



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo: n° 40/2022

Acórdão: n°15 /2023

Data do Acórdão: 30/01/2023

Área Temática: Área Criminal

Relator: Juíza Conselheira, Zaida G. Fonseca Lima Luz

Acordam, em Conferência, na Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça:

I. Relatório

No Juízo Crime do Tribunal Judicial da Comarca do Sal procedeu-se ao julgamento dos arguidos **A** e **B**, ambos com os demais sinais identificadores nos autos, tendo, a final, sido condenado aquele 1.º arguido, pela prática, em autoria material e numa relação de concurso real, de *2 (dois) crimes de agressão sexual, com penetração*, p. e p. pelo art.º 143, n.ºs 1 e 2, por referência ao art. 141º, alíneas a), b) e c), na pena parcelar de 6 (seis) anos de prisão, por cada crime, e por *3 (três) crimes de abuso sexual de crianças, com penetração, com* previsão no art. 144º, n.ºs 1 e 2, por referência ao art.141.º, alíneas a) e c), todos do Código Penal (CP), na pena de 5 (cinco) anos de prisão, por cada um dos crimes tendo-lhe sido aplicado, em cúmulo jurídico, a pena única de 14 anos de prisão, acrescido do pagamento, a título de indemnização à vítima, do montante de 200.000\$00 (duzentos mil escudos), bem como em custas do processo e procuradoria.

Irresignado com tal decisão condenatória, o arguido **A** recorreu para o Tribunal da Relação de Barlavento que, pelo Acórdão n.º 239/2021/2022, julgou improcedente o recurso, confirmando a decisão da primeira instância, nos seus precisos termos.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mais uma vez inconformado, interpôs recurso do douto aresto, apresentando, para tal, a motivação constante de fls. 437 a 451 do processo, que aqui se dá por reproduzida, para todos os efeitos legais, alegando o seguinte:

- *Erro notório na apreciação da prova e violação do princípio do in dúbio pro reo uma vez que o tribunal a quo não procedeu a uma análise crítica da prova produzida e dos factos considerados provados e não provados;*
- *Omissão da pronúncia do tribunal quanto à alteração da qualificação jurídica dos factos a que vinha acusado, na medida em que, não obstante ter sido lhe concedido prazo para preparar a sua defesa, não lhe foi dado a oportunidade de exercer o direito ao contraditório.*
- *Devia ser condenado na prática dos crimes na forma continuada;*
- *Erro na determinação da pena, uma vez que não deveria lhe ser aplicado uma pena concreta de forma a satisfazer a prevenção geral em detrimento da culpa do agente, tendo em consideração todos os atenuantes a seu favor. (transcrição)*

O recurso foi admitido com subida imediata, nos próprios autos e com efeito suspensivo do processo (fls. 435).

Devidamente notificado da admissão do recurso interposto, o Digno representante do Ministério Público junto do Tribunal *a quo* não apresentou resposta.

O Digno Representante do Ministério Público junto deste Tribunal, ao receber o processo com vista, emitiu parecer fundamentado, pugnando pela inadmissão de recurso, com fundamento na sua intempestividade, ou, caso assim não se entenda, a improcedência do recurso, com os fundamentos vertidos a fls. 454 a 459, cujo teor se tem por aqui reproduzido para os devidos efeitos legais, e concluindo como se segue:

A. O recurso não deve ser admitido porquanto, apresenta-se, de todo, extemporâneo, tendo em consideração que o recorrente e sua mandatária foram regularmente notificados do acórdão proferido pelo tribunal a quo no dia 28 de julho de 2022, e o recurso só deu entrada em juízo no dia 16 de agosto de 2022, ou seja, depois de ter expirado o respetivo prazo previsto nos termos do artigo 452.º do C.P.P.

Porém caso assim não se entenda, diríamos que:



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B. Compulsados a decisão recorrida na sua globalidade, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, como manda o n.º 2 do art.º 442.º do C.P.P, não é possível detetar a existência do alegado vício de erro notório da apreciação da prova, pois que foi efetuada uma apreciação analítica e com sentido crítico da prova produzida e não resulta do texto da decisão nenhuma contradição evidente entre a prova produzida e conclusão exposta pelo Tribunal.

C. Também não resultou qualquer dúvida insuperável no espírito do julgador que devesse ser resolvida a favor do recorrente.

D. Tendo havido uma alteração suscetível de agravar os limites máximos da pena, e, portanto, um agravamento dos limites da pena e tendo o juiz integralmente cumprido o preceituado no artigo 396.º n.ºs 1 e 3, na medida em que não só comunicou a alteração operada ao arguido como interrompeu a audiência a pedido daquele, como forma de lhe conceder um prazo para preparar nova defesa, não foi violado o seu direito ao contraditório.

