

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa da Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A Desistência na Comparticipação
Fundamento e Alcance Normativo da Cláusula de Esforço Sérió

Manuel Santos Costa Azevedo Mendes

Dissertação orientada por:
Professor Doutor Pedro Garcia Marques

Lisboa
Março de 2022

Índice:

Introdução.....	2
1. O instituto da desistência no Código Penal.....	4
1.1. A relação entre a tentativa e a desistência.....	4
2. O modelo de desistência diferenciado na legislação portuguesa	6
2.1. Do Anteprojeto de 1963 à solução do Código Penal de 1982.....	6
2.2. Regime da desistência no Código Penal de 1982.....	10
3. A desistência na Comparticipação.....	13
3.1. Fundamento político criminal do regime da desistência na comparticipação.....	14
3.2. O modelo político criminal do instituto da desistência e a conformidade com o sistema penal português.....	17
3.3 Pressupostos da regra da desistência.....	22
4. Alcance Normativo da Cláusula de Esforço Sérió – art. 25º do Código Penal.....	26
4.1. Diferentes construções dogmáticas da Cláusula de Esforço Sérió.....	28
4.2. Concretização do conceito de “esforço sérió”.....	31
4.3. A delimitação entre o art. 24º e o art. 25º do Código Penal.....	38
Conclusão.....	43
Bibliografia.....	45

Introdução

Com a figura da tentativa, o nosso ordenamento penal prevê a possibilidade de punição de um agente nos casos em que este já iniciou a execução, mas a consumação não teve lugar. No entanto, caso a lesão do bem jurídico ainda não se tenha verificado, o legislador, fazendo uso da função preventiva do Direito Penal, abriu a hipótese de isentar o agente da pena através do instituto da desistência, o qual vem regulado nos artigos 24º e 25º do Código Penal português, consoante os casos em que se está, respetivamente, perante uma situação de autoria singular ou de comparticipação.

O regime do 25º do Código Penal é menos oneroso para o desistente que aquele constante do artigo 24º, sendo que a diferença fundamental se traduz no facto do privilegiamento depender no artigo 24º da ausência de consumação material, o que não acontece nos casos do 25º. Ao criar um regime de desistência diferenciado, o nosso Código Penal introduz uma solução inovadora a nível de Direito comparado, no entanto são muitas as dúvidas que se levantam quanto a este regime.

Desde logo, cumpre interpretar qual a intenção do legislador ao consagrar tal diferença de regimes e qual o fundamento para a mesma, o qual parece estar, inevitavelmente, relacionado com a diferença substancial entre as posições dos intervenientes e a respetiva distribuição do risco da consumação.

Posto isto, passaremos para a análise dos pressupostos que a lei exige para a atribuição do privilégio da desistência, os quais, como veremos, diferem consoante se trate de uma tentativa acabada ou inacabada.

Uma vez delimitados tais pressupostos, focar-nos-emos, de seguida, em procurar definir o alcance normativo da cláusula de “esforço sério” que vem consagrada no artigo 25º. Facilmente chegaremos à conclusão de que 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. No entanto, o cerne da questão coloca-se precisamente em tentar definir, em abstrato, quais as condições que permitem que se possa considerar que o agente se esforçou seriamente.

Por fim, a última questão que se levanta é como delimitar o âmbito de aplicação deste regime, sendo que para isso teremos necessariamente de procurar aferir qual a extensão do conceito de participação presente no artigo 25º.

Assim, seguindo esta lógica, analisaremos o regime da desistência presente nos artigos 24º e 25º do Código Penal, e procuraremos responder a estas questões centrais sobre tal regime, dando um especial enfoque ao ponto que consideramos ser aquele que revela uma maior relevância prática: o alcance normativo da cláusula de “esforço sério”.

1. O instituto da desistência no Código Penal

1.1. A relação entre a tentativa e a desistência

O crime é composto por várias fases, as quais culminam na consumação, momento este em que os elementos do tipo legal se encontram objetiva e subjetivamente preenchidos. No entanto, nem sempre é necessário que todas as fases se encontrem verificadas para que o agente possa ser punido. É isso que ocorre quando não se verifica a consumação, mas já se deu por iniciada a execução. Para estas situações o artigo 22º/1 CP prevê a figura da tentativa, a qual se verifica “quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”.

A tentativa é, então, composta por três elementos que decorrem diretamente do texto da norma: decisão pela realização do tipo, prática de atos de execução e não verificação da consumação do crime. Observando estes três requisitos, facilmente identificamos que estamos na presença de um elemento objetivo, um elemento subjetivo e, por fim, um elemento negativo da tentativa, que diz respeito à ausência da consumação.

Se é verdade que, regra geral, o início da execução culmina com a consumação do delito, é certo que há casos, sendo que não são raros, nos quais, embora iniciada a execução, e, por isso, já existindo uma tentativa, a consumação não se chega a verificar. Tal pode ocorrer por variados motivos, sendo que alguns deles podem ser provocados por circunstâncias alheias à vontade do agente, mas outras podem, por outro lado, convergir com a sua vontade.

Uma dessas situações em que se poderá verificar uma ausência de consumação, seja ela formal ou material, por vontade do agente é aquela em que se verifica uma desistência, a qual vem prevista nos artigos 24º e 25º. Nestes casos, e uma vez que se verificou o início da execução, há uma tentativa, no entanto, esta pode não ser punível nos termos do artigo 24º/1, o qual estipula que “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”.

A desistência voluntária da tentativa configura, assim, uma causa pessoal de isenção da pena, como se pode alcançar do respectivo regime presente no código penal.

O artigo 24º do CP determina que será beneficiado o agente que “desistir de prosseguir na execução do crime ou impedir a consumação (...)”. Analisando o preceito, importa referir que as duas partes se referem a momentos da execução distintos. Na primeira, quando se refere “desistir de prosseguir na execução do crime” o agente ainda não praticou todos os atos de execução, sendo que vem, de forma voluntária, interromper a sua conduta e abandonar a execução; na segunda, a que diz respeito a “impedir a consumação”, todos os atos de execução foram praticados, pelo que é necessário um novo comportamento que evite a verificação do resultado típico. Desta forma, podemos concluir que se está aqui perante uma distinção que assenta na diferença entre tentativa inacabada e tentativa acabada.

O Código Penal português não distingue a tentativa inacabada da tentativa acabada, tratando a tentativa de modo unitário. No entanto, a distinção entre estas figuras é bastante relevante, em nome de razões de política criminal¹, uma vez que, tal como vimos, releva para efeitos de desistência. Importa, então, perceber quando é que a tentativa se pode considerar acabada, nos termos do artigo 24º, questão esta que será tratada mais adiante, quando estivermos a analisar os pressupostos da desistência. Cumpre salientar, desde já, que devemos relacionar os pressupostos de que a lei faz depender a desistência com o momento em que se encontra a tentativa, uma vez que o comportamento exigido ao desistente que procura evitar a consumação material depende da maior ou menor proximidade entre a tentativa e a consumação. Esta questão será aprofundada mais adiante, quando analisarmos os pressupostos da regra da desistência

Uma outra questão levantada pelo artigo 24º diz respeito à previsão que determina que não é punida a tentativa quando o agente “impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime”. É certo que “tentativa” e “consumação” são conceitos que, à partida, não podem coexistir numa mesma ação típica, pelo que também não poderíamos falar de desistência quando o crime é consumado, no entanto a parte final deste preceito pretende alargar a não punição aos chamados crimes de consumação antecipada, nos quais a consumação do crime não coincide com o momento em que se produz o resultado típico previsto. Assim, nestes crimes podemos falar de consumação formal e consumação material, sendo que a lei permite que se aplique o regime da desistência quando o primeiro está verificado, mas

¹ Neste sentido FARIA COSTA, “As formas do crime”, p. 161 ss, e MAIA GONÇALVES, “Código Penal Português Anotado e Comentado- Legislação complementar”, p. 130.

não o segundo. Desta forma permite-se alargar o privilégio do desistente, mas nunca deixando de proteger o interesse da vítima, não indo contra os fundamentos político-criminais deste instituto.

Esta situação equipara-se à desistência da tentativa acabada, na qual é necessário um arrependimento ativo e eficaz. Se é certo que já tendo havido consumação, ainda que formal, estamos já fora do âmbito da tentativa, exige-se ao agente a adoção de uma conduta que leve à não verificação do resultado típico previsto. Este impedimento tem de ser imputável ao agente, o que significa que a conduta adotada tem de lhe ser atribuída, ainda que auxiliado por outra pessoa. No entanto apenas é necessário que o comportamento que configura o impedimento (e respetivo abandono da execução) seja voluntário, independentemente da espontaneidade e dos motivos que conduzem à desistência.

No caso de se estar perante um arrependimento ativo mas ineficaz, cumpre distinguir aqui os dois cenários possíveis: se o resultado vier, de facto, a ocorrer, não cabe tal situação no âmbito do artigo 24º, ainda que o agente tenha procurado impedi-lo; se o resultado não se verificar, mas a consumação tiver sido evitada por factos independentes da sua conduta, diz-nos o artigo 24º/2 que o agente não será, ainda assim, punido, caso “se tiver esforçado seriamente para evitar a consumação”. A cláusula de “esforço sério” é, geralmente, compreendida no sentido de que é exigido que se tenham adotado atos concretos que o agente representava como necessários para impedir a consumação, mas que, todavia, não foi determinante para o evitar. Mais adiante trataremos desta e outras questões de forma mais aprofundada.

2. O modelo de desistência diferenciado na legislação portuguesa

2.1. Do Anteprojeto de 1963 à solução do Código Penal de 1982

O Código Penal de 1982 veio introduzir algumas diferenças substanciais no que diz respeito à matéria da desistência, uma vez que aborda de forma distinta, completa e inovadora o problema da desistência do participante. Esta alteração, que teve como base o Anteprojeto da Parte Geral de Eduardo Correia, traduziu-se na criação de um modelo diferenciado de desistência, o qual passou a contemplar, para além do regime

aplicável ao autor singular, um regime específico para a desistência em situação de comparticipação. Este modelo, que se distingue dos demais a nível de Direito comparado, tem como base a cláusula de “impedimento da consumação” e a cláusula de “esforço sério” para impedir a consumação, as quais conduzem à isenção da pena.

No entanto, para melhor compreendermos este instituto e o que pretendeu o legislador com a consagração de tais cláusulas, devemos observar e analisar detalhadamente o artigo 25º do Anteprojeto do Código Penal, o qual é fonte imediata do atual regime da desistência consagrado no Código Penal de 1982.

No Anteprojeto de 1963, o artigo 25º regula a desistência da tentativa ou arrependimento ativo, determinando desde logo que se aplica aos casos em que estamos perante uma desistência voluntária. Analisando as diferentes partes do preceito, começamos por observar que, logo no corpo do artigo, Eduardo Correia, o autor do Anteprojeto, alarga a eficácia da desistência aos crimes formais. Esta foi uma das primeiras questões discutidas na Sessão primeira questão é alvo de crítica pela maneira como foi formulada, pois, segundo o Conselheiro José Osório, alarga a todos os crimes formais, o que é um erro uma vez que há várias hipóteses nas quais a desistência não deve ser considerada relevante (nomeadamente naquelas em que o resultado não releva à valoração)². Além desse argumento, o Prof. Gomes da Silva criticou ainda a introdução do conceito de crime formal no preceito, por ser um conceito doutrinal que, ainda que tenha tradição entre nós, não é unívoco pois abrange diferentes grupos de hipóteses, nomeadamente situações nas quais a lei pune logo o perigo de produção de um resultado material e outras situações que se tratam de crimes sem evento, mas que são crimes de dano, e só nas primeiras se pode falar de uma situação equiparada à desistência. Esta opinião era partilhada também pelos Drs. Guardado Lopes e Maia Gonçalves³. Em resposta a tal posição, o Autor do Anteprojeto defende a necessidade de alargar o privilégio da desistência aos crimes formais, referindo que apenas estão “afastados, de forma decisiva, aqueles casos em que a lei, sob a capa do crime formal, prevê crimes *sui generis*”⁴, mas reconhecendo que possa causar discordância a introdução de conceitos puramente dogmáticos na lei, propondo uma nova redação para o corpo do artigo, a qual fosse mais ao encontro do que há de fundamental e relevante em tal conceito.

² *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, 12ª Sessão, p. 186

³ *Actas* (1963), p. 187

⁴ *Actas* (1963), p. 190

Por fim, ainda relativamente ao corpo do artigo, o Conselheiro José Osório tece uma outra observação que se prende com o facto de considerar que, no âmbito da autoria singular, a desistência deve ainda ser considerada relevante nos casos em que a consumação se vem a verificar por intervenção de terceiro ou outra causa externa, o que não parece ocorrer nos termos da redação do artigo do Anteprojeto.

