



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Elisabete Fernanda Silva Ferraz

Desistência: causa pessoal de isenção da pena?

O caso especial do artigo 24º do Código Penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Professora Doutora Susana Aires de Sousa

Coimbra, 2015

Agradecimentos

Ao longo do meu percurso académico sempre tive o apoio necessário para me manter num bom caminho e, como tal, gostava de agradecer em primeiro lugar aos meus pais, pela paciência e apoio de uma vida, aos restantes familiares, e aos meus amigos mais próximos que sempre me ouviram, apoiaram e incentivaram quando precisei.

Queria agradecer em especial à Dra. Susana Aires de Sousa (a minha orientadora), por nas aulas de Mestrado de Ciências Jurídico-Forenses me conseguir cativar para a área do Direito Penal, pela disponibilidade, incentivo, apoio e simpatia que sempre demonstrou nas nossas conversas.

A todos, obrigado!

Resumo

A desistência do art. 24º do C.P. respeita a casos de desistência do autor imediato, como tal, mesmo em situações de comparticipação, se estivermos perante um autor imediato que desiste e um cúmplice, terá aplicação o art. 24º do C.P.

A desistência tem como efeito a não aplicação de uma pena quando verificados os requisitos legais, pois retira dos elementos constitutivos do crime a punibilidade, que por sua vez retira a dignidade penal do facto que é praticado por determinado autor imediato.

Neste caso de comparticipação do art. 24º do C.P., o que restaria e o que muitos autores ainda defendem, ou que com as definições que atribuem ao instituto da desistência não conseguem chegar a uma outra conclusão, seria a aplicação de uma pena ao cúmplice. Ou seja, no fim da aplicação do direito penal punia-se unicamente o cúmplice, que é simplesmente um auxiliar da prática de certo crime, cúmplice esse que para existir e ser punido como tal necessita que haja alguém que possua o domínio do crime, um autor (relação de acessoriedade).

Esta dissertação terá como objetivo chegar a uma conclusão que vai no sentido oposto, no sentido de poder retirar também a dignidade penal da conduta do cúmplice.

Lista de siglas e abreviaturas

AO – Abgabenordnung

A.R. – Assembleia da República

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

C.P. – Código Penal

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

Cfr. – Confrontar

C.J. – Coletânea de Jurisprudência

P.R. – Presidente da República

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Índice

1. Introdução	6
2. As primeiras situações de isenção da pena derivadas da desistência e a teoria do mandato.....	9
3. Fundamento jurídico assente na desistência	13
3.1. Fundamento político-criminal e constitucional.....	13
3.2. As teorias jurídicas.....	15
3.3. Teoria da ponte de ouro.....	16
3.4. A teoria da indicição.....	18
3.5. Teoria da compensação pela culpa.....	19
3.6. Teoria do perdão/ premial/da graça.....	21
3.7. Teoria dos fins das penas e a teoria dos fins das penas modificada.....	22
3.8. O requisito da voluntariedade na desistência	24
3.8.1. O conceito de voluntariedade	24
3.8.2. A interpretação do requisito da voluntariedade dada pela Jurisprudência.....	26
4. A desistência como um corpo estranho no Direito Penal	28
5. A incidência da desistência nos elementos constitutivos do crime	31
5.1. O critério sistemático e o critério teleológico	31
5.2. A tipicidade e ilicitude	31
5.3. A culpa	34
5.4. A punibilidade.....	34
6. Desistência: causa (pessoal) de exclusão da pena?.....	37
6.1. A noção de causa pessoal de exclusão da pena.....	37
6.2. O problema dos efeitos da desistência do autor imediato em casos de cumplicidade.....	37
6.3. A acessoriedade da cumplicidade	40

6.4. Dignidade Penal e Desistência	42
7. O caso especial do artigo 28º do C.P. nas situações do artigo 24º do C.P.....	48
7.1. Âmbito de aplicação do art. 28º do C.P. Análise sucinta.....	48
7.2. A aplicação do artigo 24º do C.P. aos casos do art. 28º do C.P.....	51
8. Conclusão.....	53
Bibliografia	56
Jurisprudência	59

1. Introdução

A presente dissertação tem como tema “Desistência: causa pessoal de isenção da pena? O caso especial do artigo 24º do C.P.”, e foi elaborada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, no Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses.

A dissertação encontra-se estruturada em cinco grandes temas.

O primeiro grande tema desta dissertação respeita aos primeiros casos de impunidade que surgiram no âmbito do Direito Penal, as primeiras situações em que se aceitou que ao agente de um crime não lhe fosse atribuída uma punição. Essas primeiras situações, como se verá, reportavam-se a casos em que as normas visavam defender os bens jurídicos relacionados com o Estado, ou seja, bens jurídicos de interesse público.

Quanto ao segundo tema, tem como objetivo determinar qual o fundamento jurídico assente na desistência. Numa fase inicial tentar-se-á enquadrar a desistência numa perspetiva constitucional, e de seguida, já mais numa perspetiva relacionada com o âmbito do Direito Penal, já dentro do modelo político-criminal que se tem por base, determinar qual a razão de ser do Direito Penal permitir a um agente que, até certo momento demonstrava uma conduta dirigida à lesão de um bem jurídico, quando cumpridos os requisitos impostos por lei (dos arts. 24º e 25º do C.P.), não lhe aplica pena. Existem várias teorias que foram aparecendo ao longo dos anos, e são algumas dessas teorias que irão ser mencionadas, bem como o porquê de hoje, muitas delas, não serem aceites, e qual é a que justifica o instituto da desistência na atualidade.

Depois desta reflexão sobre o fundamento em que reside a desistência, surge um outro tema intitulado “A desistência como um corpo estranho no direito”. Para além da desistência não apresentar unanimidade quanto à sua *ratio*, existe quem defenda, que por todas aquelas divergências quer a nível de fundamentos, interpretação de conceitos, entre outros, e que de acordo com a consagração legal daquele instituto, a desistência consiste num corpo estranho ao direito, como tal, deveria ser sujeita a uma nova formulação legal para poder acabar com toda aquela problemática que veio surgindo ao seu redor.

Um outro tema visa esclarecer sobre qual elemento constitutivo do crime a desistência atua. Para poder responder à questão do tema desta dissertação, importa perceber em que fundamentos assenta a desistência, entender a sua razão de existir, e de que forma ela interage com os elementos constitutivos do crime. Para que haja um crime é necessário que estejam preenchidos uma série de elementos, atribuindo desta forma dignidade penal ao facto praticado. O crime é constituído pela culpa, a ilicitude, a tipicidade e a punibilidade, e a doutrina vem divergindo, dizendo, ou que a desistência releva no âmbito da culpa, ou quanto à ilicitude, ou quanto à punibilidade. A posição que cada autor defende em muito se relaciona e reflete com a teoria que aceita para fundamentar a desistência. Existe uma interligação entre, por exemplo, quem defende que a desistência atua sobre a culpa e as teorias jurídicas subjetivas.

Na quinta parte, pretende-se perceber quais as consequências de se aceitar a desistência com causa pessoal de isenção da pena, ou simplesmente como forma de excluir a dignidade penal do crime, ou se de alguma forma se pode estar perante estas duas fórmulas. Será de salientar a relação que se estabelece entre um autor e o cúmplice, a chamada acessoriedade (em especial, a acessoriedade dita qualitativa ou interna). Esta questão para além da relevância teórica, tem importantes efeitos práticos, pois levará a situações de punição ou não de certos agentes, consoante a resposta que será dada. Em análise estará, principalmente, a desistência do art. 24º do C.P., mais propriamente a situação em que se está perante um caso de comparticipação, com um autor imediato e um cúmplice, e há desistência por parte do autor imediato. Quais as consequências/ efeitos desta desistência para o cúmplice? Será que pode aproveitar de alguma forma ao cúmplice a desistência do autor imediato, não sendo aquele punido? Para tentar responder a estas questões recorrer-se-á aos conceitos de punibilidade, dignidade penal e à teoria do domínio do facto (que permite hoje diferenciar o conceito de autoria e participação).

A sexta parte destina-se àqueles casos especiais que são tratados pelo art. 28º do C.P.. Aqui, pretende-se determinar qual o âmbito de aplicação deste artigo e se a resposta dada anteriormente ainda se mostra possível na aplicação nos casos dos crimes específicos.

Por fim, na conclusão, tentar-se-á justificar a posição tomada relativamente ao caso que se pretende resolver do art. 24º do C.P. (a situação de comparticipação em que o autor imediato desiste, mas não o cúmplice).

Esta será a base que irá ser desenvolvida nos capítulos seguintes.

2. As primeiras situações de isenção da pena derivadas da desistência e a teoria do mandato

Em 1810, o Código Penal francês, aceitou na sua parte especial, normas que por motivos político-criminais justificavam a isenção da pena a quem preenchesse os seus requisitos. Não consistiam em normas de aplicação geral a todos os crimes, mas apenas a determinados casos isolados (que se encontravam na parte especial).