E. Analisados os factos provados e os requisitos exigidos para a ocorrência de crime continuado, parece-nos que, como bem decidiu o tribunal ora sob escrutínio, não estão verificados todos os requisitos para essa subsunção jurídica, desde logo de os factos terem sido praticados no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa, porquanto, no caso dos autos, fica claro que inexistiu essa situação exterior que tivesse facilitado a execução dos crimes pelo recorrente, na medida em que muitas vezes a prática dos atos sexuais aconteceram porque ele contribuiu para essa repetição e não porque existia uma ocasião favorável para que tal acontecesse.

F. Condenando-se o recorrente pela prática de cinco crimes de natureza sexual contra crianças, sendo dois com recurso a violência, afigura-se-nos que a pena aplicada ao recorrente não merece censura na medida em que foi fixada com base nos critérios definidos pelo artigo 83.º do Código Penal, dentro dos parâmetros exigidos pelos princípios da necessidade, da proibição do excesso ou proporcionalidade das penas, é adequada e proporcional à defesa do ordenamento jurídico e não ultrapassa a medida da culpa do recorrente e é portanto compatível com as exigências quer de prevenção geral quer de prevenção especial que no caso se fazem sentir. (Sic)

A Defesa do arguido foi notificada do douto Parecer, tendo respondido, nos termos constantes de fls. 466 a 473.

Ao efectuar-se o Exame Preliminar constatou-se a necessidade de se aquilatar da data da interposição do recurso, tendo-se oficiado à instância recorrida, no sentido de esclarecerem esse dado, tendo a resposta sido junta, nos termos vertidos a fls. 482.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com os demais vistos de lei, o processo foi apresentado para julgamento em Conferência, pelo que cumpre apreciar e decidir.

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando que o âmbito do recurso se encontra delimitado pelas conclusões extraídas da motivação do recorrente, a que acrescem as matérias que se impõem conhecer, *ex officio*, no caso, importa aferir da existência do eventual vício decisório, de erro notório na apreciação da prova, e da legalidade da alteração da qualificação jurídica, questão com reflexo na pena concreta.

*

Do conhecimento de questões prévias

Da tempestividade do recurso

No douto Parecer apresentado, o Exmo Sr. Procurador-Geral Adjunto veio suscitar a questão da tempestividade do recurso, advogando que o recurso é de se rejeitar por extemporaneidade, porquanto, refere, o recorrente e sua mandatária foram regularmente notificados do acórdão proferido pelo tribunal a quo no dia 28 de julho de 2022, e que o recurso só viria a dar entrada em juízo no dia 16 de agosto de 2022, após ter expirado o prazo legal.

No entanto, uma vez obtida a informação da secretaria do tribunal recorrido, colhidos os elementos concernentes, constatou-se que a data da interposição do recurso ocorreu a 12 de Agosto de 2022, dia em que o requerimento foi expedido por via electrónica, tendo o original sido recebido, na secretaria do tribunal, a 16 de Agosto seguinte.

Resulta, assim, que, atendendo à data da notificação do douto acórdão, e o prazo legal para o recurso, é de se concluir que o requerimento de interposição foi apresentado em tempo, pelo que não procede a invocada intempestividade, suscitada pelo Ministério Público.

*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da decisão impugnada

Analisada a motivação de recurso verifica-se que o recorrente impugna, em simultâneo, a sentença do tribunal da primeira instância e o acórdão do Tribunal da Relação de Barlavento, que apreciou aquela decisão da primeira instância.

No entanto, o objecto do presente recurso só pode ser o aresto do referido Tribunal de 2.º Instância, pois que, mesmo que confirmatório da decisão da primeira instância, está-se perante uma nova decisão, o que justifica que as razões da presente impugnação tenham de reconduzir-se ao vertido no acórdão recorrido, e não à sentença, esta já sindicada por aquele tribunal de segunda instância.

Por conseguinte, nesta sede, a sindicância há-de incidir sobre o acórdão do tribunal da segunda instância, sendo que as incursões ao vertido na sentença só se farão na exacta medida em que tal se revele necessário para a apreciação do aresto impugnado.

*

Conhecendo:

Dos factos provados:

Para o que ora releva, atenhamo-nos à factualidade julgada assente na instância recorrida, e que é a seguinte: (...)