Quanto aos restantes parágrafos, os quais se dedicam a regular a desistência em situações de comparticipação, foram várias as críticas feitas a este artigo. A primeira crítica apontada, a qual era partilhada por vários dos presentes, foi relativa ao facto de não poderem ser aplicadas as mesmas regras que se aplicam quando se trata de um caso de autoria singular, pelo que não se deve considerar este regime sem as condições que advêm dos restantes parágrafos, essenciais para entender o regime aplicado à desistência nos casos de comparticipação.

No decorrer da sessão, o Conselheiro José Osório defendeu a aplicação ao autor singular dos requisitos e pressupostos em matéria de comparticipação, no entanto tal posição foi logo afastada pelo Autor do Projeto, justificando que na comparticipação há uma alta finalidade político-criminal, a qual visa incentivar a dessolidarização dos participantes, mas o mesmo não se verifica quando se trata de um único agente, casos estes em que a consumação é imputável apenas a ele mesmo⁵.

A versão final do Código Penal, contrariamente ao Anteprojeto, passou a consagrar a matéria da desistência em dois artigos, nomeadamente nos artigos 24º e 25, distinguindo o regime da desistência quando se trata de um autor singular ou de uma situação de comparticipação. No entanto, o essencial do artigo 25º do Anteprojeto de 1963 foi mantido, pelo que, a par dessa tão relevante alteração, apenas destacamos uma outra em relação ao regime do artigo 25º do Anteprojeto: a supressão do 2º parágrafo do artigo 25º, o qual previa que o privilégio da desistência fosse aplicado ao participante nos casos em que, apesar dos esforços sérios para evitar a consumação, esta não se verificasse por causas outras que não a sua intervenção⁶. No entanto, esta referência passou a constar do artigo 24º/2, a propósito do autor singular.

⁵ *Actas* (1963), p. 189

⁶ Uma das críticas apontadas na sessão da Comissão Revisora, e que era subscrita por vários dos presentes, era que a redação deste segundo parágrafo não alcançava a ideia que se pretendia consagrar e que devia ser revista.

Na opinião de Frederico da Costa Pinto⁷, opinião que também eu partilho, esta alteração veio em boa hora por duas ordens de razão: por um lado, justifica-se a supressão desta norma do artigo 25º, uma vez que, ao não fazer depender a relevância da desistência na comparticipação do sucesso do esforço do agente, este artigo já valora o esforço sério do participante desistente para evitar a consumação, pelo que não se mostra necessário consagrar o previsto no artigo 25º, pois tais situações já se encontram abrangidas pelo mesmo, o qual tem como requisito mínimo o esforço sério do desistente para procurar impedir a consumação material. Por outro lado, a consagração da referência no artigo 24º/2 tem como objetivo valorizar o “esforço sério” do autor singular, nos casos em que a consumação não se verifique por causa não imputável ao desistente. Nestes casos, tal referência é necessária pois, contrariamente às situações de comparticipação, nas situações de autoria singular a ausência de consumação é condição de relevância da desistência, pelo que faz sentido reconhecer o esforço sério como conduta de desistência suficiente nos casos em que a ausência de consumação seja imputada a terceiros ou causas externas.⁸ Para Maia Gonçalves a consagração deste regime no artigo 24º/2, o qual atribui relevância à desistência quer nos casos de tentativa inacabada, quer nos casos de tentativa acabada⁹ é resultado da doutrina defendida por Figueiredo Dias nas suas lições de 1976¹⁰.

Em boa verdade, a consagração de dois regimes distintos sobre a matéria da desistência, não resultou de uma prévia elaboração doutrinal, à semelhança do que ocorreu com outros pontos do Código Penal de 1982, nem parece ter influência nas soluções aplicáveis à discussão sobre o regime de revogação do mandato, que marcavam a resposta a esta matéria no Código Penal de 1852. Ainda que o regime do art. 25º se encontre previsto no Anteprojeto, sendo este a sua fonte mediata, não há referências claras sobre a dissociação em casos de comparticipação feitas por Eduardo Correia, autor do Anteprojeto, anteriores ao mesmo, o que nos leva, então, a questionar quais as fontes mediatas do regime adotado no novo código. Quanto aos precedentes históricos, nenhuma referência é feita em relação aos mesmos por parte do legislador, no entanto, quanto ao plano histórico, é possível encontrar semelhanças entre a solução adotada e a posição defendida por Levy Maria

⁷ Afirma FREDERICO DA COSTA PINTO que “em bom tempo o fez (...) porque a sua consagração para os casos de comparticipação tornar-se-ia completamente desnecessária no artigo 25º, pois (...) a norma já prevê como relevante o esforço sério do desistente para evitar a consumação” (in “*A relevância da desistência em situações de comparticipação*”, p. 30 e 31)

⁸ Seguiu-se a posição de JOSÉ OSÓRIO, proposta perante a Comissão Revisora (in Actas, 12ª Sessão).

⁹ A distinção entre tentativa inacabada e tentativa acabada e a sua relação com o regime da desistência será aprofundada mais adiante, a propósito dos pressupostos da regra da desistência.

¹⁰ MAIA GONÇALVES (2005), p. 122

Jordão¹¹, que, centrando a questão em torno do regime da revogação do mandato, propõe que se distinga consoante a revogação se dê antes ou depois da execução do mandato. A nível de direito comparado, é também possível encontrar semelhanças com o previsto no Código Penal Russo, uma vez que este, no artigo 51º, faz depender a não punibilidade do desistente participante da realização de esforços sérios, com vista ao impedimento da consumação.

2.2. Regime da desistência no Código Penal de 1982

Do que já se analisou anteriormente, podemos então agora com mais facilidade observar que uma característica fundamental do regime da desistência, previsto nos artigos 24º e 25º do Código Penal, era a consagração um regime diferenciado de desistência. Este regime diferenciado tinha como base diferentes graus de exigência quanto à conduta do agente que procurasse salvaguardar o bem jurídico em perigo. Enquanto no artigo 24º, para que se aplicasse o privilégio da desistência, era condição absoluta que a consumação material não se verificasse, no artigo 25º, não se exige que o participante desistente evite a consumação material do facto, mas simplesmente que este se esforce seriamente nesse sentido, não dependendo, desta forma, a não punição do agente da efetiva ausência de consumação.

A razão que justifica a consagração deste regime diferenciado quanto ao tratamento da desistência em situações de autoria singular ou de participação é o fundamento por detrás de cada um dos regimes: na desistência do participante, diferentemente do que ocorre na desistência de um autor singular, há um fundamento político criminal que justifica o privilégio da desistência ainda que se verifique a consumação, pois a ideia por detrás é incentivar a dessolidarização dos participantes. Esta questão será desenvolvida mais adiante.

Esta diferença de exigência em relação à conduta do desistente, nos casos de se tratar de um autor singular ou de uma situação de participação, vem bem patente no artigo 24º/2 quando o legislador faz depender a relevância do esforço sério à ausência da

¹¹ Levy Maria Jordão, nascido em Lisboa em 1831, doutor pela Universidade de Coimbra, foi um advogado e historiador bastante conceituado, tendo, inclusivamente, ocupado alguns cargos políticos de relevo na época.

consumação, algo contrário ao que se verifica no artigo 25º onde não existe tal dependência¹².

É de notar que, ao não se fazer depender a relevância do “esforço sério” do desistente à não verificação da consumação, não nos é permitido considerar que o previsto no regime do artigo 25º se refira unicamente aos casos de desistência de uma tentativa, mas podemos concluir que, tal como defende Cavaleiro Ferreira¹³, a norma trata da atuação de um participante, a qual pode resultar na não punição do mesmo, ainda que se pudesse afirmar a sua responsabilidade por um crime materialmente consumado. É, pois, esta a única interpretação que vai ao encontro daquilo que foi pensado por Eduardo Correia, autor do projeto do Código Penal, que afirma de forma inequívoca que o regime da desistência do participante “visa de alguma forma dividir os participantes, mostrar-lhes que a dessolidarização pode ser útil”¹⁴, razão esta que nos leva a considerar pacífico concluir que, ao não se fazer depender a relevância da desistência da não consumação do crime, tal como decorre da lei, o regime em questão não se refere unicamente aos casos de desistência de uma tentativa¹⁵.

Assim, a referência à tentativa no texto da lei apenas tem como objetivo indicar o momento a partir do qual devemos valorar a atuação do participante desistente como uma desistência, nos termos do artigo 25º. Tal referência não pretende excluir que se aplique a norma aos casos em que se verifique a consumação do crime, mas explicitar que a conduta do desistente apenas é relevante a partir do momento em que se pode afirmar a existência de uma tentativa, uma vez que antes desse momento não estamos perante uma situação suscetível de gerar responsabilidade penal¹⁶. Chamamos a atenção para o facto de, desta forma, o envolvimento na realização de atos preparatórios, ainda que puníveis nos termos da lei, não criar situações típicas de participação, as quais exigem que se inicie uma execução, pelo que não estão abrangidas pelo regime do artigo 25º.

¹² FIGUEIREDO DIAS afirma, de forma bastante clara, que nos casos do artigo 24º/2 da lei não pode decorrer outra interpretação que não aquela na qual ao verificar-se a consumação, o privilégio da desistência não tem lugar, independentemente dos esforços sérios. Cfr. “*Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*”, p. 741

¹³ CAVALEIRO FERREIRA, “*Lições de Direito Penal, I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*”, p. 319

¹⁴ *Actas* (1963), p. 185

¹⁵ Neste sentido, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, p. 120

¹⁶ COSTA PINTO (1992), p. 39

Há ainda uma outra questão que cumpre analisar antes de avançarmos no nosso estudo e que se prende em saber se a aplicabilidade do regime do artigo 25º depende de se tratar de uma tentativa punível ou se abrange também as tentativas não puníveis. A doutrina portuguesa tem adotado uma posição bastante clara nesta matéria, sendo que tendo em observando aquilo que defende Costa Pinto¹⁷, percebemos que devemos analisar o fundamento da não punibilidade da tentativa, pois a aplicabilidade do regime da desistência do participante não se mostra necessária nos casos em que a tentativa não é punida nos termos do artigo 23º/3, casos estes que têm que ver com a manifesta inidoneidade da tentativa. No entanto, para este autor, o mesmo não se verifica quando a não punição da tentativa se deve à moldura penal do facto consumado, nos termos do artigo 23º/1. Isto deve-se ao facto de, nestes casos, se verificar uma real situação de perigo para um bem jurídico que pode evoluir para a consumação, justificando assim a exigência de intervenção do desistente no sentido de salvaguardar esse bem jurídico. Sendo que o regime da desistência do participante não faz depender a aplicabilidade do regime à ausência de consumação, o participante numa tentativa não punível com base no 23º/1 (em razão da medida da pena) “está, perante a eventual responsabilização pelo crime consumado, exatamente nas mesmas circunstâncias daquele que se encontra envolvido numa tentativa punível”¹⁸, pelo que tratar de maneiras distintas consoante fosse uma tentativa punível ou não punível fugia ao fundamento político criminal que justifica a existência do regime da desistência.

Definido o limite mínimo de aplicabilidade da desistência do participante, o qual está fixado na existência de uma tentativa, cabe-nos definir agora o limite máximo. Este limite vem fixado no artigo 25º com a referência à ocorrência da “consumação ou a verificação do resultado”, sendo que a não verificação do resultado deve ser interpretada no sentido do artigo 24º, nomeadamente “o resultado não compreendido no tipo de crime”. O legislador, com isto, pretendeu alargar os limites da desistência, evitando fixar um limite meramente formal, o que ocorreria se apenas se fizesse referência à “consumação”. Devemos, então, ter em conta a consumação material, pois antes desta se verificar a intervenção do agente pode obstar à lesão do bem jurídico tutelado. Desta forma é possível alargar o privilégio da desistência a situações pós consumação, nas quais o agente ainda pode reverter as consequências da sua atuação¹⁹. Assim, enquanto ao referir-

¹⁷ COSTA PINTO (1992), p. 40

¹⁸ COSTA PINTO (1992), p. 41

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS designa estes casos por “desistência em caso de consumação”, (2012), p. 743

se à tentativa, o legislador fixa o momento relevante a partir do qual se pode falar em desistência, do mesmo modo, ao referir-se a “consumação” e “resultado não compreendido no tipo”, estabelece o limite máximo, a partir do qual se perde a oportunidade e utilidade da desistência.

Jorge Fonseca define a expressão “resultado não compreendido no tipo de crime” como o resultado que a lei quer evitar que se verifique²⁰. Ainda que a definição não seja consensual, todos os autores parecem concordar com a ideia de que deve ser interpretado tendo em conta o bem jurídico tutelado e a possibilidade, ainda útil, de fazer retroceder a agressão, pois apenas dessa forma se respeita a função de proteção da norma que visa alargar os limites da desistência, função esta que está associada à razão de ser do regime da desistência e que será analisada de seguida. Assim, se a atuação dos agentes tiver ultrapassado o limite “tolerável pelo legislador no quadro das valorações da norma em causa”²¹, estamos fora do âmbito de aplicação do regime da desistência.