Estas soluções surgiram para proteger os interesses públicos, ou seja, beneficiavam aqueles que permitiam manter a segurança dos bens jurídicos do Estado. Seriam casos desta solução os artigos relativos aos crimes de falsificação de moeda e os crimes de contrafação de moeda, que permitiam a isenção de pena a quem denunciasse os autores e revelasse os factos às autoridades¹. A ideia de proteção de bens jurídicos estaduais remonta aos tempos do Direito Romano, em que já era admitida e reconhecida a forma de desistência conducente “à impunidade em “crimes de lesa-majestade””². (Esta relevância da proteção dos interesses dos Estado ainda hoje se mantém, nomeadamente no art. 327º do C.P., em que o atentado é em si uma consumação da lesão do bem jurídico que a norma visa proteger, ou seja, quem atentar, por exemplo, contra a vida do P.R.. Surgindo assim, neste caso, a tentativa equiparada à consumação³.)

Contudo, o problema da desistência deixou de ser apenas visto para determinadas situações especialmente previstas, assumindo importância autónoma com a teoria do mandato, que teve relevância durante todo o século XIX. Alguns autores defendiam tratar-se de uma teoria demasiado civilista dado ao recurso da figura do mandato, outros aceitavam-na pois defendiam a figura do mandato como figura possível no direito penal.

A teoria do mandato aplicar-se-ia a situações de comparticipação, permitindo a desistência do mandante (e como tal não sendo punido), que revogava o seu mandato,

¹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 8 e 9.

² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Coimbra Editora, 1992, página 9 (nota 4).

³ FONSECA, Jorge Carlos de Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, páginas 123 e 124 (nota 124).

dando conhecimento disso ao mandatário, anterior à execução do crime⁴. Porém, tratava-se duma solução que não abrangia todas as formas de participação. Permitia anular “o primeiro evento da autoria moral ou da cumplicidade moral: a determinação do autor material de cometer o crime”⁵.

No Código Penal português de 1852, não existia um regime geral para a desistência dos participantes como no Código Penal atual, bastando-se com as normas na parte especial direcionadas à proteção de interesses públicos e, no seu art. 7º, uma “regulamentação genérica da desistência da tentativa, recortada negativamente na previsão da norma”⁶. Notada esta lacuna penal⁷, surgiu o problema do mandato poder ser revogado ou não, e em que medida interferia com a pena a aplicar ao mandante.

Disponha o art. 20º do Código Penal de 1886 (que originou várias divergências doutrinárias⁸) que o mandante gozaria de uma circunstância atenuante especial (cfr. art. 50º do Código Penal de 1886), se ainda não havia tido início a prática de atos de execução, ou gozaria de uma simples circunstância atenuante, se já tivesse havido começo da execução. Este artigo não se aplicaria a situações em que o mandato era eficaz, pois nessas hipóteses, o mandante conseguira dar conhecimento ao mandatário da revogação do mandato, antes do início da execução, anulando a determinação do autor material em cometer o crime, não havendo a prática de quaisquer atos de execução. O que acontece com a revogação eficaz é que a intenção de cometer um crime não é suficiente para poder aplicar uma pena. Seria preciso uma forma de exteriorização dessa vontade (que se mostra através da prática de atos de execução ou de atos preparatórios que já são punidos por lei) ainda que numa tentativa inacabada ou acabada⁹. A sua aplicação era antes dirigida à revogação ineficaz, situações em que o mandatário prosseguia com a execução que havia sido determinada,

⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 8, 11 e 12.

⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, II Penas e medidas de segurança*, Reimpressão da edição de Janeiro de 1989, Lisboa, Almedina, 2010, página 431.

⁶ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, página 19.

⁷ Lacuna notada por Levy Maria Jordão, num comentário ao Código Penal, em 1853.

⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 20 a 25.

⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, II Penas e medidas de segurança*, Reimpressão da edição de Janeiro de 1989, Lisboa, Almedina, 2010, página 431.

levando à tentativa ou consumação. A revogação ineficaz poderia acontecer quer antes do início da prática dos atos de execução, quer já depois de lhes ter sido dado início. Opiniões divergentes foram surgindo, e defendia Levy Maria Jordão como Abel Pereira do Valle, que na hipótese do mandante revogar o mandato, dando conhecimento ao mandatário, antes do início da prática dos atos de execução, não deveria aquele (mandante) ser punido, uma que vez que no máximo, até àquele momento, apenas teriam sido praticados atos preparatórios (e por eles só seria punido se expressamente prevista a punibilidade desses atos preparatórios na lei). Por seu turno, Cavaleiro de Ferreira sustentava que na situação anterior, deveria o mandante ser punido (com uma pena especialmente atenuada) uma vez que esta revogação seria uma circunstância que se ligava ao elemento subjetivo do crime, mas não em forma de dolo, mas de culpa. O mandante responderia pela culpa que teria em pelo menos ter dado causa àquele acontecimento.

Outro problema se colocava quando se falava no excesso de mandato. Este problema dizia respeito a situações de comparticipação que envolvessem autores morais ou co-autores materiais. Encontrava-se regulada no art. 21º do C.P. de 1886. Excesso significaria que o mandatário cometera um crime mais grave do que aquele que o mandante tinha em vista, verificava-se uma divergência de vontades entre o autor moral e o autor material. Perguntava-se se nestes casos deveria o autor moral ser punido pelo crime praticado pelo autor material que excedia o crime idealizado por aquele. A resposta seria dada pelo princípio geral de direito penal, presente no art. 29º do C.P. atual, de que cada participante é punido de acordo com a sua própria culpa¹⁰.

Esta problemática e discordância vieram então a ser resolvidas com o Código Penal que se encontra atualmente em vigor, o Código Penal de 1982¹¹. A previsão legal das situações de desistência em casos de comparticipação foi autonomizada no novo Código Penal, uma vez que, o anterior seguia a estrutura do Código Penal francês de 1810, onde se previa a desistência como elemento negativo da tentativa (devido a uma interpretação literal que se fazia, caso na mesma norma relativa a tentativa também se referisse a desistência, esta seria vista como elemento negativo da tentativa).

¹⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, II Penas e medidas de segurança*, Reimpressão da edição de Janeiro de 1989, Lisboa, Almedina, 2010, páginas 432 e 433.

¹¹ Aprovado pelo Decreto-lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.

A dissociação entre a desistência e a tentativa torna-se importante, dado que se deixa uma interpretação literal das normas para se passar a um problema que se decide com critérios de sociologia jurídica e política criminal. Com isto, concluía-se, que o abandono por parte do agente da prática do crime, não significaria uma afetação da existência do facto tentado, antes poderia levar a alterações a nível da pena¹².

¹² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Coimbra Editora, Aequitas, página 309.

3. Fundamento jurídico assente na desistência

3.1. Fundamento político-criminal e constitucional

Certo é que, a desistência atribui relevância jurídica ao comportamento de um agente que vá no sentido oposto ao que havia tido primeiramente, ou seja, num sentido contrário ao da lesão do bem jurídico, chegando ao ponto de não sujeitar o agente a uma pena.

Ora, este instituto tem de estar de acordo com o modelo político-criminal que determina o Direito Penal (“que se funda na axiologia constitucional, assenta no princípio da mínima intervenção penal, comporta toda a sua vertente de garantia, é teleologicamente informado por uma teoria dos fins das penas adequada ao Estado de Direito, mas a ela não se restringe, devendo, nomeadamente, serem salientados os propósitos fundamentais de tutela de bens jurídicos e dos interesses ameaçados das vítimas”¹³), e para isso importa perceber quais as funções e exigências do Direito Penal que o permitem.

Para além desta perspetiva penal, não pode passar ao lado uma perspetiva constitucional, a que se fará uma breve referência. A lei ordinária não pode construir novas normas sem que possa ter por base os valores da Lei Fundamental (C.R.P.), caso contrário, “a legislação ordinária se tornaria incontrolável”¹⁴. Com tudo isto, deve a lei penal obedecer aos princípios fundamentais da C.R.P. que orientam e limitam a nível constitucional o direito penal (cfr. arts. 18º, n.ºs 2 e 3, e 205º da C.R.P.).

A lei fundamental permite a restrição de Direitos, Liberdades e Garantias, mas apenas quando se verificam certos requisitos por ela estabelecidos (“a restrição expressamente admitida ou imposta pela C.R.P.”, “a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido”, “a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo”, a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respetivo preceito”, “a lei restritiva deve revestir carácter geral e abstrato, a lei não pode ter

¹³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 123 a 133.

¹⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, página 126.

efeito retroativo”, “a lei deve ser uma lei da A.R. ou, quando muito, um decreto-lei autorizado, art. 165º, n.º 1, alínea b) da C.R.P.”)¹⁵.

Refere o autor Figueiredo Dias¹⁶ que a atividade estadual se submete à C.R.P. (abarcando a lei penal), bem como à ordem axiológica dos bens jurídicos estabelecidos na Constituição, obedecendo assim ao princípio jurídico-constitucional da política criminal, o princípio de congruência ou de analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos (protegidos pelo direito penal). Compreendidos estes pontos seria possível determinar os limites do que é punível. Um ponto essencial centra-se no princípio da necessidade, isto é, o direito penal apenas intervém para proteger os bens jurídicos, intervindo como *ultima ratio*, e, por outro lado, uma ideia de descriminalização (quer quanto às condutas que não violem um bem jurídico claramente individualizável, quer quanto a condutas que apesar de violarem o bem jurídico, podem ser contidas ou contrariadas por meios que não necessitem da intervenção penal).

