



Direito Penal II

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Sónia Moreira Reis, António Brito Neves, Catarina Abegão Alves e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Exame de época de recurso - 18 de Julho de 2022

Duração: 90 minutos

“Urgências e rivalidades”

Alexandre, administrador do hospital X, ordenou a **Beatriz**, diretora do serviço de urgência desse mesmo hospital, que o encerrasse, devido à escassez de recursos humanos e materiais. **Beatriz**, cumprindo essa ordem, ordenou, por sua vez, a **Cristóvão**, o único médico habitualmente escalado para trabalhar nesse serviço, que deixasse de o fazer imediatamente, não assistindo quem quer que se apresentasse nas urgências. Precisamente quando **Cristóvão** acabara de fechar as instalações do serviço de urgência, chegou **Diana**, gravemente ferida e a precisar de assistência médica imediata. **Cristóvão** recusou-se a prestar essa assistência, alegando que as urgências estavam fechadas e que ele só estava a cumprir ordens superiores.

Diana estava em perigo de vida, tendo sido atingida no peito por um tiro disparado por **Emanuel**, no final, muito tenso, de um programa de comentário futebolístico. Efetivamente, eram simpatizantes de clubes diferentes e **Emanuel** julgara que **Diana** se preparava para o esfaquear quando esta apenas o ia cumprimentar, advertido enganosamente por **Alexandre**, também presente no programa e simpatizante de outro clube rival. Depois do sucedido, foi a equipa de filmagem do programa que levou **Diana** ao hospital, sem qualquer colaboração de **Emanuel** nem de **Alexandre**.

Diana acabou por ser levada para outro hospital, com serviço de urgência, e, pelo caminho, a ambulância despistou-se e **Diana** acabou mesmo por morrer. **Francisca**, sua irmã, que sofria de esquizofrenia, para vingar a morte de **Diana**, decidiu matar **Alexandre** também com um tiro, considerando-o o verdadeiro responsável de tudo. Porém, quando carregou no gatilho, a pistola não disparou, pois estava avariada havia muito tempo. Fora **Cristóvão** quem lhe vendera a arma e incentivara a vingar-se, pois havia ficado enraivecido com o que sucedera a **Diana**, embora tivesse dúvidas de que a arma funcionasse.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes.

Cotações: Cristóvão – 6 vls.; Emanuel – 4 vls.; Alexandre – 4 vls.; Beatriz – 2 vls.; Francisca – 2 vls.; Ponderação global: 2 vls.

Tópicos de correção

Responsabilidade jurídico-penal de C: Relativamente a D

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 10.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Dada a equivalência entre ações e omissões nos crimes de resultado, torna-se possível punir a omissão de C.

C não diminuiu o risco pré-existente e, se o tivesse feito, teria evitado o resultado típico ‘morte’, pelo menos com forte probabilidade (nada no enunciado indica o contrário). Porém, foi criado, posteriormente, um novo risco, com o despiste da ambulância, tendo-se interrompido o nexo de imputação objetiva. Neste sentido, é afastada a imputação objetiva, restando a possibilidade de punição por tentativa, por haver atos de execução, nos termos do art. 22.º/2, b) CP. Existia possibilidade fática e técnica de ação.

Há um dever de garante de C em função da sua qualidade de médico, quer por via de uma assunção de funções de assistência (Prof. Figueiredo Dias), quer por via de uma auto-vinculação, ainda que implícita (Profª Fernanda Palma). É irrelevante que não esteja formalmente de serviço, pois as posições de garante não decorrem diretamente da lei nem de fontes contratuais, podendo dizer-se que C ainda se encontrava num “contexto médico”, fundador de um dever de assistência (há proximidade existencial – Prof. Figueiredo Dias – não é imprevisível a convocação da sua intervenção – Profª Fernanda Palma).

Tipicidade subjetiva – Ao apontar razões para não assistir D, e pressupondo que estava consciente do estado grave em que aquela se encontrava, C mostra inequivocamente que representa a morte de D e a intenção de não a evitar, atuando com dolo direto (art. 14.º/1 CP); no mínimo, representa esse facto como possível e conforma-se com o mesmo, atuando com dolo eventual (art. 14.º/3 CP).

