



Direito Penal II – 3.º Ano – Dia TB / 2022-2023

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Professor Doutor Alaor Leite, Mestre João Matos Viana, Mestre Bernardo Costa Faria e Lic.^a Inês Vieira Santos

Exame Escrito – 20 de junho de 2023

90 minutos

O fura-filas

A doença *Palud-40* era, com elevada probabilidade, fatal para os doentes cardíacos. Foi, então, descoberta uma vacina eficaz que, também com elevada probabilidade, evitava que a doença provocasse a morte dos doentes. A vacina começou a ser distribuída pelos doentes cardíacos, os quais, segundo a Instrução n.º 8 do Ministério da Saúde, eram ordenados numa lista, segundo a sua idade, sendo a vacina administrada do mais velho para o mais novo.

Alice, Cardiologista, acedeu ao sistema informático do seu Hospital e alterou a data de nascimento de **Bento**, seu doente, por quem tinha amizade, “*tornando-o 10 anos mais velho*”. Assim, **Bento** passou à frente de **Carlos** na lista, o que significou que, naquela sexta-feira, **Bento** tenha sido o último candidato a ser vacinado no Centro de Vacinação Sul, passando **Carlos** para a segunda-feira seguinte. Nesse sábado, **Carlos** contraiu a doença e morreu.

À porta do Centro de Vacinação Sul, concentrou-se grupo de manifestantes antivacinas. **Daniel**, o líder do grupo, convenceu **Ernesto**, acérrimo defensor da causa, a atirar uma bola de golfe contra **Francisca**, Coordenadora Geral do programa de vacinação, quando esta estivesse a entrar nas instalações, para realizar uma visita de inspeção. Quando **Francisca** entrava no edifício, rodeada de uma multidão que se acotovelava à sua volta, **Ernesto** arremessa a bola de golfe, mas falhou o alvo e acertou em **Guilherme**, que estava encostado ao ombro da Coordenadora. **Guilherme** ficou com um hematoma no braço.

No mesmo dia, à noite, **Henrique** e **Inês**, conhecidos traficantes de fármacos, decidem assaltar o Centro de Vacinação Sul, para subtrair o *stock* de vacinas. Nenhum sabia do plano do outro. **Henrique**, sentado num carro estacionado nas traseiras do Centro, e utilizando o portátil, consegue *hackear* o sistema do Centro, desligando os alarmes e destrancando a porta principal. Nesse momento, **Inês**, que nem se lembrara dos alarmes e se preparava para arrombar a porta

principal, limita-se a rodar a maçaneta, entra no edifício e coloca as vacinas na mochila. Quando **Henrique** sai do carro, ainda vê **Inês** a sair a correr do edifício e a fugir com a mochila cheia. **Henrique** percebe, então, que já nem vale a pena entrar no Centro, abandonando o local.

Durante a investigação, apurou-se que **Guilherme** era um ativista antivacinas extremamente violento que planeava matar a Coordenadora. Quando foi atingido pela bola de golfe, tinha um canivete na mão e ia desferir um golpe mortal em **Francisca**.

Analise a responsabilidade penal de **Alice** (4v), **Daniel** (3v), **Ernesto** (5v), **Henrique** e **Inês** (6v).

Ponderação global: 2 v. - correção da escrita, clareza das ideias, organização da resposta e capacidade de síntese.

GRELHA DE CORREÇÃO

1. Eventual punibilidade de Alice – homicídio simples de Carlos (artigo 131.º do CP)

a) Tipicidade objetiva

- *Agência:* Alice é autora imediata, uma vez que controla a execução do comportamento em causa (*domínio da ação*).
- *Conduta:* mesmo que, a final, o comportamento de Alice tenha provocado a eliminação de um possível meio de salvamento de Carlos, o qual, portanto, veio a ser omitido, ainda assim, o seu comportamento deve ser caracterizado como uma ação, pois o agente interfere com o curso expetável dos acontecimentos (*interrupção de processo causal salvador*).
- *Causalidade entre ação e resultado / imputação objetiva do resultado:* neste ponto, pretende-se avaliar se o aluno domina os conceitos fundamentais da causalidade e da imputação objetiva, pelo que a solução encontrada poderá ser positivamente valorada, dependendo da sua fundamentação.