Sempre que há a violação de um bem jurídico protegido penalmente não existe necessariamente a intervenção do direito penal, para isso tem de haver a necessidade ou carência de tutela penal. Aliado a este critério da necessidade surge um princípio jurídico-constitucional, o princípio da proporcionalidade¹⁷. Com isto pretendo referir que a aplicação do direito penal, e as restrições que são feitas por ele, apenas se legitima quando há uma necessidade para tal intervenção, e a restrição a aplicar é adequada e proporcional com a violação praticada pelo agente.

Passando concretamente à lei penal, de acordo com o art. 24º do C.P., ao agente que cumprir os requisitos quer do n.º.1, quer do n.º.2, não lhe será aplicada uma punição. Mas importa perceber o porquê do direito penal conceder ao agente, que já iniciou a tentativa, este privilégio quando, em princípio, haveria lugar a uma punição, o porquê de só na desistência voluntária o agente não ser punido.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Volume I*, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014, página 388.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, Lisboa, 1983, páginas 14 e 15, ainda, DIAS, Jorge de Figueiredo, *O sistema sancionatório do direito penal português no Contexto dos Modelos de Política Criminal*, Coimbra, 1988, páginas 34 e 35.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 127 e 128.

Como se verá de seguida, aquilo que se tem entendido como sendo o fundamento da desistência tem variado de autor para autor. Como se pode ver e como refere Eduardo Correia, baseando-se no que alguns autores dizem consistir a desistência, a “desistência (...) envolve um arrependimento que anula (Berner e Hälschner), infirma (Zachariae), destrói presuntivamente (Herzog) a existência de uma vontade criminosa, ou repara a perturbação da ordem jurídica, segundo outros, e na posição de Feuerbach, a desistência (...) tem o seu fundamento em razões de política criminal¹⁸.

3.2. As teorias jurídicas

As teorias jurídicas podem ser distinguidas de duas formas, as teorias jurídicas subjetivas e as teorias jurídicas objetivas, consoante se aceite que a desistência anule, ou a culpa, ou a ilicitude, respetivamente.¹⁹ Estas teorias relacionam-se, então, com alguns dos elementos constitutivos do crime.

No que toca às teorias subjetivas, Zachariae, dentro destas, defende a teoria da anulação. Segundo esta teoria, o agente ao desistir, mostra uma outra atitude que permitirá anular a culpa, fazendo com que não seja possível qualquer juízo de censura que levaria à sua punição²⁰. Esta foi a primeira posição adotada por Zachariae na doutrina. A atitude demonstrada pelo agente atuava “retrospectivamente” quanto àquilo que havia sido exteriorizado pelo agente, como quanto à sua vontade inicial²¹. Em momento posterior, e aproximando-se de Luden, que falava numa vontade deficiente que não permitia uma valoração negativa por parte do ordenamento jurídico, pois era insuficiente para a execução de um crime, Zachariae fala na teoria da infirmação, isto é, uma vontade que não se mostra com a firmeza necessária para que possa haver uma valoração jurídica negativa

¹⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *Direito Criminal I - Tentativa e Frustração. II – Comparticipação criminosa. III – Pena conjunta e Pena unitária*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1953, páginas 47 e 48.

¹⁹ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, pagina 11.

²⁰ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, pagina 11.

²¹ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

pelo Direito Penal. Entre estas, outras teorias foram surgindo no âmbito das teorias subjetivas²².

Relativamente às teorias objetivas, como já referi, a desistência atua sobre a ilicitude do crime praticado pelo agente.

Um dos autores que defendia estas teorias era Binding, que referia que a desistência consistia num elemento positivo que iria integrar toda a atuação do agente, fazendo com que fosse retirada a ilicitude do comportamento que o agente havia demonstrado²³.

A verdade é que nos dias de hoje, estas teorias jurídicas não assumem grande relevância, não existindo autores que ainda as defendam (talvez ainda assumindo um pouco de relevância por serem a base do teoria da indicição que se verá mais à frente). Por um lado, são criticados por tentarem encontrar uma resposta apenas dentro do próprio sistema, por outro, por serem incapazes de explicar o requisito da voluntariedade²⁴.

3.3. Teoria da ponte de ouro

A teoria da ponte dourada foi dominante durante mais de 50 anos na Jurisprudência alemã²⁵.

Num primeiro momento, Feuerbach, que entendia que o Direito Penal seguia uma função intimidativa, ou seja, uma função de intimidar o agente do crime para que no futuro, este não viesse a cometer mais crimes²⁶, afirmava que, o instituto da desistência dava a oportunidade ao agente de pensar sobre a sua conduta criminosa durante a

²² FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 12.

²³ FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 12 e 13.

²⁴ FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 13 a 17.

²⁵ FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 18.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2º Edição, Coimbra Editora, 2011, página 54.

execução, e optar por “regressar à licitude ou pelo menos à não punição”²⁷. Segundo Figueiredo Dias, havia uma esperança de que o agente optasse pela desistência da atividade criminosa, uma vez que o Direito Penal estendia uma ponte dourada que lhe levava à desistência quando possível²⁸ (ou seja, que lhe levava à isenção de pena).

Uma segunda formulação da teoria da ponte dourada, de Frank V. List, acrescenta que a desistência atuava como um estímulo (teoria do estímulo), e que servia de impulso ao abandono da prática criminosa²⁹. Incentivava-se o agente a desistir com a promessa de que se o fizesse voluntariamente não seria punido. Contudo, acrescentava este autor que a tentativa não se pode anular retrospectivamente ou ser anulada³⁰.

O fundamento desta teoria assentava na proteção e preservação dos bens jurídicos, bem como na integridade da esfera da vítima. A desistência servia assim estes objetivos uma vez que o agente teria sempre em conta durante a sua conduta que, caso desistisse, não seria punido³¹.

Contudo, Claus Roxin refere que esta teoria ocupa uma “posição marginal” no Direito Penal. Num estudo realizado às sentenças proferidas na Alemanha, que envolviam os casos de desistência, conclui-se que os agentes não têm a noção completa sobre as violações das normas do Direito Penal que cometem, bem como, que durante a execução o agente não pondera apenas racionalmente, que muitas vezes se deixa levar pelas emoções do momento, não tendo tempo para pensar legalmente nos seus atos e nos efeitos da desistência, até porque nem sempre há um conhecimento completo da lei por parte do agente³². Pensava-se que as pessoas desistem para fazer valer aquele instituto, mas é uma ideia errada, pois a Jurisprudência alemã nunca se deparou com casos em que “ o motivo

²⁷ FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 19.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 728.

²⁹ FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 19 e 20.

³⁰ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

³¹ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001); e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 728.

³² ROXIN Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001); e FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 23.

invocado para a desistência consistisse no propósito de beneficiar do respetivo privilégio³³.

Outros argumentos surgem contra esta teoria, como o caso de não conseguir explicar a voluntariedade da desistência ou, até mesmo no momento em que se afirma que esta teoria tem como fundamento a proteção da vítima, a verdade é que pode ter o efeito oposto, incitando à consumação, e apenas caso o agente visse que em princípio o seu propósito não fosse possível, aí sim o agente desistiria³⁴.

3.4. A teoria da indicição

A teoria da indicição levou ao abandono da teoria da ponte dourada, estabelecendo-se no ordenamento jurídico alemão com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça alemão³⁵.

Esta teoria apresenta ainda particularidades das teorias jurídicas, contudo a sua ideia centra-se no facto de que o autor não devia ser punido pela tentativa quando desistisse, pois a vontade criminosa revelou-se posteriormente menos intensiva (tal como é referido na sentença do Supremo Tribunal de Justiça). Welzel fala numa culpa que se torna diminuta (presente a ideia das teorias jurídicas subjetivas, o facto da desistência ter efeitos sobre a culpa)³⁶.

Ora, esta teoria vai acabar por sofrer de alguns defeitos que já existiam nas teorias jurídicas subjetivas. Um argumento que surge contra esta teoria da indicição relaciona-se com o juízo de prognose. O que se passa de acordo com esta teoria, é que é feito um juízo na altura da conduta criminosa, voltando a fazer-se um novo juízo depois da prática da

³³ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 16.

³⁴ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

³⁵ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 9.

³⁶ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 9 e 13.

conduta para se perceber se houve ou não uma diminuição de intensidade da conduta criminosa. O que não pode ser feito, de acordo com Jorge de Ribeiro Faria³⁷.

Outro problema se liga à voluntariedade, pois de acordo com esta teoria, haveria desistência mesmo nos casos em que o autor, com medo de ser apanhado pela polícia (por exemplo), abandona a conduta criminosa, demonstrando na mesma uma vontade diminuta na execução do crime. Mas, em nenhuma altura se fala de voluntariedade³⁸.

Ora, a lei exige o requisito da voluntariedade como “condição de eficácia jurídica” da desistência, e não, que ocorra uma diminuição da vontade criminosa do agente³⁹ (que se poderia basear no simples facto do autor “desistir” por entender que não conseguiria consumir o crime a que se tinha proposto por, por exemplo, a polícia se aproximar).

3.5. Teoria da compensação pela culpa

A teoria da compensação pela culpa foi elaborada por Herzberg, em 1987, e parte de uma ideia do direito civil, nomeadamente a compensação/reparação dos danos por parte do agente à vítima⁴⁰. Como refere ainda Schröder “uma ideia de retribuição ou compensação pela atuação devida”⁴¹.

De acordo com esta teoria, não será aplicada punição ao agente, quando no decorrer da ação criminosa, este presta uma contribuição que lhe é imputável, reparando o seu comportamento que havia violado uma norma penal. Nisto se baseia a desistência, numa ação reparatória voluntária, que elimina a culpa que existia anteriormente⁴².