Ilicitude – Ainda que o encerramento do serviço de urgências em geral leve à prática de factos típicos, aceitar-se-á a resposta que considere que os mesmos estarão justificados, em geral, ao abrigo do art. 31.º/2, b), na medida em que o hospital tem a faculdade de se gerir a si mesmo, incluindo no que toca aos serviços que propõe prestar. Também será de aceitar a resposta, devidamente fundamentada, que defenda a ilicitude do facto praticado, nomeadamente, por se defender a hipótese de o facto típico em questão não estar abrangido pela causa de justificação apresentada em função da estreita proximidade temporal com o encerramento físico das instalações (que até pode não coincidir com o encerramento formal do serviço). Por outro lado, não há justificação por via do conflito de deveres em função do disposto no art. 36.º/2 CP.

Culpa – Em função do que foi dito anteriormente, é de ponderar a aplicação do art. 37.º CP. Porém, nada indica que C não soubesse que a ordem de B conduziria à prática de um crime. Como tal, não é afastada a culpa.

Punibilidade – A tentativa é punível, nos termos do art. 23.º/1 CP.

Responsabilidade jurídico-penal de B:

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º, 10.º e 26.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Porque emite uma ordem para que C omita a assistência médica devida, e sendo este último plenamente responsável a título doloso, B é instigadora (determina C à prática do facto típico). Na perspetiva da Profª Fernanda Palma, B é instigadora e não autora mediata porquanto é C, e não ela, quem possui o domínio do facto.

Como houve atos de execução por parte de C, é respeitada a exigência do art. 26.º, última parte, e a eventual responsabilidade de B será na qualidade de instigadora de um crime tentado de homicídio (por omissão).

Tipicidade subjetiva – B tem duplo dolo. Por um lado, representa e quer determinar a decisão de C. Por outro lado, pelo menos representa a possibilidade de C vir a praticar um facto típico e conforma-se com essa possibilidade, mesmo que em termos de dolo alternativo (a ordem é a de não

assistir quem quer que se apresente nas urgências, o que vai além de uma mera ordem de encerramento hospitalar, porque impõe uma abstenção concreta de assistência).

Ilícitude – Pressupondo que, efetivamente, a omissão de C é ilícita, está igualmente verificada a vertente qualitativa do princípio da acessoriedade (exigência para quem, como a Profª Fernanda Palma, considera a instigação um caso de mera participação e não de verdadeira autoria, não obstante o instigador ser punido como autor).

Culpa – Não há causas de exclusão da culpa.

Responsabilidade jurídico-penal de E: **Disparo contra D**

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 22.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – E cria um risco proibido para a vida de D. Porém, relativamente ao resultado morte, não há imputação objetiva na medida da imprevisibilidade da intervenção de terceiros, mais especificamente, da ação (supõe-se) do condutor da ambulância (todo o desenrolar de acontecimentos é imprevisível, desde o encerramento das urgências do hospital X até ao despiste), nos termos da teoria da adequação, com o seu critério corretor da teoria da *conditio sine qua non* (de acordo com a qual haveria causalidade). Porém, havendo atos de execução – art. 22.º/2, b), dado que, de um ponto de vista *ex ante*, o disparo da arma de fogo era adequado a causar o resultado morte –, poderá haver punição a título de tentativa.

Tipicidade subjetiva – E terá atirado para matar, visto que atingiu D no peito. Portanto, terá agido com dolo direto; no mínimo, será de equacionar a existência de dolo eventual (caso haja e caso se aceite que tal basta para conformar a exigência do art. 22.º/1). Há, portanto, tentativa de homicídio.

Ilícitude – Não havia verdadeiramente agressão por parte de D, pelo que não estão reunidos os pressupostos do art. 32.º nem, consequentemente, a ilicitude é excluída. Porém, como E julgava que estavam, é afastado o dolo da culpa por aplicação do art. 16.º/2 CP (Profª Fernanda Palma).

Porventura, também terá havido excesso dos meios, pois E poderia ter disparado para outra zona do corpo que não o peito ou, mesmo, dissuadido a agressão putativa de D com uma ameaça de disparo. Como o eventual excesso não foi causado pelo erro - dado que, mesmo que a situação erroneamente representada fosse real, ainda assim, continuaria a existir excesso -, aplicar-se-á, por analogia, o art. 33.º, n.º 1 CP e não o 16.º/2 (Profª Fernanda Palma), mantendo-se, de qualquer modo, a ilicitude do facto.