1.O Arguido A vivia maritalmente com C, que é tia materna de D, nascida a 1.3.2006;

2. No período compreendido entre os finais de 2014 e meados de 2015, o arguido esteve a viver com C e os filhos do casal, na casa de um tal "E", tio de D, sita em Palmeira;

3. Durante o aludido período, o arguido e a sua então companheira (C recebiam em casa a menor, que os visitava;



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Com o decorrer do tempo, as visitas aumentaram de frequência e, por vezes, a menor pernoitava na aludida residência;

5. Em data não apurada, mas que se situa no período referido no ponto 2, o arguido A aproveitou-se do facto da sua então companheira (C) ter viajado à ilha de Santo Antão e do da menor ir dormir na residência do casal;

6. Nessa ocasião, no interior da aludida residência, o arguido foi dormir no quarto do casal, e a menor, por seu turno, foi dormir noutra quarto com o seu irmão F e o filho do arguido, o menor G;

7. A dada altura da noite, em hora não apurada, vislumbrando a possibilidade de ficar sozinho com a menor, o arguido aproveitou o facto dela lhe ter pedido um cobertor (porque fazia frio) para convidá-la para dormir com ele, o que ela fez;

8. Já na cama, o arguido despiu o boxer que trajava, tendo ficado nu, o que fez a menor estranhar o seu comportamento e recuar para a extremidade da cama;

9. Tal não desmotivou o arguido, deitado na referida cama, que, movido pelo desejo sexual para com a menor, abraçou-a por trás;

10. Após, o arguido meteu uma das mãos por dentro das cuecas da menor, manipulou-lhe a vagina e introduziu, pelo menos, dois dedos no seu interior, tendo a menor ficado incomodada com a situação e o pedido para parar, o que ele não fez, assim como colocou a sua boca na vagina da menor e pôs-se a chupá-la;

11. Seguidamente ao descrito, com o pénis ereto, disse a menor para "o segurar" e "o meter na boca e chupar", o que ela não fez;

12. Então, o arguido segurou a menor pela cabeça e introduziu-lhe o seu pénis na boca e disse-lhe para chupar;

13. Passados alguns instantes, sem o uso do preservativo, friccionou o seu pénis na vagina dela, até ejacular;

14. Depois de agir da forma descrita, o arguido disse a menor para "não contar a ninguém" e que, se o fizesse, ninguém acreditaria nela;



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15. *Em data não concretamente apurada, mas que se situa em data posterior aos factos descritos supra, o arguido aproveitou que a menor tinha ido buscar uma tijela na residência da sua mãe, a testemunha **H**, sita na localidade de **I**, para, uma vez mais, relacionar-se sexualmente com ela;*

16. *A tanto, ainda no interior da aludida residência, o arguido, vislumbrando a possibilidade de ficar sozinho com a menor, prontificou-se em levá-la à porta quando ela ia-se embora;*

17. *No trajeto, o arguido conduziu a menor a um dos compartimentos da residência referida no ponto 16, onde, à exceção da blusa, despiu-lhe as roupas que ela trajava, deixando-a nua, e despiu também as suas próprias roupas;*

18. *Ato contínuo, o arguido colocou a boca na vagina da menor e pôs-se a chupá-la;*

19. *Depois de ter consumado o coito oral com a menor, o arguido disse-a para chupar-lhe no pénis;*

20. *Então, o arguido e introduziu-lhe o pénis na boca, obrigando-a a chupá-lo por alguns instantes;*

21. *Sem o uso do preservativo, até ejacular, o arguido friccionou o seu pénis ereto, na vagina da menor;*

22. *Com o passar do tempo, ciente da sua idade, que, todavia, ignorava, o arguido sentiu-se confortável nas suas investidas para com a menor, sendo que com ela decidiu outras vezes relacionar-se sexualmente;*

23. *Na execução de tal propósito, em data não apurada, mas posterior aos factos que antecederam, o arguido, na sua residência, sita em **I**, disse a menor para ajudá-lo a levar ao terraço da aludida residência uma panela contendo comida, no caso, para alimentar um cão da raça "pitbul", o que ela fez;*

24. *Entretanto, quando a menor ia em direção às escadas o arguido disse-lhe, para ficar mais um pouco, o que ela fez;*



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25. Nisto, o arguido baixou as calças que trajava até a altura dos joelhos e retirou o seu pénis ereto de dentro do boxer, tendo dito a **D** para chupa-lo, o que ela fez;

26. Seguidamente, sem o uso do preservativo, até ejacular, o arguido friccionou o seu pénis ereto na vagina da menor;

27. Continuando instigado pelos mesmos instintos sexuais, em data não apurada, de igual modo, ulterior aos factos que antecederam, o arguido, na sua residência, sita na localidade de **I**, decidiu uma vez mais praticar atos sexuais com a menor

28. Na aludida ocasião, a menor encontrava-se em um quarto na aludida residência, na companhia do seu irmão **F** e dos seus primos **J** e **K**;

29. A dado momento, o arguido disse a menor para acompanhá-lo à garagem da casa para apanharem algo ali, o que ela fez;

30. Após entrarem na referida garagem, o arguido baixou as calças que trajava até a altura dos joelhos e segurou no seu pénis ereto, tendo dito a menor para chupá-lo, o que ela fez;