Contra esta teoria Roxin apresenta três argumentos.

³⁷ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 33.

³⁸ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 33.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 729.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁴¹ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 28.

⁴² ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

O primeiro argumento prende-se com o facto de que no Direito Penal não existe nenhum princípio que elimine a necessidade de punição quando haja apenas reparação⁴³.

O segundo argumento refere que esta teoria não consegue explicar o requisito da voluntariedade e, de em certos casos, como o da tentativa fracassada (em que o agente deixa de prosseguir a atividade criminosa devido a fatores externos que influenciam a sua decisão, como a chegada iminente da polícia, ou a arma com que ia fazer o disparo contra a vítima, encravar), o agente sair impune, até porque poderia nem haver dano ao bem jurídico a reparar. Contudo, apercebendo-se desta falha, Herzberg, vem acrescentar que a desistência é explicada pela relação que existe entre o princípio da liquidação (do dano) e as necessidades de prevenção (que também vão fundamentar a impunidade)⁴⁴. Isto é, cumprido o princípio da liquidação na sua integridade, não se verificavam as exigências de prevenção especial e geral positivas.

Um exemplo de situação que pode tentar encontrar explicação nesta teoria é a regularização da situação tributária pelo contribuinte. Nos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol existem normas (arts. 305º/4 do C.P. espanhol e, 370º e 371º da AO alemã) que preveem a exclusão da pena àqueles contribuintes, que por um ato de vontade própria, regularizam a sua situação tributária antes de interposta ação (em Portugal não existem normas semelhantes, apenas se atribuindo certa relevância jurídica a quem regularize a sua situação tributária). Conforme a teoria da compensação pela culpa, esta situação equivaleria a uma desistência, pois havia a reparação ou liquidação do dano. No ordenamento espanhol atribui-se neste caso natureza de “escusa absolutória”, consistindo numa causa de exclusão da pena, que resulta duma autodenúncia e na reparação⁴⁵.

Por fim, Roxin fala da consequência desta teoria nas tentativas impossíveis manifestamente possíveis. Segundo esta teoria, as tentativas impossíveis manifestamente possíveis nunca seriam punidas, uma vez que nunca haveria dano a reparar (pois nunca o bem jurídico estaria verdadeiramente em perigo). Ora, esta posição vai contra o direito

⁴³ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁴⁵ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais, Análise dogmática e Reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra, Coimbra editora, 2006, páginas 307 a 313 e, SOUSA, Susana Aires de, *Separata de Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais, Homenagem ao prof. Peter Hunerfeld*, Coimbra Editora, páginas 1129 a 1139.

penal que temos, que pune as tentativas impossíveis manifestamente possíveis, art. 23º, nº 3 do C.P. *a contrario*⁴⁶.

3.6. Teoria do perdão/ premial/da graça

Nas palavras de Figueiredo Dias, a teoria premial “é a teoria segundo a qual a ordem jurídica concederia um “louvor”, ou um “prémio”, a todo aquele a quem coubesse o “mérito” de desistir da tentativa e desta forma, o seu “regresso ao direito””⁴⁷.

Quer isto dizer, que esta teoria funciona como um prémio que é dado ao agente pela conduta que teve ao afastar-se da atividade criminosa, pela sua atuação meritória que levou ao perdão, logo à impunidade⁴⁸.

Feuerbach menciona que em causa está uma avaliação da personalidade do autor. Já Richard Schmidt fala numa mudança de intenção “perante a nova personalidade do autor”⁴⁹.

Mas ao falar-se do mérito pela personalidade do agente, leva a que este autor (Richard Schmidt) diga que os motivos que levam à desistência não são quaisquer motivos, mas motivos morais, motivos éticos valorados positivamente. Bockelman refere mesmo exemplos de motivos morais que poderiam levar à desistência (a vergonha, o medo da pena, remorsos da execução já iniciada)⁵⁰.

Ora, não se pode falar na irrelevância dos motivos morais ou éticos, mas simplesmente não relevam ao nível do Direito. Direito não é moral, não se podem confundir. Não é a moral que justifica a atribuição ou não de uma pena ao agente.

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 728.

⁴⁸ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁴⁹ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 24.

⁵⁰ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 25 e 26.

O que esta teoria faz é, como afirma Roxin, uma transcrição da lei, não explica o porquê do direito não punir o agente que desiste⁵¹. É óbvio, que o que a lei faz ao retirar a punição ao agente funciona como um prêmio, mas a teoria do perdão não explica o porquê da lei o fazer, esta teoria não consegue dar resposta⁵², além do mais o Direito Penal não visa atribuir recompensas ou prêmios⁵³, mas sim proteger os bens jurídicos.

3.7. Teoria dos fins das penas e a teoria dos fins das penas modificada

A teoria dos fins das penas está relacionada com as finalidades da punição. Segundo o Direito Penal português as finalidades que fundam a aplicação de uma pena são as de prevenção geral e especial positivas (isto é, como forma do Estado reforçar a confiança da comunidade nas normas que possui e, de acordo com as necessidades de ressocialização do agente do crime⁵⁴), e conforme esta teoria dos fins das penas não haveria necessidade de punir o agente pois não estariam verificadas as finalidades da pena (mesmo para quem defenda a finalidade retributiva)⁵⁵.

Esta teoria parte dos princípios da teoria da indicição, de que existe um vontade criminosa menor, que há uma diminuição da perigosidade, e que como tal, a lei prescinde da aplicação de uma pena⁵⁶. Não havia a necessidade da pena quer para que no futuro o agente não voltasse a praticar crimes, quer para a reafirmação da norma em causa no ordenamento jurídica. Havia um regresso ao direito pelo agente⁵⁷. Nas palavras de Jorge de Ribeiro Faria, “a desistência não apaga, nem tem que apagar, a ilicitude já existente e a culpa havidas. Essas mantêm a sua relevância jurídica e consubstanciam o crime da

⁵¹ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, página 729.

⁵³ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 19.

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 51 e 55.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 729.

⁵⁶ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 729.

tentativa. Só que, por força da desistência em si, o que sucede é que nem a perigosidade objetiva existe mais, nem tão pouco o agente revela a mesma intenção”⁵⁸.

Aquele que desiste voluntariamente cura-se do perigo que consistia ao Direito Penal⁵⁹.

Contudo, nem esta teoria fica isenta de críticas, e uma delas é a seguinte: se não existe necessidade da pena parece óbvio que esta não deva ser aplicada, pergunta-se então o porquê de só se permitir a não punição do agente na desistência voluntária⁶⁰.

Ora, para um aperfeiçoamento desta teoria, surgiu a teoria dos fins das penas modificada (a teoria proposta por Figueiredo Dias), que basicamente tem o mesmo núcleo que a teoria dos fins das penas, mas acrescenta que se deve ter em conta também, os contributos das restantes teorias na medida do possível. Como refere Figueiredo Dias, “ o fundamento da impunidade da desistência voluntária da tentativa, é fruto da convergência de vários pontos de vista”⁶¹, e que a desistência e a tentativa devem ser entendidas em conjunto (tendo em conta que a desistência também visa a proteção de bens jurídicos e os interesses da vítima). Mas não se fica por aqui, acrescenta ainda que deve ser feito um juízo de personalidade, de forma a que se possa afirmar que a desistência é fruto do agente em causa. Este autor traz a teoria do domínio do facto, que permite distinguir a autoria da cumplicidade, para a desistência. Desiste, aquele que tem o domínio do *se*, e do *como* a desistência vai operar, e que esta lhe seja imputável⁶². Esta posição sustenta o que muitos autores defendem, ao dizerem que a desistência é uma causa pessoal de isenção da pena.

Para concluir, Roxin refere que a *ratio essendi* da teoria dos fins da pena modificada assenta na inversão do perigo para o bem jurídico⁶³.

⁵⁸ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 44.

⁵⁹ ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001).

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 730.

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 730.

⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 730.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 730.

3.8. O requisito da voluntariedade na desistência

3.8.1. O conceito de voluntariedade

Quer o art. 24º, como o art. 25º do C.P., têm como elementos de valoração do comportamento do agente (autor, independentemente das formas que possa assumir do art. 26º do C.P, ou cumplicidade, art. 27º do C.P.) a conduta e a voluntariedade⁶⁴.

De acordo com o próprio art. 24º, nº 1 do C.P., a desistência só faz com que a tentativa não seja punível (ou a consumação formal não seja punida caso não haja consumação material) se for voluntária.

A voluntariedade pode encontrar explicação quer através de teses psicológicas, quer nas teses normativas, mas o ideal será retirar de cada uma destas teses as noções essenciais para se perceber melhor este conceito em Direito Penal. Quanto às teses psicológicas, a desistência seria voluntária se esta partisse da liberdade individual do agente, ou seja, se o agente se decidisse livremente por ela, não estando sob pressões psíquicas. As teses normativas acentuavam que a voluntariedade estava relacionada com a conduta exemplar do agente ao regressar ao direito/legalidade⁶⁵.

Segundo o autor Bockelmann, aquilo que se pode entender quanto ao conceito da voluntariedade vai depender do sentido político-criminal que se atribui à desistência. Caso se entendesse que apenas relevava para a desistência a proteção dos bens jurídicos, então a voluntariedade do agente era irrelevante.

