

DIREITO PENAL II - 3.º Ano – Dia

Coordenação e Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Prof.^a Doutora Teresa Quintela de Brito, Mestres João Matos Viana, António Brito Neves e Catarina Abegão Alves, Licenciada Rita do Rosário

EXAME DE RECURSO – COINCIDÊNCIAS – Turmas A e B

28.07.2017/Duração: 120 minutos

Viagem agitada

Após uma longa semana de trabalho, **Artur** voltava a casa e levava consigo um anel para oferecer à sua mãe. Já no comboio, **Artur** instalou-se confortavelmente no seu assento e acabou por adormecer uns minutos depois. Temendo perder o anel, **Artur** tinha-o guardado dentro de uma caixa que trazia consigo. Sem que **Artur** soubesse, o seu primo **Basílio** viajava no mesmo comboio. Este, ao passar pelo assento de **Artur**, decidiu retirar-lhe a caixa das mãos, por forma a guardá-la até que este acordasse. No momento em que **Basílio** se preparava para agarrar na caixa, o revisor **Cipriano**, ao ver aquela cena, e julgando que se tratava de um assalto, avançou na direcção de **Basílio**, desferindo-lhe uma violenta pancada com a máquina de validar os bilhetes, provocando o seu desmaio.

Aproveitando-se da confusão que se instalou no comboio, **Diamantino**, antecipando já a sua vida de viúvo milionário, e sem que a empregada da carruagem-bar, **Eduarda**, estivesse a ver, polvilhou o bolo que esta iria servir à sua mulher, **Filipa**, com uma dose letal de veneno.

No momento em que servia o bolo a **Filipa**, **Eduarda** desequilibrou-se com um solavanco do comboio e deixou-o cair ao chão. Logo de seguida, o insaciável filho de seis anos de **Artur**, **Gaspar**, que se tinha escapulado do seu assento, agarrou no bolo e degustou-o com avidez.

Ainda não satisfeito com as suas aventuras daquele dia, **Gaspar** correu até ao bar do comboio. Imbuído de azáfama infantil, **Gaspar** desferiu um pontapé certeiro numas garrafas de vidro que se encontravam a um canto do bar, partindo-as.

Nesse instante, **Artur** acordou sobressaltado e ao dar pela falta do seu filho, correu a procurá-lo. Encontrou-o uns metros mais à frente deitado no chão do comboio, com ataques convulsivos, e começou a gritar por ajuda. O revisor **Cipriano**, que sabia que **Diamantino** era médico, pediu-lhe que este fosse salvar a criança. Perante a recusa de **Diamantino**, **Cipriano** agarrou nele e levou-o até à sala do maquinista, onde já se encontrava **Gaspar**, mantendo-o aí fechado. Enquanto isso, **Artur** assegurava-se de que a porta estava bem fechada, de que **Diamantino** não fugia e de que prestava o tratamento médico devido ao seu filho.

Diamantino já não conseguiu salvar **Gaspar**. Veio a provar-se que **Gaspar** sofria frequentemente de ataques convulsivos, pelo que não era improvável que durante aquela viagem viesse a sofrer uma convulsão.

Quando o comboio chegou à estação de destino, **Basílio** acordou atordoado e, ao invés de abandonar o comboio com a sua mala, pegou na de **Artur**, levando-a para casa.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes.

Artur: 4 v.; **Basílio:** 2 v.; **Cipriano:** 5 v.; **Diamantino:** 3,5 v.; **Eduarda:** 2,5 v.; **Gaspar:** 1 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 correcção

Quanto ao dano (artigo 212.º): destruição das garrafas no bar do comboio

Artur tem uma posição de garante que emana da autovinculação implícita à protecção de bens jurídicos (inerente à estreita relação vital com o filho) e, ainda, um dever de vigilância e segurança face a uma fonte de perigo – o dever de garante face à actuação de terceiros irresponsáveis.

Contudo, o facto de Artur estar a dormir no momento em que deveria agir por forma a salvaguardar o bem jurídico (propriedade) leva-nos a concluir que estamos perante uma situação de impossibilidade fáctica de acção, pois este não tinha possibilidade de levar a cabo a acção devida ou esperada ao estar a dormir, não se apercebendo assim que o seu filho tinha fugido até ao bar do comboio. Isto consubstancia uma causa de atipicidade do comportamento de Artur, pelo que este não será responsabilizado por este crime.

