FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

DIREITO PENAL II
3.º ANO – NOITE / 2021-2022
Regência: Prof. Doutora Teresa Quintela de Brito
Colaboração: Drs. João Matos Viana, Inês Vieira Santos e Tiago Geraldo
Exame de Recurso – 27.07.2022
Duração: 100 minutos

"***I Know the End***" ([1])

No final do concerto mais aguardado dessa noite, ***Phoebe***, cabeça-de-cartaz do festival, tomada pelo transe musical, pegou no braço da guitarra que usara na última canção, tirou-lhe a correia e tentou arremessá-la na direção de um dos amplificadores que estava à beira do palco. Percebendo que ***Phoebe*** não conseguia fazê-lo sozinha, ***Márcia***, baixista, veio em seu auxílio e segurou na base do instrumento: juntas, as duas ergueram bem alto a guitarra que logo depois, em queda acentuada, embateu com estrondo no amplificador, partindo-se em mil pedaços.

Olhando para os estilhaços, rapidamente perceberam ambas o porquê do inesperado peso do instrumento: a guitarra era do vocalista de outra banda que atuara antes no mesmo palco.

Sentindo o êxtase da plateia nesse momento culminante, ***Nocas***, como era conhecido pelas autoridades, aproveitou para se meter em busca das mochilas largadas ao chão pelos festivaleiros que cantavam e saltavam em grande euforia.

Horas antes, ***Nocas*** consultara ***Óscar***, amigo de longa data que pertencia à organização do festival, e que, conhecendo de antemão o alinhamento, lhe dissera que a melhor hora para avançar seria precisamente durante o encerramento desse concerto.

Quando já levava ao ombro três sacolas recheadas, ***Nocas***, embalado pelos acordes da música, pousou-as no chão e decidiu simplesmente ficar a apreciar o que restava do concerto.

Menos de cem metros ao lado, na designada "tenda VIP", dois jovens amigos ditos "influenciadores" arriscavam, com vídeo em direto para várias redes sociais, uma brincadeira que viria a revelar-se fatal: um deles, ***Rodrigo***, empunhando uma arma de fogo, disparou na direção do peito do outro, ***Sebastião***, que segurava em jeito de escudo o prato de choque que lhe fora oferecido pelo baterista de uma das suas bandas favoritas. Nos testes caseiros que tinham realizado antes, as balas ficaram alojadas no prato da bateria, mas dessa vez, azar dos azares, o projétil disparado por ***Rodrigo*** perfurou o metal e atingiu ao de leve o peito de ***Sebastião***, que caiu ao chão atordoado ([2]).

Com o som do disparo, começou uma correria desenfreada na "tenda VIP", com a multidão desesperada a acotovelar-se enquanto tentava sair dali para fora, levando com ela, por arrasto, ***Rodrigo***, quando este tentava acudir o seu amigo, e espezinhando várias vezes e até à morte o prostrado ***Sebastião***, que passou os últimos instantes de vida a ouvir do palco principal, entre gritos avulsos e o sapatear das corridas, o eco dos versos finais que fecharam aquela noite trágica: "*The end is here / The end is here / The end is here / The end is here*."

Analise a eventual responsabilidade criminal de ***Phoebe*** e ***Márcia*** (*4 valores*), ***Nocas*** (*6 valores*), ***Óscar*** (*3 valores*) e ***Rodrigo*** (*5 valores*).

Apreciação global (sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese, clareza de ideias e correção da linguagem): *2 valores.*

([1]) Inspirado no título de uma música da compositora e cantora norte-americana Phoebe Bridgers.
([2]) Inspirado em: https://www.telegraph.co.uk/news/2018/03/15/wannabe-youtube-star-jailed-shooting-boyfriend-dead-botched/ ("*Wannabe YouTube star jailed for shooting boyfriend dead in botched prank*").