Analisando o conceito de voluntariedade de Bockelmann no fundamento da teoria do mérito quanto à desistência, não estaria em causa qualquer decisão livre, mas apenas aquela que tivesse sido tomada segundo um uso correto dessa liberdade. Sustenta Bockelmann, que a qualidade moral do ato de desistir releva, dizendo que uma vontade

⁶⁴ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Coimbra Editora, Aequitas, 1997, página 313.

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2º Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 747 e 748, e GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, 65 e seguintes.

livre consiste numa boa vontade⁶⁶. O que se poderia exigir quanto ao sentido da voluntariedade é que os motivos que levassem à desistência não fossem moralmente desvaliosos (e não que fossem moralmente valiosos).

Numa perspetiva um pouco diferente surge Roxin, que apesar de tudo mantém algumas afinidades com Bockelmann. Roxin salienta que a voluntariedade deve ser entendida segundo critérios valorativos, já que o que está em causa no que toca à desistência é o merecimento ou não da pena.

Roxin fala na necessidade de se estabelecer uma relação entre o conceito de voluntariedade e de razoabilidade. Desta forma, a desistência seria considerada involuntária quando a continuação da execução para o agente se mostrasse desrazoável, não merecendo assim, a isenção da pena. Um exemplo para demonstrar esta situação seria: A, que inicia a prática de atos de execução de um crime de roubo contra B, contudo abandona a prática desses atos pois vê uma senhora idosa a atravessar a rua que seria mais fácil de roubar. Neste exemplo, a desistência seria involuntária.

Outros autores preferem fazer a distinção entre os motivos autónomos e heterónomos que podem estar presentes na decisão do agente em desistir.

Um motivo poderia dizer-se autónomo se não se tinha verificado uma alteração das circunstâncias em relação ao plano do agente que forçasse a revisão da resolução criminosa, ou se caso ocorresse uma alteração das circunstâncias, esta não fosse desfavorável ao agente (considerar-se-iam desistências voluntárias).

Se a alteração das circunstâncias fosse desfavorável, tinha de se analisar se essa alteração tinha ou não sido essencial. Para determinar essa essencialidade surgia um novo problema, pois para uns devia-se atender ao padrão do homem comum, médio, para outros devia-se atender ao próprio agente. Schröder (que defendia a teoria premial) optava por analisar as características e conhecimentos que teriam influenciado a conduta do agente. Mas esta posição poderia levar a que motivos relacionados com a superstição originasse uma desistência involuntária.

⁶⁶ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, páginas 69 e 70.

A posição de Schröder levava a um paradoxo: “é que quanto mais previdente for o agente e decidido a enfrentar um risco maior, menos será prejudicado pelo agravamento do risco”⁶⁷.

Na posição de Júlio Gomes, é despropositada “a busca de uma fórmula que sintetize a voluntariedade, ou seja, que a regra geral não deve dispensar uma avaliação conjunta com o caso concreto, com os motivos que levaram o agente à prática de factos ilícitos e os que levaram à desistência, não podendo esquecer, que naquelas situações em que exista dúvidas, deve vigorar o princípio do *in dubio pro reo*”⁶⁸ (na dúvida decide-se a favor do arguido).

De acordo com Eduardo Correia⁶⁹, os limites da voluntariedade estão no seu próprio conceito, isto é, um ato será voluntário na medida em que o agente ainda possui nas suas mãos a não produção ou a produção da ação criminosa.

Para Figueiredo Dias, é na voluntariedade que reside a *ratio essendi* do instituto da desistência (diferente da posição de Roxin). É graças à “obra pessoal do agente”/ voluntariedade que integra a desistência que permite atribuir um sentido jurídico-penal positivo e que leva à impunidade. É a voluntariedade que fundamenta a impunidade⁷⁰.

3.8.2. A interpretação do requisito da voluntariedade dada pela Jurisprudência

Este requisito da voluntariedade, conforme se encontra no art. 24º C.P. nem sempre foi entendido da mesma forma pelos tribunais portugueses. É exemplo disso o Acórdão do STJ de 26/03/1992⁷¹, que no seu sumário refere que “ de acordo com aquele dispositivo, a tentativa deixa de ser punível, quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na

⁶⁷ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 75.

⁶⁸ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, páginas 81 e 82.

⁶⁹ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *Direito Criminal I - Tentativa e Frustração. II – Participação criminosa. III – Pena conjunta e Pena unitária*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1953, página 50.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 731 e 732.

⁷¹ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/03f6f4b0dfe39d90802568fc003a376f?OpenDocument> (Data do acórdão: 26/03/1992; Relator: Lucena e Valle)

execução do crime, independentemente dos motivos que demoveram o agente do seu ato. Não é necessário que tal desistência resulte dum ato volitivo, espontâneo que nasça de circunstâncias ético-sociais que traduzam designadamente arrependimento e boa formação moral”. Por outro lado, e numa perspetiva mais recente, conforme os Acórdãos de 18/10/2006 do STJ⁷² e de 06/03/2012 do Tribunal da Relação de Évora⁷³, a desistência será voluntária quando o agente não seja induzido por fatores externos, ou seja, quando é uma atitude livre (“A desistência só é relevante quando o agente, podendo prosseguir na execução do crime, cessa a execução sem ser coagido por circunstâncias extrínsecas, surgidas após o início da execução, como a iminência de uma intervenção policial ou a reação dos ofendidos ou até de terceiros”⁷⁴).

O próprio Acórdão do STJ⁷⁵ citado anteriormente, refere o autor Figueiredo Dias, quando afirma que a impunibilidade da tentativa tem como origem o regresso ao direito que é feito pelo agente, o que quer dizer, que o propósito do agente é nesse sentido. Isto é, a voluntariedade do agente em regressar ao direito, sem influências externas que moldem um comportamento que o leve ao abandono do crime por receio, como era o caso do acórdão, de ser apanhado pelas entidades policiais e por haver uma resistência por parte dos ofendidos.

⁷²<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3446155e1eca02a802572640040e46a?OpenDocument> (Data do acórdão: 18/10/2006; Relator: Silva Flor)

⁷³<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2237c08638e3818e802579ce00337ef7?OpenDocument> (Data do acórdão: 6/03/2012; Relator: Sérgio Corvacho)

⁷⁴<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3446155e1eca02a802572640040e46a?OpenDocument> (Data do acórdão: 18/10/2006; Relator: Silva Flor)

⁷⁵<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3446155e1eca02a802572640040e46a?OpenDocument> (Data do acórdão: 18/10/2006; Relator: Silva Flor)

4. A desistência como um corpo estranho no Direito Penal

Depois de um discurso direcionado ao fundamento da desistência e que faz com que apenas a desistência voluntária seja a única que tenha como efeito a isenção de pena quanto ao desistente, há quem entenda que este instituto, tal como se encontra estabelecido no nosso Código Penal, não é firme, sendo suscetível de críticas.

O autor Júlio Gomes menciona que a desistência consiste num corpo estranho no direito penal, desde logo pela controvérsia que vem gerando ao longo dos anos, como por um excesso de zelo, uma vez que chega mesmo a admitir a desistência e a produção dos seus efeitos quando ocorra a consumação (ou consumação material), art. 25º do C.P.)⁷⁶.

Os fundamentos que sustentavam a sua existência desde logo foram assumindo diferentes formas (muitos deles sem serem suficientes), os próprios conceitos que as normas relativas à desistência integram assumem diferentes entendimentos de autor para autor (como o caso dos conceitos de “voluntariedade” ou “esforço sério”), e mesmo quanto aos efeitos da desistência. Realça os problemas que existem relativamente à distinção em determinados casos da presença de uma tentativa acabada ou de uma tentativa inacabada, que tem como consequência determinar quais os requisitos que têm de estar presentes para que haja uma desistência relevante (art. 24º do C.P.). Ou ainda quanto ao facto do art. 25º do C.P. exigir os mesmos requisitos quer nos casos de tentativa acabada quer nos casos de tentativa inacabada.

Júlio Gomes afirma que muitas das críticas que foram surgindo contra as teorias que foram perdendo apoiantes, em muitos pontos não são “verdadeiras críticas”. Um desses casos é o da teoria da ponte dourada. V. Scheurl afirmava que a teoria da ponte dourada consistia num pacto com o agente do crime, e que tinha como consequência deixá-lo impune caso não chegasse à consumação. Júlio Gomes diz que esta é a realidade e que apesar de se aceitar a teoria dos fins das penas ou a teoria a teoria dos fins das penas modificada, o ponto de vista de V. Scheurl ainda se mantém⁷⁷.

⁷⁶ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 156.

⁷⁷ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 136.

Ainda quanto à teoria da ponte dourada, criticava-se esta teoria por dar a entender que as pessoas tinham de conhecer o direito, o que não acontecia. Contudo, para afastar esta crítica, refere que o instituto da desistência já existe há largos anos, e que as pessoas já se habituaram a ele e já o conhecem.

Por outro lado, e continuando esta perspectiva crítica ao instituto da desistência, refere que o que está em causa é a menor perigosidade do agente, acompanhada da não necessidade de intervenção das exigências de prevenção geral e especial positivas, concluindo que nada impede que não se atribua relevância aos motivos que levam à desistência.