Quanto ao crime de homicídio do filho:

Artur não poderá ser responsabilizado por um crime de homicídio negligente por omissão (artigos 10.º, 137.º e 15.º) pelas mesmas razões: impossibilidade fáctica de realização da acção impeditiva da ingestão do bolo pelo filho, por se encontrar a dormir (exclusão de um comportamento penalmente relevante); e, ainda, por a presença de veneno no bolo ser totalmente imprevisível e incontrolável por ele.

Deve ser ainda exigida a referência à *omissio libera in causa* e a discussão sobre a possibilidade de responsabilizar (ou não) o agente por negligentemente se ter deixado adormecer, viajando sozinho com um filho de apenas 6 anos de idade.

Mesmo a admitir-se uma resposta positiva, Artur não seria responsável pelo crime de dano (não previsto na forma negligente), nem pelo homicídio negligente de Gaspar, por ser totalmente imprevisível a presença de veneno no bolo.

Quanto ao sequestro de Diamantino (artigo 158.º):

Artur é co-autor, do crime de sequestro (artigo 158.º, n.º 1) contra Diamantino, pois, juntamente com Cipriano, tomou parte directa na execução do facto (artigo 26.º, 3.ª proposição).

Artur actua com dolo directo (artigo 14.º, n.º 1).

Contudo, o facto praticado por Artur não é ilícito, pois este actua ao abrigo de uma causa de justificação – o direito de necessidade (artigo 34.º), cujos pressupostos e requisitos deverão ser demonstrados.

Deve ainda discutir-se a possibilidade, necessidade e adequação de legítima defesa contra comportamentos omissivos.

Responsabilidade jurídico-penal de Basílio

Quanto ao furto (artigo 203.º):

Basílio subtraiu uma coisa móvel alheia, mas desconhecia que a mala era de Artur. Basílio está, assim, em erro sobre um elemento normativo do tipo incriminador – coisa móvel alheia. Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, primeira parte, este erro leva à não afirmação do dolo do agente, podendo este ainda vir a ser punido a título negligente, nos termos do artigo 16.º, n.º 3.

Todavia, uma vez que não está previsto o tipo incriminador de furto negligente, Basílio não

será responsabilizado (artigo 13.º).

Responsabilidade jurídico-penal de Cipriano

Quanto à ofensa à integridade física negligente de Basílio (artigo 148.º):

Cipriano cria um risco proibido e este risco vem a concretizar-se no resultado ofensa à integridade física de Basílio.

Cipriano toma a decisão de agredir Basílio, representando e desejando causar-lhe a lesão. Tem, portanto, dolo intencional de ofensa à integridade física (artigo 14.º, n.º 1).

Contudo, Cipriano está em erro quanto aos pressupostos objectivos da legítima defesa, pois representa, erroneamente, que Basílio está a furtar a caixa de Artur. Deve discutir-se se o meio utilizado foi o necessário (idóneo e o menos gravoso) para repelir a suposta agressão. Admitindo que sim, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, não podemos afirmar a responsabilidade dolosa de Cipriano, podendo este ainda vir a ser punido a título de negligência (artigo 16.º, n.º 3).

Podemos dizer que Cipriano violou um dever de cuidado e está previsto o tipo negligente (artigo 148.º).

Quanto ao sequestro de Diamantino (artigo 158.º):

Cipriano é co-autor do crime de sequestro (artigo 158.º, n.º 1), pois, juntamente com Artur, tomou parte directa na execução do facto (art. 26.º, 3.ª proposição).

Cipriano actua com dolo directo (artigo 14.º, n.º 1).

Contudo, o facto praticado por Cipriano não é ilícito, pois este actua ao abrigo de uma causa de justificação – o direito de necessidade (artigo 34.º), cujos pressupostos e requisitos deverão ser demonstrados.

Deve ainda discutir-se a possibilidade, necessidade e adequação de legítima defesa contra comportamentos omissivos, nos mesmos termos em que a questão se coloca relativamente a Artur.

