente, uma vez que, nesses casos, a punição segundo as regras do concurso real de crimes se revela completamente desfasada das necessidades jurídico-penais aí registadas, por ser notória uma sensível diminuição da culpa do agente. A construção de Kraushaar tem o seu fio condutor na explicação das dificuldades e sua superação que o agente experiencia ao longo de toda a continuação criminosa, chegando à conclusão que essas dificuldades só realmente se põem perante o agente ao tempo da primeira conduta ilícita-típica, e não necessariamente ao longo de toda a continuação criminosa: “com a primeira infracção, as objecções naturais contra o crime em geral e o medo da sua descoberta e da pena são, na sua maior parte, superados, de tal modo que já no segundo delito ambos esses elementos deixam de ter importância significativa; e, depois de outras violações, desaparece cada

⁶⁰ CORREIA, 1963/A, 208.

vez mais a capacidade de reacção do agente.”⁶¹ Concretizando, este autor fundamenta o crime continuado com a diminuição da culpa do agente que pauta toda a reiteração da actividade criminosa, por duas razões: em primeiro lugar, porque na pessoa do agente se vão ultrapassando gradualmente as barreiras morais que este detinha contra o crime; em segundo lugar, porque muitas das vezes são preenchidos desde logo determinados elementos do crime com a anterior prática da mesma violação. Se a esta panóplia de considerações se juntar uma necessária tendência do agente para a prática do crime, afirma o autor que a sua execução encontra-se interior e exteriormente facilitada, na medida em que está criado um certo estado das coisas que arrasta o agente para a prática dos ilícitos-típicos, tornando necessariamente menos grave o juízo de censura dirigido ao agente.⁶²

Pensamento coincidente ao de Kraushaar surge de outro prático alemão, Honig. Para este autor, o fundamento último do crime continuado é o da justa retribuição. De facto, afirmava, se as plúrimas condutas estão conectadas de uma maneira tal que se possam considerar partes de um mesmo crime, de um crime único, então a punição segundo as regras do concurso real de crimes revelar-se-ia extremamente desajustada, pois se a prática da continuação não foi mais do que o aproveitamento em diferentes tempos da mesma oportunidade, então a punição das várias condutas tem de ser atenuada, aglomerando-as numa unidade. A diferença entre o pensamento de Kraushaar e de Honig, residindo aí o seu maior mérito, está no facto de este último não se apartar do momento endógeno como fundamento do crime continuado. Enquanto que Kraushaar se fixa apenas no lado exógeno da conduta, isto é, “na existência de uma relação que *de fora* e de maneira considerável”⁶³ facilita a repetição do crime, já Honig leva em

⁶¹ CORREIA, 1963/A, 210. Avançam-se como exemplos clarificadores da gradual desconsideração desses elementos ao longo da continuação o caso do agente que, com o primeiro furto, facilita o acesso ao espaço onde se encontram outros objectos; ou o caso de adultério, onde desde a primeira relação adulterina, se cria tacitamente um acordo entre as partes.

⁶² CORREIA, 1963/A, 209 a 211 e 240 a 243.

⁶³ CORREIA, 1963/A, 240.

consideração a conexão psíquica entre a prática do mesmo tipo legal de crime e a capacidade do agente em aproveitar em seu benefício, várias vezes, a mesma oportunidade. Apesar de tudo o que foi apontado, no plano construtivo, Honig falha ao não explicitar convenientemente os requisitos objectivos do crime continuado, pois muito do que foi avançado por Honig, já tinha sido estudado por Mayer.⁶⁴

Mayer fundamenta a existência de um crime continuado pelo facto de as diversas condutas que o compõem estarem fortemente conectadas endogenamente, isto é, as variadas condutas são manifestações de vontade de um *mesmo* motivo, devendo, por isso mesmo, todas elas constituírem um só crime. O mérito especial da construção de Mayer reside no facto de ver na identidade de motivos o cenário ideal à prática dos diversos delitos, isto é, foca-se na situação exterior que envolve a sua prática, afastando-se da consideração do carácter do agente.⁶⁵ Mayer não esclarece, no entanto, perfeitamente, a definição daquilo que deve ser considerado como “a mesma oportunidade” e aparta-se da ideia da culpa e da sua sensível diminuição na tentativa de explicação de todo o problema em estudo.

2. O crime continuado na concepção de Eduardo Correia

Como demonstrado, na perspectiva de Eduardo Correia, o problema da unidade ou pluralidade de crimes é resolvido pelo critério da unidade ou pluralidade de tipos legais preenchidos pela conduta global do agente, na relação da vida. O autor reconhece, porém que, casos há em que, apesar de ser certa a existência de uma pluralidade de juízos de censura, engrenada por uma pluralidade de resoluções, e que, portanto, evidencie a punição por uma

⁶⁴ CORREIA, 1963/A, 243 e 244.

⁶⁵ Reside aqui a grande diferença relativamente aos estudos elaborados por Honig: enquanto este apoia a construção da continuação criminosa em momentos individuais, já Mayer, muito por causa da identidade de motivos que está por detrás das variadas acções, afasta-se precisamente dessa ideia. CORREIA, 1963/A, 245.

pluralidade de crimes, pode acontecer que essa pluralidade de resoluções seja pura e simplesmente *aparente*. E assim introduz o estudo do *crime continuado*.

Afirma Eduardo Correia que é na considerável diminuição da culpa do agente no momento da prática das várias actividades que integram a continuação que reside o fundamento último do crime continuado.⁶⁶ No seu estudo, começa por elencar um determinado número de situações que, segundo os princípios fundamentais da culpa, indicam uma sua sensível diminuição, sendo que, a partir daí, aponta e clarifica variados requisitos cujo preenchimento se revela fundamental para que se possa afirmar da existência do crime continuado.

São das mais variadas situações, muito por causa do contexto situacional em que ocorrem, aquelas em que se pode certamente afirmar que ocorre uma sensível diminuição da culpa do agente. As primeiras em que Eduardo Correia afirma que existe continuação ocorrem quando, aquando da primeira conduta ilícita, se estabelece um acordo entre os participantes, que, na esmagadora maioria dos casos, vigorará para sempre: v.g., a partir da primeira relação adúltera, quase tacitamente nasce um acordo de silêncio entre os participantes, e acabam por cair na reiteração, dando por vencidas as dificuldades que se erigiam no momento prévio à primeira conduta criminosa.

Seguidamente, afirma que há continuação criminosa sempre que o agente aproveitar *a mesma oportunidade* que outrora tinha sido por ele aproveitada ao tempo da primeira conduta, dando como exemplo de escola o caso em que há “a descoberta de uma porta falsa que dá acesso a uma casa ou a um recinto, e o seu aproveitamento sucessivo para subtracção de diversos objectos lá depositados.”^{67/68} Paralela e intrinsecamente ligada à questão do aproveitamento

⁶⁶ Eduardo Correia faz partir os seus estudos das já analisadas construções alemãs da problemática em questão, uma vez que lhes confere o mérito de todas procurarem o santo graal do crime continuado na conexão existente entre as várias actividades integrantes da continuação, apesar de notar que, uma vez chegadas à culpa, tais construções revelam vulnerabilidade quando equacionadas com os princípios basilares da teoria da culpa.

⁶⁷ CORREIA, 1963/A, 247.

⁶⁸ O aproveitamento pelo agente da mesma oportunidade outrora já por ele aproveitada como fundamento do crime continuado é também demonstrável se tomarmos em consideração os crimes reiterados cometidos por negligência. De facto, quem já actuou negligentemente pode,

da mesma oportunidade como conector das diversas actividades, surge a *pressão* que determinadas circunstâncias externas exercem sobre a capacidade de vontade do agente, arrastando-o quase indubitavelmente à repetição das condutas criminosas. Por ser assim, é seguro afirmar que a todas as condutas integrantes da continuação não preside a mesma vontade criminosa, a mesma intensidade volitiva de praticar do ilícito, pelo que, deve-se furtar o tratamento destes casos da temática do concurso e aplicar as regras de punição do crime continuado.

Se bem que a questão da mesma oportunidade é fundamental para uma boa solução da problemática em estudo, muitas das vezes, a sua consideração a título único pode levar a que casos claros de continuação fiquem, assim, de fora do âmbito do conceito. Mais especificamente, avança Eduardo Correia aqueles casos em que o mesmo meio com que levou a cabo a primeira conduta ilícita perdura no tempo, facilitando a reiteração do crime, em virtude da solicitação exterior exercida pela detenção desse meio.

Resta salientar que, as mais das vezes, certo é que estes fundamentos do crime continuado não actuam de uma maneira independente, sendo que, registando-se a mesma oportunidade outrora já aproveitada, conjuntamente com a perduração do meio que possibilitou a anterior conduta criminosa, surge a possibilidade de alargar o âmbito da actuação criminosa, isto é, surge a possibilidade de conseguir um resultado mais abrangente que o precedente. O problema, aqui, está no facto de, apesar da conexão temporal ser tal, não se poder afirmar a existência de um crime único, mas, por outro lado, também não se pode afirmar a existência de um concurso real de crimes. Eduardo Correia afirma que, quando estas hipóteses se verificarem, se integram nas regras de punição do crime continuado, isto porque, apesar do alargamento da actuação, o vector “mesma oportunidade” ou o vector “perduração do meio” com que se realizou a anterior conduta criminosa permanece exactamente o mesmo.⁶⁹

devido a um certo estado das coisas, reiterar na prática desse crime, sem que disso se aperceba. Como está claro de se ver, nestes típicos casos, estamos perante uma continuação criminosa negligente. É dado como exemplo de escola o médico que prescreve ao doente variadas vezes uma mesma receita que é contra-indicada, provocando um envenenamento.

⁶⁹ Relativamente ao elenco das situações exteriores *vide* CORREIA, 1963/A, 246 a 250.

Começando-se já a conseguir traçar os moldes da existência de um crime continuado, Eduardo Correia afirma que certo é que apenas se iniciou o desenhar do âmbito desta figura, na medida em que o esquema apresentado está longe de esgotar o domínio da continuação. Nunca apartando o raciocínio da ideia de culpa do agente, é premente graduar essa culpa, atentando a aspectos específicos da questão. De modo a evitar abusos e enganos de justiça na classificação de um crime como crime continuado, é fundamental definir convenientemente quais os elementos e de que modo poderão eles influenciar na classificação de tal figura jurídica.

Aquando do elencar de situações *supra* feito, Eduardo Correia avança a ideia de que a solicitação que a própria letra da Lei define como um dos elementos a ter em conta na graduação da culpa do agente não pode ser uma solicitação qualquer: esta tem de ser irresistível de uma maneira apreciável, de modo a facilitar a reiteração.

Outro elemento específico é a avaliação da situação exterior que pode incitar à reiteração. Afirma Eduardo Correia que todos, por sermos pessoas, somos investidos de uma personalidade, cabendo a cada um de nós moldá-la de modo a se manter fiel aos valores jurídico-criminais. Por ser assim, só faz sentido que a atenuação da culpa seja uma realidade quando o seu elemento fundamental, o momento exterior da conduta, é decisivo no momento de o agente decidir pela repetição do crime. Dito de outro modo, se o agente decidir repetir a conduta, não porque o momento exterior da conduta assim o proporcionou, mas porque na sua personalidade se denota uma certa tendência criminosa, então não há qualquer atenuação da culpa e fica excluída a classificação daquele crime como continuado. Afirma Eduardo Correia que não se justifica um tratamento mais benévolo do criminoso quando são notórias as contribuições deste para a culpa na construção da sua personalidade e quando é expressiva a sua perigosidade criminal, a que o ordenamento jurídico tem de fazer frente.⁷⁰

⁷⁰ Acerca destes elementos *vide* CORREIA, 1963/A, 250 e 251.

Seguidamente, este autor centra-se nos requisitos objectivos que concorrem para a classificação de um determinado crime como continuado – questão que designa de “problema da unidade da valoração objectiva como pressuposto do crime continuado”. Afirma que, depois de muita e conturbada discussão doutrinal acerca destes elementos da continuação criminosa, na tentativa de colmatar variadas dificuldades, foram fixados dois: a unidade do bem jurídico ofendido e a homogeneidade da actuação do agente.⁷¹

Na construção de crime continuado, mais especificamente atentando na questão dos *bens jurídicos*, Eduardo Correia como que plasma a problemática em estudo em dois grupos: no primeiro, enquadram-se aqueles casos em que há um bem jurídico protegido por diferentes preceitos, ultrapassando deste modo um dos obstáculos à afirmação do crime continuado; no segundo, enquadram-se bens jurídicos específicos que impedem a classificação de um crime como continuado, os bens eminentemente pessoais.⁷² Aparte disto, ainda é de notar que, quando este autor se refere a bem jurídico, o faz em dois sentidos diferentes, numa tentativa de se abstrair daquela relação biunívoca que durante muito tempo vigorou, que defendia que a um tipo legal de crime corresponderia necessariamente um bem jurídico penalmente protegido e vice-versa: num sentido, refere-se ao bem jurídico-penal como aquele “bem que resume o sentido protector do tipo”; num outro, refere-se a um “bem jurídico supra-típico”, afirmando que vários tipos legais de crime protegem o mesmo bem jurídico.⁷³

Estas diferentes acepções de entendimento de bem jurídico exigem que um maior controlo se faça na hora de definir um caso concreto como um crime continuado, na medida em que, em algumas das vezes, um crime que possa, à primeira vista, reflectir uma unidade de tipo legal ou de bem jurídico, e que, portanto, levaria à afirmação da sua existência, afinal não é tão líquido assim, na

⁷¹ CORREIA, 1963/A, 253.

⁷² MONTEIRO, 2009, 745. Pesem embora estas considerações, Eduardo Correia afirma que um dos maiores obstáculos à construção da continuação criminosa é “a falta de um conceito exacto de bem jurídico e das suas relações com os diversos tipos legais de crime descritos num sistema de direito”. CORREIA, 1963/A, 254.

⁷³ MONTEIRO, 2009, 746. É de salientar que é através deste último sentido, como aprofundaremos *infra*, que Eduardo Correia admite que a violação de vários tipos legais de crime pode significar a prática de um crime continuado.

medida em que, por detrás da disposição de lei violada, se encontram valores jurídico-criminais que exigem que a afirmação da continuação criminosa seja mais restrita.⁷⁴

Mas estas considerações não esgotam, segundo Eduardo Correia, o problema da unidade de valoração objectiva como pressuposto do crime continuado. Se podemos, em princípio, considerar o preenchimento do pressuposto objectivo do crime continuado quando apenas uma disposição legal seja violada, é também certo que a violação de plúrimas disposições exclui necessariamente o seu preenchimento? Vejamos. É certo que cada tipo legal de crime é baseado num valor jurídico-penal específico que carece de protecção. Se, neste enalço, forem violados vários tipos legais, através da prática de vários crimes, é negado o mesmo número de valores jurídicos penalmente relevantes, excluindo qualquer continuação. No entanto, afirma o autor, tal raciocínio é falacioso, na medida em que se pode registar uma determinada conexão entre os bens jurídicos protegidos pelos tipos legais, existindo “verdadeiras famílias entre os delitos e os valores que os informam.”⁷⁵ Por ser assim, são muitos os casos em que, apesar da pluralidade de tipos legais e de bens jurídicos violados, estes coincidem fundamentalmente na sua essência, sustentando a existência de um crime continuado. Se de outra maneira se passasse, poderia mesmo colocar-se em causa a justiça material e a confiança da sociedade no corpo de normas que a rege, pois a aplicação das regras da punição do concurso real de crimes nestes casos iria conduzir a sentenças injustas, incompatíveis com os princípios político-criminais que pautam a aplicação de uma pena.

⁷⁴ Eduardo Correia nega categoricamente a continuação quando estejam em causa bens eminentemente pessoais. Estando em causa o bem jurídico da vida, da honra, da liberdade e da integridade física, quando sejam vários os ofendidos, mesmo que a disposição legal violada tenha sido a mesma, o autor exclui logo a possibilidade de qualquer continuação, na medida em que considera que os bens jurídicos eminentemente pessoais são concretos e, portanto, há a violação de tantos bens jurídicos como o número de ofendidos, só pelo facto de serem pessoas. “Não existe um bem jurídico ‘vida’ do qual todos participam; mas sim ‘vida de A’, ‘vida de B’, ‘vida de C’, etc.” É também relativamente aos bens jurídicos eminentemente pessoais que se denota que a afirmação ou negação da continuação depende, não da imensa gravidade dos crimes cometidos, mas sim da concepção de bem jurídico que este autor propugna. MONTEIRO, 2009, 745 e 747 e CORREIA, 1963/A, 262.

⁷⁵ CORREIA, 1963/A, 263.

Avança Eduardo Correia que, no entanto, a conclusão diferente tem de se chegar quando, apesar de os bens jurídicos violados coincidirem fundamentalmente, a sua violação foi fruto de uma nova forma de conduta, surgindo aqui o problema da *homogeneidade de acção* como pressuposto do crime continuado. Se um dos fundamentos a preencher para se afirmar a continuação é aquela solicitação exterior considerável que arrasta o agente para a prática reiterada do crime, então a acção que leva à violação do valor jurídico-penal em causa deve corresponder a essa mesma solicitação exterior, deve ser homogénea. Por ser assim, defende que quando o agente repetidamente viola um determinado bem jurídico através de acções completamente heterogéneas, então a tal solicitação exterior à prática do crime que leva à reiteração não se verifica, revelando, sim, o agente uma especial tendência para a prática do delito, uma especial perigosidade criminal, contrariando cabalmente, assim, todos os ideais basilares do conceito do crime continuado. A maneira como o agente desenvolve a sua actividade é, portanto, fundamental na percepção da capacidade de vontade criminosa do agente⁷⁶, pois é bom de compreender que o agente que pratica várias vezes da mesma maneira um crime é objecto de um juízo de censura mais atenuado que aquele agente que segue caminhos diferentes para atingir os mesmos intentos.^{77/78}

Por último, nesta análise aos requisitos que podem sustentar a existência de uma continuação, uma palavra há a dizer acerca da conexão espaço-temporal das actividades que a compõem. Eduardo Correia afirma que “mal se lhe pode dar

⁷⁶ CORREIA, 1963/A, 267.

⁷⁷ Este pressuposto da homogeneidade de acção assume vital importância quando, em determinados casos, é evidente o alargamento do âmbito de actuação do criminoso, fazendo surgir fortes dúvidas da existência do conceito em estudo. Se só se considerasse a unidade do bem jurídico como pressuposto objectivo do crime continuado, muitos eram os casos em que iria ser negada a possibilidade da continuação, levando a uma punição injusta através das regras do concurso real de crimes. CORREIA, 1963/A, 268.

⁷⁸ Afirma Eduardo Correia que, se nuns casos a homogeneidade de acção está praticamente atestada porque as plúrimas actividades violam o mesmo tipo legal de crime, já noutros tal requisito terá de ser atentamente avaliado, principalmente quando forem preenchidos vários tipos legais de crime que protejam um mesmo bem jurídico fundamental. CORREIA, 1963/A, 269.

qualquer relevância especial”⁷⁹, na medida em que afirma que a conexão que importa avaliar é aquela endógena, isto é, os motivos que levaram o agente a ser arrastado para a prática reiterada do crime em causa. Por ser assim, a conexão espaço-temporal terá uma importância somente secundária, na medida em que se verifique que entre as actividades se registre uma distância tão significativa que só com muita elasticidade do bom senso é que se poderia afirmar que a todas elas presidiu a mesma solicitação exterior, excluindo logo a possibilidade da continuação.

3. O crime continuado na proposta de Figueiredo Dias

3.1. Construção teórica da continuação criminosa

Figueiredo Dias vê a construção do crime continuado como se de um concurso efectivo de crimes se tratasse, mas analisado “no quadro de uma unidade criminosa normativamente (legalmente) construída.”⁸⁰, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, para contornar todas as dificuldades práticas e processuais que o tratamento de crimes cometidos em elevado número poderia acarretar, ou seja, por questões de economia processual; em segundo lugar, porque se determinados casos fossem submetidos as regras da punição do concurso efectivo de crimes desaguardariam em condenações desproporcionadas e injustas, violadoras dos princípios basilares que sustentam a aplicação de uma pena.

Inserindo o tratamento do crime continuado na temática da pluralidade de crimes, o autor afirma que os plúrimos actos que integram a continuação estão conectados objectiva e subjectivamente de tal ordem, que é seguro tratar essa pluralidade de actos como se de um facto único se tratasse. Por ser assim,

⁷⁹ CORREIA, 1963/A, 252.

⁸⁰ DIAS, 2007, 1027.

procede à análise do instituto em causa através da conexão objectiva e subjectiva que existe entre as variadas actividades levadas a cabo pelo agente.

Atentando à conexão objectiva existente entre as actividades integrantes da continuação, começa por fazer a análise da questão do bem jurídico violado, afirmando que para haver continuação é necessário que o mesmo, ou fundamentalmente o mesmo bem jurídico, seja violado de forma plúrima. Dito de outro modo, os bens jurídico-penais violados têm de registar entre si uma proximidade tal que se verifique a existência de uma afinidade do ilícito dos tipos legais de crime preenchidos pela conduta do agente.⁸¹

No caminho do traçado do crime continuado, afirma Figueiredo Dias, a par de Eduardo Correia, que para se afirmar a existência da continuação, todas as acções devem ser executadas de uma forma essencialmente homogénea.⁸² Não tecendo profundas considerações acerca deste requisito, seguindo os passos aqui dados por Eduardo Correia, salienta Figueiredo Dias que a homogeneidade da acção encontra o seu reforço legal no art.30º, quando refere que a continuação tem de ocorrer no contexto de uma “mesma situação exterior”, isto é, que a situação exterior enquadre uma solicitação tal que arraste o agente para a reiteração.⁸³

Resta salientar que também Figueiredo Dias atribui uma mera importância secundária à questão da conexão espaço-temporal entre as condutas que compõem a continuação: apesar de admitir que a proximidade de tempo e espaço entre as actividades pode ser um forte indício da unidade necessária à afirmação

⁸¹ DIAS, 2007, 1029.

⁸² DIAS, 2007, 1030.

⁸³ Numa tentativa de esclarecimento destes requisitos objectivos, Figueiredo Dias afirma que não há continuação na “concorrência entre diversas pequenas burlas de dinheiro e uma complexa burla económico-financeira ou informática” na medida em que, apesar do bem jurídico-penal protegido coincidir fundamentalmente, as formas de execução das burlas são completamente heterogéneas; ou então no caso do banqueiro que vai retirando “pequenas quantias destinadas à satisfação das suas necessidades e, um dia, se apropria de um milhão de euros destinados à compra de uma vivenda”, onde a situação exterior não é de todo a mesma, excluindo qualquer possibilidade de continuação. DIAS, 2007, 1030.

da continuação, o importante e fundamental é “não o lugar nem o dia das violações, mas a unidade de contexto situacional em que ocorram”⁸⁴, isto é, o contexto em que essas violações se realizaram.⁸⁵

Figueiredo Dias situa as verdadeiras dificuldades de toda a construção do conceito de crime continuado no lado subjectivo da relação da continuação. No seguimento de Kraushaar e Eduardo Correia, o docente de Coimbra define como elemento subjectivo da continuação, em toda a sua extensão, o comportamento do agente e a possibilidade de ser dominado por uma situação exterior tal que se torne menos exigível ao agente que este adequa a sua conduta aos normativos jurídicos, sendo indubitável a diminuição da sua culpa. Neste encaço, este autor centra-se na questão do tipo de dolo explanado em todo o processo resolutivo. Mais especificamente, atenta no tipo de resoluções tomadas pelo agente no caso concreto, em ordem a perceber se se pode afirmar a existência de uma continuação: se é necessário que se registre um dolo conjunto, isto é, que as diferentes acções que compõem a continuação tenham sido previamente planeadas pelo agente; se basta o registo de um dolo continuado, isto é, a resolução, pelo agente, de voltar a repetir os delitos caso a situação o

⁸⁴ DIAS, 2007, 1030. A interpretação da questão da proximidade espaço-temporal entre as condutas tem sofrido algumas interpretações díspares na nossa jurisprudência. Num Ac. do STJ, 11.Outubro.1995, foi condenada a arguida, ainda em primeira instância, pela prática de um crime continuado de peculato. Esta estava encarregue de fazer os depósitos semanais dos emolumentos cobrados na Conservatória onde trabalhava. No entanto, desde o mês de Junho de 1992 a Julho de 1993, a arguida, que deveria ter depositado uma certa quantia de dinheiros públicos, depositou uma quantia inferior, apropriando-se do restante para proveito próprio. Aqui, o tribunal decidiu-se pela possibilidade de continuação, apesar das condutas distarem temporalmente um ano. Também no Ac. do STJ, 4.Dezembro.2008, se considera haver crime continuado de condutas praticadas entre Junho de 2003 a Fevereiro de 2004. Contrariamente a este entendimento estiveram os juízes do STJ, quando se posicionaram contra a classificação de um conjunto de condutas como crime continuado, num Ac. de 8 de Fevereiro de 1995, afirmando que tais condutas estavam tão distanciadas temporalmente, que não se proporcionavam as subsequentes repetições nem sequer reflectiam uma menor censurabilidade da culpa do agente.

⁸⁵ Diferentemente se passa em Espanha. Vem-se exigindo nos tribunais espanhóis que se denote uma certa conexão espaço-temporal entre as acções ilícitas-típicas, isto é, que não deve mediar um lapso temporal excessivo nem um lapso espacial abrangente entre as acções que integram a continuação. Optando por uma posição diferenciada, Rosario Martínez afirma que o lapso temporal permitido é aquele que não deixa destruir o elemento subjectivo, o dolo, que perpassa toda a continuação, achando também completamente desajustado a existência de uma exigência quanto ao lapso espacial que se pode registar, visto que este problema de localização do crime incide, sobretudo, a nível processual. MARTÍNEZ, 2001, 189.

proporcione; ou se pode presidir ao crime continuado uma pluralidade de resoluções. Figueiredo Dias afirma que, por não ser a este ponto que a lei confere específico relevo, mas sim à questão da culpa do agente, tanto pode presidir à continuação um dolo conjunto, continuado ou uma pluralidade de resoluções.⁸⁶

3.2. A unidade de norma ou de lei

Tivemos já oportunidade de referir que, de acordo com este autor, a questão da unidade ou pluralidade de crimes é resolvida mediante a aplicação do critério da unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente. Não obstante, reconhece-se que o facto de a um concreto comportamento ser aplicável em abstracto uma pluralidade de normas, não implica que se tenha de concluir forçosamente pela existência efectiva de um concurso de factos puníveis. Neste encaço, há que determinar se a pluralidade de normas ou de leis incriminadoras convocadas em abstracto são concretamente aplicáveis, umas a par das outras, ou se, pelo contrário, a aplicação de uma norma prevalecente exclui a aplicação das outras, por a sua incriminação avaliar, de forma esgotante, o conteúdo do ilícito do comportamento global.⁸⁷ As hipóteses aqui em causa, que o autor designa por “unidade de norma ou de lei”, implicam apenas considerações lógico-jurídicas, determinando-se, deste modo, a extensão da categoria e as formas de unidade de norma ou de lei aceites como válidas. Assim, afasta-se a ideia de “concurso de leis”, pois, na verdade, apenas uma delas será em concreto aplicada, daí que este

⁸⁶ A jurisprudência alemã, no início de construção do crime continuado, exigia sempre um dolo conjunto, isto é, o prévio planeamento da realização dos vários delitos. No entanto, cedo se veio a perceber que a ser o dolo conjunto o elemento subjectivo da figura da continuação, não iriam ser abarcados determinados crimes que, por questões de justiça material e até de economia processual, lá deveriam estar inseridos. E assim apareceu o conceito de dolo continuado. No entanto, mesmo assim, o problema não desapareceria, pois iriam sempre ficar de fora da continuação certas hipóteses em que, apesar de haver uma nova resolução ou a renovação da anterior, se justificava a classificação de continuação. Parece ser, em parte, por estes desajustes dogmáticos que a lei penal portuguesa, no seu art. 30º, não atribui tanto relevo a esta questão do tipo de dolo presente no processo resolutivo, mas sim à questão da culpa e da sua sensível diminuição. DIAS, 2007, 1031.

⁸⁷ Na perspectiva de Figueiredo Dias, este é um trabalho de averiguação prévio, por se tratar de um trabalho sobre normas, constituindo um “*prius*, um pressuposto de indagação material da unidade ou pluralidade de crimes”. DIAS, 2007, 992. *Vide* também ANDRADE, 2009, 140.

autor considere a designação “concurso aparente” desadequada⁸⁸ e considere a distinção de concorrência de normas com “relevo categorial-classificatório”, mas sem qualquer “relevo prático-normativo”⁸⁹.

Dentro destas relações lógico-jurídicas, Figueiredo Dias começa por distinguir a relação de especialidade, relação essa onde ocorre a incorporação, pela norma especial, dos elementos essenciais do tipo abstractamente aplicável (*lex generalis*), distinguindo-se deste por conter elementos adicionais, relativos ao facto ou ao próprio agente. Com esta subordinação do tipo fundamental, cumpre-se o antigo brocado: *lex specialis derogat legi generali*.⁹⁰ Vem salientando, ainda, que a afirmação de uma relação de especialidade só é possível nos casos em que o tipo prevalecente alcance consumação. Caso contrário, se estiver em causa uma tentativa de tipo especial, deve afirmar-se a pluralidade de normas concretamente aplicáveis e, por conseguinte, a existência de concurso de crimes, embora não obrigatoriamente efectivo.⁹¹

Na sua proposta, Figueiredo Dias considera ainda os casos de subsidiariedade⁹², afirmados quando exista “um tipo legal de crime que deva ser

⁸⁸ Vários autores concluem pela inexistência de qualquer “concurso de leis” ou “concurso aparente”. Nas palavras de Duarte D’Almeida, “o concurso de normas ou aparente é algo que não existe: a especialidade e a subsidiariedade são casos de unidade de lei ou de norma”, avançando até que, na verdade, “de forma plural, os tipos convocados nunca se encontram todos preenchidos”. Do mesmo entendimento comunga Lobo Moutinho, referindo que o concurso aparente é a “identidade do crime simples, equivalendo a concurso nenhum”. O que está em causa é a convergência, afirma, sobre a mesma situação concreta, de várias normas incriminadoras, potencialmente aplicáveis, mas vem a concluir-se pela aplicação de apenas uma, com exclusão das outras. MOUTINHO, 2005 e ALMEIDA, 2004, 137.

⁸⁹ DIAS, 2007, 993.

⁹⁰ Exemplo de escola desta relação de especialidade é aquela relação que se estabelece entre um tipo fundamental e o respectivo tipo agravado ou privilegiado: v.g., a relação que se estabelece entre o tipo de homicídio simples e o qualificado. Numa posição inovadora, o autor vem defendendo a inclusão nestas hipóteses de especialidade da relação que intercede entre o tipo de homicídio e o tipo de ofensa à integridade física, visto que, pressuposta uma unidade de comportamento, existe entre os dois tipos legais de crime uma relação de implicação conceitual que preside à categoria de especialidade. Mais exemplos em DIAS, 2007, 994 e 995.

⁹¹ Exemplo das hipóteses consideradas é a relação entre o tipo de tentativa de violação e a consumação do tipo de coacção sexual. Aqui, não há dúvidas que estamos perante um concurso de crimes, e não perante uma relação de especialidade, como afirma a maioria da doutrina alemã. Se de outra forma se pensasse, “ficaria à partida por considerar que o agente produziu o resultado típico da lei excluída, o qual não se contem na lei prevalecente sob a forma tentada.” DIAS, 2007, 996.

⁹² Numa linha de raciocínio semelhante, Lobo Moutinho considera que existirá relação de subsidiariedade quando as normas se apresentem numa relação de interferência estabelecida

aplicado somente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal, em abstracto também aplicável, que comine pena mais grave.”⁹³ Por outras palavras, *lex primaria derogat legi subsidiariae*. Dentro desta relação lógica de sobreposição, Figueiredo Dias faz uma subdistinção: subsidiariedade expressa e subsidiariedade implícita. No primeiro grupo encontramos os casos em que, de forma expressa no texto legal, se restringe a efectiva aplicação da norma, dependendo, para o efeito, da inexistência de outro tipo legal que comine pena mais grave.⁹⁴ Esta forma de subsidiariedade merece dois reparos: por um lado, o legislador recorre a ela com demasiada frequência, como forma de evitar lacunas de punibilidade; por outro lado, é patente a falta de critério na sua utilização. O segundo grupo de casos, integrantes das relações de subsidiariedade implícita, reconduz-se às hipóteses em que, “apesar do silêncio da lei a propósito, o legislador entendeu criar, para alargamento ou reforço da tutela, tipos legais abrangentes de factos que se representam ou como estádios evolutivos, antecipados ou intermédios, de um crime consumado; ou como formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico”⁹⁵.

Portanto, a par da categoria do concurso efectivo de crimes, este autor integra na categoria do concurso aparente aqueles casos em que se verifica uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis, mas em que, a nível individual, os sentidos e conteúdos dos ilícitos que integram o concurso se interceptam de um modo tal que a sua punição e valoração integral comportaria uma injustiça. Nas palavras do autor, o concurso aparente é integrado pelos casos em que, “preenchendo o comportamento global mais que um tipo legal concretamente aplicável, se verifica entre os sentidos de ilícito existentes uma conexão objectiva

com base nas extensões ou campos de aplicação das normas, podendo esta subsidiariedade ser extensiva ou intensiva. MOUTINHO, 2005, 992.

⁹³ DIAS, 2007, 997. Recorde-se que Eduardo Correia não reconhecia qualquer utilidade à categoria agora analisada, afirmando tratar-se de um “luxo de afinamento de conceitos”.

⁹⁴ A subsidiariedade expressa pode ainda subdividir-se em especial ou geral, consoante o tipo legal nomeie, de forma específica, outro tipo aplicável ou não. ANDRADE, 2009, 177.

⁹⁵ DIAS, 2007, 999. Resta salientar que, nos conjuntos considerados, apesar de não se apresentarem como categorias estanques, se pode subsumir ora os tipos legais que punem actos preparatórios, cuja aplicabilidade é preterida em relação ao tipo que prevê o crime na forma tentada ou consumada (de que são exemplo as incriminações constantes dos arts. 271º, 274º ou 334º do CP), ora, já no segundo conjunto, os crimes de perigo em relação aos crimes de dano correspondentes (de que são exemplo as incriminações constantes dos arts. 291º e 292º do CP).

e/ou subjectiva tal que deixa aparecer um daqueles sentidos de ilícito como absolutamente dominante, preponderante, ou principal, e *hoc sensu* autónomo.”⁹⁶ Com esta prevalência, determina-se o aparecimento dos restantes sentidos de ilícito como dominados, subsidiários ou dependentes.

Figueiredo Dias elaborou ainda critérios em função dos quais podemos aferir da existência da categoria do concurso aparente que, apesar de não se revelarem compartimentos estanques de arrumação das várias hipóteses, devem ser devidamente considerados. O autor avança o “critério da unidade de sentido de acontecimento ilícito global-final”. Funcionando em exclusivo para os factos dolosos, este critério abarca aqueles casos em que “o agente se propôs à realização típica de certa espécie”⁹⁷ e, para a alcançar, utiliza, com dolo necessário ou eventual, meios que já são em si mesmo puníveis. Por conseguinte, neste grupo encontramos os factos tipicamente acompanhantes e os factos posteriormente acompanhantes.⁹⁸ Em segundo lugar, enuncia o “critério do crime instrumental ou crime-meio”, que abrange os casos em que “um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos”⁹⁹. Recorre-se ao critério da “unidade de desígnio criminoso” para revelar, desta feita, o plano do agente, de modo a conferir ao ilícito total um sentido unitário. Determinante da verificação do concurso aparente pode ser, ainda, o critério da “conexão espaço-temporal

⁹⁶ DIAS, 2007, 1015.

