



## DIREITO PENAL II - 3.º Ano – Dia.

*Coordenação e Regência:* Professora Doutora Maria Fernanda Palma

*Colaboração:* Prof.<sup>a</sup> Doutora Teresa Quintela de Brito, Mestres João Matos Viana, António Brito Neves e Catarina Abegão Alves, Dra. Rita do Rosário

### EXAME FINAL – COINCIDÊNCIAS - Turma A 27.06.2017/Duração: 90 minutos/ tolerância de 15 minutos

#### *Anda o mundo (des)concertado*

**André** é um dos músicos que tocam fagote na orquestra *Penalistas Desafinados*. **André** sente inveja de Roberto, pois este é sempre o escolhido para tocar os solos de fagote. Resolve matá-lo, na esperança de ser escolhido para o substituir.

**André** convence **Bernardo** (um dos músicos responsáveis pela percussão) a bater os címbalos com toda a força durante o solo de Roberto no concerto seguinte, apesar de isso não estar previsto. A **Bernardo** agrada a ideia de sabotar o solo de Roberto, pois este casou com Margarida, por quem **Bernardo** está apaixonado. **Bernardo** não desconfia, porém, das reais intenções de **André**: este planeia disparar sobre Roberto no exacto momento em que **Bernardo** bater os címbalos, de modo a que ninguém ouça de onde veio o disparo.

**Bernardo** actua como combinado e **André** dispara. Nesse preciso instante, porém, Roberto, inspiradíssimo, tem um movimento que o faz desviar-se e a bala atinge **Micaela**, uma das flautistas, que cai a sangrar no chão. **Micaela** amava Roberto e, não suportando a ideia de que ele preferiu Margarida, preparava-se para disparar um dardo envenenado mortal sobre ele com a sua flauta, mas foi impedida, no último instante, pelo disparo de **André**.

Vendo **Micaela** prostrada e o sangue a jorrar, Mariana, uma violinista, grita "Assassinos!" e prepara-se para fugir dali, sendo agarrada por Daniel, outro violinista, que tenta perceber o que se passa. **José**, tocador de triângulo que estava sentado na sua cadeira de rodas, ouvindo o grito de Mariana e acreditando que Daniel a está a atacar, grita para **Bernardo** que é preciso impedir aquilo. **Bernardo**, convencido pelos gritos de **José**, avança sobre Daniel e bate os címbalos na sua cabeça, fazendo-o cair desmaiado.

Duarte, o maestro, vendo o concerto arruinado com toda aquela desordem, tem um ataque cardíaco e cai no chão. Duarte sofria do coração e apenas aceitara dirigir mais este concerto porque **Óscar**, médico e seu amigo, garantira que estaria presente e pronto para ajudar em caso de necessidade. Vendo o maestro caído, **Óscar** levanta-se para o ajudar, mas **Nádia**, a mulher de Duarte, puxa-o e garante-lhe que tudo aquilo faz parte do espectáculo. O médico acredita e senta-se de novo. **Nádia** não gosta de música e viu naquele momento uma ótima oportunidade de se ver livre do marido, tendo por isso mentido ao médico. Duarte vem mesmo a morrer instantes depois, comprovando-se mais tarde que a actuação de **Óscar** teria provavelmente sido inútil para o salvar.

O público, convencido de que foi tudo encenado, aplaude efusivamente e Roberto, crendo que todos aplaudem o seu virtuosismo, agradece.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes.

**Micaela:** 1,5 v.; **André:** 3,5 v.; **Óscar:** 3 v.; **Nádia:** 3 v.; **Bernardo:** 4 v.; **José:** 3 v.

**Ponderação global:** 2 v. - correcção da escrita, clareza das ideias, sistematização das respostas e capacidade de síntese.

**Nota:** as respostas ilegíveis por causa da caligrafia não serão avaliadas.

## Tópicos de Correção

### Responsabilidade jurídico-penal de Micaela

*Quanto ao homicídio (artigo 131.º) de Roberto:*

Uma vez que Micaela foi apenas impedida de disparar o dardo envenenado "no último instante", parece dever entender-se que a sua actuação implicaria já a colocação da vida de Roberto numa situação de insegurança existencial segundo um juízo de perigosidade *ex ante*, constituindo, assim, um começo de execução nos termos do artigo 22.º, n.º 2, al. c).

Micaela representa e deseja causar a morte de Roberto, pelo que age com dolo intencional (artigo 14.º, n.º 1).