Um exemplo a que se refere para mostrar a relevância dos motivos que levam os agentes a desistir seria o caso de: A, que tinha como objetivo matar B, e que para isso decide mutilá-la até à morte, momentos depois de ter iniciado a sua execução, opta por abandonar a prática dos atos de execução, leva B a um sítio para que a ajudem, isto porque A acha que gostaria de ver B a sofrer toda a vida ao ver como ficou mutilada. Ora, nesta situação o agente não age sob a influência de quaisquer fatores externos, age por sua livre vontade, abandonando a execução e permitindo que receba ajuda. Júlio Gomes entende que o motivo que o autor tem para demonstrar aquela atitude não poderia ser suficiente para se aplicar neste caso o instituto da desistência.

Até mesmo relativamente à autonomia deste instituto e à sua aplicação geral este autor apresenta críticas. Se é necessário atender às exigências de prevenção, à perigosidade do agente, então, para este autor, seria de esperar que a desistência atuasse aquando a determinação da medida da pena, e que não tivesse aquela aplicação geral e “grosseira”.

Um outro ponto se prende com o facto de a desistência só produzir os seus efeitos em certos casos. A resposta deriva de uma opção político-criminal (uma “ponderação de razões de eficácia e sacrifício tolerável de princípios ético fundamentais”⁷⁸).

Júlio Gomes⁷⁹ menciona que a desistência é dirigida à proteção de “bens jurídicos privados”, que visa proteger bens jurídicos em concreto, analisando-os individualmente e

⁷⁸ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 160.

⁷⁹ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 160 e 161.

tentado aperceber-se qual o interesse da vítima que está em jogo. Ora, isto não vai de encontro com a função do Direito Penal. O Direito Penal não devia permanecer quieto perante o comportamento evidenciado pelo agente.

Por fim, este autor afirma que a isenção da pena derivada da desistência não devia ser o único efeito desta. Defende que em certos casos a desistência podia levar ou à isenção da pena, ou a atenuações da pena, dependendo do esforço, se ocorreu ou não consumação (quando admitida)⁸⁰.

Esta posição de Júlio Gomes é uma visão demasiado desmoralizadora da atual consagração do instituto da desistência, pois apesar de tudo o que refere continua a ser um dos poucos institutos que permitem afirmar a função subsidiária do direito penal e tudo que essa conceção comporta.

⁸⁰ GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, página 163.

5. A incidência da desistência nos elementos constitutivos do crime⁸¹

5.1. O critério sistemático e o critério teleológico

O problema que se pretende resolver é o de determinar em que elemento constitutivo do crime a desistência atua, e que tem como consequência a não punição do agente, isto é, se a desistência vai atuar na tipicidade, na ilicitude, na culpa ou, na punibilidade (que será referida mais à frente). Esta distinção é relativamente à atuação sistemática da desistência, e que tem efeitos nas teorias que os autores foram apresentando ao longo do tempo.

Uma outra questão respeita a uma visão teleológica, quer isto dizer, se a desistência consiste num elemento negativo do tipo, ou antes, numa causa de exclusão da pena, ou seja, se está mais relacionada com a caracterização de desistência, do que propriamente com o impacto da desistência nos elementos constitutivos do crime.

Começando por esta visão teleológica, o critério que é usado para aferir se a desistência é um elemento negativo do tipo ou uma causa de exclusão da pena, passa pela interpretação literal da lei penal. Se num ordenamento jurídico existe uma norma na qual retrata a figura da tentativa e, também a figura da desistência, então, esta última, seria vista como elemento negativo do tipo da tentativa (caso do art. 7º do Código Penal português de 1852, “A tentativa do crime é punível quando a execução começada foi suspensa por efeito de circunstância independente da vontade do criminoso). Caso o tratamento da tentativa e da desistência fosse feito em normas penais distintas, a desistência consistiria numa causa de exclusão da pena. Porém, este argumento literal não parece bastante para concluir esta distinção. Contudo, esta visão teleológica quando relacionada com outros elementos poderá ser fortalecida.

5.2. A tipicidade e ilicitude

⁸¹ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 56 a 106.

Ainda partindo da perspectiva teleológica, surge um autor, Von Hipel, que defendia a desistência como um elemento negativo do tipo, mas que não se ficava por aqui. Afirmava que a punição da tentativa assentava na base de uma valoração de acontecimentos que não eram consentidos penalmente, que atacava as normas dirigidas à proteção de bens jurídicos e, que como tal se encontrava tipificada na lei. A desistência integraria a tentativa, permitindo retirar a antijuricidade do facto que o agente havia cometido⁸².

O momento em que se faria a avaliação do acontecimento antijurídico seria o momento da elaboração da sentença (em que se teria em conta se haveria a simples desistência da prática do crime, ou se se tinha verificado que o agente teria impedido a verificação do resultado, ou nenhuma destas situações, prosseguindo o agente com o crime). No momento da avaliação ter-se-ia em conta a ação que era vista de uma forma global, como um todo, até ao momento da sentença, ou seja, os atos praticados pelo agente, a eventual tentativa e a eventual desistência. Afirma o autor que esta visão é realçada pela própria tipicidade, pois é ela que determina o comportamento antijurídico e que para o valorar é necessário essa visão global.

Porém, os argumentos apresentados não são suficientes para sustentar e caracterizar a tese que o autor invoca, podendo aqueles argumentos sustentar outras posições.

Ainda na mesma perspectiva do autor anterior (teleológica e relacionada com o tipo), mas com uma posição com argumentos mais fortes surge Scheurl⁸³. Para este autor o tipo compreende a ação (que é decisiva para a violação da norma) e também pode compreender o resultado (que consiste numa mola para desencadear a responsabilidade penal), sendo estes dois momentos (que fazem parte do tipo) que levam à perturbação da ordem jurídica.

Scheurl defende que as finalidades assentes no Direito Penal se ligam à prevenção geral, contudo não afastando por completo a ideia de retribuição. Defende ainda a natureza subsidiária do Direito Penal, que intervém apenas quando absolutamente necessário.

⁸² FARIA, Jorge Ribeiro de, Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982), Coimbra, página 66.

⁸³ FARIA, Jorge Ribeiro de, Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982), Coimbra, página 72.

Seguindo o pensamento deste autor, o tipo é o elemento constitutivo do crime que revela a vontade penal, consistindo num primeiro lugar, seguido da culpa (segundo degrau) que funciona como elemento aditivo. Considera, que a desistência não pode mudar o juízo de violação da norma, mas pode fazer com que a perturbação do ordenamento jurídico venha a ser inexistente. Sendo o tipo o símbolo que retrata a perturbação da ordem jurídica, então a desistência é o elemento negativo do tipo (pois a desistência repunha a ordem jurídica).

Na perspetiva de Muñoz Conde⁸⁴, o tipo apenas tenta descrever o melhor possível o comportamento que é valorado a nível penal, através dos seus elementos positivos. Ficariam de fora do tipo do crime os elementos negativos, como as causas de exclusão da ilicitude, como também o caso da desistência. O tipo desempenharia quer uma função de garantia, quer uma função de motivação (uma função intimidativa que afastava possíveis agentes da realização do crime, que se deve à descrição positiva). As funções referidas não estariam relacionadas com as causas de exclusão da ilicitude (elementos negativos). Estas últimas definem em momento posterior a licitude da conduta que inicialmente era tida como ilícita. Não poderiam ser vistas como um estímulo. Não se poderia dizer, relativamente à licitude da desistência, que quando verificada se estaria presente uma desistência voluntária e que se tratava de um incentivo à desistência, antes que a desistência não representaria qualquer estímulo à prática de uma tentativa.

Binding⁸⁵, que fundamentava a desistência através das teorias jurídicas objetivas, afirmava que a desistência tinha como efeito a posterior aniquilação da ilicitude. Tendo em conta o resultado, a conduta apta a preencher a proibição típica e apta ao seu resultado, a delituosidade de todo este comportamento causal, poderia ser aniquilada. A desistência funcionaria como uma condição resolutiva do comportamento ilícito anterior (pensamento criticado, por exemplo, por Gutman).

Até este ponto discutiu-se a desistência como uma causa de exclusão da ilicitude (em que passaria a haver ilicitude e tipicidade a partir do momento em que não se pudesse

⁸⁴ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 76 a 81.

⁸⁵ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 87 a 89.

verificar a desistência voluntária). De seguida apresenta-se uma outra perspectiva, que defende que a desistência atua a nível da culpa.

5.3. A culpa

Sustenta quem defende esta posição, (como Allfed e Schöder⁸⁶), que a desistência extingue/exclui a culpa (causa de extinção/exclusão da culpa), e como tal extingue a pena (pensando no princípio unilateral da culpa, em que não há pena sem culpa), relacionando assim esta posição com as teorias jurídicas subjetivas.

As críticas apontadas a quem defende que a desistência incide sobre a culpa, relacionam-se por exemplo, com o caso de se afirmar que na verdade, quando se fala nas formas da culpa, o dolo ou a negligência, estas se relacionam com o tipo legal de crime, logo com a tipicidade.

5.4. A punibilidade

A posição adotada pela maioria é a de que a desistência consiste numa causa de exclusão da pena, ou seja, o elemento constitutivo do crime sobre o qual incide a desistência é a punibilidade.

Entendia Radbruch que seria necessária uma ordenação teleológica de uma série de manifestações com relevância para o domínio do Direito Penal, manifestações essas a que chamava de condições de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena. Muitos autores foram integrando estas condições e causas no elemento punibilidade. Essas não estariam relacionadas com a qualidade político-criminal do facto ou psicológico-criminal do autor (como é o exemplo da garantia da reciprocidade ou da extraterritorialidade)⁸⁷.

