



Direito Penal II
3.º Ano – Dia – Turma A
Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma
Colaboração: Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim,
Rita do Rosário e Nuno Igreja Matos
Exame época normal – 7 de junho de 2023
Duração: 120 minutos

“O Otelo da Mouraria”

Otelo, militar na reserva, morava num bairro de Lisboa com a sua companheira, **Desdémoma**, mulher mais jovem, e tinha frequentes crises de ciúmes. **Iago**, que gostaria que **Desdémoma** deixasse o marido para ir viver com ele, convenceu **Otelo** de que ela o traía com **Cássio**, seu vizinho, para provocar a separação do casal. **Otelo**, convencido de que lhe fora contada a verdade, embriagou-se para ter coragem para matar **Desdémoma** nessa noite, segundo confessou a **Iago**. **Iago** nada fez para o dissuadir.

Quando, embriagado, **Otelo** chegou a casa, **Desdémoma**, avisada pelo próprio **Iago**, com quem mantinha uma relação amorosa, tinha preparado uma refeição em que inserira um calmante forte para deixar o marido inconsciente. Porém, não o poderia conseguir, porque se tratava de um placebo inócuo.

Iago, temendo que **Otelo** matasse **Desdémoma**, seguiu-o munido de uma arma de fogo e bateu à porta da sua casa. **Otelo** mandou-o entrar e convidou-o para partilhar a refeição que **Desdémoma** deixara na sala para que o marido se servisse. **Iago** pôs o garfo na comida para iniciar a refeição, mas **Otelo** não o chegou a fazer por falta de apetite. Nesse momento, **Desdémoma** entrou na sala e começou a gritar para que **Iago** não continuasse a comer. **Otelo**, perante a cena, confuso devido à embriaguez, aproximou-se de **Desdémoma** e começou a apertar-lhe o pescoço, para se vingar por causa dos ciúmes. No entanto, por falta de força, deixou-a apenas inconsciente.

Iago, disparou então a arma na direção de **Otelo**, para o atingir na cabeça, a pretexto de defender **Desdémoma**, mas atingiu **Cássio**, o vizinho de que lhe falara. Efetivamente, minutos antes, **Cássio**, ao ouvir gritos, e pensando tratar-se de um assalto, entrara em casa de **Otelo** munido de uma caçadeira. E no exato momento em que **Iago** disparava contra **Otelo**, **Cássio**, disparou contra **Iago**, o suposto assaltante, ferindo-o numa perna.

No hospital, **Iago**, debilitado com o ferimento, contraiu uma grave infeção provocada por uma bactéria multirresistente e ficou meses internado, tendo corrido risco de vida. **Cássio**, ferido de raspão na perna, não ficou internado no hospital.

Determine a responsabilidade jurídico-penal dos intervenientes.

Cotações: Otelo – 5 vls.; Iago – 5 vls.; Desdémoma – 4 vls.; Cássio – 4 vls.; Ponderação global: 2 vls.

Tópicos de correção

Otelo

Homicídio qualificado de Desdémoma na forma tentada – art. 131.º, 132.º, n.º 2, al. b) e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: O é autor imediato da tentativa de homicídio de D, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

À luz da teoria do risco, O criou um risco proibido para o bem jurídico vida de D, ao apertar-lhe o pescoço, para se vingar por causa dos ciúmes, mas por falta de força deixou-a apenas inconsciente, o que leva à conclusão de que esse risco não se concretizou na produção do resultado morte, falhando por isso a conexão de risco.

Subsiste ainda a possibilidade de punição por tentativa de homicídio qualificado [art. 132.º, n.º 2, al. b)], uma vez que O praticou um ato de execução idóneo, numa perspetiva *ex ante*, a produzir o resultado morte, segundo uma conceção material-objetiva, claramente espelhada na al. b) do art. 22.º, n.º 2, existindo, portanto, uma conexão causal com o resultado.

Tipicidade subjetiva: O representou e quis produzir o resultado morte de D, pelo que agiu com dolo direto intencional (art. 14.º, n.º 1 e 22.º, n.º 1).

Ilicitude: Não existem quaisquer causas de exclusão da ilicitude.

Culpa: No momento da prática do facto, O encontrava-se embriagado, o que poderá suscitar uma discussão sobre o seu estado de inimputabilidade, designadamente se este estará incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação (art. 20.º, n.º 1). Em qualquer caso, O colocou-se nesse estado pré-ordenadamente para praticar o facto típico, pelo que estamos perante uma situação de *actio libera in causa* (art. 20.º, n.º 4), não sendo de afastar a sua capacidade de culpa.