3. A desistência na Comparticipação

Nos casos de não estarmos perante um autor singular, a questão da desistência tem uma solução diferente prevista na lei. O Código Penal português regula de forma específica a desistência em caso de comparticipação, solução esta que nos mostra que o legislador entendeu que, quando estamos perante uma pluralidade de autores há particularidades da ação típica que diferem em relação às situações de autoria singular.

A primeira referência à desistência do participante surgiu na Reforma do Código Penal de 1884, a qual associava a desistência na comparticipação à revogação do mandato, definindo que “A revogação do mandato deve ser considerada como circunstância atenuante especial, não havendo começo de execução do crime, e, como simples circunstância atenuante, quando já tiver havido começo de execução”.

Atualmente, esta matéria vem regulada no artigo 25º do Código Penal, o qual estipula o seguinte: “se vários agentes comparticiparem no facto, não é punível a tentativa daquele que voluntariamente impedir a consumação ou a verificação do resultado, nem a daquele

²⁰ JORGE FONSECA, “*Crimes de empreendimento e tentativa. Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português*”, p. 155

²¹ COSTA PINTO (1992), p. 46

que se esforçar seriamente por impedir uma ou outra, ainda que os outros participantes prossigam na execução do crime ou o consumem”.

Em comum com o regime aplicável às situações de autor singular, há o carácter subjetivo quanto à impunidade, o qual diz respeito ao facto de apenas quem desiste de forma voluntária estar abrangido pelo privilégio, como lhe chama Figueiredo Dias²². Desta forma, consagra este artigo o princípio da pessoalidade da desistência, o qual estabelece que o privilégio da desistência não se estende a todos os participantes, mas apenas àqueles que procuram, nos termos do artigo, desistir, procurando a não verificação da consumação. No entanto, a diferença que salta desde logo à vista é que o artigo 25º do Código Penal confere uma maior amplitude de situações de não punição, sendo que prevê, inclusive, a possibilidade de beneficiar o agente ainda que a consumação do crime se verifique, situação não permitida pelo regime do artigo anterior.

3.1. Fundamento político criminal do regime da desistência na participação

No que toca a saber o porquê da não punibilidade da desistência da tentativa, há várias orientações que merecem a nossa atenção, sendo que esta questão está longe de ser consensual.

A primeira orientação que analisaremos considera que a ausência de pena tem como fundamento a suposição de que o agente que pratica o facto criminoso optará mais facilmente por desistir da sua atuação, caso lhe seja oferecida a impunidade, uma *ponte dourada* que o direito penal estende em direção ao privilégio da não punibilidade²³. A não punição é apresentada, então, como um genuíno estímulo à desistência. Esta tese considera, então, que a desistência não altera a ilicitude ou a culpa do facto, tendo uma fundamentação de natureza político-criminal estrita, com vista à preservação do bem jurídico em perigo e de integridade da esfera da vítima. Apesar de bastante apoiada por parte da doutrina mais antiga, a esta orientação é apontada a crítica de estar alheia à realidade da vida, pois a maioria dos agentes desconhece tal privilégio ou está consciente

²² De acordo com FIGUEIREDO DIAS (2012), “(...) desistência voluntária significa desistência como obra do agente, a ele imputável, o privilégio liga se estritamente à conduta pessoal do desistente e não se estende aos outros participantes”, p. 742.

²³ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 728

dele no momento da desistência, pelo que erra ao partir de tais pressupostos psicológicos. Além do mais não responde à questão de saber porque é que a impunidade apenas se estende à desistência voluntária²⁴.

Outra orientação é aquela que é designada como *teoria premial*. Esta orientação considera que o Direito Penal concedia, através deste instituto, um “prémio” ao agente que desistisse da tentativa, regressando, dessa forma, ao direito. Críticas semelhantes à orientação anterior podem também ser feitas em relação a esta, nomeadamente quanto ao desconhecimento pelo agente de que a ordem jurídica o premiará caso desista, pelo que não é essa a razão que influenciará a sua atuação, e ainda quanto ao facto de se considerar que a lei concede um prémio, apesar de não exigir que os motivos da desistência sejam nobres ou meritórios. É de salientar ainda a opinião de Júlio Gomes²⁵, que defende que se deve distinguir entre aqueles que defendem que a isenção de pena é uma retribuição positiva, fazendo assentar o merecimento na decisão voluntária e não nos motivos, e aqueles que a consideram, genuinamente, um ato de graça, para os quais releva não só a desistência voluntária, mas também os motivos da desistência, que revelariam uma vontade criminosa menos intensa, justificando o ato de graça da isenção da pena.

Há ainda quem associe a impunibilidade do desistente à ideia de que a desistência revela uma menor intensidade da vontade criminosa²⁶, pelo que se pode falar de uma diminuição da censura da culpa e uma conseqüente menor necessidade de prevenção especial. No entanto também esta orientação não é perfeita, uma vez que tal fundamentação, se afasta, uma vez mais, da realidade, pois o motivo que leva o agente a desistir não tem a ver com a intensidade da vontade²⁷. Além disso, tem se apontado que esta teoria não está de acordo com as exigências da lei, a qual apenas faz depender a eficácia jurídica da desistência da “voluntariedade” da atuação do agente e não da intensidade da sua vontade. Era, diga-se, errado que o fizesse, pois na maioria dos casos não se pode afirmar que a vontade criminosa do agente era, desde o início, menos intensa²⁸.

²⁴ Críticas feitas por Figueiredo Dias, que defende que independentemente das críticas feitas, ser claro que para esta teoria “o privilégio é político-criminalmente fundado em vista de (...) preservação do bem jurídico”, (2012), p. 728

²⁵ JÚLIO GOMES, “A desistência da tentativa: novas e velhas questões”

²⁶ Neste sentido destacamos BOCKELMANN, “Strafrechtliche Untersuchungen”, p. 181

²⁷ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 729

²⁸ Crítica apontada por Dietrich Lang-Hinrichsen, que lembra que “o perigo e a perigosidade são conceitos que pressupõe uma prognose *ex ante*”, pelo que não se poderá pretender que, no final, o agente se mostrou menos perigoso para justificar a aplicação do privilégio da desistência - DIETRICH LANG-HINRICHSEN «Bemerkungen zum Begriff der “Tat” Im Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)» Festschrift für Karl Engisch zum 70, p. 353 e ss.

Por fim, há uma última orientação que queremos destacar, a qual relaciona a não punibilidade da desistência com a teoria dos fins das penas. Esta parte da orientação anterior, ou seja, da menor intensidade da vontade criminosa, fator este que se relaciona diretamente com a menor perigosidade do agente, concluindo assim que não haveria nestes casos necessidade de aplicação de uma pena, pois verifica-se um regresso ao direito do agente que acabou por contrariar a sua conduta criminosa, retrocedendo na imagem negativa que tinha causado na sociedade. Assim, podemos falar aqui de uma ausência de necessidade da pena quer por razões de prevenção especial, quer por razões de prevenção geral. No entanto há quem discorde desta interpretação, referindo que este pensamento deve ter em conta o caso concreto e as suas particularidades, uma vez que generalizar pode dar azo a uma isenção forçosa de pena, que assenta na presunção (errada) de não perigosidade em todos os casos de desistência voluntária²⁹.

Depois de analisadas todas estas teorias, a conclusão a que chegamos é que não se pode considerar que exista uma teoria única que fundamente a impunidade da desistência voluntária da tentativa. Figueiredo Dias considera que através da convergência de várias teorias, o legislador tomou uma decisão político-criminalmente justificada, a qual resulta, desde logo, de uma “contemplanção unitária e global da tentativa e da sua desistência”³⁰. Este apontamento leva-nos logo a uma primeira conclusão: uma vez que não se pode considerar a desistência de forma autónoma da tentativa, nunca se poderá, mesmo em orientações como a da *ponte dourada* ou da *teoria premial*, deixar de ter em conta a razão de ser da exclusão de pena, que é a dissociação entre o agente e a consumação do seu projeto criminoso, de forma a evitar a lesão de bens jurídico e os interesses ameaçados da vítima. Ora, posto isto, podemos concluir que em todas as teorias analisadas está presente uma consideração político-criminal ligada não só à proteção dos bens jurídicos e dos interesses da vítima, mas ainda ao regresso ao direito e à inversão do perigo. Por essa razão é, hoje em dia, aceite pela maioria da doutrina portuguesa e internacional³¹ que estas orientações não são incompatíveis entre si, sendo que podem, inclusivamente, ser complementares, visto que a fronteira entre elas é, por vezes, ténue e difícil de estabelecer.

Mas e quanto ao modelo da desistência da tentativa em situações de comparticipação? É de se começar por salientar que a solução seguida pelo direito português nesta matéria é

²⁹ Neste sentido, JÚLIO GOMES (1993)

³⁰ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 730

³¹ Remetemos, nesta matéria, uma vez mais para Figueiredo Dias, que afirma que “é esta a orientação na matéria que tende hoje a tornar-se dominante entre nós e lá fora” (2012), p. 732 e Júlio Gomes (1993), p. 13

distinta das soluções encontradas por outras legislações que nos rodeiam, caracterizando-se por ser bastante ampla, ao permitir a atribuição do privilégio da desistência mesmo em situações em que haja consumação.

As razões político-criminais que sustentam esta posição partem da base dos fundamentos e orientações já analisados: procura-se tutelar os bens jurídicos em perigo e os interesses da vítima, através da procura da dissociação entre o agente e a sua atividade criminosa, pelo que se aceita que o privilégio da desistência da tentativa de participação procure, até ao limite, operar a reversibilidade do processo lesivo, a ponto de valorar o comportamento do participante que se esforçou seriamente para impedi-lo, ainda que sem sucesso. Este modelo, tal como faz notar Costa Pinto, não entra em conflito com o sistema participativo, nem com as garantias do sistema penal³².

A maior amplitude de situações abrangidas pela não punição no âmbito da desistência na participação tem como fundamento político-criminal a expectativa de maior proteção do bem jurídico pelo facto de permitir ao participante alterar o propósito da sua atuação e, através de uma contra conduta, procurar impedir a verificação do resultado. É por isso que o legislador opta por valorizar o mérito da sua conduta, ainda que infrutífera, desde que se tenha esforçado seriamente para impedir a verificação do resultado.

3.2. O modelo político criminal do instituto da desistência e a conformidade com o sistema penal português

O fundamento político criminal do instituto da desistência assenta num importante pressuposto: tendo em conta que o nosso sistema penal assenta no facto³³ e na potencialidade lesiva para o bem jurídico tutelado, o arrependimento ou retratação do desistente deve-se concretizar em atos que visem neutralizar a potencialidade lesiva inerente à atuação criminosa que se encontra em curso.

Posto isto, considerando que a ilicitude de uma conduta deve ser analisada tendo em conta interesses constitucionalmente previstos, ao analisarmos a admissibilidade da não punibilidade de certas condutas é necessário fazer uma ponderação sobre a justificação e

³² COSTA PINTO (1992), p. 299, nota 32.

³³ Ao invés de assentar na atitude interior. Esta opção vem consagrada na Constituição da República Portuguesa, nos artigos 27º/2 e 29º/1.

fundamento dessa não punibilidade, tendo em conta a valoração político criminal e os limites do regime geral da desistência, de modo a assegurar a coerência do ordenamento penal.

Existem dois modelos político criminais que cumpre analisar e refletir sobre qual dos modelos segue o nosso ordenamento jurídico. Um dos modelos funda-se na axiologia constitucional, o qual sustenta que, num Estado de Direito Democrático, os princípios que guiam a política criminal em matéria penal advêm da Constituição. Esta tese é defendida por Figueiredo Dias e por Sousa Brito, os quais afirmam que são os valores fundamentais expressos na Constituição que constituem a base dos princípios de política criminal³⁴, focando-se nas garantias do sistema penal.

Outra perspetiva distinta é a que considera que a política criminal é fruto de uma construção histórica de princípios que integram o sistema penal e que, dessa forma, orientam e criam uma unidade sistemática no Direito Penal. Esta conceção, defendida por Roxin³⁵, acaba por se concretizar num modelo político criminal que assenta num pensamento teleológico que tem em consideração a função do Direito Penal e as finalidades das penas. De acordo com a mesma, a desistência é concebida como um momento de “culpabilidade” que apenas tem em conta a teoria dos fins das penas.

O estudo anteriormente feito, no qual se concluiu a importância da sujeição do sistema penal ao respeito por todos os princípios constitucionais a ele inerentes, mostra que o modelo político criminal seguido no Direito Penal português é o modelo fundado na axiologia constitucional, o qual “assenta no princípio da mínima intervenção penal, comporta toda a sua vertente de garantia” e tem em conta a “teoria dos fins das penas (...) e os propósitos fundamentais de tutela de bens jurídicos e dos interesses ameaçados das vítimas”³⁶.

Ora, quando confrontamos o modelo político criminal seguido em Portugal com o regime da desistência, há algumas ideias que vêm à colação e que cumpre, de forma sucinta, analisar. Estas resultam da ideia de construção do sistema penal no contexto de um Estado de Direito Democrático, o qual exige que se respeitem, como vimos anteriormente, todas as garantias penais.