Não há causas de justificação, nem de exclusão da culpa e a conduta é punível (artigo 23.º, n.º 1).

### Responsabilidade jurídico-penal de André

*Quanto ao homicídio (artigo 131.º) de Roberto:*

Ao disparar na direcção de Roberto com intenção de matar, André pratica um acto idóneo a produzir a morte, o que, nos termos do artigo 22.º, n.º 2, al. b), constitui um acto de execução do crime de homicídio. Roberto não é, porém, atingido, não se verificando o resultado.

André representa e deseja causar a morte de Roberto, pelo que age com dolo intencional (artigo 14.º, n.º 1).

Não há causas de justificação, nem de exclusão da culpa e a conduta é punível (artigo 23.º, n.º 1).

*Quanto ao homicídio (artigo 131.º) de Micaela:*

Ao disparar o tiro que causa a morte de Micaela, André cria um risco proibido que se concretiza no resultado.

Tendo atingido Micaela apenas porque Roberto se desviou, parece haver um erro na execução por parte de André, que não terá representado a hipótese de atingir Micaela. Há, assim, um erro do artigo 16.º, n.º 1, primeira parte, ressaltando-se a punibilidade por negligência nos termos do artigo 16.º, n.º 3. Estando essa punibilidade expressamente prevista neste caso e admitindo a violação de um dever de cuidado, André seria punido por homicídio negligente: artigos 13.º, 15.º, al. b), e 137.º

Com a sua actuação, todavia, André repeliu a agressão actual e ilícita de Micaela (que estava prestes a disparar o dardo contra Roberto). Admitindo que aquele era o único meio disponível para, com relativa segurança, evitar a lesão do bem jurídico, estão reunidos os pressupostos e requisitos objectivos da legítima defesa (artigo 32.º). Uma vez que André não representou a agressão, não está preenchido o requisito subjetivo da legítima defesa, pelo que seria de aplicar analogicamente o artigo 38.º, n.º 4. Não havendo dolo, porém, André não poderia ser punido pela tentativa.

*Seria também defensável a resposta que, fundamentando, defendesse ter havido pelo menos dolo eventual em relação a Micaela.*

### Responsabilidade jurídico-penal de Óscar

Tendo-se comprometido perante Duarte a prestar-lhe auxílio médico em caso de necessidade durante o concerto, Óscar tem posição de garante, por força de uma assunção voluntária de deveres de protecção, o que permite a equiparação da omissão à acção para efeitos de eventual responsabilidade por crime de omissão impura, nos termos do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2. Óscar tem igualmente possibilidade fáctica de acção.

Óscar não age para diminuir o risco que recaía sobre Duarte. Uma vez que se comprova, porém, que a sua actuação teria sido provavelmente inútil, não há conexão de risco que permita afirmar a imputação objectiva do resultado morte à sua omissão.

Óscar acredita que o perigo que Duarte corre não é real, pelo que está em erro sobre a factualidade típica (artigo 16.º, n.º 1). Mesmo admitindo negligência da sua parte e ainda que a punibilidade da mesma esteja prevista (artigo 137.º), ele não pode, todavia, ser punido, visto não ter havido imputação do resultado.

## **Responsabilidade jurídico-penal de Nádía**

Nádía instrumentaliza Óscar, pois cria nele um erro sobre a factualidade típica que o leva a omitir o cumprimento do seu dever de garante, não podendo, no entanto, ser responsabilizado a título doloso por isso. Nádía é, portanto, autora mediata.

Vale em relação a Nádía o mesmo que foi afirmado sobre a exclusão da imputação objectiva, por falta de conexão de risco, aquando da análise da responsabilidade de Óscar.

Nádía representa e deseja impedir que Óscar dê a ajuda que, aparentemente, seria necessária para evitar a morte de Duarte. Neste sentido, Nádía actua com dolo intencional de homicídio (artigos 14.º, n.º 1, e 131.º).

Tendo praticado actos que, segundo um juízo de perigosidade *ex ante* e em conjugação com o seu plano e a omissão do médico, conduzirão a que se produza o resultado morte, Nádía pratica actos de execução do crime de homicídio – nos termos do artigo 22.º, n.º 2, al. c) – podendo, assim, ser punida pela tentativa deste crime (artigo 23.º, n.º 1).