Punibilidade: A tentativa de homicídio qualificado é punível nos termos do art. 23.º, n.º 1.

Iago

Homicídio de Desdémoma na forma tentada – art. 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: I é cúmplice da tentativa de homicídio de D, nos termos do art. 27.º. De afastar será a conclusão de que I é instigador, na medida em que ele não criou de forma cabal a decisão de praticar o facto típico e ilícito em O, não determinando dolosamente o autor material O à prática de atos de execução, limitando-se a atuar como um cúmplice moral, sem que tivesse praticado quaisquer atos de execução. Sendo de admitir que I sabia que O tinha frequentes crises de ciúmes e, uma vez que que gostaria que D deixasse o marido para ir viver com ele, I limitou-se a aproveitar-se de uma fragilidade já conhecida de O, convencendo-o de que a sua mulher o traía com um vizinho. Assim, podemos então dizer que I induziu meramente O à prática do facto, influenciando a sua decisão de o praticar, sendo, por isso, cúmplice.

A prática de atos de execução pelo autor [art. 22.º, n.º 2, al. b)] implica o início da tentativa também para o cúmplice, pelo que se encontra preenchida a exigência da acessoriedade na sua vertente quantitativa, prevista no art. 27.º, n.º 1.

Tipicidade subjetiva: Apesar de o fito de I ter sido provocar a separação do casal, os dados da hipótese permitem argumentar que este representou como possível a indução em O de matar D, tendo-se conformado com isso. Para além disso, terá representado como possível que O matasse D e ter-se-á conformado com tal possibilidade, nada tendo feito para o dissuadir, mesmo quando D lhe confessou que pretendia matar a mulher. Com efeito, I agiu com duplo dolo eventual, nos termos do art. 14.º, n.º 3, pois, tendo tomado a sério a possibilidade de realização do tipo, levou a cabo uma decisão pela lesão de bens jurídicos. I aceitou seriamente o risco na base da sua deliberação, de forma compensatória, porquanto ao sopesar os prós e contras da sua ação, terá concluído que o risco da mesma seria compensado pelas eventuais vantagens que dela se retirariam. I até tentou evitar a morte de D num segundo momento, mas não deixou de correr esse risco inicialmente. Deste modo, foi prestado auxílio a um facto doloso, nos termos do art. 27.º, n.º 1.

Também seria admissível a exclusão do dolo eventual, desde que fundamentada, nomeadamente considerando que: (i) I poderia não saber que O era violento e tinha crises de ciúmes; (ii) I pretendia

que D fosse viver com ele, e, bem assim, (iii) que I adota pelo menos uma medida de não conformação com o risco, ao seguir O munido de arma de fogo por temer que este matasse D. Assim, poder-se-ia sustentar que, à luz de um padrão de racionalidade do comportamento global, não seria compatível com a intenção de I de que D deixasse o marido para ir viver com ele que O a matasse, havendo por isso uma certa irracionalidade nesse desfecho relativamente à sua motivação. I ter-se-ia, então, limitado a menosprezar, a minimizar o risco da sua conduta, o que seria compatível com o comportamento negligente. Com estes argumentos, seria admissível afastar o dolo eventual e, assim, também a cumplicidade.

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

Culpa: Nos termos do art. 29.º cada participante é punido segundo a sua culpa. Para além disso, o art. 28.º apenas prevê a comunicabilidade de circunstâncias fundamentadoras da ilicitude ou modificativas do seu grau, pelo que fica de fora da sua aplicação as qualidades ou relações especiais do agente que fundamentam o juízo de culpa. Assim, I só pode ser punido por referência ao art. 131.º e não ao art. 132.º, n.º 2, al. b).

Punibilidade: I vai ser punido com a pena fixada para o autor, especialmente atenuada, nos termos do art. 27.º, n.º 2.

Homicídio de Otelo na forma tentada – art. 131.º e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: I é autor imediato, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

I criou um risco proibido para a vida de O, ao disparar a arma na direção da sua cabeça, mas esse risco não se materializou no resultado morte de O, pois I acabou por atingir C. Inexiste, portanto, conexão de risco, podendo I ser ainda punido a título de tentativa, visto que foi praticado um ato de execução idóneo, num prisma *ex ante*, a produzir o resultado morte, segundo uma conceção material-objetiva, claramente espelhada na al. b) do n.º 2 do art. 22.º.

