

**Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

**FDUC**



# **A REGRA DA DESISTÊNCIA**

**Duarte Rodrigo**

Dissertação em Direito Penal  
sob orientação da  
Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

**2014/2015**

Aos meus pais por todo o apoio ao longo da minha formação;

À minha orientadora, Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa, pela disponibilidade e orientação na realização deste trabalho

*Os meus agradecimentos*

## **SIGLAS**

C.P. - Código Penal

Ac. - Acórdão

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

BGH - Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)

<b>ÍNDICE</b>	<b>Pág.</b>
I- Introdução ao tema.....	4
II- Fundamentos da regra da desistência.....	6
1. Razão Político-Criminal.....	6
2. A teoria dos fins das penas.....	8
3. Os motivos e os fins das penas.....	14
4. Teoria do interesse ulterior.....	17
III- Pressupostos da regra da desistência.....	20
1. A "voluntariedade".....	20
2. Âmbito de aplicação temporal.....	24
3. Âmbito de aplicação material.....	29
4. Exigibilidade da Conduta.....	30
4.1. Aplicação do artigo 25º e os tipos comparticipativos.....	30
4.2. Valor do Resultado.....	34
4.3. Valor da Acção ("Esforço Sério").....	35
4.3.1 Considerações gerais (O concreto, exigibilidade potencial, quadro objectivo...)	35
4.3.2. Imputação do resultado e idoneidade da acção.....	37
4.3.3. Atitude óptima.....	38
4.4. Participação de terceiros.....	42
4.4.1 O termo "independente".....	44
IV- Acórdão do STJ relativo à temática.....	46
V- A regra da desistência e o Corpo Penal.....	48
1. Molduras Penais a favor do concreto.....	48
2. Gravidade Criminal.....	49
3. Juízo de equidade.....	50
VI - Em jeito de solução.....	54
Bibliografia.....	59

## I. Introdução ao tema

Caro leitor, seja bem-vindo. Este é um espaço de reflexão sobre a regra da desistência no Direito Penal Português.

O legislador penal optou por antecipar o cenário da punição a uma fase prévia à da consumação no sentido protector dos bens jurídicos. Considera o ordenamento penal que, a tentativa de consumir um tipo é razão bastante para se responsabilizar criminalmente o agente que, ao iniciar a execução, estágio mínimo da tentativa, coloca em perigo o bem jurídico<sup>1</sup>, o que justifica a reacção penal. A tentativa, regra, é punida dentro do quadro legislativo<sup>2</sup>, ao perturbar a ordem jurídica. Quando se verifica a consumação material do tipo, nada pode fazer um sistema penal a título preventivo<sup>3</sup>, na defesa dos bens jurídicos tutelados. Mas, se ainda não se verificou a lesão do bem jurídico, o poder punitivo, indo ao encontro da sua função preventiva, ainda tem a possibilidade de intervir de modo a evitar a efectiva lesão do bem jurídico questionado pelo atrevido. Ao encontro do referido, o nosso Penal avança com o instituto da desistência, solução que, aliás, não é exclusiva do nosso ordenamento penal<sup>4</sup>. Por falar em solução, antes de avançar com o objecto da presente dissertação, mas apontando-o desde já, cumpre assinalar uma diferenciação que me parece pertinente para a interpretação do texto. A regra da desistência está positivada nos artigos 24º e 25º do nosso Código Penal, referente à autoria singular e participativa, respectivamente, em que, se o agente desistir voluntariamente e cumprir com os restantes pressupostos consoante a casualidade concreta de prosseguir com a conduta criminosa de modo a evitar a efectiva lesão do bem jurídico, não será punido pela tentativa. No entanto, uma

---

<sup>1</sup> "Como prática de actos de execução de um crime que [o agente] decidiu cometer sem que este chegue a consumir-se (art.22.º-1), a tentativa viola já a norma jurídica de comportamento que está na base do tipo de ilícito consumado" , *Dias, Jorgue de Figueiredo, Direito penal : parte geral, Tomo I: Questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 685.*

<sup>2</sup> Art. 23º C.P. "Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão".

<sup>3</sup> Assinala Figueiredo Dias a natureza exclusivamente preventiva dos fins das penas, em : *ob. cit.*,pág.78 e 79.

<sup>4</sup> O Código Penal Espanhol prevê a exclusão da responsabilidade criminal pela desistência da tentativa no seu artigo 16º. Também o Código Penal Alemão assume esta consideração legal no seu artigo 24º. Opção semelhante adoptou o Código Penal Brasileiro no seu artigo 15º.

coisa é o instituto da desistência e outra a solução apresentada pelo mesmo, pela regra, a consequência que decorre de uma desistência relevante para o efeito. Dito de outro modo, o regime da desistência, teoricamente, será uma opção legal acariciável do ponto de vista preventivo mas, a sua solução podia ser outra, como se verá. E é este o objecto do presente trabalho, a regra da desistência.

## II. Fundamentos da regra da desistência

### 1. Razão político-criminal

A regra da desistência é um procedimento da organização punitiva na prevenção da criminalidade, com vista à redução de resultados criminosos. Com esta "benesse" conferida pela determinação legal, estimula-se a consciência criminosa a retroceder nos seus intentos. É o que requinta a teoria do estímulo em jeito complementar à teoria conhecida na doutrina como "ponte dourada", formulada por Feuerbach em que, para o autor, a organização penal "estende uma ponte" oferecendo ao agente a possibilidade, para efeitos legais, de se retrair da intenção criminosa exteriorizada pela tentativa<sup>5</sup>. Fácilmente se percebe que, o intuito é o de promover no agente uma vontade de dissociação criminosa após o início da execução, fazer-lhe ver que ainda vale a pena voltar atrás em termos punitivos. É certo que o conhecimento da regra pode levar a uma inclinação desistente em termos gerais, mas essa vai depender da representação jurídica, do conhecimento normativo comunitário. Menciona, e bem, Ribeiro de Faria que, quem acompanha esta concepção não representa o real saber jurídico da generalidade<sup>6</sup>. Noutros termos, se os particulares não conhecem a norma jurídica da desistência, a tarefa promotora não se concretiza e nem todos têm formação jurídica o que aponta para um desconhecimento geral da norma<sup>7</sup>. Nem a afirmação de que "a eficácia da desistência logrou penetrar na consciência da comunidade, frequentemente não sob a forma de uma representação juridicamente correcta mas antes como aceitação generalizada de que a pena há-de corresponder à medida da actividade e à dimensão do

---

<sup>5</sup> Faria, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa*, Coimbra: [s.n.], 1982, págs. 21,22 e 23. No mesmo sentido político criminal, Eduardo Correia entende a incitação do agente como o fundamento da desistência, em *Correia, Eduardo, Direito Criminal, reimp., Coimbra: Almedina, 2007-2008*, pág. 236, 240.

<sup>6</sup> Seguindo Frank e Mayer, o autor diz que "os criadores da teoria da ponte dourada exageram no conhecimento que as pessoas fazem da lei penal" em: *ob. cit.*, pág. 25. Figueiredo Dias expõe a oposição de que este fundamento é estranho "à realidade da vida", sendo que "o privilégio contido no art. 24º. será desconhecido de muitos agentes", em: *ob. cit.*, pág. 728.

<sup>7</sup> Costa Pinto considera a função motivadora da norma um "indeterminado pressuposto", em: *Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, A relevância da desistência em situações de participação: um estudo sobre a validade e limites da solução consagrado no artigo 25º do Código Penal de 1982*, Coimbra: Almedina, 1992, pág. 227.

dano"<sup>8</sup>, contraria a dificuldade de reconhecimento da regra. Para além da imprecisão que este método, chamemos-lhe assim, de conhecimento apresenta, esta ideia de proporcionalidade entre a reacção penal e a extensão e gravidade do facto criminoso enraizada no seio comunitário, não determina um conhecimento geral do privilégio da desistência. O agente tem a noção de que não será punido pelo que não chegou a fazer, mas não sabe que por ter desistido não será punido pelo cometido até então, pela tentativa, configurando ser possível que se lhe aplique uma sanção à medida do que concretizou. E, se é verdade que este suposto conhecimento normativo pode promover abandonos criminosos, não menos factual será a verificação do "reverso da medalha". Esclarecido sobre o assunto, quem toma a decisão de praticar determinado crime, pode planear a execução com base na norma e poderá haver um aproveitamento da regra da desistência. A contrário, a previsão legal da impunidade em casos de desistência pode levar a uma proliferação de acontecimentos criminosos na medida em que, o agente pode encarar a solução apontada como uma escapatória no caso de o seu intento não correr como pretendido. Acompanhando Ribeiro de Faria, é opinião pessoal que o mundo penal é marcadamente intimidativo<sup>9</sup>, ou seja, muitos não levam adiante interiores delituosos com receio das duras punições penais. A porta que abre a regra confronta a finalidade intimidativa da pena, oferecendo aos futuros infratores a possibilidade de celebrar um andamento transgressor capaz de afastar o risco punitivo. Além do firmado, e é o que me parece, na génese da concepção está o pensamento de que, quem desiste vê no seu retrocesso a possibilidade de escapar à pena com receio da sua aplicação e, a ser este o caso, não teria sequer, previsivelmente, iniciado a tentativa. Quem, com consciência ilícita, avança com um trato criminoso sabe, à partida, que será punido, na eventualidade de se reconhecer que o fez, não se verificando qualquer fundo de razão para que se assimile que, num número considerável de casos, o agente recue no intento. Abstraindo-me do criticismo, mesmo considerando que a previsão legal da desistência efectivamente estimula a mentalidade criminosa a regressar à lei, ao mundo lícito, esta não justifica, sem mais, o afastamento da punição<sup>10</sup>. Quer dizer, o estimulante apenas justifica uma "benesse" para quem desiste. Nesse sentido, outras

---

<sup>8</sup> *Cit. Gomes, Júlio A desistência da tentativa: novas e velhas questões, Lisboa : Aequitas : Editorial Notícias, 1993.* Neste sentido aponta Ribeiro de Faria referindo-se a uma intuição jurídica comunitária, em: *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>9</sup> *Ob. cit.*, pág. 42.

<sup>10</sup> Como salienta Figueiredo Dias em: *ob. cit.*, pág. 728.

podiam ser as soluções como a atenuação obrigatória da pena<sup>11</sup>. Isto é, com coerência se afirma que, o estímulo como instrumento político-criminal legitima a criação dentro do ordenamento do instituto da desistência, mas já não o faz, necessariamente, quanto à solução apresentada. Ao "mastigar" ainda mais a temática, não me parece necessário, apesar de fazer sentido do ponto de vista preventivo, que se atribua qualquer regalia ao desistente. Se o agente tem a percepção de que, no caso de ser punido o será na medida do que realizou, ao desistir entende que a punição não será tão gravosa, o que já, *per si*, será benéfico ao nível da pena.

## 2. Teoria dos fins das penas

Reconhece Liszt que a imposição de uma pena "é uma amarga necessidade no seio de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens de hoje"<sup>12</sup>.

Se a razão político-criminal apresentada pela regra da desistência, na teoria, justifica a sua individualização como meio preventivo no combate à lesão dos bens jurídicos, esta não implica necessariamente que se desague na não punição do agente. Questão doutrinal é o fundamento da impunidade, ou seja, o que é que justifica a impunidade de quem materializou uma intenção criminosa mas acabou por optar em não dar seguimento à mesma. Algumas teorias têm sido apresentadas<sup>13</sup>. Quanto a nós, em jeito bem sumário, é hora de meditar sobre a teoria defendida pela escola de Coimbra<sup>14</sup>. Não querendo extraviar o escopo da dissertação, oportuno se mostra uma brevíssima reflexão sobre a dignidade penal do facto<sup>15</sup>. O conceito precede a teoria do crime que lhe dá expressão. Assim, uma acção será digna de pena quando, cumulativamente, uma

---

<sup>11</sup> Nesta linha de entendimento, Margarita Martinez em : *Política criminal y nuevo derecho penal : libro homenaje a Claus Roxin*, ed. Jesús-María Silva Sánchez, Barcelona: José Maria Bosh, 1997, pág.336. Também, Júlio Gomes em: *Gomes, Júlio A desistência da tentativa: novas e velhas questões*, Lisboa: Aequitas: Editorial Notícias, 1993, pág. 16.

<sup>12</sup> Cit. Roxin, Claus, *Problemas fundamentais de direito penal / Claus Roxin; trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo*, 3ª ed., Lisboa: VEGA, 1998, pág. 55.

<sup>13</sup> Veja-se a teoria premial que alega que a ordem penal presenteia o agente por ter desistido. Ou ainda aquela que defende que o agente com a desistência demonstra uma "menor intensidade criminosa", o que diminui a censura da culpa, *vide*. Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*, págs. 728,729.

<sup>14</sup> Para informação detalhada sobre a temática, sem necessidade de mais referências, *Faria, Jorge Ribeiro de, Sobre a desistência da tentativa, Coimbra: [s.n.], 1982.*

<sup>15</sup> Sobre a questão e relevante para a compreensão da teoria é o artigo de Costa Andrade sobre a relação entre o conceito de dignidade penal e carência de pena, em: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal ISSN 0871-8563, Ano 2 (1992), 2º fascículo*, págs. 173 a 205.

conduta for penalmente típica, ilícita, culposa e punível<sup>16</sup>. Quando a acção é típica, ilícita e culposa, o facto reveste de dignidade penal ao nível do merecimento da pena, da sua justiça de aplicação. A este ponto, o agente merece ser punido. No entanto e, como consequência última da *ultima ratio* interventiva, a punição do agente pela infração terá de se mostrar necessária. Assim, o pressuposto da punibilidade opera no campo da dignidade penal ao nível da necessidade da pena. Se a pena se mostrar necessária será aplicada, caso contrário, não.

São estes os pressupostos para se admitir a aplicação de uma pena e, se não se verificar um deles, a pena não poderá ser aplicada ao agente. Vejamos então em que campo valorativo se afirma a desistência, ou melhor, qual deles esta afasta. Essencial à resposta será a concepção do momento. É preciso que se estabeleça a verdade que, é a da diferenciação entre assuntos. Acompanho Jakobs. Para o autor, a desistência é um comportamento pós-delito e esse comportamento não modifica a posição anterior assumida pelo agente<sup>17</sup>. Apesar de o Mondego desaguar no Atlântico, o Mondego é o Mondego e o Atlântico é o oceano Atlântico. Comparações à parte, um assunto será a conduta previsivelmente lesiva, a tentativa, e outro a conduta que afasta o perigo para o bem jurídico, a desistência. E são estes momentos completamente distintos, apesar de, regra, temporalmente próximos. Antecipo que, desta permissa decorre que, o que justifica dentro do quadro da aplicação da pena que esta se afaste não é a negação do tipo, nem do ilícito, nem da culpa. Afirmção em contrário é confrontar a concepção natural "das coisas". Não que o tipo, o ilícito e a culpa se identifiquem mas, integram o mesmo momento, a mesma acção. Quem, com o seu comportamento, preenche os elementos de um tipo legal de crime, realiza uma acção típica e, ao praticá-la, pode tê-lo feito ilícitamente ou não, com culpa ou não. Assim, a distinção opera apenas no campo valorativo, em que se afere do procedimento típico, ilícito e culposo. Por outras palavras, a tipicidade, o ilícito e a culpa, são parte integrante da acção conflituosa que se afirmam com esta<sup>18</sup>, apesar de a sua identificação se realizar numa outra altura, em fase

---

<sup>16</sup> Figueiredo Dias na compreensão do facto refere o "conjunto de cinco elementos" : a acção, a tipicidade, a culpa e a punibilidade, em: *ob. cit.*, pág. 237.

<sup>17</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal (Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá)*, 1.ª ed., Editorial Civitas, S. A., 1997, págs. 328,329.

<sup>18</sup> Figueiredo Dias afirma que a impunidade ao nível do tipo de ilícito ou do tipo de culpa não são de aceitar "pela natureza inadmissível de "retroacção" que possuem: a desistência supõe um tipo de ilícito e um tipo de culpa do facto tentado já integralmente verificados, não podendo,

de processo<sup>19</sup>. Assinala Alcácer Guirão que, o que foi feito é irreparável, logo, a solução apenas se pode voltar para o futuro e olhar para a efectiva lesão do bem jurídico<sup>20</sup>. Pergunta Jakobs, como se pode anular o que já se completou no mundo?<sup>21</sup>. A desistência não anula (não dá!) o realizado. Ora, não faz sentido que uma desistência posterior ao facto, em momento sucessivo da acção, negue os pressupostos, ou pelo menos um deles, que já vingaram na realidade. Pensamento divergente é assumir que, a realidade é retroactiva, negar que o que está feito está, que uma realidade alterada alterada está, e confirmar que, quem errou não errou. Tal idealismo terá de pressupor, para se apurar da responsabilidade criminal, que as diferentes acções, tentativa e desistência, se fundem e constituem uma só. Desta forma, a desistência seria um elemento da acção valorativa. Assim, seria preciso esperar para se responsabilizar criminalmente alguém que não desistisse do intento e isso apenas se aceitaria num ordenamento em que, para se punir a acção única, esta teria de ser típica, ilícita, culposa, sublinho não desistente e púnível, o que não acontece<sup>22</sup>.

Marques da Silva não tem dúvidas, as condições de punibilidade são elementos suplementares e exteriores ao tipo, alheios à ilicitude e à culpa<sup>23</sup>. Resulta que, a punibilidade não "lança os seus dados" aquando da realização da censurável acção. Como mostra Muñoz Conde, a relevância da desistência reflecte-se no momento da punibilidade<sup>24</sup>. Ribeiro de Faria faz companhia à posição de Muñoz Conde. Ribeiro de Faria, reportando-se ao, por si designado, comportamento total, afirma que este, nem por isso, por via da desistência, deixa de ser ilícito ou culposos, a desistência fá-lo

---

nesta medida e neste sentido, falar-se de uma eventual exclusão *a posteriori*, em função de circunstâncias ocorridas *ex post facto*", em: *ob. cit.*, pág. 755.