Numa lógica de causalidade, a heurística contrafactual implicaria, por um lado, eliminar mentalmente a ação de falsificação praticada por Alice e, por outro lado, reconstituir mentalmente a sequência exetável dos acontecimentos, caso essa ação de falsificação não tivesse ocorrido.

Nesta hipótese, caso fosse possível concluir – o que sempre seria uma tarefa especialmente problemática, nomeadamente em termos probatórios – que, eliminando mentalmente a falsificação dos dados de identificação de Bento por parte de Alice, **1)** teria sido precisamente Carlos, e não um outro qualquer candidato, a receber a vacina que acabou por ser inoculada em Bento e **2)** com probabilidade raiana da certeza, essa vacina teria impedido a morte de Carlos, então, seria possível afirmar que a morte de Carlos (também) foi causada pela ação de Alice.

Numa lógica de imputação objetiva, caso antes se tivesse excluído a causalidade, então estaria também excluída essa mesma imputação objetiva. No caso inverso – ou seja, caso a causalidade fosse afirmada –, então, seguindo a teoria do risco, poder-se-ia equacionar o preenchimento do respetivo primeiro patamar (criação ou aumento de risco proibido): não era imprevisível, para um homem razoavelmente diligente, que, ao adular, de forma fraudulenta, a ordem dos candidatos a receber a vacina, houvesse um candidato que não iria receber a sua dose, no momento que lhe era devido, segundo os critérios regulamentarmente instituídos, ficando esse candidato, portanto, por essa razão, exposto a um risco de morte.

Quanto ao segundo patamar desta teoria, ou seja, a explicação do resultado pelo carácter proibido do risco (ou a concretização desse risco proibido no resultado): poder-se-ia questionar o tema da esfera de proteção da norma de cuidado violada, verificando se os critérios de ordenação estabelecidos pela Instrução do Ministério da Saúde visavam proteger a vida dos candidatos (por exemplo, porque os mais velhos tinham mais possibilidade de contrair a doença e/ou menos possibilidade de sobrevivência) ou se, ao invés, traduzia, apenas, uma forma de distribuição dos candidatos pelos vários *slots* de horário disponíveis, atendendo à escassez dos recursos para administrar as vacinas. Apenas no primeiro caso poderia estar em causa a inclusão deste resultado morte na esfera de proteção da norma de cuidado violada.

b) Tipicidade subjetiva

- Neste caso, poderia ser discutido se Alice atuou a título de dolo eventual ou negligência consciente.

Neste ponto, pretende-se avaliar se o aluno domina os conceitos fundamentais da distinção entre dolo eventual e negligência consciente, pelo que a solução encontrada poderá ser positivamente valorada, dependendo da sua fundamentação.

Em qualquer caso, considerando os dados da hipótese, dificilmente se poderia entender que Alice levou a sério (e entrou seriamente em linha de conta com) a possibilidade de a concreta pessoa que foi “ultrapassada” por Bento na lista apanhar a doença naquele intervalo de tempo, morrendo em consequência.

Ao invés, parece mais compatível com as regras de experiência comum admitir que Alice confiou que esta alteração da lista – sendo apenas de uma pessoa, o que implicaria uma alteração mínima do “tempo” de administração das doses – não implicaria qualquer resultado lesivo da vida ou da saúde dos candidatos.

Nessa medida, caso se sustentasse a existência de tipicidade objetiva, em princípio, apenas se poderia admitir um crime na forma negligente.

- c) Ilicitude, culpa e punibilidade** – não existem quaisquer causas de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpa, de desculpa ou de não punibilidade.

2. Eventual punibilidade de Ernesto – ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do CP)

a) Tipicidade objetiva

- *Agência*: Ernesto é autor imediato, uma vez que controla a execução do comportamento em causa (*domínio da ação*).
- *Conduta* (contra Francisca): Relativamente à bola de golfe arremessada contra Francisca (falhando o alvo): Ernesto pratica atos de execução de um

crime de ofensa à integridade física que decidiu praticar, considerando a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 22.º do CP, uma vez que o arremesso de uma boa de golfe é idóneo a provocar danos corporais. Uma vez que tais danos corporais não se consumaram, poderia estar em causa uma responsabilidade por tentativa.

