



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 – coincidências – 26 de julho de 2022

Duração: 90 minutos

“Marés Vivas”

André, dono de um bar de praia na ilha “Marés Vivas”, apercebendo-se que Bernardo, um dos seus fornecedores, estava no bar para tomar uma bebida e, imaginando que este vinha cobrar uma avultada quantia em dívida, pediu a **Carolina**, uma empregada, que lhe levasse um copo de sumo fresco. **André** tinha já colocado no copo uma dose considerável de inseticida, sem que **Carolina** o soubesse. Bernardo tomou a bebida e, passado meia-hora, começou a ter convulsões.

Carolina, vendo-o naquele estado, correu para o porto da ilha, onde estavam fundeadas algumas pequenas embarcações, em busca da sua lancha, para poder transportar Bernardo até ao hospital mais próximo. Lá chegada, a lancha não estava fundeada no seu lugar, pois tinha sido escondida por **André** com o objetivo de impedir o salvamento de Bernardo.

Nesse momento, chegou **Diogo**, ex-marido de **Carolina**, conduzindo uma lancha. Mesmo após os insistentes pedidos de **Carolina**, **Diogo** não aceitou em emprestar-lhe a lancha, pois julgou que esta apenas queria deslocar-se para se encontrar com outros homens. **Carolina** desferiu então uma bofetada na face de **Diogo**, que acabou por desequilibrar-se e cair à água. Aproveitando-se do estado de desorientação de **Diogo**, **Carolina** foi buscar Bernardo e conseguiu colocá-lo dentro da lancha, mas quando se aproximava do porto do continente, a lancha ficou sem combustível. Passado alguns minutos, Bernardo começou a ter falta de ar e acabou por morrer.

Instantes depois, passou uma embarcação-ambulância, que transportava **Diogo** para o hospital, pois, na sequência da queda da lancha, este tinha batido com a cabeça noutra embarcação e precisava de atendimento médico. **Estevão**, único cirurgião de serviço, vendo chegar simultaneamente **Diogo** e outro doente com uma apendicite aguda, e considerando que poderia simultaneamente socorrer os dois pacientes, optou por operar apenas o outro paciente, pensando que, como já tinha acabado o seu turno, não tinha de colmatar o atraso do seu colega. Todavia, na verdade, só uma das macas do bloco operatório estava operacional naquele momento, facto que **Estevão** desconhecia. Por não ter sido operado a tempo a um traumatismo crânio-encefálico, **Diogo** ficou em estado vegetativo.

Dias mais tarde, após ouvir várias vezes o seu chefe **André** dizer-lhe que não podia deixar de vingar a morte do seu ex-marido, **Carolina** dirigiu-se ao hospital. Mas, no instante em que se encontrava à porta do gabinete de **Estevão** empunhando uma arma de fogo, sendo que este último se encontrava lá dentro, começou a sentir um forte odor a desinfetante hospital, ao qual era alérgica, e abandonou o local.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes.

Cotações: André – 5 vls.; Carolina – 6 vls.; Diogo – 3 vls.; Estevão – 4 vls.; Ponderação global: 2 vls.

Tópicos de correção

Carolina

Homicídio de Bernardo – art. 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: C é autora imediata do homicídio de B, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

À luz de um juízo de prognose póstuma, é previsível, segundo as regras da experiência comum, que servir a alguém um copo de sumo com uma dose considerável de inseticida venha a produzir o resultado morte da pessoa que ingere tal bebida, pelo que, à partida, é possível afirmar que a conduta de C foi causa adequada da produção do resultado morte de B. Mas uma vez que o processo causal também está abrangido por este juízo de adequação e que a intervenção de terceiros (neste caso de A, ao esconder a lancha que iria permitir o célere salvamento) neste processo causal não se afigurava como previsível e provável, existiu uma interrupção do nexos causal. À luz da teoria do risco, C criou um risco proibido para o bem jurídico vida de B – ao dar-lhe um copo de sumo com uma dose considerável de inseticida –, sendo que até foi esse risco que se concretizou na produção do resultado morte, existindo conexão de risco. Mas, uma vez que existiu uma omissão impura de terceiro (A), o resultado morte recai na esfera de responsabilidade de A e não de C, estando fora do alcance do tipo de homicídio. Inexiste, portanto, imputação objetiva.