Grelha de correção

Responsabilidade penal de Phoebe* e *Márcia:

Dano qualificado (arts. 212.º e 213.º) da guitarra

- Tipicidade objetiva

  Phoebe e *Márcia* praticam, em coautoria (nos termos do art. 26.º, 3.º segmento), atos de execução do crime de dano (art. 212.º), possivelmente qualificado em função do valor do objeto (art. 213.º/1/a) e art. 213.º/2/a), em conjugação com o art. 202.º, pois atuam ambas com domínio partilhado e funcional do facto, e concretamente com domínio positivo e negativo recíproco, na medida em que a intervenção de cada das intervenientes é essencial à execução do crime, podendo essa execução gorar-se na eventualidade de uma delas não atuar.
  Admite-se, em todo o caso, e na medida em que *Márcia* apenas ajuda *Phoebe* a erguer a guitarra, que a intervenção de *Márcia* seja reconduzida a mera cumplicidade material (nos termos do art. 27.º/1), desde que a resposta seja devidamente fundamentada, em particular por falta de domínio negativo do facto de Phoebe (podendo nesse pressuposto explorar-se a possibilidade de *Phoebe* eventualmente conseguir, sozinha, erguer a guitarra, fazendo-o de forma mais fácil e menos esforçada por via do auxílio prestado por *Márcia*).

- Tipicidade subjetiva

  Independentemente do título comparticipativo atribuído a *Márcia*, é certo que ambas (*Phoebe* e *Márcia*) atuam em erro sobre a factualidade típica, nos termos do art. 16.º/1, pois ignoram que o objeto sobre o qual recai a sua ação seja – como efetivamente era – "*coisa móvel alheia*", que é elemento integrante do tipo objetivo do crime em análise (art. 212.º).
  Fica assim excluído (isto é, não chega a formar-se) o dolo típico de dano que é exigido para a imputação subjetiva deste crime, por falta de representação dos elementos constitutivos do tipo objetivo do crime de dano por parte de *Phoebe* e *Márcia*.
  Na medida em que o crime de dano não é punido na forma negligente, sendo excecional essa modalidade subjetiva de imputação penal (art. 13.º), *Phoebe* e *Márcia* não respondem pelo crime de dano.

Responsabilidade penal de Nocas:

Furto (art. 203.º) das mochilas

- Tipicidade objetiva

  Nocas pratica, enquanto autor material e imediato (art. 26.º, 1.º segmento), atos de execução de um crime de furto, previsto no art. 203.º.
  Sendo indiscutível a prática de atos de execução por via da subtração [art. 22.º/2/a)], importa discutir se, à luz dos dados trazidos pelo enunciado, o furto se pode considerar já consumado, discutindo-se em concreto se *Nocas* já constituiu detenção a seu favor, tendo retirado as mochilas do domínio fáctico dos respetivos detentores, apesar de não ter abandonado o recinto do concerto.
  Poder-se-á entender, fundamentando devidamente a resposta, que a confusão que se instala em momento posterior, com a fuga em massa da "tenda VIP" e o eventual achamento subsequente das mochilas no recinto do concerto pelos respetivos proprietários, não afeta

a consumação do furto, por tal circunstância respeitar já à apropriação, que não constitui elemento objetivo do tipo objetivo do crime em análise

Em alternativa, e entendendo-se que a consumação do crime de furto depende sempre, como vem sendo orientação dominante na nossa jurisprudência, de um contexto de estabilidade que assegure ao agente uma possibilidade plausível, ainda que não absoluta, de fruição e disposição da coisa subtraída (em termos equivalentes à noção de posse pacífica), e que, em acréscimo e em termos consequentes, poderia ainda validamente ser exercida legítima de defesa (art. 32.º) por parte dos proprietários das mochilas contra *Nocas* já depois de este as ter pousado no chão, no que vai implicado o pressuposto da atualidade da agressão (e, por conseguinte, dos atos de execução do furto levado a cabo por *Nocas*), a conclusão apontaria no sentido de *Nocas* ter praticado o crime em questão na forma apenas tentada.

Contudo, mesmo neste caso, valoriza-se a discussão sobre se a atualidade da agressão para efeitos da legítima defesa se prende com a prática (em curso) de atos de execução do furto, ou, antes, com o facto de, apesar da subtração, ainda se não ter verificado a consumação material ou exaurimento do furto, na medida em que, nesse momento, ainda não ocorrera apropriação das mochilas. Para resolver este problema talvez se possa invocar o lugar paralelo da detenção em flagrante delito. Se Nocas fosse encontrado com as mochilas no recinto do concerto e detido, não se verificaria a situação de presunção de flagrante delito (artigo 256.º/2 do CPP), ou, pelo menos, de flagrante delito *lato sensu* (artigo 256.º/1, 2.ª parte, do CPP: crime que acabou de cometer)?

- Tipicidade subjetiva

  Nocas atua com dolo direto (art. 14.º/1) de furto, pois sabe e quer subtrair coisas móveis alheias e atua com intenção de atingir esse seu objetivo.

