

TÓPICOS DE CORREÇÃO

A

Praticou uma ação humana, concretamente, uma conduta por omissão, por ausência da ação adequada a diminuir o perigo. Do ponto de vista da tipicidade, estaria em causa um crime de omissão de auxílio (artigo 200.º, n.º 1 do CP), valendo aqui a regra da subsidiariedade implícita relativamente a eventual comissão por omissão de ofensa à integridade física (artigos 144.º, alínea *d*) e 10.º, n.º 1, admitindo-se, em alternativa devidamente fundamentada, o tipo de homicídio – artigo 131.º do CP), por ausência de um dever jurídico que pessoalmente o obrigasse a evitar o resultado (artigo 10.º, n.º 2 do CP), embora se pudesse discutir a possibilidade e enquadramento dogmático da posição de monopólio. O regime do erro em que o agente incorre seria outra questão central a analisar, tratando-se de um erro moral sobre a ilicitude constante do artigo 17.º do CP, e não um erro-ignorância sobre a proibição do artigo 16.º, n.º 1 *if* do CP, dado que o agente não ignora a realidade do ponto de vista intelectual, percecionando-a fielmente, não lhe faltando tão-pouco informação quanto ao caráter proibido da conduta. Sucede que o agente supõe inexistir autorização legal para agir. Este erro é censurável, quer de acordo com a consciência potencial da ilicitude, visto que não parece que o agente não tenha a liberdade de pensar plenamente a natureza da sua conduta por estar toldado por uma lógica dominante da qual não conseguisse subtrair a sua consciência, como de acordo com outras construções, como a ausência da retitude da consciência errónea, dado o daltonismo da consciência ética do agente, que no caso concreto não é capaz de promover ponderação entre diferentes bens jurídicos, o que traduz, pelo menos, uma atitude de indiferença perante os valores relevantes para a ordem jurídica. Assim, **A** seria responsabilizado por um facto típico de omissão de auxílio (200.º, n.º 1 do CP), praticado com dolo direto (artigo 14.º, n.º 1 do CP), ilícito, culposo e punível.

B

Ao introduzir-se no jardim da habitação, praticou uma ação humana dominada pela vontade, enquadrável no artigo 191.º do CP. À luz de uma conceção dualista, o *consentimento* que a norma demanda tem o valor de *acordo*, que permite afirmar ou infirmar a tipicidade, sendo a autodeterminação da vontade do titular o objeto de proteção da norma penal. A circunstância de **B** se introduzir no jardim com o intuito de promover ação salvadora da criança permite intuir que tal conduta corresponde à vontade do portador do bem jurídico protegido, de que **C** e **D** são titulares. Esta construção vinga mesmo que se admita que o acordo é aqui apenas presumido, já que, em função de um juízo *ex ante* de prognose póstuma, sempre corresponderia à vontade tanto de **C** como de **D** a introdução de **B** no jardim para promoção da ação salvadora. Em suma, a conduta de **B** não é típica.

C

Pratica uma ação humana dominada pela vontade. Resta saber se o resultado morte de **B** pode ser imputado à conduta de **C**, para assim reconduzir o caso ao crime de homicídio p. e p. no artigo 131.º do CP. De acordo com um juízo de prognose póstuma, uma pessoa média colocada no momento *ex ante* em que a agente atuou até poderia prever que uma “paulada na cabeça” seria suscetível de provocar a morte, mas não do modo como esta efetivamente se produziu, já que, em face dos dados da hipótese, a morte não foi provocada pela pancada, mas por um coágulo no cérebro anteriormente formado e derivado da prática desportiva de **B**. A ausência de previsibilidade ditaria assim a impossibilidade de imputação objetiva do resultado à conduta, solução a que se chegaria tanto por via da teoria da adequação antes exposta, como por meio da teoria do risco, pois embora **C** tenha criado um risco proibido, não existiria conexão de risco, atentos os motivos aduzidos. Nestes termos, restaria a imputação do tipo de ofensa à

