



Direito Penal II

3.º Ano – Noite

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Professores Doutores Ricardo Tavares da Silva e António Brito Neves, Mestre Nuno Igreja Matos

Exame época de coincidências – 29 de junho de 2023

Duração: 120 minutos

“O plano enguiçado”

Andreia e **Benjamim** são amantes e pretendem assumir a sua relação. Porém, não o fazem com medo de represálias por parte de **Caetano**, marido de **Andreia**, extremamente ciumento. Não vendo alternativa, planeiam a morte de **Caetano**, o que lhes permitirá, simultaneamente, beneficiar dos 250.000 euros do valor do seguro de vida, além da habitação do casal. Para o efeito, contactam **Dário**, que já havia feito “serviços” semelhantes, e pagam-lhe 5.000 euros. **Dário** aceita, mas, em vez de cumprir o acordado, nada faz e foge com o dinheiro.

Andreia e **Benjamim** decidem, então, realizar eles próprios o facto homicida. Segundo o plano esboçado por eles, **Andreia** esperaria que **Caetano** adormecesse para, depois, o amarrar, garantindo a sua imobilização. De seguida, abriria a porta da casa a **Benjamim**, que, com uma arma emprestada por uma amiga sua, **Érica**, dispararia sobre **Caetano**. **Érica** tinha licença de uso e porte de arma, mas **Benjamim** não¹. Tudo decorre de acordo com o planeado, exceto a morte de **Caetano**: este “apenas” fica gravemente ferido com o disparo, não se apercebendo **Andreia** e **Benjamim** disso. Ainda nos termos do plano, terão de ser “ver livres” do suposto cadáver, pelo que enrolam **Caetano** em cobertores para o atirar a um rio que passa ali perto.

Érica desconfia do uso a dar à arma emprestada, até porque **Benjamim** já insinuou, noutras ocasiões, que algum dia mataria **Caetano** – afinal, amante de **Érica** –, e telefona à polícia para que se desloque a casa de **Andreia** e **Caetano** para impedir o homicídio deste. Temendo que a polícia não chegue a tempo, e porque vive perto, **Érica** pega noutra arma que tem em casa e dirige-se ao local do potencial homicídio. Quando chega, vê **Andreia** e **Benjamim** a colocar **Caetano** na bagageira do carro de **Andreia**. Convencida de que o homicídio já se consumou, **Érica**, num acesso de raiva, aponta a arma a **Benjamim**

¹ Artigo 86.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro (Regime Jurídico das Armas e Munições Detenção de arma proibida e crime cometido com arma)

1 - Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, exportar, importar, transferir, guardar, reparar, desativar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio ou obtiver por fabrico, transformação, importação ou transferência, usar ou trazer consigo:

a) Bens e tecnologias militares, arma biológica, arma química, arma radioativa ou suscetível de explosão nuclear, arma de fogo automática, arma com configuração para uso militar ou das forças de segurança, explosivo civil, engenho explosivo civil, engenho explosivo, químico, radiológico, biológico ou incendiário improvisado, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;

[...]

c) Arma das classes B, Bi, C e D, espingarda ou carabina facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão com vista à sua dissimulação, espingarda não modificada de cano de alma lisa inferior a 46 cm, arma de fogo dissimulada sob a forma de outro objeto, arma de fogo fabricada sem autorização ou arma de fogo transformada ou modificada, bem como as armas previstas nas alíneas ae) a ai) do n.º 2 do artigo 3.º, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

para o matar. Nesse momento, a polícia chega e um dos agentes, **Fausto** – inexperiente e muito nervoso –, julgando que **Benjamim** é **Caetano**, dispara na direção de **Érica**, mas acaba por acertar em **Andreia**. **Benjamim** ainda consegue fugir no carro de **Andreia** e atirar **Caetano** ao rio, que morre afogado.