- Ilicitude

  Não existem causas de justificação.

- Culpa

  Não existem causas de exclusão da culpa.

- Punibilidade

  Caberia discutir a existência de uma desistência voluntária (sob a forma de não prossecução dos atos de execução, por não ter saído com as mochilas do recinto do concerto, nos termos do art. 24.º/1, 1.ª parte), tendo em conta a coerência com a resposta dada à questão da tentativa ou consumação do furto e o fundamento político-criminal e dogmático da não punibilidade da tentativa nestes casos, com a consequente e eventual não punibilidade da tentativa.

  Se o crime de furto se dever considerar consumado por já ter ocorrido a subtração, apesar de ainda não estar assegurada a sua posse pacífica, já que as mochilas permaneceram no recinto do concerto, poderá, ainda assim, à luz do fundamento e da *ratio* do regime da desistência, admitir-se a não prossecução da prática de atos de execução e uma relevante desistência passiva?

  A consumação do furto e o impedimento do exaurimento material do furto (art. 24.º/1, in fine) parecem apontar em regra para um comportamento de preservação ativa do bem

jurídico mediante a adoção de contramedidas destinadas a evitar a lesão definitiva do bem jurídico. O que *Nocas* não fez.
Poderá, em todo o caso, discutir-se se este será um caso excecional em que o impedimento da consumação material pode ocorrer mediante uma desistência passiva, considerando o apontado fundamento político-criminal e dogmático da não punibilidade da tentativa nos casos de desistência, e atendendo, em particular, à pretensão de máxima eficácia do sistema penal na sua função de tutela subsidiária de bens jurídicos, promovendo (de forma que poderia dizer-se até utilitarista e "desapaixonada") soluções de mitigação da responsabilidade imputada ao agente quando o ataque ao bem jurídico que foi colocado em risco não atinja o último e irreversível estado de exaurimento.

Responsabilidade penal de Óscar:

Furto (art. 203.º) das mochilas

- Tipicidade objetiva

  Óscar assume-se como cúmplice material (art. 27.º/1) de *Nocas* ao indicar-lhe o momento mais propício para a prática do furto, facilitando assim a sua execução no furto levado a cabo por *Nocas*.
  Está cumprido o requisito da acessoriedade, tanto na vertente quantitativa (pois *Nocas* iniciou – e, dependendo da resposta dada, poder-se-á dizer que até consumou a execução do crime de furto) como na vertente qualitativa (o facto praticado por *Nocas* é típico, doloso e ilícito).

- Tipicidade subjetiva

  Óscar atua com duplo dolo direto (art. 14.º/1), quer quanto ao contributo que presta, quer quanto ao facto que vem a ser executado por *Nocas*.

- Ilicitude

  Não existem causas de justificação aplicáveis a *Óscar* por via da regra da acessoriedade nem causas de justificação próprias que lhe sejam aplicáveis a título individual.

- Culpa

  Não existem causas de exclusão da culpa aplicáveis a *Óscar* a título individual (art. 29.º).

- Punibilidade

  A eventual desistência voluntária (nos termos do art. 24.º/1, 1.ª ou última parte), que torne a tentativa não punível no caso de *Nocas*, não se verifica no caso de *Óscar*, nem a este pode ser estendida, na medida em que o elemento do crime aí afastado (a punibilidade) não é "comunicável" – seja em sentido afirmativo, seja em sentido excludente – por via da regra da acessoriedade (conclusão que se extrai do art. 25.º, *a contrario*, e, bem assim, do art. 29.º, que afirma o princípio da individualidade da culpa entre comparticipantes).

Responsabilidade penal de Rodrigo:

Ofensa à integridade física negligente (art. 148.º)