Responsabilidade jurídico-penal de Diamantino

Quanto à tentativa de homicídio de Filipa [artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, b)]:

Ao polvilhar o bolo que Eduarda iria entregar a Filipa com veneno, sem que Eduarda soubesse, Diamantino é autor mediato, pois executou o facto por intermédio de Eduarda, instrumentalizando-a por meio de erro sobre a factualidade típica (artigo 26.º, 2.ª proposição). O autor imediato actua sem dolo do tipo.

Já há actos de execução por parte de Eduarda (artigo 22.º, n.º 2, c)), pois a sua actuação gera uma ameaça iminente à segurança do bem jurídico em causa, pelo que podemos concluir que já há início da tentativa para o autor mediato.

Representando e desejando que Eduarda mate efectivamente Filipa, Diamantino tem dolo intencional de homicídio (artigo 14.º, n.º 1).

Filipa não é, porém, atingida, não se verificando o resultado, pelo que Diamantino será apenas punido pelo crime de tentativa de homicídio qualificado (artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, b)).

Quanto à ofensa grave negligente à integridade física de Gaspar [artigos 148.º, n.º 3 e 144.º, d)]:

Ao polvilhar o bolo com veneno, instrumentalizando Eduarda, Diamantino cria um risco

proibido que se concretiza no resultado ofensa grave à integridade física de Gaspar.

Mas como, relativamente a Gaspar, estamos perante um erro na execução, o artigo 16.º, n.º 1, primeira parte, leva à não afirmação do dolo, ressalvando-se a punibilidade por negligência nos termos do artigo 16.º, n.º 3. Ao instrumentalizar Eduarda para a prática de um crime de homicídio, colocando no bolo uma dose letal de veneno, Diamantino violou um dever de cuidado.

Todavia, considerando, por um lado, que a autoria mediata pressupõe dolo quanto ao domínio da vontade do executor material e ainda dolo quanto ao facto por este praticado (artigos 26.º, 2.ª proposição, 22.º, n.º 1, e 13.º), e, por outro lado, admitindo que vale um conceito unitário ou extensivo de autor nos crimes negligentes, Diamantino só poderá responder pela ofensa grave negligente de Gaspar como autor imediato (artigo 26.º, 1.ª proposição), e não como autor mediato de um crime negligente.

Embora se considere esta a solução mais correcta e conforme com o princípio da legalidade e tipicidade das figuras participativas (sendo, aliás, a posição assumida pela Professora Regente), aceita-se como solução alternativa a autoria mediata negligente mediante discussão fundamentada sobre a efectiva configuração legal da autoria mediata por via da exigência de um duplo dolo do autor mediato e, ainda, sobre a vigência de um conceito unitário ou extensivo, ou antes restritivo, de autor nos crimes negligentes.

Quanto à recusa de tratamento de Gaspar:

Não se encontrando de serviço, Diamantino não tem posição de garante, enquanto médico, relativamente à integridade física e à vida de Gaspar.

Apenas responderia nos termos do artigo 284.º, caso tivesse conhecimento do perigo grave para a vida ou para a integridade física de Gaspar e vontade de recusar o auxílio necessário e imprescindível à remoção desse perigo. O que parece suceder, pois certamente Diamantino associou o pedido de Cipriano à criança que acabara de ver ingerir o bolo envenenado destinado a Filipa.

Todavia, tendo sido Diamantino a criar ilicitamente o perigo em que se encontra Gaspar, há posição de garante por ingerência (precedente ilícito) e dolo (necessário ou eventual) quanto à morte deste.

O que permite configurar um homicídio doloso por omissão (artigos 131.º, 10.º e 14.º, n.ºs 2 ou 3), a admitir-se que a morte resultou do atraso na prestação do auxílio por Diamantino; ou, não sendo esse o caso, uma omissão dolosa de auxílio nos termos do artigo 200.º, n.º 2, que então concorreria (concurso efectivo de crimes) com um homicídio negligente por acção de Gaspar, em virtude da *aberratio ictus* relativamente a Filipa.

Quer se afirme um homicídio negligente por acção ou um homicídio por omissão doloso contra Gaspar, deveria discutir-se um eventual problema de comportamento lícito alternativo (neste último caso, admitindo a sua aplicabilidade aos crimes dolosos), partindo-se do pressuposto de que Gaspar sofria frequentemente de ataques convulsivos, pelo que não era improvável que durante aquela viagem viesse a sofrer uma convulsão.