⁹⁷ DIAS, 2007, 1016. Nestes casos vislumbra-se um sentido de ilícito dominante e outro dominado. Note-se, ainda, que para o autor é indiferente o número de resoluções ou o momento em que são tomadas, não revelando, no plano objectivo, a existência de uma conexão dos tipos legais violados. Contra este entendimento, defendendo que estamos perante um concurso de normas e que a punição deve dirigir-se, como tal, a um único crime cometido pelo agente *vide* VINAGRE, 2011, 49.

⁹⁸ Em concreto, falamos de concurso aparente aquando da aplicação deste critério nas hipóteses em que o agente comete um furto com escalamento (art. 204º/2/e do CP) provocando danos ao proprietário, ou comete um homicídio e, para ocultar o facto principal, esconde o cadáver (art. 254º/1 do CP). Debate-se a questão do enquadramento do caso do dano provocado na roupa de vítima de homicídio a tiro ou à facada. Tendo em conta que o dano não ultrapassa a esfera da vítima, pode-se afirmar a existência do concurso aparente, pois a conduta danificadora integra-se no sentido predominante de ilícito da conduta principal. Neste sentido *vide* ANDRADE, 2009, 203.

⁹⁹ DIAS, 2007, 1018.

das realizações típicas” que, de acordo com ele, se pode concluir por uma unidade de sentido de ilícito quando se verifique uma certa proximidade espaço-temporal entre os delitos.¹⁰⁰ Por fim, afirma-se a existência de concurso aparente perante uma pluralidade de normas concretamente aplicáveis a “diferentes estádios de evolução ou de intensidade de realização global”, integrando-se aqui os casos em que há a convergência entre a tentativa de um crime especial e a consumação do crime fundamental, onde o problema será o da “concorrência de sentidos dos ilícitos realizados e da determinação do sentido de ilícito absolutamente dominante”^{101/102}.

Acerca da categoria do concurso aparente, dada a ausência de previsão normativa, o regime punitivo terá de ser construído pelo intérprete, de acordo com as “intenções político-criminais e os princípios dogmáticos” do ordenamento jurídico português. Assim, afirma Figueiredo Dias que, apesar de serem plúrimos os tipos legais violados, há uma unidade de sentido de desvalor do ilícito que não se pode ignorar. Portanto, no concurso aparente, pune-se com base na moldura penal do concurso que corresponda ao sentido socialmente dominante de desvalor do ilícito, sendo dentro desta moldura que se determinará a medida concreta da pena, por referência aos critérios gerais.¹⁰³

Ainda no seio desta punição do concurso aparente de crimes, merece ainda destaque o problema que Figueiredo Dias designa por “distonia das molduras penais aplicáveis ao ilícito dominante e ao ilícito dominado” que, no essencial, se reconduz ao caso de “consumpção impura”. Afirma Eduardo Correia que a figura da consumpção impura constitui um dos maiores problemas da temática do concurso de crimes. Segundo o autor, estes são “casos em que a lei descreve um tipo de crime que só se distingue de outro por uma circunstância tal que apenas

¹⁰⁰ Segundo Figueiredo Dias, integram este grupo os casos de actos sexuais de relevo praticados sobre a mesma vítima (art. 163º e ss do CP), em que, não obstante a aparente renovação da resolução criminosa, os podemos reconduzir a uma unidade de sentido de ilícito global, tendo em conta o contexto espaço-temporal. Ver ainda ANDRADE, 2009, 206.

¹⁰¹ DIAS, 2007, 1021.

¹⁰² Para um estudo mais aprofundado *vide* DIAS, 2007, 1015 a 1023.

¹⁰³ DIAS, 2007, 1036 e ss.

se pode admitir tê-la querido o legislador como circunstância agravante, verificando-se que a pena para ele cominada é inferior à do tipo fundamental”¹⁰⁴. Ora, entre considerar cumulativamente a realização do tipo fundamental e do tipo correspondente ao crime especial, e deixar de considerar uma circunstância só qualificativa, o autor defende que será mais correcta e adequada a segunda hipótese, pois fica deste modo assegurado o cumprimento do princípio *ne bis in idem* e garantida a protecção visada pelo tipo especial, já que o tipo fundamental, ainda que de forma impura, a consome.

Figueiredo Dias, como solução dos casos em que o ilícito reputado como “dominado” é ameaçado com uma moldura penal mais grave do que a aplicável ao ilícito “dominante”, defende uma “cisão teórica entre a norma de comportamento e a norma de sanção”¹⁰⁵. Sintetizando, pode afirmar-se que o ilícito dominante continuará a determinar o sentido do facto global. No entanto, a sanção correspondente será atribuída pelas molduras penais mais graves.

Afigura-se, a este ponto, profícua a análise do Ac. do STJ, proferido a 2 de Junho de 2005. Relatando brevemente a factualidade do caso em análise, “tentou o arguido consumir a violação da ofendida, mas perante a resistência desta que impossibilitou a prática de cópula e de coito anal decidiu prolongar a sua conduta, procurando que esta o masturbasse e face à sua recusa, masturbando-se enquanto a beijava na face e no pescoço até ejacular”. Perante estes factos, o STJ entendeu que em causa estava a prática de um crime de violação na forma tentada (art. 164º do CP) e um crime de coacção sexual consumado (art.163º do CP), em concurso efectivo. Esta qualificação jurídica dos factos baseou-se, essencialmente, na consideração de que coexistem duas resoluções criminosas, autónomas entre si: primeiro, o agente tenta violar a ofendida, não havendo

¹⁰⁴ Esta noção alarga-se a todos os casos em que, na protecção de bens jurídicos, dois tipos legais coincidem na sua parte mais importante. Assim, deve aplicar-se apenas aquele tipo legal de crime que garante uma reacção mais larga e perfeita. CORREIA, 1993/B, 207.

¹⁰⁵ Antes de avançar esta resposta para este problema, Figueiredo Dias considera e analisa as soluções apresentadas pela doutrina, nomeadamente por Puppe e Eduardo Correia, concluindo pela refutação da posição destes ilustres professores, pois, a “troca normativa” que propõem poria em causa o próprio fundamento da categoria do concurso aparente. DIAS, 2007, 1026.

consumação graças à resistência desta; segundo, o agente decidiu prolongar a sua conduta, mantendo a vítima sob ameaça grave, praticando actos sexuais de relevo. Perante isto, entendeu o STJ que, em casos como este, os actos subsequentes à violação são considerados desnecessários à normal consumação do crime de violação.

Na doutrina, o caso em análise levantou discussão dirigida a esclarecer a interacção que se estabelece entre o tipo fundamental da coacção sexual e o tipo especial da violação, afastando o STJ a possibilidade de punição do agente a título de crime continuado, na medida em que se verificou uma renovação do processo de motivação.¹⁰⁶ Nesta perspectiva, Helena Moniz entende que, neste caso, se verifica um concurso aparente, segundo a concepção de Eduardo Correia, por relação de especialidade, pelo que se deve dar prevalência ao tipo fundamental do crime de coacção sexual. Sendo assim, relativamente ao primeiro comportamento, a autora considera que os actos de execução do crime de violação integram o crime consumado de coacção sexual. Quanto aos actos subsequentes, ou seja, a punição dos actos praticados após a frustração da violação, a autora, atendendo à nova motivação do agente, entende que merecem punição autónoma nos termos do art. 163º do CP. Assim, esta autora defende a punição do agente por dois crimes de coacção sexual em concurso efectivo.^{107/108}

Já Nuno Vinagre conclui que, no caso em análise, o agente deve ser punido por três crimes: duas tentativas de violação e um crime de coacção sexual consumado, em concurso efectivo. Assim, afasta a possibilidade de violação do princípio da proibição da dupla valoração apontada por Figueiredo Dias, considerando que os actos sexuais de relevo posteriores merecem valoração

¹⁰⁶ Neste encaixo, merecem atenção as declarações de voto de Santos Carvalho, que afirma que o caso assume contornos de um crime continuado, já que os crimes são executados de forma homogénea.

¹⁰⁷ MONIZ, 2005, 299 e ss.

¹⁰⁸ Relativamente a este ponto, Figueiredo Dias faz um reparo. De facto, refere este autor que “se H decide praticar através de actos sexuais de relevo um crime de coacção sexual sobre I mas, no decurso da conduta, toma a resolução de praticar outros actos ou novos ou mais actos com a mesma vítima, ocorridos no mesmo contexto situacional, maxime, espaço-temporal, não deve ser punido por vários crimes de coacção sexual”. Este é um dos casos em que a pluralidade de resoluções é compatível com a unidade de sentido de ilícito do comportamento global. DIAS, 2007, 1008.

penal autónoma e devem, como tal, contribuir para a determinação da medida da pena.¹⁰⁹

Figueiredo Dias, numa posição inovadora, defende que a matéria de facto deveria integrar a categoria, por ele reformulada, de concurso aparente. Nestes casos de convergência entre a tentativa de um crime especial e a consumação do crime fundamental, e em que se deve afirmar a pluralidade de normas concretamente aplicáveis, o problema reside na “concorrência de sentidos de ilícitos realizados e da determinação do sentido de ilícito absolutamente dominante”¹¹⁰. Por ser assim, a solução mais correcta será a punição por concurso aparente, aferido pelo critério dos diferentes estádios de evolução ou de intensidade da realização global, visto que a qualificação do caso como Unidade de Norma seria uma violação do mandato de esgotante apreciação do ilícito, e a integração na categoria do concurso efectivo consubstanciaria um desrespeito pela proibição de dupla valoração.

Uma última palavra nos cabe dizer relativamente ao Ac. do TRL, de 29 de Junho de 2010, estando em causa a relação que se estabelece entre os tipos legais de crimes de burla (art.217º do CP) e falsificação de documentos (art.256º do CP). Sobre isto, veio o STJ, no seu Ac. de 4 de Maio de 2000, confirmar o entendimento anterior de que “no caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e burla (...), verifica-se concurso real ou efectivo de crimes”. Exclui, portanto, a existência de relações de especialidade, subsidiariedade ou consumpção, visto que, na perspectiva do tribunal, são distintos os bens jurídicos tutelados pelos tipos legais em causa: enquanto que o crime de burla protege o património, o crime de falsificação protege “a verdade intrínseca no documento enquanto tal”¹¹¹.

Em anotação aquele Ac. de 2000, Helena Moniz defendeu que, nos casos em que se verifique uma unidade de resolução criminosa, e a falsificação de documentos seja utilizada como meio para atingir a burla, o agente somente deve

¹⁰⁹ VINAGRE, 2011, 72.

¹¹⁰ DIAS, 2007, 1021.

¹¹¹ DIAS/ANDRADE, Ano VIII, 23.

ser punido pela prática de um crime de burla, atenta a relação de consumpção que se estabelece entre os tipos legais. A autora desvaloriza o facto de os crimes protegerem bens jurídicos diferentes, e considera uma violação do princípio da proibição de dupla valoração a punição nos termos do concurso efectivo.¹¹²

Já o Ac. do TRL a que nos referimos elenca sete argumentos para a actualização da jurisprudência do STJ. Entre eles, consta a recente doutrina apresentada por Figueiredo Dias sobre a temática, acabando por concluir que o agente deve ser punido pelo concurso aparente dos crimes de burla e falsificação de documentos, de acordo com a construção de Figueiredo Dias. Este autor enquadra os casos de relação entre burla e falsificação nas hipóteses abrangidas pelo “critério do crime instrumental ou crime-meio”, desde que se observem duas considerações fundamentais: “o acto de falsificação deve ser levado a cabo unicamente no contexto situacional da realização do crime-fim, e de nele esgotar a sua danosidade social; e a de a falsificação constituir já uma parte do ilícito de burla”¹¹³. Neste circunstancialismo, não se pode negar a existência de concurso de crimes. Contudo, a punição pelo art. 77º do CP revela-se injusta.

Já Luís Duarte D’Almeida, na medida em que nega a existência de um qualquer concurso aparente de normas, defende que punir o crime de falsificação e de burla a título de concurso efectivo é excessivo, preferindo, portanto, a sua punição a título de continuação criminosa. Para tal defende que tem de se verificar, entre os crimes em análise, uma significativa conexão objectiva – que se verifica, segundo o autor, porque estes dois crimes protegem fundamentalmente o mesmo bem jurídico, o património do lesado – e uma conexão subjectiva, que se reflecte na existência de um único desígnio criminoso – que se verifica apenas nas situações em que o propósito da falsificação é apenas e só para auxiliar o engano.¹¹⁴

¹¹² MONIZ, 2000, 457 e ss.

¹¹³ DIAS, 2007, 1019. Resta mencionar ainda o facto de que, para o autor, não é indispensável a verificação da unidade de resolução, contrariamente ao que defende Helena Moniz.

¹¹⁴ ALMEIDA, 2004, 113 e 114. Ver ainda MONIZ, 2011, 327.

Consideraram-se importantes estas breves considerações acerca da teoria do concurso aparente de Figueiredo Dias e a sua aplicação prática pelos tribunais portugueses para agora, com toda a certeza, afirmar que toda a temática do crime continuado em nada se confunde com ela: se, depois da análise acurada dos requisitos objectivos e subjectivos que fundamentam a reiteração criminosa, não se verificasse a unificação normativa própria do crime continuado, então estaríamos perante um autêntico concurso efectivo ou puro de crimes, e não perante uma qualquer hipótese de concurso aparente, afirmando Figueiredo Dias que, por ser assim, a figura do “crime continuado constitui um tertium genus relativamente às figuras do concurso efectivo e do concurso aparente.”¹¹⁵

¹¹⁵ DIAS, 2007, 1033.

CAPÍTULO II

SOBRE A LIBERDADE PESSOAL COMO CAMINHO LEGÍTIMO PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE CULPA

A Liberdade Ético-existencial da Pessoa como Fundamento Último da Culpa

1. A liberdade e a dignidade da pessoa humana

A posição que o indivíduo, abstractamente considerado, ocupa no Mundo é marcada por duas dimensões que, apesar de opostas, se complementam. Se, por um lado, ele é parte integrante de um contexto social formado pelas relações de vida características da vida em sociedade, onde ideais como os da entreatajuda, igualdade e liberdade demarcam essas relações sociais, já por outro lado, cada indivíduo é tomado como uma pessoa concreta, investida de uma esfera jurídica e pessoal repleta de direitos e deveres, sendo, por isso, detentor do seu espaço de autodeterminação na sociedade, espaço esse que permite a autonomia necessária para a melhor condução da sua conduta, tanto a nível social, como pessoal.

Destas duas dimensões características do existir humano resultam duas ideias cuja explicitação é necessária à boa compreensão das linhas que neste capítulo vão ser desenvolvidas. Em primeiro lugar, denota-se o reconhecimento da dignidade que à pessoa humana se atribui. Os ensinamentos constitucionais afirmam a dignidade da pessoa humana como uma “esfera constitutiva da República Portuguesa”¹, na medida em que lhe tem subjacente um princípio material, que explana a ideia de que o indivíduo é “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”². Assim, juridicamente considerada, a dignidade da pessoa humana afirma o indivíduo como núcleo redentor e, por isso, limite inultrapassável, das reacções criminais aplicadas pela máquina sancionatória do Estado. Em segundo lugar, é certo que esta dignidade que se atribui à pessoa humana é acentuadamente demarcada pelo valor da liberdade: liberdade de pensamento, liberdade de conduta e, sobretudo, liberdade de responsabilidade. Esta ideia de liberdade é fundamental para atribuir

¹ CANOTILHO, 2003, 225.

² CANOTILHO, 2003, 225.

à culpa uma dimensão ética, essencial à análise da realização e desenvolvimento do ser-livre da pessoa e da sua violação, tanto do dela como dos que a rodeiam.³

Por ser assim, afigura-se mister perguntar: Será uma pessoa verdadeiramente livre? Como se exprime essa liberdade? Como se reflecte nela a questão da culpa?

No que ao nosso tema de estudo interessa, e porque, é na menor vontade criminosa do agente e no crescente relaxamento da sensibilidade perante os comandos jurídicos protectores de bens jurídico-penalmente relevantes, resultantes de um conjunto de factores, que reside a culpa atenuada do agente que cunha todo o conceito de continuação criminosa, estamos em crer que a definição e análise de todo o *quantum* de liberdade que o agente experiencia na hora de se decidir pela prática dos crimes é fundamental para o traçado de um virtuoso caminho ao nosso objectivo. Assim, a todo o conceito de liberdade é necessário despende umas linhas deste estudo.

2. A liberdade ético-existencial – a concreta liberdade do homem no seu sentido mais fundamental

Seguimos de perto os ensinamentos de Figueiredo Dias, quando afirmamos que a liberdade ético-existencial de cada um há muito superou aquele indeterminismo que lhe era imputado pelo facto de se ligar a culpa ao poder da vontade, ao livre arbítrio, ao poder que o agente tinha de agir de outra maneira, não o fazendo. Hoje, a liberdade encontra-se reflectida nos actos que cada um pratica, tomados em consideração individualmente, por serem um reflexo da sua própria personalidade. No entanto, a real liberdade não é apenas aquela determinada, que nos é perceptível, que vemos e que tocamos; pois, como liberdade que é, isto é, pano de fundo de uma realidade que vai mais além do que o próprio acto determinado, tem ela própria de representar o último reduto de possibilidade de determinação de uma qualquer realidade.

³ DIAS, 2007, 514.

Estamos em crer que, em ordem a que se consiga estabelecer a simbiose perfeita entre as dimensões liberdade e realidade, ou seja, para que se chegue ao concreto real do que a liberdade pode atingir para o indivíduo, teremos de passar pela análise da mais complexa de todas as existências: a *existência da pessoa humana*.⁴ E quando se fala aqui de “pessoa humana”, falamos do homem concreto, deixado de ser considerado isolada e abstractamente, para ser inserido num contexto social, contexto esse onde existe, agindo. E o foco é precisamente este: é neste específico existir, que se possibilita através do agir, que se vai procurar a real liberdade, aquela liberdade que é concreta daquele específico indivíduo, naquele preciso momento. Dito de outro modo, é a percepção daquilo em que consiste a *essência* do homem que constitui o primeiro degrau naquela que é a escada complexa da intelecção da existência da pessoa humana, pois a compreensão daquilo que hoje é o *existir humano* está intrinsecamente dependente de uma prévia análise da evolução desse existir.

A consideração do homem como um ser concreto, que age num determinado contexto social, nem sempre foi uma realidade. De facto, ao tempo das teorias do idealismo alemão, o homem e o seu concreto existir, eram considerados abstractamente, descontextualizados e à margem das relações sociais estabelecidas com os seus pares. Era o homem abstracto o ponto de partida para a análise do seu próprio existir.

No entanto, com o evoluir dos estudos incidentes nas Ciências Sociais e Humanas, surge toda uma nova compreensão daquilo que *é e como existe* aquele ente a que chamamos Homem. Neste processo evolutivo, onde o estudo da Astrologia desempenhou um papel de destaque na verdadeira captação da essência humana, em ordem a uma real percepção do existir humano, intervieram duas vias, que não se sobrepuseram mas que se complementaram.⁵ Começou-se por perceber que o Homem deve ser considerado no plano do concreto, com a sua existência contextualizada a nível social, onde ele interage com os outros, estabelecendo relações sociais. A este plano sociológico estava ligado, ainda

⁴ DIAS, 1995, 117 e ss.

⁵ DIAS, 1995,136.

numa primeira fase, um outro, o plano biológico. Assim, o Homem era um ser concreto, mas o existir humano era algo de “puramente imanente”⁶, ou seja, o Homem *era* através de puros processos orgânicos, sendo que tudo o resto eram meios auxiliares de realização do seu Eu. Este entendimento das coisas impossibilitava a real percepção do *existir*, pelo facto de, gradualmente, se ter percebido que a consciência de cada Homem concreto se reflectia nos seus actos. Assim, numa segunda fase, o Eu reflecte-se no agir, nos conjuntos de actos tomados por cada um em concreto, numa determinada situação espaço-temporal.⁷

A *essência* do Homem, isto é, o núcleo do existir humano, sofre uma verdadeira transformação de interpretação, pois deixa de ser simplesmente imanente à pessoa humana, definida previamente por uma qualquer natureza, para passar a ser reflectida nos actos que cada um pratica,⁸ pois acredita-se que só agindo é que o Homem *é* aquilo que é.

E porque é necessário ter liberdade para agirmos de acordo com aquilo em que acreditamos, é precisamente neste contexto de existência que atingimos a *verdadeira liberdade pessoal* de um concreto individuo.

Quando é que somos livres? Quando somos fiéis à nossa *personalidade*.⁹ Cada indivíduo tem a sua própria personalidade, caracterizada por modos de ser e de pensar que faz dele a pessoa concreta que é. A ser assim, atingimos a nossa verdadeira *liberdade* quando agimos de acordo connosco próprios, com os valores que possuímos em nós mesmos, reflectindo assim o nosso comportamento o nosso verdadeiro Ser, fazendo do homem que age sempre um *ser-livre*.¹⁰

⁶ DIAS, 1995, 137. É nos estudos elaborados por Gehlen que se encontram teorizadas e acabadas estas tendências assentes num prisma biológico.

⁷ DIAS, 1995, 138. Foi Husserl que reduziu a consciência ao “eu”, isto é, o Homem é através dos factos que pratica.

⁸ DIAS, 1995, 138.

⁹, 1995, 144.

¹⁰ *Ser-livre* é ter o nosso ser, a nossa personalidade, as nossas ambições, os nossos medos, presentes em todas as nossas acções e motivações que nelas culminaram, sejam elas extraordinárias ou quotidianas, carregadas de sentido ou do mais mundano que pode existir. DIAS, 1995, 148.

No entanto, porque vivemos em sociedade, e porque esta é construída sobre princípios e valores fundamentais à co-existência e convivência de pessoas tão distintas umas das outras, a nossa real liberdade nunca poderá ser *absoluta*. Efectivamente, cada um de nós tem de existir no mundo, mas não pode existir absolutamente, sem limites ou obrigações, pois tem necessariamente de haver uma moldagem do nosso existir ao espaço e ao tempo onde ele se efectiva, pois nesse espaço e nesse tempo existem leis e entes que, a nós e à nossa personalidade são estranhos, mas que necessariamente nos limitam.¹¹

Na medida em que o homem age porque tem de existir no mundo concreto, esse agir de acordo com a sua própria personalidade materializa-se na adopção de comportamentos que, para quem os toma, são dotados de um sentido, em princípio dirigidos a um específico objectivo. Se isto é assim, então todos os comportamentos são precedidos por uma qualquer *decisão*, concreta e fundamentada, da qual o homem, simplesmente porque existe, não se pode furtar.¹² Essa decisão, até ser tomada, passa por uma espécie de processo de formação que é desencadeado por uma qualquer *motivação*,¹³ motivação essa que apenas tem um *sentido* para a pessoa que age, na medida em que é gerada no âmago da sua autodeterminação, na realização do seu concreto existir, do seu Ser.¹⁴ E porque este Ser reflecte na sua mais verdadeira acepção o modo de vida de quem age, então temos patente a verdadeira *liberdade pessoal* da pessoa concreta, e que portanto, se pode afirmar de ser sempre *ser-livre*.

¹¹ Daí que “a concreta liberdade humana implica sempre condicionamento, obstáculo, resistência e é sempre oposição, processo, luta.” DIAS, 1995, 145.

¹² DIAS, 1995, 146.

¹³ DIAS, 1995, 147.

¹⁴ DIAS, 1995, 147.

CAPÍTULO III

SOBRE A CULPA JURÍDICO-PENAL

O Princípio da Culpa

1. A historicidade do conceito de culpa

A importância da determinação do conceito de culpa e daquilo em que consistia o princípio que dela partia, surgiu no século XIX, com o naturalismo positivismo. À época, aqueles estudiosos do *monismo científico* aperceberam-se da urgência em operar uma total cisão dos conceitos de ilicitude e de culpa, pois notaram que as realidades que compunham o facto punível seriam relativas a duas dimensões bem distintas: ou a acções que operam modificações no mundo exterior, subsumíveis num tipo legal de crime, isto é, uma acção típica e ilícita, ou a processos internos do agente, ou seja, àquela conexão psicológica entre o agente e o facto, tornando culposa a acção praticada, surgindo, assim, o conceito *psicológico* de culpa.¹ No entanto, cedo se veio a perceber que o Direito, como ramo fundamental que é, lida com realidades que vão para lá do empiricamente demonstrável. Por outro lado, com a compreensão de que também os elementos normativos em muito contribuem para a descoberta da censura em que a culpa se reflecte, ficou clarividente que a culpa em si vai muito mais além do que aquela ligação psicológica entre o agente e o facto praticado. Confrontado com tais aporias, o conceito psicológico da culpa soçobrou, cedendo lugar a uma concepção de culpa *normativista*, caracterizada pela acentuada tendência de a culpa se descolar do mundo do “ser” naturalista, para se situar no mundo do “dever-ser” orientado por princípios e valores com relevância social. Na concepção de culpa normativista, ganharam o papel principal os elementos normativos, considerados pontos de partida para a classificação de uma acção como censurável e conseqüentemente culposa. O juízo de censura ganhou, aqui, um papel preponderante, na medida em que uma acção é censurável e culposa

¹Este conceito de culpa surgido no séc. XIX ficou denominado de conceito psicológico da culpa, precisamente por o conceito de crime e todos os seus elementos serem compreendidos à base de uma culpa psicológica. DIAS, 2007, 239 e ss.

pelo facto de o agente ter agido daquele modo determinado e não de outra maneira.²

Uma breve análise e contraposição destas duas concepções deixa logo a evidenciar que o conceito de acção permanece basicamente o mesmo, isto é, acção continua a ser aquele comportamento capaz de operar modificações no mundo exterior subsumível num tipo legal de crime. No entanto, se com o conceito psicológico da culpa se tornou claro que existem dois tipos de ligações psicológicas entre o facto e o agente, o dolo e a negligência, com o conceito normativo de culpa, nucleado na ideia de censurabilidade, surgiram novos elementos de análise dessa mesma censurabilidade, como a capacidade de culpa, a imputabilidade, a exigibilidade e a consciência do ilícito.³

No entanto, estes novos elementos, pela forma como apareceram, não reflectiram uma verdadeira e válida distribuição daquilo que é o puro juízo e daquilo que é o juízo censurável. E é esta crassa distribuição que origina as críticas da escola *finalista*. Estes estudiosos do Direito operaram uma mudança no conceito de acção que se reflectiu na categoria da culpa. Para os finalistas, a acção é o culminar de todo um processo causal, na medida em que o homem age com vista a atingir fins pré e mentalmente determinados, usando para o efeito todos os meios ao seu dispor.⁴ A ser assim, a culpa, para ser verdadeiramente normativa, teria de reflectir apenas e só o juízo de censura, não podendo abarcar nem o dolo nem a negligência, que passariam a ser elementos integrantes do tipo, reduzindo-se a culpa, assim, a um puro juízo de valor, constituído por elementos de índole estritamente normativa. Esta doutrina finalista da culpa, no entanto, apresentou logo *a priori* uma aporia difícil de ignorar e de ultrapassar: a redução da culpa a um mero juízo de valor compromete irremediavelmente aquela sua função fundamental de limitação da intervenção do poder punitivo do Estado, pois se a culpa ocupa um lugar de destaque a nível político-criminal no sistema

² DIAS, 2007, 242 e ss.

³ DIAS, 2007, 239 a 244.

⁴ “Toda a acção humana é assim supradeterminação final de um processo causal”. DIAS, 2007, 245.

penal, e se a aplicação de uma qualquer pena depende se o facto foi praticado com dolo ou negligência, então tais elementos têm que vigorar como matéria de culpa.⁵

Apesar de todas as concepções de culpa apresentadas revelarem todas significativas aporias, todas elas assentaram e contribuíram para que hoje se dê à culpa aquele reconhecimento inabalável de que ela própria é um elemento fundamental do sistema penal, cumpridora de funções político-criminais fulcrais à manutenção de um estado de Direito.

2. O princípio da culpa

O Direito Penal, no seu caminho de cumprimento daquela função de protecção dos interesses da comunidade social, bem como naquela função de garantidor das condições necessárias à realização da personalidade do indivíduo, vê-se, no entanto, mediado por um princípio nucleado na ideia de responsabilidade, em que um homem, para o ser, tem de se sentir responsável pelos actos que pratica: o *princípio da culpa*. Este princípio é, no ordenamento jurídico português, apesar de ser alvo dos mais brutais dos ataques daqueles que afirmam que, a ser assim, reduz-se o direito penal a um puro livre-arbítrio, desprovido de qualquer realidade social, um princípio nada implícito no sistema jurídico-constitucional, considerado fundamental na compreensão do Direito Penal. De facto, ao constatar que o Direito Penal orienta um caminho no sentido da protecção de bens jurídicos e de interesses considerados socialmente relevantes, a ideia de *necessidade* surge como um primeiro passo na intervenção do Direito Penal. No entanto, é a *culpa* o catalisador máximo dessa intervenção, representando o ponto óptimo onde se convergem os factores necessários para uma construção de um Direito Penal capaz de evolução, prático e credível.

Ao analisar o papel que a *culpa* desempenha no Direito Penal, encontra-se um mesmo caminho, com dois sentidos opostos, e, contudo, complementares. Por

⁵ DIAS, 2007, 247 e 248.

um lado, é no âmbito da própria construção do conceito de crime que a categoria da culpa desempenha uma função de catalisador da intervenção do Direito Penal, na medida em que não pode haver lugar à aplicação de uma pena só pelo facto de o agente ter praticado um acto ilícito-típico, pois é também necessário que esse acto ilícito-típico tenha sido praticado com culpa; no entanto, por outro lado, se é a culpa que instiga o Direito Penal a intervir no caso concreto, é também a categoria de culpa que erige limites a essa mesma intervenção, na medida em que o limite da medida da pena encontra-se materializado na medida da culpa com que o agente actuou no caso concreto. Por outras palavras, não pode haver atribuição de uma pena sem que se prove a culpa do agente e, a provar-se, a medida da pena não pode nunca ultrapassar a medida da culpa.

A percepção da essencialidade do princípio da culpa e do seu profundo significado no Direito Penal foi mérito indubitável das teorias da retribuição, no âmbito da discussão das finalidades que as penas desempenham no ordenamento jurídico português. Estas teorias, reflectindo o princípio do talião “olho por olho, dente por dente”, que atribuíam à pena uma finalidade de expiação ou de compensação do mal que com o crime foi provocado, viram na medida da culpa a variável indispensável à determinação de uma pena que fosse o “justo equivalente”⁶ do dano real que o facto acarretou. A ser assim, assentando o sistema punitivo na ideia basilar do respeito pela esfera da liberdade e da dignidade do homem, a pena concreta a aplicar dependeria directamente da acção típica-ilícita do agente e da culpa que nessa acção estaria reflectida. Por outras palavras, não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode nunca ultrapassar a medida da culpa. Foi neste caminho talhado pela retribuição que o princípio da culpa se tornou essencial na aplicação de uma pena, tornando-se uma autêntica barreira quando essa aplicação viole um dos princípios

⁶ DIAS, 2007, 45.

orientadores do sistema sancionatório português: a dignidade da pessoa humana.^{7/8}

As exigências preventivas, gerais e especiais, que uma pena deve cumprir, quando ponderadas, indicam o máximo que a pena a aplicar no caso concreto pode atingir sem comprometer irremediavelmente a dignidade da pessoa do agente e a realização da sua individualidade. A tutela dos bens jurídicos é a causa máxima de toda esta dinâmica jurídica, onde a culpa assume o papel de *proibir o excesso do intervencionismo estatal*, na medida em que, apesar de não fundamentar a aplicação de uma pena⁹, constitui pressuposto imprescindível e limite intransponível da sua aplicação.

⁷ Apesar de ser fundamental na compreensão da dinâmica do Direito Penal democrático de hoje, a teoria absoluta da retribuição não pode ser aceite. Sem muitas delongas sobre este tema, o Estado, em última caso intervém na tentativa de assegurar uma vida em comunidade, com espaço para a realização pessoal de cada um. Nas teorias absolutas da retribuição, a aplicação de uma pena aparece completamente dissociada destes ideais, sendo esta apenas uma mera compensação do mal que pelo agente foi causado. Para além desta completa cisão da ideia de que a pena deve, efectivamente, cumprir uma finalidade, aquela aparece como uma entidade que sanciona o pecado e o vício, notando-se uma ausência de preocupação com a efectiva protecção dos bens jurídicos susceptíveis de violação. Assim, a intervenção penal, que se materializa com a aplicação de uma pena, é completamente desprovida de sentido e consequentemente ilegítima. DIAS, 2007, 45 a 49.

⁸ No entanto, a aceitação dos benefícios do princípio da culpa não é, de todo, pacífica. São alguns os autores que desde à muito defendem a sua superação, avançando das mais contrastantes soluções para que se consiga dar resposta a todos os problemas práticos que eventualmente surjam. Exemplificando, enquanto que Baurmann afirma a sua substituição pelo conceito de permeabilidade do agente ao apelo normativo, já Kargl afirma que é o direito constitucional e as suas instituições básicas que devem servir de assento ao direito penal. Por sua vez, Scheffler afirma que é a criminologia e a simbiose estabelecida entre a responsabilidade objectiva e o princípio da proporcionalidade que devem fundar o direito penal. ROXIN, 1991, 530 a 533.

⁹ Relativamente à questão de a culpa ser ou não fundamento para a aplicação de uma pena, na doutrina as opiniões dividem-se. Figueiredo Dias atenta na não *biunicidade* na relação entre a pena e a culpa. Explica que se é verdade que para haver a aplicação de uma qualquer pena é necessário que o agente tenha praticado uma acção ilícita-típica e culposa, não é menos verdade que, perante uma acção com as mesmas características, muitas das vezes não se verifica necessidade de aplicar uma qualquer pena. A nível legislativo, reflectindo esta ideia, encontramos no direito português o instituto da dispensa de pena, no art. 74º do CP. De facto, apesar da prática de uma acção típica-ilícita e culposa, em muitos casos acontece que o facto concreto, considerado na sua globalidade, não é dotado de qualquer dignidade penal que ponha em curso a intervenção efectiva do sistema sancionatório. Lança-se mão de toda a doutrina da consequência jurídica do crime, mas, quando averiguadas as exigências preventivas registadas no caso concreto, a aplicação de uma reacção criminal se revela desajustada. DIAS, 2007, 280. Um outro autor, Faria Costa, nas suas palavras referentes a esta temática, vai afirmando também que é o princípio unilateral da culpa que preside a toda a doutrina penalista nesta matéria, deixando afastada qualquer bilateralidade que se quisesse atribuir ao princípio da culpa, ou seja, deixando arredada a ideia de que a culpa é pressuposto, fundamento, limite e medida da pena,

§ 6

A Construção do Conteúdo Material do Conceito de Culpa Jurídico-Penal

Constatando-se que a temática da culpa sofreu uma evolução que brotou das relações entre as pessoas, é a correcta compreensão do valor da liberdade como direito que possibilita uma acurada compreensão do conceito de culpa no geral, e de culpa jurídico-penal em particular, na medida em que é a liberdade que reflecte a capacidade de cada um em se autodeterminar perante a sociedade, regendo assim da melhor maneira a sua conduta pessoal. A ser assim, e porque a nossa capacidade de responsabilidade deriva imediatamente da liberdade de acção no caso concreto, é correcto afirmar que todas as formas de culpa, da negligente à grosseira, têm como fio condutor a medida de liberdade que o agente tinha no momento da prática do facto. O valor da liberdade, percebido segundo pontos de vista diferentes ao longo dos tempos, oferece a possibilidade de agrupar as teses que foram surgindo sobre a culpa em dois grandes grupos: as teses da culpa da vontade e as teses da culpa da pessoa.

tal como preconizavam as teorias da retribuição. No entanto este autor indaga se será este, necessariamente o sentido das coisas. Afirma Faria Costa que é naquele poder que o Estado detém de interferir na esfera pessoal dos indivíduos, o *ius puniendi*, que se coloca a possibilidade de a culpa *fundamentar* a atribuição de uma pena. Vai explicando que o que baseia um juízo de não-culpa é, efectivamente, a possibilidade, em teoria, de se poder emitir, sobre aquele específico caso concreto, um juízo positivo de culpa. Concretizando: no instituto de dispensa de pena opta-se pela não aplicação de uma sanção penal, apesar de estarmos perante um facto típico, ilícito e culposo. Por ser assim, há sempre uma análise ao grau de censurabilidade presente na acção em questão, isto é, há sempre a formação de um juízo jurídico-penal relevante acerca da própria inexistência de culpa. Paralelamente, e atentando ao facto de a dispensa de pena ter de ser inscrita no registo criminal do indivíduo, afirma Faria Costa que há sempre um juízo condenatório pelo facto ilícito-típico e culposo cometido, simplesmente não se lhe impõe uma qualquer pena. Por tudo isto, afirma convictamente que, se no instituto de dispensa de pena há um juízo de condenação, há uma verdadeira pena e, por conseguinte, a culpa é realmente um fundamento de qualquer sanção penal, fazendo jus e conferindo autêntica legitimidade ao principio bilateral da culpa. COSTA, 1992, 373 a 387.

