



Direito Penal II

3.º Ano – TB / 2022-2023

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

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

Exame de Finalistas – 11 de setembro de 2023

90 minutos

O que começa mal...

Na noite de 02.02.2023, **António, Bernardo e Carlos**, o primeiro convencido por estes, deslocaram-se a Tomar para adquirirem, a uma produção local, placas de canábis para posterior revenda¹ na sua área de residência, em Lisboa. Chegados a Tomar, **Bernardo** entregou a quantia de EUR 9.000,00 a **António** para que este a trocasse pela canábis enquanto aquele aguardava no veículo. Apesar de o plano ter sido concebido por **Carlos**, que se fazia acompanhar da sua espingarda de caça “*para o caso de algo dar para o torto*”, este arrependeu-se no momento em que saiu do carro para acompanhar **António**, com apenas 15 anos, na aquisição do estupefaciente, acabando por fugir no exato momento em que o negócio se ia fechar. Estando a canábis já na posse de **António**, no caminho de regresso para Tomar, são mandados parar pela GNR. **Bernardo** acelera e tenta despistar a polícia. Durante a perseguição, em transgressão da velocidade máxima permitida, **Bernardo** acaba por atingir Diana, que circulava na berma da autoestrada. **Bernardo**, pensando ter acertado num animal, em função da reduzida visibilidade, não parou para auxílio. Aquando da detenção de **Bernardo**, este foi sujeito a um teste de álcool que revelou que o mesmo conduzia com uma taxa de 2g./l. no

¹ Considerando o artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93 - *Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.*

sangue, tendo o mesmo confessado que, se não fosse assim, nunca teria tido coragem para executar o plano.

Diana veio a falecer no momento em que chegou ao hospital, onde também viria a falecer, umas horas mais tarde, Eliana, vítima de trombose, por não ter recebido assistência médica atempada. Sucede que **Francisca**, a única médica de serviço, se viu forçada a decidir entre assistir Eliana, que apenas se queixava de dores na perna, e Gustavo, vítima de abuso sexual. **Francisca**, que também já tinha sido vítima de abusos, perturbada com a situação e convencida da maior gravidade dos ferimentos de Gustavo decide assisti-lo no imediato e em detrimento de Eliana. A autópsia veio a revelar que a trombose de Eliana resultara da hipercoagulabilidade de que esta sofria e que facilmente seria conhecida por **Francisca** se tivesse consultado a ficha médica de Eliana, o que não sucedeu.

Analise a responsabilidade penal de **António** (5 valores), **Bernardo** (5 valores), **Carlos** (4 valores), e de **Francisca** (4 valores).

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

Nota: Respostas ilegíveis por causa de má grafia não são avaliadas.

GRELHA DE CORREÇÃO

Facto 1: Tráfico de estupefacientes (art. 21.º DL n.º 15/93)

I. Eventual punibilidade de Bernardo

a) Tipicidade objetiva

- Agência: análise da possibilidade e dos requisitos de coautoria mediata (art. 26.º, 3.ª proposição); o crime é comum. Discussão sobre (i) decisão originária de Carlos e adesão de outro coautor ao plano (possibilidade de decisão conjunta sucessiva); (ii) arrependimento de Carlos não invalida decisão conjunta; (iii) “tomar parte direta no facto” relativamente a essencialidade dos contributos prestados por cada um dos agentes; no caso, possibilidade de afirmar que Bernardo é coautor, apesar de se limitar a dar o dinheiro para a aquisição, aguardar no local e conduzir viatura em fuga (considerando que quem está na posse e transporta é António). António, menor de 16 anos, foi instrumentalizado, pelo que os “homens-de-trás” executaram o facto por intermédio dele. A coautoria mediata segue cumulativamente as regras da coautoria e da autoria mediata.
- Ação típica: a ação praticada pelo instrumento António é imputada aos “homens-de-trás”, que executaram o facto por intermédio de outrem, na letra do art. 26.º do CP.
- O crime é de mera atividade e foi consumado.

b) Tipicidade subjetiva

- Dolo direto (art. 14.º, n.º 1 do CP).

c) **Ilicitude**: não há qualquer causa de exclusão de ilicitude.

d) **Culpabilidade**: o facto de Bernardo se encontrar sob o efeito de álcool superior à taxa legal admitida deve convocar o tema da eventual inimputabilidade do agente, nos termos do art. 20.º do CP, que consubstancia uma causa de exclusão da culpa. Contudo, por um lado, para tal, a embriaguez tem de revelar uma incapacidade por parte do agente de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação. Não é o caso, pois o nível de embriaguez de Bernardo não permite concluir pela sua falta de capacidade de motivação pela norma, excluindo-se, por isso, a aplicação do art. 295.º, do CP.