Culpa – Se o nervosismo de E implicar, por exemplo, perturbação, pode ser que tenha atuado movido por afeto asténico. Caso não seja censurável, é afastada a culpa, nos termos do 33.º/2 CP.

Punibilidade - A tentativa é punível, nos termos do art. 23.º/1 CP.

Omissão de salvar D

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 10.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Dada a equivalência entre ações e omissões nos crimes de resultado, torna-se possível punir a omissão de E.

E não diminuiu o risco de vida pré-existente, devendo fazê-lo, e, se o tivesse feito, teria evitado o resultado típico ‘morte’ com uma probabilidade próxima da certeza (nada no enunciado indica o contrário), mas o despiste da ambulância criou um novo risco, tendo-se interrompido o nexo de imputação objetiva, subsistindo a possibilidade de punição por tentativa, por haver atos de execução, nos termos do art. 22.º/2, b) CP.

A posição de garante em questão é a da ingerência, pois E acabara de praticar um facto típico e ilícito contra D, sem que esta o tenha provocado.

Tipicidade subjetiva – Os dados do enunciado são escassos mas nada leva a afastar a existência de dolo.

Ilícitude – Não há causas de exclusão da ilicitude.

Culpa – Não há causas de exclusão da culpa.

Punibilidade – A tentativa é punível, nos termos do art. 23.º/1 CP.

Responsabilidade jurídico-penal de A:
Ordem dada a B

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º, 10.º e 26.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Porque A emite, ele próprio, uma ordem tendo B como destinatária, estamos perante um caso de instigação em cadeia, devendo A ser punido nos mesmos termos do instigado. Poder-se-á colocar a hipótese de haver excesso de mandato por parte de B (visto que esta ordenou a C que não assistisse quem quer que se apresentasse no serviço de urgência de imediato).

Tipicidade subjetiva – A tem duplo dolo. Por um lado, representa e quer determinar a intervenção de B. Por outro lado, pelo menos representa a possibilidade de a intervenção de B vir a determinar a prática de um facto típico e conforma-se com essa possibilidade.

Ilícitude – Pressupondo que, efetivamente, o facto praticado por B é ilícito, está igualmente verificada a vertente qualitativa do princípio da acessoriedade. Porém, a ação de A estará justificada ao abrigo do art. 31.º/2, b), na medida em que o hospital tem a faculdade de se gerir a si mesmo, incluindo no que toca aos serviços que propõe prestar, não tendo havido a imposição de uma abstenção concreta de assistência.

Culpa – Não há causas de exclusão da culpa.

Provocação do erro de E

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º (ou 143.º/144.º) e 26.º conjugados

Tipicidade objetiva – A é autor mediato (art. 26.º, 2.ª alternativa), possuindo o domínio da vontade de E: induz E em erro relativo às circunstâncias que, a existir, excluiriam a ilicitude, pelo que este não é plenamente responsável a título de culpa dolosa.

Como há atos de execução por parte de E, não se coloca o problema do início da tentativa do autor mediato: há autoria mediata de uma tentativa de homicídio.

Tipicidade subjetiva – A representou e quis o facto típico, atuando com dolo direto.

Ilícitude – Não há causas de exclusão da ilicitude.

Culpa – Não há causas de exclusão da culpa.

Omissão de salvar D

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 10.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Na qualidade de autor de um facto típico e ilícito, A também estava sujeito a um dever de garante por via da posição de ingerência.

A não diminuiu o risco de vida pré-existente, devendo fazê-lo, e, se o tivesse feito, teria evitado o resultado típico ‘morte’ com uma probabilidade próxima da certeza (nada no enunciado indica o contrário), sendo que mais uma vez será de referir que foi criado um novo risco com o despiste da ambulância, o que leva à interrupção do nexo de imputação objetiva, subsistindo a possibilidade de punição por tentativa, por haver atos de execução, nos termos do art. 22.º/2, b) CP.

Tipicidade subjetiva – Os dados do enunciado são escassos mas nada leva a afastar a existência de dolo.

Ilícitude – Não há causas de exclusão da ilicitude.

Culpa – Não há causas de exclusão da culpa.

Punibilidade – A tentativa é punível, nos termos do art. 23.º/1 CP.