1. A liberdade entendida como livre-arbítrio e o poder de agir de outra maneira

A aceitação da realidade de que cada um de nós não é considerado isoladamente, mas sim tendo em conta as regras sociais que imperam no contexto em que cada um vive, levou à constatação, em tempos, de que nós agimos por *vontade*. No entanto, a nossa vontade não está expressa totalmente nos actos que tomamos, na medida em que aparece condicionada por um sem número de factores, que podem estar directamente ligados à possibilidade fáctica de esse acto ter lugar, ou ligados ao respeito que é necessário manter pelas regras sociais do contexto onde o agente que pratica o acto convive, ou até mesmo ligado às próprias necessidades pessoais, motivações ou impulsos desse mesmo agente.

Estamos *mesmo* investidos de um *livre arbítrio* na tomada das nossas decisões e, conseqüentemente, no agir que daí resulta?¹⁰

Quando reflectimos sobre a nossa existência como seres humanos, assume-se como inato, até pela natureza das coisas, que cada pessoa, na esfera da sua acção, esteja investida da completa capacidade de decidir *se* e *como* agir perante uma situação concreta. No momento em que se equaciona a relação que existe entre a liberdade e a culpa, ressalta logo a ideia de que a *vontade* e a capacidade de cada um de controlar impera na hora de agir. Assim, a culpa, no caso concreto, e a liberdade que lhe deu lugar, traduz-se directamente na acção, tornando-a mais ou menos censurável: eticamente, a análise da censurabilidade da acção faz-se consoante a possibilidade que o agente, no caso concreto, tinha de actuar de acordo com o Direito e o dever, e escolheu não o fazer. Por outras palavras, a liberdade reflecte-se na culpa quando o agente *podia ter agido de outra maneira* no caso concreto e não o fez. Nisto consiste precisamente o *livre-arbítrio*. O livre-arbítrio, como fio condutor da nossa liberdade, analisada através da lupa da tese da culpa da vontade, faz do concreto poder agir de outra maneira

¹⁰ DIAS, 1995, 26 e ss.

um pressuposto absoluto do conceito de culpa.¹¹ Assim, quando se verifica a permeabilidade do agente de se determinar de acordo com as normas e que, apesar de tal capacidade, ele, livre e conscientemente, as violou, está demonstrada a efectiva culpa na vontade em prol do ilícito.¹²

Nesta tese da culpa baseada no livre-arbítrio do agente, as dificuldades que se interpuseram notaram-se a dois importantes níveis: na sua demonstrabilidade e na sua sustentabilidade político-criminal.¹³ De facto, para que a liberdade se reflecta de forma fidedigna no “poder de agir de outra maneira”, indagações como *se, quando e em que medida* esse poder existe têm de obter uma comprovação não só ao nível da teórica mas também a um nível prático, por forma a que, naquela concreta situação, a capacidade de o agente se motivar pela norma e a decisão de actuar ilicitamente seja real, livre e consciente.¹⁴ E tal comprovação revela-se impossível, na medida em que hoje, ciências investidas das ferramentas necessárias para a análise filosófica do existir humano, consideram que a característica de “ser livre” distanciou-se progressivamente da *atitude* que o homem toma, centrando-se na *forma de ser* do homem que age.¹⁵ Assim, a capacidade que o homem tem em escolher como agir perante uma determinada situação concreta não é possível de ser comprovada com o nível de exactidão que deve ser exigido para que se distinga idoneamente acções culposas de não culposas.¹⁶ Por outro lado, a tese do livre-arbítrio é dotada de uma atroz insustentabilidade político-criminal, na medida em que erige as maiores dificuldades, e em diversos níveis, ao princípio da culpa. De facto, a

¹¹ “Culpa é censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele.” DIAS, 2009/B, 183.

¹² DIAS, 2007, 516. O autor afirma que reside aqui o “indeterminismo psicológico indefectivelmente ligada a uma concepção de culpa ética (...)”. DIAS, 1995, 22.

¹³ DIAS, 2007, 516.

¹⁴ DIAS, 2009, 184.

¹⁵ DIAS, 2007, 517.

¹⁶ Este não era o panorama que vigorava em meados do séc. XIX. De facto, à data, os factores exógenos e endógenos que se acreditava que influenciavam a vontade do agir humano eram estudados por uma sociologia e por uma psicologia que, por darem os primeiros passos como ciência capaz do estudo da comunidade, avançavam muito poucas explicitações sobre o existir humano, acreditando na concepção de que o Homem teria plenitude de escolha no *se* e no *quando* na hora de agir, atribuindo-lhe a possibilidade concreta e demonstrável de poder agir de uma maneira em qualquer situação. DIAS, 2007, 517.

impossibilidade de comprovar empiricamente a possibilidade de agir ou não de outra maneira^{17/18}, a parca capacidade que determinados agentes possuem em medir o perigo e em fazer a distinção entre o errado e correcto, tornando-os tendencioso para o crime, e a banalização da desculpa da fraca capacidade de alguns agentes em se motivarem pelas normas legais, torna o factor fundamental da distinção entre acções culposas e não culposas – o “poder de agir de outra maneira” – um veículo potenciador de consequências inoportáveis para a subsistência e credibilidade do sistema sancionatório, bem como para os próprios valores de segurança e estabilidade social.¹⁹

¹⁷ Esta capacidade de autodeterminação que o agente revela no caso concreto, vector principal do poder de agir de outra maneira, para ser jurídico-penalmente capaz na distinção entre “acções livres de acções não livres”, tem de ser real, tem de ser empiricamente avaliável relativamente a uma concreta e determinada pessoa e tem de ser comprovável numa certa situação. Ora, postas assim as coisas, assume Figueiredo Dias a completa inviabilidade de verificar o quantum de capacidade de autodeterminação. DIAS, 2009/B, 186 e 187. De facto, acrescentamos nós, a mesma pessoa pode reagir de diferentes maneiras quando colocada perante a mesma situação, na medida em que a sua individualidade é directamente influenciada pelo estado das coisas e pela sua vivência emocional, variáveis que, por sua vez, estão em constantemente mutação pelo curso normal da vida. Por ser assim, avaliar, num momento posterior ao da prática do facto, se aquela concreta pessoa tinha aquela real capacidade de se determinar perante uma norma jurídica naquela concreta situação, implicaria um conhecimento omnisciente, transcendental, dos contornos daquela relação de vida naquele preciso momento, conhecimento esse que é inatingível.

¹⁸ Ainda houve quem avançasse com tentativas de solução para tornar a comprovação empírica deste poder possível. Lange, Jescheck e Kohlrausch afirmavam, nos seus estudos, que este poder de agir de outra maneira tinha de ser mais abstracto, mais generalizado. Adiantavam que o homem que se deveria ter em conta na análise da capacidade de autodeterminação não era o concreto, mas sim o homem médio. Neste sentido, o poder de agir de outra maneira era aferido, não pelo poder concreto do agente em específico, mas por um poder médio, averiguado segundo as capacidades normais do agente. Deste modo, acreditavam, esbatiam-se as dificuldades que uma análise específica como a anteriormente defendida levantava. No entanto, cedo se percebeu a fundamental aporia desta construção: este novo caminho descurava ainda todos os padrões e exigências do dever social que devem ser tomados em conta na hora da valoração do poder individual do indivíduo. DIAS, 2009/B, 188 e 189.

¹⁹ Apesar das evidentes falhas e das insuportáveis consequências político-criminais que se advinham na teoria da culpa pelo livre-arbítrio, sempre houve quem tentasse superar estas aporias, congeminando soluções, por forma a que o “poder de agir de outra maneira” fosse o fio condutor da distinção entre acções culposas e não culposas. De uma forma geral, as tentativas de aproveitamento deste poder centraram-se em dois esforços conjuntos: primeiramente, o aplicador do Direito teria de se abstrair do significado primário do “poder de agir de outra maneira”, passando a, numa segunda fase, avaliar esse poder de acordo com o que se devia exigir ou esperar daquele concreto agente naquele concreto caso. No entanto, esta nova forma de encarar o poder de agir de outra maneira revelou-se infrutífera, na medida em que as exigências, mesmo mínimas, de segurança e de estabilidade social continuaram a serem postas em causa pela incapacidade de superação das antinomias do livre-arbítrio. DIAS, 2007, 517.

2. A vontade como conteúdo material da culpa jurídico-penal

Perante todos os impasses ao nível das exigências político-criminais e sociais com que a anterior tese se deparava, começaram-se a construir outras vias de solução para uma correcta e consensual definição do conteúdo de culpa.

Quando se equaciona a vontade como reduto último de toda a culpa, torna-se fundamental, no âmbito da dogmática jurídico-penal, perceber a verdadeira dimensão que essa vontade pode atingir. Porque se todos consideram, tendo em conta os limites impostos pelo poder de agir de outra maneira, que é nela que reside o centro de imputação do facto ao agente, já as opiniões se dividem quanto à sua verdadeira essência, repercutindo-se directamente na própria definição e compreensão da culpa jurídico-penal.

2.1. Culpa pela decisão, conscientemente tomada, em actuar contra o dever

Arthur Kaufmann, autor desta tese, defendia acerrimamente que o factor instigador da culpa, e portanto que consubstanciava *materialmente* o seu conteúdo, era aquela decisão do agente em actuar conscientemente em favor do ilícito, funcionando o poder de agir de outra maneira como seu autêntico *pressuposto*. Esta tese, considerando apenas a culpa referida à vontade do agente, é bastante mais exigente e completa do que aquela que apenas se basta com a constatação de que o agente poderia ter agido de outra maneira, na medida em que exige uma dimensão material, ligada a uma decisão de vontade censurável.

No entanto, só assim enunciada, torna-se óbvia a debilidade desta tese: se a culpa se materializa naquela decisão consciente contra o direito, então só há um substrato a considerar na culpa jurídico-penal: o dolo, desconsiderando por completo a responsabilização da negligência. Os problemas que daqui surgem são imediatos: uma actuação negligente-consciente poderá ter na sua base uma culpa material, se o perigo criado o for de uma forma dolosa e o resultado

produzido for essencial à punibilidade; uma actuação negligente-inconsciente nunca poderá ter na sua base uma culpa material na medida em que o agente não actuou conscientemente contra o direito.

As consequências político-criminais desta teoria da culpa seriam manifestamente inoportáveis, na medida em que toda a acção que reflectisse uma negligência inconsciente não poderia, pura e simplesmente, ser punida, apesar de, também aqui, em último reduto, o livre-arbítrio ser uma realidade. A *contrario*, se só a negligência consciente é susceptível de punição, então só a vontade que for livre, porque poderia ter agido de outra maneira, por causa de ter optado conscientemente por ser negligente, é que consubstancia a culpa material.²⁰

2.2. Culpa pela incapacidade de motivação pela norma

A manifestação de uma vontade que resulte num acto objecto de um juízo de censura, por haver a possibilidade de o agente ter podido actuar de outra maneira, torna este poder, simultaneamente, *pressuposto* e *conteúdo material* da culpa jurídico-penal. Por aqui, o “poder de agir de outra maneira” referir-se-á, afinal, à capacidade que o agente tem de se deixar motivar pela norma.

Desde logo se adivinham as aporias apontadas a esta tese. Sucintamente, a culpa, assim entendida, coloca em terreno pantanoso a compreensão de problemas como a imputabilidade, a imputabilidade diminuída e o problema da exigibilidade.²¹ De facto, olhando para a ideia de liberdade que cada um empossa nos actos que pratica, demonstrar e apreender a diferença entre o querer e o poder agir de outra maneira é tarefa complicada para a pessoa na concreta situação, podendo dizer, até, impossível. Mesmo caminhando no sentido de uma certa generalização da compreensão deste poder, sem perder o fundamento ético da

²⁰ DIAS, 1995, 59 a 64.

²¹ Estudo desenvolvido sobre esta temática em DIAS, 1995, 65 a 87.

culpa²², iriam, por uma lado, ser esbatidos certos quesitos fundamentais à valoração da culpa e, por outro, seria inultrapassável o paradoxo que se iria estabelecer entre o poder individual do agente e as exigências do dever social. Mesmo lançando mão de uma generalização mais extensa deste poder de agir de agir de outra maneira, isto é, punir porque “um tal agente” podia agir conforme o direito sob determinadas circunstâncias, numa tentativa de contornar as aporias apontadas, alcançar-se-ia aquele padrão objectivo que se viu indispensável à culpa, mas perder-se-ia aquela ligação entre o facto praticado e a vontade (livre) do agente que o praticou, extinguindo-se, por conseguinte, aquele carácter pessoal da culpa jurídico-penal, transformando a responsabilidade por culpa em “responsabilidade objectiva tarifada.”²³

2.3. A culpa pelo carácter

No momento em que a censurabilidade que pode ser dirigida ao agente pelo facto que praticou, na medida em que poderia ter agido de outra maneira, é tida como a variável fundamental para a definição do conteúdo material da culpa jurídico-penal, há uma referência específica à sua dimensão ética, no âmbito da culpa penal do facto. A consideração isolada desta dimensão ética da culpa cedo se mostrou insuficiente para abarcar determinados tipos de delinquentes, especialmente aqueles que, pelas suas características específicas, nomeadamente ao nível da perigosidade, demonstravam uma tendência especial para a prática do crime. Neste caminho, era assim trazido à luz um paradoxo ao nível das finalidades das penas e das exigências político-criminais, que se revelava urgente resolver: se o juízo de censura de facto era o único fundamento da culpa, então os delinquentes que revelassem uma especial inclinação para o crime, muito por causa dos circunstancialismos externos e das anomalias endógenas ao nível da sua personalidade, beneficiariam automaticamente de um juízo de atenuação de culpa, pois teriam actuado dentro dos limites da sua diminuída liberdade de

²² Isto é, a sua fundamentação na liberdade da vontade do agente.

²³ DIAS, 1995, 84 a 87.

determinação. A ser assim, onde as exigências de defesa e protecção contra a perigosidade criminal de determinados agentes, bandeira de actuação do direito criminal, indiciavam no sentido de uma pena mais rígida, a consideração da dimensão ética da culpa levaria a uma atenuação da pena. Em ordem a evitar esta grave antinomia na luta contra a criminalidade, tornou-se premente que as exigências de prevenção especial tomassem uma posição mais dilatada no momento da definição da moldura penal do facto.

Perante todos estes impasses ao nível das exigências político-criminais e sociais, construiu-se uma outra via de solução para a correcta definição do conteúdo de culpa, que incidia directamente sobre o carácter ou sobre a personalidade do delincente.²⁴ Basicamente, e paralelamente aquela dimensão ética da culpa^{25/26}, aglutinou-se uma outra, a dimensão social, que, com base na personalidade do agente, atendia especificamente à sua menor ou maior perigosidade, reflectindo-se esse *quantuum* directamente na medida da pena. Assim, a distinção entre acções culposas e não culposas assentava, não na vontade que precedeu à prática do específico acto, mas sim na personalidade do agente que, através do acto, encontra a sua mais verdadeira expressão.^{27/28} Era, pois, este o caminho a seguir para uma definição do conteúdo material da culpa

²⁴ Foi com Schopenauer que surgiu aquela ligação estabelecida entre a culpa e o carácter do agente que praticou os factos. Afirmava que o agente, a ser outro, teria sempre a possibilidade de ter praticado uma outra acção. Afirmava que o agente *ser aquele* era a única razão para o cometimento dos delitos. ROXIN, 1991, 518.

²⁵ A vontade do agente que se materializou no facto e a censurabilidade que num momento posterior lhe foi dirigida são dimensões integrantes da personalidade e do carácter de um qualquer delincente, pelo que aquela dimensão ética da culpa não foi nunca abandonada ou substituída por qualquer outra. De outro modo não poderia ser: o delincente só pode ser chamado à responsabilidade quando o seu modo de ser se reflecte na sua actividade. Se isto é assim, a personalidade do agente torna-se culposa quando a ela se possa imputar comportamentos que colidem com os comandos jurídico-criminais instituídos. CORREIA, 1993/A, 323 e 324.

²⁶ CORREIA, 1963/B, 35.

²⁷ Nesta nova tese que surgiu, não se procedeu a uma substituição no vector onde opera a responsabilidade, na medida em que o agente responde sempre pelo facto que cometeu. Simplesmente há uma deslocação do substrato da culpa, que deixa de ser imputado à vontade do agente, para se passar a centrar na sua personalidade. DIAS, 2007, 520 e 521.

²⁸ Acreditava-se que, era através da personalidade do agente que “se asseguraria ao conceito de culpa (...) a sua possibilidade teórica, a sua legitimidade ética e, sobretudo, a sua capacidade para dar resposta suficiente às exigências político-criminais.” DIAS, 2007, 521.

que não colidisse de frente com as exigências de prevenção especial, que tanto se faziam ouvir.

2.3.1. “A culpa na condução de vida” de Mezger

Esta ideia de culpa conectada à personalidade do agente, na sua generalidade considerada, deu os seus primeiros passos nos estudos elaborados por Mezger, que se referia a uma “culpa na condução da vida”.^{29/30} Explicava Mezger que o indivíduo, ao longo da sua vida, vai contactando com experiências que possibilitam a aquisição de hábitos, hábitos esses que poderão ser benéficos ou perigosos. E, por ser assim, este autor viu como impreterível a criação de um instituto que protegesse, sem mais, a sociedade, daquele indivíduo que se tornaria num delinquente inato, precisamente por esses hábitos, nomeadamente os perigosos, tornearem a sua personalidade de uma forma negativa. Assim, pela doutrina da culpa pela condução da vida, Mezger encontrou o caminho para basear a punição do delinquente numa genuína necessidade de defesa, isto é, punia-se o delinquente porque este adquiriu hábitos contrários às exigências do direito ao longo da sua vida. Explicava este autor que, relativamente à doutrina da culpa pela condução da vida, não se teria em conta a globalidade da personalidade do delinquente, isto é, a sua real personalidade, revelando simplesmente aqueles traços da mesma que foram influenciados pelo modo de vida do agente, não se confundindo, portanto, “a culpa na formação da personalidade com a culpa caracterológica; não se pode censurar o homem pelo seu carácter senão na medida em que concorreu para a sua formação”.³¹

²⁹ *Apud* CORREIA, 1945-1946, 24.

³⁰ Mezger erigiu esta doutrina por forma a explicar o porquê da agravação da pena relativamente aos delinquentes habituais, consagrada pela lei alemã em 24 de Novembro de 1933. FERREIRA, 1943, 170.

³¹ FERREIRA, 1943, 172.

2.3.2. “A culpa na decisão de vida” de Bockelmann

Bockelmann, outro autor de referência nesta temática, surgiu como acérrimo crítico das teorias de Mezger. Dizia este autor que, sendo a liberdade pressuposto indispensável da culpa, poderia considerar como fundamento desta, acções, em si, lícitas. O fundamento e a medida da pena eram dados pela culpa, logo se o legislador propusesse uma agravação da pena, era porque, intrinsecamente, teria havido também uma agravação da culpa. Mas tal constatação teria de imbricar com o pensamento de que em toda a acção levada a cabo pelo indivíduo influem elementos internos, congénitos e, por ser assim, ninguém poderia ser censurado por ter uma determinada conformação, logo, afirmava Bockelmann, a esta naturalidade do homem não se poderia reagir com uma pena e com uma censura a ela inerente, e sim com medidas de segurança. No entanto, e com a culpa no horizonte do pensamento, dizia este autor que a actividade do agente influenciava não a modelação interior da sua maneira de ser, mas sim a moldagem da sua personalidade, na medida em que há liberdade de escolha entre o bem e o mal. Era ao nível da personalidade entendida como capacidade de escolha livre que se fazia a distinção de um ser íntegro ou criminoso. Assim, e por último, afirmava Bockelmann, a personalidade do delinvente que devia ser tida em conta nesta doutrina da culpa na formação da personalidade era a sua personalidade total, compostas pelos elementos naturais e aqueles posteriormente adquiridos, globalmente considerados.³²

2.3.3. “A culpa na formação da personalidade” de Eduardo Correia

Na ponderação dos argumentos destas doutrinas alemãs, entre nós, foi levada a cabo por Eduardo Correia, uma tentativa de erigir um pensamento genuíno, correcto e legítimo acerca da culpa referida ao carácter, expurgado de

³² Mais desenvolvida esta temática em FERREIRA, 1943, 170 a 179 e CORREIA, 1963/B, 24 a 27.

qualquer aporia relativa ao papel da vontade na construção da culpa. Nasceu assim, a *doutrina da culpa na formação da personalidade do agente*.

Eduardo Correia via na personalidade o núcleo de onde emanavam os sentimentos de liberdade e de responsabilidade que eram experienciados por cada indivíduo e que se materializavam nas suas atitudes. Por ser assim, acreditava que era na personalidade do indivíduo que se devia procurar o respeito que este nutria pelos valores e comandos jurídico-criminais e a sua capacidade de se determinar perante eles. Baseando-se nos princípios de correcção e de educação que nucleavam a execução das penas no sistema sancionatório português, e fazendo cada vez mais sentido aquela ideia de que quanto maior a disposição que o agente teria para o crime maior seria a sua obrigação de corrigir a sua personalidade, Eduardo Correia admitiu como fim último da punição a moldagem da personalidade do delinquente por forma a que este, daí para a frente, optasse por uma vida regrada, longe das malhas do crime.

Neste caminho, o papel que a personalidade desempenha na definição de culpa jurídico-penal torna-se evidente: existe uma culpa do próprio agente em não ter erigido o seu modo de ser de acordo com as exigências do direito, na medida em que se admite que uma tal conformação da personalidade, através dos pressupostos de liberdade e responsabilidade de actuação do agente, é possível e recomendável.³³ Por outras palavras, cabe ao indivíduo a criação de uma personalidade capaz de se movimentar no seio dos valores jurídico-criminais consagrados e atinentes ao direito. Eduardo Correia pôs, assim, a tónica numa *omissão* por parte do agente, que influenciará, no futuro, e irremediavelmente todas as suas acções: o agente deve ser censurado por nada ter feito relativamente à sua perigosidade, na preparação da sua personalidade para a vida, no sentido de conhecer e respeitar os valores jurídico-criminais fundamentais para a vida em sociedade. Fundamental à melhor compreensão desta teoria, afirma o autor, é a percepção obrigatória de que a personalidade do agente não é uma realidade

³³ “Na medida em que o direito criminal protege certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever jurídico de formar a sua personalidade de modo a que, na sua actuação da vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses.” CORREIA, 1963/B, 30.

fragmentária, é um todo, proporcionado pelo balanço e equilíbrio de todos os impulsos, sensações e tendências de que o “eu” é objecto. Por ser assim, o carácter do agente não apresenta uma qualquer qualidade isolada que o torne especialmente tendencioso para a prática do crime, sendo perfeitamente capaz de dominar especiais disposições potencialmente negativas através da educação da sua personalidade para uma vida honesta.^{34/35}

A violação deste dever de conformar a personalidade que recai sobre o delinvente constitui, assim, culpa pela não conveniente formação da sua personalidade. Por ser assim, importante é esclarecer qual a intensidade e conteúdo que um tal dever deve adoptar. A resposta não é única nem cabal, até porque é, impreterivelmente, influenciada por todas e quaisquer razões que conduzem a personalidade a aderir ao crime. Este dever poderá, então, consubstanciar-se em “preparar-se, umas vezes para tomar consciência da natureza proibida dos actos que pratique, outras, para representar os efeitos e a natureza dos efeitos do seu comportamento (negligência consciente), outras ainda para não deixar que as suas tendências ou inclinações o arrastem para o crime, caso em que o dever que se lhe impõe será o de corrigir, educar ou dominar essas suas tendências ou inclinações criminalmente perigosas.”³⁶

Uma conveniente análise destas ideias demonstra que, diferentemente de Mezger e Bockelmann, Eduardo Correia não centrou o problema do ilícito no *resultado*, ou seja, no modo de ser perigoso da pessoa; centrou-o sim, nas condutas que poderiam conformar ou não esse modo de ser, isto é, na “omissão

³⁴ A percepção da personalidade como um todo é fundamental para o afastamento daquelas críticas que foram dirigidas a Bockelmann no sentido da incapacidade que o agente regista em controlar ou dominar determinadas tendências, furtando-se assim à imputação e à culpa. Com a compreensão de que a censurabilidade reside no facto de o agente não se ter convenientemente preparado para o respeito dos valores jurídico-criminais da sociedade, dispondo este de todos os elementos necessários para essa preparação, já não se compreenderá a admissão de disposições contra as quais o agente em causa nada pode. No entanto e em último reduto, Eduardo Correia admite a possibilidade de, apesar de todas as diligências operadas nesse sentido, o agente nada poder fazer para o domínio das irresistíveis disposições para o crime. Aqui, afirma, está-se perante casos de inimputabilidade, onde a aplicação de tratamentos psiquiátricos e terapêuticos são necessários para a indispensável ordem social. CORREIA, 1993/A, 329 e 330.

³⁵ “Se não é possível destruir determinadas inclinações ou complexos, é pelo menos possível elevar o nível da personalidade e modo a permitir uma corrente normal de vida”. CORREIA, 1993/A, 329.

³⁶ CORREIA, 1963/B, 37.

do dever de correcção, educação ou tratamento das tendências originárias ou mesmo adquiridas³⁷, que moldariam a personalidade do delinquente de modo a este respeitar os valores jurídico-criminais instituídos.³⁸

No entanto, como todas as doutrinas, a doutrina da culpa pela não formação da personalidade apresenta limites que não se podem ultrapassar, sob pena de se perder o seu real sentido, como também não se acha isenta de críticas. De facto, o factor *personalidade* é o núcleo que permite a destrição das acções culposas e não culposas. No entanto, esse fio condutor não deve ser literalmente considerado, nem considerado capaz de construir toda a teórica do direito criminal com base na interioridade do Homem, onde, em último caso, se operaria a fusão, e até confusão, do direito com a moral. Afirma Eduardo Correia que quando se alude à conformação da personalidade para avaliar da culpabilidade de uma acção, é fundamental que se perceba que o direito criminal não proíbe o modo de ser do indivíduo em questão, isto é, cada pessoa pode ter a sua estrutura individual que o direito criminal não a recriminará por assim ser. Simplesmente, aquilo que se impõe é que o indivíduo tudo faça para moldar esse modo de ser, por forma a que reconheça e respeite os comandos jurídico-criminais fundamentais à vida num Estado de Direito. O importante, na visão deste autor, é operar e compreender a relação que baseia a dinâmica de todo o sistema criminal: nunca esquecendo que o Direito Penal é um direito penal do *facto*, é fulcral que se depreenda em que medida é que a personalidade do agente directamente se relaciona com esse *facto*.³⁹

³⁷ CORREIA, 1963/B, 31.

³⁸ De facto, para este digníssimo autor era inconcebível que, na esteira de Bockelmann, se justificasse a dimensão ética da culpa recorrendo a uma ficção. Já relativamente aos estudos de Mezger, Eduardo Correia duvidou desde logo da existência daquilo a que Mezger se referia como tendências imodificáveis que recaem sobre o agente imputável e que, por isso, estão fora do seu controlo, logo não podem ser objecto de censura. CORREIA, 1993/A, 325.

³⁹ “A intervenção do direito penal continua a ser condicionada pelo *facto* que forma, com a personalidade do agente – substância ética da culpa – uma unidade incindível.” CORREIA, 1993/A, 327. *Vide* também CORREIA, 1963/B, 31.

3. A pessoa como conteúdo material da culpa jurídico-penal

3.1. A culpa da pessoa

Lançando mão de todas as aporias apontadas à culpa da vontade, elas tiveram o inegável mérito de reconhecerem que a culpa está directamente ligada a uma consciente violação do *dever-ser* por parte do indivíduo, dever este pela qual o homem é responsável e pela qual tem, impreterivelmente, de responder. O homem existe porque age. Este agir do indivíduo, materializado em atitudes e baseado em processos de motivação que culminam em tomadas de decisão, é o mais verdadeiro reflexo da sua essência. Daqui se depreende que, e ainda muito superficialmente falando, é na afirmação da essência de cada um que vai residir o juízo de culpa.⁴⁰

O existir significa a realização máxima do ser-livre, a completa autonomia na condução da sua vida, a nível individual e na socialização com os pares. No entanto, adivinha-se fundamental o estabelecimento de uma perfeita simbiose entre o ser-livre do homem e o dever-ser do seu existir. Por outras palavras, a regência da conduta do homem ao longo de toda a sua vida deve pautar-se pelo respeito das suas características pessoais, vontades e oportunidades que surjam, combinado com o respeito pelos valores sociais e comandos jurídico-criminais que tornam possível a convivência numa sociedade onde a multiculturalidade é cada vez mais uma realidade. Mais especificamente ainda, o existir do indivíduo significa simultaneamente duas coisas: a realização do seu ser-livre e o respeito e consideração pelo ser-livre daqueles que o rodeiam. Agimos, ao longo da nossa vida, de acordo com a nossa essência, de acordo com o que é necessário para que a nossa realização como indivíduos, ao nível individual e comunitário, atinja o expoente máximo e personifique aquilo que realmente somos.⁴¹

Por este caminho se consegue, a passo lento mas perceptível, perceber e assimilar aquilo que vai ser a culpa reflectida na pessoa. De facto, quando

⁴⁰ DIAS, 1995, 158.

⁴¹ DIAS, 1995, 155 a 159.

existimos, promovemos as características que melhor nos definem e as possibilidades que se nos vão apresentando ao longo da nossa existência. No entanto, a realização do *eu* não deve, nunca, perder de vista o ser-livre e o dever-ser que cada um de nós encabeça só por sermos detentores de uma esfera jurídica de direitos e deveres, necessários à boa convivência em comunidade. São duas realidades, ou melhor dizendo, duas maneiras de estar que têm necessariamente de caminhar lado a lado, paralelamente, para que a nossa vida seja regida pelos comandos e valores jurídico-sociais necessários ao respeito dos princípios considerados essências à manutenção dos pilares de um sólido Estado de Direito Democrático. Por ser assim, cedo se percebe que a culpa situar-se-á na intersecção entre o *eu* ser-livre e o dever-ser a quem tem de obedecer o *eu* existir, pois se é verdade que a realização do ser-livre de cada um é possibilitado pelo aproveitamento das oportunidades que a vida oferece e pela realização das vontades de cada um, não é menos verdade que, se não houvesse limites para essa liberdade, a vida em sociedade estaria, *a priori*, irremediavelmente comprometida. São estes limites, que moldam o nosso ser-livre, que vão desembocar no dever-ser de cada um. Se estes limites forem, de alguma maneira, defraudados por quem os encabeça, então, defraudar-se-á o dever-ser daquele específico existir.⁴²

E chegamos assim à ideia de culpa. Muito generalizadamente, a culpa traduz-se, assim, na violação do nosso dever-ser. Sendo verdade que é na liberdade de cada um que se reflecte o máximo respeito pela sua existência, é, no entanto, no cumprimento dos limites que a vida em sociedade erige que se vai reflectir o respeito pela existência daqueles que nos rodeiam. É, portanto, na descodificação de uma culpa ética, isto é, daquela culpa que nasce da afirmação da essência de cada um, que encontramos o caminho para a definição daquilo que é a culpa jurídica em geral e daquilo em que consiste a culpa jurídico-penal em particular. O respeito pelo corpo de exigências que o dever-ser do indivíduo empossa é fundamental para a realização da sua personalidade, do seu ser-livre. E

⁴² DIAS, 1995, 158 e 159.

se estas exigências assumem uma significativa relevância ao nível das regras sociais, já ao nível do direito, em particular do direito penal, essas exigências são de uma lancinante importância “pois o direito é também, inegavelmente, uma «obra» ou uma realização do ser-livre, que visa possibilitar o máximo desenvolvimento da personalidade ética do homem.”⁴³ As normas jurídicas, assumidos pilares de um Estado de Direito, são a mais patente protecção dos bens e dos valores jurídico-sociais a que se referem estas exigências do dever-ser, que são parte activa do ser-livre e que moldam concretamente o existir de cada um, impondo a máxima realização do *eu*, sempre com a consequentemente responsabilidade que essa realização acarrete.

Esta é a base da compreensão da dinâmica da culpa: é da *culpa do existir* que nasce aquela *culpa jurídica*, significando o desrespeito, por parte do homem, do dever de conformar o seu existir, do dever de não violar ou pôr em perigo bens juridicamente protegidos, na perseguição da realização do seu ser-livre. No entanto, rápido se compreende que esta culpa baseada na responsabilidade e na liberdade do existir do homem não se pode adequar a todos os ramos do direito, leia-se a culpa jurídico-fiscal, jurídico-administrativa, jurídico-civil. Por ser assim, necessário é adequar o conceito de culpa jurídica especificamente ao ramo-objecto do nosso estudo, o direito penal. É imperativo, portanto, percebermos o conteúdo material da *culpa jurídico-penal*.

Para construirmos um fidedigno conceito de culpa jurídico-penal é fundamental a percepção de que a culpa, em primeiro lugar, tem de ser dirigida ao *facto*, e não ao agente. Realmente, quando o direito penal executa as suas sanções, primeiramente, avalia a conduta humana que violou ou pôs em risco os bens jurídico-penalmente protegidos e, num segundo passo, foca a pessoa do agente e avalia a possibilidade de se imputar a esse agente a conduta praticada. Por outras palavras, a gravidade do acto praticado pelo agente está sempre espelhada, em respeito pelos mais básicos princípios de um Estado de Direito, na

⁴³ DIAS, 1995, 159.

moldura penal aplicada ao agente que a praticou.⁴⁴ Por outro lado, se é nos actos que está a verdadeira materialização da liberdade do homem que os praticou, então compreende-se que a culpa recaia sobre uma acção ou omissão relevante, que altere o curso normal dos acontecimentos.⁴⁵ O plano do puro facto e plano da pessoa do agente, parecem, aqui, duas realidades coincidentes, na medida em que, numa primeira análise, a liberdade da pessoa do agente se reflecte num concreto comportamento, numa concreta acção. No entanto, o cenário traçado não se furta a reparos. De facto, a entender assim a simbiose entre o plano do puro facto e o plano da pessoa do agente, o factor usado na procura da culpa é aquilo que o comportamento revela a um nível externo, isto é, a um nível puramente objectivo. Assim, fica desconsiderada aquela ligação entre a pessoa do agente e o facto por ela praticado, aquela essência do homem, espelho da sua liberdade, materialização das suas vontades, transformando um juízo de culpa num “juízo de ilicitude jurídico-penal”.⁴⁶

Confrontada a realidade jurídica com tais dificuldades, Figueiredo Dias recuperou doutrina e ideais outrora defendidos para que, através da simbiose que existe entre a liberdade do homem e a sua reflexão num comportamento concreto, se encontre um caminho para uma correcta determinação da culpa jurídico-penal e do seu conteúdo material. Neste caminho, ciente de que o ser-livre de cada um se materializa em acções, mas também consciente de que a cisão entre a culpa e aquele seu substrato pessoal não é, de todo, aconselhável, e, ainda, estando também alerta para o facto de se a referência à culpa passar somente pela essência de cada um a torna demasiado permeável à manipulação pelos diversos actores jurídicos, cedo se apercebeu de que a solução tem de

⁴⁴ No sentido da culpa referida somente ao facto do agente *vide* Eduardo CORREIA, 1963/B, 32 e 33 e DIAS, 1995, 161 e 162.