31. Continuamente, o arguido e a menor deitaram-se num colchão que lá se encontrava (no chão), tendo ele a despido as roupas que ela trajava;

32. Logo a seguir, o arguido chupou a vagina da menor e friccionou-lhe o seu pénis na vagina dela, até ejacular;

33. A semelhança das outras vezes, o arguido disse a menor para "não contar nada a ninguém";

34. Posteriormente, o arguido, porque se separou da sua companheira marital, a tia da menor, saiu da casa de morada de família e foi residir em um quarto arrendado, sito na localidade de **I**;

35. Na nova residência, em data não apurada, quando a menor tinha entre 13 (treze] e 14 (catorze] anos de idade, o arguido decidiu uma vez mais com ela praticar atos sexuais;



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

36. Com este intento, o arguido, vislumbrando como sempre a possibilidade de ficar sozinho com a menor, pediu aos primos dela, **J** e **K**, que se encontravam na referida residência, para irem a casa da avó, onde supostamente iriam buscar uma tijela;

37. Quando os referidos menores saíram, o arguido disse a **D** para ir ter com ele no quarto, o que ela fez;

38. Lá, o arguido, sempre agindo do mesmo modo, que nos outros atos sexuais que manteve com a menor, baixou o calção que trajava até a altura dos joelhos, e segurou no seu pénis ereto e disse-a para chupá-lo, o que ela fez;

39. Ato contínuo, o arguido retirou as roupas que a menor trajava de cintura para baixo, deixando-a vestida somente com uma blusa;

40. Ininterruptamente, o arguido colocou a boca na vagina da menor e chupou-a;

41. De seguida, sem o uso do preservativo e até ejacular, o arguido friccionado o seu pénis ereto na vagina da menor;

42. No dia 7.1.2021, a menor foi submetida a um exame sexual, tendo o perito médico concluído no seu relatório, além do mais, que a menor apresenta "hímen com pequena fissura às 03 horas e outras às 06 horas...não apresenta sinais de terem sido ocorridos em período recente...";

43. Antes de ter contacto sexual com o arguido, a menor jamais se envolvera sexualmente com outros homens;

44. O arguido, ao agir como descrito nos pontos 7 a 44, atuou de forma livre, consciente e deliberada, tendo perfeito conhecimento de que, no momento da prática dos factos, a menor **D** não tinha ainda atingido os 14 anos de idade;

45. O arguido agiu com o propósito conseguido de se satisfazer de modo libidinoso, através dos comportamentos descritos, não obstante estar ciente da idade da menor;



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

46. Tendo ainda perfeito conhecimento de que, com as suas condutas, ofendia a dignidade, a liberdade e a autodeterminação sexual da menor, bem como prejudicava o seu normal desenvolvimento, o que logrou;

(...) 63. Agiram os arguidos em tudo de forma livre, deliberada e consciente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas criminalmente;

64. O arguido A é primário;

(...) 66. Ambos os arguidos são de condição socioeconómica modesta.

*

Das questões suscitadas

Da invocação de erro notório na apreciação da prova

Advoga o recorrente que a decisão recorrida enferma de erro notório da apreciação da prova, este que traduz um vício decisório e com consagração expressa na al. c) do n.º 2 do artigo 442.º do C.P.P.

Para fundamentar esse entendimento refere que o tribunal *a quo* limitou-se a transcrever a factualidade dada por assente pelo tribunal de primeira instância, sem proceder ao exame crítico da prova, de acordo com as regras da experiência da vida e da lógica, e que, a ser feito, impunha decisão distinta; para ancorar tal posicionamento, no entanto, limita-se a transcrever segmentos de depoimentos, algo descontextualizados, cotejando-os com alguns pontos da matéria de facto dada por provada, tudo para concluir que existe dúvida sobre a ocorrência dos factos e que esta deve beneficiar o arguido.

Constata-se, assim, que, pese embora alegar o vício de decisão, não cuida de o justificar, validamente, antes quedando-se por apresentar argumentos reconduzíveis a um eventual erro de julgamento, já sindicado, em anterior recurso, pelo Tribunal da Relação e que, como é consabido, extravasa o âmbito de sindicância do Supremo Tribunal de Justiça, quando opera enquanto tribunal de revista, como é o caso.

Já com relação ao invocado vício, de erro notório na apreciação da matéria de facto, pese embora poder ser conhecido nesta sede, há que ter-se por presente



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não se reconduz a um qualquer erro ou lapso, antes deve traduzir-se numa falha tão clamorosa, que ressalta aos olhos do leitor médio, por a decisão ter extraído ilação contrária àquela resultante das provas produzidas, devendo, assim, sobressair "*dos elementos constante do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum*"(cfr. art. 442.º, n.º 2 do CPP).