integridade física, que se pode até admitir ser grave, desde que demonstrado que a força despendida por **C** ao bater em **B** seria suscetível de criar perigo concreto para a vida (artigo 144.º, alínea *d*) do CP). Em alternativa, poder-se-ia ponderar a hipótese de crime de homicídio (artigo 131.º do CP). Do ponto de vista da imputação subjetiva, **C** atuou com dolo direto (artigo 14.º, n.º 1). Sendo o facto típico, estaria indiciada a ilicitude. **C** supõe estar a atuar para repelir uma agressão atual e ilícita contra interesses juridicamente protegidos de um terceiro, no caso da filha, o que todavia não sucede, como demonstrado *supra*, aquando da análise da conduta de **B**. A ausência dos pressupostos da causa de justificação legítima defesa (artigos 31.º, n.º 2, alínea *a*) e 32.º do CP) aliada ao facto de a agente estar em erro-suposição de uma causa de exclusão da ilicitude convoca a pergunta seguinte: se a agente não estivesse em erro, i.e., se as circunstâncias que supôs fossem efetivamente verdadeiras, será que o facto estaria justificado? Temos, portanto, de “entrar na realidade alternativa suposta pela agente” e verificar se, sendo tal circunstancialismo real, a agente agiria ao abrigo da causa de justificação legítima defesa. Se a agressão fosse real, se **B** estivesse a tentar afogar a criança ou a tentar molestá-la ou mesmo a sequestrá-la, o facto de **C** estaria justificado, porquanto, para repelir uma agressão contra a filha ainda criança, perpetrada num local ermo, por um homem de mais de 100kg de porte atlético, sendo o único meio de defesa de que dispunha um pau, **C** produz ofensas à integridade física, graves, mas que seriam, admite-se, as únicas adequadas a neutralizar o agressor, nos quadros da insuportabilidade da não defesa em que **C** se moveria. **C** estaria assim em erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto, pois, se as circunstâncias que cogita fossem verdadeiras, a ilicitude seria excluída. Trata-se de um caso de legítima defesa putativa, aplicando-se o regime do erro do artigo 16.º, n.º 2 1.ª parte, que exclui a culpa dolosa. Relativamente à aplicação do artigo 16.º, n.º 3, temos que o tipo de ofensa à integridade física negligente está tipificado no artigo 148.º, mas não se afigura que a conduta de **C** tenha sido concretamente negligente, pois, ao ver um estranho a agarrar a sua filha, não parece que as suas possibilidades fáticas reais permitissem outra conduta. Seria fator de valorização da resposta a análise da violação de um dever de cuidado constante de uma norma jurídica, e bem assim a doutrina do duplo escalão, que afastaria a negligência nos quadros do carácter individualizado da contrariedade ao dever, no âmbito da culpa.

D

Quando deixa a filha ainda criança em casa sozinha, **D** pratica um crime de exposição ou abandono, nos termos do artigo 138.º, n.ºs 1, alínea *b*), 2 e 3, alínea *a*) do CP, uma vez que tem posição de garante dado o dever legal de proteção e controlo que se vislumbra, referência que não seria exigida para efeitos de atribuição da cotação total.

Por outro lado, **D** foi determinado por **E** à prática de um facto penalmente relevante, o homicídio de **F**, já que foi ela quem criou em **D** uma vontade nova de o cometer. Neste sentido, **D** foi instigado por **E** e deve ser considerado como autor, uma vez que detém o domínio do facto, *rectius*, o domínio positivo do facto, por poder fazer avançar a agressão. A circunstância de **D** ter envenenado a bebida que **G** “iria em seguida entregar” a **H** parece tornar **D** autor mediato relativamente a **G**, por indução em erro relevante deste, porque, como o enunciado demonstra, **G** desconhecia toda a situação, não tendo dolo de qualquer crime. Seria efetivamente esse o plano já posto em marcha pelo agente. Porém, o mesmo enunciado revela que **H** se adiantou e ingeriu toda a bebida antes mesmo de **G** tocar no dito copo, pelo que a imputação daquele título participativo a **D** não parece que se possa concretizar, pois não foram praticados quaisquer atos de execução por **G**, apenas por **D**, quando envenena a bebida. Quanto ao facto de **D** não ter logrado a morte de **F**, como era seu intento, mas antes a de **H**, estamos perante uma situação de *aberratio ictus* por intervenção de terceiro, em que, à luz da teoria da concretização, quanto ao objeto visado mas não atingido, **F**, o agente deve ser punido por homicídio na forma tentada (artigos 132.º, n.ºs 1 e 2, alínea *i*) e 22.º, n.ºs 1 e 2, alíneas *c*) do CP) e relativamente ao objeto

não visado mas efetivamente atingido, H, deve ser responsabilizado por crime de homicídio negligente (artigo 137.º do CP).

Em conclusão, **D** deve ser responsabilizado em concurso efetivo real heterogéneo pelos crimes de exposição ou abandono, homicídio na forma tentada e homicídio negligente, nos termos dos artigos 30.º, n.º 1, 71.º, 73.º e 77.º do CP.