Subsiste ainda a possibilidade de punição por tentativa, uma vez que C praticou um ato de execução idóneo, num prisma *ex ante*, a produzir o resultado morte [(art. 22.º, n.º 2, al. b)].

Tipicidade subjetiva: C desconhecia que A tinha colocado no copo de sumo que serviu a B uma dose considerável de inseticida, pelo que age em erro sobre a factualidade típica, o que leva à não afirmação do dolo do tipo (art. 16.º, n.º 1), ressalvando-se ainda a punibilidade negligente, nos termos gerais (art. 16.º, n.º 3). Mas uma vez que só é possível punir tentativas dolosas (art. 22.º, n.º 1), o facto praticado por B não é típico.

Ofensa à integridade física grave de Diogo – art. 144.º, al. d) e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: Ao desferir uma bofetada em D, que acabou por desequilibrar-se e cair à água, batendo com a cabeça noutra embarcação, é possível formular um juízo de causalidade adequada de ocorrência de um traumatismo crânio-encefálico e, conseqüentemente, do resultado lesão da integridade física grave, atendendo ao facto de o local ser um porto onde estavam fundeadas outras embarcações. Todavia, dado que o processo causal deve também estar abrangido por este juízo de adequação, e que a intervenção de terceiros neste processo causal (neste caso a omissão impura do médico E) não se afigura como previsível e provável, não é possível concluir que exista causalidade, pois verifica-se uma interrupção do nexos causal. Igualmente, à luz da teoria do risco, apesar de ter havido criação de um risco proibido para o bem jurídico integridade física e conexão de risco, existe uma transferência para o âmbito de responsabilidade alheio, o que afasta a imputação objetiva à luz do patamar do alcance do tipo.

Assim, C só pode ser punida por tentativa, uma vez que praticou um ato de execução idóneo a produzir o resultado típico, nos termos do art. 22.º, n.º 2, al. b) do CP.

Tipicidade subjetiva: Apesar de ter representado e querido ofender o corpo de D, é de excluir que que quanto à produção do resultado típico lesão grave da integridade física (perigo de vida provocado pelo traumatismo crânio-encefálico), C tenha atuado com dolo direto. Apesar de tudo, agiu com dolo eventual (art. 14.º, n.º 3), pois ao desferir uma bofetada na face de D quando este se encontrava dentro da sua lancha, numa zona onde se encontravam fundeadas outras embarcações, que ela viu quando se deslocou até ao porto, terá representado como possível a produção daquele resultado e ainda assim ter-se-á conformado com o mesmo, sobrepondo os seus interesses ao interesse de salvaguarda do bem jurídico de D e aceitando o risco do resultado na base da sua deliberação. Tal forma de dolo basta para conformar a exigência do art. 22.º, n.º 1.

Ilícitude: Uma vez que C desferiu uma bofetada em D para poder utilizar a sua lancha, e assim transportar B para o hospital, sendo que este se encontrava em perigo de vida, poder-se-á ponderar que C agiu em direito de necessidade. Apesar de se aceitar que este seria o meio adequado e necessário para afastar um perigo atual que ameaçava o interesse juridicamente protegido de B – encontrando-se também cumprido o requisito previsto na al. a) do art. 34.º, pois a situação de perigo foi provocada por C, mas não intencionalmente –, o facto praticado por C não passa pelo crivo das als. b) e c) do art. 34.º, pelo que não pode considerar-se justificado. Antes de mais, não existe sensível superioridade

do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, dada a intensidade previsível da lesão do bem jurídico de D e o grau de perigo que é afastado ou criado com a ação de salvamento. A isto acresce a cláusula de ponderação autónoma e complementar imposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, prevista na al. c) do art. 34.º, que nos leva a concluir não ser razoável impor a D o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza e ao valor do interesse ameaçado.

Culpa: Não existem quaisquer causas de exclusão da culpa ou de desculpa.

Furto de uso de veículo – artigo 208.º do CP

Tipicidade objetiva: C utilizou a lancha de D sem a sua autorização, pelo que com a sua conduta preencheu o tipo previsto no art. 208.º, n.º 1.