<sup>19</sup> Curiosa se mostra a relação entre os pressupostos. Só a partir de uma acção típica é que se valora a ilicitude da acção e a culpa. O tipo será então o juízo valorativo dominus. Para Welzel, "o tipo constitui o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime", cit. Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*, pág. 220.

<sup>20</sup> Alcácer Guirão, Rafael, *Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Granada: Editorial Comares, 2002, pág. 58.

<sup>21</sup> Cfr., *Ob. cit.*, pág. 326. Ainda Jakobs, trad (esp)., "únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado"; a tentativa será "una comunicación cerrada em sí misma", em: *ob. cit.*, pág.330.

<sup>22</sup> E se assim fosse este seria um tema relativo à imputação e não à regra da desistência.

<sup>23</sup> Silva, Germano Marques da, *Direito penal português: teoria do crime*, Lisboa: Universidade Católica, 2012, pág.41.

<sup>24</sup> Cfr. Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, pág.125. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal: parte general*, 6. ed. rev. y puesta al día, Valencia : Tirant lo Blanch, 2014, pág. 406. Para Costa Pinto " a sua inclusão sistemática se deve fazer na categoria da "punibilidade", em: *ob. cit.*, pág. 153. Neste sentido também Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*, pág. 155.

simplesmente não digna de punição<sup>25</sup>. Assim, no fundo, o que defende esta doutrina é a falta de dignidade penal pelo afastamento da punibilidade quando, ao considerar o conjunto, toda a unidade actuante, se verifica uma desistência relevante. Este pensamento aprimora o de Gutmann que apenas admite a aplicação de uma pena quando esta é oportuna e justa<sup>26</sup>. Nas palavras de Ribeiro de Faria, reportando-se à opinião de Gutmann, "é justo que não se puna". Regressando o autor da tentativa aos ditâmes legais, às ideias comportamentais defendidas pela ordem jurídica será justo que a este não se responda com uma pena. Se é de seguir o critério de oportunidade para decidir sobre a determinação de uma sanção penal em casos de desistência, não o será o raciocínio de justiça da sua aplicação quando o legislador escolhe não punir, pela tentativa, o desistente. Apoiando-me no referido em relação aos outros pressupostos, para não me repetir, a questão da justiça é mais do mesmo. Para mim, a noção de justiça vem antes da oportunidade de aplicação da pena, que vai ao encontro do ponto da necessidade de aplicação. A justiça da atribuição de uma pena assume-se com a acção conflituante. Ou seja, é justo que se aplique uma pena a quem procedeu a um comportamento típico de modo ilícito e culposo. Como, e bem, distingue Alcácer Guirão, uma coisa é o merecimento da pena e outra é a sua necessidade de aplicação<sup>27</sup>. Dito de outra maneira, merecer a pena não implica a sua aplicação. Ainda de um outro jeito, se não se verificar a necessidade de se atribuir ao autor a punição, não se pune, mesmo que este mereça, o que vai ao encontro da *ultima ratio* interventiva do Direito Penal<sup>28</sup>. Merecer a pena implica, para seu uso, que esta se concretize na sua necessidade de aplicação<sup>29</sup>. Por falar em justiça, justo não é certamente equiparar posições materialmente diferentes, a dos que não têm intentos criminosos, ou que têm mas não exteriorizam, com a daqueles que materializaram a sua vontade criminosa que, apesar de desistirem, chamam à atenção a ordem penal. Era o que estaríamos a fazer, caso fosse nossa convicção que, pela desistência, a aplicação de uma pena deixa de ser justa. Um comportamento desistente afasta a punição e assim, esta terá de ser justa em momento anterior, caso contrário não se poderia falar propriamente de um afastamento

---

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, pág. 136.

<sup>26</sup> *Cit.*, Ribeiro de Faria, em: *ob. cit.*, pág.37.

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, pág 55,56,57.

<sup>28</sup> Para Martínez Escamilla, o que justifica a impunidade é a *ultima ratio* penal, em: *ob. cit.*, pág. 338.

<sup>29</sup> Corroborada mediamente o teor do art. 74º do Código Penal referente à dispensa de pena. Com a aplicação da dispensa de pena ao agente não se quer firmar que este não a mereça, aliás há condenação, mas sim que não é necessária nas situações referidas pelo artigo.

ou isenção. Ao encontro de Muñoz Conde, Ribeiro de Faria considera que, no quadro do sistema a desistência faz com que "não haja mais lugar à punibilidade ou à dignidade penal", não se impondo "qualquer «pretensão de pena»"<sup>30</sup>. Antes da desistência já se verificam as condições objectivas de punibilidade<sup>31</sup>, caso contrário não trataríamos aqui de uma questão ponderativa sobre o afastamento da aplicação da pena, e a justiça de aplicação integra essas condições. O que a desistência promove, no entender deste pensamento, é um afastamento da aplicação da pena quando já se verificam no caso as condições legais exigidas para a sua aplicação, operando a desistência apenas no campo da necessidade. Assim, a punibilidade/necessidade terá de ser interpretada como um elemento externo de controlo da acção.

É este o prefixo da teoria dos fins das penas, que prevalece entre nós. Ensina Figueiredo Dias, reportando-se à figura da desistência, que o legislador considera que "o facto praticado não exige punição do ponto de vista da prevenção"<sup>32</sup>. Para Taipa de Carvalho a impunidade do facto pela desistência fundamenta-se num duplo sentido político-criminal. Num primeiro a preservação, ou nos casos do artigo 25º o "esforço sério" para a preservação, do bem jurídico e num segundo consequente a desnecessidade de se cumprir com as necessidades preventiva que com a desistência não se afirmam<sup>33</sup>. A finalidade do uso da pena é cumprir com as exigências de prevenção. Com a tentativa o agente aproxima-se da acção típica e, colocando em perigo o bem jurídico protegido abala, apesar de em menor medida, a confiança na validade da norma e assume uma personalidade perigosa que inquieta os demais. Por isso se pune a tentativa. A necessidade de cumprir com as finalidades da pena apura-se após o término da conduta total, considerando o comportamento desistente. Se a tentativa aponta para uma intervenção penal de modo a cumprir com as exigências de prevenção, a desistência irá afastar esta necessidade punitiva<sup>34</sup>. Num primeiro momento, o agente desrespeita a norma que protege o bem jurídico e mostra-se perigoso, num segundo momento, o desistente acabará por conformar a sua atitude com a norma questionada e afastará uma

---

<sup>30</sup> *Ob. cit.*, pág. 134. A bom ver, «pretensão de pena» há porque o agente merece ser punido pelo cometido, o que não haverá é a necessidade de concretização dessa pretensão.

<sup>31</sup> Como afirma Ribeiro de Faria, em: *ob. cit.*, pág. 126.

<sup>32</sup> *Ob. cit.*, págs. 251,252.

<sup>33</sup> *Carvalho, Américo Taipa de, Direito penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime, 2ª ed, Coimbra: Coimbra editora, 2008, pág. 264.*

<sup>34</sup> Escreve Figueiredo Dias que o agente " acabou por contrariar o seu mau exemplo anterior com um bom exemplo, apagando a impressão negativa que havia causado na comunidade", em: *ob. cit.*, pág. 729.

interpretação de perigosidade da sua personalidade<sup>35</sup>. Mas só uma desistência relevante será capaz de o fazer. Neste sentido, Figueiredo Dias refere a necessidade de um "regresso ao direito" pelo desistente<sup>36</sup>. É esta a posição da doutrina<sup>37</sup>. Só quando o agente "regressa ao direito" é que a sua desistência é relevante para efeitos punitivos. Ao desistir, o agente tem de se querer afastar do crime tentado. O regresso ao direito traduz-se no retorno à legalidade, aos ideais representativos da comunidade penal<sup>38</sup>. A desistência terá de ser um contra-pólo intencional, ou seja, terá de contrariar o facto oposto, no sentido de uma total revogação do mesmo. Em sentido diferente, o agente não desiste, apenas se distancia do ilícito, apenas suaviza o perigo para o bem jurídico, não quer afastar a verificação da lesão. Se na acção que antecede a desistência o agente pretende lesar o bem jurídico, ao desistir o agente tem de querer o inverso, não lesar o bem jurídico. Só com esta atitude revigorante o agente acaba por assumir a posição ideal, a pretendida pelo Direito e, só desta sorte abate na totalidade a impressão que gerou. Se não for intenção do agente afastar por completo aquela consumação, esta não traduzirá a anulação necessária das exigências preventivas, visto que ainda revela tendência para retomar o crime ou, no mínimo, uma indiferença pelo resultado por si motivado. A nível preventivo, com a desistência retomar-se-á o respeito comunitário pela validade e valor da norma, assinalável como "presente", e o agente acabará por deixar uma última imagem de uma personalidade conforme o ordenamento, afastando a sua perigosidade, de quem no vindouro não cometerá o ilícito.

Nestes termos a intervenção punitiva não se mostrará necessária.

---

<sup>35</sup> Interpretação semelhante tem Alcácer Guirão, em : *ob. cit.*, pág. 54.

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, pág. 251. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito penal português: parte geral II: as consequências jurídicas do crime, 4ª reimp.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pág. 729.

<sup>37</sup> Da mesma sorte Ribeiro de Faria, em: *ob. cit.*, pág.54. Também é este o entendimento de Roxin, cit. Costa Pinto, em: *ob. cit.*, pág. 145.

<sup>38</sup> Curiosa se mostra a dicotomia que se verifica quando se relaciona a razão político-criminal com um "regresso ao direito" num sentido ético. A ideia político-criminal será a de promover recuos criminosos com base na não punição. Ou seja, o agente desiste porque sabe que o seu comportamento releva para efeitos punitivos e aí encontra um estímulo para não prosseguir com o intento. Ora quem desiste pela "benesse" punitiva em sentido ético não "regressa ao direito" e não quer negar o ilícito mas sim a punição. Destarte, o movimento político-criminal força e falseia a desistência e para os seus seguidores exigir-se um nobre recuo intencional seria uma incongruência.

### 3. Os motivos e o "regresso ao direito" no quadro dos fins das penas

Para os seguidores da teoria dos fins das penas se, o que justifica a aplicação de uma pena são as exigências de prevenção geral e especial será de se admitir, com a desistência, a isenção da aplicação de uma pena caso estas não se verifiquem mesmo que se tenha iniciado uma execução criminosa. Assim, se o agente desistir de modo relevante para o efeito, equacionando o caso em concreto, este não será punido porque, com a sua conduta desistente afastará as necessidades preventivas. Porém, não será qualquer retração verificável capaz de esbater as necessidades de prevenção implícitas na conduta já realizada. Fixado foi que, o desistente terá de "regressar ao direito", de assinalar uma conduta capaz de exteriorizar uma alteração radical de negação da sua mentalidade criminosa, uma vontade de se afastar do tipo tentado.

Tudo tem um precedente, uma razão, um motivo. A desistência não é excepção a esta condição. Para Marques da Silva, os motivos da desistência são indiferentes<sup>39</sup>. Mas será assim? Serão os motivos completamente indiferentes na valoração da conduta desistente? No trilhar do caminho da teoria dos fins das penas, outro desfecho não se vislumbra do que a necessidade de ter em consideração os motivos base da desistência. Escreve Júlio Gomes, se a desistência "torna a pena desnecessária por razões de prevenção especial ou geral, então torna-se gravemente errónea a afirmação de que, os motivos da desistência são irrelevantes"<sup>40</sup>. Só *destarte* se poderá afirmar que não há aplicação de pena porque se afastaram as necessidades punitivas. Sem a integração do porquê justificativo na desistência não se poderá apontar para um afastamento destas necessidades preventivas. Mas é preciso não esquecer que o nosso Penal é do facto<sup>41</sup>. Entende, e bem, Muñoz Conde que, o necessário é que se constate um afastamento definitivo do tipo e é nesse sentido que os motivos são valiosos e não numa consideração moral estranha ao Direito Penal<sup>42</sup>. Ou seja, o que se terá de avaliar não é a qualidade moral do motivo, se é eticamente positivo ou não<sup>43</sup>. Diferentemente de

---

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, pág. 263.

<sup>40</sup> Gomes, Júlio *A desistência da tentativa: novas e velhas questões*, Lisboa: Aequitas: Editorial Notícias, 1993, págs. 156,157.

<sup>41</sup> Como mostra Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*, pág. 237, e em : *ob. cit.*(2), págs.189,190.

<sup>42</sup> *Ob. cit.*, pág. 427.

<sup>43</sup> Jakobs afasta a necessidade de uma desistência meritória, em: *ob. cit.*, pág.344. Deliberou o STJ que " não é necessário que tal desistência resulte de um acto volitivo espontâneo que nasça de circunstâncias ético-sociais que traduzam designadamente arrependimento e boa formação. moral", Ac. STJ de 26/03/1992, proc. 42177/3.<sup>a</sup>, cit. *Manuel Maia Gonçalves, Código Penal Português Anotado e Comentado - legislação 17ª edição 2005*, pág. 131.

Figueiredo Dias, não considero que uma concepção normativa que entende que terá de haver um "regresso à legalidade" pelo desistente implique o valor do mérito, a qualidade moral dos motivos<sup>44</sup>. Determinante sim, será a conclusão, o dado objectivo que é possível extrair do motivo que levou à desistência. O indicado será acentuar que só há "regresso ao direito" pelo agente quando este manifesta a vontade de se afastar daquele crime de vez, ou seja, o agente não só terá de não querer continuar com a execução como terá de demonstrar que se vai separar de vez da consumação do tipo, pois só se o desistente assume que no futuro, numa outra oportunidade, não quer praticar o tentado concreto<sup>45</sup> se poderá entender a exclusão da sua perigosidade e o retorno da confiança comunitária na norma. Assim, não basta a retracção intencional do desistente apenas nesse espaço. Para Rudolph, os motivos da desistência devem-se sobrepor aos da actividade criminosa para uma íntegra "revisão da decisão inicial"<sup>46</sup>. A desistência não poderá ser motivada por um circunstancialismo que afaste o agente apenas naquele momento executivo. O circunstancialismo envolvente, seja pessoal seja exterior, que se traduz nos motivos do desistente, vai-se materializar na intenção criminosa do agente, daí a sua necessária consideração na avaliação das necessidades preventivas e, apenas quando se verifica uma reversão definitiva do intuito criminoso é que se poderá considerar o esbater das exigências de prevenção. Ilustrando, se X quer matar Y mas acaba por desistir porque durante a execução aparece no cenário a polícia, a sua intenção criminosa continua e as exigências de prevenção seguem intactas e justifica-se a intervenção penal, por outras palavras, o agente não desiste da execução, apenas a abandona. Solução oposta se imporia se o desistente abandonou a conduta porque reparou no momento executivo que X tem um filho menor que está ao seu cuidado. No primeiro exemplo, o desistente fê-lo por receio de ser apanhado e exterioriza uma vontade de quem, numa próxima, poderá lesar o bem jurídico alvo, o que não quer dizer que o venha o fazer, enquanto que, no segundo exemplo, o desistente tem um comportamento que manifesta um afastamento, em definitivo, do crime tentado. E só quando se afirma um afastamento definitivo do crime desistido é que há um "regresso ao direito", em que o desistente afasta o perigo para o bem jurídico não só no momento da desistência mas, também, para o futuro. E nestas contas o motivo que leva à retração criminosa é uma ferramenta penal que ajuda na análise situacional, ou seja, sem a sua

---

<sup>44</sup> *Ob. cit.*, pág. 748.

<sup>45</sup> Concordeiramente, "uma desistência apenas será relevante quando definitiva", Ribeiro de Faria, em: *ob. cit.*, Pág 55.

<sup>46</sup> *Cit.* Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, pág. 40.

consideração será difícil perceber se há uma regressão *criminis* definitiva capaz de descansar a comunidade afectada. É preciso conhecer o porquê da desistência, a matéria que permite uma dedução, dentro da certeza permitida num quadro subjectivo como o exposto, relativa à alteração da vontade do desistente em se afastar permanentemente do tipo concreto, para que se possa afirmar o afastamento das necessidades preventivas emergentes da execução anterior ao momento da desistência. Em jeito claro, o que interessará é a alteração que o motivo do desistente aplica no seu pensamento e atitude, funcionando o motivo mais como instrumento para apurar da real vontade do agente. E de mais não passa, apesar da sua enorme importância, o campo subjectivo. Se X resolve não matar Y porque descobre que este é adepto do mesmo clube afastando-se em definitivo da conduta, X não será punido, ao invés, se X desiste de prosseguir com a actuação criminosa porque no momento estão crianças na zona de Y, não desistiu de modo relevante à luz da teoria dos fins das penas, apesar de, na segunda situação, demonstrar uma maior sensibilidade e de ter como fundo um valor comunitário dito superior. Decorre que o motivo do desistente é um mecanismo no apurar da real desistência do tipo e apesar do quão mais nobre for, regra, melhor se caminha para uma real desistência, diga-se definitiva, nem sempre será assim, visto que, o que importa é a alteração provocada pelo motivo desistente na consciência criminal do agente<sup>47</sup>. E é devido ao reflexo e à alteração provocada na intenção do agente que se assume a sua vontade objectiva, de querer ou não retomar o crime. Na esteira de Martinez Escamilla, é necessário uma consideração do "modus vivendi" do desistente<sup>48</sup>. Interessando o "modus vivendi", o afastamento de uma personalidade criminosa, este para o relevar da desistência será apenas relativo ao crime que o desistente resolveu cometer antes de optar por desistir e "regressar realmente ao direito". É referente ao tipo concreto o focus da análise comportamental do desistente. Mais que isso, ter de se verificar um afastamento futuro e definitivo do mundo criminoso, seria exigir demais para se admitir uma desistência e expandir em demasia as teias penais<sup>49</sup>. No entanto, a solução do reflexo do motivo na intenção criminosa do desistente pode manifestar uma força subjectiva excessiva a que é preciso estar atento. É um campo inconcreto que irá depender, em muito, em situações pouco claras, do interior do agente o que, inclusivé,

---

<sup>47</sup> Em última instância até é de ignorar a qualidade moral do motivo, visto que o que interessa é se o motivo reverte o comportamento do agente. Daí que não se contorna um Direito Penal do facto como afirma Costa Pinto, em: *ob. cit.*, pág. 147.