³² SOUSA E BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, p. 199

³⁵ ROXIN, “Política criminal y sistema del Derecho Penal”, p. 34 e 67 e ss.

³⁶ COSTA PINTO (1992), p.132

Assim sendo, a primeira ideia que queremos salientar é a de que o sistema penal baseado no facto e na potencialidade lesiva para os bens jurídicos tutelados pode ser subvertido pelas regras da desistência, uma vez que para que seja aplicado o regime da desistência é necessário que um bem jurídico tutelado esteja em perigo e que a decisão sobre a responsabilidade não seja puramente subjetiva, desvalorizando critérios objetivos.

Outra ideia é a de que, uma vez que as normas sobre a desistência incidem sobre a responsabilidade penal do agente, estas devem ser criadas e interpretadas sempre respeitando os limites que advêm da vertente de garantia do sistema penal. Desta forma, a competência para legislar sobre esta matéria integra a reserva relativa da Assembleia da República, nos termos do artigo 168º/1 c) da Constituição.

No que toca às garantias interpretativas da lei penal, que decorrem do princípio da legalidade e se traduzem no respeito pelo sentido das palavras e a proibição de analogias, também estas se aplicam ao regime da desistência³⁷. Esta ideia faz todo o sentido uma vez que, tal como várias outras normas de Direito Penal, as disposições relativas à desistência contêm conceitos indeterminados, como o de “esforço sério”.

Outro princípio relevante para a nossa discussão é o princípio da imputação pessoal da responsabilidade penal, o qual consagra a inexistência de responsabilidade por facto alheio ao agente. Este princípio é posto em causa quando se tem em consideração um modelo de desistência que se baseia, de forma exclusiva, no “impedimento da consumação”, desvalorizando a relevância de um “esforço sério” independentemente da verificação da consumação. Tal ocorre, também, quando estamos perante situações nas quais o privilégio da desistência tem de ser disputado entre vários intervenientes, situações nas quais a desistência deixa de ser possível por atos alheios ou ainda quando estamos perante normas que estabelecem requisitos que estão fora da esfera de domínio do desistente. Em todos estes casos faz-se depender a obtenção do privilégio da desistência de fatores que são alheios ao desistente, violando assim o princípio da inexistência de responsabilidade por facto alheio.

Por fim, concluímos que o regime da desistência deve ainda ter em consideração quer os princípios da igualdade e da proporcionalidade, quer os princípios de garantia processual,

³⁷ Esta tese encontra bastantes defensores na doutrina portuguesa e internacional. A título exemplificativo veja-se CASTANHEIRA NEVES “*O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*”, Coimbra, 1984, p. 52, COSTA PINTO (1992), p. 138 e HERZBERG, “*Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch*”, p. 327 e ss.

princípios estes que podem ser postos em causa por algumas regras da desistência, principalmente quando tais regras dizem respeito aos regimes de determinados crimes especiais, previstos no nosso Código Penal³⁸.

As justificações para a não punição do desistente carecem também de ser legitimadas no quadro do modelo político criminal aceite. Enquanto para uma pequena parte da doutrina o privilégio da desistência é visto como uma recompensa, um prémio, que por uma ação com valor moral justificaria a não punibilidade do agente³⁹, outros autores justificam a existência de tal instituto com a desnecessidade da punição em razão da teoria dos fins das penas, uma vez que o agente com tal comportamento regressa ao Direito⁴⁰. Quanto à primeira corrente, a qual nos remete para um sistema orientado para o retribucionismo assente na ideia de merecimento do prémio, esta é bastante criticada por parte da doutrina portuguesa⁴¹, opinião essa com a qual também nós concordamos, uma vez que a verificação do privilégio da desistência não deve ser avaliada tendo em conta o mérito da conduta, mas sim de acordo com os pressupostos da desistência.

Também a segunda corrente é bastante criticável uma vez que exige a concretização de critérios que se afastam da modelação legal das normas da desistência e faz a atribuição do privilégio da desistência assentar exclusivamente numa conceção absolutista da teoria dos fins das penas, que incide na ideia de prevenção geral integradora, exigência esta que não encontra legitimidade quer na base do instituto da desistência, quer no seu sentido teleológico. Ainda outra crítica pode ser apontada, nomeadamente por estar em causa uma valoração do agente e uma apreciação de elementos (como o respeito do agente pelo Direito) cuja valoração objetiva e racional para a tomada da decisão judicial se mostra impossível, ao invés de uma valoração do facto⁴². Esta ideia é contrária ao modelo de Direito Penal assente no facto, acolhido pelo nosso ordenamento jurídico⁴³.

³⁸ Sobre esta matéria, de uma forma mais aprofundada v. CAVALEIRO DE FERREIRA, “*Curso de Processo Penal*”, V. I, p. 216, FIGUEIREDO DIAS “*Ónus de alegar e de provar em processo penal?*”, p. 141 e COSTA PINTO (1992), p. 140 e ss.

³⁹ Tese esta bastante discutida por RIBEIRO DE FARIA “*Sobre a tentativa da desistência*” (Separata do v. LVII (1981) do BFDUC), p. 25 e ss.

⁴⁰ Tese apoiada e desenvolvida por ROXIN, o qual defende que deverá beneficiar da isenção da pena o autor que regresse à legalidade por desistir, de forma voluntária da sua atuação criminosa, o que ocorre quando se comporta de forma “irrazoável” aos olhos de um “criminoso frio” e das “regras da profissão criminosa”, uma vez que se mantém fiel ao Direito. In “*Política criminal y sistema del Derecho Penal*” p. 73 e ss, entre nós discutida também por RIBEIRO DE FARIA, Op. Cit., p. 32

⁴¹ “Qualquer construção deste tipo, na medida em que se revela conseqüente para a determinação da responsabilidade penal de alguém, é inaceitável”, in COSTA PINTO (1992), p.145

⁴² É isto que parece ser defendido por RIBEIRO DE FARIA, autor este que ao mesmo tempo que discorda de uma valoração moral dos motivos da desistência, assume que “o que se premeia é precisamente uma “personalidade”” sobre a qual fazemos um juízo moral e “à qual se tem (...) de considerar inadequada a sanção penal” in Op. Cit., p. 30

⁴³ Estas críticas são, entre nós, apontadas por COSTA PINTO (1992), p. 146 e 147

Mas qual é, afinal, a função das normas de desistência e a razão de ser do privilégio concebido ao desistente?

Para responder a tal pergunta, a primeira ideia que se destaca é a de que os artigos 24º e 25º do Código Penal, ao introduzirem a cláusula de “resultado não contido no tipo”, sugerem que se deve priorizar a defesa dos interesses ameaçados em detrimento da responsabilidade por violação de normas penais. Desta forma, o que está em causa é facilitar a dissociação entre o agente e o crime, alargando o leque de situações nas quais a desistência ainda é valorizada, indo assim ao encontro do fundamento político criminal do instituto, já analisado anteriormente⁴⁴.

Levanta-se, então, a questão de saber como se concilia a tese de que o Direito Penal é legitimado pela necessidade de tutelar bens jurídicos fundamentais com a figura da desistência, a qual isenta o agente da pena, apesar de ter já sido criada uma situação de perigo para esses valores.

A resposta a esta questão parece-nos clara: as normas da desistência devem ser tidas como normas que visam a tutela de bens jurídicos e dos interesses ameaçados da vítima, uma vez que nos parece evidente que, ao facilitar a dissociação do agente à atuação criminal, o legislador incentiva que seja o próprio agente a defender os valores em perigo. Desta forma, a desistência, ao tutelar bens jurídicos em perigo através de atos imputáveis ao próprio agente responsável pela criação do perigo, atenua a necessidade e oportunidade da pena, concretizando ainda o princípio constitucional da mínima e útil intervenção penal.

Analisada a *ratio* do instituto da desistência cumpre referir que dela não resulta uma diretiva precisa para a modelação da desistência. Como já referido anteriormente, o modelo de desistência do participante surge da conjugação dos objetivos que se pretendem alcançar e dos limites dogmáticos e político criminais que sustentam o sistema penal.

Assim sendo, e sintetizando tudo o referido anteriormente, a modelação do instituto da desistência deve ser apreciada, então, em primeiro lugar, tendo em conta a função deste regime, nomeadamente permitir uma maior tutela de bens jurídicos ameaçados e dos interesses da vítima. O modelo de desistência do participante deve criar um espaço

⁴⁴ Ideia esta defendida por FIGUEIREDO DIAS (1976) p. 32

amplo de proteção a tais interesses, mas sempre sem desvalorizar os princípios fundamentais do sistema penal. Desta forma, devem respeitar as formas de participação previstas no nosso código penal (nomeadamente nos artigos 26º a 29º), não podendo estar a isenção de pena condicionada a fatores que não sejam, nos termos das regras gerais, imputáveis ao desistente, sob pena de descaracterizar a função político criminal das normas da desistência. Devem, a par disso, respeitar o princípio da imputação pessoal da responsabilidade penal, pelo que não seria admissível uma solução que permitisse que a responsabilidade penal do agente fosse controlada por outros intervenientes.

É, então, de acordo com estes princípios e limites de natureza dogmática e político-criminal que devemos analisar o regime de desistência acolhido nos artigos 24º e 25º do Código Penal.

3.3. Pressupostos da regra da desistência

O artigo 24º exige, sem sombra de dúvida, como pressuposto que a consumação não se verifique e que isso se deva ao próprio agente. Na análise dos pressupostos da desistência, uma prévia distinção carece de ser feita, nomeadamente entre tentativa inacabada e tentativa acabada, uma vez que os pressupostos da desistência variam consoante uma ou outra⁴⁵. Por tentativa inacabada entende-se a atuação do agente que não criou todas as condições indispensáveis à consumação, faltando a realização de um outro ato para a alcançar. Por sua vez, a tentativa acabada é aquela na qual o agente fez tudo o que era objetivamente necessário para que se verificasse a consumação. Apesar de ser o estado objetivo que determina perante que tipo de tentativa estamos, a doutrina geral considera que é indispensável ter em conta a representação do agente sobre a realização do facto, nomeadamente se este considera que já fez tudo o que intentava, tornando possível a verificação da realização do facto.

Olhando, então para os pressupostos da desistência de cada um destes tipos de tentativa, para a desistência da tentativa inacabada apenas se exige como pressuposto a simples omissão da criação das restantes condições imprescindíveis à verificação da consumação.

⁴⁵ Sobre a relevância desta distinção para efeitos da desistência, FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 710

Por outras palavras, basta que o agente abandone a execução do crime, renunciando à prática dos atos que considera necessários para a consumação. Neste caso, por abandono da execução entende-se a renúncia, por parte do desistente, à prática dos atos que, naquele momento concreto, considerasse necessários para a verificação da consumação. Deste modo, como já referido, releva aqui de forma decisiva o ponto de vista do agente. É sobre estes casos que se ocupa o artigo 24º/1, 1ª alternativa.

Por sua vez, no que diz respeito à desistência da tentativa acabada a relevância da desistência é mais exigente, exigindo-se como pressuposto que se verifique um arrependimento ativo, ou seja, uma atividade própria que se traduza em atos idóneos que visem reverter a direção do curso lesivo e impedir a consumação material. Assim, é necessária uma «nova cadeia causal»⁴⁶ com vista ao impedimento da consumação do facto, a efetiva não verificação do mesmo e, por fim, que tal seja imputável ao desistente (ainda que este seja auxiliado por terceiros). É sobre estes casos que se ocupa o artigo 24º/1 2ª parte.

Dúvidas sobre onde se estipula a fronteira limite entre quando se pode considerar a tentativa inacabada ou acabada têm sido levantadas e discutidas pela doutrina. Esta questão relava na prática pois só respondendo à mesma é que conseguiremos definir que atuações são merecedoras da atribuição do privilégio da desistência. Uma possível resposta a esta questão é-nos dada pela «teoria do ato individualizado»⁴⁷, a qual considera a tentativa acabada com cada ato de execução isolado que o agente considere idóneo a produzir a consumação⁴⁸. Assim, esta perspetiva atribui uma importância relevante ao “plano inicial” do agente, ou seja, àquilo que, no início da execução, este considerou necessário para a verificação da consumação.

Outra corrente é denominada por teoria da consideração conjunta⁴⁹. Esta defende que a execução deve ser tida em conta como um todo, sendo que decisivo é o momento do último ato de execução. Assim, a tentativa apenas se considera acabada quando o agente, ao praticar o último ato de execução, considera possível a verificação da consumação. Figueiredo Dias defende que esta teoria “merece preferência, pela maior latitude que concede à desistência em favor da vítima”⁵⁰. Também nós tendemos a concordar com esta

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS (2012), p 740

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS (2012), p 735

⁴⁸ JÚLIO GOMES (1993), p. 101

⁴⁹ Esta corrente é hoje aquela que é dominante, sendo que é defendida e desenvolvida por autores como ROXIN (2004), nº 184 e ss., e JÚLIO GOMES (1993), p. 101

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS (2012), p 736

visão. De facto, o que nos parece realmente relevante é a percepção do agente quando finaliza a sua atuação e não aquilo que ele representava no início do cometimento do facto ou a maior ou menor autonomia de cada ato de execução.