⁴⁵ DIAS, 1995, 162.

⁴⁶ DIAS, 1995, 163. A doutrina tradicional resolveu teoreticamente este problema, assentando a culpa no dever de o agente se conformar de acordo com as normas jurídicas existentes bem como no poder que este detém em se comportar de acordo com as mesmas. No entanto, tal solução logo se veio a provar pouco satisfatória, na medida em que aquele poder de actuar contra as normas jurídicas não é possível de apreensão e, conseqüentemente, a sua generalização conduzirá a uma impossibilidade de determinar que um facto reflecta a essência da pessoa que o praticou. Para além disso, a liberdade que é reflectida na vontade não é comparável à liberdade da existência do *eu* humano.

mediar entre duas fundamentais realidades: a acção concretizada e a realização da essência humana que nela se reflecte.

Chegou, assim, Figueiredo Dias, àquela outrora peça chave da culpa avançada por Eduardo Correia: a personalidade do agente. Percebendo, *a priori*, que, em primeiro lugar, a personalidade reflecte-se na essência de cada um, directamente ligada à liberdade de existir; e que, em segundo lugar, a personalidade é também agir, é possível apreender que a personalidade é o autêntico resultado da liberdade, materializando-se nos comportamentos concretos que cada um adopta. Por tudo isto, é permitido concluir que a liberdade que é materializada no facto é, no seu último reduto, a liberdade da própria pessoa. Assim, seguindo de perto Figueiredo Dias, na culpa jurídico-penal são notórias duas dimensões: a sua dimensão formal, que se refere ao facto, e a sua dimensão material, que se refere à personalidade que o despoletou. A culpa será, então, uma *culpa da pessoa*. Por outras palavras, e mais especificamente, *a culpa jurídico-penal é aquela culpa que se funda na personalidade, quando esta baseie um facto ilícito-típico*.^{47/48} Se a culpa jurídico-penal, pura perspectiva da culpa do existir, significa o desrespeito, por parte do homem, do dever de conformar o seu existir, do dever de não violar ou pôr em perigo bens juridicamente protegidos, na perseguição da realização do seu ser-livre, que é materializada directamente no facto praticado, rápido se percebe que, para uma legítima compreensão de um conceito de culpa como o expedido, é primordial que se estabeleça uma fluida *dialéctica entre o facto e a personalidade*.⁴⁹

Para que a personalidade, fio condutor de toda esta concepção de culpa, seja devidamente entendida de forma a conferir-lhe toda a legitimidade⁵⁰, ela tem de

⁴⁷ DIAS, 1995, 165.

⁴⁸ Afirma Roxin que é quase imediata e inevitável a objecção a apontar a esta doutrina, pois faz recair a responsabilização do agente sobre algo que ele não controla, isto é, o seu carácter. ROXIN, 1991, 519.

⁴⁹ DIAS, 1995, 180.

⁵⁰ A primeira e a mais premente crítica desta concepção de culpa baseada na personalidade do agente consiste em afirmar que este conceito de culpa colide directamente com a culpa moral, pois enfatiza, no juízo de culpa um substrato - a personalidade - que, para além de não poder ser objectivamente valorado e apreciado por terceiros, atinge um tal nível de interioridade do *eu* que não é susceptível de ser objecto de actuação do Direito. De facto, a culpa moral e a culpa jurídica assentam no mesmo substrato, isto é, assentam na ideia de que houve uma violação por

ser especificamente entendida como a *verdadeira expressão da pessoa do agente*, que vai muito mais além do seu “carácter naturalístico”⁵¹, constituído pelo aglomerado de cadências ínsitas na própria pessoa do agente, que podem derivar directamente da vontade ou são totalmente independentes dela: a personalidade, no seu *total*, engloba o carácter do indivíduo em um dado momento e as acções humanas concretas no decorrer da vida, isto é, o seu existir.⁵² Por outras palavras, a personalidade vai mais além que o carácter, porque o ético-existencialismo vai mais além que o puro naturalismo-psicológico, tornando o carácter um substrato da personalidade possível de explicação, mas nunca passível de compreensão.^{53/54} O homem existe porque age e ele age, decidindo. Assim, a personalidade é a materialização da decisão que o homem tomou sobre o seu modo-de-ser, na perseguição do seu ser livre. E, por outro lado, como é a personalidade que

parte do indivíduo daquele dever de se conformar perante as normas, na perseguição da realização do seu ser-livre. Por outras palavras, assentam as duas culpas numa mesma culpa ética. No entanto, elas são impossíveis de confundir, na medida em que o ponto de partida de uma é completamente diferente do ponto de partida da outra. Vejamos. Quando analisamos a culpa moral, apercebemo-nos de que, apesar de partir também da personalidade da pessoa do agente, a defesa aqui preconizada é a dos valores morais, para o apuramento do valor ou desvalor do juízo de culpa. Já na culpa jurídica, que parte também da personalidade do indivíduo, a defesa que se leva a cabo é a dos bens jurídico-penalmente protegidos pelas normas, em que o juízo de culpa se centra na violação ou no perigo que os factos praticados para eles representaram. DIAS, 1995, 166 e 167. *Vide* ainda DIAS, 1972, 37 e ss.

⁵¹ DIAS, 1995, 169. Assim, neste determinismo caractereológico-naturalístico, a acção finalizada será sempre uma reacção que brota das propensões internas do agente às vivências exteriores por ele experienciadas.

⁵² Afirma Roxin que apenas o caminho da renúncia à ideia de retribuição e da censura moral contra o agente é passível de conferir legitimidade a uma concepção de culpa assim formulada, pois erigem-se apenas fins preventivos ao direito penal, entendendo a culpa baseada no sentido de responsabilidade social. No entanto, logo contrapõe que tal entendimento esvazia o princípio da culpa da sua dimensão político-criminal, pois não vinga perante o problema da inimizabilidade, não conseguindo responder à questão do porque é que o actuar de um inimputável é isento de culpa. ROXIN, 1991, 519 e 520.

⁵³ DIAS, 1995, 171. De facto, o mesmo carácter pode originar as mais diferentes atitudes, sejam elas lícitas ou ilícitas. Por ser assim, ele não pode, *per si*, representar um fundamento para averiguar da culpa jurídico-penal: ele não traduz a dimensão ética que a culpa deve envergar, através dele não se consegue compreender como é que aquele facto é um facto de uma pessoa. DIAS, 1995, 181.

⁵⁴ No entanto, a mutabilidade do carácter do agente tem o mérito de afastar a apelidada de “concepção pessimista do homem”. Realmente, se o carácter tem a elasticidade necessária para ser produtor das mais díspares atitudes, então essa elasticidade será positivamente aproveitada, tornando o carácter num substrato da pessoa capaz de ser modificado, capaz de ser moldado ao longo do existir, de acordo com a ordem jurídica existente. Assim, um indivíduo que apresente um carácter duvidoso pode sempre recuperar jurídico e socialmente, visto que é possível a moldagem do seu carácter através de concretas acções, expressão máxima do seu modo-de-ser. DIAS, 1995, 172 e 173.

fundamenta o facto, torna-se a destinatária ideal de todo e qualquer juízo de culpa jurídico-penal. Os factos não são apreendidos na sua individualidade, de uma maneira objectiva, puramente exterior, mas são interpretados sempre tendo em vista a personalidade do agente que os praticou⁵⁵, permitindo, assim, uma autonomia da ideia de culpa ligada à personalidade do agente relativamente a qualquer facto e relativamente a todo o direito penal.⁵⁶

3.2. Relevância dogmático-jurídico da culpa da pessoa

3.2.1. A inexigibilidade

Foi tomando como ponto de partida os ditames da concepção normativa de culpa que se foi denotando que aquele juízo de censura por o agente não ter actuado de maneira diferente, só realmente se poderia efectivar se fosse *exigível* ao agente que, no momento do facto, adoptasse um comportamento adequado às normas do direito. Não são raras as vezes em que nos deparamos com situações em que a personalidade que o agente tem investida no momento do facto mostra contornos de ser plena e completamente responsável pela sua prática. No entanto, a existência de circunstâncias exógenas, independentes da própria pessoa, que não são propriamente censuráveis, mas que perturbam o curso normal e adequado dos acontecimentos, pode resultar num significativo desajuste entre a censura que pode ser dirigida ao facto praticado e a verdadeira personalidade que o agente empossa e que o fundamenta. Quando assim aconteça, embora ainda estejamos no campo da responsabilidade individual pela liberdade de prática de

⁵⁵ Daí que Figueiredo Dias afirme que “não se tratará de uma visão atomística da personalidade (...) mas de uma visão totalista”. DIAS, 1995, 182.

⁵⁶ As maiores dificuldades dos adeptos das teorias da culpa da vontade surgiram precisamente por causa da falta desta ligação do facto à personalidade do agente que o praticou. Afirmavam eles, numa tentativa de superação daquelas aporias, que a ligação entre o facto e a personalidade é irreal, que a censurabilidade do facto não transparece a censurabilidade das qualidades pessoais do agente, na medida em que acreditavam que até o mais honesto dos homens, a certa altura da sua vida, iria cometer um delito, mesmo que pequeno. Daí que sustentassem que a personalidade do agente só poderia entrar na equação do juízo de culpa quando ele apresentasse um carácter moldado pela anormalidade. DIAS, 1995, 180.

actos, não poderá aludir-se a uma verdadeira culpa jurídico-penal, pois estamos no âmbito da inexigibilidade.

Assim tão basicamente compreendido, este problema da inexigibilidade poria em causa não só tudo o que temos vindo a explicar sobre a culpa, como comprometeria toda a sua eficácia na actuação no direito penal, comportando situações de injustiça político-criminalmente inaceitáveis e insustentáveis, comprometedoras daquela função de protecção dos bens jurídico-penais: por um lado, a avaliação da actuação do agente iria ser individualmente valorada e verificada, à margem da ordem jurídica, por outro lado, a questão da prova do circunstancialismo exógeno e do poder do agente ter agido de acordo com as normas jurídicas, difíceis e erróneas, em sede de julgamento, iria assumir uma primordial importância, podendo alterar, muitas das vezes injustamente, o rumo da sentença do tribunal.⁵⁷ Por tudo isto, vários apontamentos e precisões são necessários fazer.

A personalidade que fundamenta o acto é plena e totalmente responsável por ele. Quer isto dizer que o que precedeu a prática do facto em questão foi uma decisão livre, baseada em ideias e qualidades intrínsecas à pessoa, fazendo daquelas circunstâncias exógenas não mais do que puros motivos para agir daquela maneira e não de uma outra, diferente e conducente com o direito. Há aqui, sem qualquer margem para dúvidas, uma responsabilidade do agente pelo facto que praticou. No entanto, e como aponta Figueiredo Dias, a culpa vai mais além que a mera responsabilidade⁵⁸: somos investidos de responsabilidade porque sobre nós recai um dever de adequar o nosso comportamento ao corpo de normas legais existente; temos culpa quando não conformamos a nossa personalidade à ordem jurídico existente.

A questão da inexigibilidade tem o seu expoente máximo de intervenção precisamente nesta dicotomia entre responsabilidade e culpa. Quando se equaciona a intervenção do princípio da inexigibilidade, estamos perante uma situação em que há a prática de uma acção que, apesar de se traduzir num facto

⁵⁷ DIAS, 2007, 603.

⁵⁸ DIAS, 1995, 203.

ilícito-típico, as circunstâncias exógenas que a rodearam eram tais que a esmagadora maioria das pessoas com personalidade adequada à ordem jurídica instituída, cometê-la-ia também. Posto isto, o caminho para o núcleo da inexigibilidade fica mais fácil de desbravar. O agente que pratica aquela acção, a considerar-se culpado por ter realizado um facto ilícito-típico, consequência última da sua personalidade, vai ser censurado, afinal, por uma acção que a maioria das pessoas cometeria também, devido ao fortíssimo circunstancialismo exógeno que a rodeou.⁵⁹ A ser assim, o agente iria ser censurado, *maxime* culpado, por a sua personalidade conter qualidades que, no fim de uma análise acurada, nada tinham de divergente com as qualidades supostas pela ordem jurídica existente. Posto isto, haverá aqui algum juízo de culpa a ser dirigido ao agente? Claro que não, porque não há qualquer desconformidade da sua personalidade com os ditames preconizados pela ordem jurídico-social, ou seja, não há nada de censurável no seu modo-de-ser. Logo, não há qualquer culpa.⁶⁰

Estando clara a ligação da ideia de responsabilidade a todo o pensamento da inexigibilidade, esta afere-se, então, em primeiro lugar, pela existência de um circunstancialismo exógeno de tal maneira significativo que, depois de

⁵⁹ A questão da inexigibilidade baseia-se assim naquele homem dito “normal”, isto é, naquele indivíduo que pauta a sua existência pelo respeito às normas jurídicas que constituem todo o direito penal, que promove os valores sociais e adequa o seu modo-de-ser àqueles que o rodeiam, sem qualquer superioridade moral, fomentando a normalidade da vida.

⁶⁰ É, no nosso ponto de vista, indispensável a este ponto da discussão o tratamento da questão do excesso de legítima defesa. O excesso de legítima defesa é uma realidade quando haja uma significativa desproporção entre a agressão do agente e o meio usado pela vítima para a defesa. Quando isto acontece, deixa de ser legítima a defesa utilizada, por esta se revelar manifestamente excessiva face ao bem jurídico-penal agredido no caso concreto. Posto isto, a parte que significa o excesso da defesa terá de se conotar, directa e imediatamente, uma ideia de culpa? Não necessariamente. Sempre que o excesso da legítima defesa seja provocado por uma significativa alteração do estado emocional da vítima, um medo, uma perturbação, um susto, as regras gerais de determinação da culpa e da medida da pena não serão aplicadas. *A contrario*, quando o excesso do meio de defesa tenha como base manifestações de qualidades desadequadas e, por isso, censuráveis, como por exemplo, sentimentos de ira, de revolta ou de vingança, o juízo de culpa torna-se imperativo. Neste cenário, há como que uma atribuição de uma intensidade legal e uma constante valoração das qualidades do agente que fundamentam o facto, não pelo factor psicológico que elas possam representar, mas definitivamente pela dimensão ética que elas atingem na construção da personalidade do agente. Concluindo, esta sintética análise do excesso de legítima defesa, com a ideia de inexigibilidade como pano de fundo, permite a sua classificação, em determinada medida e perante determinados requisitos, como uma causa de exclusão da culpa. Para um maior desenvolvimento *vide* DIAS, 2007, 427 a 430 e DIAS, 1995, 207.

objectivamente analisado, se chegasse à conclusão de que qualquer indivíduo dito “normal” teria actuado da mesma maneira que o agente⁶¹; em segundo lugar, para afastar qualquer juízo de culpa jurídico-penal, é necessário que a personalidade do agente em apreciação não apresente quaisquer qualidades consideradas como censuráveis pela ordem jurídica existente. Esta é a essência de todo o pensamento da inexigibilidade.⁶²

No que à continuação criminosa diz respeito, a percepção da questão da exigibilidade é fundamental, pois é na sua sensível diminuição que assenta uma “unidade de sentido de desvalor do ilícito do comportamento global”⁶³, furtando a punição destes casos às regras do concurso de crimes.

3.2.2. O paradigma compreensivo da imputabilidade

Figueiredo Dias considerou ser o conceito de inimputabilidade em razão da anomalia psíquica o mais evidente para a explicitação do relevo dogmático da culpa jurídico-penal baseada na liberdade e na personalidade da pessoa do agente, pois constitui o verdadeiro obstáculo à comprovação de um qualquer tipo de culpa. Lançando mão daquela compreensão de uma autêntica culpa da personalidade, e tendo sempre presente que todas as pessoas perseguem a máxima realização do seu *eu*, apercebeu-se que, mesmo nos casos mais graves de inimputabilidade em razão de uma anomalia psíquica, o ser-livre do doente nunca é atingido. Por outras palavras, a *pessoa* daquele doente, o espelho da sua personalidade, nunca é aniquilado, destruído, pois, por mais psicicamente afectado que um indivíduo se encontre, todos os seus actos serão dirigidos à sua realização como pessoa empossada de desejos, vontades e impulsos. Aquilo que

⁶¹ Os motivos pessoais do agente não têm qualquer papel na aferição da inexigibilidade. O que é fundamental é a observação objectiva de todas as circunstâncias externas que rodearam a prática da acção ilícita-típica.

⁶² A aplicação deste duplo critério de aferição da inexigibilidade deve ser moldada a cada caso concreto. No entanto, não deve ser levado ao extremo o indeterminismo do conceito de “circunstancialismo exógeno significativo”, não podendo aludir-se à ideia de inexigibilidade naquelas situações em que “o soldado foge a uma operação de guerra por ser covarde (...) ou o homem que castiga com a morte um ofensor da sua honra por ser essa a norma do círculo social a que pertence”. DIAS, 1995, 204.

⁶³ DIAS, 2007, 1033.

é atingido pela anomalia psíquica é o seu *carácter*. É sobre este que vão recair todos os processos de modificação que a evolução de uma anomalia a nível psíquico acarreta, transformando-o de modo tal, que o torne completamente imprevisível e até reprovável. No entanto, se isto simplesmente assim se entendesse, o problema da inimputabilidade ficaria vazio de sentido. Assim, um passo é necessário dar: apesar de o ser-livre até do doente mais afectado permanecer sempre intocado, é um facto que a anomalia psíquica de que ele sofre vai sempre impossibilitar a compreensão de que qualquer acto por ele praticado derive de uma personalidade erigida nos pilares das normas jurídicas, pois a destruição das “conexões reais e objectivas de sentido da actuação do agente”⁶⁴ é uma realidade, impossibilitando a sua compreensão por aqueles que o rodeiam.⁶⁵ Por outras palavras, por causa desta incompreensão por terceiros, uma personalidade, que encontra no facto a sua mais fiel materialização, que investida de uma qualquer anomalia a nível psíquico, torna-se impenetrável a quaisquer juízos de valor que sobre ela possam ser emitidos. Chegamos, assim, à questão da inimputabilidade jurídico-penal, que tem como autêntico critério a *incompreensão de que um qualquer facto é um facto praticado pelo agente*, barrando, assim, a sua qualificação como culposo. Nunca se perde de vista o relacionamento do facto e da personalidade, pois esta fundamenta aquele; nem sequer há uma evasão à simbiose entre a liberdade de cada um e a responsabilidade que daí poderá surgir. No entanto, apenas se assenta que se há uma impossibilidade de terceiros, *maxime* do juiz, de compreenderem os factos praticados por um doente, então é mais que óbvia a impossibilidade de emitir um juízo de valor sobre a personalidade que naqueles factos se exprime.⁶⁶ Esta

⁶⁴ DIAS, 2007, 569.

⁶⁵ De outro modo não se poderia entender. Se o conceito de culpa jurídico-penal acima aludido, baseado na liberdade e na personalidade do agente, fosse encetado na ideia de que aquele substrato pessoal, virado para o ser-livre, nunca é destruído pela anomalia mental, sem mais, até os doentes com os quadros psíquicos mais graves eram sempre, em último reduto, capazes de culpa. DIAS, 2007, 568 e 569.

⁶⁶ Claus Roxin afirma que a culpa conectada ao carácter revela-se inadequada perante o problema da inimputabilidade, pois, defende, na relação entre o juiz e o arguido, não se pode fazer depender a aplicação de uma pena da capacidade de compreensão dos factos pelo juiz, pois esta, inevitavelmente, varia de caso para caso. Mais afirma que, relativamente aos jovens ainda não capazes de culpa e mesmo perante adultos inimputáveis, há sempre uma possibilidade

análise acurada do problema da inimputabilidade levou Figueiredo Dias a concluir que, assim, “a inimputabilidade constitui, antes que uma autêntica causa de «exclusão» de culpa, um *obstáculo à efectivação* do juízo de censura que aquela traduz”⁶⁷: a imputabilidade torna-se num verdadeiro pressuposto da existência de culpa, pois a explicação do acto praticado pelo doente é possível, mas já não o é a sua compreensão.⁶⁸

3.2.3. A falta de consciência do ilícito não censurável

É um facto que qualquer desconformação da personalidade de um qualquer indivíduo com os valores e exigências jurídico-penais preconizadas pela ordem jurídica não pode ser apartada da ideia de que sobre ela incide sempre uma responsabilidade ético-jurídica. No entanto, será lícito afirmar, sem mais, que quando o agente que praticou o facto apresente uma discrepância entre os valores por ele praticados e os valores preconizados pela ordem jurídica, que confluem no dever-ser de cada um, tem de haver uma imediata declaração de culpa do agente? Responde Figueiredo Dias que não. Se o contrário acontecesse, iríamos embater de frente com aquele real perigo de edificar o direito penal sobre um poder de autoridade constitucionalmente legítimo, na medida em que, qualquer comportamento que se afastasse minimamente da concepção de lícito existente, iria ser automaticamente classificado de censurável e, portanto, culposos, sem qualquer consideração pelo circunstancialismo exterior em que esse facto ocorreu.⁶⁹ Daqui decorreria uma consequência com pesados custos político-criminais: a classificar-se como censurável todo e qualquer comportamento

de “comunicação pessoal” destes com o juiz, pois há um sentido objectivo do facto que pode sempre permanecer. ROXIN, 1991, 521.

⁶⁷ DIAS, 1995, 188.

⁶⁸ Já Mezger e Mayer, nos seus estudos, fundamentavam a inimputabilidade segundo o prisma da impossibilidade de compreensão por um juiz dos factos praticados pelo agente e a consequente impossibilidade de emissão de juízos de valor sobre a personalidade que neles se exprimem, no entanto com diferenças. Se Mayer via nessa compreensão a possibilidade de o juiz “revivenciar intuitivamente”, subjectivamente, o facto praticado pelo agente, já Mezger afirmava que com essa vivência subjectiva do facto se destruía por completo o sentido objectivo do mesmo, levando sempre à exclusão da imputabilidade do agente. DIAS, 1995, 189 e 190.

⁶⁹ DIAS, 2009/B, 330.

minimamente desviável da suposta ordem jurídica, conectando automaticamente o desvalor da acção praticada ao desvalor da personalidade, a intervenção do direito penal iria ser uma constante, levada aos extremos, caindo no abuso e na desproporcionalidade, comprometendo irremediavelmente aquela importantíssima e específica função limitadora da intervenção do direito penal que constitui o cerne do princípio da culpa. A isto deve acrescentar-se a ideia de que, a qualquer momento, uma consciência eticamente orientada também pode errar na hora de decidir acerca do desvalor do facto a praticar, erro esse que deriva do concreto existir humano, mas que não reflecte o ser-livre de cada um e, por isso, não pode acarretar qualquer ideia de culpa.⁷⁰

Por tudo isto, a não censurabilidade da falta de consciência do ilícito será uma realidade “sempre que o engano ou erro da consciência-ética, que se exprime no facto, não se fundamente em uma qualidade desvaliosa e juridicamente censurável da personalidade do agente, pela qual este tenha de responder.”⁷¹

3.3. A relevância do conteúdo material da culpa para a aferição do seu tipo, grau ou forma

No decorrer da aplicação, por parte das instâncias judiciais, de uma sanção penal pela prática de um facto ilícito-típico, o princípio da culpa, um dos princípios basilares do Direito Penal, exige que a pena a aplicar seja correspondente à culpa que o agente empossou no momento da prática do facto. Por ser assim, e atentando às sanções previstas no nosso Código Penal, são diferentes as molduras penais para um mesmo facto que seja cometido com maior ou menor quantidade de culpa. Por outras palavras, existem diferentes molduras penais para um mesmo facto que seja cometido, num caso, com dolo, num outro caso, apenas com mera negligência.

⁷⁰ DIAS, 2009/B, 331.

⁷¹ DIAS, 2009/B, 334.

O conteúdo material da culpa registado num caso concreto é decisivo para aferir a que tipo, grau ou forma de culpa – o dolo ou a negligência – pertence o facto ilícito-típico cometido pelo agente no caso concreto. Se a culpa material tem, indubitavelmente, conteúdos distintos, é fundamental a percepção da essência e do sentido desses mesmos conteúdos⁷²: o dolo e a negligência, apesar de inseridas na categoria da culpa,⁷³ são entidades autónomas, com um significado e critérios próprios que é necessário compreender para uma sua clara aplicação.

Quando analisado o sentido e a essência do dolo e da negligência à luz da culpa baseada na personalidade, cedo se torna perceptível que tanto esta como aquele desempenham um papel de limitar aquilo que é ético-juridicamente censurável. Por outras palavras, sendo a personalidade a verdadeira expressão da pessoa do agente, então estes tipos, graus ou formas de culpa vão erigir os limites que, uma vez ultrapassados, evidenciarão a desconformidade da personalidade do agente relativamente à ordem jurídica existente. Aqui chegados, e baseados nesta característica de delimitação da fronteira entre a conformidade e a desconformidade da personalidade do agente com a ordem jurídica, é-nos possível restringir as considerações feitas e direccioná-las para a resposta do nosso problema, isto é, em que é que consiste, objectivamente, o dolo e a

⁷² DIAS, 2009/B, 251.

⁷³ Não é pacífica a localização sistemática do dolo e da negligência: se em sede de culpa se em sede de ilicitude. Se Figueiredo Dias insere cautelosamente estas entidades em sede de culpa, com critérios próprios, Eduardo Correia classifica-as como elementos de ilicitude. Numa posição mais antagónica, Roxin invoca que tais entidades são graus de ilícito que influenciam mediata mas autonomamente os graus de culpa. Numa posição mista, aparece Gallas e Nieders que consideram que o dolo e a negligência são, em simultâneo, elementos da ilicitude e elementos da culpa. DIAS, 2009/B, 250. Em nosso entender, seguindo de perto Figueiredo Dias, o dolo e a negligência encontram a sua localização sistemática em sede de culpa. Estas entidades concretizam qual o conteúdo material que a culpa apresenta num caso concreto. De facto, a sanção penal vai ser aplicada e executada de acordo com a culpa material presente no concreto caso. Ora, para aplicarmos essa sanção penal, é necessário estarmos perante um facto tipificado pela lei, que seja já considerado ilícito. A culpa vai decidir o *quantum* da pena. Se o facto foi praticado dolosamente, a necessidade de protecção do bem jurídico violado é mais premente, pelo que a moldura penal será agravada. Por outro lado, se o facto for praticado com mera negligência, aquela necessidade de protecção não será tão significativa, pelo que a moldura penal será mais reduzida. E aqui está o cerne da questão. Se a sanção a aplicar vai depender da culpa registada, há sempre uma diferença de culpa a que é necessário atentar. Essa diferença vai-se reflectir na classificação de dolo ou negligência. São entidades inseridas em sede de culpa, mas que são autónomas e têm sentido e critérios próprios de aferição.

negligência nos termos de uma personalidade censurável, ético-juridicamente considerada?

Desconsiderando todas as opiniões que sustentavam o significado do dolo e da negligência no plano determinista-caractereológico,⁷⁴ uma vez assente que estas entidades pertencem ou se connexionam com a própria culpa, então a sua essência vai passar pela análise da atitude pessoal que o agente adopta na sua vida, comparativamente ao dever-ser jurídico-penal conducente com a suposta ordem jurídica. Trata-se aqui de da análise daquilo que mais profundamente molda a personalidade do agente que é aquela decisão que o homem toma sobre si mesmo, na condução da sua vida.⁷⁵ É o valor ou o desvalor desta decisão do homem, a dimensão ética da atitude pessoal do agente, que vai influenciar imediata e directamente o valor ou o desvalor da sua própria actuação. Por tudo isto, é seguro concluir que é dolosa a culpa que expressa uma atitude pessoal antagónica ou alheia ao dever-ser jurídico-penal e é negligente a culpa que expressa uma atitude desleixada ou impensada relativamente também ao dever-ser jurídico-penal e as exigências que o compõem. Nas palavras de Figueiredo Dias é “culpa dolosa a expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente ao dever-ser jurídico-penal e culpa negligente a expressão, documentada no facto, de uma atitude descuidada ou leviana em face das exigências daquele mesmo dever-ser.”⁷⁶ Assim, e por outras palavras, o agente ser punido dolosamente significa que, para além da consciência e da vontade de actuar daquela especifica maneira, a sua atitude tem de ser reveladora de uma completa adversidade e alheamento perante o direito. Já para ser punido a

⁷⁴ Tesar e Kollmann situaram o significado do dolo e da negligência numa linha determinista, onde as qualidades naturalismo-caractereológicas do agente desempenhavam um papel fundamental na delimitação da desconformidade da personalidade do agente com a ordem jurídica existente. DIAS, 2009/B, 252.

⁷⁵ A atitude pessoal de que aqui se trata é muito mais profunda e significativa do que qualquer vontade do agente, do que qualquer distinção moral entre o lícito e o ilícito: a atitude pessoal aqui preconizada é aquela que reflecte a mais verdadeira decisão do homem sobre si mesmo. DIAS, 2009/B, 253.

⁷⁶ DIAS, 2009/B, 254. Quando se refere ao dolo e à negligência, respectivamente, como expressões contrárias ou levianas da personalidade do agente relativamente as exigências do dever-ser jurídico-penal, mais do que ir buscar ao conteúdo material da culpa a compreensão daquelas duas entidades, pretende-se atribuir-lhes uma autonomia, de modo a que alcancem um significativo relevo prático na aplicação das molduras penais dos casos concretos. DIAS, 2009/B, 255.

título de negligência, a omissão do suposto cuidado a ter tem de se traduzir num desleixamento intolerável face às exigências do dever-ser jurídico-penal.

CAPÍTULO IV

A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO CRIMINALIZADOR DO CRIME CONTINUADO

O Crime Continuado: Figura a Abolir no Ordenamento Jurídico Português?

Depois de muito tempo a vigorar como uma figura jurídica essencial a todos os ordenamentos jurídicos, pois reflectia integralmente os ideais de justiça material, o crime continuado começou a ser alvo de significativos ataques à sua sustentação político-criminal, culminando no abandono expresso desta figura por muitos dos ordenamentos jurídicos considerados fundamentais na área do Direito. Se foi na doutrina alemã que se sediou o catalisador para o estudo do conceito de crime continuado, foi também no país germânico que se registaram as maiores descrenças jurídicas a esta figura. Numa decisão de 3 de Maio de 1994, o Tribunal Federal alemão (Bundesgerichtshof) criticou extensivamente os moldes em que o crime continuado era aplicado, que culminou na rejeição da aplicação do regime no caso em apreço, e, posteriormente, nunca mais o voltou a admitir. A nível doutrinário, respeitosa autores também começaram a pôr em causa o fio condutor de todo o conceito de continuação, elaborando extensos e contundentes estudos acerca da temática, contribuindo para o descrédito da figura que ainda hoje vigora no ordenamento jurídico português.

1. O contributo dos estudos de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend

Para Jescheck e Weigend, a figura do crime continuado surgiu no panorama jurídico em virtude de um sem número de circunstâncias que, consideradas ao mesmo tempo e no seu conjunto, permitiram que se criasse o conceito de “unidade jurídica de acção”¹, que possibilitou o tratamento de uma multiplicidade de actos como se fosse uma acção única e típica: a circunstância de uma só pessoa ser responsável pela prática de variados factos, factos esses equivalentes no tipo, cuja individualização e indagação processual é irrealizável e

¹ JESCHECK/WEIGEND, 2002, 769.

mesmo dispensável. No entanto, para estes autores, a existência de uma carreira criminosa continuada dependeria, para além da unidade jurídica de acção, de um número considerável de critérios que, apesar de tudo, em seu juízo, nunca foram devidamente aclarados. Por ser assim, Jescheck e Weigend despenderam consideráveis linhas do seu estudo na tentativa de dissipar todas as dúvidas.

Relativamente ao considerado objectivamente necessário para que se possa concluir pela existência de um crime na forma continuada, o ponto de partida destes autores reside na necessidade de se denotar uma homogeneidade na forma de execução dos factos que integram a continuação, homogeneidade essa que pressupõe uma relativa proximidade espaço-temporal, terminando o seu caminho na constatação de que é essencial à carreira criminosa que o bem jurídico violado pelo agente seja sempre o mesmo. Para eles, existe continuação quando cada acto individual praticado pelo agente é, em primeiro lugar, revestido das mesmas características externas e internas que os torne semelhantes e subsequentes uns dos outros e, em segundo lugar, que esses actos violem normas penais materialmente semelhantes.² Questão a que os autores não deixaram margem para dúvidas prendeu-se com o facto de que, para haver uma homogeneidade de execução, é necessário que entre as violações das disposições penais se verifique uma proximidade espaço-temporal: para estes, a continuação só existe se, primeiramente, entre os factos praticados pelo agente não mediar um lapso temporal extenso e, em segundo lugar, o contexto de espaço seja relativamente semelhante.³ Por fim, quanto à conexão objectiva entre os factos

² Estes autores avançam que é possível que haja uma relação de continuação entre o furto simples e o furto agravado, entre as ofensas corporais simples e as agravadas, admitindo também a continuação entre crimes consumados e crimes tentados; no entanto já não consideram ser possível que haja continuação entre o roubo e o furto. JESCHECK/WEIGEND, 2002, 771. Contrariamente OLIVEIRA, 1994, 407, admite que pode haver continuação entre crimes que configurem elementos objectivos e semelhantes, no entanto de tipos legais diferentes, dando precisamente como exemplo a continuação possível entre furto e roubo.

³ JESCHECK/WEIGEND, 2002, 771. Contrariamente, afirma Figueiredo Dias que “decisivo para a continuação não é o lugar e o dia das violações, mas a unidade de contexto situacional em que ocorram, isto é, que elas se relacione contextualmente umas com as outras”. DIAS, 2007, 1030.

praticados pelo agente, concluíram que para que integrem a continuação é necessário que sejam violadores do mesmo bem jurídico.⁴

Relativamente ao considerado subjectivamente necessário, consideraram ser determinante o carácter unitário do dolo. A jurisprudência alemã exigia o chamado dolo global, isto é, aquele dolo que se reflecte no resultado global. Há dolo global quando, olhando para o contexto situacional dos factos praticados, se consiga afirmar com segurança que esses factos constituem a realização partida de um objectivo previamente formulado e unitariamente querido.⁵

Jescheck e Weigend afirmaram como tónica do nascimento do crime continuado, aquela quase impossibilidade de averiguar e efectivamente comprovar a realização de todos os factos que o agente alegadamente praticou. Assim, e através do conceito de unidade jurídica de acção, o verdadeiro benefício desta figura jurídica, disseram, consiste na possibilidade de a jurisprudência evitar toda a averiguação e tratamento processual individualizado que tornaria aqueles processos com infundáveis crimes cometidos num verdadeiro tormento jurídico. Afirmam estes autores que o cerne de toda a figura do crime continuado é a economia processual, ou seja, a possibilidade de se economizar processualmente todos os meios ao dispor do julgador para abreviar processos e acelerar decisões.

No entanto, estes autores, apontaram consideráveis e dignas de atenção desvantagens político-criminais que a aplicação prática da figura eventualmente acarreta.

Uma das desvantagens que mais despertou interesse foi o facto de o regime da punição do crime continuado poder acarretar uma benevolência injusta para o

⁴ Relativamente a esta questão, estes autores fazem uma ressalva importante que também tem sido objecto de sucessivas alterações no ordenamento jurídico português: a questão dos bens eminentemente pessoais. Para Jescheck e Weigend, só está excluída a continuação se os factos praticados pelo agente que violem bens eminentemente pessoais forem dirigidos a vítimas diferentes. Justificam esta exclusão do regime de continuação pelo facto de ser necessária a valoração separada de cada facto pelo grau de culpabilidade que nele contém. JESCHECK/WEIGEND, 2002, 771.