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, pág. 337.

<sup>49</sup> Da mesma opinião Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, pág. 37.

pode levar a decisões diferentes para ocasiões factualmente iguais. Suponhamos que X está prestes a roubar Y mas não o faz porque este carrega o seu filho bebé ao colo. Num primeiro caso X não prossegue com o roubo porque Y tem um filho para educar e sustentar e num segundo caso X não o faz apenas porque naquele momento Y tem o seu bebé consigo. Apesar de a factualidade ser idêntica o seu impacto na intenção criminosa não o é, e apenas no primeiro caso se manifesta uma alteração relevante capaz de afastar o desistente da prática futura daquele roubo. No entanto, e para o efeito, são casos que acabam por não se identificar, visto que o motivo é diferente e a sua transposição objectiva também, interessando é que, todo o envolvente afaste o desistente do crime assumido anteriormente. Na prática, a linha que separa o lado subjectivo do agente e a relação objectiva da desistência face ao facto criminoso é ténue e pode até se concluir pela sua identidade, situação que pode levar a decisões injustas, nomeadamente pelo aproveitamento do desistente da força interior oferecida por este pensamento. O Direito é lacunoso e sempre o será e, não há como um apoiante da teoria dos fins das penas se alhear do reflexo do motivo na intenção criminosa do desistente, pois só assim se poderá apurar um "regresso ao direito" e distingui-lo de um mero afastamento do ilícito naquela ocasião. Caso contrário, não se verificará força de razão para que se anule os efeitos criados pela tentativa porque não será constatável o esbater das necessidades preventivas provenientes da execução, sendo a atitude pessoal do desistente um meio necessário no apurar da sua responsabilidade criminal. Uma atitude será desistente apenas quando se considera o fundo motivador da desistência e a intensidade do seu impacto na intenção criminal do agente considerando o delito tentado e, só assim se poderá apontar para um "regresso ao direito" e para o apagar das necessidades de prevenção. E esta terá de ser a realidade desistente enquadrada com a teoria dos fins das penas.

Concluindo, os motivos, no quadro dos fins das penas, são um determinante auxílio, não excluível, na avaliação da actividade desistente na orientação de um "regresso ao direito", entendido como um afastamento definitivo pelo agente, passível, para quem apoia esta teoria, de afastar as exigências preventivas firmadas pela tentativa.

#### **4. Teoria do interesse ulterior**

Da interpretação da teoria dos fins das penas aplicada à regra da desistência resulta que a impunidade do desistente se deve ao afastamento das exigências preventivas

emergentes da execução criminosa que se anulam com o "regresso ao direito" pelo agente. Esta teoria revela um excesso de pensamento, por outras palavras, não é necessário ir tão longe dentro do Penal para se justificar a solução apresentada. Defende Herzberg que, o «optimismo criminal» não passa de pura ficção, cada caso é um caso e não se pode afirmar que pela desistência deixa de haver necessidade de se cumprir com as exigências de prevenção<sup>50</sup>. Concordo. É erróneo conceber que, porque em fase posterior o agente retrocede no intento se afastam as exigências de prevenção. Para ser mais preciso, esta é uma dedução perigosa e que carece de sentido extra-sistemático. Parece matemática, tentativa mais desistência igual a exclusão das necessidades de prevenção. Faria todo o sentido se o Direito fosse uma ciência exacta em que, com rigor, se consegue projectar a realidade abrangida. Mas não o é. Parece necessário relembrar que o ordenamento penal se ocupa, é doutor dos casos que, aos olhos do colectivo, se mostram mais censuráveis. Há aqueles que até arrepiam o todo, v.g. como o homicídio e o roubo violento. Mais do que impreciso, soa falsa a conclusão de que, quem tenta matar alguém ou agride violentamente outrém para se apropriar de pertence alheio e depois acaba por não pretender o sucesso da conduta, não deve responder pela tentativa porque, supostamente, a validade da norma e o seu respeito se confirmam e o agente não assinala uma personalidade perigosa. O ordenamento penal é instrumental à actividade do Estado que tem como primórdias funções garantir, dentro do possível, o bem-estar e a segurança dos cidadãos. Ora, não creio que, com a regra da desistência a colectividade se sinta segura, que confie no respeito pela norma que protege o bem jurídico questionado e, muito menos, corrobore com a personalidade não perigosa vinculada pelo sucedido, em casos de homicídio, violação, roubo violento. São comportamentos arrepiantes que levam a que, só quando o agente vai ao "castigo" pelo crime tentado, a comunidade se sente segura e acredita no seu defensor<sup>51</sup>.

Verdadeiramente, o ponto que mais confusão faz é o do afastamento das necessidades de prevenção especial. A função das penas é marcadamente intimidativa. Assim, a punição reporta-se ao campo pessoal a favor do colectivo e a prevenção geral decorre da especial. Por outras palavras, com as penas, o particular, previsivelmente, terá receio de

---

<sup>50</sup> Cit. Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, págs. 24 e 25

<sup>51</sup> Em jeito análogo, "a situação actual da pena privativa da liberdade, poderemos fazê-lo com justiça, asseverando que esta pena persiste unicamente porque ainda não se encontrou forma de integralmente a substituir, em particular no que toca ao sancionamento da criminalidade grave", Figueiredo Dias, em : *ob. cit.*(2), pág. 112.

cometer o intento o que, a par da futura resposta punitiva, descansa os outros que, assim, confiam na norma. Ora, como é que alguém que tenta matar outrém, porque teve um instante de lucidez deixa ser perigoso, a ver dos demais que, não vão confiar na afirmação da norma, na sua defesa, quando a lei não sanciona o agente bem perigoso pelo vincado. Importa salientar que não é claro que uma atitude desistente afasta as necessidades preventivas verificáveis no caso concreto. A propósito, a regra parece-me ser ao contrário.

Mas não ter força suficiente para afastar exigências de prevenção porque, estas já vingaram e o colectivo requer uma resposta convincente por parte da máquina punitiva, poderá não implicar que não se justifique a não punição dos atrevidos. A minha orientação, para dar resposta ao porquê de se afastar a pena, acompanha o sentido da utilidade político-criminal da regra. No fundo, o que admite que não se sancione pela tentativa quem chegou à fase executiva do tipo mas depois não prosseguiu com esta, é a função do direito penal, a da protecção dos bens jurídicos tutelados. Esta protecção alimenta o exercício do sistema penal no cumprimento da sua função. Ou seja, a protecção dos bens jurídicos penais justificará que se promovam considerações legais que apontem nesse sentido funcional, e é essa função que dá luz verde a um afastamento punitivo, mesmo quando se verificam no caso exigências de prevenção. Por outras palavras, será útil à função que se estimule o agente a desistir para se evitar a lesão do bem jurídico, mesmo que se ignorem as necessidades preventivas. Não se afastam exigências preventivas, não há estímulo, nem prémio, para o desistente, não se reconhece um mérito subjectivo<sup>52</sup>, simplesmente a regra da desistência ignora o sucedido porque, o seu fim último é o da protecção do bem jurídico e esse fundamento será suficiente para se desviar o olhar da execução até então. Noutros ditâmes, a propaganda de comportamentos desistentes no combate à lesão dos bens jurídicos a tutelar será razão bastante para que vingue na balança ponderativa, em confronto com a atitude anterior ao momento desistente, afirmando uma ideia de preponderância do interesse ulterior, a defesa última do bem jurídico. Agora se, com esta medida, a criminalidade vai diminuir, não me parece.

---

<sup>52</sup> Para Jakobs, trad.(esp.), "No se trata de Política criminal, gracia prémio, fin de la pena, atenuación de la culpabilidad que ni de ningún otro de los criterios que se han empleado como clave para resolver esos problemas", em: *ob. cit.*, pág. 325.

### III PRESSUPOSTOS DA REGRA DA DESISTÊNCIA

#### 1. "Voluntariedade"

Apenas uma desistência voluntária é digna de acolhimento no seio da regra da desistência. É o que decorre do texto dos artigos 24º e 25º, referentes à regra da desistência<sup>53</sup>. Só deste modo há material valorativo para se isentar o infrator de uma pena pela regra. Se se exigisse apenas e tão-só uma qualquer desistência, a impunidade ficaria entregue a um destino que seria benéfico a quem não prossegue com o intento porque é impedido ou porque simplesmente o falhou, não se firmando qualquer razão para uma diferença de tratamento entre quem, nestes moldes, desistiu e quem não o fez. Quanto a este ensinamento, merece o meu aplauso a formulação de Jakobs. Para o autor, se a tentativa fracassa, o agente não pode "redefinir" a sua conduta rotulada de ineficaz<sup>54</sup>. Como exemplifica Claus Roxin, "O assaltante que é agredido pela vítima e por isso fica inconsciente não "desistiu" da sua tentativa, mas falhou: a sua tentativa é falhada"<sup>55</sup>. Às tentativas falhadas não se aplica a regra da desistência pois, o agente não desiste da consumação, apenas a falha, não concretizando a sua intenção criminosa<sup>56</sup>.

Escreve Maia Gonçalves que, no alinhamento da doutrina, a desistência terá de ser espontânea<sup>57</sup> da vontade do desistente não sendo de admitir a sua relevância para o efeito, no caso de ser imposta por factores externos à sua vontade, como o será quando o agente desiste a pedido da vítima ou porque entretanto a polícia aparece no cenário<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Art. 24º/1, "quando o agente voluntariamente". Art. 25º, "daquele que voluntariamente".

<sup>54</sup> *Ob. cit.*, pág.340.

<sup>55</sup> *Roxin, Claus, Problemas fundamentais de direito penal / Claus Roxin; trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo, 3ª ed., Lisboa: VEGA, 1998, pág. 338.*

<sup>56</sup> É ponto assente na doutrina que uma desistência pelo fracasso da tentativa não se terá por voluntária, leia-se, v.g. a sucinta alusão de Muñoz Conde, em: *ob. cit.*, pág. 426. Pertinente quanto a este pensamento é a referência de Eduardo Correia ao conceito de "frustração", em que o agente já praticou todos os actos necessários à consumação, casos em que se afastaria a possibilidade de negação da punibilidade pela desistência, em: Eduardo Correia, em: *ob. cit.*, pág. 232. Também Figueiredo Dias refere o interesse da distinção entre tentativa inacabada e acabada ou frustração para efeitos da desistência, em: *ob. cit.*, pág. 710.

<sup>57</sup> *Manuel Maia Gonçalves, Código Penal Português Anotado e Comentado - legislação complementar, pág. 129.*

<sup>58</sup> Entendimento do STJ, no Ac. de 18-04-2012, Proc. 274/10.9JACBR.C1.S1. Determina, e bem, o tribunal que a desistência não pode ser imposta por factores externos ao desistente. Porém quando o agente desiste a pedido da vítima tal desistência não será imposta, mas sim

Mas não, a utilização do termo espontânea nada adita e é infeliz, como que acrescenta um novo pressuposto à desistência e, da sua não verificação, esta não se terá como voluntária. Espontânea significará que a decisão de desistir tem de partir do agente, nunca aconselhada ou forçada, e não a pedido da vítima, por exemplo. Ora, qualquer decisão parte do próprio. Outro ramo será voluntariedade e uma desistência é voluntária quando é sem coação, seja moral ou física<sup>59</sup>, mesmo que a intenção de desistir seja motivada por factores externos ao agente. Quando o agente desiste pela sensibilização afecta ao pedido do ofendido, não se vê obrigado a desistir e, se o faz, é porque é essa a sua vontade. Já se o agente desiste pela intervenção policial, a sua determinação não será voluntária, mas pelo facto de ter sido coagido a tal, o que não invalida que a decisão de desistir não parta de si. A crítica dirigida ao critério da espontaneidade deve-se sobretudo à sua desnecessidade e a sua interpretação de que a desistência tem de partir do agente pode dar azo a uma ideia de que, a desistência, se motivada por elementos externos, não se terá como voluntária<sup>60</sup>, o que é errado. Toda a decisão é querida pelo decisor, pode é esse querer ser impingido ou não.

Porém, será preciso aperfeiçoar o conceito de voluntariedade. A desistência será voluntária quando o agente é o dominus da opção de desistir, em que pode escolher se continua com o comportamento criminoso. Configura Marques da Silva que, a desistência será voluntária "quando o agente podia prosseguir, mas não quer"<sup>61</sup>. O agente tem de querer desistir<sup>62</sup>. Mas não basta que o recuo seja vontade, querida pelo desistente. Em sentido afirmativo, por detrás da cortina, teoricamente qualquer desistência será voluntária. De um outro modo, quem não continua com a acção criminosa, seguindo o exemplo, porque a polícia surge no local pode, repita-se, pelo menos em teoria, optar por continuar com a prossecução criminosa. Pronunciou o STJ que, "a desistência só é relevante quando a voluntariedade da mesma pressupõe a possibilidade de eleição entre duas condutas. Essa possibilidade falta, não só quando

---

motivada o que não invalida a auto recriação desistente. E mesmo quando a decisão é imposta não deixa de "partir do agente".

<sup>59</sup> Neste sentido refere Júlio Gomes que a conduta involuntária se dá não a motivos mas a coacção, em: *ob. cit.*, pág. 64. O que não será bem assim visto que a coacção não deixa de ser um motivo que leva o agente a desistir.

<sup>60</sup> A espontaneidade na formulação de que a escolha desistente não pode ser imposta mostra-se correcta, no entanto defendo que carece de pertinência a autonomização do critério.

<sup>61</sup> *Ob. cit.*, pág. 263.

<sup>62</sup> Ao encontro da exposição, "não se poderá falar em desistência se só por erro ou equívoco é que o agente impediu a produção do resultado", Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, pág. 35.

uma delas é impossível<sup>63</sup> como no caso de abandono da empresa criminosa pela resistência da vítima mas, também, quando a conduta diversa apresenta desvantagens ou riscos tais que não podem esperar-se de uma pessoa razoável". O STJ continua, concluindo, no mesmo acórdão, que uma desistência só se rotula como voluntária quando o desistente domina uma opção livre, ou seja, quando o arguido "retrocede no seu plano criminoso, podendo livremente optar por prosseguir na sua execução em vez de retroceder"<sup>64</sup>. Do parafraseado resulta que, para o efeito desistente quem é forçado por determinado elemento, sendo por esse que desiste da conduta, não desiste voluntariamente. Nestes termos, o agente deixa de ser dono de uma escolha livre. Se não dá seguimento à intenção porque não consegue, ou pelo menos se mostra difícil consumá-la ou porque dessa continuação é provável que emergam para si nefastas consequências, *v. g.* porque poderá ser apanhado pelas autoridades na prática do delito, revelando-se inconveniente avançar com o objectivo criminoso, apenas lhe resta, do lado do bom senso, a escolha desistente. Apesar de, na teoria, se verificar uma possibilidade de escolha, na prática essa possibilidade não se concretiza. Em jeito bem simplista, quando a factualidade concreta obriga o agente a desistir esta não é voluntária apesar de, ser sempre sua a última palavra. Uma desistência só será voluntária quando for de livre vontade do desistente<sup>65</sup>.

No entanto, este critério será de difícil concretização. Em casos dúbios será difícil verificar se a desistência é imposta, ou não, ao desistente. Utilizando o exemplo dado por Figueiredo Dias, do terrorista que não explode a bomba porque se apercebe que no restaurante se encontram os seus pais, desiste voluntariamente?<sup>66</sup>. Sinceramente, estou

---

<sup>63</sup> Neste sentido Martínez Escamilla exclui da voluntariedade casos de impossibilidade absoluta e relativa de consumação, em: *ob. cit.*, pág. 334, 335.

<sup>64</sup> Ac. do STJ de 26/3/1998, Proc. n.º 1511/97.

<sup>65</sup> Nesta orientação decidiu o Tribunal da Relação de Guimarães, ao considerar que o agente desistiu "por única e exclusiva vontade", do crime de coação com a intenção de subtrair o telemóvel ao ofendido, corroborando a decisão da 1ª instância que puniu o agente por crime de ameaça grave. Para mais, Acórdão de 01/07/2013, Proc. n.º 823/08.2GBGMR.G1. Já de modo diferente decidiu o STJ em sede de recurso no acórdão de 18/10/2006, Proc. n.º 06P3052. Neste o Supremo considerou que o agente não desistiu voluntariamente do crime de roubo porque apenas largou a mala devido à reacção defensiva dos ofendidos que destemidamente se opuseram à pretensão dos arguidos. Como se refere no Acórdão aludindo ao apontado pela Relação de Lisboa na decisão recorrida "Não há desistência, mas sim fuga do local onde se produziram os factos". O tribunal, a meu entender, de modo desnecessário faz referência à falta de espontaneidade da resolução desistente. O relevante é que, como decorre da interpretação do Acórdão o agente não dominou uma livre escolha, antes foi forçado pela resistência oferecida a não prosseguir com o intento, logo esta não foi voluntária.