A doutrina e a jurisprudência alemãs têm autonomizado o conceito de tentativa fracassada, o qual se refere aos casos em que o agente desiste da execução do facto porque crê que a consumação já não pode ser alcançada, independentemente de isso ocorrer por razões objetivas ou subjetivas. Quem segue esta orientação, a qual encontra em Roxin⁵¹ um dos maiores defensores, defende que estes casos estão fora do âmbito de isenção de pena por desistência. De facto, nestes casos não se pode falar de voluntariedade e há, por isso, quem chegue a aproximar a tentativa falhada da tentativa impossível, tese esta que é dotada por alguma doutrina portuguesa, como por Maria Fernanda Palma^{52 53}, e que também nós seguimos. No entanto, Figueiredo Dias considera que a figura da tentativa fracassada não releva enquanto figura jurídica autónoma, uma vez que o foco da discussão se centra na distinção entre os casos em que o agente desiste voluntariamente ou os casos em que a desistência voluntária não teve lugar. A posição de Júlio Gomes vai também neste sentido, argumentando, na mesma linha do referido anteriormente, nomeadamente que a delimitação deste conceito se confunde bastante com a de desistência involuntária⁵⁴.

Outro dos pressupostos da desistência é a voluntariedade do abandono da execução. Exige-se que o abandono seja voluntário, no entanto não relevam as motivações do agente, uma vez que, como já estudado anteriormente, a finalidade político-criminal deste instituto, e que justifica a não punição, é, em última instância, a proteção do bem jurídico em perigo. Esta questão da voluntariedade, a qual analisaremos com mais detalhe de seguida, releva também para as situações cuja “consumação ou a verificação do resultado sejam impedidas por facto independente da conduta do agente”, como vem descrito no artigo 24º/2. Nestes casos, o privilégio da desistência será atribuído ao agente que, em primeiro lugar, voluntariamente assumo o papel de desistente e, em segundo lugar, que se esforce seriamente no sentido de evitar a consumação ou verificação do resultado

⁵¹ ROXIN, Op. Cit., nº 187 e ss.

⁵² MARIA FERNANDA PALMA defende que "a tentativa impossível aproxima-se da tentativa falhada pelo agente, apenas se distinguindo daquela na medida em que um facto exterior veio obstar à consumação" – “Da “Tentativa Possível” em Direito Penal”, p. 37

⁵³ FIGUEIREDO DIAS discorda, afirmando que “A distinção entre a tentativa fracassada ou falhada e a tentativa impossível surge como clara e imediata logo ao nível do agente: na primeira, o agente apercebe-se durante a execução da impossibilidade de realizar o facto e por isso o abandona; na segunda o agente acredita durante todo o processo de execução na possibilidade de realizar o facto ilícito-típico intentado.”, (2012), p. 738

⁵⁴ JÚLIO GOMES (1993), p. 62

(ainda que tal ocorra por intervenção de terceiros. Para Faria Costa, significa isto que, desde que salvaguardada a defesa do bem jurídico em perigo, “a ordem jurídica não se importa, nesse sentido, com a forma como aquela preservação foi alcançada”⁵⁵. Isto porque, desde que haja, por parte do agente, uma vontade séria e exteriorizada de procurar evitar a lesão do bem jurídico ou dos interesses da vítima, não estariam presentes os fins da prevenção geral e especial das penas.

Importa lembrar que, nos termos do artigo 24º/1, só a desistência voluntária é que releva para a isenção da pena, sendo que a voluntariedade tem um papel central nesta matéria, tanto que é requisito de todas as formas de desistência da tentativa, inclusive a desistência em caso de participação. Para melhor entendermos este requisito, analisaremos, de forma breve, as duas teorias que procuram dar resposta à questão de saber qual o conteúdo da voluntariedade da desistência. A primeira teoria é designada por teoria psicológica e faz depender a voluntariedade do grau de coação psíquica que a situação na qual o facto ocorreu exerce sobre a liberdade do agente. Desta forma, será voluntária a desistência na qual o agente decidiu livremente por ela e involuntária se o agente tiver sido influenciado pela pressão psíquica criada pelas circunstâncias daquela situação. A segunda teoria é a teoria normativa, que engloba diferentes concepções, a voluntariedade dependerá não só da pressão psíquica, mas também “do merecimento no caso concreto da isenção da pena face ao seu fundamento jurídico próprio”⁵⁶, nomeadamente pelo regresso ao direito.

Estas concepções são, no entanto, alvo de duras críticas⁵⁷, ora por se considerar que uma orientação estritamente psicológica não é possível, ora porque ter em conta o ter em conta o mérito ou demérito dos motivos vai contra os fundamentos do privilégio da desistência, que assenta em razões político criminais ligadas ao regresso do agente à legalidade. A tese defendida pela concepção normativa vai contra uma ideia central e pacificamente aceite pela generalidade da doutrina que é a de que para a voluntariedade não releva a moralidade das motivações que conduzem à desistência. Assim, partilho da opinião de que, ainda que se procure definir regras gerais que delimitem o conceito de voluntariedade⁵⁸, essencial será sempre que a desistência tenha reflexo na atuação do agente e a ele possa ser imputável. Exige-se, então, que o agente detenha o domínio do

⁵⁵ FARIA COSTA (1992), p. 562

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 748

⁵⁷ De destacar as críticas apontadas por FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 748

⁵⁸ JÚLIO GOMES defende, ainda, uma concepção mista, segundo a qual “o conceito de voluntariedade para ser um conceito jurídico-funcional deve apreender realidades psíquicas sob um aspecto ou perspectiva normativos e, consequentemente, há-de ser, ao mesmo tempo, psicológico e normativo”, (1993), p. 65

facto da desistência, sendo *senhor da sua decisão*⁵⁹ e atuando por impulso próprio, ao invés de influenciado por um circunstancialismo exógeno que não permite que lhe seja imputada a desistência, levando, neste caso, a que se considere uma desistência involuntária.

4. Alcance Normativo da Cláusula de Esforço Sérió – art. 25º do Código Penal

O modelo de desistência do participante que é acolhido pelo nosso Direito Penal prevê, como já estudado anteriormente, que o desistente, para que lhe seja concedido o privilégio da desistência, impeça a consumação ou se esforce seriamente no sentido de evitar. Assim sendo, torna-se essencial analisar o alcance e função da cláusula de “esforço sérió”.

Esta cláusula surge pela necessidade de tutelar as situações nas quais a ausência de consumação não era imputável ao desistente, mas, ao mesmo tempo, há uma ação de desistência que não deve ser ignorada, quer porque a atuação do agente desistente em defesa do bem jurídico em perigo ou do interesse ameaçado da vítima vai contra o fundamento político criminal da necessidade da pena, quer porque o afastamento do perigo, através de uma conduta do próprio desistente, coloca em causa o próprio fundamento de punibilidade da tentativa.

Ainda que o conceito de “esforço sérió” não seja estranho a algumas ordens jurídicas, a introdução desta cláusula no Direito Penal português, relativamente à matéria da desistência, apenas ocorre com o Anteprojeto de 1963 elaborado por Eduardo Correia, ainda que exclusivamente para as situações de participação. No entanto, no código penal de 1982, podemos observar uma extensão desta cláusula, uma vez que se encontra também consagrada em situações de autoria singular.

O grande desafio que se coloca é a concretização e determinação do que é um “esforço sérió”, questão esta que não tem encontrado consenso na doutrina nem na jurisprudência. No entanto parece ser pacífico reconhecer que “esforço” é um conceito que nos remete para um juízo de idoneidade objetiva do meio escolhido, juízo este formulado *ex ante*. Já a referência à “seriedade” baseia-se num juízo puramente subjetivo, que parte do ponto

⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 750

de vista do desistente, ou seja, da representação que este faz. Assim, segundo estas duas concepções, estamos perante uma modelação subjetivista da cláusula de “esforço sério”, a qual é, de forma resumida, descrita por Roxin como a exigência de que o desistente adote uma conduta que, do seu ponto de vista, seja idónea para evitar o resultado⁶⁰.

Mas se esta ideia de natureza subjetivista não encontra grandes obstáculos à sua aceitação pela generalidade da doutrina, o mesmo não se pode dizer sobre a discussão que procura definir e interpretar o conteúdo da cláusula de “esforço sério”, havendo duas orientações principais: uma primeira que defende uma ampla interpretação deste conceito, resultando num alargamento das hipóteses que estão abrangidas pela cláusula, uma vez que se tem como referência um “esforço causal mínimo”; outra orientação, bastante acolhida e trabalhada pela jurisprudência, é aquela que defende maiores limitações e exigências, as quais procuram conferir uma maior proteção à defesa dos bens jurídicos em perigo e a valoração da atitude manifestada pelo desistente.

O artigo 25º do Código Penal estabelece, então, o “esforço sério” como condição mínima para que a desistência de um participante seja relevante, sendo que há desde logo uma diferença substancial em relação ao artigo 24º/2 que é a não dependência, no caso de um participante, da ausência de consumação do crime. É a esta solução, que muitos autores consideram uma verdadeira inovação do nosso ordenamento jurídico, que dedicaremos, então, os próximos pontos, procurando definir o conteúdo de tal cláusula e delimitar a fronteira interpretativa entre este conceito e o conceito de “impedimento” da consumação.

Antes de partirmos para a discussão, cabe-nos salientar apenas que não faremos uma distinção entre a construção do conceito de “esforço sério” presente no artigo 24º/2 ou no artigo 25º do Código Penal, uma vez que concordamos com Costa Pinto que defende que, numa perspetiva *ex ante*, a valoração da atuação do agente, seja ele autor singular ou participante, deve ser a mesma uma vez que aquilo que está em causa é sempre a existência de uma agressão em curso que o agente procura fazer fracassar.

⁶⁰ ROXIN (1986) p. 427

4.1. Diferentes construções dogmáticas da Cláusula de Esforço Sérió

Analiseemos, então, as diferentes construções dogmáticas da cláusula de “esforço sério” para a relevância da desistência.

A primeira construção dogmática que cumpre referir é aquela que tem por base a tese do “esforço causal mínimo”, defendida por autores como Lenckner⁶¹. Segundo esta tese, a seriedade do esforço depende das intenções do desistente e da intensidade com que este procura evitar a lesão, não dependendo de um juízo valorativo sobre se aquela era a conduta correta para tal, mas unicamente da representação que o agente fez sobre a idoneidade dos meios utilizados. Esta tese encontra sustento, segundo Lenckner, na necessidade de estabelecer um paralelo com a desistência eficaz, uma vez que nesta a isenção de pena por interrupção do processo causal não está condicionada pela adoção da conduta mais correta, mas, simplesmente, pela não verificação da consumação. Da mesma forma, para este autor, não fará sentido condicionar a relevância do “esforço sério” à adoção da medida mais correta para atingir esse fim.

No entanto, esta tese é bastante criticada pela maioria da doutrina alemã⁶², a qual começa, desde logo, por recusar a ideia de que se deve recorrer unicamente às representações do agente sobre a idoneidade da sua atuação para impedir a consumação. Também nós partilhamos esta visão, uma vez que não nos parece razoável valorar como relevante uma vontade de evitar a verificação do resultado, que seja acompanhada por uma atuação irreal ou manifestamente inidónea para a proteção dos bens jurídicos em perigo. Assim, se não pode ser seriamente considerada uma conduta de sentido contrário à criação do perigo, reconhecer efeitos de isenção de pena a tais comportamentos significaria, nas palavras de Costa Pinto, “prescindir da exigência de proteção destes valores, passando a legitimar-se meras “pretensões de tutela””⁶³. Salientamos ainda que esta tese se mostra contra os fundamentos político-criminais do instituto da desistência, pois não valorizam o ato do agente que vise evitar as consequências, mas, simplesmente, a sua atitude interior.

Uma outra construção dogmática é aquela cuja tese tem por base o sentido ótimo da conduta do desistente⁶⁴. Para melhor entendermos esta tese, é preciso recuar um pouco

⁶¹ LENCKNER, “*Probleme beim Rücktritt des Beteiligten*”, p. 297 e ss.

⁶² A título de exemplo, Vogler “*Rücktritt*” (anotação ao § 24 do StGB) e Eser “*Strafgesetzbuch, Kommentar*” (anotação ao § 24)

⁶³ COSTA PINTO (1992), p 176

⁶⁴ Tese defendida pelos críticos da orientação anterior defendida por Lenckner, já referidos anteriormente

no raciocínio. Jakobs começa por referir que a tentativa acabada cria uma situação de perigo suscetível de responsabilizar o autor pela omissão posterior⁶⁵. Quer isto dizer que, após praticar todos os atos de execução que o agente representa como necessários para a verificação da consumação, surge um momento omissivo, o qual deve ser anulado através da adoção de “medidas ótimas” pelo agente que procure a desistência.