Ou seja, tal vício só é de ter-se por verificado quando se evidencie um erro ostensivo na apreciação das provas, que não passe despercebido ao homem de formação jurídica média, isto por sobressair da simples leitura do texto da decisão recorrida, analisado por si ou conjugado com as regras de experiência de vida, e decorrente do facto de, nomeadamente, se darem como provados factos que, face às regras da experiência comum, da lógica e do respeito pela prova vinculada, não se poderiam ter dado como assentes, no fundo quando se verificam disfunções de ordem lógica por o tribunal, na apreciação da prova, ter efectuado uma interpretação, manifestamente, incorrecta ou desadequada, arrimada em juízos arbitrários ou ilógicos.

Não se trata, aqui, da mera discordância com a valoração da prova quando esta corresponde a uma das opções plausíveis e fundamentadas, mas da utilização inaceitável que foi dada à prova, dando, por exemplo, por provado um facto quando, manifestamente, a conclusão deveria ser contrária.

Nesse ponto, cumpre referir que, sempre que a atribuição de credibilidade a uma fonte de prova, por parte do julgador, se firmar num raciocínio lógico e devidamente explicitado, o tribunal de recurso só a poderá contrariar se, e quando, ficar demonstrado que a opção trilhada assenta em meios ilegais de prova ou que é contrariada pelas regras da experiência comum.

No caso, como se disse, o recorrente limita-se a invocar a ocorrência de erro notório na apreciação da prova de forma conclusiva, mas fundamentando-o com o que, em tese poderia, reconduzir-se a um erro de julgamento, já apreciado e decidido pela Relação, em sede de recurso, sendo certo que, analisado o texto da decisão recorrida, não se revela o invocado, ou qualquer outro, vício decisório,



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante do n.º 2 do art.º 442.º do C.P.P, pois que foi efetuada uma apreciação analítica, adequada e com sentido crítico da prova produzida.

Improcede, assim, tal segmento do recurso.

*

Da violação do princípio do in dubio pro reo

A outro passo advoga o recorrente que, ante a prova produzida, deveria ter beneficiado da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e, em consequência, ser absolvido do crime pelo qual foi condenado.

Invoca, assim, um princípio decisório, emanação da garantia constitucional da presunção de inocência do arguido (art. 35.º, n.º 1 CRCV e art. 11.º, n.º 1 da DUDH), em decorrência do qual todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado.

Dessa garantia constitucional, que deve sobressair de um juízo positivo de dúvida, em resultado de um impasse probatório sobre factos concretos e com relevância para a decisão, decorre que, uma vez produzida a prova, no es persistência de uma dúvida razoável, o tribunal terá de decidir a favor do arguido.

No caso concreto, não se compreende a invocação da violação do princípio do *in dubio pro reo*.

Na verdade, a apreciação, em sede de recurso, da eventual violação do referido princípio encontra-se dependente de critério idêntico ao que se aplica ao conhecimento dos vícios da matéria de facto, designadamente do erro notório na apreciação da prova, o mesmo que dizer que deve ser da análise da decisão que se deve concluir pela violação do *in dubio*, isto quando, seguindo o processo decisório, evidenciado pela análise da motivação da convicção em cotejo com a factualidade dada por provada ou não provada, se chegar à conclusão de que o tribunal, tendo desembocado num estado de dúvida inultrapassável com recurso aos elementos dos autos, decidiu contra o arguido.

Com efeito, a dúvida que demanda a invocação do *in dubio pro reo*, não se reconduz à dúvida do arguido, ou que este entende que o tribunal deveria ter, e



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não evidenciou, nem da incerteza que uma testemunha manifestou na forma como percepcionou os factos, mas sim aquela dúvida razoável que o tribunal teve ao percepcionar os factos.

In casu, tal dúvida do tribunal nem chegou a existir, face à evidência como se percepcionaram os factos, pelo que, também, não procede a invocação do referido princípio.

Da alteração da qualificação jurídica dos factos em julgamento

Refere o recorrente que, durante o julgamento em primeira instância, o tribunal alterou a qualificação do crime, pois que vinha acusado da prática de cinco crimes de abuso sexual de crianças, tendo o tribunal alterado o enquadramento jurídico para três crimes de abuso sexual e dois de agressão sexual, com reflexos em termos de agravamento da moldura penal aplicável.

Esclarece que, pese embora o juiz *a quo* lhe tenha dado conhecimento daquela alteração e lhe ter concedido um prazo para preparar a sua defesa, o certo é que não lhe concedeu qualquer direito de exercer o contraditório.

Ora,

Trata-se, esta, de questão que mereceu pronunciamento por parte do Tribunal da Segunda Instância, e em termos que não suscitam reparos.