Por outro lado, podemos considerar que este estado de embriaguez é preordenado, justificando a aplicação do regime da *actio libera in causa* (art. 20.º, n.º 4, do CP), neste

caso podendo considerar-se extensível a todos os factos cometidos sob o referido estado de embriaguez. Não está excluída, portanto, a imputabilidade.

- e) **Punibilidade:** não faltam condições de punibilidade relativas a Bernardo. Ainda que se considerasse que Carlos desiste, cumpre observar o regime de desistência na comparticipação – art. 25.º do CP – em que se consagra que a desistência de um dos participantes (a ser discutida abaixo) não é extensível aos demais.

II. Eventual punibilidade de Carlos

a) Tipicidade objetiva

- **Agência:** análise dos requisitos de coautoria mediata (art. 26.º, 3.ª proposição do CP), tal como referido acima. Em relação a Carlos: ele elabora o plano (decisão originária) e faz-se acompanhar de uma espingarda durante a sua execução, pelo que não se pode negar uma contribuição essencial; mais do que isso, Carlos desce do carro para acompanhar António, menor de idade, e apenas pouco antes da consumação – já tendo sido iniciada a execução pelo executor instrumentalizado, ainda que não realizadas ainda as ações típicas, mas também por parte de Carlos, que, armado, desce do carro e foge apenas depois (“toma parte direta no facto”) – aparentemente desiste e foge. Ele responde, à partida, pelos atos praticados, até então, pelo instrumento (executa-os por intermédio do instrumento) e os próprios atos, suficientes para o início da tentativa na autoria mediata, no sentido do art. 22.º, n.º 2, alínea c) do CP, na medida em que se trata do critério mais restritivo entre os disponíveis para determinar o início da execução na autoria mediata.
- **Ação típica:** a ação praticada pelo instrumento António é imputada aos “homens-de-trás”, que executaram o facto por intermédio de outrem, na letra do art. 26.º do CP.
- O crime é de mera atividade e foi consumado.

b) Tipicidade subjetiva

- Dolo direto (art. 14.º, n.º 1 do CP).
- c) **Ilicitude:** não há qualquer causa de exclusão de ilicitude.
- d) **Culpabilidade:** não procedem quanto a Carlos causas de exclusão de culpa.
- e) **Punibilidade:** ainda que se considerasse que Carlos desiste e foge antes da efetiva prática das ações típicas, cumpre apreciar o regime de desistência na comparticipação. Na comparticipação não é punível a tentativa daquele que voluntariamente impede a

consumação formal ou a verificação do resultado, nem a de quem se esforce seriamente por impedir uma ou outra, ainda que outros participantes prossigam na execução criminosa ou o consumem – art. 25.º do CP. A desistência relevante não se cinge a ato de indiferença para com as consequências do crime perpetrado. Carlos desiste, mas não evita a consumação formal, nem tão pouco se esforça seriamente por impedi-la; ele simplesmente foge.

Assim, ainda caberia a imputação a título de tentativa, pois Carlos pratica atos de execução (próprios e por intermédio de António) nos termos do que dispõe o art. 22.º, n.ºs 1 e 2, alínea c) do CP, não sendo procedente a sua desistência, trata-se de uma tentativa punível nos termos do art. 23.º e 25.º *a contrario* do CP.

III. Eventual punibilidade de António

a) Tipicidade objetiva

- Agência: António, menor de 16 anos e homem-da-frente, foi convencido e, assim, instrumentalizado em sentido técnico-jurídico por Bernardo e Carlos. Este é executor material que atua sem culpa e não coautor, como se verá infra.

