

Direito Penal II

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres João Matos Viana, Ricardo Tavares da Silva, António Brito Neves, Catarina

Abegão Alves e Mafalda Melim e Licenciada Rita do Rosário

Exame - 12 de junho de 2019

Duração: 120 minutos

Correio de droga

Adélia, desempregada, mãe solteira de duas crianças, aceitou transportar no organismo um quilograma de cocaína que lhe foi dado por **Bernardo**, no Brasil, para transportar de avião para Portugal, mediante o pagamento de cinco mil euros.

Bernardo convenceu **Adélia**, que fazia o primeiro transporte de droga, de que não corria perigo, embora soubesse que os invólucros (“bolotas”) poderiam rebentar e provocar a morte (o que ele não desejava, de acordo com os seus interesses). Na viagem, **Adélia** seria acompanhada por **Célia**, companheira de **Bernardo**, a quem entregaria a droga após desembarcar em Lisboa.

No fim da viagem, **Adélia** sentiu-se indisposta e disse a **Célia** que iria pedir ajuda à própria polícia, porque tinha medo de morrer. Temendo as consequências de uma denúncia, **Célia** agarrou **Adélia** por um braço, com violência, e ameaçou-a de represálias sobre os filhos. **Duarte**, agente da PSP em serviço no aeroporto, abordou-as.

Célia começou logo a fugir. **Duarte**, pensando que se tratava de uma pessoa que era procurada por estar a preparar um atentado terrorista, disparou em direção a **Célia**, mas atingiu **Ester**, que se encontrava perto dela e junto a um grupo de passageiros. Verificou-se depois que, por acaso, **Ester** era a pessoa suspeita de terrorismo e que transportava uma bomba na mala. **Ester** planeava fazer explodir a bomba daí a uns segundos, mas, ao contrário do que julgava, a bomba estava desativada.

Em consequência dos factos descritos, **Adélia**, que correu risco para a vida, foi sujeita a uma lavagem ao estômago e sobreviveu. **Ester** foi atingida pelo disparo, mas, apesar dos ferimentos graves, sobreviveu.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes, considerando, além do Código Penal e da Legislação de Combate à Droga, a Lei do Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto).

Cotações: **Adélia** – 4 v.; **Bernardo** – 3 v.; **Célia** – 4 v.; **Duarte** – 4 v.; **Ester** - 3 v.; **ponderação global:** 2 v.

1. Responsabilidade penal de Adélia

a) Crime de tráfico de estupefacientes (artigo 21 da Lei de Combate à Droga)

- Autora imediata do referido crime por executar diretamente os atos típicos descritos pela lei incriminadora;
- Trata-se de um crime de perigo abstrato e de mera atividade, pelo que não existe qualquer resultado típico que deva ser objetivamente imputado;
- Atua com dolo direto;
- Não existe qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa; a este propósito, não existe qualquer estado de necessidade justificante ou desculpante, ainda que *A* estivesse desempregada e fosse mãe solteira de dois filhos. Não existe estado de necessidade justificante pois o tráfico de estupefacientes implica um perigo intolerável para a saúde pública, pelo que nunca estaria preenchida a cláusula do interesse preponderante (artigo 34.º, alínea *b*), CP). Não existe estado de necessidade desculpante, pois não se encontra preenchida a cláusula de inexigibilidade, independentemente do critério adotado (superação do limite de resistência da pessoa normalmente fiel ao direito; sobreposição eticamente compreensível da estrutura ético-afetiva do agente às exigências normativas, etc.).
- Coloca-se ainda o problema da eventual desistência da tentativa (artigo 31.º da Lei do Combate à Droga). Neste caso, tratando-se de um crime de perigo abstrato e de mera atividade, o mesmo já se encontrava consumado. Ainda assim, se o agente desistir voluntariamente da sua atividade, poderá ter uma atenuação ou dispensa de pena. A questão aqui relevante é saber se a decisão de *A* foi voluntária, não obstante ter sido motivada pelo facto de se sentir mal-disposta e com medo de morrer. Em particular, o aluno teria de discutir se a referência à “indisposição física” e ao “medo

de morrer” impedia, ou não, que se pudesse continuar a afirmar que tinha sido *A* a controlar o *se* e o *como* da desistência da atividade criminosa. A este propósito, não obstante a referência ao “medo de morrer” parecer indicar que o constrangimento sobre a vontade de *A* era de tal forma intenso que deixava de ser possível falar de uma decisão livre, ainda assim, seriam aceites ambas as soluções, desde que devidamente fundamentadas.