Contudo, o tipo previsto no artigo 143.º do CP, não admite a forma tentada, uma vez que a punibilidade da tentativa não é ressalvada e a pena prevista para o crime consumado não é superior a 3 anos de prisão.

A solução seria diferente se o aluno sustentasse a existência de uma ofensa à integridade física qualificada (artigo 145.º do CP), por exemplo, pelo facto de Francisca ser cidadã encarregada de serviço público.

Em qualquer caso, não se exige que o aluno identifique a eventual aplicação do artigo 145.º do CP. Exige-se, apenas, que o aluno equacione, de forma fundamentada, o tema da punibilidade desta tentativa.

- Resultado típico (contra Guilherme): Relativamente à bola de golfe que acabou por atingir Guilherme: sob a perspetiva de qualquer conceção de causalidade ou imputação objetiva, o resultado “ofensa à integridade física” de Guilherme pode ser imputado a Ernesto.

***b*) Tipicidade subjetiva**

- Está em causa a execução defeituosa, por parte de Ernesto, da ação criminosa, existindo um objeto da ação visado, mas não atingido (Francisca) e um objeto da ação atingido, mas não visado (Guilherme).
- Segundo a teoria da equivalência, uma vez que os bens jurídicos em causa são tipicamente idênticos, o agente poderia responder por um crime de ofensa à integridade física consumado e doloso.
- Contudo, tal conceção não revela capacidade analítica para distinguir a forma como ambos os bens jurídicos são afetados pelo comportamento do agente, adequando a punição em conformidade. Em particular, não consegue captar o facto de um dos bens ser meramente ameaçado e o outro ser efetivamente lesado. Neste sentido, nos casos de erro na execução (*aberratio ictus*), a teoria da concretização sustenta a punição do agente pela tentativa, em relação ao bem jurídico visado, em concurso efetivo ideal com o crime consumado

negligente, em relação ao bem jurídico atingido (uma vez que, quanto a este, em princípio, o agente nem sequer o representou ou, representando-o, não se conformou com a sua lesão).

- No que diz respeito à tentativa de ofensa à integridade física contra Francisca: Ernesto seria punido, ou não, consoante a conclusão sustentada sobre a punibilidade dessa mesma tentativa.
- No que diz respeito à ofensa à integridade física consumada contra Guilherme: não existe qualquer motivo de exclusão do dolo, seja pela dimensão cognitiva (erro), seja pela dimensão volitiva (não conformação). Com efeito, considerando os factos da hipótese, em particular, o facto de existir um grande aglomerado de pessoas, em grande agitação, em redor da pessoa-alvo, e de a pessoa-atingida estar fisicamente encostada à pessoa-alvo, Ernesto não podia ter deixado de representar a possibilidade de atingir Guilherme, levando a sério essa mesma possibilidade e, ainda assim, agindo (dolo eventual). O aluno deveria aqui discutir a diferença entre os casos de erro na execução e os de dolo alternativo. No caso em análise, a solução preferível é o dolo alternativo, que se traduz, na prática, na verificação de dolo eventual em relação ao objeto da ação atingido. A resposta escolhida será valorizada em função da fundamentação.
- Nessa medida, está verificada a tipicidade subjetiva, a título de dolo eventual, da ofensa à integridade física consumada de Guilherme. Caso se entenda que a tentativa de ofensa à integridade física contra Francisca é punível, existe uma situação de concurso aparente, em que o agente seria punido pelo crime mais grave, por ter havido um único arremesso, não obstante ter havido dois objetos da ação visados, um com dolo direto (Francisca) e outro com dolo eventual (Guilherme). Com efeito, querendo atingir Francisca e admitindo poder atingir Guilherme, o agente colocou estas hipóteses em alternativa (*ou atinge Francisca, que seria a solução desejada, ou atinge Guilherme, que seria a solução não desejada, mas aceite*), não se justificando a punição cumulativa por ambos os crimes.