Com efeito, convocando a letra da lei constata-se que, sob a epígrafe «Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia», dispõe o art. 396.º do CPP seguinte: “1. Se durante a audiência de julgamento se fizer prova de factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, e que não importem crime diverso ou não agravem os limites máximos da pena aplicável e tiverem relevo para a decisão da causa, o juiz que preside ao julgamento, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa. 2. Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa. 3. O disposto no n.º 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia».



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal consagração decorre da estrutura acusatória do nosso processo penal, em decorrência da qual está consagrado que o *thema decidendum*, o objeto de cada processo, é definido pela acusação, pelo que a discussão da causa tem por objeto os factos alegados pela acusação e pela defesa e os que resultarem da prova produzida em audiência, o que independe do enquadramento jurídico efectuado, na acusação ou na pronúncia.

No entanto, como ao processo penal subjazem razões de justiça material, a demandar a mais completa perscrutação da verdade, de modo a que a verdade processual e a realidade da vida se aproximem o mais possível, não se está perante um processo acusatório puro, antes temperado com o da investigação, a justificar que o legislador não tenha deixado o juiz totalmente manietado, subentenda-se, na completa dependência dos sujeitos processuais, no que toca ao cabal esclarecimento dos factos e na correspondente subsunção ao direito.

Desse pressuposto decorre a necessidade de ser encontrado um ponto de equilíbrio que resolva a tensão entre a necessidade de realizar a finalidade do processo penal (justiça) e de respeitar o direito de defesa, o que nos remete para a questão da definição do objeto do processo e das condições em que a conformação dos factos constantes da acusação pode ser alterada.¹

No caso em apreço, constata-se que, em sede de julgamento na primeira instância, o tribunal, ante os factos pelos quais o arguido vinha acusado, entendeu dever ser de alterar-se o enquadramento jurídico, tendo-o comunicado à Defesa, que informou não prescindir do prazo para preparação da defesa, o que levou a que o julgador interrompesse a audiência para tal fim.

Assim sendo, não se alcança o argumento ora repisado pela Defesa, de não se ter cumprido o contraditório que, significando a concessão de oportunidade e prazo, nesse caso para a defesa se pronunciar, foi respeitado pelo tribunal *a quo*.

Repare-se que, para a correcção do procedimento por parte do julgador em situações de tal jaez, apenas se lhe exige que faça a comunicação da alteração ao

¹ Cfr, a propósito Germano Marques da Silva, *in* Curso de Processo Penal, Lisboa, Verbo, III, 2.^a edição.p. 273



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arguido e se lhe conceda, caso o requeira, o tempo necessário para a preparação da defesa (cfr. art. 396.º, n.ºs 1 e 3 do CPPenal), o que foi cumprido na situação vertente.

Termos em que, tendo sido dada à Defesa o prazo peticionado, na sequência da comunicação da possibilidade de alteração do enquadramento jurídico, que levou, inclusive, à interrupção da audiência, não se vislumbra como se pode ter preterido o contraditório, nesse particular.

Assim, sem necessidade de mais considerandos, é de se ter por manifestamente infundada a alegação.

*

Da prática do crime na forma continuada ou em concurso real

Contesta o recorrente a manutenção da respectiva condenação pela prática dos crimes sexuais em concurso efectivo, pois que entende dever ter sido considerada a prática de um só crime continuado.

A figura do crime continuado encontra previsão no art. 34.º do Código Penal, cujo n.º 1 estatui o seguinte: "*Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada de forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que faça diminuir consideravelmente a culpa do agente*".

Na Doutrina, a propósito de unificação de conduta, pode ler-se em Hans Heinrich Jescheck² que "*Deve ter-se por verificada uma acção unitária quando os diversos actos parcelares correspondem a uma única resolução de vontade e se encontrem tão vinculados no tempo e no espaço que para um observador não interveniente são tidos como uma unidade*".

A nível jurisprudencial, tem sido variados os acórdãos deste Supremo Tribunal de Justiça a versar sobre tal problemática, podendo ser elencados, a título de exemplo, os Acórdãos n.º 57/2015, de 31 de Março de 2015, n.º 51/2016,

² In Tratado, Parte General, 4.ª edição, pág. 648; a propósito *vide*, também, Eduardo Correia, em Teoria do Concurso em Direito Criminal, p. 84 ss; também J. Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais- A Doutrina Geral do Crime, Tomo I, 2.ª Ed, p. 1027 ss.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 19 de Julho e o n.º 90/2021, de 28 de Julho de 2021, isto só para citar alguns, sendo que os pronunciamentos deles constantes, com as devidas adaptações, atendendo às especificidades dos casos, se mantêm incólumes.