2. Responsabilidade penal de Bernardo

a) Crime de tráfico de estupefacientes (artigo 21.º da Lei de Combate à Droga)

- Autor imediato do referido crime por executar diretamente os atos típicos descritos pela lei incriminadora. Ao dizer-se que a cocaína “foi dada” por *B* a *A*, está-se a afirmar que *B* terá, pelo menos, *cedido ou, por qualquer título, proporcionado a outrem*, ou terá *feito transitar* ou terá *ilicitamente detido* o estupefaciente.
- Ainda assim, considerando que as particularidades típicas do crime em causa não são exigíveis em Penal II, admitir-se-ia como igualmente válida a resposta de quem discutisse a qualificação de *B* como autor mediato ou instigador. Considerando os dados da hipótese, nesta linha de resposta, *B* seria instigador, na medida em que determinou, mediante pagamento, outrem à prática do crime, sendo certo que o erro em que induziu *A* (*i.e.*, que o transporte não seria perigoso) não era tipicamente relevante, por não incidir sobre um elemento constitutivo do crime de tráfico de estupefacientes, pelo que não afastava a plena responsabilidade de *A*.
- Atua com dolo direto, tanto quanto à instigação como quanto à execução por parte de *A*;
- Na qualidade de instigador, *B* seria punido pelo facto de *A* ter iniciado a execução de um facto típico e ilícito (acessoriedade limitada), não beneficiando de qualquer cause de desculpa ou limitação da culpa que a esta fosse aplicável (artigo 29.º CP).

b) Ofensa à integridade física grave (artigo 144.º, alínea d)) ou tentativa de homicídio (artigo 131.º + artigos 22.º e 23.º do CP)

- **B** convenceu **A** de que o transporte das bolotas não era perigoso, o que não correspondia à verdade, convencendo **A**, dessa forma (e para além do pagamento dos €5.000), a realizar o referido transporte. **A** sentiu-se indisposta (havendo, portanto, afetação do seu corpo e saúde) e correu perigo de vida.
- **B** é autor mediato do crime em causa, instrumentalizando para o efeito a própria vítima, nos termos do 2.º inciso do artigo 26.º do CP (sendo certo que, do ponto de vista do executante, o ato é atípico, pois **A** não pode praticar um ato típico de ofensa à integridade física contra si mesmo). Com efeito, **B** provocou astuciosamente um erro da própria vítima sobre um dos elementos constitutivos do facto típico: o carácter ofensivo da integridade física do transporte das bolotas no estômago.
- Era necessário discutir, igualmente, o nexo de imputação objetiva entre o comportamento de **B** e o resultado ofensa à integridade física de **A**. Pela causalidade adequada, era necessário verificar se, de acordo com as regras de experiência comum, e tomando como padrão uma pessoa razoavelmente diligente (com os eventuais conhecimentos especiais do agente), colocado na situação concreta do agente, no momento da prática do facto, o resultado seria previsível. Para a teoria do risco, seria necessário verificar se o agente criou ou aumentou um risco qualificável como proibido por contrário a uma regra de cuidado aplicável no caso concreto e que o mesmo foi controlado pelo agente até à sua materialização no resultado. Seguindo qualquer uma das conceções, admitia-se a existência de imputação objetiva.
- Quem seguisse, neste caso, a via da imputação a **B** de uma tentativa de homicídio de **A** não teria de discutir o nexo de imputação objetiva entre o comportamento do agente e o (inexistente) resultado morte. Teria antes de discutir a existência de um ato de execução, nos termos do artigo 22.º, n.º 2, do CP: a alínea *b*) segue a linha

argumentativa apresentada no *bullet* anterior, pois ao falar de idoneidade para a produção do resultado típico está a remeter para uma ideia de imputação objetiva. A alínea *c*) implicava a verificação de uma situação de *insegurança existencial* do bem jurídico, em que, por inexistência de qualquer barreira de proteção desse mesmo bem jurídico, a qualquer momento, e salvo situações excepcionais (conexão de perigo), poder-se-ia verificar a ocorrência do facto que iria gerar o resultado (conexão típica).