<sup>66</sup> *Ob. cit.*, págs. 753,754.

na dúvida. Ao considerarmos a ligação enraizada de afecto que se afirma entre pais e filhos, para o terrorista explodir, naquele momento, a bomba, não seria uma opção válida, o que exclui a voluntariedade da acção desistente. No entanto, um terrorista capaz de fazer explodir uma bomba com a intenção de matar várias pessoas, previsivelmente será também capaz de levar a sua ideologia, considerando que a acção serviria um propósito ideológico, às últimas consequências e aí, a desistência seria voluntária. Mas, este último raciocínio já não se impunha caso não se tratasse de um terrorista a cumprir a sua missão, e se em vez de um terrorista o agente fosse um assassino que actuaria com dolo necessário ao querer matar apenas um dos frequentadores do restaurante? Nesta, já não se configura razoável aceitar-se que este seria capaz de continuar, com a presença dos pais no restaurante no momento da execução. Este é um exemplo de um caso de solução insegura e casos inseguros não pararão de surgir se reflectirmos sobre as mais diversas possibilidades que a realidade tem para nos oferecer. Seguindo o critério oferecido, a desistência do assassino teria de se ter como involuntária, de acordo com a minha representação social que convictamente generalizo, porque a presença dos pais no local força o retrocesso intencional. Mas, também não estranho solução em contrário. Alternativa poderá ser a utilização do princípio "in dubio pró reu" como escape, mas isso será contornar a questão e não solucioná-la. Já quando consideramos os fundamentos tidos para a impunidade *supra* explicados, podemos chegar a uma conclusão de melhor desdenho. Se atentarmos à função penal de protecção dos bens jurídicos, da qual resulta a desistência como expediente político-criminal no combate à agressão dos bens jurídicos, a intenção ficaria satisfeita com o abandono por parte do agente o que aponta para a relevância da desistência considerada, assim, voluntária. Porém, com este pensamento, não se estará a proteger o bem jurídico, apenas a adiar a sua lesão. Previsivelmente o agente, em outra oportunidade, cometerá o crime se os pais não estiverem presentes. Mas contra esta versão se poderá opinar que, continua a ser preferível que se adie o atentado porque, com aquela desistência, se salvam a jeito definitivo outros bens jurídicos, refira-se as vidas dos restantes. Nem o pensamento de Figueiredo Dias resolve a problemática. Para o autor "decisivo é que, pura e simplesmente, num caso como no outro se verificou a reversão do processo lesivo como obra e por obra do agente e por isso a desistência deve considerar-se voluntária"<sup>67</sup>. Mas, se assim considerarmos assiste-

---

<sup>67</sup> *Ob. cit.*, pág. 754.

se a um ciclo vicioso e a desistência será voluntária mesmo quando imposta, porque não deixa de ser obra do agente. Em meu entender, deve ter-se por referência o acima escrito sobre os "fins das penas". Ora, só quando o agente se distancia em definitivo do pretendido, não só no presente mas para o futuro, é que se poderá considerar que se afastam as exigências de prevenção. E só, assim, com uma protecção definitiva daquele bem jurídico, se sacia na íntegra vontade político-criminal e se fundamenta a isenção do agente<sup>68</sup>. Do melhor, a voluntariedade terá de se equiparar a um "regresso ao direito", que terá de ser interpretado como um afastamento permanente daquele tipo.

Em jeito de conclusão, se da situação se retirar que o agente não quer mais praticar o intento, o pressuposto da voluntariedade estará preenchido, caso apenas manifeste um retrocesso intencional no momento desistente não se terá como composto o pressuposto exigido pela norma.

## **2. Âmbito de aplicação temporal**

Do conteúdo do art. 24º é possível extrair o âmbito de aplicação temporal da norma da desistência<sup>69</sup>. A desistência é relevante desde o início da tentativa, antes não há, regra, responsabilidade criminal, até à consumação em que, mesmo após a conclusão da tentativa, o agente ainda pode desistir activamente evitando a consumação, pois, após esta, o acto desistente não apresenta qualquer utilidade na defesa do bem jurídico.

Quanto ao início da tentativa, como ponto de partida, apenas se pode questionar se a regra se deve estender aos actos preparatórios especialmente punidos e não me ocorre nenhuma razão material para que tal extensão não se imponha, para mais quando o agente ainda não deu início à execução, ou seja, está mais longe de lesar o bem jurídico do que o desistente que se encontra no momento da execução. Para mais, e ao encontro de Eduardo Correia, negar-se a possibilidade de desistência aos actos preparatórios seria "manifestamente absurdo" a nível político-criminal<sup>70</sup>. O melhor será mesmo afirmar que a desistência releva a partir do momento em que o agente pode ser responsabilizado criminalmente.

---

<sup>68</sup> Concordantemente, "uma desistência apenas será relevante quando definitiva", Jorge Faria, em: ob. cit., pág. 55.

<sup>69</sup> "A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime". Do art. 25º chega-se à mesma conclusão.

<sup>70</sup> Ob. cit., pág. 241.

A formulação relativa à temática oferecida pela doutrina tem sido a "desistência da tentativa"<sup>71</sup>. Do art. 24º resulta que essa não é a intenção do legislador. A formulação indicada seria a desistência do crime ou, a desistência da consumação. Para ser mais preciso, por força da última parte do 24º/1<sup>72</sup>, a correcta fórmula para a questão seria a desistência da consumação material. A ideia político criminal da utilidade aponta para o limite máximo da consumação, pois até esta se verificar a desistência revela-se útil. De boa análise, resulta que a solução da desistência mais não faz do que justificar a impunidade pelo facto de não se verificar o evento lesivo, ou pelo menos, por vezes, pela verificação de um comportamento capaz de o evitar. No fundo, é o que dá sentido à isenção punitiva, é o impulso desistente que o instrumento estabelecido promove no intento criminoso, correspondendo ao olhar comum de que "tudo está bem quando acaba bem". Como tal, o que parece interessar é que efectivamente não se lese o bem jurídico. Refere Marques da Silva que, a pretensão legal de se estender a regra da desistência aos casos de tentativa acabada, ou seja, a ocasiões em que apesar de o agente ter concluído a execução, ainda pode proceder a um arrependimento activo para afastar a consumação<sup>73</sup>. Parece ser este "arrependimento activo", o termo doutrinal<sup>74</sup>. Se na regra da desistência o legislador define esta possibilidade é porque entende que esta é relativa à consumação. Ora, uma matéria será a desistência e outra será o arrependimento. Se a intenção legislativa fosse a de perceber no criminoso um arrependimento teria de se abrir portas a uma nova regra, à do arrependimento por parte do autor e isso já é outro conto, pós consumação. Ou seja, não se deve falar de arrependimento nos casos de tentativa acabada, nestes o agente desiste da consumação.

Apesar de o limite temporal tido como máximo, o da consumação, fazer todo o sentido do ponto de vista político-criminal, a sua aplicação prática é questionável.

---

<sup>71</sup> V.g., a obra de Jorge Faria, "Sobre a desistência da tentativa", a de Júlio Gomes, " A desistência da tentativa: novas e velhas questões".

<sup>72</sup> "ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime".

<sup>73</sup> *Ob. cit.*, pág. 263.

<sup>74</sup> Maia Gonçalves também entende a possibilidade de o agente se arrepender activamente em casos de tentativa acabada, em: *ob. cit.*, pág. 129. Parece-me que o uso do termo parte do pensamento de que a desistência significa o mero abandono do intento. Só assim se justifica a destreza mencionada entre desistência e arrependimento activo. Porém, uma desistência pode apenas representar o abandono, mas pode ser bem mais que isso, o que vai depender da situação em análise.

Político-criminalmente, o expediente da desistência acompanha o Direito Penal na sua função protectora dos bens jurídicos típicos. Enquanto não se verifica a sua efectiva lesão ainda será vantajoso para o arranjo penal, que o agente se distancie do desejo da consumação. Vale uma ideia de utilidade comportamental, ou seja, ainda é útil à defesa do bem jurídico ameaçado que o executor afogue a sua finalidade. E enquanto a desistência se revela útil à missão penal, fará sentido a sua valoração. De uma outra forma, ao momento se a desistência não é frutuosa carece de sentido útil a aplicação do preceito legal. Porém, se é o juízo da utilidade que determina o limite temporal, apenas um olhar tímido e uma resposta envergonhada não estabelece um limite máximo além da consumação, conferindo um cunho reparador "isentador" em termos gerais, não característico do nosso ordenamento penal<sup>75</sup>. Este critério da utilidade ao ser limitado pela consumação pode levar à bizarra situação, de a regra da desistência aproveitar a um agente e a outro não que apenas se retraiu momentos depois, pós consumação. Se o que determina a baliza temporal da desistência é o seu efeito útil, no seu acompanhamento teria de se admitir como relevante um comportamento reparador. Ilustrando, se X furta uma jóia a Y e a pode devolver porque não "estimulá-lo", como se diz fazer o direito penal com a regra da desistência, também a devolver a jóia. Se X ao devolver a jóia invalida, no campo prático, os efeitos da consumação, seguindo o raciocínio político-criminal esta atitude releva, para efeitos da desistência porque, no fundo, se é possível reparar a situação de modo a anular os efeitos da consumação material do tipo, a desistência continua útil<sup>76</sup>. Apesar de compreensível porque o agente ao desistir antes da consumação não se chega a mostrar capaz de consumir o tipo, não se admitir a hipótese reparadora como consequência da ideia de utilidade é negar o fundamento último da regra, a protecção dos bens jurídicos por essa via. Já agora, com essa extensão se abriria caminho para um arrependimento activo isentador pelo agente.

---

<sup>75</sup> No entanto o Direito Penal não é completamente alheio à possibilidade reparadora para exclusão da punibilidade. *Vide* a referência feita por Américo Taipa de Carvalho ao "pagamento do valor do cheque" como causa de exclusão da punibilidade, em: *ob. cit.*, págs. 263, 264. Aliás de modo discreto, quem quer complicar o que preside à impunidade do desistente e aponta como razão um afastamento das necessidades preventivas, aponta no sentido de um direito reparador, visto que é com o posterior comportamento desistente que estas se afastam, reparando-se, na medida do possível o trecho da realidade afectada pela conduta delinquente)

<sup>76</sup> Quanto à ideia de utilidade da desistência expõe Figueiredo Dias a ideia de que esta não poderá ser levada ao extremo, a ponto de colocar em causa a eficácia preventiva do sistema penal, em *ob. cit.*, pág. 745.

Do exposto, em boa verdade, o desistente não desiste da execução mas sim da consumação e, apesar de esta referência parecer um mero excesso de formalismo porque quem desiste da consumação automaticamente renúncia à execução, tem toda a pertinência. Se o agente quando desiste fá-lo em relação à consumação, pode, até este ponto, "brincar" com a extensão da execução e posteriormente tirar proveito da regra da desistência e ficar impune, o que se revela excessivo. Considerando o exemplo de quem, com o intuito de lograr a consumação do tipo de homicídio, dispara 15 vezes e não prossegue com a execução, será de se admitir a aplicação da solução da desistência? De acordo com a ideia da utilidade da desistência e com o teor da norma, sim. Se sim, de acordo com o pensamento penal o desistente encontra-se na mesma posição de quem disparou apenas uma vez com vontade homicida, ignorando-se a intensidade *criminis* revelada nos dois casos. Não são casos dignos da mesma censurabilidade penal, não merecendo, portanto, a mesma solução, são situações materialmente diferentes o que implica uma solução diferente para cada um<sup>77</sup>. Como se viu, às tentativas falhadas não se aplica a regra da desistência pois o agente não desiste da consumação, apenas a falha, não concretizando a sua intenção criminosa. Mas como é que, no mundo prático, se faz a distinção entre uma desistência e uma tentativa falhada, por outras palavras, como é que se pode afirmar que quem disparou 15 vezes desistiu de prosseguir com a execução ou falhou<sup>78</sup>. Quando a realidade objectiva reflecte uma impossibilidade de se vir a consumir o tipo após a execução concreta, é possível delinear a barreira que separa a tentativa falhada de uma desistência, porém, numa realidade infinita esta não será, seguramente, a regra. Ou seja, se o agente recua e se tiver como prosseguir a execução será, pela via da utilidade político-criminal, uma desistência, se não, será uma tentativa falhada. Assim, de acordo com a estrutura do regime da desistência, o agente pode tentar de tudo e depois desistir, o que poderá levar a decisões materialmente risórias. Mas a observação desta linha de separação vai na grande diversidade de casos depender da palavra do agente, caracterizando-se como um aspecto de índole excessivamente

---

<sup>77</sup> É que nem o grau de censurabilidade como critério servirá para ditar se se deve admitir a regra da desistência nem se não. Não há como traçar um grau de censurabilidade na execução capaz de apontar para uma solução. Por outras palavras, a desistência deixaria de se aplicar a partir de que ponto? A partir do terceiro disparo, quarto disparo? Então, mas será justo que por um disparo a mais que a um agente não se aplique a regra da desistência e ao outro já se aplique?

<sup>78</sup> Pertinente para a temática é a exposição detalhada de Júlio Gomes sobre a distinção entre a tentativa acabada e inacabada, em: *ob. cit.*, pág. 82 segs.

subjectiva o que pode, facilmente, levar a um aproveitamento prático da solução<sup>79</sup>. Será então preciso avançar com um critério capaz de, dentro da execução, ditar o seu fim, mesmo quando há a possibilidade de progredir com a intenção criminosa. Sigo a linha de orientação da teoria da consideração conjunta em que, a tentativa se tem por acabada quando se considera possível a verificação da consumação<sup>80</sup>. Para evitar confusões, cumpre distinguir então quando se inicia a execução para efeitos penais, da responsabilização criminal, e quando esta termina para o efeito da desistência. Se X parte o vidro do carro de Y para furtar uma jóia que sabe estar lá escondida, há início da execução, o bem jurídico já é colocado em perigo, havendo já inclusive um crime meio de dano, no entanto, se ao entrar no carro este resolver desistir, ainda o faz de modo relevante para efeitos penais porque a execução ainda não atingiu o seu término. Mas, se após entrar no carro o vasculhar de "cima a baixo" e não encontrar a jóia, verifica-se o término da execução, apesar de ainda se poder afirmar que o agente poderia ter prosseguido com a execução, rasgando os estofos dos bancos ou esperando no carro pelo ofendido. É de considerar que, apesar de o agente ter a possibilidade de continuar a conduta criminosa, este já colocou o bem jurídico num estado de perigo extremo em que da sua conduta é iminente a sua efectiva lesão e através da sua actuação ele a representou como possível<sup>81</sup>. Assim, no primeiro exemplo, no dos disparos com sentido homicida, a execução terminará, previsivelmente, após o primeiro disparo<sup>82</sup> e em relação a esta já não é possível desistir porque a execução terminou. Noutros termos, após este ponto, se o agente não prosseguir com a actuação criminosa, não desiste,

---

<sup>79</sup> Será então de repudiar o critério do plano da acção pelo agente defendido pelo BGH no acórdão "Flachmann". Segundo este a tentativa ter-se-á como falhada consoante o meio determinado pelo agente. Cfr. *Roxin, Claus, Problemas fundamentais de direito penal / Claus Roxin; trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo, 3ª ed., Lisboa: VEGA, 1998, pág. 353, 354, 355*. Se o agente planeou consumir o crime através de determinado empreendimento quando esta exigir um extravio ao plano o agente falhou a tentativa. Esta solução depende de um facto não passível de comprovação e não se justifica um tratamento mais favorável a quem não reflectiu sobre o meio, para mais quando se pode tratar de um agente que mostra estar disposto a tudo para consumir o crime.

<sup>80</sup> Cfr. Figueiredos Dias, em : *ob. cit.*, págs. 736, 737.

<sup>81</sup> "A isenção total da pena parece um benefício excessivo quando se tem em consideração que o agente pode ter criado uma situação de perigo particularmente intenso, por vezes mesmo gigantesco ou maciço", Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, pág. 102. O que será o caso do exemplo frisado dos 15 disparos com vista a lograr o tipo de homicídio. Quanto á punibilidade da tentativa sustenta Roxin que quando a impressão juridicamente abaladora que fundamenta a punibilidade da tentativa existe numa grande medida a impunidade é insustentável, em: *ob. cit.*, págs. 325 e 326.

<sup>82</sup> Pois pode acontecer que do sucedido se constate que só aquele disparo não seria suficiente para lograr o tipo.

apenas não tenta outra vez, havendo uma identificação entre o término da execução e a tentativa falhada e a estas não se aplica a regra da desistência.

Por outra, se a regra da desistência valer até à consumação pode levar ao injusto o benefício de quem foi feliz no lograr dos seus intentos. O agente que, com sucesso completou a tentativa, sendo espectável a consumação pela sua execução, ainda tem a oportunidade de desistir activamente de modo a evitar a sua concretização, já quem falhou no pretendido não terá esta possibilidade desistente visto que, não há consumação a evitar. Serão estes os casos em que ao término da execução não corresponde imediatamente a consumação do crime e em que o agente ainda tem espaço de manobra para desistir. Retocando o exemplo dos disparos com intenção homicida, quem dispara as duas balas do revólver e não consegue alvejar o ofendido já não pode desistir porque falhou na tentativa, quem as acerta, previsivelmente, ainda terá como evitar a consumação e, assim, desistir activamente.

Devido à sua imprecisão prática, apesar de reconhecer o seu acompanhamento político-criminal, excluiria do texto do art. 24º o teor relativo à consumação. A redação do art. 24º/1 seria apenas e só, " a tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime". Assim, seria clara a fórmula "desistência da tentativa".