Fausto vê **Andreia** a esvair-se em sangue, mas volta para o carro da polícia e vai-se embora. É **Érica** quem, superando a sua raiva, leva **Andreia** ao hospital. Aqui, **Gabriela**, médica no serviço de urgências, não presta assistência a **Andreia** para poder prestar assistência a **Heitor**, que se encontra exatamente nas mesmas condições de **Andreia**, que acaba por morrer. No entanto, na autópsia, prova-se que **Andreia** tinha uma infecção grave e que, se tivesse sido assistida, ainda assim teria morrido.

Determine a responsabilidade penal de **Dário** (1 valor), **Andreia** (3 valores), **Benjamim** (4 valores), **Érica** (3 valores), **Fausto** (4 valores) e **Gabriela** (3 valores) relativamente aos factos que praticaram.

Ponderação global: 2 valores

Tópicos de correção

Dário

– Homicídio de Caetano:

Nada fazendo para pôr em prática o plano de matar Caetano, Dário não chega a praticar atos de execução, nos termos do artigo 22.^o, não, podendo, destarte, ser punido.

Benjamim

– Homicídio de Caetano:

Contratando Dário para matar Caetano, assim o determinando à prática do facto, Benjamim age como instigador, nos termos do artigo 26.^o, parte final. Com efeito, Benjamim não tem domínio do facto nem pratica atos de execução, por um lado, nem instrumentaliza Dário, por outro, visto que não cria nem aproveita nenhuma situação que excluiria a responsabilidade dolosa de Dário caso este houvesse atuado.

Admitir-se-ia a qualificação como autoria mediata, desde que devida e desenvolvidamente fundamentada com base na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e seus argumentos.

Não obstante Benjamim agir com dolo direto (artigo 14.^o, n.^o 1), representando e querendo tanto a criação da vontade em Dário como a execução por este do facto, a verdade é que o autor material não chega a praticar atos de execução. Assim, pela regra da acessoriedade quantitativa, com expressão na parte final do artigo 26.^o, Benjamim não deve ser responsabilizado. A delimitação das formas de participação imposta pelo princípio da legalidade impõe concluir, em suma, que Caetano é apenas um participante (instigador), não um autor, pelo que a sua responsabilização depende do começo de execução do facto típico e ilícito pelo autor material. Não havendo começo de execução por Dário, Benjamim não pode ser punido por este ato.

Num segundo momento, quando dispara contra Caetano, já amarrado e imobilizado por Andreia, Benjamim toma parte direta na execução do homicídio por acordo com a amante, atuando como co-autor, nos termos do artigo 26.^o. De acordo com a teoria do domínio do facto, cabe a Benjamim um papel essencial na repartição de tarefas, dominando ele o se e o como do acontecimento.

O risco proibido criado com o disparo não se concretiza de imediato, porém, no resultado morte, uma vez que Caetano apenas fica ferido. A morte vem a produzir-se em concretização do risco de afogamento criado quando Benjamim é atirado à água.

No primeiro momento (o do disparo), Benjamim tanto representa como tem intenção de matar Caetano (artigo 14.^o, n.^o 1). No segundo, pensando que Caetano já está morto, não representa que o mata, agindo, assim, em erro sobre a factualidade típica (artigo 16.^o, n.^o 1) excludente do dolo. A verdade, porém, é que o segundo momento é ainda concretização do plano inicialmente gizado pelo agente, de maneira que, admitindo-se que um *dolus generalis* abrange toda a execução, tornando indiferente se o resultado se produz em consequência do primeiro ato ou do segundo, é ainda admissível sustentar que a execução do homicídio traduz um único comportamento doloso.

Não havendo causas de exclusão da ilicitude nem da culpa, Benjamim é punido por homicídio doloso consumado (131.^o) em co-autoria.

– Detenção de arma proibida:

Uma vez que Benjamim detém, transporta e usa uma arma fora das condições legais, realiza o tipo objectivo do crime de detenção de arma proibida, previsto e punido no artigo 86.^o da Lei n.^o 5/2006, de 23 de fevereiro.