Significa dizer que, no crime continuado, está-se perante uma pluralidade de factos ou acções homogéneas que, apesar de se enquadrarem, individualmente, no mesmo tipo penal ou em tipos penais com igual núcleo típico, correspondem a uma unidade de resolução criminosa, desde o início assumida pelo agente, a demandar um tratamento jurídico unitário, como um crime único.

Tal se justifica pela unidade de resolução e pela homogeneidade de actuação, justificada por circunstâncias exógenas, não procuradas pelo agente do crime, e que propiciaram a reiteração, havendo, assim, um único desvalor de conduta, revelador de uma culpa mitigada, se comparada àquelas situações de concurso real.

No entanto, importa ter presente o disposto no n.º 2 do citado art. 34.º, nos termos do qual *“Exceptuam-se do número anterior [n.º 1, continuação criminosa] as ofensas a bens jurídicos eminentemente pessoais, salvo as constitutivas de infracções contra a honra e a liberdade sexual, caso em que, tendo em conta a natureza do facto e do preceito violado, se decidirá ou não pela continuidade criminosa.”*

Significa dizer que, quando estão em causa bens jurídicos eminentemente pessoais, deixa-se ao prudente critério do julgador decidir, isto com base numa análise casuística, tomando, nomeadamente, em linha de conta a natureza do facto praticado e o circunstancialismo envolvente, se se está perante um caso de continuação criminosa ou de concurso efectivo de infracções.

Por tal se justifica que algumas condutas reconduzíveis a crimes sexuais têm sido enquadradas na figura do crime único, ou de crime único de trato sucessivo, por se considerar existir uma unificação de condutas ilícitas sucessivas, essencialmente homogéneas e temporalmente próximas, quando existe uma mesma resolução criminosa, desde o início assumida pelo agente.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É essa homogeneidade de actuação, aliada a um único desígnio criminoso e a proximidade temporal entre os factos que justifica a recondução da actuação plúrima do agente à figura da unicidade criminosa.

Entende o recorrente que o tribunal recorrido, ao confirmar a sua condenação na prática dos crimes sexuais numa relação concursal efectiva, não andou bem pois que, segundo concretiza, deveria ter sido condenado na prática de um único crime.

No entanto sem razão, isto se se atender aos factos provados e os requisitos legalmente prescritos para a perfectibilização do crime na forma continuada, sendo de se considerar, na senda do anteriormente decidido, que, *in casu*, os acontecimentos sexuais não se deram no quadro de uma mesma solicitação exterior, não procurada e independente do agente, que diminuem, acentuadamente, a sua culpa, antes se patenteia que as inúmeras situações de envolvimento sexual com a menor foram por ele criadas, engendradas ou procuradas, num renovar da intenção criminosa (v.g, factualidade inserta nos pontos 7 a 14, 15 a 21, 23 a 26, 27 a 33 e 35 a 41).

Ou seja, pese embora tenha ocorrido uma realização plúrima de dois tipos de crime (crime de agressão e de abuso sexual), que fundamentalmente protegem o mesmo bem jurídico, a liberdade e a auto-determinação sexual, executados por forma essencialmente homogénea e no quadro da mesma solicitação, a solicitação não foi “exterior”, mas cuidadosamente “providenciada” pelo arguido.

Tem-se defendido, em alguns sectores da jurisprudência, que naquelas situações de crimes sexuais contra crianças/menores, em que a conduta delituosa se desdobra em vários episódios que, isoladamente e *de per se*, constituiriam um crime sexual, e em que se descortina, não uma diminuição, mas um acentuar da culpa do agente, estar-se-á perante um crime único, mas de trato sucessivo, e não de crime continuado.

Na verdade, para aqueles que defendem tal distinção, no crime continuado há uma diminuição de culpa do agente, à medida que se reitera a conduta, mas não se vê que tal diminuição exista no caso do abuso sexual de criança por actos



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se sucedem no tempo e em que, pelo contrário, a gravidade da culpa parece aumentar à medida que os actos se repetem.

Trata-se de um entendimento que tem por objectivo solucionar o problema que decorre do facto de, face à repetição e número de crimes, não se conseguir individualizar o número de crimes, dificuldade que não ocorre nestes autos, em que as condutas estão individualizadas.

Por conseguinte, não se vislumbrando qualquer diminuição da culpa, não se pode conceder razão ao recorrente que, no fundo, almeja uma pena mais benevolente, esta a pressupor uma culpa mitigada que não se vislumbra.

Da pena concreta

O recorrente também contesta a pena única que lhe foi aplicada, reputando-a de excessiva.

A propósito da determinação da medida concreta da pena, dispõe-se no art.83.º do Código Penal, que a medida da pena deve, antes de mais, respeitar a moldura abstracta, cujos limites se encontram fixados em função da culpa do agente e das exigências da prevenção, havendo que atender, caso a caso, aos efeitos esperados na ressocialização do agente, devendo, na fixação do *quantum*, valorar todas as circunstâncias que militem a favor e/ou contra o arguido, nomeadamente aquelas elencadas no seu n.º 2.