Outro autor cujo pensamento vai também nesta linha é Römer, o qual considera que a cláusula de “esforço sério” tem como função afastar o crime por omissão que decorre da tentativa acabada, com base na ingerência do autor do facto tentado, que assume uma posição de garante perante o bem jurídico⁶⁶. Assim, há duas considerações essenciais para interpretar o conceito de esforço sério. A primeira é que para o cumprimento do dever de garante não basta um “esforço causal mínimo”, mas exige-se antes que o garante adote “medidas ótimas” que sejam mais o aproximem mais do resultado que procura evitar. A segunda é que só as condutas que permitem afastar o “dolo eventual alternativo” em relação ao resultado, nomeadamente aquelas que representam, no plano do agente, uma otimização subjetiva, é que são passíveis de se considerar que o agente desenvolveu um esforço sério.⁶⁷

Podemos facilmente apontar várias críticas a esta tese, as quais levam a que não se possa reconhecer a sua validade dogmática. Desde logo, discordamos da redução dogmática da interpretação da cláusula de “esforço sério” a uma atitude omissiva num momento pós facto que as regras gerais do concurso não autonomizam. De facto, não nos parece lógico reconhecer autonomia ao momento omissivo posterior à tentativa acabada, sob pena de todos os crimes de ação se tornarem omissões⁶⁸. Outra crítica que pode ser apontada é que ao associar diretamente a cláusula do “esforço sério” à anulação da tentativa por omissão, os autores que defendem esta tese não explicam como é que o privilégio da desistência se aplica aos casos de tentativa acabada por ação.

Se já é difícil sustentar esta tese nas situações de autoria singular, reconduzidas ao artigo 24º/2, tal ainda se torna mais difícil quando entramos no campo das situações de comparticipação. À luz do regime do artigo 25º, a interpretação deste conceito tendo em conta a tese da omissão, significaria que o cumprimento do dever de garante criava, no

⁶⁵ JAKOBS, “*Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechenungslehre*” p. 620 e ss.

⁶⁶ Tal como observamos pela análise de Costa Pinto à opinião deste autor, em COSTA PINTO (1992), p. 178

⁶⁷ Do mesmo modo, remetemos tais observações para COSTA PINTO (1992), p. 179

⁶⁸ Seguimos, nesta matéria, as críticas elaboradas por BLOY, “*Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter na der Verhinderung der Tatvollendung*” in *JuS*, p. 531, as quais são também adotadas por HERZEBERG, “*Problemfälle des Rücktritts durch verhindern der Tatvollendung*”, p. 865

agente desistente, um dever de impedir ações de outros, o que vai contra o princípio da imputação pessoal no Direito Penal. Além do mais, esta conceção torna qualquer cúmplice ou coautor em autor omissivo, caso as suas atuações fossem suficientes para criar uma situação de ingerência, a qual dá origem a um dever de garante. Assim, as figuras da cumplicidade por ação e da coautoria ficariam esvaziadas⁶⁹.

Perante a dificuldade em fundamentar a cláusula de “esforço sério”, Bloy e Herzberg⁷⁰ propõem uma abordagem diferente ao tema, partindo do momento de imputação da teoria da comparticipação para tentar encontrar uma interpretação unitária dos conceitos de “impedimento” e “esforço sério”. Ambos os autores concordam que não se deve analisar estes conceitos tendo em conta exclusivamente o resultado da desistência, ou seja, a ausência de consumação, mas sim orientar a interpretação pela observância das características do comportamento do desistente e se estas permitem afirmar que este procurou impedir a verificação do resultado. Olhemos de forma separada para aquilo que cada um destes autores defende.

Para Bloy a discussão prende-se, então, com a necessária verificação da imputação objetiva do impedimento da consumação ou do esforço sério nesse sentido, sendo que recusa a ideia de que uma conduta simplesmente causal tenha relevância para afirmar que o agente tenha impedido a consumação do crime ou se esforçou seriamente nesse sentido.

Por sua vez, Herzberg parte do mesmo princípio defendido pelo autor anterior: para que a desistência seja relevante é necessário que se impute a conduta ao agente, sendo que para tal exige-se que o mesmo domine a atividade de salvaguarda dos bens em perigo e garanta da melhor forma possível o êxito das contra medidas. A isto, Herzberg atribui o nome de “princípio de autoria do impedimento”⁷¹. Esta é uma solução mais restritiva e que se baseia, assim, naquilo a que Herzberg chama de “corretivo de otimalidade”⁷².

É de salientar, entre a doutrina portuguesa, uma crítica apontada por Costa Pinto⁷³ quanto às conceções de Bloy e Herzberg. Para este autor, estas conceções resultam numa “radical e excessiva subjectivização” da conduta do desistente, que tem em conta não o resultado, mas as características do comportamento, o que nada tem que ver com o processo objetivo

⁶⁹ A somar às críticas já apresentadas, na doutrina portuguesa salientamos também estas observações, as quais são feitas por COSTA PINTO (1992), p. 185

⁷⁰ BLOY (1987), e HERZBERG (1989)

⁷¹ *Prinzip der Verhinderungstäterschaft* – HERZBERG (1989), p. 866

⁷² *Korrektiv der Optimalität* – HERZBERG (1989), p. 866

⁷³ COSTA PINTO (1992), p. 195

de defesa do bem jurídico, uma crítica que nos parece bastante válida por evidenciar que estas teses vão contra a política criminal que fundamenta o instituto da desistência.

4.2. Concretização do conceito de “esforço sério”

Feita uma primeira análise dogmática à cláusula que é alvo do nosso estudo, cabe-nos agora olhar para o regime da desistência que vem consagrado no nosso ordenamento penal. O artigo 25º do Código Penal consagra duas alternativas de desistência que conduzem à não punição do agente desistente, nomeadamente através das cláusulas de “impedimento” e de “esforço sério”, no entanto, como percebemos até aqui, várias questões podem ser levantadas quanto ao que distingue as duas cláusulas e quais as exigências inerentes a cada uma delas.

Em primeiro lugar cumpre referir que estas duas cláusulas levantam diferentes questões. Enquanto para o “impedimento”, verificada a ausência de consumação, aquilo a que devemos procurar responder é se tal se pode imputar à atuação levada a cabo pelo participante desistente. Já para a cláusula de “esforço sério”, para além da questão da imputação, há que delimitar este conceito de modo a perceber que condutas o podem preencher.

Estes dois conceitos, no âmbito do artigo 25º do Código Penal, surgem como formas alternativas e autónomas de desistência, o que nos leva, desde logo a afastar a tese de que se deve interpretar o conteúdo das duas cláusulas de forma uniformizada⁷⁴. Tal interpretação, que conduz a que se recorresse à cláusula de “esforço sério” para delimitar materialmente o conceito de “impedimento”, colocava, de forma errada, o foco da questão no comportamento e não no resultado da atuação do desistente, ligando ainda o privilégio da desistência ao mérito da atividade desenvolvida e à atitude interior do desistente.

Quanto à cláusula do “impedimento”, é necessário esclarecer quando é que a ausência de lesão do bem jurídico em perigo se ficou a dever ao desistente, uma vez que para que a desistência seja relevante é necessário que se verifique uma intervenção ativa e voluntária. Figueiredo Dias já se debruçou sobre esta matéria, referindo que o desistente pode recorrer à ajuda de terceiros para evitar a consumação, no entanto é necessária uma

⁷⁴ Tese defendida por Römer e Herzberg, já desenvolvida anteriormente

“atividade própria” que seja suficientemente determinante a fim de considerar que foi o agente desistente que impediu a verificação do resultado⁷⁵.

Para responder a tal questão parece-nos bastante pertinente recuar novamente à tese defendida por Herzberg, a qual associa a autoria do impedimento ao domínio ou condomínio do processo de salvação do bem jurídico, pois só assim se poderá afirmar que a ausência de consumação estava dependente do seu contributo. Esta interpretação está de acordo com o sentido literal da expressão, mas também com uma interpretação negativa decorrente do artigo 24º/2, sendo que, desta leitura conjunta, parece-nos de fácil raciocínio concluir que o impedimento da consumação se imputa ao agente quando a ausência desta não é independente da sua atividade, ou seja, quando o agente não domina o processo de salvamento do bem jurídico em perigo. De facto, só impede algo quem detém um certo domínio sobre a evolução dos acontecimentos e não quem transfere para outrem as probabilidades do seu sucesso ou deixando-o ao acaso.

Esta interpretação do conceito, por fim, vai ainda ao encontro daquilo que são os fundamentos político-criminais do instituto da desistência, já que exige que o desistente procure intervir ativamente no processo de salvação do bem, potencializando a tutela dos bens e dos valores ameaçados.

Tal interpretação evidencia a autonomia dos conceitos de “impedimento” e de “esforço sério”, uma vez que esta interpretação avançada para o primeiro conceito é manifestamente insuficiente para tentar concretizar e preencher o segundo, pelo que não se estende a este. O próprio artigo 24º/2 do Código Penal mostra-nos exatamente isso ao dar relevância à existência de um “esforço sério” do agente nos casos em que este não domina o processo de defesa do bem e, por isso, a consumação não se verificar por facto independente da sua conduta. A diferença interpretativa destas duas cláusulas ainda se torna mais evidente no artigo 25º ao consagrar a hipótese de existir um esforço sério do participante desistente que não domine o processo de defesa do bem jurídico em perigo, chegando até a atribuir o privilégio da desistência nos casos em que os participantes que dominem o facto prossigam na sua execução e o consumam. Assim, ao contrário do conceito de “impedimento”, a interpretação do conceito de “esforço sério” não pressupõe o domínio da atuação do desistente que procure evitar a consumação.

⁷⁵ FIGUEREDO DIAS (1976)

Assim, e concluindo, quanto ao conceito de “impedimento”, não chega que o desistente tenha sido “causal” para a não verificação da lesão, exige-se então uma atividade do desistente para a defesa do bem jurídico ainda que não seja necessário que tenha sido ele que desencadeou o processo de defesa do valor em perigo. Desta forma, para o preenchimento deste conceito basta apenas se o agente atuou no sentido de impedir a consumação e se, durante esse processo, manteve um papel de domínio a fim de neutralizar o risco de insucesso na defesa do bem jurídico em perigo.

Passando agora à cláusula do “esforço sério”, como referimos anteriormente, o que aqui está em causa é perceber que comportamentos podem preencher esta cláusula, sempre tendo em conta a medida do esforço do agente desistente e não o resultado da sua atuação. Trata-se, então, de uma graduação da exigência que lhe é inerente, a qual não deriva da literalidade do próprio conceito. É precisamente por este último ponto que Roxin qualifica o conceito de “esforço sério” como uma “cláusula regulativa”, ou seja, um conceito cujo preenchimento do seu conteúdo não é feito por critérios jurídicos ou extrajurídicos, mas que exige uma concretização judicial posterior que permite decidir caso a caso⁷⁶.

Tal como já analisado anteriormente, a cláusula do “esforço sério” desempenha uma função alternativa no contexto do artigo 25º do Código Penal, não se confundindo com o conceito de impedimento da consumação, mas partilhando o mesmo objetivo fundamental: potenciar a defesa dos bens jurídicos em perigo e dos interesses ameaçados da vítima. É precisamente este objetivo que deve orientar a interpretação do conceito, sendo que o alargamento das possibilidades de desistência relevantes deve ser visto como uma alternativa para prosseguir as finalidades político-criminais que justificam a isenção da pena por desistência⁷⁷.

Na nossa doutrina, já vários autores procuraram definir o conceito de “esforço sério” consagrado nos artigos 24º/2 e 25º do Código Penal. Um desses autores foi Cavaleiro de Ferreira, que associou o conceito de “esforço sério” à “tentativa de dissuadir o executor de levar avante a execução do crime, ou de o convencer a impedir a consumação”⁷⁸, associando à revogação do mandato que vinha prevista no § único do artigo 20º do Código

⁷⁶ ROXIN, “Täterschaft und Tatherrschaft”, p. 115

⁷⁷ Esta tese, como já analisado anteriormente, é corroborada pela justificação histórica que Eduardo Correia (in *Actas* (1963), 12ª Sessão) ofereceu na Comissão Revisora, ao afirmar que o conceito de “esforço sério” vai ao encontro da utilidade político-criminal do instituto ao “evitar que se produzam resultados danosos”.

⁷⁸ CAVALEIRO FERREIRA (1987), p. 293

Penal de 1886⁷⁹. No entanto tendemos a afastar-nos desta conceção uma vez que, ainda que admitamos que o conceito em questão seja passível de englobar as situações em que há uma dissuasão do executor de continuar a agressão, tal comportamento não nos parece suficiente para preencher o tipo o conceito de “esforço sério”. De facto, há uma diferença que deve ser estabelecida entre o regime da revogação de mandato e a cláusula em análise: nesta última, o sentido histórico e o fundamento político-criminal da mesma exigem que se verifique uma conduta, uma contra-atividade que vise o impedimento da consumação, ao contrário da revogação do mandato que apenas se basta com uma manifestação de vontade contrária à execução do crime⁸⁰.