Tipicidade subjetiva: C representou e quis utilizar a lancha de D sem a sua autorização, pelo que agiu com dolo direto intencional (art. 14.º, n.º 1).

Ilícitude: C agiu ao abrigo da causa de justificação direito de necessidade, porquanto este foi o meio adequado e necessário para afastar um perigo atual que ameaçava o interesse juridicamente protegido de B, encontrando-se cumprido o requisito previsto na al. a) do art. 34.º, pois apesar de a situação de perigo ter sido provocada por C, não o foi intencionalmente. Para além disso, existe sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado [art. 34.º, al. b)], atendendo aos seguintes fatores de ponderação: molduras penais, intensidade previsível da lesão do bem jurídico e grau de perigo que é afastado ou criado com a ação de salvamento. Por fim, é razoável impor ao lesado D o sacrifício do seu interesse face ao interesse de B a salvaguardar.

Homicídio de Bernardo por omissão – artigos 131.º e 10.º do CP

Tipicidade objetiva: Apesar de C não ter diminuído perigo pré-existente em que se encontrava o bem jurídico vida de B, facto é que esta só não o fez pois ficou sem combustível no barco, pelo que neste caso existe uma incapacidade fáctica para agir, não sendo esta omissão típica.

Homicídio de Estevão – artigos 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: C criou um risco proibido para a vida de E, mas esse risco não se materializou no resultado morte, pois C acabou por abandonar o hospital. Inexiste, portanto, conexão de risco. C pode ser ainda punida a título de tentativa, visto que foi praticado um ato de execução previsto na al. c) do art. 22.º. Ao encontrar-se à porta do gabinete de E empunhando uma arma de fogo, sendo que este se encontrava lá dentro, existe já uma quebra das condições de segurança do bem jurídico e uma intromissão na esfera da vítima. Neste caso o recurso ao plano do agente é um critério adicional de ponderação útil para a afirmação da existência de um ato de execução, pois C pretendia vingar a morte do seu ex-marido.

Tipicidade subjetiva: C representou e quis matar E, pelo que agiu com dolo direto, nos termos do art. 14.º, n.º 1.

Ilícitude: Não existem quaisquer causas de exclusão da ilicitude. Ainda que se pudesse ponderar a existência de um excesso extensivo de legítima defesa, tal nunca poderia fundar a justificação do facto praticado por C.

Culpa: Ainda que se possa aceitar a aplicação analógica *in bonam partem* do art. 33.º, n.º 1 aos casos de excesso extensivo de legítima defesa, neste caso tal aplicação deverá ser excluída, uma vez que as razões causadoras do excesso de C não são de valor idêntico às legalmente previstas, pelo que não há lugar à atenuação da censurabilidade.

Punibilidade: Será de ponderar a exclusão da punibilidade de C pelo facto de esta ter desistido de prosseguir na execução do crime. De acordo com o estado objetivo da situação e com o plano das representações do agente, estamos perante uma tentativa inacabada, nos termos do art. 24.º, n.º 1, primeira parte. Neste caso, será de afirmar a voluntariedade desta desistência, porquanto C desistiu por ser alérgica a desinfetante hospitalar, o que releva uma motivação autónoma. C ainda redefine o sentido da história, altera o seu fim e curso, sendo a sua conduta uma expressão de liberdade, ainda que baseada numa ponderação egoísta. A sua tentativa não é, por isso, punível.

André

Homicídio de Bernardo – arts. 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: A é autor mediato (art. 26.º, 2.ª alternativa), pois ao colocar uma dose considerável de inseticida num copo de sumo, pedindo depois a C que esta levasse o copo de sumo a B, induziu C em erro sobre a factualidade típica, atuando esta sem dolo do tipo. C não é, por isso, plenamente responsável a título de culpa dolosa, pelo que é A quem detém o domínio da vontade sobre C.

Como já há atos de execução por parte de C [(art. 22.º, n.º 2, al. b)], 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 matar B, atuando com dolo direto (art. 14.º, n.º 1).

Ilicitude: Não existem quaisquer causas de exclusão da ilicitude.

Culpa: Não existem quaisquer causas de exclusão da culpa ou de desculpa.