Nesse pressuposto, a culpa e a prevenção são os factores que norteiam a determinação da medida da pena, a qual visa, primordialmente, o reforço da tutela dos bens jurídicos violados, com a conduta delituosa, bem como, e até aonde for possível, a reintegração social do agente, devendo ser a medida da culpa a fixar o limite máximo, e inultrapassável da pena (arts. 45.º n.º 3 e 47.º do CP).

Nas palavras do penalista Figueiredo Dias, isto a propósito de normas constantes do ordenamento jurídico que nos é próximo (ordenamento jurídico português), “ a medida da pena há -de primordialmente ser dada pela medida da necessidade da tutela dos bens jurídicos face ao caso concreto. Aqui a protecção dos bens jurídicos assume um significado prospectivo, que se traduz na tutela das expectativas da comunidade na manutenção ou mesmo reforço da vigência da norma infringida. Até ao máximo consentido



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*pela culpa, é a medida exigida pela tutela dos bens jurídicos que deve determinar a medida da pena.(...) Estão aqui em causa exigências de prevenção geral positiva ou de integração, isto é, de reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida. Estas exigências não permitem que a pena baixe do quantum indispensável para que se não ponha irremediavelmente em causa a crença da comunidade na validade da norma violada e, por essa via, o sentimento de confiança e segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais*³

De retorno ao caso *sub judice*, constata-se que ao arguido foi decretada a pena única de 14 anos de prisão, em razão do operado cúmulo jurídico das penas parcelares correspondentes aos cinco crimes de natureza sexual contra menor, sendo dois deles de agressão sexual, pois que os actos foram levados a cabo com recurso a violência contra a vítima.

Inobstante, pensamos que o grau de violência imprimido, que se traduziu no segurar a cabeça da criança e obrigá-la a chupar o pénis do adulto, se bem que, suficientemente, gravoso, pois que violentando a vontade da criança, constringendo-a a sujeitar-se a tal prática, não se reconduziu, contudo, a um uso da força mais do que o necessário para o fim em vista.

Em assim sendo, tendo presente o grau de violência imprimido, sem descurar o acentuado grau de ilicitude dos factos, evidenciado na pouca idade da menor, do aproveitamento da relação de confiança nele depositada, aliada à culpa de considerável intensidade, pois que manifestada na forma de dolo directo (do querer satisfazer a própria lascívia, indiferente à idade e ao querer da vítima), à premente necessidade de prevenção geral (aqui atendendo à frequência de crimes desta natureza) e especial (não tendo o arguido assumido os factos, o que evidencia não se ter consciencializado do mal feito e estar-se perante uma personalidade algo avessa ao cumprimento das normas de boa convivência social), sem descurar as circunstâncias que rodearam o cometimento dos crimes, tendo o arguido se aproveitado de momentos de maior vulnerabilidade da criança, a pena parcelar manter-se naquele mínimo legal dos seis anos de prisão.

³ In *Consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, pág. 227 e 242 e ss.



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação aos três crimes de abuso sexual, cujos actos reconducentes traduziram-se no acariciar e chupar a vagina da menor, friccionar o pénis na vagina da criança e fazer com que a mesma nele praticasse coito oral, as penas parcelares devem manter-se no limiar mínimo da moldura abstracta cominada, de cinco anos de prisão.

Inobstante, procedendo ao cúmulo jurídico, mas sopesando a imagem global do facto, em que, pese embora a gravidade dos factos, o grau de violência empregue no crime de agressão sexual, se quedou pelo grau mais baixo, do segurar a cabeça da criança, obrigando-a a suportar o coito oral, isto sem descurar que o arguido teve oportunidade de, caso assim pretendesse, provocar danos maiores à criança, nomeadamente praticando cópula vaginal completa, o que não fez, entende-se ser adequada a aplicação de uma pena única a situar-se nos 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de prisão.

*

III.DISPOSITIVO:

Pelo acima exposto acordam os Juízes da Secção Criminal do STJ em conceder parcial provimento ao recurso, condenando-se o arguido **A**, pela prática de dois crimes de agressão sexual com penetração, nas penas parcelares e correspectivas de cinco anos; pelos três crimes de abuso sexual de menor com penetração, na pena individual e correspectiva de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão, aplicando-lhe, em cúmulo jurídico, a pena única de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de prisão.

Custas pelo recorrente, na proporção do decaimento, fixando-se a taxa de justiça em 30.000\$00.

Registe e notifique.

Praia, aos 30 de Janeiro de 2023.

Zaida LIMA (Relatora)



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Benfeito MOSSO RAMOS

Anildo MARTINS