

Margarida Nunes Dias, 5772

“Desesperado, A pede a um amigo, C, bem relacionado no mundo do crime, que em seu nome ofereça a D 10.000 euros para que este furte o quadro. Daniel acede.”

Estamos perante uma situação de participação criminosa, especificamente, instigação. Numa hipótese de participação criminosa, devemos começar sempre pelo autor material devido ao princípio da acessoriedade limitada. De acordo com este princípio, os participantes só serão punidos se o autor material tiver praticado o facto típico ilícito. Devemos começar por averiguar se existiu, efetivamente, a prática do facto típico ilícito pelo autor material, porque se chegarmos à conclusão de que o autor material não o praticou, então acaba a análise da responsabilidade dos participantes. Pela informação que temos no caso, posterior a este parágrafo, mas fundamental mencionar já, efetivar-se-ão atos de execução.

Estamos perante um caso em que A se afigura como instigador e utiliza C como elo de ligação com aquele que será o verdadeiro instigado – D –, sendo um caso de instigação em cadeia. O homem de trás (A) não tem contacto direto com o executor do facto, no entanto, surge como elo de uma cadeia conducente à determinação da prática de um facto ilícito típico. No entendimento do prof. Figueiredo Dias, quando o legislador faz referência à conduta de *“determinar outra pessoa à prática do facto”*, não diz se é direta ou indiretamente. Temos de partir do executor e averiguar o que é que foi determinante para ele praticar o facto. Ora, neste caso, efetivamente foram os 10.000 oferecidos por A, C serviu apenas como meio de comunicação entre instigador e executor, por ser *“bem relacionado no mundo do crime”*, tendo esse tipo de contactos.

Procedemos então à qualificação de A como instigador (determinou dolosamente o D à prática do facto, mas não o domina, designadamente por erro ou coação, a sua vontade). Poderíamos, no entanto, discutir a possibilidade de qualificar A como autor mediato, com base no entendimento pela Prof. Conceição Valdágua e por alguma jurisprudência, designadamente ao nível do próprio Supremo Tribunal de Justiça, que considera que nas situações de subordinação voluntária do executor ao homem de trás, mais do que uma situação de instigação, se está perante um caso de autoria mediata, na medida em que o homem da frente faz depender a sua vontade até ao último minuto do homem de trás. Isto, atenção, se interpretarmos que os 10.000 só serão oferecidos após o trabalho estar *“completo”*. Caso os 10.000 euros já tenham sido atribuídos (mesmo antes dos atos de execução se iniciarem), a própria prof. Valdágua considera ser instigação.

Interpretei que os 10.000 euros só serão efetivamente entregues a D após o furto ter sido completo e, tal como a doutrina maioritária perante esse caso, considero que se trata de um caso de instigação - determina outrem a executar dolosamente o crime: há duplo dolo da sua parte (quer determinar D a praticar o crime – dolo da própria determinação, e quer a realização do próprio crime – dolo da ação instigada) e houve execução pelo autor material – sendo que foi o instigador que fez nascer na cabeça do executor a decisão de realizar dolosamente o facto típico (ainda que por meio de outrem, que se limitou a transmitir as informações), cumprindo os requisitos do artigo 26º.

“Daniel acede. Porém, sem nada dizer a Carlos, propõe a Eduardo que o ajude a planejar e executar o assalto a troco de 2.000 euros.”

C funcionava como elo de ligação entre D e A, a partir do momento em que C não é informado do facto de haver agora um novo elemento parte do plano, não o podemos considerar instigador de E.

D, ao propor a E, atua como instigador. Haveria, em primeiro lugar e do ponto de vista da participação criminosa, que qualificar D como instigador, dado que faz crescer na sua cabeça a vontade de praticar o facto doloso e oferece-lhe dinheiro por isso.

Poderíamos abrir a hipótese de se tratar de uma cumplicidade, mas acabaríamos por concluir que não. No caso concreto, temos patente um contributo material (“planear e executar”), sendo que esse mesmo contributo não poderia ser essencial, não podendo haver atos de execução por parte do hipotético cúmplice (E). Dado que E terá precisamente esse contributo essencial, estamos perante um caso de co-autoria. São dois os requisitos essenciais para que se verifique a co-autoria: a execução conjunta/colaboração na fase executiva e decisão conjunta. Quanto ao primeiro mencionado, é necessário ter em consideração que o contributo de cada um dos co-autores é considerado indispensável à realização do facto: ambos devem deter o domínio negativo do facto – a ação de quem atua tem de ser determinante para o plano não fracassar, é um contributo essencial. Quanto à decisão conjunta, é necessário que tenha havido acordo prévio ou uma ação concertada – no presente caso, tratou-se de acordo prévio.

A forma mais grave (neste caso, a co-autoria) prevalece sobre a menos grave de participação (neste caso, a instigação). Em concurso de participação, punimos por co-autoria.