Homicídio de Bernardo por omissão – arts. 131.º e 10.º do CP

Tipicidade objetiva: Ao esconder a lancha que poderia possibilitar o salvamento de Bernardo, ao permitir o seu transporte para o hospital, A intervém de forma ativa na vida da pessoa em perigo, cuja salvação, se esta intervenção não tivesse existido, se poderia esperar com um elevado grau de probabilidade. Não obstante, uma vez que estavam fundeadas no porto da ilha outras embarcações, a ação de A apenas serviu para negar o auxílio, mas não impediu definitivamente que existissem outros meios de auxílio que pudessem levar ao salvamento de B. Estamos então perante a aplicação da figura da omissão através de um fazer, punindo-se o comportamento ativo de A como se de uma omissão se tratasse.

Uma vez que estamos perante um crime de resultado, será possível estabelecer a equiparação da omissão à ação (art. 10.º, n.º 1), caso se conclua que sobre A recaía um dever jurídico que pessoalmente o obrigasse a evitar o resultado morte de B (art. 10.º, n.º 2). Dado que A criou anteriormente um perigo para o bem jurídico de B, à luz dos princípios da responsabilidade e da igualdade, e tendo em conta a delimitação das esferas de organização da vida, quem cria um perigo para outrem tem ulteriormente de o compensar pela criação prévia desse mesmo perigo. Sobre A recaía então uma posição de garante fundada na ingerência ilícita.

Se A não tivesse diminuído o risco pré-existente em que se encontrava o bem jurídico vida de B, teria evitado o resultado típico morte com uma probabilidade próxima da certeza, pelo que existe imputação objetiva.

Tipicidade subjetiva: A representou e quis matar B, agindo assim com dolo intencional (art. 14.º, n.º 1).

Ilicitude: Não existem quaisquer causas de exclusão da ilicitude.

Culpa: Não existem quaisquer causas de exclusão da culpa ou de desculpa.

Homicídio de E – artigos 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: Ao determinar C à prática do facto, sem que esta deixe de ser responsável a título de dolo, A é instigador da tentativa de homicídio de E (art. 26.º, 4.ª alternativa). O facto de A ter dito a C que o seu ex-marido estaria morto, quando na verdade ele só estava em estado vegetativo, não é um facto relevante indutor do erro excludente do dolo de C, que continua a ser plenamente responsável, atuando com culpa dolosa.

A prática de atos de execução pelo instigado [art. 22.º, n.º 2, al. c)] implica o início da tentativa também para o instigador, pelo que se encontra preenchida a exigência da acessoriedade na sua vertente quantitativa, prevista no art. 26.º, 4.ª alternativa.

Tipicidade subjetiva: Ao dizer a C que não podia deixar de vingar a morte do seu ex-marido, A terá representado e querido (intencionalmente) convencer C a matar E, bem como terá representado e querido que esta o fizesse, pelo que age com duplo dolo direto, nos termos do art. 14.º, n.º 1.

Ilicitude: Sendo o facto praticado por C típico e ilícito, está igualmente verificada a vertente qualitativa do princípio da acessoriedade, de acordo com a formulação da acessoriedade limitada.

Culpa: Não existem quaisquer causas de exclusão da culpa ou de desculpa.

Diogo

Omissão de auxílio de Bernardo – art. 200.º do CP

Tipicidade objetiva: D não diminuiu o perigo pré-existente em que se encontrava o bem jurídico vida de B, pelo que praticou uma omissão.

Ainda que se pudesse discutir estarmos perante uma posição de monopólio – o que também seria desde logo discutível, visto D não estar investido numa posição de domínio fáctico absoluto e próximo da fonte de perigo –, é de rejeitar que as situações de monopólio accidental possam fundar um dever jurídico de agir suscetível de responsabilizar o agente pelo crime comissivo por omissão. Assim, não recaindo sobre si nenhum dever jurídico que pessoalmente o obrigasse a evitar o resultado morte de B (art. 10.º, n.º 2), D só poderá ser responsabilizado pelo tipo incriminador de omissão de auxílio, previsto no art. 200.º, n.º 1. A tipicidade objetiva encontra-se verificada, porquanto perante um caso de grave necessidade que levou à colocação em perigo da vida de B, D deixou de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo.