### **3. Âmbito de aplicação material**

O art. 24º será aplicável ao autor singular e o art. 25º ao participante. A aplicação do art. 25º ao participante será aprofundada futuramente. Da norma não resulta qualquer limitação quanto às ocasiões criminosas para o efeito da regra da desistência. Esta será, portanto, passível de valoração, e quiçá, aplicação em qualquer acontecimento desistente, independentemente da sua gravidade criminal. Assim, a regra é estranha à gravidade da conduta o que não me parece assertivo quanto à nossa concepção criminal, mas esta questão a seu tempo será explicada.

#### **4. Exigibilidade da conduta**

Costa Pinto sintetiza: "nos regimes dos artigos 24º e 25º do Código Penal a desistência é condicionada a uma conduta (suspender a execução, impedir a consumação ou o resultado não compreendido no tipo ou desenvolver um esforço sério) que, para ser relevante, deve ser qualificada como voluntária".<sup>83</sup>

Esclarecido está que a desistência tem de ser voluntária, o desistente tem de querer um corte definitivo com o tipo que em tempos pretendeu consumir, para que se justifique a não aplicação da pena ao desistente, dentro do quadro penal. Não alheado deste ponto, ou melhor, no seu segmento em arena doutrinal se debate qual a exigência comportamental desistente que se deve impor ao autor da desistência, para que este não seja responsabilizado criminalmente, questão que é exemplarmente abordada por Alcácer Guirão<sup>84</sup>. A permissa basilar para o "obséquio" firmado pela lei da desistência é o evitar a lesão do bem jurídico. Portanto, a regra será a de que, caso a consumação não se afaste, o agente não será isento por força da regra. Mas no art. 25º o legislador dá valor isento à acção e afasta como pressuposto a necessidade de não se verificar o resultado.

##### **4.1 Aplicação do artigo 25º em consideração aos tipos participativos**

O nosso Código Penal divide a desistência por dois artigos, por duas realidades diferentes, por domínios do facto diferentes. Costa Pinto desdobra o domínio do facto em, domínio do facto positivo e negativo. Segundo o autor, o domínio do facto positivo será a capacidade do desertor de fazer evoluir a progressão criminosa e, ao invés, por domínio do facto negativo entenda-se a capacidade do desistente de evitar essa progressão<sup>85</sup>. Desta base de entendimento resulta que o artigo 24º se reporta ao domínio exclusivo do facto em casos de autoria singular e o artigo 25º dá resposta à conduta desistente em autorias participativas e por esta se formulou, em que o desistente não apresenta um domínio autónomo do acontecimento. O participante, considerando os vários actores criminosos interessados na consumação, quando desiste, encontra-se, regra, à condição, ou seja, dependente de outrém participante criminoso para que não se

---

<sup>83</sup> Pinto, Frederico de Lacerda Costa, *Desistência de um participante e imputação do facto cometido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, nº 2(1997)*, p. 301-330, pág. 313.

<sup>84</sup> *Ob. cit.*

<sup>85</sup> *Ob. cit.*, pág. 264.

verifique a consumação. Quanto a esta questão, reporta Costa Pinto a possibilidade de os restantes intervenientes obstarem à desistência e controlarem, assim, a responsabilidade criminal do desistente<sup>86</sup>. A diferença de tratamento estabelecida no art. 25º justifica-se pelo facto de, em situações comparticipativas, a tentativa de consumir o tipo apresentar vários intervenientes sendo que o evitar da consumação não vai depender, regra, apenas da vontade do desistente. Desta sorte, o art. 25º não exige a não consumação e estabelece como medida mínima, para a relevância do acto desistente, um "esforço sério" por parte do agente desertor. Posto isto, e decorrente da deficiente generalização comparticipativa elaborada no art. 25º, a sua aplicação gera as maiores dúvidas. Se no fundo o que justifica a diferença de tratamento é a posição do desistente relativamente à não consumação, a fórmula do art. 25º teria de ser diferente, e não generalista. O art. 25º revela falta de pensamento sobre o seu fundamento, deveria atender às características dos vários tipos comparticipativos e, aquando da decisão, às especificidades do caso concreto capaz de afastar a aplicação da regra na comparticipação concreta, coisa que, da minha interpretação do teor da norma, não faz. Desta generalização resulta que a regra não respeita o característico dos tipos comparticipativos, saindo frustrada a tentativa do legislador de apresentar um conceito unitário a todas as modalidades comparticipativas. O critério determinante para aferir da aplicação do art. 25º será então a posição que o comparticipante ocupa no panorama *criminis*, considerando o momento desistente, se esta for a mesma que ocupa um autor singular não há razão material para se aplicar a norma, pois não há aplicação, ou pelo menos não deve, de qualquer regra sem que se verifique o seu fundamento. Não será, portanto, suficiente para a aplicação do preceito estabelecido no art. 25º que o desistente se encontre numa ocasião comparticipativa, dentro desta terá de ocupar posição diferente do autor singular quanto à lesão do bem jurídico.

Ora vejamos. Do artigo 26º é possível descodificar como formas de comparticipação a autoria mediata, a co autoria e a instigação. A cumplicidade também é tida como forma de comparticipação punível nos termos do artigo 27º.

---

<sup>86</sup> *Ob. cit.*, pág. 98. Não se confunda com a formulação de que se assim não fosse, se se exigisse a não verificação da consumação haveria responsabilização criminal "por facto de outrém", , obra A relevância da desistência em situações de comparticipação. Se tal fosse exigido, o comparticipante desistente que não conseguisse evitar a consumação por força de terceiro seria punido não pelo insucesso da sua actividade desistente, mas sim pelo que praticou.

Co-autor é aquele que adere ao acordo criminoso e participa objectivamente na sua execução<sup>87</sup>. Cada co-autor terá a sua função no plano objectivo que converge no sentido da consumação do tipo, não dependendo apenas da sua tarefa no plano a concretização deste. Havendo mais intervenientes executores, a regressão da lesão para o bem jurídico tutelado, regra, não vai depender apenas da conduta desistente. Por norma, o co-autor não apresenta um domínio total do acontecimento. Nesta medida, a regra será a de que na co-autoria, a desistência do co-autor é abrangida pela norma do art. 25º. No entanto, é o caso concreto que dita a solução final e é preciso atentar à função do co-autor e verificar o seu grau de dispensabilidade. Se o desistente depender de terceiro participante para evitar a consumação, será co-autor desistente. Será o caso, *v. g.* de quem, na qualidade de co-autor, participa na execução ao vigiar a entrada da casa a assaltar. Se o co-autor não estiver dependente da actuação de outro, se o agente com o seu comportamento desistente poder *per si* evitar a lesão do bem jurídico, este não assume a qualidade de co-autor para efeito da desistência. Seguindo o exemplo será o caso de a quem compete entrar no domicílio para furtar o objecto pretendido. Nesta segunda hipótese, o agente é figurino principal, sem a sua participação o crime não se irá consumir, pelo menos nas circunstâncias pensadas. Este terá, portanto, de previsivelmente apenas abandonar a consumação não se encontrando à condição<sup>88</sup>. Se no plano da desistência a posição do co-autor é a mesma que a do autor singular, não há razão que fundamente a aplicação do art. 25º, aplicando-se o regime do art.24º visto que da sua desistência resulta a não lesão do bem jurídico.

Na autoria mediata concordo com a conclusão de Costa Pinto. Para Costa Pinto o autor mediato tem um domínio total do facto porque domina o erro em que incorre o autor

---

<sup>87</sup> Cfr. Eduardo Correia, *ob. cit.*, pág. 253.

<sup>88</sup> Para Costa Pinto estes serão os casos de co-autoria dependente em que um dos co-autores se considera autor que é auxiliado por outro na execução do tipo. O autor opta por abordar a questão considerando a capacidade que o interveniente tem de fazer evoluir a progressão da lesão. Continua o autor com a autonomização de situações de co-autorias complementares, quando uma participação objectiva depende da outra para se consumir o crime, e ao não se verificar uma delas é impossível que se verifique a consumação do tipo. Em: *ob. cit.*, págs. 278,279. Ora, quem tem a faculdade de determinar a consumação ou não terá também a capacidade de a evitar ou não. Não há portanto a necessidade de circunscrever a questão e distinguir dentro destes casos de co-autoria um autor singular, quando este é autor na qualidade de co-autor. Deste modo Costa Pinto descaracteriza a figura da co-autoria. Ao equiparar a posição do co-autor à do autor singular no plano da acção delituosa o autor afasta-se do tema em análise, e entra no campo da determinação da tipicidade comparticipativa. Assim, a questão da aplicação do artigo 25º nem se colocaria porque o agente não era co-autor no momento executivo. A consideração da posição do co-autor deve ser feita apenas no quadro desistente, do evitar da consumação.

imediate, como tal, será aplicável o art. 24º à desistência do autor mediate<sup>89</sup>. O autor mediate induz em erro o autor imediate que, não estando esclarecido relativamente à facticidade criminosa, actua erroneamente. O autor imediate, na qualidade de executor, tem um total domínio do facto. Relativamente ao autor imediate terá de se aplicar o art. 24º. No que toca ao comportamento desistente, o autor imediate está na mesma posição que o autor singular visto que, o resultado da sua desistência não depende de outros intervenientes, logo terá de evitar a consumação. À mesma conclusão se deve chegar quanto ao autor mediate que, ao dominar o erro apresenta um total domínio negativo do facto, visto que é devido ao erro em que incorre o autor imediate que este vai cometer o crime. Ao esclarecer a facticidade o autor mediate, previsivelmente, evitará a consumação do crime. Desta consideração, ao autor mediate será aplicável o art. 24º.

Na instigação, o instigador determina o instigado, executor, a cometer o crime. A posição do instigado será a mesma que a do autor singular, não se verificando qualquer justificação para não se aplicar a mesma solução, a do art. 24º. Para Costa Pinto, ao instigador deve-se aplicar a regra do art. 25º por falta de domínio do facto durante a execução<sup>90</sup>. Mas quem determina outrém à prática de um crime terá a capacidade de determinar a recuar na intenção criminosa. Potencialmente, o instigador apresenta um elevadíssimo domínio do facto, quase total como o instigado, que sendo o autor imediate apenas depende de si para não se consumir o delito, na medida em que é aquele quem determina e estimula este a cometer o crime. O domínio do facto por parte do instigador não é total, visto que a decisão final será sempre do instigado, se não quiser prosseguir com a consumação pode recuar na sua intenção criminosa, ou, se quiser continuar com a execução, continua. No entanto, o instigador é determinante ao determinar o instigado, tendo, em regra, inclusive, o domínio da vontade deste, e sendo o promotor criminoso, a bom ver autor do acontecimento criminoso, deverá correr o risco da consumação, aplicando-se ao instigador a solução do art. 24º<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> *Ob. cit.*, págs. 275,276.

<sup>90</sup> *Ob. cit.*, págs. 284,285,286,287,288.

<sup>91</sup> Quanto à exigência de suportar o risco por parte do participante Costa Pinto mostra-se incongruente. Em relação à autoria mediate o autor refere a ocasião de o autor mediate não conseguir atempadamente esclarecer o autor imediate e nesse caso terá de correr o risco da consumação porque desencadeou a agressão, em: *ob. cit.*,pág. 276. Se o autor mediate já não tem a possibilidade de clarificar a facticidade em tempo útil este não terá um domínio sobre o facto. Neste sentido Costa Pinto ignora que, e para o autor o instigador não apresenta qualquer domínio sobre a execução, o instigador desencadeia a resolução criminosa e, como tal, deverá também correr o risco da consumação.

Quanto à cumplicidade, o cúmplice é um mero auxiliar do acontecimento que não o tem como seu e que, regra, presta o seu contributo em fase anterior à execução. Assim, o cúmplice não apresenta qualquer domínio sobre o facto e a este terá de se aplicar o art. 25<sup>o</sup><sup>92</sup>.

#### **4.2 Valor do resultado (art. 24<sup>o</sup>)**

Nos termos do art. 24<sup>o</sup> é condição essencial a não verificação do resultado da consumação. Permitam-me acompanhar a lei e distinguir situações.

"A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente...

##### Tentativa inacabada

... desistir de prosseguir na execução do crime". Os casos do 24<sup>o</sup>/1 em que o agente apenas tem de recuar na sua intenção criminosa não se mostram duvidosos. Será quando um autor singular não terminou a execução, quando ainda não praticou os actos necessários para a consumação material do tipo. Sendo o único actor criminoso, o desistente detém o domínio exclusivo da execução e até ao seu fim bastará que o autor abandone voluntariamente. Por esta, não se levantam grandes dúvidas relativamente à determinação da intensidade comportamental exigível. O agente não prossegue com a execução e afasta a consumação.

##### Tentativa acabada

... impedir a consumação". São os casos em que o agente já terminou a sua execução, quando o agente já praticou todo o necessário à consumação material do crime. Assim, para evitar o resultado o agente terá de proceder a uma desistência activa. O agente tem de afastar a verificação da consumação após o término da tentativa. Caso não a evite, a desistência não será relevante. A diferença que se verifica nos casos de tentativa acabada para as ocasiões em que o agente ainda não fez o suficiente para se consumir o tipo, em que não terminou a execução, é que, naqueles, o agente não tem apenas de a

---

<sup>92</sup> O cúmplice é o único participante que, à partida, não detém qualquer domínio sobre o facto. Esta singularidade distancia a cumplicidade dos restantes modelos participativos em que os intervenientes se podem ter como autores do delito. Para mais, é a própria lei que destaca os casos de cumplicidade quando prevê no art. 27<sup>o</sup> que ao cúmplice a pena será especialmente atenuada. Deste pensamento decorre que a cumplicidade não é uma vertente participativa, ou se o é, a diferença reconhecida deveria acarretar critérios distintos em consideração à sua posição.

abandonar, pois já a concluiu, e terá de actuar no sentido de evitar a lesão. Se o agente impedir a consumação a desistência é relevante, caso não consiga não se aplicará a regra da desistência. As duas questões que se poderão colocar são: quando é que se deve considerar que a tentativa acabou, já respondida no tópico do âmbito da aplicação temporal e, se a desistência releva quando o desistente é auxiliado por terceiro, à qual darei resposta oportunamente.

### **4.3 O valor da acção (art. 24º/2; art. 25º)**

#### **"Esforço sério"**

Os casos do art. 24º/2 e do art. 25º são aqueles em que a aplicação da regra da desistência foca a qualidade da acção. Nos primeiros, a lei valora a acção e o resultado. São os casos em que a lei prevê a intervenção de terceiro dominante na negação do resultado, nos quais é este quem evita a consumação, mas já lá iremos. Quando a não consumação for "independente", termo utilizado pela lei que não merece acolhimento pessoal como explicarei adiante, da conduta do desistente este terá de se esforçar seriamente para se isentar de pena pela regra. Exige a lei a falta de consumação e um "esforço sério" por parte do agente. Nos segundos, a lei "imperialisa" a qualidade da acção. O art. 25º estabelece como medida mínima um "esforço sério" por parte do desistente para a relevância da desistência. Importa então tentar descortinar o que a lei espera da actividade do desistente quando requer que este se esforce de modo sério.

#### **4.3.1 Considerações gerais (o concreto, exigibilidade potencial, quadro objectivo)**

##### **É oportuno limar arestas**

São inúmeras ou nenhuma, as portas que um facto criminoso abre à representação do agente e os comportamentos desistentes podem ser todos ou nenhuns, dependendo "de tudo e mais alguma coisa". São incalculáveis e modificáveis em momentos consecutivos do percurso criminoso os factores que ajudam no apurar de uma atitude representativa do "esforço sério", que podem ir desde o estado do tempo, do momento em que o agente resolve desistir, aos serviços existentes no redor da zona *criminis*, a passar pelo estado físico do ofendido e acabar nos conhecimentos do desistente. Se X ao tentar matar Y dispara mas depois acaba por querer salvá-lo, pode ter diversas acções consoante a moldura do crime, se tiver consigo um telemóvel pode ligar a solicitar a intervenção da entidade competente, se for uma zona isolada pode ter como único meio carregar Y até

ao Hospital ou, se tiver conhecimentos de primeiros socorros, poderá socorrer o ofendido no imediato por conta própria. Para a mesma execução podem haver diversas maneiras de desistir, dependendo das situações, considerando os mais ínfimos pormenores. Não há "esforço sério" sem caso concreto, este, parte da factualidade representada e é a partir desta que se poderá afirmar que o desistente se "esforçou seriamente", não sendo possível apresentar uma solução que responda antes do sucedido. Noutros termos, não é por X tentar roubar Y e Z tentar roubar K que, para X e Z, se conclui que, do mesmo comportamento desistente resulta a mesma solução. Para Gomes da Silva, "esforço sério" é um conceito baliza "sujeito a um preenchimento valorativo que permite decidir casos concretos"<sup>93</sup>. É, assim, a partir da análise do panorama *criminis* que se determina o enquadramento de uma desistência dentro deste conceito.

Não quanto ao problema em equação mas de todo oportuno, "nunca o Direito pode exigir o humanamente impossível"<sup>94</sup>. Do desistente não se pode esperar mais do que a situação concreta possibilita, o que não dá não dá, óbvio. Em jeito análogo ao que configura Figueiredo Dias para os crimes de omissão, com a essencial diferença de, nestes, a lei exigir um comportamento e se o agente não cumprir com o seu dever jurídico incorre na prática de um crime omissivo, impõe-se uma ideia de exigibilidade potencial consequente do princípio *ad impossibilia nemo tenetur*<sup>95</sup>. Ou seja, mais não poderá realizar o agente que aquilo que a verdade lhe permite. A exigibilidade do comportamento é a que se afere da situação particular, ou seja, do que após a análise da realidade questionada se retira como possível.