[É aceitável, com bons argumentos, aderir a uma perspetiva alternativa, seguida por parte da doutrina, no sentido de que a menoridade não exclui a possibilidade de instigação quando o alegado “homem-da-frente” tem uma idade compreendida entre os 12 e os 16 anos. Seguindo este entendimento, concluir-se-á, quanto a António, que se trata de um mero instigado sendo os “homens-de-trás” os instigadores (art. 26.º, 4.ª proposição). Seria valorizada a apresentação do debate entre instigação-autoria (“domínio da decisão”) e instigação como forma de participação em sentido estrito.]

- Ação típica: António pratica várias ações alternativamente descritas, tais como as de adquirir, receber, deter ilicitamente, transportar. O tipo legal não exige um resultado e consuma-se já com a prática da ação (crime de mera atividade), motivo pelo qual as discussões sobre causalidade e imputação objetiva se tornam, para a doutrina dominante, desnecessárias.

b) Tipicidade subjetiva

- Dolo direto (art. 14.º, n.º 1 do CP) de António quanto ao crime de tráfico de estupefacientes.

- c) **Ilicitude:** não há qualquer causa de exclusão de ilicitude.
- d) **Culpabilidade:** quanto a António procede como causa de exclusão da culpa subjetiva a inimputabilidade em razão da idade (art. 19.º do CP).
- e) **Punibilidade:** procedendo quanto a António uma causa de exclusão da culpa, para o menor com mais de 12 anos que comete o facto penalmente relevante, estão previstas várias medidas tutelares educativas, visando responsabilizá-lo pelo dano social.

Facto 2: Homicídio por atropelamento de Diana (art. 131.º ou art. 137.º do CP)

I. Eventual punibilidade de Bernardo por homicídio comissivo de Diana

a) Tipicidade objetiva

- **Agência:** autoria imediata de Bernardo pela prática do crime na forma consumada (art. 26.º, 1.ª proposição do CP). Não consubstancia coautoria considerando que (i) extravasa o âmbito da decisão conjunta dos coautores e (ii) é perpetrado de forma direta pela execução levada a cabo por Bernardo (autoria imediata no art. 26.º, 1.ª proposição do CP).
- **Ação típica:** atropelamento.
- **Resultado típico:** morte de Diana.
- **Nexo de causalidade:** verifica-se à luz da teoria da *conditio sine qua non* e da *insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient condition*.
- **Nexo de imputação objetiva:** do ponto de vista da teoria da criação do risco, Bernardo criou ou, pelo menos, potenciou o risco. Quanto a este aspeto, é possível assumir, no mínimo, duas posições quanto à materialização desse risco no resultado morte de Diana.
- Para parte da doutrina, e em consideração da teoria da adequação, plasmada no Código (art. 10.º, n.º 1 do CP), a imputação objetiva, neste caso, fica imediatamente excluída da atuação da vítima, que se colocou ela própria em risco ao andar na berma da autoestrada (autocolocação em perigo da vítima).
- Não obstante, é possível encontrar jurisprudência contra o referido entendimento, v.g., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14.07.2020, processo n.º 417/16.9T9MAI.P1. Também na doutrina é possível encontrar a posição no sentido de que o mero aumento do risco de realização do resultado piora ilicitamente a situação do bem jurídico e deve ser imputado ao agente, caso o resultado ocorra também em razão dessa criação do risco (no caso: circular a alta velocidade e embriagado).

- b) **Tipicidade subjetiva:** violação de deveres de cuidado grosseira - conduz em estado de embriaguez e em excesso de velocidade - implica a ponderação e análise das fronteiras entre a existência de dolo eventual (art. 14.º, n.º 3 do CP), negligência consciente (art. 15.º, alínea a) do CP) ou mesmo inconsciente (art. 15.º, alínea b) do CP) – neste último caso por ser totalmente imprevisível que alguém circule a pé na berma da autoestrada. Os melhores argumentos parecem militar em favor da negligência inconsciente, mas admite-se argumentação noutro sentido.
- c) **Ilicitude:** não há qualquer causa de exclusão de ilicitude.
- d) **Culpabilidade:** não há qualquer causa de exclusão da culpa, nem de desculpa.
- e) **Punibilidade:** caso se exclua a imputação objetiva, não será punido em consideração da exclusão de imputação objetiva do resultado à conduta; caso se afirme a imputação, haveria homicídio negligente ou doloso, a depender da argumentação.