⁸⁶ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 100 a 101.

⁸⁷ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 119 a 121.

O conceito de causa de exclusão da pena era tido por alguns, como um conceito meramente formal, que não oferecia nada mais do que as próprias palavras queriam dizer, isto é, não explica o porquê de se excluir a pena.

Segundo a posição de Muñoz Conde, a desistência da tentativa não se relaciona ou com a ilicitude, ou a tipicidade ou a culpa, o que segundo este autor, não importa logo que se diga que a desistência deva ser entendida fora do conceito da tentativa ou como causa de exclusão da dignidade penal, antes como um elemento da dignidade penal da tentativa. Para Muñoz Conde, fazem parte da dignidade penal, a culpa e a ilicitude, bem como todos os outros elementos que ainda interessam à política-criminal e que não fazem parte daqueles anteriores. Apesar de esses elementos que ainda integram a dignidade penal poderem ser diversos dependendo do caso concreto, todos acabam por ter uma base política-criminal semelhante. Então, para este autor, esses elementos não integram a culpa nem a ilicitude, mas a punibilidade. “Se não deixa de haver ilicitude na tentativa desistida, nem culpa, o que não há também é qualquer pretensão de pena por parte do Estado – e isso pela simples razão de que uma tentativa nessas condições, carece de “punibilidade”, em seu pensar (de Muñoz Conde) elemento adicional e necessário do conceito de crime”⁸⁸.

Mas importa ainda determinar em que medida a desistência atua e como esta se individualiza. Na determinação de uma pena intervêm vários fatores como a medida da culpa e as exigências de prevenção especial positivas, mas importa saber como é que a desistência se comporta neste meio.

Existem autores que veem o tipo legal de crime como se fosse o núcleo que contém todos aqueles elementos dominantes e essenciais que determinam e definem aquele certo tipo legal. À volta desse núcleo encontravam-se atos ou condutas do agente relacionadas com aquele tipo e das quais dependiam para se fazer valer (elas complementavam o núcleo dominante).

Para outros, que seguiam a teoria da indicição, ligar-se-ia ao tipo legal de crime, não só os comportamentos que estavam diretamente ligados ao tipo, como também todos aqueles que poderiam servir para chegar a uma conclusão sobre o conteúdo do ilícito ou da medida da culpa.

⁸⁸ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 124 a 126.

Jorge Ribeiro de Faria segue antes o pensamento de Lang-Hinrichsen. Compreende este autor, que o crime atende a muito mais do que se encontra no tipo legal, constituindo um conceito complexo (amplo). O tipo legal de crime apenas compreende uma pequena parte do comportamento criminoso, e àquelas parcelas que o tipo legal de crime deixa de parte vão integrar a “zona posterior”, e são elas que vão permitir determinar uma pena individualizada de cada agente. Só desta forma se pode valorar na íntegra a conduta do agente. A desistência faz com que não haja lugar à punibilidade, retirando a dignidade penal da conduta criminosa. Então, a pretensão de pena dependerá da existência ou não da desistência⁸⁹.

Resumindo, apesar do tipo legal de crime não conseguir englobar toda a atividade criminosa (até porque o tipo legal de crime é dirigido e formulado para a generalidade das pessoas e seria impossível criar um tipo de crime que previsse todas as condutas possíveis), no que toca à determinação da pena do caso concreto é necessário que se atente a todo o comportamento.

“O crime da tentativa é, assim, ilícito, culpa e “punibilidade”. Se não há punibilidade, não chega a haver crime.”⁹⁰”

⁸⁹ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 130 a 132.

⁹⁰ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 134.

6. Desistência: causa (pessoal) de exclusão da pena?

6.1. A noção de causa pessoal de exclusão da pena

Uma causa pessoal de exclusão da pena consiste numa causa imputável ao agente (apenas a ele respeita), verificável no momento do facto que é praticado pelo agente e que tem como consequência a sua impunidade (Germano Marques da Silva refere como exemplo a desistência do artigo 24º do C.P.)⁹¹. Ora, afirmar que a desistência consiste numa causa pessoal de exclusão da pena tem consequências não só a nível teórico como também a nível prático.

A pessoalidade caracteriza-se pela imputabilidade do facto a um só agente, que é resultado direto da atuação deste, é o agente que lhe dá causa. Ora, esta característica de pessoalidade é desde logo atribuída à desistência, e facilmente se pode ver isso quer pela sua exigência (legal) da voluntariedade, quer nos casos em que o agente tem de desencadear uma nova cadeia causal no sentido de salvaguardar o bem jurídico ou de realizar um esforço sério (para os casos da desistência da tentativa acabada do art. 24º, n.º 1, 2ª parte e art. 25º do C.P.).

6.2. O problema dos efeitos da desistência do autor imediato em casos de cumplicidade

O artigo 24º do C.P. respeita a casos de desistência do autor imediato (aquele autor que tem o domínio da ação). Nele se podem distinguir dois casos em que as exigências para que haja uma desistência sejam distintas. Caso se esteja perante uma situação dum tentativa inacabada (em que já se deu início à prática dos atos de execução contudo, aquando o abandono destes, ainda seriam necessários a prática de mais alguns atos de execução para que houvesse consumação do crime) exige-se que o autor imediato, para além da voluntariedade do ato, abandone a prática de atos de execução e não ocorra consumação (art. 24, n.º 1, 1ª parte do C.P.). Caso se trate de uma tentativa acabada (em

⁹¹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, página 50.

que todos os atos de execução necessários para a consumação do crime já foram realizados, contudo por algum motivo ainda não ocorreu a consumação), ou uma situação em que tenha já ocorrido consumação formal mas não consumação material, para além dos requisitos referidos anteriormente é necessário que o agente desenvolva uma nova cadeia causal, que lhe seja imputável, no sentido oposto à consumação do crime, ou seja, que se dirija à proteção do bem jurídico (art.24º, nº1, 2ª e 3ª partes do C.P.). (Ao contrário do que se passa com o art. 25º do C.P., pois, um participante que desista numa situação em que naquele momento ainda configurava uma tentativa inacabada, o simples abandono dos atos de execução não lhe é suficiente para que se admita a desistência, é necessário um esforço sério por parte do participante, podendo ainda ocorrer a consumação, mesmo que material, sem prejuízo da desistência.)

Este artigo serve tanto para aquelas situações quando há apenas um agente (autor imediato que desiste), como para situações de participação (pluralidade de agentes), quando se está perante um autor imediato que desiste, e um cúmplice.

É neste último caso, em que admitir-se a desistência como causa pessoal de exclusão da pena ganha uma maior relevância prática.

Autores como Germano Marques da Silva, Frederico de Lacerda Costa Pinto e Manuel Cavaleiro Ferreira, defendem que a desistência é uma causa pessoal da isenção da pena (devido à imputação do ato ao agente)⁹². Esta posição também se encontra num Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24/04/1985⁹³. No seu sumário refere que “A desistência do propósito criminoso é uma circunstância pessoal, não comunicável aos co-agentes, que só beneficia o desistente” (caso em que se discutia a desistência de um arguido relativamente à autoria de um crime de falsificação de documentos, o que não se veio a verificar).

Já para autores como Edgardo Alberto Donna e Jorge Ribeiro de Faria salientam o facto da desistência eliminar a exigência de punibilidade do facto praticado (sendo reforçada a ideia que a desistência incide sobre o elemento constitutivo do crime,

⁹² SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, página 50; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, página 153 e 154; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral I*, Editorial Verbo, 1992, página 415;

⁹³ In C.J., X, T.2, 1985, páginas 174 e seguintes.

punibilidade), não tendo assim dignidade penal (podendo assim colocar-se a hipótese da não punibilidade do cúmplice como será discutido de seguida)⁹⁴, não afirmando a desistência como causa pessoal de isenção da pena.

Caso se admita que se trate de uma causa pessoal de exclusão da pena, se o autor imediato desiste (respeitando os requisitos do artigo 24º do C.P.), em nada iria interferir com a punição que seria dada ao cúmplice (era esta a conclusão a que se chegava). Contudo, se não se entender a desistência desta forma, poder-se-ia estar perante uma situação em que também o cúmplice não seria punido.

Numa perspetiva um pouco diferente, pois parte de uma conceção objetiva da tentativa (quer isto dizer, que o fundamento que serve de base à punição de uma tentativa relaciona-se com a colocação em perigo do bem jurídico que poderia levar à consumação, fundamento que deixa de fora a possibilidade de punir uma tentativa impossível manifestamente possível, o que não está de acordo com o atual Código Penal, art. 23º, n.º 3, a contrário.). Escreve Faria Costa, que partindo de um caso em que se tem presente um autor principal e um instigador- cúmplice (para este autor a instigação pode ser uma forma de participação), desistindo o autor principal, deixa de haver o fundamento objetivo da tentativa (pois o bem jurídico foi protegido, já não há perigo), e, como tal, aquele instigador-cúmplice não seria punido⁹⁵.