“Na noite combinada, D e E entram na casa de B. Porém, já lá dentro, dão de caras com este que, percebendo imediatamente tratar-se de um assalto, dispara na direção de ambos a arma que trazia consigo, atingindo Daniel no estômago.”

D e E iniciam o primeiro ato de execução, necessário para alcançar o seu objetivo último (furto do quadro) – violação de domicílio (art. 190º CP).

B dispara um tiro, uma ação jurídico-penalmente relevante, tendo sido voluntária e dominada pela vontade. Todavia, B age em legítima defesa. Os pressupostos desta causa de exclusão da ilicitude são que se trate de uma agressão, atual (está em execução o assalto) e ilícita (invadiram propriedade privada) que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro. Já os requisitos são que seja utilizado o meio de defesa necessário (não pode ser possível recorrer aos dispositivos normais do Estado, tem de ser um meio eficaz, mas além de eficaz, tem de ser o menos gravoso de entre todos aqueles que o agente tiver ao seu alcance e/ou o único possível), a inexistência de provocação pré ordenada e a presença do *animus defendendi* (é preciso provar que o agente tinha conhecimento da agressão atual e ilícita (elemento intelectual) e tinha vontade de repudiar essa agressão (elemento volitivo)). Parecem verificados todos os pressupostos. Poder-se-á abrir discussão quanto ao primeiro requisito mencionado - a presença do requisito da legítima defesa traduzido na necessidade do meio utilizado. Deveria ainda que discutir-se a exigência de uma proporcionalidade entre a agressão e a defesa, que surge para parte da doutrina também como requisito da legítima defesa.

Para a maioria da doutrina tem de haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico ameaçado e o bem jurídico lesado, o que significa que é preciso demonstrar que há proporcionalidade entre a agressão e a defesa; este é um limite da legítima defesa. A professora

Fernanda Palma entende que, para exigirmos a proporcionalidade, basta recorrermos ao fundamento da legítima defesa que, para a mesma, é a dignidade da pessoa humana.

Poderíamos discutir se disparar uma arma é um efetivamente meio necessário e proporcional para repelir a agressão – mas, ao avaliar a necessidade do meio, faz-se um juízo de prognose póstuma: tem de se ter em conta o tempo que B tinha para reagir e o facto de não ter conhecimento do quão perigosos seriam os assaltantes – não saberia se a intenção dos mesmos seria, por ventura, matá-lo ou simplesmente furtar (ou, quiçá, roubar) algo. Poderíamos também ter em conta que o disparo foi no estômago, e de modo a imobilizar o agente, bastaria que fosse numa perna, por exemplo. Todavia, era de noite, presumimos que escuro (dado o ambiente de assalto propiciado) e B, vendo dois assaltantes, só pretendia atingir um, onde quer que fosse, de modo a proteger-se de alguma forma, não tendo, muito provavelmente, feito pontaria específica para a zona onde acertou. Se se concluísse que o meio não era necessário, não se poderia aplicar o regime da legítima defesa (respondendo B por ofensas à integridade física). Seria de excluir a culpa, provando-se tratar-se que seria uma reação face a uma situação de medo e susto não censuráveis.

Contudo, considerarei que o meio foi necessário, dada a situação supra descrita. Assim sendo, B atuou ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude, sendo responsabilizado por ofensas à integridade física de D (art. 143º ou 144º).

“Eduardo, temendo ser o próximo a ser atingido, foge imediatamente.”

Discutiríamos, aqui, se se poderia tratar de uma desistência. A resposta seria não, uma vez que nem é voluntária (artigo 24º), nem impediu ou se esforçou seriamente para impedir a consumação (25º). Simplesmente fugiu por medo. Já houve prática de atos de execução por parte de E – violação de domicílio e planeamento do assalto. Desta forma, a sua responsabilidade permanece enquanto co-autor com D, agora baleado.

“Bruno, não obstante ter reparado que Daniel ficou em perigo de vida, decide não fazer nada para o ajudar, como forma de vingar a tentativa de assalto.”

Aqui é relevante a discussão que existe na doutrina sobre a questão de saber se nas situações de ingerência lícita (nomeadamente por o comportamento, como era o caso, estar justificado por legítima defesa) se pode ou não afirmar-se ainda a existência de um a posição de garante (assente numa fonte material), caso em que o agente será punido por homicídio por omissão, como entende parte da doutrina, ou se, como sustenta outra parte da doutrina, nesses casos não pode já afirmar-se a existência de uma posição de garante, podendo o agente ser responsabilizado apenas nos termos do nº 2 do artigo 200º do Código Penal.

Para Fernanda Palma, quando se trata de legítima defesa, não existe um especial dever de agir. Para Figueiredo Dias, como houve uma ingerência, existe na mesma um especial dever de agir, no que à legítima defesa concerne.