Já Costa Pinto, no exercício de determinação do alcance da cláusula de “esforço sério” no artigo 25º, começa por defender que o participante desistente deve eleger a medida que seja mais idónea ou uma outra que não inutilize aquela⁸¹. Tal tese, que, diga-se, é bastante controversa na doutrina, justifica-se com a própria função da cláusula, que procura assegurar a proteção dos bens jurídicos em perigo, não podendo ter em conta os interesses de autoproteção do desistente. Quer isto dizer que não pode ser aceitável, para efeitos de aplicação do privilégio da desistência, que o participante desistente não opte por medidas que comportem para a sua pessoa um certo risco, preterindo de outras que aumentassem as possibilidades concretas de defesa do bem jurídico em perigo.

Concordamos com esta visão, uma vez que não nos parece que outra faça sentido quando trazidos à discussão os fundamentos político-criminais deste instituto. Poder-se-ia questionar se a exigibilidade de adoção do meio mais idóneo, ainda que isso suporte para si um risco acrescido, não poderia desincentivar a desassociação do participante desistente, no entanto, ainda que se considerasse que sim, a adoção pelo desistente de uma conduta que não seja a mais idónea acabaria, de igual forma, por frustrar o objetivo final do instituto da desistência: potenciar a defesa dos bens jurídicos em perigo e dos interesses ameaçados da vítima, não punindo quem se esforçasse seriamente para evitar a consumação. De facto, se o objetivo da regra é evitar a lesão do bem jurídico e para tal o agente deve demonstrar de forma clara que pretende evitar tal resultado, não fará sentido aceitar que o comportamento do agente seja outro que não o mais idóneo.

⁷⁹ Artigo 20. § Único - A revogação do mandato deve ser considerada como circunstância atenuante especial, não havendo começo de execução do crime, e, como simples circunstância atenuante, quando já tiver havido começo de execução.

⁸⁰ Neste sentido, COSTA PINTO (1992), p. 211

⁸¹ COSTA PINTO (1992), p. 212

De seguida, procuramos responder à questão de saber se se pode exigir ao desistente que, após adotar uma determinada medida idónea para proteger o bem jurídico em causa, mas tendo esta se revelado insuficiente, tome novas medidas. A resposta, para Costa Pinto, é afirmativa, sendo que faz, desde logo, uma ressalva: aquilo que se exige não é que o agente esgote todas as medidas que lhe pareçam idóneas para proteger o bem jurídico em perigo⁸², mas que, sempre que o agente se aperceba da inidoneidade da medida tomada, inicie uma nova contra-atividade com vista ao salvamento do bem jurídico em perigo. O mesmo autor explicita que o que aqui está em causa é, então, uma valoração interior do agente, que sempre que tome consciência do fracasso de uma medida atue em conformidade e adote uma nova medida, não se devendo usar como referência um “terceiro observador” para perceber se a conduta era ou não idónea, uma vez que tal juízo não releva para a questão em análise⁸³. Ora, se nos casos em que o desistente não considere que a conduta seja idónea para a proteção do bem jurídico em perigo, este deve adotar outras medidas, independentemente de um terceiro julgar como idónea a sua conduta até àquele momento, não faria sentido vincular a exigibilidade de novas medidas a este critério.

No entanto dúvidas surgem quanto à validade e eficácia da subjectivização deste conceito, sendo que já Gomes da Silva, na Comissão Revisora alertava para o perigo de considerar admissível tal interpretação⁸⁴. De facto, a nosso ver, ao fazer depender unicamente a seriedade do esforço de um juízo feito pelo próprio desistente sobre a idoneidade da sua conduta, basta que, mesmo que se aperceba da inidoneidade da sua atuação, o agente insista na credulidade da medida por si adotada para que lhe seja atribuído o privilégio da desistência, sendo que a seu favor teria sempre o princípio *in dubio pro reo*. Também Lenckner admite que o perigo de qualquer desistente conseguir alcançar o privilégio da desistência, mesmo nos casos em que não desenvolveu esforços eficazes, com base nesta visão subjetiva de preenchimento do conceito é um perigo real⁸⁵.

Apesar disso, reconhecendo como válidas as dúvidas levantadas e a dificuldade em delimitar o conteúdo deste conceito, concordamos com Costa Pinto quando este afirma que se pode exigir ao desistente, quando este toma conhecimento de que a medida que

⁸² O que tornaria o “esforço sério” num efetivo impedimento da consumação, negando a autonomia das formas de desistência reconhecidas pelo regime dos artigos 24º e 25º do Código Penal

⁸³ COSTA PINTO (1992), p. 214

⁸⁴ *Actas* (1963), 12ª Sessão.

⁸⁵ LENCKNER (1973), p. 306

tomou é insuficiente para proteger o bem jurídico em perigo, que tome novas medidas que lhe pareçam idóneas, sendo que o fundamento para tal radica “na necessidade de intensificação de tutela dos bens jurídicos e na defesa dos interesses ameaçados da vítima”⁸⁶, ou seja, nos fundamentos político-criminais do instituto da desistência. Desta forma, não chega ao agente que quer desistir demonstrar, ainda que de forma clara e evidente, que pretendia proteger o bem jurídico, mas sim que adotou as medidas que considerava idóneas para alcançar efetivamente esse objetivo quando se apercebeu da possibilidade de subsistência do perigo.

Depois de analisadas estas pertinentes questões, procuraremos agora perceber se, posto isto, ainda faz sentido equacionar uma determinação objetiva (e não puramente subjetiva) do alcance do conceito de “esforço sério”. Como já vimos pelas posições dos diferentes autores que analisámos, vários autores defendem uma conceção da exigibilidade de adoção de medidas idóneas baseada exclusivamente na vertente subjetiva, desvalorizando a análise objetiva das medidas. No entanto, na sequência do que estudámos anteriormente, consideramos que o fundamento da desistência e o próprio contexto do artigo 25º conduzem-nos à necessidade de valorar objetivamente a idoneidade do meio eleito pelo desistente que procura proteger o bem jurídico em perigo e, assim, obstar à consumação do facto. De facto, como já referimos anteriormente, a adoção de uma perspectiva exclusivamente subjetiva conduz à possibilidade de atribuir o privilégio da desistência a qualquer agente que procurasse desassociar-se dos restantes participantes, ainda que este não adotasse condutas que, efetivamente, visassem a proteção do bem jurídico em perigo. Tal interpretação mete em causa, inclusivamente, os fundamentos político-criminais do instituto da desistência.

A generalidade da doutrina alemã, quanto a esta questão, tem se mostrado bastante alinhada no sentido de considerar que uma valoração objetiva dos possíveis meios a utilizar pelo desistente deve sempre ser feita tendo em conta os limites de atuação representados pelo agente⁸⁷. No entanto o perigo de sujeitar a interpretação do conceito exclusivamente às representações do agente foi já anteriormente referido e analisado, pelo

⁸⁶ COSTA PINTO (1992), p. 216

⁸⁷ Neste sentido chamamos a atenção para a posição de autores já anteriormente referidos, nomeadamente LENCKNER (1973), p. 297 e BLOY (1987), p. 530

que não podemos consentir com as concepções que apenas tomam como referência as representações do agente, posição esta que encontra apoio na nossa doutrina⁸⁸.

Regressando à opinião de Costa Pinto, este autor defende que o primeiro círculo de valoração da conduta do agente deve ter uma natureza objetiva e assentar num juízo *ex ante*, que terá como referência as possibilidades que o participante tinha a partir do momento em que se inicia a tentativa⁸⁹. Discordamos desta tese, pois não encontramos sustento, quer no artigo 25º, quer nos fundamentos político-criminais que sustentam este regime. Nada no artigo parece restringir a existência de um “esforço sério” às possibilidades de atuação mais idóneas que se verificam no início da execução, antes pelo contrário, o artigo 25º estabelece que o agente se pode esforçar seriamente até que se alcance a consumação material. Interpretar de maneira diferente esta norma poderia significar, em última análise, um não incentivo à desassociação do agente por já ter perdido uma oportunidade mais idónea de atuação.

Desta forma, recusamos a ideia de se exigir um primeiro juízo de natureza objetiva quanto às possibilidades reais e concretas de tutela do bem jurídico em perigo reportado ao início da tentativa. No entanto, reconhecemos a necessidade de intensificar a tutela penal dos bens jurídicos, não permitindo que baste ao desistente um esforço causal mínimo no sentido de evitar a consumação do crime. Assim, defendemos um juízo de natureza objetiva quanto às medidas escolhidas pelo desistente, tendo em conta as concretas possibilidades de tutela do valor ameaçado no momento em que este pretende desistir.

Apresentadas as propostas de interpretação dos conceitos de “impedimento” e de “esforço sério”, cumpre agora analisar a validade do modelo de desistência nos casos de participação, consagrado no artigo 25º do nosso Código Penal.

Olhando para a prossecução dos objetivos político-criminais, o artigo 25º parece-nos acolher uma solução bastante aceitável para a tutela dos bens jurídicos em perigo, ao alargar as possibilidades de desistência às situações de lesão do bem jurídico, através da introdução dos conceitos “consumação” e “resultado não compreendido no tipo”, e ao consagrar a alternatividade das cláusulas de “impedimento” e de “esforço sério”, não fazendo a relevância da desistência depender da ausência de consumação. Desta forma,

⁸⁸ FARIA COSTA (1983), p. 167, afirmando que “é necessário que exteriorize por actos que o seu propósito era (...) evitar a consumação” e, ainda, COSTA PINTO (1992), p. 226 “O primeiro círculo de valoração traçado deve ter natureza objetiva”.

⁸⁹ COSTA PINTO (1992), p. 226

ao não impor limites formais à possibilidade de desistência, favorece-se quer o desistente, quer a vítima, uma vez que há um aumento do leque das hipóteses de atribuição do privilégio da desistência. Há, assim, uma atribuição de maior relevância à atuação do desistente que procura evitar a lesão, ao invés de uma maior valoração da atitude interior do agente, o que iria contra o as exigências de um Direito Penal moldado sobre o facto, como é o nosso. Desta forma, consideramos que o regime do artigo 25º do Código Penal consagra um modelo válido do ponto de vista dogmático e político-criminal, sendo bastante inovador por ter sido pioneiro a nível de direito comparado.

4.3. A delimitação entre o art. 24º e o art. 25º do Código Penal

Como já tivemos oportunidade de estudar, os regimes de desistência previstos nos artigos 24º e 25º do Código Penal são substancialmente diferentes, uma vez que o regime previsto para os casos de comparticipação não faz depender a atribuição do privilégio da desistência da ausência de consumação, sendo essa a distinção mais evidente e, arriscamos dizer, a mais relevante, uma vez que torna o artigo 25º menos oneroso para o desistente que o artigo 24º.

Assim sendo, torna-se essencial delimitar o campo de aplicação de cada um destes regimes, analisando o alcance do conceito de “comparticipação” que vem descrito no artigo 25º. É de opinião geral que o artigo 25º não se aplica a todos os casos de comparticipação, no entanto há algumas divergências na doutrina portuguesa sobre quais os casos de comparticipação que estão abrangidos por este artigo.

O regime do artigo 25º do Código Penal tem como fonte imediata o Anteprojeto de Eduardo Correia. Na Comissão Revisora do Código Penal ficou desde logo assente que o regime que se discutia tinha âmbitos distintos, sendo que uma primeira parte era destinada ao autor singular, enquanto o restante seria aplicado aos casos de comparticipação. No entanto, não conseguimos de forma clara e sem dúvidas perceber quais as figuras da comparticipação que, para Eduardo Correia, estavam abrangidas pelo regime do artigo 25º.

Analisando a resposta de Cavaleiro de Ferreira a esta questão, este autor começa por esclarecer que, do seu ponto de vista, todos aqueles que participam na tentativa, seja como

autores imediatos, mediatos ou cúmplices, são comparticipantes⁹⁰. De seguida, refere que apenas estão abrangidos pelo regime do artigo 25º os autores morais (nos quais se inclui os instigadores e autores mediatos) e cúmplices, deixando de fora os co-autores. Tal posição justifica-se com o facto de os autores morais e cúmplices, por não cometerem atos de execução, não poderem “desistir” da prossecução da desistência, possibilidade que os co-autores materiais detêm, daí a diferença na exigência entre o regime do artigo 24º, que faz depender a relevância da desistência da não verificação de consumação material, e o artigo 25º, que já não tem como requisito fundamental a suspensão da execução.

Discordamos desta posição uma vez que não concordamos com a interpretação do artigo 25º no sentido de considerar que deste se pode retirar que todos aqueles que praticam atos de execução estão fora da abrangência desta norma. Olhando para este artigo, percebemos que apesar de, contrariamente ao artigo 24º, o legislador não fazer referência à forma de desistência que consiste em não “prosseguir na execução do crime”, tal não pretende excluir aqueles que praticam atos de execução, mas abranger neste regime aqueles que não os praticam. Até porque, em inúmeras situações, a prática de um ato de execução pode não coincidir com a consumação do crime, pelo que a suspensão da execução desse facto não basta para obstar à consumação. Há, então, que analisar o poder que os agentes têm sobre o facto, não estabelecendo um critério que tenha simplesmente a ver com o estatuto do executor e não do facto.