⁵ Apesar de o dolo global ser uma exigência feita pela doutrina alemã, os autores consciencializam-se de que um dolo global tal como ele é avançado raramente acontece na realidade, pelo que os tribunais bastam-se com o chamado dolo continuado: “fracasso psíquico, sempre homogéneo, do autor numa mesma situação fáctica.” JESCHECK/WEIGEND, 2002, 772.

agente da continuação. De facto, a moldura penal do crime continuado vai corresponder à moldura penal aplicável mais elevada dos crimes que integram a continuação. Ora, se compararmos com o regime de punição do concurso real, aplica-se uma pena conjunta, onde a moldura penal vai corresponder no seu mínimo à pena mais elevada do crime que integrar o concurso e no seu máximo à soma das penas parcelares determinadas. Senso assim, a moldura penal do crime continuado é, indubitavelmente, mais restrita e, portanto, a pena a aplicar ao agente, apesar do sem número de crimes cometidos irá ser, invariavelmente, mais leve.

Em segundo lugar, constataram que, precisamente por causa da economia processual, a pena a aplicar não se encontra olhando individualmente cada crime que integra a continuação. Eles são tomados na sua generalidade, sem particular atenção aos pequenos detalhes que, num outro qualquer regime de punição, poderiam determinar uma maior ou menor pena. Sendo assim, afirmam que a determinação da pena de uma carreira criminosa continuada perde em rigor e exactidão. No entanto, por outro lado, invocam que a ficção jurídica que representa o crime continuado e a dubiedade dos requisitos de verificação não representam uma real amenização da verificação de todos os factos, acabando por serem, efectivamente, todos devidamente analisados. Se isto assim acontece, defendem, a fixação de uma pena individual para cada crime que integrasse a continuação também não iria traduzir um maior esforço do trabalho dos tribunais.

Terceiramente, focaram-se naqueles casos em que há a possibilidade de serem descobertos factos que integram a continuação posteriormente ao trânsito em julgado da decisão. Entenderam Jescheck e Weigend que, caso tal situação fosse uma realidade, a perseguição destes novos factos fica inviabilizada.

Por último salientaram, em sede do procedimento criminal, a contagem do prazo de prescrição deste específico crime. O crime continuado, apesar de se desencadear com o primeiro acto individual praticado pelo agente, só se finaliza aquando da prática do último acto individual que integra a continuação. Constataram os digníssimos autores que, assim, o prazo de prescrição se protula

no tempo, na medida em que este se inicia apenas quando se efectiva a prática, pelo agente, do último acto que integre a continuação.

Em suma, e apesar de reportarem benefícios importantes que derivavam da utilização desta figura jurídica, estes autores concluíram que essas não suplantavam as inúmeras desvantagens político-criminais, concordando assim com a decisão do Supremo Tribunal Alemão quando, em 1994, afastou a aplicação prática da figura do crime continuado nos tribunais alemães.

2. O contributo dos estudos de Günther Stratenwerth

No estudo desta temática surgiu também Stratenwerth, para quem o nascimento da figura do crime continuado deveu-se à necessidade de acautelar a aplicação de penas excessivamente graves e desproporcionadas dos factos, que se vinha a registar através da aplicação das regras do concurso real, isto porque o crime continuado “supõe a conjunção de uma pluralidade de actos individuais de um mesmo autor, os quais, apesar de cada um representar um ilícito-típico, devem ser tratados como um facto uno, em virtude da estreita relação interna e externa que os conexiona”.⁶

Tendo na total e devida consideração o princípio da racionalidade das penas que, segundo ele, baseia a figura do crime continuado, afirma-a controversa do ponto de vista político-criminal, na medida em que é uma ficção da Lei. Admitiu que, por ser assim, e por ser uma figura em que as regras que determinam a sua aplicação não estão legisladas na Lei alemã, participa também da preocupação de Jescheck, afirmando que pode daí advir um privilégio indevido para o agente que praticou os factos ilícitos-típicos, podendo-se até, num cenário ainda mais violador dos princípios jurídicos fundamentais de uma sociedade de Direito, privilegiar um autor que seja especialmente perigoso.

Apesar das considerações tecidas relativamente às desvantagens político-criminais que esta figura pode acarretar, um dos pontos fulcrais que o autor

⁶ STRATENWERTH, 2005, 450.

aponta para justificar a sua manutenção reconduz-se a questões de economia processual, na medida em que, naqueles casos em que a continuação é composta por uma considerável série delitativa, a sua utilização prática permite que os tribunais se eximam de averiguar com rigor cada um dos actos singulares, ganhando em tempo e em meios dispendidos no procedimento criminal. Afirma ainda que, caso o crime continuado desaparecesse completamente do panorama jurídico, iriam surgir dificuldades cujas soluções previamente avançadas não seriam, de todo, satisfatórias.

3. O contributo dos estudos de Reinhart Maurach

O ponto de partida de Maurach residiu na constatação de que, aquando da obtenção de um resultado que tem na sua base diversos actos individuais que surgem do mesmo impulso volitivo, irrompe a necessidade prática de agrupar esse conjunto de comportamentos numa só acção, nascendo assim um conceito jurídico relevante: a unidade típica de acção. Esta unidade sucede, pois as acções individuais que a integram estão conexas ao nível interno, denotando-se uma certa continuidade e homogeneidade na sua execução, no contexto de uma mesma situação exterior, acarretando a violação do mesmo bem jurídico.

Para Maurach, são consideráveis as vantagens que advêm desta unidade típica de acção, reconhecendo, num primeiro plano, que a existência desta unidade está intrinsecamente ligada a razões processuais. Quando se está perante uma pluralidade de actos tratados sob as regras do concurso, a averiguação e tratamento processual individualizado é uma realidade. Se o mesmo se passasse no âmbito do crime continuado, onde os actos individuais ascendem a números magistrais, certamente ocorreria uma sobrecarga de trabalho dos tribunais, situação que impediria o bom e normal funcionamento das instâncias judiciais. Apesar de Maurach afirmar tal raciocínio apenas “relativamente correcto”⁷ na medida em que, de facto, para se poder constatar que aquele específico acto

⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, 536.

individual pode realmente integrar aquela específica unidade típica de acção, o juiz terá de empenhar todo o seu tempo e perícia judicial a comprovar se todos os requisitos objectivos e subjectivos do delito configuram o tipo legal em causa no caso concreto⁸, sempre se apoia na jurisprudência quando ressalva a necessidade de, neste processo, apenas ser necessário enunciar uma vez o dolo conjunto que perpassa a continuação, facilitando assim a demonstração do tipo na sentença. Consequência prática deste abreviamento factual e processual é a abolição da complexa pena do concurso em prol da fixação de uma pena unitária.

Num segundo plano, constata que, aquando de um processo criminal onde esteja em causa uma carreira criminosa continuada, a sentença será ditada levando em consideração apenas os factos individuais devidamente constatados ao longo do procedimento. Por ser assim, quando essa sentença transitar em julgado, em princípio estarão devidamente assentes e analisados todos os factos que integram aquela continuação. No entanto, não são raros os casos em que tal não acontece. Muitas das vezes, já depois do trânsito em julgado da sentença, brotam ao conhecimento novos factos que integram a continuação já julgada. Para Maurach, nestes casos deverá pôr-se em curso um novo procedimento criminal, onde se assiste ao decaimento da primeira pena unitária fixada, sendo esta substituída por uma outra que já leve em consideração os contornos externos e internos em que o novo facto ocorreu.⁹

No entanto, igualmente como Jescheck e Stratenwerth, o autor reconheceu que a figura do crime continuado, se tratada levianamente, é uma incontornável ameaça à justiça material, pois se for encarada como um caminho para a

⁸ Daí que avance que “o instituto da relação de continuidade não supõe em caso algum uma economia de trabalho para a prática dos tribunais do crime”. MAURACH/GöSSEL/ZIPF, 1995, 536.

⁹ Maurach assume no seu estudo a plena consciência de que, muitas das vezes, a importância do facto que posteriormente foi dado a conhecer não faz jus a todo o trabalho que implica um novo procedimento criminal pelo surgimento desse mesmo facto. No entanto, afirma que o tratamento desse novo facto como um “delito acessório não essencial” é um caminho que não se deve tomar, na medida em que “a decisão se encontra em mãos de uma autoridade dependente, constituindo, pela sua natureza, apenas uma medida temporal, insusceptível de produzir o efeito de coisa julgada”. MAURACH/GöSSEL/ZIPF, 1995, 536.

simplificação do trabalho do tribunal¹⁰ poderá significar o injusto privilégio do agente da continuação. Em ordem a combater esta realidade, o Tribunal Federal Alemão lançou mão de determinadas prerrogativas, numa tentativa de controlo das situações em que realmente temos presente uma continuação.

Os tribunais de primeira instância alemães, afirmou Maurach, eram aqueles que tinham uma política de aceitação quase imediata das situações onde eventualmente se registava uma continuação criminosa, na medida em que se bastavam com a comprovação de que o agente da continuação aproveitaria qualquer situação exterior que surgisse favorável a prática do facto. Pois bem, por considerar que muitas destas decisões eram baseadas em “suspeitas”¹¹, o Tribunal Federal alemão agudizou os requisitos para a fundamentação de uma relação de continuação, exigindo que, na sentença, deveria constar, pelo menos, o número de actos parciais que o tribunal levou em consideração e a sua breve individualização, sancionando com a revogação da sentença o juiz que assim não procedesse. Pelo contrário, ditava o Tribunal Federal alemão que, encontrando-se o autor condicionado por um concreto resultado, relativamente ao titular do bem jurídico, ao lugar e ao tempo de execução do facto, as exigências seriam consideravelmente diminuídas.

Segundo este autor, o ponto de partida da jurisprudência alemã para a averiguação da existência ou não de uma continuação reside na exigência de um

¹⁰ A economia processual que se verifica na análise e julgamento de um crime classificado como continuado é, na esmagadora maioria das vezes, o principal argumento apontado no sentido da manutenção da figura do crime continuado nos ordenamentos jurídicos. No entanto, não raras as vezes são aquelas em que precisamente esta ideia fundamenta, para muitos autores, a total e completa renúncia a esta figura. Este paradoxo explica-o Maurach: afirma no seu estudo que a unidade típica de acção que baseia uma continuação nasceu da ideia de adequar a culpa existente no momento da prática do facto à pena aplicada ao agente. No entanto, e muito por causa da praxis dos tribunais, a continuação passou a ser um caminho de simplificação do trabalho judicial, na medida em que não se exige a exaustiva averiguação e tratamento processual de todos os actos que, individualmente, compõem a continuação. Esta simplificação do trabalho judicial é apontada como uma desvantagem político-criminal da figura em estudo, por ser potencialmente violadora dos princípios pilares de um adequado e justo procedimento criminal. Mais uma vez, Maurach revela que tal silogismo está longe da perfeição, na medida em que, como já foi de facto referenciado, não se verifica uma real diminuição do trabalho dos tribunais pois para se poder constatar que um específico acto individual integra uma específica continuação, é necessária a análise de todos os requisitos externos e internos para a comprovação de que pertence ao tipo em causa no caso concreto.

¹¹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, 537.

dolo conjunto nos actos individuais integrantes da mesma, pressupondo-se que esse dolo tem início, pelo menos, antes da conclusão, pelo agente, do primeiro acto individual. Este dolo conjunto deve ser dirigido a um *resultado global*, na medida em que todos os actos parciais sejam parte de uma sequência que tenha como fim último a prossecução desse mesmo resultado. Reúne consenso também a directriz de não ser forçoso que o dolo conjunto perpassasse todos os actos parciais da continuação. Ponto assente na jurisprudência alemã reside naquela evidência de que a presença do dolo conjunto que faz nascer a continuação tem de ser efectivamente atestado pelo juiz no caso concreto. Caso não haja esta constatação positiva, abandona-se a figura da continuação e sentenciam-se o réu através da aplicação das regras do concurso e a pluralidade de factos.

Para Maurach, porque são determinantes as considerações de carácter político-criminal, o dolo conjunto deve ser substituído critérios objectivos, conectados com a personalidade do agente: um dolo de continuidade, assente na renovação das resoluções que levam o agente a actuar.¹²

§ 8

A Manutenção do Crime Continuado no Ordenamento Jurídico Português

1. As aporias apontadas à construção da continuação criminosa

De facto, várias aporias foram sendo apontadas a toda a construção do crime continuado. Levantavam-se vozes sonantes na doutrina, afirmando-as desprestigiantes o suficiente para conduzirem à abolição da própria figura nos ordenamentos jurídicos nacionais.

A mais sonante e a mais discutida reside no facto de o regime de punição do crime continuado significar um benefício desmesurado e injustificável para o arguido, já que só relativamente à moldura penal da infracção mais grave é que

¹² MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, 542.

são valorados os actos singulares, isto é, a sua gravidade, o contexto situacional em que ocorreram e a personalidade do agente que neles se reflecte. Enquanto que no concurso de crimes, a cada um deles é aplicada uma pena e é nesse momento inicial que se tem em conta estes importantes factores, desaguando tal operação no limite máximo da pena a aplicar.

Ainda ligado a este suposto benefício injusto do agente, está a articulação do regime da continuação com o princípio *ne bis in idem*, explanado no art. 29º da CRP: firmado o ideal de que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, o risco desta figura conduzir à impunidade de alguns actos singulares abrangidos pela continuação conhecidos depois da condenação do agente era uma realidade.

Já tendo em conta determinados motivos processuais fácticos, a figura do crime continuado, por um lado, parece importar consequências desfavoráveis para o agente da continuação, principalmente a dois níveis – no prazo de prescrição e no exercício do direito de queixa. Relativamente à contagem do prazo de prescrição, tratada no art. 119º/2/b do CP – “o prazo de prescrição só corre nos crimes continuados e nos crimes habituais, desde o dia da prática do último acto” – afirma-se que este protelamento do início do prazo vai totalmente contra ao espírito da própria figura, na medida em que se se alarga o prazo de prescrição do crime, há mais probabilidades de o agente por ele ser julgado, não beneficiando do regime da prescrição. Já no constante ao prazo de extinção do direito de queixa, tratado no art. 115º/1 do CP, o problema é basicamente o mesmo: se o prazo de extinção do direito de queixa começa a contar apenas a partir do conhecimento, pelo titular desse mesmo direito, do último acto integrante da continuação, então parece que há também um protelamento no tempo desse mesmo direito de queixa, ficando o agente da continuação criminosa defraudado nas expectativas de que corra o tempo de queixa para não ser alvo de um processo criminal.

Por outro lado, invoca-se que no tratamento de um crime continuado, pelo facto de os tribunais não serem obrigados legalmente a determinar o número exacto de delitos que integram a continuação, é certa uma displicência na hora de

averiguar, comprovar e valorar os factos penalmente relevantes para o processo, resultando daqui o decréscimo das possibilidades de uma defesa justa e eficaz por parte do arguido, por um lado, ou por outro, um benefício para ele, na medida em que certos actos da continuação não serão conhecidos do processo e, portanto, fiquem por julgar.¹³

Por tudo isto, considerava-se que, por o crime continuado ser uma ficção legal, isto é, por uma pluralidade de crimes ser analisada como se de um facto uno se tratasse, todas as aporias seriam eliminadas se o tratamento daqueles casos se fizesse a partir das regras do concurso de crimes. E é por aqui que começamos a nossa defesa a esta figura: com a comparação de regimes já *supra* efectuada, é fundamental agora mostrar que as diferenças existentes são de tal maneira significativas que o tratamento dos casos de continuação pelas regras do concurso iria desaguar em enormes desigualdades de justiça material e iria levantar problemas político-criminais impossíveis de sanar. Nos parece que o desenho da solução de toda a problemática em estudo arranca da análise dos regimes de punição tanto do concurso de crimes como do crime continuado que, adiantando já a conclusão, irá demonstrar que são significativas as consequências prático-normativas que dessa diferença derivam, não comportando, por ser assim, qualquer possibilidade de fusão dos dois regimes, pelo que a abolição do crime continuado iria comprometer de uma forma irremediável o equilíbrio do sistema legislativo português.

¹³ VALDÁGUA, 2006, 535 a 538. Neste sentido, também, JESCHECK/WEIGEND, 2002, 773 e ss.

2. Confronto entre a consequência jurídica atribuída ao concurso de crimes e aquela aplicada ao crime continuado

2.1. Consequência jurídica do concurso de crimes

Atentando ao nosso CP, é no art. 77º que se trata da consequência jurídica do concurso de crimes efectivo. Não se afigurando necessário alongar a análise intensiva deste preceito relativamente à construção aritmética da pena a aplicar ao agente, é importante referir que o sistema jurídico português pune o concurso de crimes pelo sistema da pena conjunta, obtida perante um cúmulo jurídico: há a determinação da pena que concretamente seria aplicada a cada um dos crimes em concurso, para, seguidamente, se construir a moldura penal do concurso segundo as regras do art. 77º, nºs 2 e 3. Ponto fundamental para nosso estudo é aquele em que o art.77º/1, para além dos critérios gerais de culpa e de prevenção, preceitua que na medida da pena a aplicar devem ser considerados, conjuntamente, os factos praticados e a personalidade do agente que os praticou. De facto, a moldura penal aplicável do caso em concreto é caracterizada por ter um limite máximo e um limite mínimo, que derivam das regras previstas no nº2 do art. 77º. No entanto, para definir a pena concreta a aplicar, manda a lei que se tome em consideração os factos praticados e a personalidade do agente, na medida em que a maior ou menor gravidade dos primeiros e o maior ou menor desvio moral na percepção dos comandos jurídicos da segunda influenciam determinadamente a medida da concreta pena a aplicar.¹⁴

Foi com o intuito de furtar determinados casos – aqueles que, do ponto de vista real, consubstanciam uma pluralidade de crimes mas que a lei os trata como se de uma unidade jurídico-normativa se tratasse – à dureza da punição do concurso efectivo de crimes que se construiu o conceito de crime continuado e todo o seu regime de punição.

¹⁴ ANTUNES, 2010-2011, 41 e ss.

2.2. Consequência jurídica do crime continuado

Por outro lado, atentando ao nosso CP, é no art. 79º que se trata da consequência jurídica do crime continuado: depois de determinada a moldura penal aplicável a cada um dos crimes integrantes da continuação, a pena concreta encontra-se tendo em consideração a moldura penal mais grave de todos os crimes analisados, valorando-se, neste ponto, a pluralidade de actos cometidos pelo agente. Na perseguição desta pena concreta, os factos individualmente considerados podem efectivamente contribuir para um agravamento da pena, dentro da moldura penal mais grave considerada, sendo a mescla das exigências de prevenção, do conteúdo do ilícito, da culpa e do comportamento do agente, fundamental para encontrar a pena reflectora de justiça a aplicar. Resta salientar, a este ponto, que este sistema de construção de punição do crime continuado reflecte o princípio da exasperação, já que a maioria da doutrina afirma que tal construção é feita sob o princípio da exasperação, uma vez que a concreta punição é encontrada dentro da moldura penal prevista para o crime mais grave, sendo valorada, num momento posterior, a pluralidade de actos praticada pelo agente.¹⁵

2.3. Confronto dos dois regimes punitivos e derivadas consequências práctico-jurídicas

Posto isto, várias são já as considerações a tecer que sustentarão a continuação da figura do crime continuado no ordenamento jurídico português.

Tomando o raciocínio que deixámos *supra*, são várias as vozes que defendem que a figura do crime continuado é difícil de justificar: afirmam que o

¹⁵ Neste sentido *vide* ANTUNES, 2010-2011, 47 e DIAS, 2007, 1039 e ainda ALMEIDA, 2004, 107. Afirma Figueiredo Dias que, no caso do crime continuado, a culpa diminuta do agente será apenas tomada em consideração quando se subtrai o tratamento do caso concreto ao regime do concurso de crimes. Em tal não podemos concordar. A culpa atenuada não pode ser só neste sentido valorada. A ela tem de se dar o devido papel na análise da pluralidade dos factos para a determinação da pena concreta a aplicar, sob pena de, mesmo aplicando o regime da continuação, esta ser inflacionada e, por conseguinte, ser desajustada aos delitos cometidos. *Vide* DIAS, 2009/A, 296 e 297.

seu núcleo redentor – a culpa sensivelmente diminuída do agente reflectida numa atenuação da pena – é perfeitamente possível de se obter se, a aplicar as regras do concurso de crimes, na hora de valorar os actos individuais, for levada logo em consideração a parca censurabilidade do conteúdo de ilícito que nos factos se reflecte e a personalidade do agente que os cometeu. Assim, nestes moldes, a aplicação do regime constante do art. 77º do CP em nada ficaria a dever à bandeira máxima de toda a figura da continuação. Pois bem, consideramos isto não ser exactamente assim. Concretizemos.

Quando comparados os artigos 30º, 77º e 79º, todos do CP, é fácil perceber que as exigências da Lei relativamente à verificação do concurso de crimes e do crime continuado são díspares. De facto, atendendo ao elemento literal, enquanto que para a aplicação da pena do concurso se devem levar em conta os factos praticados e a personalidade do agente, na aplicação de uma pena à continuação devem ser tomados em consideração os factos praticados pelo agente e o contexto situacional em que ocorrem, *rectius* aquela solicitação de uma mesma situação exterior, que arrasta o agente para a continuação, que se traduz na imediata diminuição da culpa do agente. Denota-se, neste encaço, uma diferença significativa de regimes que, a não ser tomada na devida consideração, pode significar para o agente do crime continuado uma punição muito mais severa do que aquela que efectivamente merece. Especificando, quando no concurso de crimes se encontra a pena que concretamente caberia a cada um dos crimes, passo necessário para estabelecer o limite máximo da moldura do concurso, lança-se mão dos critérios e dos factores de determinação da medida da pena explanados, respectivamente, nos nºs 1 e 2 do art. 71º do CP. Já na aferição da pena conjunta tomam-se em conta os factos praticados e a personalidade do agente. Ora no concurso de crimes, apesar de se poder considerar, segundo o art. 71º/2/b do CP, a intensidade do dolo com que o agente pratica os factos, a verdade é que essa consideração é requisito expresso e incontornável no regime da continuação. Indubitavelmente, tal facto traduz uma consideração diferente do julgador a esse específico requisito onde, por isso, o vai aferir mais minuciosa e

acuradamente do que no regime do concurso de crimes, o que se reflectirá imperativamente no *quantuum* da pena a aplicar.

Por outro lado, já atendendo à personalidade do agente, no concurso de crimes, a sua perigosidade criminal e a sua vontade criminosa contribuem tanto para a atenuação como para o agravamento da pena *conjunta*, isto é, especificamente, tal factor não é tido em, expressa atenção naquele primeiro passo, ou seja, não é tido em conta na descoberta da pena concreta que caberia a cada um dos crimes, na perseguição do limite máximo da moldura penal. No crime continuado, a personalidade do agente é tida em conta na análise da pluralidade dos factos, dentro da moldura penal mais grave dos plúrimos crimes que integram a continuação, na medida em que ela influencia directamente a sensibilidade moral do agente perante os valores jurídico-criminais, que definirão a sua força para resistir àquela solicitação tal de uma mesma situação exterior que o encaminha para a continuação

Por tudo isto, a menção expressa que o legislador diferentemente concedeu às mesmas variáveis, consoante o regime em casa, evidenciam toda uma construção sistemática díspar que não comporta qualquer possibilidade de fusão dos dois regimes. De facto, quando no concurso de crimes se tomam expressamente em conta apenas os factos praticados e a personalidade do agente já no final da construção da sanção a aplicar, por inerência, muito por causa daquela conexão á ideia de uma maior culpabilidade, se pode inferir que o limite máximo da moldura penal do concurso é já inflacionado, não representando efectivamente aquele contexto situacional de menor exigibilidade que é essencial na construção da sanção a aplicar perante um crime continuado. Abundando na explicação, não se pode, portanto, ignorar a menor gravidade deste crime continuado, comparativamente ao concurso de crimes: não porque se registre uma menor gravidade dos crimes individualmente cometidos, por serem mais atenuados em termos de punição ou, até, por violarem bens jurídico-penais secundários, mas sim porque se regista a existência de um conjunto de circunstâncias que facilitaram a reiteração da conduta, diminuindo consideravelmente a culpa do agente.

3. A economia processual como bandeira máxima do crime continuado

3.1. Proposta de análise e tratamento dos casos de crime continuado nos tribunais portugueses

Uma das grandes bandeiras de toda a figura do crime continuado é a economia que pode ser levada a cabo a nível processual, no tratamento destes casos pelos nossos tribunais. Realmente, não são raras as vezes que a continuação *sub judice* é composta por um número alargado de actos singulares. Se fossem aplicadas as regras do concurso, cada um dos crimes teria de ser individualmente analisado na construção da punição do caso concreto, o que iria representar uma sobrecarga de trabalho, que iria ser, as mais das vezes, inútil. Neste encaço, se tem defendido que, por ser assim, o juiz iria ficar dispensado de apreciar cada uma das condutas em individual, considerando e analisando apenas aquelas que realmente espelhem a ideia da gravidade penal do crime, aplicando-lhe, por conseguinte, uma pena. Assim, evitavam-se processos avolumados, que obstam ao bom funcionamento e fluidez da justiça.

Assim vistas as coisas, com razão, se foram levantando vozes contra esta figura. Afirmavam que, por ser assim, iria ser prática comum dos tribunais uma falta de rigor gritante e prejudicadora da justiça material na hora de analisar, comprovar e valorar jurídico-penalmente todos os factos considerados relevantes ao sucesso do processo. As consequências eram das mais paradoxas: tanto tal conduziria a uma impunidade de grande parte dos factos integrantes da continuação, com a aplicação de uma pena que não reflectisse devidamente a culpa do agente; como tal conduziria a um prejuízo das possibilidades de defesa do agente do caso concreto, pois com a avaliação superficial das condutas se poderiam assumir como certas determinados tipos de conclusões ou acções quando, na verdade, estas estariam completamente erradas, saindo dubiamente influenciada a pena concreta a aplicar.¹⁶

¹⁶ VALDÁGUA, 2006, 538.

Apesar de aceitarmos que, em algum dos casos, esta abreviação processual possa ser feita,¹⁷ não consideramos ser este o fundamento último do crime continuado, pelo que a construção de todo um caso de crime continuado não pode nunca ser baseada e conduzida na ideia de economizar os instrumentos processuais ao dispor dos nossos tribunais. Aliás, estamos convictos que os próprios ditames éticos que baseiam a actuação dos juízes contrariam esta ideia de existir uma figura que tem como fim último a economização de meios. Em nosso entendimento, é elementar que os juízes, em virtude do significado e impacto prático do poder que têm entre mãos, materializado no seu juízo valorativo, na sua convicção como julgador, não se podem abster de conferir se determinados actos realmente aconteceram ou não, e, uma vez a acontecerem, têm de avaliar em que contexto situacional é que ocorreram. No âmbito dos requisitos de aplicação da figura do crime continuado que consideramos correctos, restritos e rigorosos, todos os actos têm de ser individualmente analisados, por forma a que se chegue à conclusão se integram ou não a carreira criminosa continuada. Defender que só dentro da moldura penal mais grave é que vão ser valorados jurídico-penalmente todos os actos da continuação é, estamos em crer, substancialmente diferente de defender que se pode fazer tábua rasa de algumas das condutas praticadas pelo agente, tomando só em consideração as que reflectam a gravidade do crime, em ordem a uma simplificação da actividade jurisdicional. Em suma, a comodidade processual não pode nunca servir de base

¹⁷ São contados os casos em que, em nosso entender, esta abreviação processual é uma possibilidade. E o é só em casos extremos. De facto, e sempre tendo em consideração que existem continuações integradas por um número astronómico de condutas, defendemos que, num primeiro passo, deve ser sempre obrigação do julgador encetar esforços na tentativa de tomar conhecimento de todos os delitos integrantes dessa continuação. No entanto, nos casos em que isso não seja empírica e processualmente possível, a via de solução, estamos em crer, passa por a análise e a valoração obrigatória de todas as condutas que traduzam, efectivamente, a autêntica gravidade do crime continuado *sub judice*. Esta solução, apesar de se desviar do caminho por nós defendido, faz sentido quando tomamos em consciência que um dos maiores problemas dos nossos tribunais é a extrema morosidade de decisão dos casos a eles submetidos. Ora, por ser assim, e porque a análise exaustiva das continuações criminosas integradas por um número exorbitante de condutas comprometeria o bom funcionamento do tribunal decidente, a abreviação processual da valoração das condutas é uma possibilidade desde que nestes específicos moldes, em ordem a não comprometer o respeito pela justiça criminal da sanção penal aplicada.

para que se admitam violações da justiça material, fim último de todo o procedimento criminal.¹⁸

Abundando na explicação: a aplicação do crime continuado não pode ser feita com o intuito de poupar os nossos tribunais e os nossos magistrados a um trabalho processual de averiguação das condutas que compõem a continuação. Estas têm, de igual forma como se opera no concurso de crimes, de ser *analisadas* individualmente, para se obter a real percepção do contexto em que ocorreram e a real culpa que recai sobre o agente, em ordem a se poder constatar, autenticamente, que um específico acto individual integra ou não a continuação. Simplesmente, diferentemente do concurso, essas variadas condutas só irão ser *valoradas* no contexto da moldura penal do crime mais grave que integre a continuação.

Resta salientar que é possível que, perante esta que é, em nosso entender, a melhor maneira de os tribunais entenderem e tratarem todos os casos que consubstanciem uma continuação, se indague que, por ser assim, realmente se tocam os regimes de apreciação do crime continuado e do concurso de crimes, levando à consideração de que, afinal, a fusão dos dois regimes é uma possibilidade. Ora, apesar de aplicarmos todo o rigor que se observa na análise de crimes em concurso naqueles que consubstanciam uma continuação criminosa, assim o defendemos para garantir uma justa pena, adequada à culpa que o agente empossa no caso concreto, no sentido do respeito pelos princípios da justiça material da sanção penal e da dignidade da pessoa humana. No entanto, a configuração objectiva e subjectiva, bem como o sentido político-criminal de uns e de outros, por ser assim, não deixam de ser cabalmente diferentes, diferença essa que não podemos, de todo, ignorar, sob pena de comprometer irremediavelmente o equilíbrio do sistema jurídico português.

¹⁸ “ (...) nunca por uma simples razão de comodidade processual se poderia aceitar o sacrifício da retribuição justa e da punição adequada do agente.” CORREIA, 1963/A, 275.

3.2. Influência do tratamento proposto ao nível da análise dos pressupostos da continuação criminosa

Por conseguinte, todo este rigor na análise dos actos que efectivamente ocorreram e o seu contexto situacional, reflecte-se na forma de analisar os próprios pressupostos da continuação criminosa. De facto, para que haja rigor na aplicação da figura em estudo, de modo a esta não cair no descrédito que lhe tem sido apontado, não se pode fazer uma análise generalizada, superficial, dos pressupostos da continuação. Estes terão de ser devidamente analisados, sem nunca tal análise ficar apartada do bom senso comum das coisas, para garantir uma correcta e justa aplicação da figura, de modo a não se colidir de frente com princípios tão importantes como o da justiça material e os da paz social e da manutenção da segurança da ordem jurídica.^{19/20/21}

¹⁹ Em sentido contrário, afirma Américo Marcelino que os pressupostos legais da continuação têm de ser apreciados “cum grano salis”, de uma forma liberal, supondo uma interpretação extensiva como convém a “favor rei” e sem os asfixiar num colete de forças, que tornariam a figura inservível para a generalidade das situações.” A este propósito, menciona um Ac. do STJ, 30.Janeiro.1986, onde afirma o excesso de zelo do STJ a avaliar os requisitos da continuação que culminou na recusa de aplicação da figura. MARCELINO, 1988, 235.

Façamos a nossa análise. Esteve em julgamento um grupo de criminosos condenados por assaltarem um centro comercial com pilhagem de sete lojas. Relativamente à qualificação jurídica destes factos, as instâncias não foram unânimes, visto que a primeiro afirmou que houve unidade do desígnio criminoso, enquanto que a Relação pronunciou-se pela sua pluralidade. Para o STJ, “houve sete resoluções, tantas quantas as lojas do centro comercial assaltadas”. Neste enalço, indaga: “assente a pluralidade de resoluções (...) e, portanto, em princípio, de crimes, fornecer-nos-ão os autos dados bastantes para aglutinar numa continuação?”. Analisando a resposta negativa dada a esta pergunta pela Relação, afirma o STJ que entre os furtos “não houve alteração das circunstâncias externas que arrastassem os réus a mais um furto.” Este caso, em nosso entender, parece um pouco mais complicado que aquilo que aparenta. Diz o STJ que os agentes, “dentro do plano genérico da entrada no centro para verem o que ali podiam fazer, foram sucessivamente decidindo, em igualdade de facilidades, as sete subtrações.” Perante esta consideração, tudo aponta para o caminho da afirmação da continuação criminosa. No entanto, indo de encontro ao já firmado no texto do acórdão, como todas as lojas são separadas fisicamente, os agentes, não se contentando com a quantia furtada no primeiro assalto, nos seguintes encontraram dificuldades redobradas de execução, na medida em que tiveram de efectuar novos arrombamentos. Ora, se, *ab initio*, parecia que a situação exterior por ser de extrema facilidade de prática do delito arrastava para a reiteração, justificando, assim, a punição pelo regime do crime continuado, agora, depois de bem analisados os factos, tal já não é, de todo, líquido, parecendo até injusto.

²⁰ *Vide* Ac. do STJ, 22.Abril.2004, 167 e ss. Está em causa o crime de incêndio, onde a contagem e análise individual e escrupulosa de todos os focos de incêndio provocados pelo agente permitiram o afastamento do regime da continuação para a aplicação do regime do concurso efectivo, porque não se registou uma sensível diminuição da culpa.

²¹ Neste sentido *vide* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, 536 e 537.

3.3. Manutenção do sentido político-criminal fundante da continuação criminosa

Assim entendidas as coisas, não consideramos que fique vazio de sentido o fundamento político-criminal da figura do crime continuado: sendo a menor culpa do agente e o valor de justiça material que se deve observar no caso concreto os vectores que catalisaram a criação e aplicação desta figura, a adopção deste difícil, mas rigoroso caminho na hora de os atestar nunca poderá significar uma profunda colisão com o sentido fundante da continuação. A nosso ver, aliás, conferirá maior sentido de justiça e consolidação jurídica à pena aplicada, por esta ser resultado de um maior decoro de averiguação.

Posto isto, a mais uma conclusão nos é permitido chegar. De facto, assim, explanado, o fundamento político-criminal do crime continuado em nada coincide com o sentido fundante da figura do concurso de crimes. Baseia esta última figura aquele intenso volitivo criminoso incrustado na personalidade do agente e nas acções por ele praticadas, fundamentando a agravada culpa do agente, que no enalço é punida por uma pena mais severa. Por tudo nisto, fica já realçada a importância da manutenção da figura do crime continuado no ordenamento jurídico português: não se pode subsumir o tratamento destes ao regime do concurso de crimes, estando orientações político-criminais tão diferentes por detrás destas duas figuras.

§ 9

A Influência da Liberdade Ético-Existencial e da Culpa da Pessoa no Tratamento da Continuação Criminosa

1. Os reflexos da liberdade no tratamento da continuação criminosa – análise da conexão objectiva existente entre as condutas integrantes da continuação e o seu reflexo no *quatum* da culpa da continuação

A figura do crime continuado caiu em descrédito ao longo dos tempos da sua aplicação porque os nossos tribunais eram desregrados na hora de atestar se, no caso concreto, esta figura jurídica se verificava ou não. Muita da jurisprudência portuguesa se bastava com a confirmação dos requisitos objectivos do crime continuado para afirmar a sua existência no caso concreto, sem efectuar uma verdadeira análise daquela conexão subjectiva tão importante na construção desta figura, isto é, sem analisar efectivamente se a culpa se encontrava consideravelmente diminuída. Não são raras as vezes que, nos acórdãos dos tribunais portugueses, o que acontece é que, uma vez atestada a configuração objectiva da continuação, é automaticamente assumida uma menor culpa do agente. E a realidade está longe de ser assim.