E

Num primeiro momento, quando convence **D** à prática do homicídio de F e o transporta até ao teatro, **D** surge como participante, a dois títulos: enquanto instigadora, ao determinar **D** à prática daquele crime de homicídio, e como cúmplice, ao prestar apoio material no âmbito do mesmo crime. Contudo, como a cumplicidade é subsidiária da instigação (implicitamente), apenas este título participativo pode ser efetivamente imputado à agente, nos termos do artigo 26.º, *if* do CP. No caso, existe duplo dolo, quanto à determinação de **D** relativamente à prática do facto (dolo de instigação) e ainda quanto à realização do facto típico pelo agente (dolo quanto ao facto típico). O facto de a morte não ter sido produzida quanto à pessoa visada pela instigadora mas relativamente a uma outra faz surgir o problema de saber se esta participante incorre num caso de *aberratio ictus* ou de erro irrelevante sobre a identidade da pessoa, devendo o problema ser discutido.

Num segundo momento, quando aponta a arma em direção a F, fá-lo já por si mesma, sendo por isso autora imediata. Neste caso não ocorre consumação devido à intervenção de **I**, mas são praticados atos de execução na aceção do artigo 22.º, n.º 2, alínea *c*) do CP, que a agente decidiu cometer, atuando com dolo direto (artigo 14.º, n.º 1 do CP), estando por isso reunidos os elementos desta cláusula de extensão da punibilidade (*cf.* artigo 22.º, n.º 1 do CP), sendo a tentativa concretamente punível, por ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão (artigos 131.º e 23.º, n.º 1 do CP).

E deve ser responsabilizada em concurso efetivo real homogéneo pelos crimes de homicídio consumado e de homicídio na forma tentada, nos termos dos artigos 30.º, n.º 1, 71.º, 73.º e 77.º do CP.

G

Não praticou nenhum facto penalmente relevante, pois, de acordo com os dados da hipótese, era intento de **D** que **G** entregasse a bebida envenenada a F, o que todavia não chega a suceder, visto que H ingeriu a mesma bebida antes mesmo de **G** ter procedido à entrega do copo a F. Assim, **G** não pratica quaisquer atos de execução do crime de homicídio na aceção do artigo 22.º, n.º 2 do CP, não havendo por isso facto típico a imputar ao agente, já que o limiar mínimo da participação criminosa, os atos de execução, inexistem.

I

Pratica uma ação humana dominada pela vontade, típica do artigo 143.º do CP, sendo que subjetivamente existe dolo direto (artigo 14.º, n.º 1 do CP). Estando indiciada a ilicitude, temos que **I**, ao atuar, repele uma agressão atual e ilícita de **E** contra interesses juridicamente protegidos, concretamente a vida, de F, através de um meio adequado. Sucede que **I** age por vingança contra **E**, sem se aperceber da real atuação desta e sem saber por isso que estaria a atuar ao abrigo da legítima defesa (artigos 31.º, n.º 2, alínea *a*) e 32.º do CP). Trata-se de um caso de legítima defesa objetiva. Estando em falta o elemento subjetivo de uma causa de justificação, seria de discutir a possibilidade de aplicação analógica do artigo 38.º, n.º 4 do CP, porque *in bonam partem*, não se violando por isso o princípio da legalidade (artigo 1.º, n.º 3 *a contrario* do CP). Na realidade, o facto de estarem reunidos os pressupostos da causa de justificação permite afastar o desvalor do resultado. Porém, a ausência do elemento subjetivo que todas as causas de justificação demandam faz permanecer o desvalor da ação, não podendo por isso o

facto ser justificado e a sua ilicitude excluída. O regime do artigo 38.º, n.º 4 do CP revela similitude dogmática com o que resulta exposto. Nos quadros da causa de justificação consentimento, quando falta o elemento subjetivo, o legislador determina a aplicação da pena aplicável à tentativa, precisamente por permanecer o desvalor da ação, tal como sucede no caso em análise. Resta saber se o agente deve ser punido por tentativa, ou seja, de acordo com o regime legal da punibilidade da tentativa, ou com a pena da tentativa, que determinará sempre a sua punição. A solução que se defende é a primeira, atentos os motivos antes expendidos, o que significa que a punibilidade por tentativa no caso concreto há de estar sempre dependente da orientação do legislador *in casu*. Assim, porque ao crime de ofensa à integridade física consumado não corresponde pena superior a três anos de prisão (artigos 143.º e 23.º, n.º 1), **I** não será suscetível de responsabilidade jurídico-penal.