A perspectiva subjectiva, exteriorizada, é o objecto de análise. A posição e comportamento desistente terá de ser valorado num quadro objectivo. Como salienta Júlio Gomes, "todo o elemento subjectivo só se pode reconstruir, como um mosaico, a partir dos conhecimentos objectivos"<sup>96</sup>. O exigível ao desistente terá de ser medido mediante um critério de racionalidade comunitária, ou seja, o que aos olhos da

---

<sup>93</sup> Cit. Costa Pinto, em: *ob. cit.*, pág. 207.

<sup>94</sup> Taipa de Carvalho, em: *ob. cit.*, pág. 268.

<sup>95</sup> Cfr. Figueiredo Dias, *ob. cit.*, págs. 928,929.

<sup>96</sup> *Ob. cit.*, pág. 96. Considera-se a faceta subjectiva mas e bem definido por Ribeiro de Faria é aparentemente medida, em: *ob. cit.*, pág. 55. Já Alcácer Guirão aponta para um ordenamento que assenta numa base racional, numa perspectiva partilhada pelo "espectador objectivo", em: *ob. cit.*, pág. 79.

colectividade, de acordo com os "padrões gerais", considerando a posição do desistente e conhecendo o que este conhece, pode realizar<sup>97</sup>.

Não é possível apresentar uma resposta prévia ao caso para a atitude desistente. Não há comportamento exigível sem o caso concreto, este será definido pela interpretação da factualidade representada e é a partir desta que objectivamente se pode afirmar que o desistente se comportou como "manda a lei". Assim, mais não se poderá fazer que estabelecer critérios e esperar que o intérprete analise o caso concreto e decida na melhor direcção. Da exigibilidade potencial parece decorrer que, se o agente não poder fazer nada, nada se deve exigir deste para efeito da regra. Mas nestes casos não se justifica o afastamento da aplicação da pena porque o salvamento do bem jurídico não será imputável ao agente ou, porque não há qualquer acção que fundamente a aplicação da regra.

Partindo do seguinte exemplo: quem abandona outrém no meio do deserto, à volta do "nada", com intuito que este acabe por não resistir e falecer, e ao retirar-se pondera sobre o cometido e resolve deixar um recipiente com água para este se hidratar, desiste de modo relevante para o efeito da desistência se o ofendido acabar por ser salvo por um aventureiro que desfrutava de um radical passeio na sua moto dakar sobre o areal do temível deserto?

#### **4.3.2 A imputação do resultado e idoneidade da acção**

O comportamento do autor acaba por ser determinante no evitar da consumação. A atitude desistente revela-se no caso causal à negação da lesão do bem jurídico. Será a causalidade condição suficiente para a relevância da desistência, para levar à insenção da pena? Para Alcácer Guirão não, a causalidade não é suficiente<sup>98</sup>. Na esteira do autor tem de se verificar uma imputação objectiva da evitação do resultado ao desistente. Caso não se constate esta imputação não se pode considerar que há uma desistência eficaz mesmo que o resultado não se consuma. E só terei de concordar. A causalidade é o ponto de partida mas não se pode considerar suficiente. Esta é uma conclusão que me parece lógica. Se o que visa o legislador com a possibilidade da desistência é que o

---

<sup>97</sup> Até porque uma análise subjectiva será excessivamente proveitoso para um aproveitamento na barra pelo desistente. Para mais, esta operação mais não representa do que uma interpretação análoga do juízo de prognose aplicado para diferenciar uma tentativa impossível de uma manifestamente impossível, como refere Júlio Gomes, em: *ob. cit.*, pág. 57.

<sup>98</sup> *Ob. cit.*, pág. 147. Confere Costa Pinto, em: *ob. cit.*, págs. 202, 203.

agente proceda a uma atitude capaz de evitar a lesão do bem jurídico, não há base valorativa para se isentar o desistente quando a não consumação se deve sobretudo à sorte, ao destino. Esta só existe, e só assim se preenche o fundamento da desistência, quando se pode afirmar que foi, acima de tudo, graças à intervenção desistente que não se lesou o bem jurídico. No exemplo, apesar de não mostrar uma total indiferença e de diminuir, em medida mínima, o perigo para a lesão do bem jurídico, não será de considerar que o resgate é imputável ao agente, não sendo expectável que, ao deixar o recipiente com água se evite a consumação<sup>99</sup>. Ou seja, mesmo que o ofendido beba a água deixada pelo agente e ganhe algum tempo hidratando-se e acabe por ser resgatado, este será responsabilizado criminalmente apesar de a sua actuação acabar por se revelar determinante no evitar da consumação. Para se determinar a imputação objectiva será preciso mais. A falta de consumação tem de ser reconduzível à actividade do desistente, não apenas a título causal<sup>100</sup>. A desistência tem ser obra do agente e, só se poderá entender este como seu construtor quando é devido ao seu comportamento que o bem jurídico se salvou. Do exposto decorre que, a actuação desistente tem de ser idónea, da qual é expectável a hipótese de negar a verificação do resultado. Só assim, com uma conduta passível de salvaguardar o bem jurídico, se pode reconduzir a negação do resultado ao agente e concluir pela imputação objectiva do resultado.

### 4.3.3 Atitude óptima

Esclarecido está que a actividade desistente tem de ser idónea, e *destarte*, imputável ao agente. Mas como salienta Bloy, a imputação do facto não é critério bastante, porque assim o agente não teria de se "esforçar muito" e sairia impune quando, por exemplo, foi um terceiro que fez praticamente tudo para salvar o bem jurídico<sup>101</sup>. Por agora o que se questiona é se o desistente terá de seguir a melhor opção desistente na defesa do bem jurídico. Ou seja, terá o desistente de optar pela medida óptima para se considerar que adoptou um "esforço sério"? É preciso esclarecer que a medida óptima é o comportamento tido como o mais idóneo no momento da desistência, na salvaguarda do

---

<sup>99</sup> Dando-lhe o toque do juízo de prognose, "o impedir a consumação deve aparecer ao cidadão médio como a consequência previsível e controlável da conduta desistente", Júlio Gomes, em : *ob. cit.*, pág. 138.

<sup>100</sup> Referente ao conceito de acção, Alcácer Guirão refere o exemplo de que matar é matar e não apenas causar a morte, em: *ob. cit.*, pág. 145. Ou seja, evitar a consumação é evitar a consumação e não apenas causá-la.

<sup>101</sup> Cit. Costa Pinto, em: *ob. cit.*, págs. 190, 191.

bem jurídico de entre as várias alternativas, considerando todo o circunstancialismo e qualidades do desistente.

Para Júlio Gomes, exigir-se a escolha óptima seria esvaziar de utilidade o instituto da desistência<sup>102</sup>. Conclui que "mais vale que o agente se sinta motivado (ou não desencorajado) a fazer algo para evitar a produção do resultado ou consumação, mesmo que seja menos do que (ou mais tarde do que) poderia ser feito"<sup>103</sup>. Admito que é uma posição que acompanha, pelo menos em parte, a perspectiva político-criminal. Por outras palavras, menor exigência, desistências em maior número, menos se agridem os bens jurídicos. Mas tal não será necessariamente assim, ou será, não se sabe. Ou seja, mais vale para a protecção dos bens jurídicos desistências em maior número ou menos desistências mas em que o desistente vai ao encontro do que de melhor pode ser feito para que a lesão não ocorra. A nível dos resultados práticos que opção será a mais benéfica? Só uma análise estatística de acontecimentos nos poderá aclarar. Mas, se a afirmação de Júlio Gomes se aceita, em certa medida, no plano político-criminal, também é verdade que o confronto. Apesar de se limitarem os caminhos desistentes reduzindo a aplicabilidade prática do instituto, ao nível do pensamento político-criminal em que este assenta admitir-se a validade de uma opção menos idónea seria uma incongruência na medida em que, a essência, a razão de ser da regra jurídica é o de evitar a lesão do bem jurídico. Como tal, não faz sentido que se o agente pode ter uma actuação mais eficiente opte por uma outra menos capaz de satisfazer o fundamento base da desistência<sup>104</sup>.

Quando nos voltamos para o que, entre nós, em terreno sistemático, justifica a isenção da pena, encontra-se uma total negação à desnecessidade de se exigir a medida óptima. Terei de discordar de Figueiredo Dias que dá preferência à teoria de criação de oportunidades que afasta uma imposição óptima<sup>105</sup>, o que me parece deslocado do fundamento tido pela teoria dos fins das penas e pelo conceito de "regresso ao direito"

---

<sup>102</sup> *Ob. cit.*, pág. 136.

<sup>103</sup> *Ob. cit.*, pág. 137.

<sup>104</sup> Quanto à análise objectiva das opções ao dispor do desistente, Costa Pinto faz uma pertinente referência à eleição do momento de actuação em que o agente deixa de dispor de melhores opções para negar a consumação porque resolve desistir em fase posterior. Conclui, com razão, que nessas situações o agente terá de impedir a consumação e correr o risco do insucesso da sua actividade desistente por "ter preterido outras possibilidades concretas de actuação mais prometedoras". Para mais, *ob. cit.*, pág. 224,225,226,227,228. Também sobre esta questão, Alcácer Guirão, em : *ob. cit.*, págs. 89, 90, 91.

<sup>105</sup> *Ob. cit.*, pág. 741.

apresentado. Sem sentir qualquer necessidade de pormenorizar, basta que o leitor tenha em conta que, para o agente ser merecedor da isenção punitiva tem de demonstrar de forma esclarecida que quer regressar ao direito, que quer evitar a produção do resultado lesivo, que se quer afastar de vez do tipo. Se a aplicação da regra da desistência requer uma atitude capaz de interpretação não criminosa para a execução desistida e para o futuro, relativamente a esta, o comportamento desistente não poderá ser outro que não o óptimo. Alcácer Guirão defende o princípio da segurança máxima da salvação do bem jurídico<sup>106</sup>. Mais do que optar pela medida óptima, no seu seguimento, o agente terá de fazer tudo o que está ao seu alcance para evitar a lesão do bem jurídico. Resulta que o agente deve esgotar as possibilidades desistentes no caso da sua intervenção se revelar insuficiente<sup>107</sup> e que terá de evitar ao máximo, na medida do que o caso concreto permite, confiar a protecção do bem jurídico ao acaso. Só assim se verifica um "regresso ao direito", quando o desistente se esforça com o intuito de anular na totalidade, da melhor forma possível, o perigo para o bem jurídico. A força do comportamento desistente terá de seguir esta ordem, de apontar para uma real vontade de afastar o perigo para o bem jurídico, de revelar um querer de verdadeira reversão da lesão. A inversão da intenção tem de se mostrar completa. Quem visa lesar o bem jurídico terá de querer que este não se lese e, como tal, terá de apontar a sua conduta nessa direcção. O desistente, ao não adoptar o comportamento óptimo, não actua no sentido da não produção do resultado mas no de uma mera atenuação do perigo para o bem jurídico posto em causa<sup>108</sup>.

Focando o exemplo em equação, o agente não segue esta orientação. Deixar à disposição do abandonado água para este se hidratar não representa uma atitude conforme a uma prática óptima. Noutros termos, o agente se quisesse realmente reverter a situação, de modo a negar a lesão efectiva do bem jurídico, teria de ter

---

<sup>106</sup> *Ob. cit.*, págs. 104 e ss.

<sup>107</sup> Em concordância com Costa Pinto que se refere a uma renovação de contra medidas, em : *ob. cit.*, pág. 217.

<sup>108</sup> Jakobs refere a hipótese de se considerar o agente autor por omissão quando o agente não se empenhou de modo a evitar totalmente a consumação quanto ao risco que ignorou, por dolo eventual, não cumprindo com o dever jurídico de afastar a consumação resultante da actividade delituosa. Cfr. *ob. cit.*, págs. 338, 339. Tal possibilidade não me parece válida. O comportamento desistente não é uma imposição legal, quem coloca em perigo o bem jurídico não é juridicamente obrigado a desistir. Também, poderia levar a decisões sem nexo, v.g. como a de se considerar o cúmplice como autor da tentativa por omissão.

voltado atrás e por mão própria retirá-lo do deserto, ou comunicado a situação a uma entidade capaz de intervir de forma a proceder ao seu salvamento.

Concluindo, de acordo com os fundamentos que presidem à regra da desistência, o agente terá de assumir um comportamento óptimo, configurado como o ideal para a protecção do bem jurídico.

Quanto a este ponto não poderia deixar passar em claro um entendimento relativo à escolha óptima, que merece menção. A dúvida quanto à precisão do critério não se colocará, exactamente, nos termos em que o faz Figueiredo Dias, apesar de o autor levantar o véu. O autor reprova a dificuldade de reconhecimento do meio óptimo entre as diferentes possibilidades<sup>109</sup>. Mas parece-me que, aquando da valoração da conduta desistente o quadro concreto permitirá delinear qual a alternativa mais idónea e, no caso de se apontarem mais do que uma terá de se concluir que com a adopção de uma delas o agente preenche o pressuposto porque não deixou de escolher uma actividade óptima. A dúvida será mais profunda. Pensa Costa Pinto que "querer transformar o co-autor que executa o facto num polícia em exercício de funções no momento em que a tentativa está em curso, exigindo-lhe uma actuação mais categórica sobre o outro agente, é provavelmente condenar ao fracasso as normas da desistência"<sup>110</sup>. Entendimento que vale para qualquer situação em que, para a relevância da desistência a lei exige um "esforço sério" pelo agente. O que pretendo aclarar é que levar à letra o conceito de medida óptima pode levar a que do agente se exija uma eleição para além do razoável, como a de ter de impedir outro agente de prosseguir a caminho da consumação. Situação que poderá levar, v.g. ao uso abrupto da força promovendo uma possível lesão de outros bens jurídicos ou até à extrema conclusão de que o agente teria de ter contactado as autoridades, denunciando a sua condição criminosa, para que esta interviesse<sup>111</sup>. Assim, a análise do enquadramento do procedimento desistente com a medida óptima terá de ser feita à luz de um quadro de razoabilidade, o que terá como

---

<sup>109</sup> *Ob. cit.*, págs. 741, 742.

<sup>110</sup> O autor avança com uma solução interessante. Conclui que se a possível consumação não será imputável ao co-autor desistente a este mais não se pode exigir que a dissociação do plano, sendo que a "cláusula de "esforço sério" deve ser ponderada quanto à parcela comum do facto". Para melhor compreensão, Pinto, *Frederico de Lacerda Costa, Desistência de um participante e imputação do facto cometido: Acórdão do Supremo TRibunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, n.º 2 (1997), pág. 301-330, pág. 316 e sgs.*

<sup>111</sup> Sobre este assunto Alcácer Guirão, em : *ob. cit.*, págs. 81 sgs.

suportável, racional e sensato, numa perspectiva comunitária. No fundo, esta ilação acaba por mais não ser que um desenvolvimento da ideia de exigibilidade potencial *supra* aduzida.

#### 4.4 Participação de terceiros

Apropriada se exhibe uma reflexão sobre as desistências activas em que o agente tenta impedir a consumação com intervenção de terceiros. O que se questiona nestes casos, de boa análise, é se há razão para se imputar a não consumação ao exercício do desistente e se este, tudo procurou para garantir o afastamento do perigo para o bem jurídico. Se o agente que abandonou o ofendido no deserto tomasse a última opção, há breve mencionada, de recorrer a terceiro capaz de o salvar, a sua conduta respeitaria as exigências comportamentais? A desistência é um facto próprio, tem de ser obra do agente e este tem de ser o autor ou co-autor do impedimento<sup>112</sup>. Só assim há fundamento para a isenção do agente<sup>113</sup>. É necessário estabelecer a relação entre este pressuposto e a intervenção de terceiros no quadro da desistência, não podendo o impedimento ser alheio à actividade do desistente. Recapitulando, a falta de resultado, quando a lei o exige, tem de ser imputável ao desistente que com uma intervenção dentro do quadro possível manifesta um "regresso ao direito". Assim, quando intervêm terceiros no processo de salvação do bem jurídico, a aplicação da regra da desistência vai depender do grau de participação do terceiro enquadrado no caso concreto, sempre na orientação do que é o melhor para evitar a lesão do bem jurídico. Quando a actuação do terceiro é auxiliar ou complementar ao comportamento desistente não faz sentido que se exclua a relevância da desistência<sup>114</sup>. Clássico exemplo é o "caso do Hospital" em que o agente deixou a mulher a 95 metros do hospital, depois de a ter agredido violentamente, e esta acaba por ser salva porque transeuntes que passaram a levaram ao hospital e lá foi socorrida<sup>115</sup>. Aproveitando a deixa, se X leva Y até ao hospital para ser tratado e entretanto Z o ajuda nessa tarefa, a desistência será relevante, pois Z apenas facilita o transporte. A desistência já não seria relevante caso X transportasse Y apenas até meio do caminho e Z continuasse a carregar Y sozinho até ao hospital, para mais

---

<sup>112</sup> Advoga esta tese Herzberg à qual designa por "princípio da autoria do impedimento", cit. Costa Pinto, em: *ob. cit.*, pág. 192. Também Figueiredo Dias, em : *ob. cit.*, pág. 741.

<sup>113</sup> Corroboro Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pág. 732.

<sup>114</sup> Nas palavras de Costa Pinto são casos em que o desistente detém o "domínio sobre a situação da desistência" reportando-se ao pensamento de Bloy, em: *ob. cit.*, pág. 189.