Tanto representando como tendo intenção de praticar o acto acabado de descrever, Benjamim atua com dolo direto (artigo 14.^o, n.^o 1).

² Salvo indicação em contrário, todos os artigos referidos pertencem ao Código Penal português em vigor.

Não havendo causas de exclusão da ilicitude nem da culpa, Benjamim é punido detenção de arma proibida.

Supondo que a utilização da arma se limitou ao momento do disparo, porém, e ignorando a agravação já legalmente prevista para crime cometido com arma (no n.º 3 do artigo 86.º), pode sustentar-se a relação de concurso aparente entre este crime (meramente instrumental do crime-fim) e o de homicídio.

Andreia

– Homicídio de Caetano:

Uma vez que Andreia contrata Dário juntamente com Benjamim, vale, em relação a este comportamento, o já exposto sobre Benjamim, devendo reproduzir-se a análise.

Quanto ao segundo momento, Andreia amarra e imobiliza Caetano, assim tomando parte direta na execução do homicídio por acordo com o amante, atuando como co-autora, nos termos do artigo 26.º. De acordo com a teoria do domínio do facto, cabe a Andreia um papel essencial na repartição de tarefas no momento da execução, dominando igualmente o se e o como do acontecimento.

Deste modo, e porque, no mais, tudo se verifica em semelhança com o comportamento de Benjamim, vale o exposto sobre este agente, devendo reproduzir-se a análise. Também Andreia é punida por homicídio doloso consumado (131.º) em co-autoria.

Érica

– Homicídio de Caetano:

Érica empresta a arma proibida a Benjamim e Andreia, assim prestando auxílio material à realização do homicídio. Uma vez que os co-autores chegam a praticar atos de execução (típicos e ilícitos), e atendendo a que a arma é usada nesses actos, Érica é cúmplice no homicídio (artigo 27.º, n.º 1), tanto se respeitanto a acessoriedade quantitativa como qualitativa.

Atendendo à perigosidade inerentemente associável a uma arma de fogo, e à desconfiança de Érica perante insinuações anteriores de Benjamim, Érica representa a possibilidade de a arma ser usada no homicídio de Caetano. O telefonema posterior à polícia confirma que Érica empresta a arma conformando-se com aquela possibilidade, agindo com dolo eventual (artigo 14.º, n.º 3).

Não se aplicam causas de exclusão da ilicitude nem da culpa.

Tanto o telefonema à polícia como a deslocação ao lugar do crime com arma demonstram um esforço sério, por parte de Érica, para evitar a consumação. Não se dando conta de condicionamentos da sua vontade, é de concluir que Érica desiste voluntariamente da execução do crime, nos termos do artigo 25.º, não devendo ser punida.

– Homicídio de Benjamim:

Ao apontar uma arma a Benjamim para o matar, Érica pratica um ato que, de acordo com o seu plano de ação, antecederia imediatamente o disparo (ato idóneo a produzir o resultado morte), pelo que se trata de ato de execução à luz da al. c) do artigo 22.º, n.º 2. Não parece, contudo, que chegue a disparar (não se produzindo, por isso, o resultado).

Érica representa que vai matar Benjamim e tem intenção de o fazer, pelo que age com dolo direto (artigo 14.º, n.º 1).

Caso o disparo se tivesse concretizado, seria de analisar se se trataria de ato necessário (por falta de alternativa menos gravosa) para repelir a agressão atual e ilícita de Benjamim contra Caetano. Uma vez que Érica não representa essa agressão (pois pensa que Caetano está morto), todavia, a resposta positiva só levaria a excluir o desvalor do resultado, sempre se mantendo a punição por tentativa, por aplicação analógica do artigo 38.º, n.º 4. A resposta não mudaria, portanto.