- Quanto à imputação subjetiva, seria necessário discutir se **B** atuou com dolo eventual ou negligência consciente. **B** não queria que as bolotas rebentassem, mas isso nada diz sobre a referida distinção, apenas permitindo afastar o dolo direto. Neste caso, parece existir um caso evidente de conformação, na medida em que, embora não deseje o resultado, o agente aceita o risco de verificação do resultado, pois esse risco está naturalmente associado ao desenvolvimento do seu projeto criminoso, funcionando como pressuposto essencial da satisfação dos seus interesses lucrativos. Tal como o jogador que coloca as fichas na casa vermelha, sabe e aceita que corre o risco de sair a cor preta, pois este está naturalmente associado à aposta (sendo um pressuposto do seu lucro), também o traficante que coloca, através da provocação de erro, as bolotas no estomago do correio sabe e aceita, pela mesma razão, o risco de estas poderem rebentar.
- Não existem causas de exclusão da ilicitude ou da culpa.

3. Responsabilidade penal de Célia

a) Crime de tráfico de estupefacientes (artigo 21.º da Lei de Combate à Droga)

- Neste caso, ter-se-ia de começar por discutir o título participativo de **C** no crime em causa: co-autora ou cúmplice.

- Caso a função de *C* se limitasse a acompanhar *A* durante a viagem, poderia a mesma ser qualificada como mero cúmplice. Isto seria assim, sob a perspetiva da teoria do domínio (funcional) do facto, a qual atende à ponderação do significado, peso e importância do papel do agente, no contexto do plano criminoso acordado ou juntamente executado pelos comparsas. Isto seria também assim, sob a perspetiva da teoria que associa execução e autoria, atendendo à conexão típica de risco imediato com o bem jurídico, ou seja, ao facto de caber ao co-autor um contributo para o facto global que, por si só, coloca diretamente o bem jurídico em perigo, ultrapassando desde logo o limiar do início da tentativa.
- Contudo, segundo o enunciado da hipótese, o contributo de *C* para o facto global incluía receber o estupefaciente, logo que chegassem a Lisboa, o que, de acordo com as teorias acima referidas, transformaria *C* numa co-autora, seja pela essencialidade do seu comportamento, seja pelo facto de se tratar da execução de um segmento do facto típico.
- No entanto, a qualificação de *C* como co-autora não dispensava a análise do problema do início da tentativa de *C*: a sua tentativa começa com o início da tentativa de *A* (solução global) ou começa com a execução do seu próprio contributo de autoria (solução individual)? Neste caso, e ainda que o contributo de autoria seja a receção da droga – pois o mero acompanhar é um ato de cumplicidade –, é possível sustentar que esse mesmo acompanhamento, ao abrigo do artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do CP, já coloca *C* no patamar da tentativa.
- A punição de *C* pelo crime tentado seria possível por *C* atuar com dolo direto;

b) Crime de ameaça (artigo 153.º do CP)

- *C* praticou um facto típico de ameaça, com dolo direto, não se verificando qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

4. Responsabilidade penal de Duarte

a) Tentativa de homicídio de *C* (artigo 131.º + artigos 22.º e 23.º do CP)