<sup>115</sup> Jurisprudencia do BGH, o "caso del hospital", cit Alcácer Guirão, em: *ob. cit.*, pág. 14.

quando foi X quem desencadeou o perigo para o bem jurídico. No primeiro caso X será um "dono da obra" e exterioriza uma intenção de renúncia ao tipo. No segundo caso, X ao levar apenas Y até "meio caminho" não será o dono da desistência e muito menos manifesta um querer exaustivo de reverter na íntegra o perigo que criou para o bem jurídico. Porém, nem sempre a actividade do desistente se tem de assumir como a dominante, ou pelo menos como preponderante para que se evite a consumação. Seguindo o exemplo, se Z tem um carro de dois lugares é lógico que é este quem vai transportar Y para o Hospital porque vão lá chegar mais rápido. Se X abandonar em alto mar Y numa zona de praia é preferível que este vá procurar o nadador salvador para que se proceda ao salvamento de Y. A protecção do bem jurídico justifica que se admita uma desistência relevante mesmo quando a actuação do desistente é diminuta porque é preferível para a protecção do bem jurídico que esta se oriente por uma intervenção mais eficaz. Aliás, no fundo esta ideia não é mais do que a aplicação do pressuposto da medida mais idónea visto que no caso concreto o terceiro assumir as rédeas da desistência será o ideal para a defesa do bem jurídico e uma outra solução seria incongruente. Se é preferível para a defesa do bem jurídico que seja um terceiro o dominus da desistência esta será relevante no âmbito da acção porque configura a opção mais idónea. Podendo, seguindo o exemplo do nadador salvador, ser um profissional mais apto, mais capaz para negar a lesão do bem jurídico, deverá ser este o senhor do salvamento, auxiliado pelo agente da execução que terá de o ajudar no necessário. Pois, só com uma atitude interventiva, quando necessário, o desistente fundamenta a verdadeira pretensão de querer evitar a lesão do bem jurídico.

Contudo, o desistente não pode ser alheio à desistência para que esta releve visto que não haveria como considerar o agente como o autor, ou melhor co autor, da desistência, para se comprovar a imputação objectiva da conduta desistente. O mínimo que se pode exigir ao desistente, quando a intervenção de terceiro domina a salvação do bem jurídico, é que este desencadeie a não consumação, porém tem de se justificar no quadro concreto que o terceiro seja o dominus da desistência. Terá de se verificar na situação desistente um impulso relevante, pelo menos, por parte do agente, que reflexamente acaba por ser determinante na tentativa da não produção do resultado. Se foi X quem procurou o nadador salvador e o informou da situação a desistência será imputável ao desistente. Se o nadador salvador sozinho retirou do mar o ofendido e não foi alertado por X não há de modo algum desistência relevante que justifique a isenção da pena,

visto que a negação do resultado não lhe será imputável. Mais, o agente terá de enveredar por uma acção que garanta na melhor medida possível a não consumação do resultado e terá de prestar o auxílio que se mostre necessário<sup>116</sup>. Pois, só com uma atitude interventiva, quando necessário, é que o desistente procede de acordo com os fundamentos da regra da desistência, e só assim o desistente será o seu co-autor. Se no decorrer do procedimento o agente não se mostrar interessado na causa, se não estiver disponível para garantir com a máxima segurança, dentro do possível, o afastamento do resultado anteriormente pretendido não revela uma atitude digna de enquadramento num "regresso ao direito", não exterioriza uma total pretensão de querer reverter o perigo por ele firmado.

#### **4.4.1 O termo "independente"**

Em particular para o 24º/2, o termo "independente" utilizado pelo legislador, em meu entender, não é feliz. Com o termo a lei quererá vincar os casos em que é um terceiro quem domina o processo desistente. No entanto, o termo "independente" simboliza um alheamento total do desistente ao processo. Quem apenas assinala um impulso relevante não passa ao lado da desistência. A intervenção do nadador salvador não será independente do agente quando foi este quem o alertou e, assim, promoveu o salvamento do ofendido. Em resposta à questão, como se relembra o leitor que abriu o tópico, o resgate do abandonado no deserto será imputável ao agente que se se mostrar atento, disponível e pronto a actuar no sentido da máxima protecção do bem jurídico, desiste de modo relevante. A utilização do termo não respeita o critério da imputação objectiva da não consumação do resultado. Ao exigir a não verificação do resultado lesivo esta, no caso de se verificar, terá como referido, sem necessidade de delongas, de ser imputável ao agente que não lhe poderá ser alheio. Ora, se o que promove a decisão de estabelecer o instituto da desistência é que o agente evite a consumação pretendida, não há fundamento, em meu entender, para, quando se exige a negação do resultado, se isentar o agente da pena se este é paralelo à história. Também, quando me parece ser difícil prespectivar casos práticos em que o desistente que cumpre no sentido do "esforço sério" seja completamente alheio à não consumação. E para tal acontecer, para a negação do resultado ser independente da conduta do agente, este terá de passar

---

<sup>116</sup> O agente tem de se comportar "optimamente", em referência a Herzberg, cit. Costa Pinto, em: *ob. cit.*, pág. 193.

completamente ao lado do acontecimento desistente, o que pode perfeitamente levar a que a realização do "esforço sério" seja de muito difícil prova.

#### **IV. Acórdão STJ relativo à temática**

Recorrida uma decisão da Relação de Coimbra, em recente acórdão o STJ debruçou-se sobre esta matéria, em que negou provimento ao recurso, confirmando o decidido pela Relação. Considerando o tribunal tratar-se de um caso de tentativa acabada, visto que o agente com intenção homicida disparou dois tiros sobre o ofendido, em que o agente teria de proceder a um comportamento activo para evitar a morte do ofendido. Através de uma interpretação objectiva do sucedido, do exteriorizável pela atitude desistente, o tribunal considerou que a manifestada não completou o quadro exigido para se isentar o agente com base na aplicação da regra. Segundo aponta o Supremo, o desistente a pedido do ofendido, recorreu a terceiros para evitar a morte deste, pedindo à dona de um café, informando o local onde este se encontrava, que telefonasse ao INEM para prestar socorro ao ofendido, e mais não fez, não se preocupando em garantir com segurança o socorro do ofendido. Para o tribunal, o desistente não agiu espontaneamente e de forma adequada. Para mim, o critério da espontaneidade será de abandonar. Como já vinquei na presente dissertação, a desistência não terá de ser necessariamente espontânea para provir do desistente, da sua vontade. A voluntariedade apenas se afasta em casos de coacção e em situações em que ao agente, do lado do bom senso, apenas lhe sobra a opção desistente. Ao desistir a pedido do ofendido, o agente desistiu voluntariamente, podia ter perfeitamente optado por não o fazer, foi dono de uma livre escolha. O agente disparou dois tiros sobre o ofendido, estamos perante uma tentativa acabada. Ou seja, o agente já fez o suficiente para consumir o crime. Assim, seria exigível ao autor singular que impedisse a consumação do homicídio. O agente teria de desistir activamente para evitar a lesão do bem jurídico. Ao solicitar a ajuda de terceiro para que este telefonasse ao INEM para socorrer o ofendido caímos na alçada do artigo 24º/2. Terá de se verificar a falta de consumação e o agente tem de se "esforçar seriamente" para a evitar. A falta de consumação tem de ser imputável ao agente. O agente ao pedir à dona do café para chamar o INEM deu a conhecer a situação, o que terá sido determinante. Ao fazê-lo, deu um impulso relevante, necessário à identificação da necessidade de assistência. Como tal, a sobrevivência do ofendido é imputável ao agente porque, sem o seu comportamento, previsivelmente, o ofendido não seria socorrido. Assim, o agente

adoptou um comportamento idóneo à salvação do bem jurídico. Com a intervenção do INEM o ofendido está ao cuidado de uma entidade com formação capaz de evitar a sua morte, o que vai depender, obviamente, do caso concreto, nomeadamente do seu estado físico. Fazendo um apanhado, a falta de verificação do tipo de homicídio é imputável ao agente que, ao adoptar uma atitude idónea, deu um impulso necessário ao salvamento do ofendido e criou uma evidente hipótese de negar a consumação do tipo. Todavia, como assinala o tribunal, a intervenção do desistente, considerando a ocasião, não foi suficiente para cumprir com o que se exige para o efeito de uma desistência activa dominada por terceiro. O que faltou ao agente para completar o quadro foi que, da sua actuação se reitera uma inércia inaceitável para quem se exige uma total disposição para reverter a moldura que pintou. Noutros termos, o agente não cumpriu com o princípio de segurança máxima. Não assumiu uma actividade óptima, ideal, que o concreto lhe permitia. Assim, não manifestou, o desistente, uma conduta conduzível à reversão total do perigo para o bem jurídico de quem realmente quis evitar a consumação. A contrário, em certa medida manifestou uma indiferença pelo resultado. Como relembra o STJ, " a proprietária do café poderia não telefonar ou não conseguir o contacto telefónico; o veículo do INEM poderia não localizar o ofendido; o socorro poderia por qualquer facto anómalo demorar; outras circunstâncias poderiam ocorrer que dificultassem a prestação do socorro necessário. E a tudo isso o arguido se mostrou indiferente". Sem sentir necessidade de apresentar outra conclusão, " deveria o arguido ter, ele próprio, tomado a iniciativa de socorrer o ofendido, sem nunca o abandonar sozinho, ter, ele próprio, solicitado a comparência da equipa do INEM, ter esperado pela sua chegada, prestando a colaboração que, na ocasião, se mostrasse eventualmente necessária". Aí sim, como de modo competente determinou o tribunal, teria o agente desistido de modo relevante<sup>117</sup>.

**Em síntese:** De acordo com os fundamentos que presidem à regra da desistência, o agente terá de assumir um comportamento óptimo, configurado como o ideal para a protecção do bem jurídico. Só assim se poderá reputar um "regresso ao direito" e uma esclarecida e efectiva protecção do bem jurídico. Para preencher o valor da acção, o conceito de "esforço sério", será preciso que o agente tenha uma atitude preponderante e interventiva na adopção da medida óptima.

---

<sup>117</sup> Para maior detalhe, ver Ac. de 18/04/2012, Proc. 274/10.9JACBR.C1.S1.

## V. A regra da desistência e o corpo penal

### 1. Molduras penais a favor do concreto

A pena concreta é decidida somente após a interpretação feita pelo julgador de todos os aspectos pertinentes à decisão. O julgador penal ao decidir, terá de o fazer considerando as especificidades do caso concreto, só assim se afere do grau de censurabilidade da conduta criminosa e consequentes exigências de prevenção. Daí que o penal substantivo defina molduras penais referentes aos mais diversos tipos de ilícito para conjugar uma necessidade de adaptação à realidade criminosa, concreta com a obediência constitucional. Ou seja, não é por o agente cometer determinado delito que se sabe qual será a sua pena em concreto mas, esta será dentro dos limites oferecidos pelas molduras penais aclarada pelos critérios legais a valorar pelo julgador<sup>118</sup>. Quem desiste de modo relevante não será punido pela tentativa, solução oferecida pré-casualmente. O julgador não pode, assim, considerar a desistência, o circunstancialismo desistente e equacioná-lo, consoante a sua valoração, na medida da sanção. Estabate-se a discricionariedade relativa do juiz que terá de valorar a desistência relevante no sentido da impunidade pelo tentado. A regra da desistência não atende à necessidade de adaptação concreta que se verifica no mundo penal. Casos há, certamente, em que o agente desiste de modo relevante mas a atribuição de uma pena é irrefutável, como o serão os casos de criminalidade grave. O instrumento da desistência não aponta no sentido concreto do corpo penal, pelo contrário, ignora a realidade criminosa e não considera a censurabilidade da mesma. Por outras palavras, é hábito do Direito Penal esperar para decidir e a regra da desistência oferece a resposta antes do caso.

---

<sup>118</sup> Há uma cooperação entre o legislador penal e o julgador que tem de decidir "dentro do quadro condicionante que lhe é oferecido pelo legislador", cfr. Figueiredo Dias, em : *ob. cit.*(2),pág. 193.

## 2. Gravidade Criminal

O Direito Penal orienta a sua construção em consideração à gravidade criminal das condutas<sup>119</sup>, como o faz aquando da definição do instituto da dispensa de pena<sup>120</sup>. A dispensa de pena opera em campo diferente da desistência, pós condenatório. A diferença entre os institutos é assinalável, a dispensa de pena não promove a impunidade do agente, há sentença condenatória mas a pena não é aplicada atendendo a vários pressupostos<sup>121</sup>. Mas estes institutos assumem uma relação funcional, ambos afastam a aplicação da sanção por falta de necessidade<sup>122</sup>. São mecanismos excepcionais à regra da aplicação da pena. O colectivo precisa de um Penal interventivo, autoritário e pouco brando. Só assim se pode confiar na actuação da lei quando o assunto é a criminalidade. Condutas com censurabilidade penal, a ponto de carecerem de uma punição penal, não podem ser abordadas com leviandade. O recurso ao expediente de afastamento da pena terá portanto de ser uma "rara e honrosa" excepção. E se a dispensa de pena define pressupostos bem apertados e considera o grau de criminalidade para a sua aplicação a regra da desistência não é criteriosa quanto à sua aplicação material, a regra da desistência é aplicável a todo e qualquer crime. Nomeadamente, em resposta à criminalidade mais grave e de maior censura o ordenamento tem de punir, tem de se mostrar seguro e firme e não pode abrir portas à excepção da impunidade. São condutas que, pelo arrepio provocado carecem sempre de punição, necessária para que o colectivo confie na lei e para a validade do sistema na sua função. Quem tenta matar alguém não pode deixar de ser responsabilizado criminalmente porque desistiu. Parece-me incongruente ser o instituto da dispensa de pena, ao afastar a aplicação da pena igualmente por uma questão de falta de necessidade, só relativo à pequena criminalidade e a desistência não atender à gravidade criminal do facto<sup>123</sup>. A regra da

---

<sup>119</sup> Conclusão que é lógica quando as molduras penais que se agravam consoante o tipo infringido.

<sup>120</sup> Também ao nível de outros instrumentos aplicáveis conforme a medida da sanção, v.g. como as penas de substituição, Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*(2), págs. 106,107,211,212.

<sup>121</sup> Para maior detalhe Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*(2), págs. 317 sgts.

<sup>122</sup> Quanto à desistência a afirmação é referente a quem entende que o que afasta a aplicação da pena é a falta de necessidade de cumprir com os fins das penas. Em relação à dispensa da pena: " Em casos tais, manda a lei que não se aplique uma pena, pura e simplesmente, porque ela não surge, perante as finalidades que deveria cumprir, como necessária", Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*(2), pág. 314.

<sup>123</sup> É que não faz de todo sentido. Se o legislador considera que, no que toca à dispensa de pena, a aplicação da pena não será necessária apenas relativamente à pequena criminalidade como é

desistência deveria ser aplicada à criminalidade dita menos grave, na qual, se o agente não for punido pela tentativa a reacção comunitária não será na mesma ordem de insegurança e descrédito pela performance do sistema.

### **3. Juízo de equidade**

A regra da desistência não obedece a um critério de proporcionalidade. Ou o agente desiste de modo relevante e não se pune, ou não, e pode ser objecto de pena pelo tentado. A regra não relaciona com exactidão, ou melhor não o tenta, a solução com o sucedido em concreto. A resposta do instituto confronta, assim, um juízo de equidade a respeitar pelo Direito Penal.

O juízo de equidade é uma imposição legal decorrente dos princípios da justiça e da igualdade. Um juízo equitativo é aquele que relaciona a lei com o caso concreto, que promove uma decisão justa. É aquele que adapta a regra ao concreto, que concretiza uma abstracção legal. Decorre que uma decisão equitativa será aquela que obedece a uma ideia de proporcionalidade, que é moldada pelo sucedido na prática. No campo penal, regra, é que o legislador avança com critérios que o decisor terá de valorar e que o auxiliam aquando da decisão. Assim, a concretização da lei penal assenta numa base essencialmente equitativa em que a reacção se molda ao conflito concreto<sup>124</sup>.

O já subentendido desrespeito, desdobra-se em dois momentos. Num primeiro quando relacionamos o artigo 24º com o artigo 25º, e num segundo dentro do teor da norma do 25º. Começamos pelo segundo, referente ao quadro participativo. Já aludi que o artigo 25º ao generalizar os tipos participativos não atende às especificidades de cada um. Assim, avança o mesmo critério para todas as complexidades participativas. A esta falta de juízo equitativo, caracterizo como concreta e é menos gravosa, ou melhor, menos censurável. Isto porque a sua desconsideração é palpável após o caso concreto. O fundamento do estabelecido no art. 25º encontra plena justificação no domínio do facto, como *supra* mencionado. Ou seja, o legislador não "fez por mal", apenas tentou oferecer uma diferente solução para casos de participação, em que o domínio da acção não é exclusivo do desistente, em que a progressão da lesão não depende apenas de si. Não sendo de repudiar a tempo da formação da norma, porque está justificada, a "vida", em

---

que esta se afasta quando o agente tenta cometer um crime em escala criminal bem superior, passível de punição concreta mais elevada.