Tipicidade subjetiva: I representou e quis produzir o resultado morte de O, pelo que agiu com dolo direto intencional (art. 14.º, n.º 1, e 22.º, n.º 1).

Ilícitude: I disparou a arma na direção de O, a pretexto de defender D, pelo que seria de ponderar a existência de uma situação de legítima defesa. Todavia, quando I disparou D já estaria inconsciente e não temos quaisquer dados que nos permitam concluir que O iria continuar a apertar o pescoço de D, porquanto temos a indicação de que O já não tinha força. Assim, O já teria cessado a agressão. Deste modo, ainda que se pudesse sustentar a verificação do elemento subjetivo da legítima defesa – não sendo necessário a existência de um *animus defendendi*, I tinha conhecimento da situação defensiva –, não se encontra preenchido o pressuposto da atualidade da agressão, nos termos do art. 32.º, uma vez que já teriam cessado os atos de execução por parte de O.

Para além disso, ainda que pudesse admitir-se ser necessária a defesa no caso concreto, dada a natureza dos bens jurídicos em causa, integrantes do núcleo da igual e essencial dignidade da pessoa humana, sempre se deve acrescentar que falharia o requisito da necessidade do meio, porquanto I disparou na direção da cabeça de O, pelo que, de entre os meios idóneos para fazer cessar a agressão, não utilizou o meio menos gravoso para o agressor. Todavia, não seria possível aplicar a atenuação da pena prevista no art. 33.º, n.º 1, uma vez que não estão configurados *prima facie* os pressupostos de uma situação de legítima defesa.

Desde que devidamente fundamentado, poderia aqui, em alternativa, defender-se a existência de um erro sobre os pressupostos da legítima defesa (art. 16.º, n.ºs 2 e 3), na eventualidade de se extrair do “pretexto de defender” uma errónea perceção sobre a atualidade da agressão. Porém, se fosse seguido este caminho, por força da combinação do erro com o excesso, e uma vez que o excesso não é motivado pelo erro, haveria que proceder à aplicação analógica do art. 33.º, n.º 1.

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

Punibilidade: A tentativa de homicídio simples é punível, nos termos do art. 23.º, n.º 1.

Ofensa à integridade física negligente de Cássio – art. 148.º do CP

Tipicidade objetiva: I é autor imediato, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

I criou um risco proibido para a integridade física de C, tendo esse risco sido materializado no resultado ofensas corporais, pois acabou por atingir C. Existe, portanto, conexão de risco, havendo lugar a imputação objetiva.

Tipicidade subjetiva: I atingiu C devido a um erro de execução (*aberratio ictus vel impetus*), não tendo sequer representado a possibilidade de atingir C e não se tendo conformado com essa mesma possibilidade, pelo que se exclui o dolo. O tipo de ofensa à integridade física prevê a tipicidade negligente, nos termos do art. 148.º, n.º 1. Para além disso, poder-se-á concluir que I incumpriu o dever objetivo de cuidado que sobre ele impendia e que levou à produção do resultado típico, devido ao facto de estar a utilizar uma arma de fogo. I agiu com negligência inconsciente, segundo o art. 15.º, al. b).

Ilicitude: Ainda que se ponderasse a hipótese de o I estar a agir em legítima defesa, por existir uma agressão atual de C contra si, sempre se diria que esta não era ilícita, pois a agressão de C estaria justificada. O facto praticado por I é, assim, ilícito.

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

Desdémona

Ofensa à integridade física qualificada de Otelu na forma tentada – art. 145.º, e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: D é autora imediata da tentativa de ofensa à integridade física qualificada de O, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