II. Eventual punibilidade de Bernardo por homicídio omissivo de Diana (art. 131.º e 10.º, n.º 2 do CP). Seria aceitável cogitar de um homicídio não por ação, mas por omissão. Nesse caso:

a) **Tipicidade objetiva**

- Agência: autoria imediata (art. 26.º, 1.ª proposição do CP).
- Omissão: não prestou auxílio a Diana (integridade física e/ou vida de Diana encontram-se em perigo) – omissão impura, nos termos do 10.º, n.º 2 do CP.
- Resultado típico: morte de Diana.
- Dever de garante alicerçado em situação de ingerência que é composta por dois momentos: 1) criação de risco proibido; e 2) não atuação para remoção do risco proibido criado, podendo atuar no sentido de o remover/diminuir e/ou evitar o resultado.
- Nexo de causalidade: verifica-se que existe causalidade à luz da teoria da *conditio sine qua non* e da *insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient condition*.
- Nexo de imputação objetiva: a resposta depende da afirmação ou negação da imputação objetiva. Caso se considere a criação do risco ilícita (atropelamento em razão de excesso de velocidade e embriaguez), poder-se-ia afirmar a posição de garante. Caso a criação de risco ilícito seja negada, a doutrina dominante entende não haver ingerência, pelo que não

chega a surgir qualquer posição de garante, pois uma ação antecedente lícita não pode onerar o agente com um dever jurídico de agir.

- Nexo entre resultado típico e omissão: do ponto de vista da teoria da adequação, exige-se uma ação idónea a obstar à verificação do resultado típico e não uma probabilidade segura de que o resultado teria sido evitado, ao contrário do que sustenta a chamada teoria da inevitabilidade. De outra perspectiva, concordante quanto à afirmação do nexo, bastará concluir-se que a ação teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico, o que sempre se verificaria no caso. Era admissível a defesa da teoria da inevitabilidade, com a conseqüente negação do nexo de imputação, restando apenas, nessa hipótese, uma eventual punição por tentativa.

b) Tipicidade subjetiva

- Estamos perante uma situação de erro sobre os elementos do facto típico - em concreto por Bernardo considerar que tinha atingido um animal e não uma pessoa -, excludente do dolo nos termos do art. 16.º, n.º 1 do CP.
- Contudo, o art. 16.º, n.º 3 do CP ressalva a punição a título de negligência: é possível reconduzir-se, ainda, esta situação a uma situação de negligência, ainda que inconsciente nos termos do art. 15.º, alínea b) do CP, considerando que Bernardo, não obstante a sua capacidade pessoal, parece não ter usado o cuidado necessário para evitar o resultado cuja produção podia ter previsto.

c) **Ilicitude**: não há qualquer causa de exclusão de ilicitude.

d) **Culpabilidade**: não há qualquer causa de exclusão de culpa e/ou desculpa.

e) **Punibilidade**: existindo um erro que exclui o dolo nos termos do art. 16.º, n.º 1 do CP, mas não a negligência, Bernardo será punido por homicídio negligente por omissão imprópria, nos termos do art. 137.º e 10.º, n.º 2 do CP, com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa. Verificando-se uma omissão imprópria não terá lugar a aplicação do art. 200.º do CP, omissão própria.

Na hipótese de se ter analisado e afirmado a punição por homicídio comissivo será necessário analisar a relação de concurso entre as formas de crime: o homicídio omissivo seria consumido pelo homicídio comissivo, que já compreenderia todo o desvalor da conduta analisada.

III. Eventual punibilidade de António por homicídio omissivo de Diana (art. 131.º e 200.º do CP)

Não há muitas informações sobre o comportamento de António. Deveria ser analisada rapidamente a hipótese uma omissão pura (omissão de auxílio no sentido do art. 200.º do CP), com o argumento de que ele poderia ter ao menos chamado o 112, caso tivesse percebido tratar-se de uma pessoa, e não de um animal. De toda forma, a culpa estaria excluída por força do art. 19.º do CP, na medida em que António era inimputável.