<sup>124</sup> Na área penal sem este juízo não se respeita o principio da culpa, Figueiredo Dias, em: *ob. cit.*(2), pág. 73.

jeito mediato, nega o estabelecido. Por outras palavras, o mundo prático pode levar a que, com a aplicação da regra da desistência em situações comparticipativas, se tomem decisões materialmente injustas. Decorrente da concepção apresentada sobre o que deve ser entendido como "esforço sério", a lei acaba por ignorar a censurabilidade e o grau de participação individual. Se para o desistente preencher o conceito de "esforço sério" tem de assumir um comportamento óptimo, realizar o que de melhor pode fazer para evitar a lesão do bem jurídico, o caso pode ditar que, para um agente com grau participativo superior, mais determinante e até de maior censura, se exija menos em termos de intensidade desistente. Isto porque, o art. 25º ao proceder a uma generalização, desconsidera as virtuosidades verificáveis no concreto, na relação entre diferentes tipos e dentro do próprio tipo comparticipativo. Será o caso, *v.g.* de uma conduta criminosa em que o co autor ainda pode anular o seu contributo e o cúmplice, que já prestou a sua contribuição em momento anterior, não pode. Assim, para o co-autor que colaborou na elaboração do plano e teve uma participação objectiva na execução a lei acaba por exigir menos deste que do cúmplice, que não vê a obra criminosa como sua e ao que parece pouco mais lhe resta que comunicar o acontecimento às autoridades, implicando-se no mesmo. E dentro do mesmo tipo, idêntica injustiça se pode verificar. Um co-autor que tenha uma participação fulcral, sem esta é impossível que se concretize a consumação do crime, previsivelmente, apenas precisará de recuar na sua intenção de lesar o bem jurídico, enquanto que a um outro, co-autor, com uma participação menos determinante, se exige um comportamento desistente mais enérgico. No entanto, contra esta falta de atenção pela equidade que a prática faz questão de assinalar, admito que se argumente com base na génese da afirmação da regra da desistência. Nesta génese, está essencialmente o desvalor do resultado, porque, se a razão de ser da criação da opção desistente é o de evitar a produção da lesão do bem jurídico em perigo, porque se haverá de exigir mais de um agente que tem uma participação mais efémera no processo executado, se este, com uma actuação mínima, será capaz de evitar resultado<sup>125</sup>? Neste ponto, a falta do juízo de equidade inerente à norma impõe-se no plano da vida, do concreto, e a título de "desculpa" poder-se-á afirmar que não há como a lei prever, antecipadamente, todo e qualquer caso comparticipativo, todo e qualquer grau de participação. No entanto, o legislador poderia, pelo menos, ter compartimentado os

---

<sup>125</sup> Afirma Costa Pinto que até um mero abandono pode ser entendido como "esforço sério", "tudo depende do significado concreto da conduta", em: *Revista cit.*, pág. 314. Como tal será errónea a conclusão de Marques da Silva de que nos casos de comparticipação "não basta que um dos comparticipantes não prossiga na execução", em: *ob. cit.*, pág. 266.

vários tipos comparticipativos e, atendendo às particularidades de cada um, definir um critério mais adequado passível de amenizar esta adversidade. Poderia, a título de exemplo, prever uma outra medida mínima para o cúmplice, considerando que este não tem uma participação objectiva durante a execução, que regra, presta o seu contributo em fase antecedente, e que não é actor, apenas é um "figurante" que só determina, e por vezes nem isso, como outrém vai proceder à execução, não apresentando qualquer domínio da acção.

A desconsideração que acabo de mencionar é menos criticável porque é mais inclinada para os infinitos e diversos detalhes do universo que envolve a lei. Em jeito meigo, o legislador penal foi apenas infeliz porque as mais diversas oportunidades práticas não admitem a adequação da hipótese do art. 25º com os pormenores que compõem os casos comparticipativos concretos. Mais desatenção revela o legislador penal quando se dá atenção à relação de exigência entre o art. 24º e o art. 25º, entre a autoria singular e a comparticipativa na desistência. A regra referente à autoria singular impõe que a consumação não se verifique, mesmo nos casos previstos no art. 24º/2 em que não é condição suficiente que o autor se esforce seriamente porque a não consumação terá de ocorrer por intermédio de terceiros. Nos casos do art. 25º será suficiente o "esforço sério" por parte do desistente, independentemente da ocorrência da consumação. Há uma desigualdade de tratamento antecedente à prática, na sua previsão, ainda no campo abstracto. No fundo, a crítica é dirigida à formulação do art. 25º que, apesar do assento no controlo da execução, em relação ao art. 24º se revela injusta. Ou seja, sempre que se afirme no mundo prático duas condutas iguais, dois "esforços sérios", a consideração penal será sempre diferente caso se trate de uma situação de autoria singular ou de uma autoria comparticipativa. Assim, ainda em plano legal, no relvado da abstracção, o legislador oferece soluções distintas para comportamentos desistentes de intensidade idêntica, tratando de modo diferente duas ocasiões iguais. E isto não faz sentido numa perspectiva equitativa. O que dá razão à forma do art. 25º é o domínio do facto por parte do desistente, havendo mais agentes interessados, este não detém o seu domínio exclusivo e, regra, depende, em maior ou menor medida, do comportamento dos "colegas". Mas, como foi exposto, não é por o desistente ser participante na execução que dentro do plano vai ocupar posição distinta relativamente à desistência. E mesmo que tal fosse verdade, a responsabilização criminal do autor singular, vai sempre depender, nos casos do art. 24º/2 do sucesso da operação dos terceiros. E se o que

justifica a negação da punibilidade é um "regresso ao direito", uma exteriorização da livre vontade de uma definitiva regressão quanto ao tipo iniciado, esta terá de se traduzir na atitude manifestada pelo desistente, da qual se conclui se houve ou não uma clara manifestação de retorno à legalidade. Nestes termos, o fundamento que preside à distinção elaborada no art. 25º, apesar de compreensível, não pode vingar. Verifica-se um desrespeito pela ideia de igualdade, na medida em que o legislador, para o efeito da desistência, trata situações comportamentais iguais de modo diferente sem que se afirme uma verdadeira razão justificativa para esta diferença de tratamento. Não quero com isto assinalar que não se deva exigir a falta de consumação ao autor singular, apenas critico a construção elaborada com base nos ensinamentos que presidem à desistência.

## **VI. Em jeito de solução**

Como em modo introdutório referi, uma coisa será a razão do instituto e outra a solução da regra. O instituto da desistência apadrinhado pelo Penal substantivo, ou melhor, a ideia político-criminal inerente de reduzir as ofensas aos bens jurídicos, assume-se como um instrumento teoricamente louvável na sua defesa. No entanto, se a ideia que se vislumbra no acompanhamento da função penal se justifica num plano funcional, a solução apresentada coloca as maiores dúvidas. De bom entendimento a desconsideração do critério proporcional é o porquê de tanta problemática, como o conceito de "voluntariedade", necessidade de "regresso ao direito", fundamento para a impunidade, consideração dos motivos para o efeito, o que se entende por "esforço sério", "e segue". A regra da desistência está comprometida logo de raiz ao ir do "inferno ao céu", apresentando soluções de extremos opostos, isto é, ou releva e não há punição ou não releva e não se exclui, por esta via, a punibilidade. A solução apresentada ignora uma concepção natural de que, o que se realizou, realizado foi, de que a realidade que se transformou transformada está, de que o tempo não volta atrás. Dito de outra maneira, é dado objectivo que quem assumiu uma atitude contrária às regras comunitárias de categoria penal terá de ser responsabilizado criminalmente, nem que se manifeste apenas num olhar mais atento por parte do julgador para se decidir pela sua impunidade. Por outras palavras, a punição pela tentativa não se afasta, pode é o seu grau justificar que não se aplique uma sanção penal após uma intervenção do decisor. Se a solução se voltasse para uma ideia de proporcionalidade e não oferecesse, o instituto, a mesma saída para todas as práticas desistentes relevantes, o tema seria mais acessível, ou melhor, bem menos controverso. O que não quererá dizer que, a quem desiste se aplique sempre uma sanção, mas a sua negação, esta, terá de se aferir após o caso, após considerar a sua actuação no mesmo que, quanto mais digna no plano penal se apresentar, maior será a consideração do julgador e mais se reduzirá a pena. Assim, o que verdadeiramente acarreta todo o dilema é, em última análise, a automaticidade de aplicação da regra da desistência. Desiste de modo relevante, não é punido, sem mais. A solução deveria ser gradativa, até um ponto que fosse, de facto, oportuno isentar o agente.

Desta ideia de proporcionalidade, uma solução adequada considerando a intensidade desistente no caso concreto, parece que a valoração da desistência mais não será que a avaliação da atitude do agente no percurso *criminis* e em nada adita ao art.71º relativo aos critérios a ter em conta na definição da medida concreta da pena. Assim, a desistência encontra-se subentendida no artigo, em especial na valoração da conduta posterior ao facto que, como salienta Figueiredo Dias, está "ligada à categoria da necessidade da pena"<sup>126</sup>. No fundo é isso. Quando se considera a desistência, aprecia-se o comportamento tido pelo agente durante o caso.

No entanto, é preciso não esquecer a, já exaustivamente referida no trabalho, intenção político-criminal inerente à desistência. Ou seja, sendo que o pretendido com a lei da desistência é a promoção de reversões de intentos criminosos de modo a reduzir a lesão dos bens jurídicos, esta será, mais do que isso. A regra da desistência não será, por este entendimento, um mero critério na determinação da medida concreta relativa à conduta revelada pelo agente durante a sua performance. Esta, como expediente da função criminal, parece que justifica a sua individualização.

Poderá o legislador então optar por somar uma nova alínea ao art. 71º e impor ao julgador que, na fase decisória, avalie a determinação desistente e, no caso de esta se verificar, o que pode fazer baixar a pena a aplicar. Porém, não me parece ser esta a via mais coerente ou, por outra, aquela que se indentifica com o cariz preventivo do mecanismo da desistência. Se o visado será o incentivo à dissociação da produção criminosa, não me parece que, entregar a sua valoração à discricionariedade do julgador em momento em que o agente já é tido como culpado, seja um incitamento prometedor.

Outra solução poderia ser a de enquadrar a desistência no instituto da dispensa de pena. O legislador alargaria os casos de dispensa de pena às situações de desistência e aproveitaria a falta de necessidade punitiva patente na norma. Nos casos de desistência relevante, considerando que o agente acabou por evitar a consumação ou se esforçou seriamente, poderia o legislador ampliar a aplicação material da dispensa de pena mas, sem roçar na criminalidade tida como grave, devido ao já considerado a este propósito. Assim, e no caso de, ao agente seria atribuída uma pena responsabilizando-o criminalmente, no entanto, esta seria dispensada pelo apreciável comportamento retrocedente capaz de evitar a consumação. A lei penal ao condenar o agente, mostra-se

---

<sup>126</sup> *Ob. cit(2)*, pág. 254.

atenta e não esquece a parte desrespeitosa do sucedido enquanto o desistente vê o seu esforço recompensado em termos punitivos<sup>127</sup>. Deste modo, também me parece que a regra da desistência seria mais cognoscível em termos gerais, o que só favorece a intenção politico-criminal porque dá sempre mais história a situação do "senhor" que foi condenado mas que, por ter procedido à não consumação, está "solto".

Hipótese diferente poderia ser a da atenuação obrigatória pela actividade desistente. Com a atenuação, o propósito politico-criminal seria cumprido. Com esta imposição legal, o agente já se sentirá tentado a desistir do evento criminoso. E para quem explica a regra da desistência com base na diminuição das exigências de prevenção, a opção atenuante será mais moldável à alteração verificada pela desistência. Esta resposta atenuante também justificaria a aplicação material da desistência a toda a criminalidade visto que, o agente não sai impune pela tentativa. A medida da atenuação não poderá ser de determinação livre pelo julgador, porque, se assim fosse, a solução mais não seria do que a tarefa de valorar os critérios que presidem à determinação da medida concreta da pena, com a diferença de o decisor se ver obrigado a atenuar, nem que seja em mínima proporção, a sanção. A desistência poderia operar ao nível das molduras penais como uma circunstância modificativa atenuante, mas isso seria somar pouco ou nada ao artigo 72º do Código Penal referente à regra da atenuação especial. O mais coerente seria então uma atenuação pós decisória em que se oferece ao julgador uma moldura referente à atenuação da desist<sup>a</sup>encia, dentro da qual, este teria de atenuar a pena concreta.

### *Quanto a mim,*

Apesar de reconhecer o valor teórico da intenção politico-criminal de promover abandonos criminosos, a solução da desistência cheira a utopia. Como já referi, bem de início, o reconhecimento normativo é duvidoso e, mesmo que este se afirme, a consciência da reacção criminal está estabelecida. Com isto quero dizer o que já disse, mesmo que se conheça a norma, os intentos criminosos não iram regredir, pelo menos significativamente, porque quem opta por cometer um crime sabe que se sujeita à respeitável punição penal e o seu receio, ou a falta dele, não se mostrou suficiente para

---

<sup>127</sup> Aqui valeria a teoria do "prémio" como fundamento da não aplicação da pena.

que este não iniciasse o delito. O respeito pela sanção não será, assim, e para mim, razão que leve a desistências. Se o agente desiste é porque tal lhe é imposto ou porque o quis, por razão diferente da impunidade, senão não teria sequer iniciado a execução. Desta consideração resulta que, a intenção político-criminal do impulso desistente carece de sentido prático. Quanto à falta de necessidade punitiva argumentada pela teoria dos "fins das penas", a sua imprecisão afasta o fundamento por esta via da aplicação da regra da desistência. No que toca ao valor do resultado tido pela regra, estou esclarecido. Se o resultado não se verificar, cumprida está a exigência para a aplicação da regra da desistência. Em relação ao valor da acção, à questão do "esforço sério", a realidade é irregular demais para se assumir legalmente este critério, o que leva à sua difícil prova e ao fácil confronto com a concepção de igualdade. Quanto ao âmbito de aplicação material, a regra da automaticidade da impunidade não poderá abranger os casos de criminalidade mais grave, como faz. Já quanto ao âmbito de aplicação temporal, pela falta de precisão e bem possível aproveitamento pelo desistente da qualidade subjectiva de que depende a análise da extensão da execução, esta terá de se admitir apenas até ao fim da tentativa e não até à consumação.

Pelo quadro exposto, concluo que, pelas dificuldades de difícil desdenho que a regra da desistência levanta, a solução para o desistente não poderá ser a da impunidade pela tentativa. E se atendermos à qualificação gradual do ocorrido, em obediência a um juízo de proporcionalidade, a autonomização desta eventual solução não pode, de igual modo, vingar. Isto por falta de fundamento. Advogo, como já clarifiquei, que a possível razão para se individualizar o expediente da desistência será a intenção político-criminal de estimular abandonos criminosos. Mas também clara é a minha posição que, tal querer, não se materializará no mundo prático. Não se concretizando o seu fundo de razão, a valoração da desistência terá de ser no seu campo original, no da determinação da medida concreta da pena. Só e se, o legislador considerar que, pelo feito, pelo evitar da consumação, o agente não merece ser punido, mas, por aí, essa seria uma questão equacionável em matéria da imputação do facto, visto que, se o agente não merece a aplicação da pena, não se preenchem as suas condições objectivas de aplicação, tema que foge ao pretendido pela dissertação. Se o legislador considerar que, pela desistência, o agente merece uma diminuição da pena, porque não confiar que a actividade judicial fará uma adequada e justa valoração do comportamento tido pelo agente durante o acontecimento criminoso? Opino, conclusivamente, que a valoração desistência

depende do concreto e na falta de razão para a sua singularidade, como norma, esta terá de se enquadrar nos critérios de determinação da medida concreta da pena. Um comportamento desistente não é mais do que a atitude manifestada pelo agente durante a realidade criminosa e, como tal, previsivelmente, o julgador fará uma competente valoração do sucedido.

## **BIBLIOGRAFIA**

Código Penal Português

*JAKOBS, Günther, Estudios de Derecho Penal (Traducción al castellano y Estudio Preliminar: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá), 1.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1997.*

*Pinto, Frederico de Lacerda Costa, Desistência de um participante e imputação do facto cometido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 7, nº2 (1997), p.301-330*

*Dias, Jorge de Figueiredo, Direito penal português: parte geral II: as consequências jurídicas do crime, 4ª reimp, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.*

*Silva, Germano Marques da, Direito penal português: teoria do crime, Lisboa: Universidade Católica, 2012.*

*Gomes, Júlio A desistência da tentativa: novas e velhas questões, Lisboa: Aequitas: Editorial Notícias, 1993.*

*Carvalho, Américo Taipa de, Direito penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.*

*Manuel Maia Gonçalves, Código Penal Português Anotado e Comentado - legislação complementar 17ª edição 2005*

*Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, A relevância da desistência em situações de participação : um estudo sobre a validade e limites da solução consagrado no artigo 25º do Código Penal de 1982, Coimbra: Almedina, 1992.*

*Correia, Eduardo, Direito Criminal, reimp., Coimbra: Almedina, 2007-2008.*

*Alcácer Guirão, Rafael, Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento, Granada: Editorial Comares, 2002.*

*Dias, Jorgue de Figueiredo, Direito penal: parte geral: 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007*

*Faria, Jorge Ribeiro de, Sobre a desistência da tentativa, Coimbra: [s.n.], 1982*

*Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal: parte general, 6. ed. rev. y puesta al día, Valencia : Tirant lo Blanch, 2004*

*Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin, ed. Jesús-María Silva Sánchez, Barcelona: José María Bosch, 1997*

*Andrade, Manuel da Costa, A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime, Revista Portuguesa de Ciência Criminal ISSN 0871-8563, Ano 2 (1992), fasc. 2 (Abr.-Jun. 1992), p. 173-205*

*Roxin, Claus, Problemas fundamentais de direito penal / Claus Roxin; trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo, 3ª ed., Lisboa: VEGA, 1998*

## **ACÓRDÃOS**

Fonte : [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ac. STJ de 26/3/1998, Proc. n.º 1511/97.

Ac. da Relação de Guimarães de 01/07/2013, Proc. n.º 823/08.2GBGMR.G1

Ac. STJ de 18/10/2006, Proc. n.º 06P3052

Ac. STJ 18/04/2012, Proc. 274/10.9JACBR.C1.S1.