À luz da teoria do risco, poder-se-ia considerar que D teria criado um risco proibido para o bem jurídico vida de O, ao preparar-lhe uma refeição em que inserira um calmante forte na comida, para o deixar inconsciente, deixando a refeição na sala para que o marido se servisse, ainda que este não tivesse chegado a comer. Mas estaríamos perante uma tentativa impossível, porquanto o meio empregado por D (um placebo inócuo) era inapto à consumação do crime. Na linha do Prof. Figueiredo Dias, essa inaptidão não é absolutamente manifesta, pois, à luz da teoria da aparência de perigo, um observador médio, colocado na posição do agente, numa perspetiva *ex ante*, não conseguiria discernir se D estava a colocar um placebo inócuo na refeição do marido, tendo sido, portanto, abalada a confiança comunitária na vigência e na validade da norma de comportamento. Deste modo, haveria atos de execução, nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 22.º, tendo sido afetadas as condições de segurança existencial do bem jurídico integridade física de O. Não sendo aqui necessária uma direta conexão causal, nem um perigo concreto num sentido causal, também não é suficiente a perigosidade abstrata *ex ante* da ação. Mas, no caso vertente, poder-se-á identificar uma expressa relação com afetação do bem jurídico integridade física de O, que nos permite concluir que a seguir a este ato, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, para o observador médio, e pela natureza das coisas, será de esperar que lhe siga um ato causal da al. b) do n.º 2 do art. 22.º. Ainda que se pudesse sustentar que o mero ato de preparar a refeição com o suposto calmante forte seria ainda um ato preparatório, o ato de deixar esta refeição na sala para que o marido se servisse representa já uma quebra do ambiente de segurança do bem jurídico integridade física. Aqui o plano do agente será um critério coadjuvante na conclusão da existência de atos de execução, enquanto elemento interpretativo da conexão objetiva, que revela perigosidade objetiva à luz da experiência, pois sabemos que D pretendia que o marido ficasse inconsciente. Para além disso, não sendo o critério da distância temporal plenamente decisivo, sempre se diria que o comportamento de D revela uma sequência típica demonstrativa da rutura fundamental das condições de segurança definitiva para o bem jurídico integridade física.

Também existiria já uma conexão de perigo típica, devido à relação de iminente implicação entre este último ato praticado por D – deixar a refeição na sala para que o marido se servisse – e a realização típica, segundo o lapso temporal e o sentido; e o ato penetra já no âmbito de proteção do tipo de crime, intrometendo-se na esfera da vítima.

Diferentemente, para a Prof.ª Maria Fernanda Palma esta tentativa impossível não será punível (23.º, n.º 3), por ser manifestamente impossível. Estamos perante uma inidoneidade absoluta dos meios, não sendo possível conceber um mundo alternativo próximo em que a tentativa seria efetivamente possível. Assim, não existe sequer um comportamento tipicamente perigoso numa perspetiva *ex ante* (perigo abstrato-concreto) para qualquer bem jurídico, não existindo qualquer ato de execução nos termos do artigo 22.º, n.º 2.

Tipicidade subjetiva: Caso se admita ter existido a prática de um ato de execução por parte de D, haverá dolo direto, nos termos do art. 14.º, n.º 1, e 22.º, n.º 1.

Ilícitude: De afastar será a existência de uma situação de legítima defesa, porquanto D apenas sabia, avisada por I, que o marido pretendia matá-la, não se encontrando, portanto, ainda em perigo efetivo o seu bem jurídico vida, na medida em que ainda não tinha havido qualquer ato de execução por parte de O. Não existiu, assim, qualquer agressão atual no momento em D agiu.

No entanto, será de considerar que poderíamos estar diante de uma situação de legítima defesa preventiva, enquanto uma causa de justificação supralegal. Admitindo a atribuição de uma proteção jurídica ao defendente nestes casos, por forma a anular a potencialidade de lesão do bem jurídico vida de D e incrementar a segurança em torno daquele, desde que exista um potencial agressor e previsibilidade da agressão, sendo que após o desencadear da agressão não seria possível reagir com êxito. Portanto, apesar de quando D preparou a refeição para o marido não existir ainda qualquer agressão atual e ilícita por parte deste último, existe já uma representação de perigo, tendo sido afetadas a confiança e segurança quanto à proteção do bem jurídico vida de D. Caso se analisasse ainda o presente caso à luz da doutrina dos limites ético-sociais da legítima defesa, ou da própria necessidade da defesa, e considerando a relação de proximidade existencial que D detinha com o seu marido, também nesse caso haveria lugar a justificação, pois D escolheu um meio menos gravoso de defesa.