Nádía leva a cabo uma tentativa impossível de homicídio por omissão, dada a inidoneidade do meio, uma vez que Óscar não poderia ser salvo pelo médico instrumentalizado. Tentativa punível por não ser manifesta a impossibilidade, numa perspectiva *ex ante*, para o observador externo (arts. 23.º, n.º 3, a contrario sensu, 22.º e 131.º)

## **Responsabilidade jurídico-penal de Bernardo**

*Quanto ao homicídio (artigo 131.º) de Roberto:*

Ao bater os címbalos no momento do disparo de André, permitindo-lhe actuar sem ser notado, Bernardo presta-lhe auxílio material, sendo, portanto, cúmplice (artigo 27.º, n.º 1).

Está cumprido o requisito da acessoriedade, tanto na vertente quantitativa (pois André iniciou a execução do facto, ainda que não o tenha consumado) como na vertente qualitativa (o facto de André é típico, doloso e ilícito).

Bernardo age, porém, em erro sobre a sua própria cumplicidade, modalidade de erro sobre a factualidade típica (artigo 16.º, n.º 1), pois desconhece as intenções homicidas de André. Bernardo não tem, portanto, dolo, não podendo ser punido, pois, nos termos do artigo 27.º, n.º 1, a cumplicidade só é punida quando haja dolo.

*Quanto à ofensa à integridade física (artigo 143.º) de Daniel:*

Ao bater os címbalos na cabeça de Daniel, Bernardo cria um risco proibido que se concretiza na lesão provocada.

Bernardo representou e desejou causar essa lesão, de modo que tem dolo intencional (artigo 14.º, n.º 1).

Bernardo supõe, todavia, que Daniel se preparava para atacar Mariana. Se tal fosse verdade, seria de admitir a actualidade e a ilicitude da agressão, podendo admitir-se igualmente que aquele era o único meio (não havendo, portanto, outro menos gravoso) para, com relativa segurança, evitar a lesão do bem jurídico. Uma vez que a agressão não existia, Bernardo actua em erro do artigo 16.º, n.º 2, na medida em que supõe erradamente a verificação dos pressupostos e requisitos da legítima defesa (artigo 32.º). Por esta razão, é excluído o dolo da culpa.

A punibilidade da negligência é ressalvada nos termos do artigo 16.º, n.º 3. Uma vez que essa punibilidade está expressamente prevista e admitindo que houve uma efectiva violação de um dever de cuidado, Bernardo seria punido por ofensa à integridade física negligente: artigos 13.º, 15.º, al. b), e 148.º.

## **Responsabilidade jurídico-penal de José**

José determina Bernardo à prática do seu facto típico, sendo, por isso, um instigador (artigo 26.º, última alternativa).

Está cumprido o requisito da acessoriedade, tanto na vertente quantitativa (pois Bernardo iniciou e até

consumou a execução do facto) como na vertente qualitativa (o facto de Bernardo é típico, doloso e ilícito).

José age, porém, sob o mesmo erro do artigo 16.º, n.º 2, em que Bernardo se encontra, valendo para ele, nessa medida, o mesmo que foi afirmado a esse respeito na análise da responsabilidade de Bernardo quanto ao crime de ofensa à integridade física de Daniel (art. 143º), excepto na conclusão, uma vez que o instigador apenas poderia ser punido a título doloso e por determinação à prática de um facto doloso. Logo, em virtude do erro do regime do erro do artigo 16º/2 (exclusão do dolo), José não poderá ser responsabilizado como instigador das ofensas à integridade física de Daniel.

Esta solução pressupõe que, face à lei e às exigências do princípio da legalidade quanto às formas típicas de comparticipação criminosa, a autoria mediata exige o duplo dolo do autor mediato (quanto à instrumentalização do executor material e quanto à prática do facto – arts. 26º/2.ª proposição, 22º e 13º). Assim, José não poderia ser autor mediato, porque, apesar do erro do autor material (Bernardo), ele próprio está igualmente em erro, não tendo por isso dolo quanto à instrumentalização do executor para a prática de um facto doloso e ilícito.

Podia discutir-se se seria defensável, face à lei, a solução de punir José como autor mediato de uma ofensa à integridade física negligente (artigos 26.º, 2.ª proposição, e 148.º), na medida em que, não tendo sido ele a criar o erro do autor material, é no entanto ele quem, com base nesse mesmo erro (que afasta a responsabilidade dolosa de Bernardo), o leva a praticar o facto típico.

Se se admitir a vigência de um conceito unitário de autor nos crimes negligentes, poderia discutir-se se José é autor imediato (artigo 26º, 1ª proposição) de um crime de ofensas corporais simples negligentes (artigo 148.º, n.º 1).