Não havendo causas de exclusão da culpa, e sendo a tentativa punível segundo o artigo 23.º, n.º 1, Érica é punida por tentativa de homicídio (artigo 131.º).

Gabriela

– Homicídio de Andreia:

Não prestando assistência a Andreia, Gabriela pratica uma omissão, independentemente do critério usado para distinguir ações de omissões (não há dispêndio de energia causalmente relevante para o resultado, não diminui o risco, etc.).

Gabriela tem posição de garante por assunção de funções de proteção. Por decorrência da sua profissão, Gabriela autovincula-se a atender os pacientes que lhe caibam quando esteja de serviço, como é o caso. É assim possível equiparar a sua omissão à ação de matar (artigos 131.º e 10.º, n.ºs 1 e 2).

Embora Gabriela não diminua o risco de morte que tinha o dever (de garante) de diminuir, comprovando-se que a prestação de cuidados a Andreia teria sido inútil, não há imputação objectiva do resultado morte à omissão.

Representando o risco de vida em que Andreia se encontra, mas não se dando conta de intenção, Gabriela aceita a possibilidade, ou mesmo inevitabilidade, de esse risco se concretizar caso não atenda Andreia, atuando, quando menos, com dolo eventual (artigo 14.º, n.º 3).

Dado que o cumprimento do dever de atender Andreia seria inútil, prevalece, na situação, o dever de garante conflituante de atender Heitor, estando a omissão de Gabriela objetivamente justificada por conflito de deveres, nos termos do artigo 36.º, n.º 1.

Gabriela representa mal a gravidade do estado de Andreia. No caso de ser verdade que as possibilidades de salvamento seriam iguais para Andreia e Heitor, de todo o modo, Gabriela sempre poderia optar por escolher um paciente ou outro, visto que os deveres se equivaleriam. O seu erro exclui a culpa dolosa, nos termos do artigo 16.º, n.º 2. Não havendo desvalor do resultado, não é possível punir por negligência (possibilidade ressalvada pelo n.º 3).

Fausto

– Homicídio de Andreia:

Disparando sobre Andreia, Fausto cria um risco proibido para a sua vida. O risco concretiza-se no resultado, visto que Andreia morre em virtude de uma infecção que, segundo se presume, foi diretamente produzida pelo disparo.

Embora tencione atingir Érica, Fausto, sendo inexperiente e estando muito nervoso, e admitindo que a proximidade entre Érica e Andreia era grande, parece representar e conformar-se com a possibilidade de atingir Andreia, tendo dolo eventual (artigo 14.º, n.º 3).

Fausto age, assim, com dolo alternativo, o que, segundo Fernanda Palma, deve ser tratado como concurso efetivo entre duas ações dolosas: a tentativa de homicídio contra Érica e o homicídio consumado de Andreia.

Admitindo que o disparo sobre Érica seria meio necessário (por não haver alternativa menos gravosa, como um aviso ou ameaça prévios) para repelir a agressão atual e ilícita de Érica contra Benjamim, a tentativa contra Érica é praticada em legítima defesa. A isto não obsta o erro sobre a identidade de Benjamim, visto que a identidade não é elemento dos pressupostos da legítima defesa.

Assumindo o mesmo juízo de necessidade (por falta de alternativa menos gravosa para repelir a agressão atual e ilícita de Andreia contra Caetano) relativamente ao ataque a Andreia, aplica-se, por analogia, o artigo 38.º, n.º 4, visto que Fausto não representa os pressupostos da legítima defesa (artigo 32.º), devendo, em consequência, ser responsabilizado por tentativa.

Excluindo-se a ilicitude da tentativa praticada contra Érica, Fausto seria apenas punido pela tentativa de homicídio de Andreia (artigo 23.º, n.º 1).

Receberia valoração extra a análise da viabilidade de se justificar a atuação dirigida a repelir uma agressão (por parte de Érica) que, como se viu, podia estar objetivamente justificada, não havendo, neste caso, desvalor do resultado.