Facto 3: Homicídio de Eliana (art. 137.º do CP)

I. Eventual punibilidade da Francisca

a) Tipicidade objetiva

- Agência: Autoria imediata pela prática do crime de homicídio na forma consumada (art. 26.º, n.º 1, 1.ª proposição do CP).

Prática de crime de homicídio por omissão (art. 10.º n.º 2 e art. 137.º, ambos do CP). Enquanto médica de serviço nas urgências tem posição de garante pelos bens jurídicos, assunção voluntária de funções de proteção do bem jurídico, alicerçada também no seu contrato de trabalho.

- Omissão: não assiste medicamente Eliana por nem sequer analisar com seriedade a gravidade da situação, não tendo sequer olhado para a ficha médica.
- Resultado típico: morte de Eliana.
- Nexo de causalidade: verifica-se à luz da teoria da *conditio sine qua non* e da *insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient condition*.
- Nexo de imputação objetiva: coloca-se a questão de saber se, nos crimes omissivos, a imputação objetiva depende de um juízo de certeza sobre a não verificação do resultado caso o agente tivesse atuado como era esperado (teoria da evitabilidade) ou se se basta com um exercício que permita concluir que a atuação omitida teria aumentado a probabilidade de sobrevivência do bem jurídico (teoria do aumento do risco).

Do ponto de vista da teoria da adequação, exige-se uma ação idónea a obstar à verificação do resultado típico e não uma probabilidade segura de que o resultado teria sido evitado. De outra perspetiva bastará concluir-se que a ação teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico.

Apesar de à luz da teoria da adequação, um juízo de prognose póstuma *ex ante* permitisse concluir que não era previsível que de uma bastonada na perna e queixando-se de dores, a falta de assistência médica em 2 horas redundaria na morte de Eliana, trata-se de um caso em que a mera leitura da ficha médica (se tal fosse considerado exigível na situação concreta, como parecia ser) revelaria que Eliana padece de uma condição patológica especial que teria sido facilmente percebida por Francisca, se tivesse sido diligente na gestão do conflito se deveres. Tal informação poderia ter levado a uma ação de salvamento que, com probabilidade próxima de certeza, teria evitado a trombose e a morte de Eliana. Outra linha argumentativa é aceitável.

- b) **Tipicidade subjetiva:** negligência consciente do artigo 15.º, alínea a) do CP, podendo considerar-se mesmo negligência grosseira neste caso. Apesar de com dificuldade, era possível discutir dolo eventual (art. 14.º, n.º 3 do CP).
- c) **Ilicitude:** Francisca estava em erro quanto ao estado de coisas que, a existir, permitiria excluir a ilicitude nos termos do art. 31.º e 36.º do CP, considerando que se encontrava numa situação de conflito de deveres, devendo optar por cumprir o dever de valor igual ou superior (art. 36.º do CP). Assim, por força do art. 16.º, n.º 2, do CP, é excluído o dolo do agente, ressalvando-se a punição a título de negligência pelo artigo 16.º, n.º 3 do CP, a qual neste caso parece existir dado que Francisca não verificou a ficha média de Eliana sequer antes de tomar a opção de assistir primeiro Gustavo.
- d) **Culpabilidade:** é possível equacionar a aplicação analógica do art. 35.º do CP (estado de necessidade desculpante), como defende parte da doutrina, ou até um conflito de deveres desculpante que exclui a culpa, se se atentar ao estado de perturbação de Francisca (que possuía trauma pessoal em relação ao tema do abuso) que terá estado na origem da sua precipitação e que a levou a escolher assistir primeiro Gustavo. A admitir-se esta solução, deverá ser excluída a culpa de Francisca, inclusive no que respeita à imputação a título de negligência. Quanto a este aspeto, era exigida boa argumentação, num ou noutro sentido.
- e) **Punibilidade:** em princípio, não faltam quaisquer condições de punibilidade, mas não será punível nos termos já referidos.