Ofensa à integridade física de Iago na forma tentada – art. 143.º, e 22.º do CP

Tipicidade objetiva: D é autora imediata da tentativa de ofensa à integridade física de I, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

Tal como referido anteriormente, estamos perante uma tentativa impossível, porquanto o meio empregado por D era inapto à consumação do crime. Segundo a teoria da aparência de perigo essa inaptidão não é absolutamente manifesta, pois um observador médio, colocado na posição do agente, numa perspetiva *ex ante*, não conseguiria discernir se D estava a colocar um placebo inócuo na refeição do marido, tendo sido, portanto, abalada a confiança comunitária na vigência e na validade da norma de comportamento. Deste modo, haveria atos de execução, nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 22.º, tendo sido afetadas as condições de segurança existencial do bem jurídico integridade física de I, valendo aqui o *supra* exposto relativamente à ofensa à integridade física qualificada de O na forma tentada.

Diferentemente, para a Prof.ª Maria Fernanda Palma esta tentativa impossível não será punível (23.º, n.º 3), uma vez que estaríamos perante uma inidoneidade absoluta dos meios, não existindo qualquer ato de execução.

Tipicidade subjetiva: Caso se admita ter existido a prática de um ato de execução por parte de D, haverá dolo direto, nos termos do art. 14.º, n.º 1, e 22.º, n.º 1.

Ilícitude: Não existem quaisquer causas de justificação.

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

Punibilidade: A tentativa, porém, não é punível, nos termos do art. 23.º, n.º 1.

Cássio

Homicídio na forma tentada – art. 131.º e 22.º do CP / Ofensa à integridade física grave de Iago – art. 143 e 144.º, d) do CP

Tipicidade objetiva: I é autor imediato, nos termos do art. 26.º, primeira alternativa.

Segundo a teoria da causalidade adequada, é previsível, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer, mediante a realização de um juízo de prognose póstuma, que alguém internado no hospital e debilitado por força de um ferimento, venha a contrair uma bactéria multirresistente que lhe cause risco de vida. Deste modo, a conduta de C foi causa adequada do resultado ofensa à integridade física grave de I.

Também à luz da teoria do risco é possível concluir que existe imputação objetiva, pois foi criado um risco, segundo um juízo *ex ante*, de prognose póstuma; o risco era proibido, porquanto houve violação de uma norma geral de cuidado, e foi o risco criado pela ação típica de C que se veio a concretizar

no resultado típico ofensa à integridade física grave de I, segundo um juízo *ex post*, existindo, então, conexão de risco. Assim, C deve responder pelo resultado mais grave, na medida em que este ainda é concretização do risco por ele criado. Caso se sustentasse *infra* que C tinha dolo eventual de homicídio, apesar de ter havido criação de um risco proibido, falha a conexão de risco, podendo apenas admitir-se a punição pelo crime de homicídio na forma tentada, pois existiria uma conexão causal com o resultado [art. 22.º, n.º 2, al. b)].

Tipicidade subjetiva: C representou e quis produzir o resultado ofensa à integridade física grave de I, pois o facto de disparar na direção da perna de I permite concluir que ele terá agido com dolo intencional quanto à produção do resultado mais grave (art. 14.º, n.º 1), ou, pelo menos, ter-se-á conformado com a realização do mesmo (art. 14.º, n.º 3).

À luz do caso, seria também admissível seguir a via da imputação da tentativa de homicídio, caso se sustentasse existir, aqui, dolo eventual quanto a esse crime (14.º, n.º 3).

Ilícitude: C julgava que I era um assaltante, que de facto não era, mas, na verdade, no momento em que C disparou sobre I, este estava a disparar concomitantemente contra O. Desde modo, é possível configurar uma situação de legítima defesa. Os pressupostos desta causa de justificação encontram-se preenchidos, pois existe uma agressão atual [existem atos de execução por parte de I, da al. b) do n.º 2 do art. 22.º] e esta é ilícita (art. 32.º). Para além disso, encontra-se verificado o requisito objetivo da legítima defesa, visto que C utilizou, de entre os meios idóneos para fazer cessar a agressão, o meio menos gravoso para o agressor, pois I também estava munido de uma arma de fogo e C disparou na direção da perna de I. Para além disso, existe necessidade da defesa, visto que os bens jurídicos em causa integram o núcleo da igual e essencial dignidade da pessoa humana.

Para além disso, encontra-se verificado o requisito subjetivo desta causa de justificação, pois não sendo necessário a existência de um *animus defendendi*, C tinha conhecimento da situação defensiva. Assim, o facto de C achar que I era um assaltante torna-se irrelevante, na medida em que a ação de C é conscientemente dirigida a uma defesa, sendo que a existência de uma agressão é motivo determinante do agir. Assim, o facto encontra-se justificado.