Para além disso, encontramos-nos perante uma situação de monopólio – B era o único que o poderia socorrer. Existe uma discussão doutrinária, sobre a qual invocamos Fernanda Palma e Figueiredo Dias, uma vez mais. Fernanda Palma defende que estando numa situação em que não houve aceitação implícita do dever de auxiliar e não é previsível para o agente o especial dever de agir naquela atividade e ainda acarretando algum risco pessoal, não há responsabilização. Já para Figueiredo Dias, o agente na posição de garante é aquele que esteja próximo da situação, investido numa situação de domínio fáctico absoluto, em que o perigo para

o bem jurídico seja iminente e agudo, podendo evitar o resultado sem incorrer numa situação de perigo.

Concluindo-se pela existência de uma posição de garante, deveria, conseqüentemente, afirmar-se o preenchimento do tipo legal de crime de homicídio por omissão, não fosse B seguidamente mudar de ideias. Concluindo-se pela inexistência de posição de garante deveria, conseqüentemente, afirmar-se o preenchimento do tipo legal de crime de omissão de auxílio (artigo 200º do Código Penal).

“Cerca de 30 minutos depois, face aos insistentes pedidos de ajuda de Daniel, B muda de ideias e chama, finalmente, uma ambulância. Quando cerca de 15 minutos depois chega a ajuda, Daniel tinha acabado de falecer. A autópsia determina que mesmo que a ambulância tivesse sido chamada imediatamente, não teria sido possível, dada a gravidade dos ferimentos, evitar a morte de Daniel.”

Entretanto, B muda de ideia e chama uma ambulância – todavia, é tarde demais: D morre. Vejamos que a morte de D poderá ser imputada a B. B representa uma ação jurídico-penalmente relevante, porque é um comportamento humano controlado/controlável pela vontade: não atuou coagido (no âmbito de uma coação física ou em *vis absoluta*); não atuou no âmbito de nenhum movimento reflexo, nem de sonambulismo ou qualquer outro estado de inconsciência. A ação de A é um comportamento humano dominado pela vontade (um tiro) que produz uma alteração objetiva no mundo exterior (D é baleado).

Trata-se neste caso de um crime de ofensas à integridade física de D, dado que se B pretendesse, efetivamente, a morte de D não teria (face aos pedidos do mesmo) cedido, e assim atingiria o seu hipotético objetivo último sem a hipótese de o mesmo ser salvo: crime de homicídio, a morte de D. Há um agente (B), há uma ação (disparar uma arma), o objeto da ação é D, pondo em causa o bem jurídico vida, o resultado típico verifica-se – morte. Verificando-se um resultado, é necessário proceder à imputação objetiva do resultado à conduta do agente, averiguando se existe ou não uma relação causal entre a ação e o resultado.

Seguindo a doutrina do professor Figueiredo Dias, aplicamos três teorias: teoria *conditio sine qua non*, em segundo, a teoria da adequação, e por fim a teoria do risco. Procedemos à aplicação da primeira teoria mencionada, aplicando um juízo hipotético – suprimimos mentalmente a ação e verificamos que o resultado não subsiste nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, ou seja, há causalidade. Porém, o direito penal não se basta com a causalidade. Em direito penal, é preciso (em termos de justa punição) imputar o resultado à conduta do agente. Aplicando a teoria da causalidade adequada, colocando um homem médio na posição do agente, munido do conhecimento das regras normais que no momento da conduta eram conhecidas, bem como dos conhecimentos especiais do agente, concluímos que seria previsível a possibilidade real de lesão ao bem jurídico (o resultado em questão), segundo aquele processo causal – um tiro dado “no escuro”, sem pontaria específica, mas cujo alvo seria qualquer um dos dois assaltantes, poderia efetivamente conduzir a um resultado gravoso. É necessário realizar esse juízo de prognose póstuma *ex-ante*. Por último, tendo por base a teoria do risco, efetivamente constatamos que o agente criou um risco proibido e esse risco se acabou por concretizar no resultado. A teoria do risco veio precisamente dar resposta a algumas situações que, a verificarem-se, podem excluir a imputabilidade do resultado ao agente, nomeadamente casos de diminuição do risco, casos de risco permitido/casos de não criação de um risco juridicamente desaprovado, casos em que o resultado cai fora do âmbito de proteção da norma e casos de comportamento lícito alternativo – interessante de analisar no nosso caso, este último. Mesmo que B tivesse adotado o comportamento “moralmente correto” e chamado imediatamente ambulância não teria sido possível evitar a morte de D. Mas a morte não se teria verificado nas mesmas circunstâncias, tempo e lugar. As circunstâncias seriam efetivamente as

mesmas, devido a um tiro, já o tempo e lugar é dúbio – seria talvez uns minutos ou horas mais tarde e não na casa de B, mas sim na ambulância ou no hospital.

Seguimos para a ilicitude, todavia, consideramos anteriormente que B atuava com uma causa de exclusão da mesma – legítima defesa.

Assim, e finalizando, é imputada a B a morte de D como sendo um crime de homicídio negligente, não considerando que foi por omissão na medida em que ele acabou por atuar e tentar salvar D.