c) Ilicitude:

- Estão verificados os pressupostos objetivos da legítima defesa, pois existia uma agressão atual e ilícita contra a vida de Francisca, mas Ernesto não os representa (faltando o elemento subjetivo da causa de exclusão da ilicitude).
- Nessa medida, verifica-se uma situação de legítima defesa objetiva, aplicando-se, por analogia (favorável) o disposto no artigo 38.º, n.º 4, do CP.
- O agente é punido a título de tentativa pois, estruturalmente, o seu comportamento corresponde a uma tentativa: existe o desvalor da ação, pois esta tinha como propósito lesar a integridade física alheia, mas não existe o desvalor do resultado, o qual era permitido pelo Direito: salvar a vida alheia.
- Caso se sustente que o artigo 38.º, n.º 4, do CP manda aplicar todo o regime da tentativa, e não apenas a pena da tentativa, então Ernesto não seria punido, uma vez que a ofensa à integridade física simples não admite a forma tentada (neste caso, seria mais difícil equacionar uma ofensa à integridade física qualificada, que implicasse a punibilidade da tentativa; contudo, a resposta será aceite se o aluno a fundamentar).

d) Culpa e punibilidade – não existem quaisquer causas de exclusão da culpa, de desculpa ou de não punibilidade.

3. Eventual punibilidade de Daniel – ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do CP)

a) Tipicidade objetiva

- *Agência*: Daniel é instigador, pois determina Ernesto à prática de um facto, nos termos do artigo 26.º, 4.ª parte, do CP. Neste caso, verifica-se um caso de *determinação* (instigação) e não de *instrumentalização* (autoria mediata), uma vez que Ernesto é plenamente responsável, tendo capacidade de culpa, representando corretamente o mundo à sua volta e orientando a sua vontade, de forma correspondente. Não existe, portanto, casos de inimputabilidade, erro ou coação.
- Quer os atos de execução de Ernesto em relação a Francisca (atirando-lhe a bola de golfe, mas falhando), quer o resultado de ofensa à integridade física

de Guilherme (acertando-lhe com a bola de golfe) podem ser atribuídos à ação instigadora, não havendo aqui, por parte de Ernesto, qualquer excesso face à determinação realizada por Daniel: no momento em que Daniel realiza a intervenção psicológica sobre o instigado era previsível que este tentasse acertar em Francisca, mas, considerando o aglomerado de pessoas em causa, era também previsível que a bola de golfe acertasse num terceiro.

- Conforme antes referido (a propósito de Ernesto), o tipo de ilícito de ofensas à integridade física simples não admite a forma tentada, razão pela qual o autor imediato (Ernesto) não praticou um facto típico e ilícito, no que diz respeito à tentativa de ofensas à integridade física simples de Francisca.

Caso se entenda a instigação como forma de participação, na medida em que o instigador não exerce domínio positivo sobre a execução do facto, o qual é deixado, no que diz respeito à sua efetiva concretização, à decisão do instigado: neste caso, falharia a dimensão qualitativa do princípio da acessoriedade limitada (o autor imediato não praticou um facto típico e ilícito). Daniel também não seria punido.

A mesma conclusão seria de sustentar, caso se entendesse a instigação como forma de autoria, por se considerar que existe conformação, por antecipação, e por parte do instigador, de todos os elementos constitutivos do ilícito: o início da execução de que fala o artigo 26.º, 4.ª parte, do CP, não pode ser de um facto qualquer, tendo de ser antes de um facto penalmente relevante (de um facto típico).