Analisando agora a posição de Costa Pinto, este autor começa por esclarecer que a análise do sistema de comparticipação presente no nosso direito penal deve ser feita por referência a dois pontos de partida. O primeiro é tendo em conta a *teoria do domínio do facto*⁹¹. Segundo esta teoria, há um domínio positivo quando o agente tiver o poder de fazer evoluir a progressão lesiva e um domínio negativo quando apenas detém o poder de interromper ou frustrar a progressão lesiva⁹². Em segundo lugar devemos ter em conta que a grande diferença entre o artigo 24º e o artigo 25º advém da distribuição do “*risco de insucesso da desistência*”⁹³. O artigo 25º vem para evitar que o desistente suportasse todo o risco do crime se consumir, sob pena de se responsabilizar pela atuação dos

⁹⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA (1987), p. 319 ss

⁹¹ COSTA PINTO (1992), p. 261

⁹² Vários autores se debruçaram já sobre a distinção destes dois conceitos, destacamos ROXIN (1984), p. 311

⁹³ COSTA PINTO (1992), p. 267

comparticipantes não desistentes, mesmo atuando em sentido contrário destes (procurando evitar a consumação do delito).

Ora partindo destes pontos, e tendo em conta que o regime da desistência presente no artigo 25º do Código Penal consagra uma distribuição do risco de insucesso da desistência de forma diversificada, ao não condicionar a relevância da desistência pela ausência de consumação, Costa Pinto afirma que nos casos em que o agente exerce um domínio positivo sobre a consumação é-lhe imputado o risco de insucesso da desistência, pelo que não deve ser aplicado o regime do artigo 25º, mas sim o regime do artigo 24º. Assim, o artigo 25º aplica-se aos desistentes que “não tenham anteriormente exercido um domínio positivo exclusivo ou igualmente repartido, sobre a lesão do bem jurídico tutelado”⁹⁴, regime mais benevolente uma vez que o do artigo 24º não admite a não punição em todos os casos nos quais se verifique a consumação do crime.

A primeira conclusão a que chegamos é que, então, seguindo esta linha de pensamento, não é suficiente apurar se o desistente se encontra numa situação de participação, mas se a execução e o seu sucesso dependem apenas do agente desistente ou não. Desta forma, o regime do artigo 25º aplica-se ao instigador ou cúmplice, uma vez que não detêm o domínio positivo da consumação, mas afasta-se a sua aplicação ao autor que detém um domínio positivo de forma exclusiva, ao qual se aplica o regime do artigo 24º.

Se é claro que a autoria imediata cabe, perante o exposto, no regime do artigo 24º, quanto à autoria mediata a questão não é tão consensual. Costa Pinto, na linha daquilo que é defendido também por Roxin⁹⁵, considera que neste tipo de autoria o domínio positivo da ação não pertence ao executor, que é mero instrumento, mas sim ao autor mediato. Desta forma os atos de execução, ainda que praticados por outro autor, são imputados ao agente cuja vontade se sobrepõe à do executor material, o qual continua a deter o domínio positivo da criação de perigo, fazendo recair exclusivamente sobre si o risco de insucesso da desistência⁹⁶. Assim sendo, quer a autoria imediata como a mediata, para Costa Pinto, devem ser integradas no artigo 24º.

No entanto, Figueiredo Dias discorda desta conceção, uma vez que não concorda que a relevância da desistência seja distinguida consoante o homem da frente fosse ou não punível. Para este autor, a autoria mediata está abrangida pelo regime do artigo 25º, uma

⁹⁴ COSTA PINTO (1992), p. 269

⁹⁵ ROXIN (1984), p. 272 e ss.

⁹⁶ COSTA PINTO (1992), p. 276

vez que “também os participantes não puníveis são participantes para efeitos do art. 25^o”⁹⁷.

Quanto à coautoria, Roxin começa por defender que nesta forma de autoria há um domínio sobre o sucesso do facto, uma vez que se um dos coautores não colaborar, o sucesso da execução fica comprometido⁹⁸. No entanto, para Costa Pinto, a coautoria traduz-se num domínio negativo e não positivo, uma vez que apesar da sua intervenção ser essencial para a totalidade do facto, apenas executa uma parte parcial, a que corresponde o seu contributo⁹⁹. Podemos dizer, então, que o coautor detém o domínio positivo do seu contributo, mas o domínio negativo da consumação do crime.

Mas esta questão é, na opinião de Costa Pinto, autor que se debruça de forma mais exaustiva sobre esta matéria, mais complexa, devendo nós ter em consideração se estamos perante uma coautoria dependente ou complementar, uma vez que a resposta terá influência na aplicação do regime da desistência. Ora, no caso de estarmos perante um coautor que não detém um domínio positivo da consumação, uma vez que apenas contribui para uma parte da execução, a este deve ser aplicado o regime do artigo 25^o, enquanto ao “verdadeiro autor”, aquele que pratica os atos descritos no tipo, deve ser aplicado o regime do artigo 24^o, uma vez que é este quem suporta o risco do insucesso da desistência. Estes são os casos de coautoria dependente¹⁰⁰.

Por sua vez, há outras situações de coautoria nas quais ambos os agentes exercem, ainda que de forma repartida e não exclusiva, um domínio positivo sobre a consumação. Nestas situações a conduta de um dos autores, por si só, não será suficiente para consumir o crime, razão pela qual são designadas por coautorias complementares. Nestes casos, como a ambos os autores é atribuído o domínio positivo sobre a consumação e o domínio negativo sobre a idoneidade da execução, deve ser aplicado a ambos o regime do artigo 24^o.¹⁰¹

⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 844

⁹⁸ ROXIN (1984), p. 275

⁹⁹ COSTA PINTO (1992), p. 278

¹⁰⁰ Costa Pinto defende que, por um lado, nas situações de coautoria dependente, o papel desempenhado pelo agente que não detém o domínio positivo sobre a consumação do facto não é verdadeiramente uma forma de autoria, pelo que nestes casos se justifica a aplicação de um regime diferente daquele que é aplicado ao verdadeiro autor. COSTA PINTO (1992), p. 281

¹⁰¹ Ainda para o mesmo autor, quanto às situações de coautoria complementar, por haver um domínio positivo e negativo sobre a consumação do facto repartido pelos agentes, podemos qualificar estes casos como formas de autoria e devemos aplicar a ambos os agentes o mesmo regime. COSTA PINTO (1992), p. 282

No entanto, uma vez mais, Figueiredo Dias discorda desta posição, afirmando que, mesmo admitindo que as exigências da relevância da desistência podem ser diferentes nos dois casos referidos, a qualquer um deles se aplicará o regime do artigo 25º¹⁰².

Cumprido, posto isto, concluir que Figueiredo Dias defende que o artigo 25º tem como destinatário a totalidade dos participantes no mesmo facto, sejam eles autores ou autores e cúmplices. No entanto, tendemos a seguir uma posição que vai mais ao encontro daquilo que defende Costa Pinto, nomeadamente procurando ter em conta a existência ou não de um domínio positivo sobre a execução e a respetiva distribuição do risco de insucesso da desistência.

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS (2012), p. 846

Conclusão

A desistência consiste numa causa pessoal de isenção da pena. Este instituo levanta variadíssimas e complexas questões, as quais atravessam todas as temáticas, desde o seu fundamento, ao alcance das suas cláusulas, passando pela concretização dos seus pressupostos. Foi a estas questões que procurámos debruçar-nos neste nosso estudo.

Como vimos, não existe nenhuma teoria única que nos permita identificar qual o fundamento da impunidade da desistência da tentativa, no entanto, comum a todas elas, está a certeza de que o fundamento político-criminal do instituto da desistência assenta no incentivo à dissociação entre o agente e a consumação do seu projeto criminoso, procurando, dessa forma, evitar a lesão de bens jurídicos e dos interesses da vítima. É a partir desta conclusão que devem ser interpretadas as normas da desistência.

Em concordância com o referido, ao atribuir o privilégio da desistência ao agente que atue nas situações em que já ocorreu a consumação formal, mas não a consumação material, o nosso Direito Penal alarga os limites da desistência possibilitando uma maior tutela dos bens jurídicos em perigo, indo ao encontro do fundamento político-criminal do instituto.

Salientamos, no entanto, que apenas a desistência voluntária releva, sendo a voluntariedade a verdadeira essência do instituto da desistência e não um mero requisito. Esta voluntariedade exige que a desistência seja obra pessoal do agente, sem o qual não faz sentido falar de um “regresso ao direito” e da “reversibilidade do processo lesivo”, que estão na base da atribuição do privilégio da desistência.

O Código Penal português prevê um inovador regime diferenciado de desistência, sendo que a distinção fundamental entre ambos consiste no facto da relevância da desistência em casos de autoria singular depender sempre da ausência de consumação do crime, contrariamente aos casos de desistência em situação de participação nos quais o privilégio é atribuído mediante “impedimento da consumação” ou existência de um “esforço sério”, o qual não está dependente da ausência de consumação.

Definir "esforço sério" foi um dos grandes focos do nosso estudo. Ainda que a concretização desta cláusula esteja longe de ser consensual, arriscamos definir, de forma muito sucinta, “esforço sério” como toda a conduta, ativa ou omissiva, que entre aquelas

que o agente dispõe para tutelar o bem seja, segundo um juízo objetivo tendo em conta as concretas possibilidades de tutela do valor ameaçado no momento em que este pretende desistir, a mais idónea para proteger os bens jurídicos em perigo.

A última nota vai para a delimitação do campo de aplicação de cada um dos artigos da desistência, questão fundamental uma vez que sendo a desistência uma causa pessoal de isenção de pena, não se estendendo a atribuição do privilégio aos restantes participantes. Sobre esta matéria, depois de tudo o estudado, seguimos a posição que defende que a delimitação entre o artigo 24º e 25º deve ter em conta a existência, ou não, de um domínio positivo sobre a lesão do bem jurídico. Assim, caso este domínio positivo, seja exclusivo ou igualmente repartido, aplica-se o regime do artigo 24º. Caso não se tenha verificado tal domínio, aplica-se o regime do artigo 25º. Não é suficiente, portanto, apurar se o desistente se encontra numa situação de participação, mas se este detém o domínio positivo da consumação, correndo do seu lado o risco de insucesso da desistência.

Concluimos, por fim, afirmado que o regime da desistência consagrado no ordenamento jurídico português, ainda que não seja perfeito e levante várias questões para as quais a resposta não seja clara, é uma solução digna de um Direito Penal que procura, acima de tudo, a proteção dos bens jurídicos e dos interesses das vítimas.

Bibliografia:

- ACTAS (1963): *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, AAFDL, Lisboa, 1979.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.
- ANDRADE, Manuel da Costa – “Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea” in *ROA*, Lisboa, 1984.
- BLOY, “Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter na der Verhinderung der Tatvollendung” in *JuS*, 1987.
- BOCKELMANN, Paul, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, O.Schwartz, 1957.
- BRITO, J. de Sousa e - “A Lei Penal na Constituição” in *Estudos sobre a Constituição* (coordenação de Jorge Miranda), 2º Vol, Petrony, Lisboa, 1978.
- CARVALHO, Américo Taipa de - *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*, 2ª ed, Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, reimp., Coimbra: Almedina, 2007-2008.
- COSTA, José de Faria – “As formas do crime” in *Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal português e legislação complementar*, CEJ, Lisboa, 1983.
- COSTA, José de Faria – *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal – Formas especiais de aparecimento da infracção penal* (sumários e notas das lições ao curso complementar de ciências jurídicas de 1975-76), policopiado, Coimbra, 1976.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro” in *ROA*, ano 43, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Editora, 2012.
- FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a tentativa da desistência* (Separata do v. LVII (1981) do BFDUC), Coimbra, 1982.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Verbo, Lisboa, 1987.
- FONSECA, Jorge - *Crimes de empreendimento e tentativa. Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português*, Almedina, Coimbra, 1986.
- GOMES, Júlio - *A desistência da tentativa: novas e velhas questões*, Aequitas: Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
- GONÇALVES, Manuel Maia - *Código Penal Português Anotado e Comentado - legislação complementar*, 18.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- HERZBERG, Rolf D. - “Problemfälle des Rücktritts durch verhindern der Tatvollendung”, in *NJW*, 1989.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechenungslehre*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1983.
- LENCKNER, Theodor – “Probleme beim Rücktritt des Beteiligten” in *Festschrift für Wilhem Gallas*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1973.
- PALMA, Maria Fernanda - *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Almedina, 2006.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - *A relevância da desistência em situações de participação*, Coimbra: Almedina, 1992.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*”, Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Viert Aufl. Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1984.
- ROXIN, Claus, Anotação à sentença do B.G.H. de 5/12/85, in *JR*, 1986.
- ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Lisboa, Vega, 2004.