- Tipicidade objetiva

  Rodrigo é autor (valendo aqui o conceito unitário de autoria próprio dos crimes negligentes) do crime em questão, criando – de acordo com uma perspetiva *ex ante*, e com apelo à perspetiva do observador externo, colocado no momento da ação – um risco proibido para a integridade física de *Sebastião* que se vem a materializar, em termos de plena congruência funcional e de risco, na efetiva lesão da integridade física deste último, o que pode ser afirmado e reconhecido *ex post*.
  Excecionando orientações assentes numa ideia de causalidade pura, desprovida de filtros normativos ou de qualquer modelação relacionada com a ideia de desvalor de ação (e congruência funcional de riscos a ela inerentes), a morte de *Sebastião*, que sobrevém, não é objetivamente imputável à prévia ação de *Rodrigo*, na medida em que não é *Sebastião* que conforma, em termos fácticos e de domínio situacional e do facto, o *se*, o *como* e o *quando* da produção desse resultado, sendo esse resultado imputável a esfera(s) de responsabilidade alheia(s), não individualmente conformáveis nem controláveis nem, aliás, fisicamente evitáveis por *Rodrigo*.
  O resultado produzido por força da ação praticada por *Rodrigo* parece reconduzir-se a uma ofensa à integridade física *não* grave ("o projétil disparado por *Rodrigo* perfurou o metal e atingiu ao de leve o peito de *Sebastião*"), não parecendo haver, por conseguinte, fundamento para a qualificação do crime nos termos do art. 148.º/3.

- Tipicidade subjetiva

  Em sede de tipicidade subjetiva, coloca-se o problema de saber se *Rodrigo* atuou com dolo eventual (art. 14.º/3) ou já, e apenas, com negligência consciente [art.15.º/a)] ao disparar na direção de *Sebastião*.
  O caso apresenta semelhanças evidentes com o conhecido caso *Lacmann*, em que a maior parte da doutrina conclui no sentido de que o agente atua com negligência consciente.
  Sem prejuízo de se admitir resposta em sentido diverso, desde que devidamente fundamentada, parece ser também essa a conclusão adequada no caso em análise, na medida em que não é possível afirmar que *Rodrigo* tenha sobrevalorizado o seu interesse (aliás, um interesse partilhado com a vítima *Sebastião*, reconduzível à "popularidade" do vídeo a ser exibido nas redes sociais) face à integridade física de *Sebastião*, nem que *Rodrigo* tenha seriamente tomado consciência e entrado em conta com o risco de lesão da integridade física de *Sebastião*, mais a mais considerando o resultado dos testes caseiros anteriores, que apontavam no sentido da inexistência desse risco.
  Concluir-se-ia assim que *Rodrigo*, embora tenha representado a possibilidade de lesar a integridade física de *Sebastião* (aí residia, aliás, o aliciante do vídeo a ser exibido nas redes sociais), não se conformou com a possibilidade de efetivamente provocar uma lesão dessa natureza, ficando assim excluído o dolo eventual (art. 14.º/3) e concluindo-se que o agente atuou apenas com negligência consciente [art. 15.º/a)].

- Ilicitude

  Não existem causas de justificação.

- Culpa

  Não existem causas de exclusão da culpa.

- Punibilidade

  Rodrigo responde, assim, pelo crime de ofensa à integridade física negligente, previsto no art. 148.º/1.

Homicídio por omissão (arts. 131.º e 10.º)

- Tipicidade objetiva

  Deve equacionar-se a responsabilidade de *Rodrigo* na morte de *Sebastião* por comissão por omissão, na medida em que, perante um risco pré-existente para a vida deste último (aliás gerado pelo próprio *Rodrigo*), *Rodrigo* nada fez no sentido de evitar a morte de *Sebastião*, e, bem assim, por estar em causa a possível imputação do crime de homicídio, que, tratando-se de um crime de resultado, preenche o requisito de equiparação da omissão à ação afirmado no art. 10.º/1.
  Sendo *Rodrigo* responsável pela criação de um risco proibido para a integridade física de *Sebastião*, risco esse que se materializou num resultado de efetiva lesão, o certo é que, por conta dessa sua conduta precedente perigosa, *Rodrigo* estava investido numa posição de garante relativamente a *Sebastião*, fundada em ingerência ilícita (art. 10.º/2), no momento em que se dá a morte deste último.
  Todavia, embora investido na sobredita posição de garante, *Rodrigo*, nas condições de tempo, modo e lugar em que decorreu o acontecimento, não dispunha sequer de capacidade individual de ação que lhe permitisse neutralizar os riscos que incidiam sobre *Sebastião* nem promover em tempo útil qualquer ação salvadora, já que *Rodrigo* foi fisicamente impedido de agir por ação de terceiros.
  Sendo a capacidade individual de ação por parte do omitente um requisito típico estrutural da responsabilidade penal por omissão, a falta de preenchimento desse requisito típico no caso vertente não só afasta a responsabilidade de *Rodrigo* por homicídio por omissão como impede, do mesmo modo, a responsabilização de *Sebastião* por omissão (pura) de auxílio (art. 200.º).