Em nosso entendimento, o preenchimento da vertente objectiva da continuação contribui, mas não é de todo suficiente para a afirmação no caso concreto de um crime continuado. A chave do problema está na análise da culpa que recaiu sobre o agente e se esta tem uma configuração tal que se possa dizer que se encontra consideravelmente diminuída. É necessária uma cuidada análise de quais e em que medida determinados factores consubstanciam uma diminuição sensível da culpa, pois a análise e aplicação descuidada e libertina destes factores leva indubitavelmente a um puro descrédito do conceito em estudo, na medida em que se pode desaguar no puro arbítrio e no caminho fácil do agente se furtar à sua responsabilidade criminal, comprometendo de uma forma irremediável a justiça material que outrora baseou a criação desta figura jurídica e que, acreditamos, sustenta dogmática e político-criminalmente a figura.

A liberdade pessoal e a sua reflexão no agir de cada um estão intrinsecamente ligadas às consequências que das acções poderão advir. O ser humano existe porque age. No entanto, esta acção humana pode ser despoletada pelos mais diversos motivos, desde os mais primitivos e inconsequentes aos mais elaborados e racionais. Pode, assim, ser baseada num impulso ou baseada num motivo. Apesar de ser instituída uma ideia geral de liberdade, isto é, aquela capacidade que o ser tem de agir livremente, consoante as leis da natureza e das suas vontades próprias, cada um de nós forma gradualmente a sua própria ideia de liberdade, influenciando directamente a linguagem, a cultura e a forma de nos relacionarmos com os outros. É esta ideia de liberdade de cada um que fomenta a sua responsabilidade moral e jurídica, visto que, a responsabilidade jurídica, maxime, a pena aplicada, se se impõe a uma pessoa física, não se poderá partir de outra perspectiva que não a interna – a personalidade de cada um e a liberdade que dela emana.²² São várias as razões que possibilitam o tratamento do Homem como um ser livre, na medida em que existe um juízo material que influencia o modo como cada um se vê a si mesmo e porque tal percepção é influenciada pela existência de valores considerados ideais. No entanto, qualquer imagem de liberdade é meramente aparente, na medida em que nos encontramos sempre condicionados pelas circunstâncias que nos rodeiam.

1.1. A solicitação à prática do crime

Se olharmos para toda a construção do crime continuado e do concurso de crimes, a ideia de liberdade é tomada por cada uma delas em acepções diferentes, com graus de importância diferentes, desaguando, indubitavelmente, em punições diferentes. Quando atentamos a toda a técnica de construção do concurso de crimes e o regime da sua punição, cedo nos apercebemos que a análise que se faz do *quantuum* de liberdade que existia no momento da prática

²² FERNÁNDEZ, 2008, 231.

dos crimes é superficial, como se de um dado adquirido se tratasse, na medida em que se assume, *a priori*, que o agente está investido da liberdade de se decidir pela prática do ilícito, pois, embora se equacione sempre a existência de circunstancialismos externos ao agente – estes serão sempre uma realidade –, assume-se que não coarctam irremediavelmente a sua liberdade de acção, não influenciam directamente a conduta criminosa e a censurabilidade moral e jurídica a ela conectada. No entanto, estamos certos que nem sempre é assim. Embora seja dado adquirido que o ser humano age de acordo com a liberdade que sobre ele recai, a par da sensibilidade moral e jurídica do agente, podem sempre coexistir determinadas variáveis que coarctem o seu modo de acção, levando-o, em último caso, à prática de actos que ele racionalmente não deseja, não procura, mas que uma força inteligível o arrasta para a sua prática. Quando, na construção do conceito de crime continuado, se alude a uma solicitação que deriva de uma mesma situação exterior, é precisamente a estas variáveis externas que se quer referir.

Seguindo de perto as considerações tecidas por Eduardo Correia e Figueiredo Dias, a solicitação à prática do crime consiste naquele momento em que o agente se resolve a praticar o crime porque alguma circunstância o solicita a tal. Como é bom de se ver, esta solicitação, para se considerar capaz de atribuir ao crime em concreto o cunho de continuado, tem de ser irresistível de uma maneira apreciável, de modo a facilitar consideravelmente a reiteração. Em nosso entendimento, a jurisprudência portuguesa tem um papel fundamental na definição deste conceito tão indeterminado que é a “solicitação” considerável. De facto, e tendo noção que só a análise caso a caso poderá definir concretamente o conteúdo deste elemento do crime continuado, estamos certos quando afirmamos que aquela circunstância que leva o agente à resolução de praticar o crime tem de ser inelutavelmente forte, irresistível, que torne possível afirmar que, se aquela circunstância de vida não ocorresse, o agente nem equacionaria enveredar pela prática do crime. Podemos e devemos ir mais longe ainda: aquela circunstância que leva o agente à prática do crime tem de ser tal, que um homem honesto e

cumpridor dos comandos jurídicos provavelmente teria actuado da mesma maneira sem, no entanto, revelar qualidades pessoais classificadas de juridicamente censuráveis.²³

1.1.1. O aproveitamento da mesma oportunidade

Muitas das vezes esta solicitação exterior aparece ante o agente como uma oportunidade. Se aquele contexto situacional que se verificou ao tempo da primeira conduta se voltar a repetir, surge a oportunidade de o agente, nos mesmos termos e já investido de um certo relaxamento relativamente aos comandos jurídicos, voltar a praticar o mesmo delito. Nestas situações de aproveitamento de uma mesma oportunidade que surge em tempos diferentes, nas condutas subsequentes já estão vencidas algumas das maiores dificuldades que levam à prática do crime, *maxime* o desrespeito pelos valores jurídico-criminais,²⁴ logo, é seguro afirmar que a todas as condutas não precede a mesma intensidade volitiva de praticar do ilícito, pelo que, deve-se furtar o tratamento destes casos da temática do concurso e sim aplicar as regras de punição do crime continuado. Pesem embora estas considerações, estamos em crer que o surgimento e conseqüentemente aproveitamento daquela mesma oportunidade de praticar o ilícito não pode, sem mais, afirmar a atenuação automática da culpa. No entanto, *a contrario* e pela negativa, seguindo de perto os ensinamentos de Eduardo Correia, permite-nos chegar a uma importante conclusão: se aquele caso que, à partida, configura uma continuação, depois revelar uma acentuada perigosidade criminal do agente, porque é notável a vontade criminosa do mesmo, então deve estar excluída, de imediato, a atenuação da culpa. Por outras palavras, no crime continuado, se se verificar que o agente repetiu a conduta não porque o contexto situacional assim o proporcionou, mas porque a sua personalidade é investida de uma certa tendência criminosa, há uma exclusão

²³ DIAS, 2007, 609.

²⁴ De facto, mais rápido actua criminosamente, mas com uma menor intensidade criminosa, aquele que obteve sucesso aquando da primeira conduta delituosa e a repete sempre que a mesma oportunidade surja do que aquele que tem de desbravar novos caminhos para atingir os mesmos objectivos.

automática de uma qualquer culpa diminuída. De outra maneira não poderia ser. Sendo humanamente impossível a verificação daquela situação ideal de o homem modelar a sua personalidade para resistir a todas as solicitações ilícitas com que a vida o presenteia, é inegável que a vontade criminosa do agente que arromba várias vezes a porta de uma casa com um pé de cabra é muito mais significativa e reprovável do que aquele que se limita a entrar por uma janela aberta.

1.1.2. O sucesso da cominação da 1ª conduta delituosa

Nas relações de vida, uma tomada de opção ou a concretização de uma acção levada a cabo com sucesso é um incitamento automático à prática das opções ou acções subsequentes. No mundo do crime, o cenário é o mesmo. Especificamente falando do crime continuado, o empírico sucesso da conduta delituosa anterior contribui significativamente para o aproveitamento daquela mesma oportunidade que surge ante o agente, catalisando a reiteração criminosa.

No enalço do pensamento de Mittermayer, o sucesso da primeira conduta cria um específico estado das coisas que solicitam o agente à prática de novas e sucessivas actividades criminosas. No entanto, cremos que já não podemos ir tão longe quanto este autor foi quando afirmou que as posteriores actividades criminosas *apenas* se concretizam *se* a primeira conduta delituosa cominada com sucesso. Apesar de o sucesso da primeira conduta catalisar fortemente a prática das ulteriores, acreditamos que o seu insucesso não é suficiente para fazer face àquela solicitação à prática do crime, despoletada pelo surgimento da mesma oportunidade ante o agente.²⁵

1.1.3. O alargamento do âmbito da actuação criminosa

Resta salientar que o conceito de “mesma oportunidade” deve ser entendido, em determinados casos, num sentido mais lato. De facto, não são raras as vezes em que durante a prática de uma conduta delituosa surge a oportunidade da

²⁵ CORREIA, 1963/A, 207 e 208.

prática de outro delito. Nestes casos, o agente alarga a sua actuação, atingindo, por conseguinte, um resultado mais abrangente. Deve considerar-se, assim, o afastamento automático da punição através do regime da continuação? Consideramos categoricamente que não. Realmente, comete o agente um outro delito, negando, portanto, um outro valor jurídico-penal. No entanto, este segundo delito é levado a cabo no encadeamento daquele primeiro, na medida em que aproveita a mesma oportunidade, variável que consubstancia uma automática atenuação da culpa.^{26/27}

É neste encaço que se percebe que a análise das condutas que configuram o crime continuado não deve ser feita de maneira compartimentada, e sim relacional, de modo a ter em consideração todos os momentos e poder relacioná-los da melhor maneira possível, tendo como pano de fundo o grau de culpa do agente.²⁸

1.2. Contexto situacional exterior ao tempo das condutas delituosas

Quando atentamos a toda a envolvência do crime continuado, apercebemos que a liberdade que o agente experiencia ao longo de toda a reiteração não é, de todo, absoluta. Se na esmagadora maioria dos casos criminais há uma

²⁶ No entanto, saliente-se desde já que a atenuação da culpa só se verifica se se denotar aquela identidade do bem jurídico violado. Será fácil de compreender que não se poderá afirmar tal atenuação naquelas situações em que o agente, durante um furto de umas jóias, aproveite para tirar a vida ao animal de estimação do proprietário da habitação apenas por diversão. No entanto, já se poderá afirmar a continuação se o ladrão no encadeamento de furtar as jóias, também furtar uma quantia de dinheiro que descobre na mesma gaveta onde estas se encontravam.

²⁷ Na esteira do pensamento de Eduardo Correia, a questão do alargamento da continuação criminosa está intrinsecamente relacionada com a questão da homogeneidade da acção na continuação criminosa. Afirma que é esta possibilidade de alargamento que confere relevo à questão da homogeneidade da actividade do agente, na medida em que, se apenas se considerasse a questão do bem jurídico, excluiriem-se logo dão âmbito da continuação situações que, com toda a justiça, lá se integrariam. Eduardo CORREIA, 1963/A, 268. Por nossa parte, estamos em crer que o desvio, pelo agente, da sua conduta-padrão, *alargando-a*, tem uma significação jurídica diferente daquela que terá se o agente se desviar da sua conduta, *modificando-a*, com o objectivo de atingir intentos que vão para além dos primeiramente equacionados. Queremos com isto dizer que o alargamento da actividade do agente cairá fora do regime punitivo da continuação se esse alargamento apenas foi possível se o agente, em vez de aproveitar um contexto situacional para o cometimento de vários crimes, foi ele próprio que criou esse contexto situacional.

²⁸ Neste sentido *vide* Eduardo CORREIA, 1963/A, 250.

liberdade que não é importunada por quaisquer relações de vida, apenas é formada pela vontade criminosa e pela perigosidade criminal do agente, nos casos que se subsumem no conceito de crime continuado nada se passa, de todo, assim. O agente do crime continuado tem, por tudo isto, a nosso ver, um perfil muito específico que se consubstancia numa automática e completamente justificada diminuição da sua culpa. De facto, naquilo que, a nosso ver, é o verdadeiro crime continuado, o criminoso só o é por causa de determinados circunstancialismos externos que se verificam na altura da prática dos factos, podendo afirmar, com toda a certeza, que se esses circunstancialismos deixassem de se verificar, o agente nada faria para os procurar ou para criar um ambiente favorável à sua verificação: ele, pura e simplesmente, deixava de praticar os crimes. Podemos até afirmar, convictos da veracidade de tal, que o agente do crime continuado é um homem honesto e cumpridor dos comandos jurídicos em que os crimes por ele praticados não revelam quaisquer qualidades pessoais classificadas de juridicamente censuráveis: ele, pura e simplesmente, prevarica ao tempo dos delitos porque a liberdade de decisão enquanto pessoa individual foi coarctada pelo mundo que o rodeia, ao contrário do que acontece com o agente típico do concurso de crimes. Abundando na explicação, comparando a continuação criminosa com o concurso de crimes, deve-se atentar à menor gravidade daquele, não porque se registre uma menor gravidade dos crimes individualmente cometidos, por serem mais atenuados em termos de punição ou, até, por violarem bens jurídico-penais secundários, mas sim porque se regista a existência de um conjunto de circunstâncias que facilitaram a reiteração da conduta, diminuindo consideravelmente a culpa do agente.

E porque é assim, para não cairmos no puro facilitismo e no puro arbítrio de opinião, é fundamental perceber quais os circunstancialismos externos que são favoráveis à continuação. De facto, seria muito arriscado falar que todos esses circunstancialismos são válidos no caminho da continuação: correríamos o risco de as situações mais mundanas e mais descabidas serem chamadas à colação num caso concreto na tentativa de o agente se furtar a uma pesada punição, apelando ao conceito do crime continuado.

Não se afigurando possível, em nosso entender, por impossibilidade prática de prever todas as situações de vida em que tal acontecimento poderá ter lugar, enumerar taxativamente esses circunstancialismos externos, temos de ter noção que a capacidade de vontade do agente sofre pressões que derivam desses mesmos circunstancialismos, arrastando o agente, indubitavelmente, para a repetição das condutas criminosas. Por ser assim, a análise de toda a situação exterior que pode incitar à reiteração revela-se fundamental na construção do crime continuado. De facto, todo o momento exterior da conduta deve ser decisivo na hora de o agente se decidir pela prática e depois repetição do crime, pois só assim se pode equacionar a culpa sensivelmente diminuída: se, no momento da prática do crime, a pressão exercida por estas circunstâncias externas sobre a capacidade de vontade do agente não se aferir como significativa, então, tem de se afirmar pela tendência criminosa da personalidade do agente, excluindo a sensível diminuição da culpa.^{29/30}

Por aqui se atesta que a aceitação da existência de um crime continuado tem de passar por apertados requisitos, sob pena de, se não o fizermos, comprometermos irremediavelmente toda a essência de justiça material que outrora fundamentou o nascimento da figura em análise.

A este âmbito, retomemos a análise do acórdão proferido a 2 de Junho de 2005. Ao tempo da prática e da análise dos factos, convém dizer que ainda não tinha sido aditado e alterado o número 3 do art. 30º, que hoje impossibilita a aplicabilidade prática da figura do crime continuado quando estejam em causa bens eminentemente pessoais. Aparte desta alteração legislativa, o referido

²⁹ Contrariamente, existem autores que defendem que a solicitação que provém de uma mesma situação exterior são requisitos com “mero valor sintomático” da diminuição considerável da culpa, dizendo até que tal “não constitui requisito de verificação obrigatória”. ALMEIDA, 2004, 111.

³⁰ Já neste sentido seguiu Beleza dos Santos, quando considerou que a pressão exercida sobre o agente é um poderosíssimo catalisador da realização das condutas ilícitas subsequentes e que, por isso, se torna evidente que a vontade criminosa do agente não é a mesma perante todas as condutas, registando-se, pois, uma diminuição de intensidade dessa vontade a cada conduta realizada. *Vide* mais em SANTOS, 1943, 339: “Há (...) como que um prolongamento da primeira falta, o qual normalmente não revela uma energia, uma insistência criminosa igual à traduzida na prática de crimes inteiramente distintos sem aquelas relações que os aproximam.”

acórdão teve o voto de vencido de Santos Carvalho, por considerar que a conduta do agente poderia integrar, com base na homogeneidade das condutas, uma continuação criminosa. De facto, e como *infra* teremos oportunidade de demonstrar, só se o agente levar a cabo a reiteração através de condutas homogéneas é que se pode afirmar que ele sucumbiu a um certo circunstancialismo a si exterior, diminuindo, portanto, a sua culpa. Ora, atentando à factualidade do caso em análise, foi uma persistente insatisfação sexual do agente, provocada por uma forte atracção física deste perante a vítima, que levaram à prática dos sucessivos actos sexuais de relevo. No nosso ponto de vista, muito por causa de demonstrar um monumental desrespeito perante a vontade e autodeterminação da vítima, este quadro fáctico não pode nunca corresponder àquele circunstancialismo externo que arrasta o agente para a reiteração, diminuindo, assim, a sua culpa. Aliás, perante isto, e alheados do enquadramento legislativo do crime continuado actual, consideramos que a cada um desses sucessivos actos sexuais deve ser dirigido um forte juízo de censura, punindo-os com o regime punitivo do concurso de crimes, na esteira daquela posição tomada por Figueiredo Dias. Esquemáticamente: primeiro, porque nos apartamos da consideração de que, por existir uma relação de especialidade entre a tentativa de violação e a coacção sexual, se deve dar prevalência à última, posição defendida por Helena Moniz; segundo, porque consideramos que, por um lado, é exagero optar pela punição por concurso efectivo de crimes, já que incorre na violação do princípio da dupla valoração, diferentemente do que defende Nuno Vinagre, e, por outro, porque a consideração neste caso de uma unidade criminosa violaria a esgotante apreciação dos factos; terceiro, porque afastamos terminantemente a aplicação da figura da continuação criminosa, pois colidiria de frente com o seu próprio fundamento – a diminuída culpa do agente; e, por último, quarto, porque estamos em crer que a tentativa do crime especial e a consumação do crime fundamental têm de ser objectivamente valoradas na hora da aplicação da sanção penal, consideramos a punição por concurso aparente nos moldes avançados por Figueiredo Dias a mais indicada.

Olhemos ainda para o tema da continuação e da actuação destes circunstancialismos externos no *direito penal fiscal*. Situações há em que se verifica o não pagamento das prestações tributárias prolongado pelos vários períodos temporais a que dizem respeito. Está em causa, assim, o cometimento de um *crime de abuso de confiança fiscal*. Explanava o nº6 do art.24º do RJIFNA, entretanto eliminado pelo Decreto-Lei nº 394/93 de 24 de Novembro, que era proibida a aplicação do regime punitivo da continuação criminosa do agente que não cumprisse uma obrigação de natureza periódica, aplicando-se a punição do concurso de crimes, na medida em que havia “tantos crimes quantos os períodos a que respeita tal obrigação”.

Neste tipo de crimes, seguindo de perto as considerações tecidas por Susana Aires de Sousa sobre esta temática,³¹ a configuração objectiva da continuação não é de difícil preenchimento, já que o não pagamento das prestações periódicas que são devidas pelo agente cumprem os requisitos da pluralidade de infracções e da homogeneidade da acção. No entanto, as dificuldades surgem quando se atenta aquela conexão subjectiva de toda a continuação, na medida em que a não entrega tem de consubstanciar uma culpa diminuída do agente, por resultar de uma solicitação tal que advém de uma mesma situação exterior. A jurisprudência, neste campo, tem-se bastado com a proximidade espaço-temporal que se regista entre as condutas para afirmar a existência da continuação. No nosso entender, e no encaixe do que temos vindo a defender ao longo de todo este estudo, consideramos que a proximidade espaço-temporal que se regista entre as condutas não é, de todo, suficiente – *rectius*, tem uma importância meramente secundária – para afirmar o crime continuado. É necessário que determinados circunstancialismos alheios ao agente o arrastem para a omissão de pagamentos, verificando-se assim uma considerável diminuição da culpa. Susana Aires de Sousa, neste seguimento considera “necessária a verificação de elementos exteriores ao agente (...) que diminui consideravelmente a culpa *v.g.* dificuldades económicas graves e prolongadas”³². Quando se fala em prestações periódicas,

³¹ SOUSA, 2009, 116 e ss.

³² SOUSA, 2009, 118.

aquela solicitação de não pagamento das mesmas, toda a gente a experimenta e a todos está certa aquela situação exterior que pode levar ao seu não pagamento, como por exemplo, determinadas dificuldades a nível económico-familiar num determinado momento da vida. Por ser assim, nos parece ser bastante perigoso para a sustentabilidade do próprio sistema económico-fiscal, afirmar que dificuldades graves experienciadas por um indivíduo lhe diminuem sensivelmente a culpa na hora de omitir os devidos pagamentos. Apesar de classificarmos de exagero normativo aquele nº6 do art. 24 ° do RJFNA, na medida em que se deve sempre ter a possibilidade legal da existência da figura da continuação no âmbito do direito penal fiscal³³, a aplicação desta figura a este âmbito deve ser de evitar, porque aquele momento exterior que antecede a resolução do agente a não cumprir as suas prestações periódicas e a facilidade com que isso se pode levar a cabo é uma realidade comum a toda a gente, pelo que não diminui necessária e consideravelmente a culpa de quem assim age. Porque se assim fosse, todos lançariam mão desta figura para se furtarem às suas responsabilidades fiscais, resultando em consequências económico-fiscais e político-criminais, no mínimo, insustentáveis.

1.2.1 O papel da personalidade do agente na interpretação do contexto situacional preponderante para a reiteração criminosa

De facto, quando se fala em crime continuado, a primeira sensação que a figura nos transmite é a de que houve, por parte do agente, um relaxamento da sua sensibilidade moral relativamente aos comandos jurídicos protectores de bens jurídico-penalmente relevantes.

Seguindo de perto o pensamento de Eduardo Correia, todos nós, por sermos pessoas, somos investidos de uma personalidade, cabendo a cada um de nós moldá-la, de modo a se manter fiel aos valores jurídico-criminais.³⁴ Um dos aspectos mais intrínsecos à personalidade de um indivíduo é a percepção da

³³ A jurisprudência do STJ tem-se pronunciado pela possibilidade de aplicar o regime punitivo da continuação a este tipo de casos. *Vide* Ac. do STJ, 29.Janeiro.2004, 186 e ss.

³⁴ CORREIA, 1963/A, 250 e 251.

liberdade que encabeça nas várias relações de vida, isto é, é aquela óptica interna que tem sobre os seus actos, aquela percepção que é um conjunto de factores internos que leva à sua prática. Por outro lado, é também sabido que a personalidade do autor não é uma ilha, incólume a factores externos. Muito pelo contrário: a nossa personalidade, como já o dissemos de facto, é influenciada significativamente por aqueles que nos rodeiam. A nossa interacção social com os demais, as atitudes que tomamos, os ideais que adoptamos, moldam a nossa personalidade, inclusivamente, o próprio sentido da responsabilidade que os outros nos dirigem pelos factos que praticamos contribuem para a nossa própria construção.³⁵

Abundando na explicação, o que importa ora perceber para aquilo que ao nosso estudo interessa é que, apesar de a construção gradual da nossa personalidade influenciar a nossa liberdade de acção, está longe de ser só influenciada por esta perspectiva interna que temos sobre os nossos actos, pois, em muitas das vezes, acontece que a nossa liberdade de agir está fortemente condicionada por factores externos que não conseguimos controlar ou ignorar. Estes circunstancialismos são, em determinados casos, tão significativos, que mesmo um indivíduo que tem a personalidade completamente vinculada ao respeito pelos valores jurídico-criminais, denota, nesses momentos, uma extrema dificuldade em manter-se no caminho desse respeito, acabando por aceder àquele relaxamento, involuntário quase, perante os comandos jurídicos que protegem esses valores jurídico-criminais. Isto acontece, não porque o agente concreto deixou de se preocupar com a ordem jurídica e a paz social estabelecidas ou porque voluntariamente decidiu adoptar uma carreira criminosa: não se registando qualquer aumento da vontade criminosa e da perigosidade criminal do agente, isto acontece porque aquela sensibilidade que o agente outrora detinha pelos normativos jurídicos ficou atenuada pela força irresistível que aqueles circunstancialismos externos representam na sua conduta.

Abundando na explicação, é fundamental averiguar se a atenuação da sensibilidade do agente perante os comandos jurídicos não significa a presença

³⁵ FERNÁNDEZ, 2008, 231.

de uma tendência para o crime no seio da sua personalidade.³⁶ Se essa presença for uma realidade, então está automaticamente excluída a possibilidade de classificar como continuado o caso concreto.³⁷

1.3. A homogeneidade de acção

Uma aresta necessária a limar na apreensão do conceito do crime continuado é a questão da *homogeneidade de acção* e o seu contributo para a atenuação da culpa.³⁸ Mais uma vez atentando às considerações que a este respeito são tecidas por Figueiredo Dias e Eduardo Correia, é certo que a existência daquela solicitação considerável de uma mesma situação exterior e o efeito que ela exerce sobre a capacidade de vontade do agente é comprovada pela adopção por parte deste de uma conduta homogénea. De facto, se se notar uma heterogeneidade nas condutas do agente, pode-se afirmar que elas não são despoletadas por uma mesma solicitação provinda de um certo contexto situacional, nem correspondem ao aproveitamento de uma mesma oportunidade que conduz à reiteração. Essas condutas reflectem sim uma tendência criminosa incrustada no modo-de-ser do agente, que deve ser devidamente tratada através das regras de punição do concurso de crimes. Demonstrando praticamente esta questão, avançamos o exemplo de escola daquele caixa de supermercado que vai furtando pequenas quantias ao longo do tempo, para garantir a satisfação das suas necessidades diárias. Um dia, furta uma quantia avultada porque decide comprar um carro ou um apartamento. Este furto não integra a continuação criminosa,

³⁶ Seguimos aqui o pensamento de Mittermayer. CORREIA, 1963/A, 208.

³⁷ No entanto, se atentarmos ao pensamento de Kraushaar, este afirma que uma certa tendência do agente para a prática do crime faz com que a execução do crime continuado está interior e exteriormente classificada, pois cria um certo estado das coisas que impulsiona a reiteração criminosa. CORREIA, 1963/A, 208.

³⁸ Aparecendo este conceito de homogeneidade de acção com Feuerbach e muitas tentativas de formulação do conceito depois, passou a coincidir este problema com aquele referente à unidade do tipo legal preenchido que *infra* iremos analisar: verificado o preenchimento do mesmo tipo de crime, estava certa a homogeneidade de acção. Honig veio alertar para esta confusão, afirmando-a completamente errónea: a ser assim, este requisito não passaria da satisfação da necessidade que se registava em dispor legalmente a valoração objectiva como pressuposto do crime continuado. E, acertadamente, ele vai mais além: é um requisito que, individualmente, fundamenta a sensível diminuição da culpa do agente. CORREIA, 1963/A, 266 e 267.

pois a sua conduta diferenciou naquele momento de todas as outras, não respondendo, portanto, também à mesma solicitação exterior que procedeu todos os outros furtos. Aplica-se, assim, por não se registar qualquer relação legal de continuação entre aqueles pequenos e estes grande furto, relativamente a este último, as regras gerais de determinação de uma pena concreta, sem qualquer referência ao art. 79º do CP. Este pressuposto, muito usado doutrinamente mas parcamente fundamentado, não tem os seus limites legislativamente definidos com rigor, dependendo muito da avaliação de cada caso concreto e da sua simbiose com os restantes requisitos que compõem a construção do conceito em análise.

1.4. A utilização de meios aptos à prática dos delitos

Relativamente aos casos em que determinados *meios* são utilizados pelo agente para a realização do delito, algumas considerações há a fazer. Pegando no exemplo de escola do merceeiro que adultera os pesos que utiliza na pesagem dos alimentos para obter uma margem de lucro mais alta, ou do agente que constrói uma máquina destinada à reprodução de notas falsas, depois de obtido o meio apto à realização do crime, a solicitação para a sua recorrente utilização é mais que considerável, visto que o agente tem na sua posse um meio de obtenção de dividendos pronto a usar. No entanto, e aqui discordando de Eduardo Correia e de Figueiredo Dias³⁹, não há aqui qualquer possibilidade de se equacionar uma menor culpa do agente. De facto, foi a iniciativa e a perícia do próprio agente que levou à criação do meio que possibilitou a prática do crime. Nestes casos, não há uma qualquer solicitação exterior à própria acção do agente, não há um qualquer aproveitamento de uma oportunidade que surge; há sim um aproveitamento de uma situação contra o direito que o próprio agente criou, revelando uma persistência do propósito criminoso.⁴⁰ Por ser assim, a culpa não se encontra

³⁹ DIAS, 2007, 1032 e CORREIA, 1963/A, 249.

⁴⁰ Avançando como exemplos de escola o caso do assalto reiterado a uma casa, cai no âmbito da continuação se todas as vezes que o agente reiterar o crime, o faz porque aproveita uma janela sempre aberta dessa casa; já se aplicarão as regras do concurso efectivo quando o agente utilizar

excluída, podendo até ser agravada, por o agente revelar uma certa tendência e firmeza à prática do crime.⁴¹

Assim sendo, a diminuição sensível da culpa é uma realidade quando o ambiente favorável à reiteração se verifica sem que o agente tenha para isso contribuído. Esquemáticamente, fica excluída a atenuação da culpa quando é o agente que cria activamente a ocasião favorável à reiteração; quando o agente fabrica o meio que lhe vai possibilitar a realização continuada do crime do crime; ou quando o agente já tiver sido alvo de um aviso durante a repetição dos delitos e, mesmo assim, não alterou a sua conduta.⁴² Por outras palavras, não é sempre óbvio que uma reiteração criminosa reflecta sempre uma culpa sensivelmente diminuída, culminando, assim, no afastamento automático da aplicação de todo o regime da continuação.

1.5. O número de resoluções necessárias à verificação da continuação criminosa

Assente que está a definição de crime continuado como uma pluralidade de actos que estão sob uma conexão tal que permite o seu tratamento como um facto uno, questão menos pacífica é aquela que se debruça sobre o número de resoluções criminosas que precedem o delitos para que se possa falar em continuação. As opiniões vêm dos vários quadrantes da doutrina.

Na anotação que Paulo Pinto de Albuquerque faz acerca do artigo 30º do CP, afirma categoricamente que “as violações plúrimas devem ser objecto de distintas resoluções criminosas”. Diz este autor que nos casos em que o agente decida de uma vez a violação repetida do bem jurídico, está-se perante um só crime. Por outro lado, esclarece que casos há em que o agente se decide

um pé de cabra para abrir a mesma janela por no interior da casa ainda se encontrarem objectos de valor. Também se pode avançar o exemplo de crime continuado do caixa bancário que furta pequenas quantias porque aproveita a oportunidade de o colega de trabalho não estar presente numa qualquer hora do expediente; já se excluirá a atenuação da culpa se, num determinado dia, o agente usar uma chamada telefónica falsa que faça o seu colega de trabalho ausentar-se do local para que o último possa praticar o delito.

⁴¹ Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2010, 162.

⁴² ALBUQUERQUE, 2010, 162.

inicialmente pela reiteração da prática criminosa, sempre a situação exterior o proporcionar, havendo aqui continuação. As diferenças são fundamentais: enquanto que na primeira situação há uma decisão definitiva da prática do crime, independentemente de qualquer solicitação exterior, justificando o tratamento do caso como um só crime, na segunda situação o agente equaciona a prática do crime se o contexto situacional exterior o proporcionar. Aqui, é latente uma renovação do dolo criminoso cada vez que o agente decide que se verifica a ocasião ideal para a prática do crime, trilhando-se assim caminho para uma sensível diminuição da culpa e, por conseguinte, para a afirmação da continuação.⁴³

Já opinião diferente tem Helena Moniz. Na anotação que faz ao Ac. do STJ de 2 de Junho de 2005, afirma que o crime continuado é baseado numa “pluralidade de resoluções criminosas aparentes”, ou seja, é uma unidade de resolução criminosa a base da continuação, afirmando que se forem plúrimos os processos resolutivos, então são plúrimas as infracções cometidas, submetendo, quando for assim, todo o caso as regras do concurso.⁴⁴

Apelando aos ensinamentos dos dois digníssimos professores mais citados ao longo deste estudo, Figueiredo Dias e Eduardo Correia, enquanto que o primeiro admite haver continuação até quando haja um prévio planeamento de cometimento dos ilícitos por parte do agente⁴⁵, já a chave na construção de Eduardo Correia para a continuação é a existência de múltiplas resoluções criminosas que estão conexas de tal maneira, por causa de uma solicitação exterior, que perdem a sua independência e consubstanciam um juízo global de culpa.⁴⁶

Em nossa opinião, e partilhando do ensinamento de Figueiredo Dias quando afirma que não é do requisito do número de resoluções criminosas que a Lei faz depender a continuação criminosa, consideramos fundamental a sua percepção, na medida em que auxilia na hora de agrupar os casos em que pode haver ou não

⁴³ ALBUQUERQUE, 2010, 161.

⁴⁴ MONIZ, 2005, 322.

⁴⁵ DIAS, 2007, 1031.

⁴⁶ MONTEIRO, 2009, 743.

crime continuado. Assim sendo, considero que o desenho do crime continuado passa pelas resoluções criminosas que o agente adopta na hora de cometer os delitos. Contrariamente à posição de Figueiredo Dias, considero que o chamado dolo conjunto, ao contrário do defendido na doutrina alemã, afasta qualquer possibilidade de continuação, na medida em que aquele prévio planeamento, sem mais, de reiterar determinado delito não diminui sensivelmente a culpa, pelo contrário, até a pode agravar. Do nosso ponto de vista, se o agente não tem em qualquer consideração o contexto situacional dos delitos, é porque a sua vontade criminosa não se forma fraccionadamente perante as oportunidades que lhe aparecem, e sim forma-se *ab initio*, não existindo, portanto, aqui uma menor intensidade de censura dirigida ao agente em virtude de um esbatimento da sua sensibilidade moral perante os comandos jurídicos. Por ser assim, só o chamado dolo continuado ou a existência de plúrimas resoluções criminosas é que podem indiciar continuação criminosa. De facto, só se o agente previamente planear o cometimento dos delitos caso uma certa situação exterior o proporcione ou, noutra situação, se decida pelo cometimento dos mesmos assim que a oportunidade lhe apareça ante os olhos é que se poderá considerar o tratamento desses casos como crime continuado, em virtude de o referido esbatimento da sensibilidade do agente perante os valores jurídico-criminais demonstrar uma sensível diminuição da culpa, núcleo essencial da continuação criminosa.

Demonstrando praticamente esta questão da pluralidade de resoluções ou a existência de um dolo continuado, podemos avançar o exemplo do funcionário camarário que furta parte do dinheiro das guias de licença de construção para si, caso a oportunidade perfeita surja. Aqui o agente tem de renovar o dolo criminoso sempre que processe, mentalmente, se aquela situação representa aquela oportunidade que ele anteriormente conjecturou como favorável à prática da reiteração. Aqui há continuação criminosa. Agora casos há em que um só ilícito – entrar em casa alheia para furtar um objecto – transforma-se na prática de dois crimes – pois, depois do objecto, verifica que há uma quantia de dinheiro que também pode ser furtada – mas que, por questões de culpa, restabelece-se a unidade fraccionada e deixam de existir dois delitos, para passar a existir apenas

um, continuado. Isto é, a continuação criminosa também pode ser atestada perante uma única realização típica, mas que se desdobra em vários delitos. No entanto, a pluralidade de resoluções nunca deixa de existir.