- *D* realizou um ato de execução (artigo 22.º, n.º 2, alínea *b*), do CP) de um crime que decidiu praticar (atuando, portanto, com dolo do tipo, representando e querendo a realização do facto típico);
- Não se verifica qualquer causa de exclusão da ilicitude;
- Contudo, *D* supõe que *C* é um terrorista que se preparava para praticar um atentado terrorista.
- Caso o aluno interprete o “*estar a preparar um atentado terrorista*” como algo iminente (em que, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as regras de experiência comum, se seguiria o detonar da bomba), *D* estaria numa situação de erro do artigo 16.º, n.º 2, do CP, por suposição da verificação dos pressupostos da legítima defesa, sendo certo que tal erro exclui o dolo. Contudo, ainda assim, seria possível equacionar se o agente, nas circunstâncias concretas, poderia ter escolhido um meio de defesa (putativa) menos gravoso para o agressor, sendo certo que, em resposta afirmativa, o regime do excesso (artigo 33.º, n.º 1, do CP, aplicado por analogia) consome o regime do erro, pelo que o agente seria punido pelo crime doloso, apenas com uma eventual atenuação da pena.
- Caso o aluno interprete o “*estar a preparar um atentado terrorista*” como algo não iminente, mas em que aquela seria a última oportunidade para que *D* exercesse a defesa, a solução seria idêntica ao *bullet* anterior com as seguintes diferenças: **(i)** seria uma suposição errónea de uma legítima defesa preventiva e **(ii)** haveria excesso, na medida em que o disparar a matar nessa situação de (putativa) legítima defesa preventiva ultrapassa os limites éticos da aplicação analógica (modalidade de *analogia juris*) desta causa de exclusão de ilicitude.

- Caso o aluno interprete o “*estar a preparar um atentado terrorista*” simplesmente como algo não iminente, a solução seria idêntica ao *bullet* anterior com as seguintes diferenças: **(i)** a (putativa) agressão poderia resultar de um dos outros comportamentos previstos na Lei de Combate ao Terrorismo que são prévios ao próprio atentado (pertencer a grupo terrorista, receber formação terrorista, receber financiamento terrorista, etc.) ou ainda do artigo 275.º do CP e **(ii)** considerando que, nesse caso, a agressão seria prévia ao próprio atentado, haveria excesso, pois, atendendo às circunstâncias concretas, o disparar a matar não seria o meio menos lesivo, sendo exigível, por exemplo, um primeiro tiro / aviso de sinalização.

b) Crime de à ofensa à integridade física de *E* (artigo 143.º, n.º 1, do CP)

- A ofensa à integridade física pode ser objetivamente imputada ao comportamento de *D*, independentemente da teoria que se adote.
- Dada a proximidade de *E* com *C* (e com o demais grupo de pessoas), seria de equacionar e discutir a possibilidade de *D* ter atuado com dolo eventual, tendo-se conformado com a possibilidade de acertar noutra pessoa.
- Não se verificam quaisquer causas de exclusão da ilicitude;
- Contudo, verifica-se uma situação de legítima defesa objetiva, na medida em que *E* estava a realizar uma tentativa (impossível mas punível) de terrorismo, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei de Combate ao Terrorismo, tendo *D*, sem o saber, afastado tal agressão atual e ilícita. Nesse caso, poder-se-ia equacionar duas soluções: ou *D* seria punido com a pena da tentativa (aplicando-se analogicamente o artigo 38.º, n.º 4, do CP, no sentido de apenas ser aplicada a pena da tentativa) ou *D* não seria punido de todo (aplicando analogicamente o artigo 38.º, n.º 4 do CP, no sentido de apenas ser aplicado o regime da tentativa), uma vez que a ofensa à integridade física simples não admite a forma tentada.

5. Responsabilidade penal de Ester

Tentativa de terrorismo (artigo 4.º, n.º 1, da Lei de Combate ao Terrorismo)

- *E* pratica atos de execução deste crime à luz do artigo 22.º, n.º 2, alínea *c*), atendendo à iminência da concretização da lesão pretendida, de acordo com o seu plano, e à proximidade em relação às vítimas visadas;
- Atua com dolo direto;
- Tentativa impossível por inaptidão do meio utilizado, nos termos do artigo 23.º, n.º 3, do CP.
- Tal tentativa impossível era punível, por não ser manifesta, para o observador externo, a referida inaptidão do meio, também nos termos do artigo 23.º, n.º 3, do CP. A referida punibilidade justifica-se ainda porque, para além da referida impressão de perigo para o bem jurídico, tal tentativa (impossível) tinha ainda potencial de lesividade, por ser apenas relativamente impossível, ou seja, por ser razoavelmente equacionável, em circunstâncias alternativas aproximadas das reais, que o meio pudesse ser apto a produzir o resultado lesivo.