Responsabilidade jurídico-penal de F:

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 22.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – F pratica atos de execução da alínea b) do art. 22.º/2 (dado que, de um ponto de vista *ex ante*, o disparo da arma de fogo era adequado a causar o resultado morte), criando um risco proibido para a vida de A que não se concretizou.

Tratando-se de uma tentativa impossível, por inaptidão do meio empregado, ainda se considera haver atos de execução porque, por exemplo, na linha do Prof. Figueiredo Dias, essa inaptidão não é absolutamente manifesta. Esta tentativa impossível não será punível (23.º/3), de acordo com a Profª

Fernanda Palma, por a impossibilidade ser absoluta (a arma não funciona de todo), embora o seja de acordo com a teoria da aparência de perigo (um observador médio, colocado na posição do agente, numa perspectiva *ex ante*, não conseguiria discernir se a arma estava funcional ou não).

Tipicidade subjetiva – F decidiu matar A (22.º/1) ao representar e querer a prática do facto típico, agindo com dolo direito (art. 14.º/1).

Ilícitude – Não há causas de exclusão da ilicitude.

Culpa – Sofrendo F de esquizofrenia, é de colocar a hipótese de não ter capacidade de culpa, mais especificamente, de ser inimputável em razão de anomalia psíquica (art. 20.º). Para além deste substrato biopsicológico, é necessário, ainda, que tenham sido destruídas as conexões objetivas de sentido da ação de F (Prof. Figueiredo Dias) ou que o agente seja, por essa via, insensível (não motivável) pela pena associada à prática do facto típico. Aceita-se a resposta tanto no sentido da imputabilidade como da inimputabilidade, desde que devidamente argumentada e alicerçada num dos critérios apontados.

Responsabilidade jurídico-penal de C: **Relativamente a A**

Tipo incriminador de referência – Arts. 131.º e 27.º CP conjugados

Tipicidade objetiva – Quer por ter prestado auxílio material, ao ter vendido a arma a F, quer por ter prestado auxílio moral, por ter incentivado F, C só pode ser punido como cúmplice de F, que agiu dolosamente. Note-se que, ao dar razões a F para agir, C é aquilo que o Prof. Figueiredo Dias designa de ‘instigador-cúmplice’, não havendo dúvidas de que não é autor e, portanto, de que não pode ser punido enquanto tal, aplicando-se o art. 27.º e não o 26.º.

Como há atos de execução por parte de F, é respeitada a acessoriedade na vertente quantitativa, enquadrando-se a responsabilidade de C no âmbito da cumplicidade de uma tentativa de homicídio. Porém, como a arma não funcionava, C não criou verdadeiramente perigo, pelo que, de acordo com a Profª Fernanda Palma, não pode ser punido como cúmplice.

Tipicidade subjetiva – É de discutir se há (duplo) dolo de C, já que este tinha dúvidas de que a arma funcionasse. Não obstante o elemento intelectual do dolo se encontrar atenuado, o que nos levaria a hesitar entre o dolo eventual e a negligência consciente, como o desejo inequívoco de C era conduzir F a vingar-se de A, então, na esteira da Profª. Fernanda Palma, há que afirmar o dolo direito, tanto relativamente ao auxílio como à prática do facto por parte de F.

Ilícitude – Sendo o facto praticado por F ilícito, está igualmente verificada a vertente qualitativa do princípio da acessoriedade.

Culpa – O facto de ter atuado enraivecida suscita a impossibilidade de C não ter capacidade de culpa no momento da sua atuação, mais especificamente, de ser inimputável em razão de anomalia psíquica. Efetivamente, de acordo com a Profª Fernanda Palma, o art. 20.º/1 CP não parece poder excluir situações de incapacidade accidental como as associadas às ações de afeto, sendo que não cabem no art. 35.º. É de notar que, por força da teoria da acessoriedade limitada, cada participante responde na medida da sua própria culpa (art. 29.º CP). Novamente, é necessário, para além daquele substrato biopsicológico, que tenham sido destruídas as conexões objetivas de sentido da ação de C (Prof. Figueiredo Dias) ou que o agente seja, por essa via, insensível (não motivável) pela pena associada à prática do facto típico. Aceita-se a resposta tanto no sentido da imputabilidade como da inimputabilidade, desde que devidamente argumentada e alicerçada num dos critérios apontados.