Quando analisados e imbricados os circunstancialismos externos e o número de resoluções criminosas que precederam a continuação, pode, em nosso entendimento, afirmar-se com toda a certeza que se há um planeamento prévio, sem mais, de toda a prática dos vários delitos – dolo conjunto – então não foi a eficácia da comissão do primeiro crime ou o aproveitamento daquela mesma oportunidade que criou o impulso para a prática das outras infracções, não se podendo, portanto, concluir, que os crimes subsequentes foram consequência de um arrastamento quase irresistível para a continuação. Dito de outro modo, não foi uma solicitação tal provocada por uma mesma situação exterior que foi ao encontro do agente, mas sim este que foi ao encontro dela, que a criou. Assim, não se pode afirmar, nestas situações, que quem assim actuou o fez por causa de um estímulo provocado pela facilidade com que realizou a primeira comissão criminosa, logo não há uma diminuição considerável da culpa.⁴⁷

⁴⁷ Em Espanha verifica-se exactamente o contrário. Quando surgiu no ordenamento jurídico espanhol, a figura do crime continuado visava dois grandes objectivos: por um lado, preconizava o favorecimento do réu nos casos em que a pena mais gravosa que provavelmente se aplicaria seria a pena de morte; por outro lado, esta figura jurídica surgiu com a esperança de por término aos problemas de indeterminação do número de crimes praticados contra a propriedade. Segundo Rosario Martínez, o crime continuado nasceu perante a necessidade de subtrair determinados casos às regras do concurso de crimes, na medida em que, nesses específicos casos, uma multiplicidade de acções individuais poderia ser analisada pelo Direito como se fosse um único delito, graças aos contornos externos e internos em que foram praticadas. Reconhece a autora que, no entanto, nos tempos que correm, as linhas orientadoras do crime continuado estão maioritariamente ligadas a razões processuais, razões que se prendem com a economia processual principalmente. Consagrado no art. 74º do CP espanhol, a pluralidade de acções verificadas no caso concreto só poderá posteriormente ser tratada como um *facto uno se*, por um lado, se constatar a existência de um plano pré concebido, e portanto, previsto e querido, da repetição do ilícito-típico, ou se, por outro lado, se constatar que há um aproveitamento, no futuro, de uma mesma situação exterior, onde nenhuma acção delitiva é planeada previamente. Digladiam-se, portanto, duas facções no aspecto subjectivo do crime continuado espanhol: aquela que assume o dolo conjunto como elemento fulcral da existência do crime continuado, tal qual a jurisprudência alemã, ou aquela em que é necessário apenas o dolo continuado para a confirmação de uma relação de continuidade. MARTÍNEZ, 2001, 184 e 188.

Já no Brasil, redigido que está o crime continuado no art. 71º do CP brasileiro, é na análise e interpretação do dolo que perpassa a continuação que Zaffaroni inova. Considera o autor que o elemento primordial da unidade de conduta que se verifica na continuação é o factor psicológico que perpassa toda a resolução, tornando *unitário* o dolo existente. No entanto, quando a

actuação do agente não é movida por uma decisão única, mas repete-se essa decisão diariamente por a situação exterior assim o convidar, afirma o autor que não há uma continuidade da conduta, pois a sua repetição não foi previamente planeada, mas sim tantas condutas como as resoluções tomadas pelo agente. Esta pluralidade de condutas é, sim, caracterizada por uma unidade de culpabilidade, em virtude das circunstâncias em que os factos foram praticados, aparecendo assim uma vertente do concurso de crimes: o concurso real privilegiado. É neste aspecto subjectivo do dolo que preside aos factos praticados que Zaffaroni aponta falhas ao art. 71º do CP brasileiro, afirmando que ali se constata um “falso crime continuado”. Caminhando num sentido contrário à epígrafe do aludido artigo, e atentando especificamente aos critérios apontados como requisitos essenciais do crime continuado, apercebe-se o autor que há um preponderância total dos critérios objectivos - os crimes praticados enquadrarem-se na mesma espécie; o tempo que medeia entre a sua prática; o lugar onde foram praticados e a sua forma de execução, homogénea ou não - havendo desconsideração total pelos critérios subjectivos. Por ser assim, há uma artificialidade criada em volta do critério legal avançado, isto é, ser necessário mais que uma acção ou omissão, entendendo *a posteriori* o crime continuado como uma acção ou conduta única. Assim, e atendendo a letra da lei, avança o autor que estamos, na verdade, perante um “concurso material atenuado”, traduzindo-se o art. 71º em não mais do que “uma fórmula de abrandamento da regra da cumulação aritmética do art. 69º do mesmo código penal”. Zaffaroni considera que esta distinção entre o falso e o verdadeiro crime continuado é preponderante na hora de dar respostas às incertezas jurídicas que brotam do regime desta especial figura. Um dos principais problemas que o autor avança da errónea interpretação deste artigo é precisamente o facto de adendar requisitos que a Lei, pura e simplesmente, não exige. Em virtude da confusão destas figuras legais, doutrina e jurisprudência avançam que para que se aplique o regime do “falso crime continuado” tenha de haver uma unidade resolutive, ou seja, tenha de se verificar um planeamento prévio de repetição da acção típica e ilícita se surgir uma oportunidade favorável. Diz o autor que esta unidade resolutive é forçosamente um critério do crime continuado verdadeiro, mas já não tem qualquer influência se estivermos perante um caso de concurso material atenuado. A chave de resolução do problema avançado será, portanto, perceber quando é que aqueles crimes que o agente pratica em segundo lugar são continuação daquele primeiro facto ilícito-típico praticado. Esta percepção consegue-se através da análise da culpa que preside aos factos praticados. ZAFFARONI/PIERANGELI, 2004, 688 e ss. Ainda no Brasil, acusa Edmundo Oliveira a legislação brasileira de se postar objectivamente relativamente à figura do crime continuado, deixando desfasado aquele factor subjectivo que se relaciona com o dolo existente na prática de cada facto que vai dar origem à continuação, contrariamente ao que acontece por exemplo, em Portugal e em Itália.

Em França, Segundo Angelos Tsarpalas, no crime continuado, o agente previamente coloca a hipótese da execução de várias infracções, revelando assim, na sua conduta, uma certa continuidade moral. Este elemento moral, que parte de uma não-determinada capacidade volitiva do agente, impressa na conduta, tem o seu núcleo central numa “*unidade de propósito/projecto criminal*” do agente, que considerada, resulta na agregação de múltiplas infracções numa só. Não pode o propósito criminal ser abstractamente considerado, pois consiste num feixe de actos planeado, de uma forma determinada e concreta, dirigido a um específico objectivo. Condição necessária para que se verifique a “unidade de propósito criminal” do agente é que este propósito se mantenha inalterável durante toda a execução dos actos que integram a continuação. No entanto, mesmo que a continuação do elemento moral seja uma realidade nos factos do caso concreto, se não se denotar uma unidade no bem jurídico violado, isto é, a violação reiterada da mesma disposição penal, não se poderá afirmar, segundo Tsarpalas, a existência de um crime continuado. TSARPALAS, 1967, 260 e ss.

Na Alemanha, como já foi analisado *supra*, o ponto de partida para a averiguação da existência ou não de uma continuação reside na exigência de um *dolo conjunto* nos actos individuais integrantes da mesma, pressupondo-se que esse dolo tem início, pelo menos, antes da conclusão, pelo agente, do primeiro acto individual. Este dolo conjunto deve ser dirigido a um *resultado global*, na medida em que todos os actos parciais sejam parte de uma sequência que tenha como

Na nossa jurisprudência, é profícuo analisar a este ponto o Ac. do STJ, de 8 de Fevereiro de 1995⁴⁸. No caso submetido a apreciação por este tribunal estava em questão a condenação de três agentes pela prática de um crime continuado de burla agravada. Ficou provado que esses três agentes combinaram apoderar-se das quantias entregues à guarda de uma empresa de transporte de valores. Este apoderamento ilícito ocorreu por três vezes em locais diferentes, a horas diferentes e envolvendo pessoas diferentes.

Começa o Tribunal por afirmar que, uma vez que os agentes combinaram apoderar-se das ditas quantias, se pode afirmar que houve unidade de resolução, afirmando assim, em princípio, a existência de uma continuação. O problema estava no facto de os delitos terem sido executados de maneiras tão diferentes que, para o Tribunal, deixa de estar cumprido aquele requisito legal da “mesma situação exterior”. Sustenta o Tribunal que “não se vê bem onde estão as circunstâncias exógenas facilitadores da execução dos sucessivos actos criminosos”, pois “a execução do projecto criminoso processa-se em locais diversos, nem sempre com os mesmos agentes nem com o concurso (involuntário) dos mesmos empregados das empresas proprietárias dos valores, de que se propunham apoderar-se.”

Perante esta factualidade, parece-nos, que se não tivesse ocorrido esta disparidade no modo de execução destas condutas ilícitas, o Tribunal poderia ter afirmado da existência do crime continuado, por causa daquela consideração da unidade de resolução verificada. Situação da qual discordamos plenamente. De facto, em nosso entender, e como já tivemos oportunidade de referir, a unidade de resolução, isto é, o dolo conjunto que perpassa toda a continuação, demonstra exactamente o oposto, isto é, o prévio planeamento da prática dos delitos demonstra uma elevada intensidade do propósito criminoso, estando

fim último a prossecução desse mesmo resultado, não sendo, no entanto, forçoso que o dolo conjunto perpassasse todos os actos parciais da continuação.

Por esta breve análise, cedo se percebe que a figura do crime continuado está longe de ser considerada também pelos ordenamentos jurídicos internacionais mais relevantes como sendo uma figura jurídica unânime, tanto em sede de legislação, como em sede de doutrina. MAURACH/GöSSEL/ZIPF, 1995, 539.

⁴⁸ Ac. do STJ, 8.Fevereiro.1995, 178 e ss.

completamente apartada aquela situação de impulso irresistível à prática do crime que cunha o crime continuado. No final da análise, teremos de concordar com o afastamento da aplicação do regime punitivo do crime continuado.⁴⁹ No entanto, o caminho seguido pelo Tribunal para o justificar não foi, a nosso ver, o correcto.

Ainda neste encaço, afigura-se agora adequada a análise do Ac. do TRP, de 25 de Março de 2010.⁵⁰ Esteve em causa uma empresa de energia eléctrica que, pela falta de pagamento de um dos seus clientes, lhe cortou o fornecimento de energia. Imediatamente a seguir, o agente tratou de efectuar ligações directas à caixa de coluna do fornecimento de energia eléctrica, pedindo a uma pessoa desconhecida que efectuasse esse serviço.

Considerou o TRP que “o arguido decidiu subtrair a energia fornecida pela ofendida e que essa intenção persistiu desde o momento inicial” afirmando que, por ser assim, “estamos perante uma conduta criminosa unificada por um fundo volitivo que percorre os diversos actos de execução do crime”. Pode-se ler ainda na decisão que, apesar de o arguido ter visto a sua primeira resolução contrariada pela empresa ofendida, o que “o obrigou a voltar a concretizar a sua primitiva e persistente intenção”, “face ao enquadramento da acusação, tal não exclui a unidade criminosa proposta.” E continua: “se as condutas criminosas, da mesma natureza e executadas de forma semelhante, têm a sua génese numa decisão comum, que as unifica, então estar-se-á perante um só crime.”

Considerando todas as descrições dos factos, realmente se pode constatar que as condutas criminosas ofendem o mesmo bem jurídico, têm a mesma natureza e foram executadas de forma semelhante. Por aqui, se pode dizer que a configuração objectiva da continuação está verificada. Mas ainda estamos longe de poder afirmar a existência de um crime continuado.

As dúvidas começam quando se diz no texto que ficou provado que o arguido tinha a intenção de que sempre que lhe cortassem a energia, ele iria

⁴⁹ No mesmo sentido *vide* Ac. do STJ, 19.Abril.2007, 169 e ss.

⁵⁰ Ac. do TRP, 25.Março.2010, 216 e ss.

proceder ao furto da mesma. Pela nossa análise, verifica-se que o dolo conjunto perpassa toda a conduta do agente, uma vez que os delitos foram previamente planeados pelo agente. Não se pode, em nosso entender, portanto, falar de um dolo continuado, porque aqui a ocasião não se proporciona por um circunstancialismo externo alheio ao agente. Neste caso, a ocasião que despoleta o crime é a acção inspectiva da empresa de energia por causa de um anterior delito por ele cometido. Outra circunstância que importa referir é que o agente contratou uma pessoa desconhecida para proceder às ligações das linhas de caixa de coluna.

Ponderados estes factores, realmente a configuração objectiva da continuação está verificada. Mas, como vimos a defender ao longo deste estudo, é a graduação da culpa o pressuposto e o limite do crime continuado. Avaliando os factos, e atribuindo-lhes a importância que merecem, isto é: a intenção de não efectuarem qualquer pagamento perante um serviço que lhe é prestado; os delitos serem previamente planeados pelo agente; a oportunidade que leva o agente a praticar o crime ser por ele provocada; e ainda a contratação de alguém desconhecido para efectuar o delito, mostra, no nosso entender, uma elevada intensidade do propósito criminoso, não se verificando qualquer circunstancialismo externo que arraste irresistivelmente o agente para a prática dos delitos. Pelo contrário, é ele que cria o ambiente favorável e procura o meio apto, através de terceiros, para a realização da reiteração. Por tudo isto, em nosso entender, fica excluída qualquer atenuação da culpa, afastando, por conseguinte, a aplicação do regime punitivo da continuação. Aplica-se, sim, o regime do concurso de crimes, onde os factos praticados e a personalidade do agente são valorados individualmente por cada crime praticado, sendo possível, por aqui, a justa graduação da culpa empossada pelo agente na sua conduta. Resta salientar que este é um típico caso em que a jurisprudência portuguesa faz uma utilização desadequada e irracional da figura do crime continuado.^{51/52}

⁵¹ Um outro típico caso em que a jurisprudência portuguesa faz uma utilização desadequada e irracional da figura do crime continuado é o julgado no Ac. do STJ, 4.Janeiro.2006, 157 e ss. No caso em análise, simplesmente se basta o STJ com a configuração objectiva da continuação, aplicando automaticamente o conceito de culpa sensivelmente diminuída sem, em nosso

1.6. A identidade do bem jurídico – a questão dos bens eminentemente pessoais

Neste nosso caminho da composição da vertente objectiva e subjectiva do crime continuado, um último tema é necessário chamar a estudo: a *identidade do bem jurídico*. De facto, a doutrina é pacífica na hora de admitir que a continuação pode ser verificada quando sejam negados os mesmos ou fundamentalmente os mesmos bens jurídicos. Na medida em que consideramos, por um lado, haver uma pluralidade de normas que protegem o mesmo bem jurídico, por outro, estamos alerta para o facto de o mesmo preceito legal poder proteger um número indeterminado de bens jurídicos, sendo por isso fundamental, em nosso entender, que a afirmação da existência de uma unidade do tipo legal violado seja precedida por uma rigorosa e estrita análise do caso concreto. É uma realidade que muitos tipos legais de crime elencados pelo CP protegem o mesmo bem jurídico. No entanto, se são distintas as normas que tipificam a protecção de um mesmo bem jurídico, podemos inferir que o legislador atribuiu relevância jurídico-penal aos diferentes contornos que as condutas tipificadas podem tomar quando negam, fundamentalmente, o mesmo valor jurídico-criminal. Por ser assim, em nosso entender, a essas diferenças, legislativamente consideradas, tem de se atribuir a devida importância e prestar a devida atenção, na medida em que podem, efectivamente, significar o corte daquela conexão entre condutas necessárias à relação de continuação. Vejamos. No crime de furto e de roubo, respectivamente art. 203º e 210º, ambos do CP, o bem jurídico-penalmente relevante negado pela conduta é o mesmo: o património do lesado. No entanto, diferentemente do furto, o roubo consiste na subtracção de património através do

entender, realmente atestar a sua verificação. Vamos mais longe: no acórdão afirma-se que houve um planeamento previamente organizado de execução dos delitos. Ora, em nosso entender, tal planeamento em nada atenua a culpa. Pelo contrário, mostra um volitivo criminoso intensivo a que será justo aplicar o regime punitivo do concurso.

⁵² É também profícua a análise do Ac. do STJ, 22.Janeiro.2004, 179 e ss, onde o prévio planeamento da prática dos delitos, demonstrada pelos contactos telefónicos, a apresentação de uma identidade falsa e o armazenamento de chapas de matrículas falsas afastam indubitavelmente, por não haver uma diminuição sensível da culpa, a aplicação do regime punitivo da continuação.

uso da violência. Por outras palavras, aquilo que baseia uma tipificação diferente em termos legislativos da violação do mesmo bem jurídico é a diferente conduta do agente, com reflexos imediatos no *quantuum* da sanção penal a aplicar. Estamos em crer que, por ser assim, apesar de nos dois tipos legais ser violado o mesmo bem jurídico, não se pode afirmar a existência de uma continuação criminosa, na medida em que um dos requisitos necessários à sua verificação, a homogeneidade da conduta, exactamente por não se verificar, origina uma tipificação diferente ao nível das normas legais.⁵³ Diferentemente, em nosso entender, já se poderá afirmar a continuação entre o furto simples e o furto qualificado, este último explanado no art. 204º do CP, sempre, no entanto, com uma rigorosa análise da valoração dos factos que contribuíram para a classificação de qualificado do crime em causa: se esses factos significarem a inexistência da dependência das resoluções criminosas, então está excluída a continuação.⁵⁴

Estamos, assim, em posição de concluir que a violação de plúrimas disposições legais não exclui o preenchimento deste pressuposto objectivo do crime continuado. Se é certo que cada tipo legal de crime é baseado num valor jurídico-penal específico que carece de protecção, não é menos certo que, e seguindo de perto o pensamento de Eduardo Correia, a violação de vários tipos legais pode significar a prática de uma continuação criminosa, em atenção à existência de bens jurídicos supra-típicos no ordenamento jurídico-penal português.⁵⁵ A consideração de um “valor mais amplo” ínsito nos vários tipos legais concretamente considerados, permite apartar o intérprete de determinadas especificidades desses preceitos, relevando apenas o que lhes é comum,

⁵³ No mesmo sentido, JESCHECK/WEIGEND, 2002, 771.

⁵⁴ Podemos avançar como exemplo A, que por várias vezes encontra o portão do cemitério aberto e, aproveitando a oportunidade, furta algumas figuras religiosas banhadas em prata que adornam as campas e, durante um desses furtos, se apercebe que o padre da paróquia, certamente por esquecimento, deixou a caixa das esmolas no exterior, em sítio à vista. Aproveitando a oportunidade, o agente retira a quantia lá depositada. Nesta situação, em nosso entender, estamos perante um crime de furto simples e um qualificado, conectados objectiva e subjectivamente de uma maneira tão significativa, segundo a perspectiva da continuação criminosa, que a aplicação do regime punitivo do art. 79º do CP se afigura o mais justo e adequado à culpa demonstrada pelo agente.

⁵⁵ MONTEIRO, 2009, 746.

possibilitando, assim, a unificação de condutas tipificadas em diferentes tipos legais como uma continuação criminosa.⁵⁶ No entanto, diferenças jurídico-penalmente relevantes ao nível do próprio agente ou relativamente à sua conduta foram tomadas na devida consideração pelo legislador, originando a tipificação de diferentes tipos legais que protegem o mesmo bem jurídico. Essas diferenças, pois, podem significar a classificação ou não de um crime como continuado, pelo que, em nosso entender, na análise do caso concreto, não devem nunca ser superficialmente analisadas e valoradas.

Uma breve referência sobre este ponto se deve fazer ao Ac. do TRL, de 30 de Junho de 2011.⁵⁷ Neste caso, os arguidos tiveram acesso a cartões de crédito de terceiras pessoas, que duplicaram e utilizaram, cometendo o crime de contrafacção de moeda, explanado no art. 262º do CP. Paralelamente a esta situação, tiveram acesso a dados que estavam na banda magnética do cartão cometendo, assim, o crime de falsidade informática, explanado no art. 3º/1 da Lei 109/2009 de 15 de Setembro. Recorreram a este tribunal os arguidos, afirmando que estes ilícitos deveriam ser punidos como se fosse um só crime na forma continuada.

A prática destes ilícitos, decidiu-se no TRL, que consubstanciam acções distintas, com finalidades distintas e com bens jurídicos diferentes a tutelar, frisando que “com a incriminação dos crimes de moeda falsa pretende o legislador acautelar a integridade ou intangibilidade do sistema monetário ou oficial, cuja lesão apenas ocorre com a colocação em circulação da moeda ilegítima, e quanto aos títulos de crédito a integridade ou intangibilidade dos cartões de crédito”, ao passo que com nos crimes de falsidade informática “o bem jurídico que se pretende defender é a integridade dos sistemas de informação, pretendendo-se impedir os actos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de

⁵⁶ MONTEIRO, 2009, 746.

⁵⁷ Ac. do TRL, 30.Junho.2011, 159 e ss.

redes e dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados”.

Passando por cima de outras questões que no caso *sub judice* foram objecto de recurso, decidiu este Tribunal que, por protegerem bens jurídico-penalmente relevantes tão diferentes, não se pode registar entre eles uma qualquer relação de continuação. E concordamos inteiramente com a decisão: na continuação criminosa, os bens jurídicos ofendidos têm de ser os mesmos ou fundamentalmente os mesmos. Tem de se registar uma “estreita afinidade”⁵⁸ entre eles, coisa que não se passa no caso em apreço.

Uma palavra nos resta dizer acerca dos bens eminentemente pessoais, que são aqueles previstos no Título Primeiro da PE do nosso CP. Realmente, é do nosso inteiro acordo o aditamento do nº3 do art. 30 pela Lei 59/2007 e da alteração desse mesmo número pela Lei 40/2010.⁵⁹ Numa breve análise, o abrangimento dos crimes praticados contra bens eminentemente pessoais pelo conceito do crime continuado significaria uma autêntica violação do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os princípios basilares da ideia de culpa. De facto, os bens jurídicos referidos especificamente à pessoa do homem são dotados de uma dimensão político-social e moral de tal maneira expressiva que seria insuportável a ideia de que quem os violasse ainda poderia usufruir de uma atenuação sensível da culpa, com risco de comprometer irremediavelmente a paz social e a manutenção da eficácia da ordem jurídica. Em segundo lugar, a contestação que se levantou ao facto de se poder afirmar o crime continuado quando estivessem em causa bens eminentemente pessoais mas dirigido sempre à mesma vítima foi mais que justificada: um bem eminentemente pessoal é concreto, é atribuído a uma pessoa só pelo facto de ela o ser. Por ser assim, se

⁵⁸ DIAS, 2007, 1029.

⁵⁹ O aditamento ao art.30º/3 levado a cabo pela Lei 59/2007 foi considerado por muitas vezes, ao tempo, tautologia pura, na medida em que os nossos tribunais já assim actuavam: numa tentativa de preservar valores tão importantes como a dignidade humana, a justiça material e a manutenção da confiança no corpo legislativo, não se aplicava o regime punitivo do crime continuado quando estivessem em causa bens eminentemente pessoais, exceptuando que em causa estivesse sempre a mesma vítima.

vários bens eminentemente pessoais são violados ao mesmo indivíduo, há um alto grau de desrespeito pelas normas jurídicas e pela pessoa humana, devendo-se afastar qualquer equação de culpa sensivelmente diminuída dirigida ao agente. Concluindo, só se pode afirmar a existência de um crime continuado quando há uma identidade, pelo menos “fundamental”, do bem jurídico e quando esse bem jurídico não é eminentemente pessoal.⁶⁰

Vejamos o Ac. do STJ, de 25 de Março de 2009.⁶¹ Relatando brevemente a factualidade deste acórdão, houve a condenação do agente, em 1ª instância, por 7 crimes de abuso sexual de crianças, em concurso efectivo, em uma pena de 12 anos. Insatisfeito, o arguido recorreu para o Tribunal da Relação, onde foi condenado, mas pela prática de um crime continuado de abuso sexual de criança, em uma pena de 9 anos. Ainda não satisfeito, o arguido recorreu para o STJ.

Ao tempo do correr deste processo, já tinha entrado em vigor a Lei 59/2007, que fez o aditamento do nº3 ao art. 30º do CP, expondo que o disposto no nº 2 do mesmo artigo não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima. O acórdão, apesar de avançar que “este aditamento não permite uma interpretação perversa em termos de uma violação plúrima de bens eminentemente pessoais em que a ofendida é a mesma pessoa se reconduzisse ao crime continuado, (...) só significa que este deve firmar se esgotantemente se mostrarem preenchidos os seus pressupostos enunciados no nº2, de que não se pode desligar numa interpretação sistemática e global do preceito”. Daí que o acórdão em análise, apesar de o caso concreto se adequar à letra do nº3 do art. 30º do CP, afastar categoricamente a sua aplicação, aplicando o regime punitivo do concurso de crimes.

Decisão de que concordamos plenamente. De facto, e tendo em conta todo o contexto legislativo da altura, apesar de se verificar todo o condicionalismo objectivo da continuação, o tribunal preocupou-se em aferir correctamente daquele que é o pressuposto e o limite da continuação criminosa: a sensível

⁶⁰ São várias as considerações acerca desta particular ramificação da temática da continuação criminosa. *Vide* ALBUQUERQUE, 2010, 160; DIAS, 2007, 1029 e MONTEIRO, 2009, 745 e ss.

⁶¹ Ac. do STJ, 25.Março.2009, 237 e ss.

diminuição da culpa. Realmente, quando está em causa a violação de bens eminentemente pessoais e, em particular, casos de abuso sexual de crianças, tendo em conta o bem jurídico violado – a liberdade de determinação sexual de cada um – tão individual e tão concreto, não se pode equacionar nunca a aplicação de um regime punitivo mais favorável. De facto, o alarme social despoletado por este tipo de crime causa na comunidade um elevado grau de insegurança, pelos valores culturais que ofende e pelos traumas que inculca, não só nas vítimas mas na comunidade em geral. Esta destabilização social não pode, como é óbvio, ser premiada pela aplicação de um regime punitivo mais favorável. Caso contrário acontecesse, e iria comprometer-se de uma forma irremediável os sentimentos de paz social e de confiança na manutenção da ordem jurídica que são tão caros ao nosso Estado de Direito. Por tudo isto, quando em causa estejam bens eminentemente pessoais só se afigura adequada a aplicação do regime punitivo do concurso efectivo de crimes, pois só assim se trata com justiça a elevada intensidade do dolo e da ilicitude que o agente empossa na sua conduta e, para além disso, o alarme social causado na comunidade.⁶²

Ainda sobre este tema, se afigura proveitosa a análise do Ac. do STJ, de 14 de Maio de 2009.⁶³ Relatando brevemente a factualidade deste acórdão, o arguido/recorrente foi condenado pela Relação a 14 anos de prisão, por diversos crimes de abuso sexual de crianças, crime de actos sexuais com adolescentes e um crime de detenção ilegal de arma, atentando já que, pelos mesmos crimes, na 1º instância, tinha sido condenado, em cúmulo jurídico, a 19 anos de prisão. Insatisfeito, o arguido recorreu para o STJ, levantando algumas questões, sendo umas das quais a aplicação do regime punitivo do crime continuado relativamente aos crimes de abuso sexual de crianças, invocando “além da homogeneidade do seu comportamento com os mesmos menores, o ambiente de prostituição no parque Eduardo VII, a doença diagnosticada ao recorrente que lhe

⁶² Ainda sobre esta questão dos bens eminentemente pessoais *vide* Ac. do TRL, 29.Março.2011, 150 e ss.

⁶³ Ac. do STJ, 14.Maio.2009, 221 e ss.

limitava a autodeterminação, o estado de depressão em que se encontrava, e ainda a relação afectiva criada e mantida com os menores, como factores exógenos que o induziram a repetir aquela conduta delituosa.”

Perante esta argumentação, dá este tribunal determinados factos como assentes que demonstram que “os menores em causa exerciam prostituição (...) em local notoriamente conhecido da cidade, pelo que era muito fácil ao arguido procurá-los para manter com eles relações sexuais remuneradas” sendo “acessível a abordagem individual para repetir tais actos.” Considera o STJ que “havendo vários elementos externos facilitadores dos contactos sexuais, quando estes eram praticados com o mesmo menor e uma vez que foram realizados de forma essencialmente homogénea, em período relativamente próximo (...) deve considerar-se, neste caso, que houve um crime continuado por cada uma das vítimas.”

Nesta análise que faremos, teremos de ter em consideração que esta decisão data de 2009 e que, portanto, ainda não estava em vigor a Lei 40/2010, que exclui a aplicação da figura da continuação quando estejam em causa bens eminentemente pessoais. Relembrado o enquadramento legislativo, é de considerar que quando está em causa a coerção da autodeterminação sexual, principalmente de crianças como no caso concreto, o alarme social despoletado por este tipo de crime causa na comunidade um elevado grau de insegurança, pelos valores culturais que ofende e pelos traumas que inculca. E por isto mesmo, mesmo estando, ao tempo do julgamento, permitida a consideração do crime continuado perante a violação de bens eminentemente pessoais quando a vítima fosse a mesma, em nada chocaria a recusa da sua aplicação.⁶⁴ No entanto, há no caso concreto variáveis que não podemos ignorar.

Sendo o limite e pressuposto de aplicação da continuação a diminuição considerável da culpa, para avaliarmos a sua graduação terão todos os factos de ser tidos em conta. E aqui refiro-me à questão da prostituição. É que estamos perante situações diferentes quando por um lado o abuso é empírico, isto é, quando ocorre através da violação física e psicológica forçada das vítimas em

⁶⁴ Vide análise já efectuada do Ac. do STJ, 25.Março.2009.

concreto, e por outro lado, quando o abuso é assim considerado legislativamente, ou seja, é considerado abuso porque a conduta é impregnada de ilicitude, sem mais, apesar de ter sido consentida pela vítima, como acontece no caso da prostituição. A questão a avaliar aqui é se quando estejam em causa crianças, esta graduação é, sequer, possível de levar a cabo. Em meu entender, a resposta é redondamente negativa. Não se pode premiar com um regime de punição mais favorável que tem relações remuneradas com crianças. Apesar de, nos tempos que correm, as crianças e jovens menores de 14 anos ganharem cada vez mais cedo o seu espaço de autodeterminação na conduta da sua vida pessoal, não se pode considerar um exercício ético e lícito dessa autodeterminação a decisão de um qualquer jovem nestas faixas etárias enveredar, por qualquer razão, por esta vida que colide de frente com princípios como a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de autodeterminação sexual de cada um. Quem recorre a estes serviços tem noção completa da ilicitude impregnada na sua conduta, pois é pensamento geral que a prostituição de menores é um flagelo social, provocado por disfuncionalidades por aqueles vividos ao nível social, económico e familiar.

Por pensar assim, somos forçados a admitir, mesmo perante o enquadramento fáctico e legislativo que se registava ao tempo do caso concreto, que o STJ decidiu erradamente pela afirmação da continuação criminosa. Realmente, toda a análise pelo tribunal feita foi devidamente conduzida, desde a avaliação da configuração objectiva da continuação até à questão da culpa consideravelmente diminuída. No entanto, em termos de conclusões, simplesmente não achamos que se coadunem com aquele campo restrito onde se pode afirmar a existência da continuação criminosa.

2. Os reflexos da culpa no tratamento da continuação criminosa – análise da conexão subjectiva existente entre as condutas integrantes da continuação e o seu reflexo na sanção penal concretamente aplicada

A figura do crime continuado e o seu regime punitivo assentam, portanto, na ideia de que, apesar de serem plúrimas as condutas delituosas praticadas pelo agente, existe todo um conjunto de circunstancialismos que diminuem, de uma maneira considerável, a culpa que recai sobre o agente ao tempo da prática das mesmas.

A culpa, segundo ensinamentos já atrás enunciados, catalisa, por um lado, a intervenção do Direito Penal, na medida em que não pode haver lugar à aplicação de uma pena se o ilícito-típico praticado pelo agente não for praticado com culpa, mas, por outro lado, erige limites a essa mesma intervenção, já que é na culpa que se encontra o limite da medida da pena a aplicar: essa medida não pode, nunca, ultrapassar a medida da culpa. As exigências preventivas, gerais e especiais, que uma pena deve cumprir, quando ponderadas, indicam o máximo que a pena a aplicar no caso concreto pode atingir, sem comprometer irremediavelmente a dignidade da pessoa do agente e a justiça material das reacções criminais.

Mais especificamente, a culpa jurídico-penal, porque se refere ao facto e à personalidade do agente que o despoletou, significa o desrespeito, por parte do homem, do dever de não violar ou por em perigo bens jurídico-penalmente relevantes e protegidos, na perseguição da realização do seu ser-livre. A avaliar a culpa ínsita no caso concreto, o julgador não pode, nunca, apartar-se, por um lado, do carácter do agente e das acções por ele tomadas nas suas relações de vida e, por outro, tem sempre de tomar na devida consideração toda a situação exterior em que o agente pratica as acções típicas, ilícitas e culposas.

No crime continuado, este determinado contexto situacional assume especial e particular relevância, porque é nele que, na derradeira análise, se vai encontrar o fundamento para a legislativamente requerida atenuação da culpa.

Percorridas todas as considerações que temos vindo a elaborar ao longo do presente capítulo, e olhando, até, ao elemento literal do art.30º/2 do nosso CP, a figura da continuação criminosa não pode nem deve ser aplicada no caso concreto se apenas se registar uma simples e nada significativa atenuação da culpa. Muito por causa das consequências jurídicas menos gravosas que à continuação são atribuídas, a culpa, quando diminuída, tem de o ser “consideravelmente”. A este advérbio de modo deve ser dada toda a relevância jurídico-penal: apenas se aplica o regime previsto no art. 79º do CP se, considerando todos os factores que influenciaram o agente ao tempo da prática das condutas, e, considerando também os contornos que estas adoptaram, for demonstrativo que, no caso concreto, não existem qualidades desprestigosas, juridicamente incensuráveis, ínsitas na personalidade do agente e que, por ser assim, as exigências de prevenção, ao nível geral e especial, não se revelam significativas.

No que a este específico ponto das exigências de prevenção diz respeito, teremos de despendar, agora, algumas linhas deste estudo. De facto, analisando o papel que a culpa desempenha, *per si*, na determinação da medida concreta da pena, apercebermo-nos, mais uma vez, da necessidade da existência da figura do crime continuado no ordenamento jurídico português. Os critérios de determinação da pena a aplicar estão previstos no art.71º do nosso CP, sendo eles a culpa e as exigências de prevenção, tendo, por sua vez, de ser elencadas com o art.40º da mesma legislação, na medida em que todo este processo é um “puro derivado da posição tomada pelo ordenamento jurídico-penal em matéria de sentido, limites e finalidades da aplicação das penas.”⁶⁵ No entanto, é fundamental perceber de que forma é que estes critérios se relacionam entre si, em ordem a alcançar uma sanção penal justa materialmente. E estes relacionam-

⁶⁵ ANTUNES, 2010-2011, 28.

se através daquilo a que Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues apelidaram de *moldura de prevenção*: sabendo que a necessidade de tutela dos bens jurídico-penalmente relevantes é insusceptível de ser fornecida por uma medida concreta, então terá de se decidir por um máximo e por um mínimo – a moldura de prevenção, que terá como limite máximo o ponto que se considerar óptimo para a tutela de bens jurídicos, e terá como limite mínimo aquelas que se considerarem ser as exigências mínimas de protecção e defesa da paz social e da ordem jurídica. Seguidamente, no seio desta moldura de prevenção geral, determinar-se-á a pena concreta a aplicar ao caso em análise, chamando à colação as exigências de prevenção especial: se for notória a carência de socialização por parte do agente, então a pena a aplicar situar-se-á próximo do limite máximo da moldura de prevenção; se só for necessário a aplicação de uma pena em forma de advertência, então a pena a aplicar situar-se-á próximo do limite mínimo da moldura de prevenção.^{66/67}

Ora, se atentarmos a toda a envolvência psicológica e social do criminoso que pratica um concurso de crimes e do criminoso que pratica um crime continuado, são irrefutáveis as diferentes exigências ao nível da prevenção que se registam. Sobre o agente de uma continuação, muito por causa da existência daquele circunstancialismo externo que se traduziu numa solicitação inegável à prática reiterada dos crimes, a nosso ver, denotam-se exigências de prevenção geral e especial muito menores do que as que se verificam relativamente ao agente do concurso de crimes, visto que a vontade criminosa deste segundo não se renovou perante o surgimento da mesma oportunidade, antes nasce da própria perigosidade criminal do agente, perigosidade essa que o primeiro agente não tem, ou se tem, se encontra bastante diminuída. Por ser assim, é completamente justificável que o corpo normativo reconheça as diferenças destes casos, tipificando-os em normas diferentes, com regimes e denominações específicas.