- Ao invés, caso se entendesse, conforme antes explicado, que se tratava de uma tentativa (punível) de ofensa à integridade física qualificada contra Francisca, então, o instigador Daniel poderia ser punido, independentemente de se sustentar a instigação-autoria ou a instigação-participação.
- No que diz respeito à ofensa à integridade física consumada de Guilherme: verificámos antes que, caso se entendesse que se tratava de uma ofensa à integridade física simples, então, por aplicação analógica do artigo 38.º, n.º 4, do CP, estaríamos perante uma tentativa não punível (o mesmo não acontecendo se se defendesse a existência de uma ofensa à integridade física qualificada). Este problema será tratado adiante, a propósito da ilicitude.

b) Tipicidade subjetiva:

- Daniel agiu com dolo direto face a Francisca.
- Daniel agiu com dolo eventual face a Guilherme.

c) Ilicitude:

- No que diz respeito à ofensa à integridade física consumada de Guilherme, conforme antes analisado, o autor imediato beneficia da aplicação analógica do artigo 38.º, n.º 4, do CP, o que reduz o grau de ilicitude do seu comportamento, por desconsideração do desvalor do comportamento, mantendo, apenas, o desvalor da ação.
- Conforme resulta, entre o mais, dos artigos 28.º e 29.º do CP, as circunstâncias relevantes para fundamentar e graduar a ilicitude são comunicáveis entre participantes. Nessa medida, o instigador também vai beneficiar da aplicação analógica do referido artigo 38.º, n.º 4, do CP.
- Sendo assim, neste caso a punição do instigador segue exatamente aquilo que se disse para o autor imediato: não punível se se considerar existir o tipo simples; punível, se se considerar existir o tipo qualificado.

4. Eventual punibilidade de Henrique e Inês – furto qualificado (artigo 204.º do CP)

- No que diz respeito a Inês, o preenchimento de todas os elementos constitutivos do crime (tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade) é absolutamente evidente, não suscitando qualquer dúvida ou hesitação. Com a exceção do tema da agência.
- Com efeito, Inês contou com o auxílio material de Henrique para realizar o assalto, o qual, aliás, até se poderia qualificar como absolutamente essencial, e sem o qual o plano de Inês nunca teria funcionado, na medida em que, conforme referido na hipótese, Inês nem sequer se tinha lembrado dos alarmes.
- Ainda assim, é necessário afastar qualquer relação de participação entre ambos, seja de coautoria, seja de autor imediato / cúmplice, uma vez que não existe o elemento subjetivo destas formas participativas. No caso de coautoria faltaria,

pelo menos, a consciência mútua de colaboração. No caso de cumplicidade, faltaria o duplo dolo do cúmplice. São ambos autores (imediatos) paralelos.

- Analisando agora a responsabilidade de Henrique:

a) Tipicidade objetiva:

- *Agência*: autor imediato
- *Ação*: pratica atos de execução de um crime de furto qualificado, que decidiu cometer, nos termos do artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do CP. A este propósito, existe estreita conexão temporal e espacial entre o ato de desligar os sistemas de segurança do edifício e o expectavelmente subsequente ato da alínea a), que seria o ato de entrar no edifício e subtrair a coisa (trata-se de um crime de execução vinculada). Por outro lado, já existe uma situação de imediata perigosidade para o bem jurídico, que já se encontra numa situação de insegurança existencial, a qual, salvo fatores imprevisíveis, iria conduzir ao ato de subtração.
- Não tendo havido subtração da coisa, não houve consumação do crime, estando em causa, apenas, uma eventual responsabilidade por tentativa.

b) Tipicidade subjetiva – dolo direto.

c) Ilicitude e culpa – não existem causas de exclusão da ilicitude, de exclusão da culpa ou de desculpa.

d) Punibilidade – no caso de furto qualificado, atendendo à moldura penal aplicável, a tentativa é punida (artigo 23.º, n.º 1, do CP).

Neste caso, Henrique abandonou voluntariamente o local, pelo que se poderia equacionar a desistência voluntária, nos termos do artigo 24.º do CP, como causa de não punição. Contudo, essa voluntariedade deve ser recusada, pois a desistência foi imposta ao agente por circunstâncias externas à sua vontade, não tendo este assumido o domínio e o controlo do processo de decisão de não violação do bem jurídico. Naquelas circunstâncias, abandonar o local seria a decisão racionalmente expectável, de acordo com o próprio plano criminoso.

Neste caso, trata-se de uma tentativa falhada e não de uma tentativa impossível: quando Henrique pratica os primeiros atos de execução puníveis, existia efetivamente o objeto essencial à consumação do crime. Pelo que não é possível a aplicação do artigo 23.º, n.º 3, do CP.