Tipicidade subjetiva: D desconhecia que a vida de B estava em perigo, tendo inclusive julgado que os insistentes pedidos de C para lhe emprestar a sua lancha se deviam ao facto de esta pretender deslocar-se para se encontrar com outros homens. Desta forma, D age em erro sobre a factualidade típica (art. 16.º, n.º 1), não sendo possível afirmar o seu dolo do tipo. Apesar de o art. 16.º, n.º 3 ressaltar a punibilidade da negligência, tal é feito nos termos gerais. O que significa que não sendo a omissão de auxílio negligente punida (art. 13.º), D não poderá ser responsabilizado pela omissão de auxílio de B, porquanto o facto por si praticado não é típico.

Estevão

Ofensa à integridade física grave de Diogo por omissão – arts. 144.º e 10.º do CP

Tipicidade objetiva: Ao optar por operar apenas o outro paciente que chegou ao hospital, não operando D, E não diminuiu o perigo pré-existente em que se encontrava o bem jurídico integridade física deste último, praticando por isso uma omissão.

Sobre E impede um dever jurídico de agir, pois pelo facto de ser médico assume funções de guarda e assistência de bens jurídicos, assente numa relação de confiança. Numa outra perspetiva, é possível afirmar a auto-vinculação implícita à proteção de bens jurídicos, fundadora de uma posição de garante de E.

O resultado ofensa grave à integridade física de D [art. 144.º, b)] é imputado à omissão de E, pois, se este tivesse praticado a ação devida, teria diminuído o risco de verificação do resultado típico com uma probabilidade próxima da certeza.

Tipicidade subjetiva: E representou o estado grave em que C se encontrava, tendo por isso representado a lesão grave da integridade física deste último, e teve intenção de não a evitar, atuando por isso com dolo direto (art. 14.º, n.º 1).

Ilícitude: Os pressupostos do conflito de deveres encontram-se verificados, porquanto existem dois deveres jurídicos de ação que estão em conflito – o dever de operar D, que chegou ao hospital com um traumatismo crânio-encefálico, e o dever de operar o outro paciente, com uma apendicite aguda –, sendo impossível para E cumprir simultaneamente os dois deveres, pois só uma das macas do bloco operatório estava operacional naquele momento. E satisfaz o dever de valor igual ao dever que sacrificou (art. 36.º, n.º 1). Todavia, não está verificado o requisito subjetivo desta causa de justificação. E não tinha conhecimento de que estava a agir em conflito de deveres, pois achava que existia mais do que uma maca operacional no bloco operatório, pelo que considerou que podia cumprir os dois deveres, desconhecendo a existência de um conflito no cumprimento de deveres jurídicos. Deste modo, o facto praticado por E é ilícito, ficando ressalvada a punição por tentativa, por aplicação analógica do art. 38.º, n.º 4, remetendo esta norma para a aplicação de todo o regime da tentativa.

Culpa: E representou os pressupostos materiais da posição de garante, mas não teve consciência do dever jurídico que sobre si recaía, pois pensou que, como já tinha acabado o seu turno, não tinha de colmatar o atraso do seu colega e socorrer simultaneamente os dois pacientes. Este erro está sujeito ao regime do erro sobre a ilicitude (art. 17.º). De qualquer forma, este erro será censurável, pois apelando a uma “ética das emoções” e ao significado das situações impostas pelo projeto existencial da pessoa – dependendo da sua vivência dos valores, que podem ser diferentes do quadro de valores indicado pelo Direito, não sendo por isso valores impessoais e objetivos –, no caso em concreto não se reconhece um forte obstáculo ético-afetivo de E à motivação pelo Direito, em função de um projeto pessoal, e não se vislumbra também uma ausência de justa oportunidade para desenvolver as emoções adequadas a uma motivação pela norma. A motivação de E orienta-se por valores calculistas e organizacionais, não sendo por isso de reconhecer o seu valor à luz de uma “ética das emoções”.

Assim, nos termos do art. 17.º, n.º 2, poderá apenas haver lugar à eventual atenuação da sua culpa e não à sua exclusão.