⁶⁶ ANTUNES, 2010-2011, 31.

⁶⁷ Neste contexto, deve-se despendar algumas palavras sobre a valoração do juiz relativamente ao conjunto de circunstâncias que concorrem para a determinação do *quantuum* da culpa e das exigências de prevenção: estas circunstâncias são os factores de medida da pena, que o legislador enumera de forma exemplificativa no n.º 2 do art. 71º do CP. ANTUNES, 2010-2011, 31 e 32.

Por muitas vezes é invocado o benefício injusto do agente que esta figura proporciona, como razão principal à sua abolição nos ordenamentos jurídicos nacionais. Por causa dos trâmites de classificação e julgamento de uma carreira criminosa, que classificam de inexactos e pouco rigorosos, aliados ao facto de a pena concretamente a aplicar ser, somente, encontrada no âmbito da moldura penal do crime mais grave que integra a continuação, afirmam que, qualquer que seja a pena aplicada, esta não punirá adequadamente o agente, visto que, apesar dos plúrimos crimes cometidos, ela vai ser, invariavelmente, mais leve do que aquela que é aplicada no concurso de crimes. Não concordamos de todo com este raciocínio. Vejamos.

Com base em todo o caminho até agora percorrido, no sentido de esclarecer e aprimorar a análise da conexão objectiva que existe entre as condutas integrantes da continuação, de perceber quais os reflexos que a verdadeira liberdade pessoal de cada um tem no tratamento da continuação criminosa, auxiliados por aquela análise do confronto dos regimes punitivos das duas figuras jurídicas em debate e respectivas consequências práctico-normativas que daí derivam, estamos em posição de afirmar, convictamente, que é por estes trilhos que se avalia a verdadeira e real culpa que cunha aquela carreira criminosa, classificando-a ou não de consideravelmente diminuída, possibilitando a classificação ou não do crime como continuado. E se, efectivamente, a culpa se verificar consideravelmente diminuída, não pode nunca afirmar-se que houve um benefício injusto para o agente, porque simplesmente se aplica uma pena mais leve apesar dos plúrimos crimes cometidos, já que, estamos em crer, se respeita na íntegra o princípio da culpa, visto que a medida da pena corresponde exactamente à medida da culpa no caso concreto.

Resta salientar uma questão. Aquela importância fundamental que a livre convicção do julgador tem na aplicação e interpretação da lei nos casos de Direito, na figura do crime continuado, o papel do juiz e os poderes que empossa adquirem, sem sombra de dúvida, especial importância. De facto, sabendo que é

na culpa do agente que assenta todo o fundamento da figura em análise, já avançámos que a culpa não aparece como um dado numerativo fixo, ou seja, ela não pode ser aritmeticamente fixada. E é por ser assim que, mesmo depois de verificada e atestada toda a configuração objectiva da continuação no caso concreto, ainda fica reservada ao juiz uma considerável margem de livre apreciação do caso concreto. Dito de outro modo, o papel do julgador é fundamental: este deve debruçar-se atentamente sobre o caso concreto e, depois de avaliados e atestados os requisitos objectivos que moldam a continuação, tem de ter a absoluta convicção de que, efectivamente, se verifica a exigibilidade sensivelmente diminuída que se deve reflectir directamente na punição aplicada ao agente.⁶⁸ Por ser assim, a margem de livre apreciação do juiz, em paralelo com a ideia que a comodidade processual não pode nunca pôr em causa o justo julgamento e a adequada punição do agente, vem sustentar que, apesar da graduação da responsabilidade do agente funcionar como pressuposto e limite da unidade de continuação, ela é sempre moldada por considerações práticas levadas a cabo pelo julgador.⁶⁹

3. O crime continuado aplicado a condutas negligentes

A este ponto do estudo, afigura-se necessário o estudo da negligência e dos seus reflexos na aplicação da figura do crime continuado. De facto, e pelo que temos vindo a defender, a punição por continuação criminosa só se afigura lícita quando o agente tome várias resoluções criminosas dotadas de uma censurabilidade que vai decrescendo, por força de serem incitadas por um determinado circunstancialismo exterior, consubstanciando, assim, uma diminuição da culpa. Perante isto, várias condutas negligentes podem resultar num crime continuado?

⁶⁸ DIAS, 2007, 1040.

⁶⁹ CORREIA, 1963/A, 276.

Atentando às considerações elaboradas por Cláudia Santos e Pedro Caeiro, parece indubitável que não, na medida em que estes digníssimos autores afirmam que “não se pode falar de «resolução criminosa» em crimes negligentes (sobretudo em caso de negligência inconsciente)”⁷⁰. Já Eduardo Correia afirma que nos crimes negligentes se pode perfeitamente registar um crime continuado, já que “a circunstância de se repetir o mesmo estado de coisas que já uma vez, sem que o agente disso se apercebesse, deu lugar à prática por negligência de um delito, pode, como bem se compreende, arrastar o agente para a reiteração”⁷¹.

Vários pontos há a considerar relativamente ao preenchimento da configuração objectiva e subjectiva do crime continuado. De facto quando no art. 30º se chama ao palco aquela solicitação proveniente de uma mesma situação exterior, pode considerar-se que a repetição de uma conduta delituosa, que negue fundamentalmente o mesmo bem jurídico, sem que o agente disso se aperceba, desde que homogénea, pode assumir os moldes de uma continuação. Posto isto, em nada parece obstar que, a uma pluralidade de condutas negligentes se possa aplicar o regime punitivo do crime continuado. No entanto, a essência da negligência está naquela atitude pessoal que o agente adopta na sua vida comparativamente ao dever-ser jurídico-penal conducente com a suposta ordem jurídica, sendo negligente a culpa que expressa uma atitude desleixada ou impensada relativamente também ao dever-ser jurídico-penal e as exigências que o compõem.⁷²

Em nosso entender, para que haja punição através do art. 30º/2 e 79ª, ambos do CP, é sempre necessário que se registre algum dolo na conduta do agente, isto é, este tem de, efectivamente, demonstrar uma atitude pessoal alheia ao dever-ser jurídico-penal em cada conduta, atitude contrária essa que se reflecte naquele volitivo criminoso, embora decrescente, que impregna cada acção delituosa. Só assim se percebe que a sua inserção sistemática se faça a par do regime do concurso de crimes: na pluralidade de eventos que se regista em cada um dos

⁷⁰ CAEIRO/ SANTOS, 1996, 141.

⁷¹ CORREIA, 1963/A, 248. Avança como exemplo o médico que prescreve a mesma receita errada várias vezes ao mesmo doente, provocando envenenamento.

⁷² DIAS, 2009/B, 253 e ss.

casos, há sempre juízos de censura, há sempre culpa, há sempre dolo. Simplesmente, no caso do crime continuado, esse dolo decresce à medida em que a reiteração avança, pelo sucumbir do agente a factores a ele externos, diminuindo a culpa. Por ser assim, entendemos que a um conjunto de condutas negligentes se deve afastar o regime punitivo do crime continuado, sendo elas punidas sempre nos termos pressupostos para a negligência.

4. Crime continuado – unidade ou pluralidade de crimes?

Também a inserção do crime continuado na temática da unidade ou pluralidade de crimes nos ajuda a perceber o quão diferente esta figura é do concurso de crimes, pelo que o tratamento justo dos diferentes casos depende impreterivelmente da existência dos dois regimes no corpo normativo português. Embora o art.30º do CP não o preveja expressamente, é, em última análise, a eventualidade da formulação de um ou mais juízos de censura que definirá as situações de unidade ou pluralidade de infracções, distinguindo, nomeadamente, os casos de crime continuado dos casos de concurso de crimes. Conhece acolhimento, deste modo, o *critério teleológico* elaborado por Eduardo Correia, apesar das críticas entretanto apontadas pelos vários sectores da doutrina, evidenciando a insuficiência da construção. Neste sentido, como já analisado *supra*, Figueiredo Dias desenvolveu um critério distintivo da unidade e pluralidade de crimes que atende ao significado do comportamento global, sendo que a grande diferença em relação à concepção anterior resulta do facto de se atribuir prioridade metodológica ao caso concreto.

No delito específico da nossa temática, Eduardo Correia, concebendo o crime, antes de tudo, como “negação de valores jurídicos”⁷³, afirma que o crime continuado apesar de ser constituído por uma pluralidade de actos que negam valores jurídico-criminais, como esses actos violam o mesmo ou fundamentalmente o mesmo bem jurídico, constitui, no final de contas, uma

⁷³ CORREIA, 1963/A, 277.

unidade de infracção. Para consolidar esta afirmação, ainda atendeu ao momento da culpa: realmente, a pluralidade de infracções que origina o crime continuado é precedida por o mesmo número de resoluções criminosas por parte do agente. Quererá isto dizer que o crime continuado é “uno na medida em que preenche um só tipo fundamental de delito, que se fragmenta quando se considera o seu momento subjectivo”?⁷⁴ Eduardo Correia responde categoricamente que não. Afirma que realmente existem diversas resoluções, mas totalmente dependentes entre si, isto é, sem qualquer autonomia. Por ser assim, o juízo de censura que consubstancia a culpa não vai cair sobre cada uma das resoluções individualmente, mas sim conjunta e unitariamente sobre todas. Por outras palavras, apesar da pluralidade de resoluções e de infracções cometidas pelo agente, estas são tão dependentes entre si que apenas há um juízo de censura que vai consubstanciar uma culpa unitária.

É neste caminho que se consolida a ideia de culpa atenuada embutida na figura do crime continuado. Concretizando. Apenas existe um único juízo de censura na continuação criminosa porque entre a pluralidade de resoluções que precedem as infracções se regista uma dependência tal que a existência de uma depende directamente da existência de outra. Se fossem vários os juízos de censura dirigidos ao agente, era quase cair num contra-senso afirmar-se a possibilidade de uma culpa atenuada: o juízo de culpa é o resultado final da gradação da vontade criminosa do agente. Ora, se cada acto puder ser censurado individualmente, porque há como que uma renovação da vontade criminosa do agente a cada acto praticado, quer dizer também que há uma renovação da culpa. Significaria isto que o propósito criminoso não perderia aquela intensidade, perda característica daquele relaxamento do respeito perante os comandos jurídicos, muito por causa daquela mesma oportunidade que se repete, sem que para isso o agente contribua. Pelo contrário, revelaria uma certa tendência criminosa incrustada na personalidade do agente, que excluiria de imediato qualquer possibilidade de atenuação da culpa.

⁷⁴ CORREIA, 1963/A, 277.

É isto precisamente que acontece no concurso de crimes. Aqui, o propósito criminoso é a cada acto renovado, a capacidade de vontade e de decisão do agente não se encontra condicionada por um qualquer circunstancialismo exterior significativo, havendo tantos juízos de censura quantos os crimes que integram o concurso. Se é assim, são tantas as culpas como o número de delitos praticados. Abundando na explicação, no concurso de crimes não se atenta àquela diminuição considerável da culpa, requisito tão caro à figura do crime continuado, pois a valoração do conjunto dos factos neste último não se confunde com a valoração dos factos singulares que se efectua no concurso, e, impreterivelmente, têm de o ser nessa medida, mais que não seja por revelar uma culpa mais acentuada.⁷⁵

Por ser assim, e mesmo que a culpa existente num crime que tem o cunho de continuado possa ser doseada individualmente em cada crime através da consideração dos factos praticados pelo agente e da sua personalidade (era assim que aconteceria se tal crime fosse tratado pelas regras do concurso), ela é *valorada* de uma maneira substancialmente diferente no regime punitivo do crime continuado, daí que as molduras penais a que se chegam depois de ponderados os diversos factores são diferentes, reflexos de considerações diferentes, diferenças essas que não podemos ignorar, ignorância que seria certo caso a figura desaparecesse do ordenamento jurídico português.

⁷⁵ Caso típico de concurso de crimes, onde, apesar de ser praticado o mesmo delito, o crime de incêndio, não se regista uma diminuição da vontade criminosa do agente *vide* Ac. do STJ, 22.Abril.2004, 167 e ss.

§ 10

Considerações Processuais Acerca do Crime Continuado

Depois de perpassados os requisitos de averiguação de uma continuação criminosa, umas últimas considerações são necessárias fazer numa tentativa de aclarar de quaisquer dúvidas a plena aplicação do seu regime, por ordem a todas as sanções aplicadas serem justas e adequadas ao caso concreto.

1. Conhecimento superveniente da continuação

Uma questão que cabe, a este ponto do estudo, esclarecer, reporta-se àqueles casos em que um dos crimes que reúne as condições para integrar uma continuação, só é conhecido num momento posterior ao julgamento dessa mesma continuação.

Voltemos ao exemplo do caixa de supermercado que vai furtando pequenas quantias ao longo do tempo, para garantir a satisfação das suas necessidades diárias, mas que, um dia, furta uma quantia avultada porque decide comprar um bem de maior valor. No entanto, este furto de quantia avultada só é conhecido depois de o agente já ter sido condenado pela continuação criminosa do furto das pequenas quantias. Pelo art.79º/2 do CP, “se depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior.” Muitas são as vozes que afirmam que, neste enalço, a figura do crime continuado colide de frente com o princípio *ne bis in idem*, explanado no nº5 do art. 29 da nossa CRP, pois pode levar à impunidade de determinados actos singulares que só sejam conhecidos num momento posterior à condenação.⁷⁶ Em tudo discordamos deste pensamento. De facto, basta uma interpretação mais abrangente da letra da Lei para concluirmos que podem acontecer uma de duas coisas: pode acontecer que a

⁷⁶ VALDÁGUA, 2006, 536.

conduta que se venha a conhecer num momento posterior seja praticada nos mesmos moldes daquelas que integraram a continuação e assim foram punidas. Se assim for, aquela específica conduta terá também de ser integrada na continuação e a pena aplicada terá, eventualmente, de ser substituída por outra, que reflecta as novas necessidades de prevenção geral e especial do caso concreto.⁷⁷ Ou pode acontecer que a conduta mais tarde conhecida seja efectivamente mais grave. Quando assim for, a solução está em perceber se essa maior gravidade da conduta a faz excluir ou não do âmbito da continuação, através da análise e averiguação rigorosas da existência daquela conexão objectiva e subjectiva entre as condutas do agente, nos moldes que enunciámos e tentámos esclarecer ao longo deste estudo. E, então, acontecerá uma de duas coisas: se a gravidade dessa conduta não for suficientemente para a excluir da continuação, então aplica-se *ipsis verbis* o art.79º/2 do CP. Se essa conduta, pela gravidade penal que lhe assiste, não for susceptível de integrar a continuação, então, será tratada autonomamente. Estamos em crer que é por assim entender correcto o tratamento destes casos concretos, que afirmamos convictamente que a figura do crime continuado não colide de frente com o princípio *ne bis in idem*, explanado no nº5 do art. 29 da CRP, na medida em que não haverá qualquer impunidade de casos que sejam praticados no âmbito teórico da continuação, mas que sejam só conhecidos posteriormente à condenação do agente.

Paralelamente a esta constatação surge uma outra: se as muitas condutas continuadas fossem tratadas como um concurso de crimes, não se poderia negar uma renovação processual de cada vez que uma nova conduta surgisse, que não tivesse sido devidamente tomada em conta num processo anterior. Ora se isto se passasse assim, adivinham-se sem dificuldades os prejuízos lancinantes ao nível da paz jurídica e da segurança do direito. Ora, estes problemas desaparecem se as várias condutas da continuação forem tratadas como um *facto uno*, e não como

⁷⁷ Neste sentido *vide* MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1995, 536. Pode acontecer que a conduta ilícita que se descubra depois de julgada a continuação não altere em nada as exigências de prevenção, e por conseguinte, a pena se mantenha a mesma. Caso isto aconteça, não se pode nunca afirmar que aquele acto ilícito ficou impune, na medida em que ele foi devidamente analisado. Simplesmente não era dotado de gravidade penal suficiente que justificasse a alteração da pena aplicada.

um concurso de crimes, pois pode-se sempre invocar a excepção de caso julgado contra o instaurar de um novo processo, sempre que, ressalva-se, as novas condutas descobertas não alterem de uma forma significativa a sanção a aplicar.⁷⁸

2. Prescrição da continuação criminosa

Uma última palavra reservamos à questão da prescrição do procedimento criminal no crime continuado. Em nosso entendimento, o regime de prescrição explanado no art. 119º/2/b do nosso CP, que afirma que o prazo de prescrição do procedimento criminal dos crimes continuados conta-se a partir do dia da prática do último acto, não faz o espírito da figura do crime continuado colidir em si mesmo⁷⁹, pois temos vários actos singulares ficcionados num *facto uno* em virtude de a todos eles ser coincidente a culpa sensivelmente diminuída que empossava o agente no momento da sua prática. O adiamento da contagem do prazo de prescrição desta figura serve vários objectivos, nenhum deles comprometedores da justiça material que se pretende alcançar pelos normativos jurídicos.

⁷⁸ CORREIA, 1963/A, 272 e ss. Eduardo Correia dedica umas linhas do seu estudo ao confronto que se pode dar entre os princípios do caso julgado e os princípios da unidade da continuação, que poderão confluir na violação da justiça material no caso concreto. Explica o docente de Coimbra que só se deve invocara excepção de caso julgado quando isso não signifique uma alteração significativa da punição já aplicada. No entanto avança que nem sempre é assim e, por isso, nestes casos, a unidade criminosa pode significar “uma desatenção chocante da justiça devida às coisas.” Apesar disto, afirma que todos os remédios que são avançados para contrariar este caminho são de rejeitar, preferindo que os casos de violação da justiça material que a conexão do conceito em estudo com a excepção do caso julgado sejam alvo de desprezo, “em nome dos altos benefícios que para a paz e segurança jurídica do direito normalmente daí advêm”. Afirma esta solução, recorrendo á capacidade elástica de que o conceito em análise é investido, possibilitando a negação pelos tribunais da continuação criminosa. Especificamente sobre este tema *vide* CORREIA, 1963/A, 273 a 275. Considerando com o maior respeito as elações deste digníssimo autor, não podemos, contudo, concordar com elas. De facto, quando as novas condutas alterarem significativamente a pena a aplicar, tem obrigatoriamente de decorrer a repetição da causa, mesmo que tal signifique, num primeiro impacto, o abalo da paz e segurança jurídicas. É do nosso entendimento que o alcance da justiça material deve ser a meta final de todo um processo criminal, que nem as razões mais poderosas deverão obstar. Os valores de segurança jurídica e a paz social serão restabelecidos com uma pena justa, adequada à culpa que o agente demonstrou no caso concreto. Neste caminho, mas contra a manutenção da figura do crime continuado no ordenamento jurídico português *vide* VALDÁGUA, 2006, 536 e 537.

⁷⁹ Contrariamente, VALDÁGUA, 2006, 537.

O regime de prescrição do crime continuado, e aqui sem qualquer inconveniente, foi desta maneira estabelecido em virtude de uma economização de meios processuais e simplificação do trabalho jurisdicional. De facto, se a todos os crimes correspondessem prazos de prescrição diferentes, seria certa a grandiosa confusão que isso iria causar em termos de julgamento e punição do caso concreto. Por outro lado, se o prazo de prescrição contasse singularmente relativamente a cada um dos actos, iria chegar-se a uma situação de impunidade de determinados actos praticados que serviram, pelo contexto situacional em que ocorreram, para consolidar a continuação do crime em causa. Isto bem se percebe. Sendo diferentes os prazos de prescrição para cada uma das condutas, o correr do tempo iria significar a impossibilidade de levar a julgamento algumas delas. Por conseguinte, essas mesmas condutas iriam, também, deixar de poder ser valoradas como parte integrante do conjunto daquelas que compunham a continuação no caso concreto, e que ainda não tivessem sido alvo do instituto da prescrição. As consequências que daí iriam derivar desaguardariam, em nosso entender, no desrespeito de princípios tão caros como o da justiça material e o da dignidade da pessoa humana: a desconsideração de determinadas condutas levaria a um abalo de toda a estrutura que sustentava a teoria da continuação naquele caso concreto, levando à aplicação de sanções penais injustas, por estarem desadequadas à real culpa que o agente empossava no caso concreto.

CONCLUSÃO

Afigura-se sempre difícil dar por terminado o estudo de uma temática tão envolvente como a do Crime Continuado. As constantes mutações do conteúdo do conceito, bem como as vigorosas críticas que lhe têm sido lançadas, tornam deveras interessante mostrar que, *a contrario*, o conceito é fundamental para que no sistema sancionatório português se mantenham as exigências de justeza material que lhe são conhecidas.

Naquele primeiro passo, a comparação estabelecida entre o regime do concurso de crimes e o regime do crime continuado possibilitou, numa fase posterior, estabelecer que as construções teóricas são diferentes, nomeadamente em termos punição, o que se traduz numa díspar valoração de diferentes requisitos que influenciam directamente a pena a aplicar. Por ser assim, a punição dos casos que consubstanciam um crime continuado através do regime punitivo do concurso de crimes iria ser encontrada numa moldura penal já por si inflacionada, não representativa daquele contexto situacional de menor exigibilidade, requisito essencial da continuação criminosa, resultando, por isso, numa pena que não representaria fielmente aquela culpa atenuada do agente.

Já no segundo passo do nosso estudo, conclui-se que cada um de nós, pessoa concreta, investida de uma esfera jurídica e pessoal repleta de direitos e de deveres, tem o seu espaço de autodeterminação na sociedade, espaço esse que permite a todos e a cada um a autonomia necessária para a melhor condução da sua conduta. Por isto, conclui-se também que é neste existir que se reflecte a nossa verdadeira liberdade pessoal, liberdade esta que é fiel à personalidade de cada um, porque agimos de acordo connosco próprios. Ao que interessou perante a figura da continuação, estabeleceu-se, posteriormente, que a nossa liberdade nunca é absoluta porque, por um lado, a vida em sociedade nos erige limites conducentes ao respeito dos que nos rodeiam, e, por outro lado, porque algumas das nossas acções são baseadas em pressões externas que exercidas num certo contexto situacional, nos levam à prática de acções delituosas, não porque haja um intenso volitivo criminoso da sua prática, mas porque existe uma solicitação

tal impossível de ignorar que arrasta o agente para a reiteração, influenciando, terminantemente, o quantum da culpa do agente e, por conseguinte, a pena a lhe aplicar. Saliéntamos, no que a este ponto interessou, o papel da personalidade do agente na hora de aplicar o regime punitivo da continuação: se a reiteração for baseada por uma certa tendência criminosa incrustada na personalidade do agente, então nunca se poderá dar um tratamento mais benévolo ao criminoso, pelo que há o afastamento automático da punição da continuação, em honra aos princípios da culpa e da justiça material, basilares ao equilíbrio de qualquer sistema jurídico-penal. Ainda neste âmbito, resta-nos concluir que é nossa convicção a importância, para uma adequada e justa sanção penal, da existência de um suporte normativo-legal capaz de sustentar uma culpa diminuída, apenas e só em virtude daquelas concretas circunstâncias, não deixando a constatação dessa diminuição a cargo da convicção do julgador, considerando hipoteticamente o nº2 do art.71 do nosso CP. De facto, no crime continuado, a culpa resulta diminuída segundo circunstâncias específicas, que valem só e só mesmo para a afirmação ou não de uma continuação. A abolir-se esta figura, tratando os casos nela subsumíveis pelo regime do concurso de crimes, estamos certos que iriam concorrer factores apenas superficialmente analisados para uma tal diminuição da culpabilidade, resultando em sanções penais reprováveis e violadores da justiça material.

Tudo girou à volta da concepção de culpa e do seu conteúdo material. Chegados à conclusão que é na pessoa que se constrói todo o conceito de culpa, na medida em que esta se afere pela personalidade do agente reflectida no ilícito-típico que praticou, no que ao crime continuado diz respeito, concluímos que, se o perfil típico do criminoso continuado se verificar no caso concreto, isto é, a solicitação e o circunstancialismo externo foram de tal maneira significativos que um indivíduo honesto, cumpridor dos comandos jurídicos, actuaria exactamente da mesma maneira, então a personalidade do agente não reflectiria qualidades antagónicas ao direito, pelo que a valoração da culpa como é efectuada pelo regime do concurso de crimes resultaria, inevitavelmente, numa pena

inflacionada, não representativa deste perfil específico do agente do crime continuado.

Depois de muitas considerações tecidas acerca dos diversos ideais e fundamentos que baseiam o conceito de crime continuado, estamos em crer que não são as prerrogativas consideradas individualmente que melhor traçam o caminho para a solução do problema que temos vindo a analisar. Bem pelo contrário, acreditamos que uma simbiose registada entre todas elas é, de facto e sem margem para dúvidas, a autêntica via de resolução para todas as dificuldades problematizadas e minimamente esclarecidas ao longo de todo este estudo.

Muitas das vezes, os tribunais nacionais revelam-se libertinos na hora de aplicar a figura que esteve em análise, na medida que a aplicam quase mecanicamente, bastando-se com a constatação da conexão objectiva que existe entre as condutas, seguida de uma automática constatação de uma culpa atenuada, sem efectivamente a verificarem. Por ser assim, é uma rigorosa e exigente análise e aferição, por parte do aplicador do Direito, dos fundamentos que atestam a existência jurídica da relação de continuação que, acreditamos, ser o caminho certo para o combate de todas as dúvidas e indagações acerca da sustentabilidade político-criminal que possam, eventualmente, surgir acerca da figura da continuação criminosa. Estamos em crer, por isso, que a jurisprudência desempenha um papel fundamental na restauração do crédito que outrora a figura ostentou.

Por tudo isto, acreditamos que a figura do crime continuado é necessária à manutenção do equilíbrio do sistema sancionatório do ordenamento português, conducente com a tradição de respeito por alguns dos mais basilares princípios do estado de direito democrático português: o da justiça material e o da dignidade da pessoa humana. A continuação criminosa, se analisada, valorada e atestada nos moldes que defendemos ao longo das linhas deste estudo, revela-se uma figura dotada de uma elevada densidade político-criminal e dogmática, diferente daquela apontada à figura do concurso de crimes. Por ser assim, acreditamos ser necessária, justa e eficaz a figura do crime continuado, revelando-se, portanto, como uma opção a manter no seio do corpo normativo português.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão do STJ, de 30 de Janeiro de 1986, *in Boletim do Ministério da Justiça*, nº353, Fevereiro, 1986.

Acórdão do STJ, de 8 de Fevereiro de 1995, *in Boletim do Ministério da Justiça*, nº444, Março, 1995.

Acórdão do STJ, de 11 de Outubro de 1995, *in Boletim do Ministério da Justiça*, nº450, Novembro, 1995.

Acórdão do STJ, 8/2000, de 4 de Maio, publicado em DR 119 Série I-A, de 2000-05-23.

Acórdão do STJ, de 22 de Janeiro de 2004, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 173, Ano XII, Tomo I, 2004.

Acórdão do STJ, de 29 de Janeiro de 2004, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 173, Ano XII, Tomo I, 2004.

Acórdão do STJ, de 22 de Abril de 2004 *in Colectânea de Jurisprudência*, nº176, Ano XII, Tomo II, 2004.

Acórdão do STJ, de 2 de Junho de 2005, referente ao processo nº 1564/05-5, e está disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ, de 4 de Janeiro de 2006, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 189, Ano XIV, Tomo I, 2006.

Acórdão do STJ, de 19 de Abril de 2006, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 192, Ano XIV, Tomo II, 2006.

Acórdão do STJ de 19 de Abril de 2007, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 200, Ano XV, Tomo II, 2007.

Acórdão do STJ, de 4 de Dezembro de 2008, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI, Tomo III, 2008.

Acórdão do STJ, de 25 de Março de 2009, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº214, Ano XVII, Tomo I, 2009.

Acórdão do STJ, de 14 de Maio de 2009, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 216, Ano XVII, Tomo II, 2009.

Acórdãos dos Tribunais da Relação:

Acórdão da Relação de Guimarães, de 14 de Outubro de 2002, *in Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXVII, Tomo IV, 2002.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 28 de Março de 2006, *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 190, Ano XXXI, Tomo II, 2006.

Acórdão da Relação do Porto, de 25 de Março de 2010 *in Colectânea de Jurisprudência*, nº 221, Ano XXXV, Tomo II, 2010.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 29 de Junho de 2010, referente ao processo nº 4395/03.6TDLSB.L1-5 e disponível na base de dados do ITIJ.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 29 de Março de 2011 in *Colectânea de Jurisprudência*, nº 229, Ano XXXVI, Tomo II, 2011.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 30 de Junho de 2011, in *Colectânea de Jurisprudência*, nº 231, ano XXXVI, Tomo III, 2001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I Volume, Lisboa, 1965.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2010.

ALMEIDA, Luís Duarte D’, “*Concurso de Normas*”, Almedina, 2004.

ANDRADE, João Costa, “*Da Unidade e Pluralidade de Crimes*”, Coimbra, 2009.

ANTUNES, Maria João, “*Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra, 2010-2011.

BRONZE, Fernando José Pinto, “*Lições de Introdução ao Direito*”, 2ª edição, Coimbra, 2005.

CAEIRO, Pedro e SANTOS, Cláudia, “*Negligência Inconsciente e Pluralidade de Eventos: Tipo de Ilícito Negligente – Unidade Criminosa e Concurso de Crimes – Princípio da Culpa*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6, 1996.

CAEIRO, Pedro, “*Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais*”, Coimbra Editora, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003.

CARVALHO, Américo Taipa de, *“Prevenção, Culpa e Pena – Uma concepção preventivo-ética do Direito Penal”*, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

COELHO, Francisco Pereiro e COUTINHO, Manuel Rosado, *“Direito Criminal – Lições do Prof. Dr. Eduardo Correia ao Curso do IV Ano Jurídico”*, Vol.I, Coimbra, 1949.

CORREIA, Eduardo *“A Doutrina da Culpa na Formação da Personalidade”*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano I, 1945-1946.

CORREIA, Eduardo, *“A Teoria do Concurso em Direito Criminal – I Unidade e Pluralidade de Infracções”*, Coimbra, 1963/A.

CORREIA, Eduardo *“Código Penal – Projecto da Parte Geral”*, Boletim do Ministério da Justiça, nº 127, Junho, 1963/B.

CORREIA, Eduardo, *“Direito Criminal” I*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993/A.

CORREIA, Eduardo, *“Direito Criminal” II*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993/B.

COSTA, José Faria, *“O Perigo em Direito Penal”*, Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“A Reforma do Direito Penal Português – Princípios e Orientações Fundamentais”*, Coimbra, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal Parte Geral Tomo I – Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime”*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime”*, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009/A.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Liberdade. Culpa. Direito Penal”*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *“O legislador de 1982 optou pela descriminalização do crime patrimonial de simulação”*, Colectânea de Jurisprudência, Ano VIII.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal”*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2009/B.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais”*, Coimbra, 1961.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Unidade ou Pluralidade de Crimes: «Où Sont Les Neiges D’Antan?»”*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

FERNÁNDEZ, Fernando Molina, *“Teoría Funcional de la Pena y de la Culpabilidad - Culpabilidad Sin Libertad?”*, Seminário com Günther Jakobs en la UAM, Thomson Civitas, 2008.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *“A Personalidade do Delinquente na Repressão e na Prevenção”*, Portugália Editoras, Lisboa, 1943.

GARCIA, M. Miguez, *“O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal, I – Elementos da Parte Geral”*, 2011.

GOMÉZ, Yamila, “*Teoría Funcional de la Pena y de la Culpabilidad - Libertad Y Culpabilidad*”, Seminário com Günther Jakpobs en la UAM, Thomson Civitas, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, “*Tratado de Derecho Penal Parte General*”, tradução de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edição renovada e ampliada, Granada, Dezembro de 2002

MACHADO, J. Baptista, “*Antropologia, Existencialismo e Direito*”, Revista do Direito dos Estudos Sociais, Ano XI e XII, 1960-1965.

MARCELINO, Américo, “*A Propósito do Crime Continuado*”, Revista do Ministério Público, nº 35 e 36, ano nº9, Julho a Dezembro de 1988.

MARTÍNEZ, Rosario de Vicente, “*El Delito Continuado. Especial Referencia al Tratamiento Penológico en las Infracciones Contra el Patrimonio Continuas*” em “*El Nuevo Derecho Penal Espanol. Estudios Penales en Memoria del Professor José Manuel Valle Muniz*”, Arazandi Editorial, 2001.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, “*Derecho Penal Parte General 2 – Formas de Aparición del Delito y las Consecuencias Jurídicas del Hecho*”, tradução da 7ª edição alemã por Jorge Genzsch, Editorial As trea, Buenos Aires, 1995.

MEZGER, Edmund, “*A Culpa no Moderno Direito Penal*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XXXII, 1956.

MONIZ, Helena, “*Burla e Falsificação de Documentos: Concurso Real ou Aparente?*”, Anotação ao Assento 8/2000 do STJ de 4 de Maio, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 10, Coimbra, 2000.

MONIZ, Helena, “*Falsificação de Documentos e Burla: Unidade ou Pluralidade de Sentidos Autónomos de Ilicitude?*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 21, n°2, Coimbra Editora, Abril-Junho de 2011.

MONIZ, Helena “*Violação e Coacção Sexual? Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2005*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, n°2, Coimbra Editora, Abril-Junho de 2005.

MONTEIRO, Cristina Líbano, “*Crime Continuado e Bens Pessoalíssimos – a concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, Coimbra Editora, 2009.

MONTEIRO, Cristina Líbano, “*Roubo e Sequestro em Concurso Efectivo?*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, 2005.

MOUTINHO, José Lobo, “*Da Unidade à Pluralidade*”, Lisboa, 2005.

NEVES, António Castanheira, “*Metodologia*”, Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, Edmundo, “*Comentários ao Código Penal Parte Geral*”, Forense, Rio de Janeiro, 1994.

ROXIN, Claus, “*Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa*”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LIX, 1983.

ROXIN, Claus, “*Culpa e Responsabilidade*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano I, 4, Outubro-Dezembro, 1991.

SANTOS, José Beleza dos, “*Um Caso de Crime Continuado*”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 75, n° 2738, 1943.

STRATENWERTH, Gunther, *“Derecho Penal Parte General I – El Hecho Punible”*, tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Thomson Civitas, 2005.

SOUSA, Susana Aires de, *“Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão Sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador”*, Coimbra, 2009.

TENREIRO, Mário, *“Considerações Sobre o Objecto do Processo Penal”*, Revista da Ordem dos Advogados, 47, 1987.

TSARPALAS, Angelos, *“Le Moment et la Durée des Infractions Pénales”*, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

VALDÁGUA, Maria da Conceição, *“As Alterações ao Código Penal de 1995, Relativas ao Crime Continuado, Propostas no Anteprojecto de Revisão do Código Penal”*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, nº4, Outubro-Dezembro, 2006.

VINAGRE, Nuno, *“Da Reforma Dogmática do Concurso de Crimes. O Repensar à Luz do Complexo Sistema Dialéctico entre o Crime de Coacção Sexual e o Crime de Violação”*, Coimbra, 2011.

ZAFFARONI, Eugénio Raul e PIERANGELI, José Henrique, *“Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral”*, 5ª edição revista e actualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.