O problema reside em discutir se o resultado da convulsão seria o mesmo caso Diamantino não tivesse colocado o veneno no bolo. O que implica discutir e averiguar se as convulsões anteriores eram ou não adequadas a provocar a morte.

Sendo positiva a resposta, o princípio *in dubio pro reo* imporá a exclusão da imputação objectiva da morte de Gaspar à conduta de Diamantino. Então, Diamantino responderia (i) em concurso efectivo por um crime de ofensas graves negligentes (arts. 148.º, n.º 3 e 15.º) e de omissão de auxílio dolosa agravada (arts. 200.º, n.º 2 e 14.º, n.ºs 2 ou 3), caso se tivesse

considerado que a omissão subsequente nada acrescentou à perigosidade para a vida da acção anterior; ou (ii) apenas por uma tentativa de homicídio doloso por omissão (artigos 10.º, 131.º, 14.º, n.ºs 2 ou 3 e 22.º), com consunção das ofensas graves negligentes por já terem sido valoradas para fundamentar a posição de garante por ingerência (precedente ilícito) – artigo 29.º, n.º 5 CRP.

Não sendo as convulsões anteriores adequadas a provocar a morte, ainda que não fosse improvável que durante aquela viagem Gaspar viesse a sofrer uma convulsão, em qualquer caso ele teria uma convulsão da espécie que tinha normalmente, que nunca seria causa do resultado morte. Então, Diamantino responderia, consoante a posição fundamentadamente sustentada, (i) por um crime de homicídio negligente por acção (artigos 137.º e 15.º) em concurso efectivo com um crime de omissão dolosa e agravada de auxílio (artigos 200.º, n.º 2 e 14.º, n.º 1), deixando de justificar-se a autonomização de um crime de ofensas graves negligentes; ou (ii) apenas por um crime de homicídio doloso consumado por omissão (artigos 131.º, 10.º, 14.º, n.ºs 2 ou 3), pelas razões apresentadas no parágrafo anterior.

Responsabilidade jurídico-penal de Eduarda

Quanto à tentativa de homicídio de Filipa (artigo 131.º):

Eduarda pratica actos de execução do crime de homicídio (artigo 22.º, n.º 2, c)), pois a sua actuação gera uma ameaça iminente à segurança do bem jurídico em causa.

Contudo, Filipa não foi atingida, não se verificando o resultado, pelo que Eduarda apenas poderia ser punida pelo crime de tentativa de homicídio simples (artigo 131.º).

Todavia, Eduarda encontra-se em erro sobre a factualidade típica (artigo 16.º, n.º 1, primeira parte) ao desconhecer que o bolo que estava a dar a Filipa continha veneno. Esta espécie de erro leva à não afirmação do dolo, ressalvando-se a punibilidade por negligência, nos termos do artigo 16.º, n.º 3.

No caso de se concluir pela violação de um dever de cuidado, Eduarda actua com negligência inconsciente, nem chegando a representar a possibilidade de verificação do resultado típico morte de Filipa (artigo 15.º, b)). Esta tentativa é, contudo, atípica, por via da não afirmação do dolo, logo Eduarda não será responsabilizada.

Quanto à ofensa grave à integridade física [art. 144.º, d)] ou ao homicídio de Gaspar (artigo 131.º):

Eduarda criou o risco proibido, ao trazer o bolo envenenado. Todavia, a concretização desse risco no resultado que atingiu Gaspar – a ofensa grave à integridade física ou a morte, consoante o que tenha sido defendido anteriormente quanto à responsabilidade de Diamantino – não se deve a uma acção penalmente relevante da sua parte, pois deixou cair o bolo ao chão – prontamente “devorado” por Gaspar – por se ter desequilibrado, não sendo este um evento por ela controlável, ainda que abstractamente previsível.

Responsabilidade jurídico-penal de Gaspar

Quanto ao dano (artigo 212.º): destruição das garrafas

Gaspar cria um risco proibido que se vem a concretizar no resultado típico.

Gaspar actua com dolo directo intencional (artigo 14.º, n.º 1).

Todavia, Gaspar é inimputável, pelo que não é capaz de culpa (art. 19.º).

Em conclusão, Gaspar não poderá ser responsabilizado jurídico-penalmente.