Esta posição, que oferece uma solução diferente ao caso que se pretendia resolver, não é seguida pela maioria da doutrina e parte de uma teoria que vai contra normas penais, dado que a teoria que fundamenta que se puna uma tentativa é a teoria da impressão (esta teoria junta os elementos das teorias subjetivas e objetivas, a vontade delituosa do agente e a perigosidade da consumação da lesão do bem jurídico, respetivamente, adicionando um outro elemento, o da dignidade penal, que faz com que apenas se puna a tentativa quando o facto é manifestamente exteriorizado e digno da intervenção do direito penal)⁹⁶.

⁹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Editorial Comares, 2008, página 98.

⁹⁵ COSTA, José Francisco de Faria, *Formas do Crime, Jornadas de Direito Criminal*, O novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase 1, Centro de Estudos Judiciários, [D.L. 1983] – 1984, página 176.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 688 a 691.

Para chegar à conclusão deste dilema, importa conhecer qual o fundamento e objetivo da desistência e, qual a relação que se estabelece entre o autor imediato e o cúmplice.

De acordo com a segunda parte desta dissertação, chegou-se à conclusão que o que fundamenta a desistência é a voluntariedade do ato, que vai contra a conduta criminosa que o agente havia iniciado, que lhe é imputável. Do seu ato voluntário resultaria a falta de necessidade de intervenção das finalidades de prevenção geral e especial positivas, um regresso ao direito e, portanto, à legalidade, a uma proteção de bens jurídicos e da própria vítima.

Cabe agora perceber, a que nível a relação que se estabelece entre o cúmplice e o autor releva neste instituto. Relativamente à cumplicidade, fala-se da existência de um duplo dolo que se tem de verificar. Um dolo quanto ao crime em si, que o autor se propõe a realizar e que é do conhecimento do cúmplice. E um dolo quanto ao auxílio (moral ou material) que é prestado à conduta criminosa do autor. Não é o cúmplice que determina o *como* e o *se* do crime que vai ser cometido, apenas é um participante do crime (até porque apenas será cúmplice se, por exemplo, o auxílio material prestado for usado pelo autor, caso contrário o que acontecia era uma tentativa de cumplicidade, ou cumplicidade falhada, que não é punida). Há então uma dependência do cúmplice quanto ao autor, não há cumplicidade sem autoria. Entre ambos se estabelece uma relação de acessoriedade.

Fala-se de acessoriedade no sentido de que a existência do cúmplice dependerá da existência de um autor do crime. O cúmplice não existe por si só, tem de existir um autor, que com a sua conduta já tenha preenchido determinados elementos constitutivos de um crime e que já tenha alcançado determinado estágio no *iter criminis*. Fala-se assim, de duas formas de acessoriedade, a acessoriedade qualitativa (primeiro caso) e a acessoriedade quantitativa (segundo caso). Em especial, a que será mais desenvolvida será a acessoriedade qualitativa.

6.3. A acessoriedade da cumplicidade

Como já foi referido pode-se falar em acessoriedade qualitativa e em acessoriedade quantitativa. A que será tratada em especial será a acessoriedade qualitativa/ interna, que se traduz no facto de determinar o número de elementos mínimos necessários que devem estar preenchidos que constituem o facto do autor⁹⁷.

Existem várias orientações no que toca à acessoriedade.

Por um lado tem-se a acessoriedade mínima, que apenas exige que o facto praticado pelo autor seja formalmente típico. Com um exemplo basta para perceber porque não podemos seguir esta posição. Se apenas fosse exigida a tipicidade, poderia acontecer que o autor não fosse punido por se verificar uma causa de exclusão da ilicitude (ex. a legítima defesa, art.32º do C.P.), e o cúmplice, que eventualmente o tivesse ajudado, fornecendo-lhe algo para que o autor se defendesse de um agressor, seria punido.

Por outro lado, pode-se falar também da híper-acessoriedade, que exige a tipicidade, a ilicitude, que o facto seja culposo e a punibilidade. Edgardo Alberto Donna fala mesmo que as circunstâncias pessoais atenuantes ou agravantes do autor, possam influenciar também a pena do cúmplice⁹⁸. Ora, esta posição é criticada por exigir demais.

Quanto à acessoriedade rigorosa, têm de estar verificados os elementos da tipicidade, da ilicitude e da culpa. Com mais um exemplo vê-se que também não é uma posição a seguir. Se A, inimputável por anomalia psíquica, tem por hábito demonstrar um comportamento agressivo com as pessoas, e B, aproveitando-se do seu estado, o encoraja a agredir uma pessoa de que ambos não gostavam, A, não atua com culpa, contudo, não faria sentido se B não fosse punido.

A acessoriedade também pode ser uma acessoriedade limitada, que exige a tipicidade e a ilicitude do facto praticado pelo autor. Esta é a posição aceite e dominante pela doutrina portuguesa. Contudo, não se fica por aqui esta exposição. Figueiredo Dias menciona ainda uma acessoriedade limitada modificada. Modificada, pois é introduzido mais um elemento àquela teoria anterior, a dignidade penal. Exclui-se, neste caso, a possibilidade de intervenção dos pressupostos quanto à punibilidade que estiverem relacionados com a culpa (condições subjetivas de punibilidade ou causas pessoais de

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 828.

⁹⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Editorial Comares, 2008, página 98.

exclusão da pena). Mas já não, quando se trata de condições objetivas de punibilidade (ex. crime de participação em rixa, art. 151º do C.P., quando exige a verificação de ofensas à integridade física grave ou morte) ou causas de exclusão da pena. Estas últimas vão retirar dignidade penal ao facto cometido pelo autor, ou seja, não é necessária a aplicação da lei penal, pois não se verificam as exigências de prevenção geral e especial positivas, não havendo necessidade de proteção do bem jurídico⁹⁹.

6.4. Dignidade Penal e Desistência

São diferentes as posições que atribuem um efeito da desistência sobre os elementos constitutivos do crime. Uns autores defendiam que incidia sobre a culpa (Kemsies) outros sobre o tipo e conseqüentemente sobre a ilicitude (Scheurl)¹⁰⁰.

Contudo, os elementos constitutivos do crime não se ficam pela tipicidade, pela ilicitude, pela culpa, mas também, pela punibilidade. Estes elementos quando presentes permitem afirmar que relativamente a determinado facto há dignidade penal, e como tal há necessidade de intervenção da lei penal.

Serão aqueles elementos que nem pertencem à ilicitude, nem à culpa, nem à tipicidade, que farão parte da punibilidade e que permitirão determinar a pena para cada caso concreto.

Por norma, quando presentes a tipicidade, ilicitude, a culpa, também estará presente a punibilidade, mas nem sempre isso acontece. Como já foi dito em pontos anteriores, retirando-se o elemento punibilidade, retirar-se-á a dignidade penal da conduta do agente. A punibilidade diz respeito então a certos pressupostos que, nem respeitam à culpa, nem à ilicitude, e que, mesmo assim, determinam a dignidade penal do facto (fala-se aqui de condições objetivas de punibilidade e em causa de exclusão da pena)¹⁰¹. São estes

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 830 e 831.

¹⁰⁰ FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, páginas 117 e 118.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 668.

pressupostos que permitem excluir as exigências de finalidades geral e preventiva positivas, que salientam que não há perigo para o bem jurídico, que o facto olhando-o como uma unidade (tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade), não carece de pena/ não é digno de pena.

Ora, é neste elemento constitutivo do crime, a punibilidade, que a desistência incide, que leva à exclusão de uma pena ao desistente e que retira dignidade penal ao crime.

Seguindo a opinião de Jorge Ribeiro de Faria, a desistência, de um ponto de vista teórico, consiste na ausência de aplicação de uma pena, e do ponto de vista sistemático, faz com que não haja lugar à punibilidade, excluindo assim a dignidade penal (a necessidade de intervenção do direito penal)¹⁰². Frederico de Lacerda da Costa Pinto, também refere o pensamento de Ribeiro Faria, mencionando ainda a pessoalidade da imputação da desistência voluntária. Costa Pinto refere que “ as normas de desistência conduzem à impunidade do agente por opções político criminais, valoradas na categoria da punibilidade: a desnecessidade, inoportunidade e atenuação da legitimidade punitiva do Estado”¹⁰³.

Depois desta reflexão acerca da desistência excluir a punibilidade (logo, a dignidade penal), será tratado o problema referido anteriormente, de saber se a desistência de um autor imediato pode fazer com que o cúmplice (que não desiste), deverá ou não ser punido. Para isso, estarão em confronto a voluntariedade (que leva à sua pessoalidade), as exigências de prevenção (geral e especial positivas) e a carência de tutela penal.

Em primeiro lugar, admito que a desistência se caracterize pela sua pessoalidade. Quem desiste, fá-lo voluntariamente, e é essa voluntariedade que fundamenta a sua desistência, que fundamenta a imputação da desistência a esse agente. Assim, afirmar que a desistência consiste numa causa pessoal de exclusão da pena parece-me correto, pois a pessoalidade é característica essencial da desistência. Contudo, não se pode associar esta noção de pessoalidade da desistência, com a “pessoalidade” da culpa (que faz com que esta

¹⁰² FÁRIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra, página 132.

¹⁰³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra Editora, 1992, páginas 153 e 296.

seja totalmente incomunicável). Trata-se de diferentes elementos constitutivos do crime, e essa personalidade de cada um deve ser interpretada também de acordo com o quadro em que se integram. Desde logo, quando se fala em desistência refere-se a desistência da prática do facto ilícito-típico do autor, e quando se fala em culpa, a culpa remete unicamente para o agente.

Passando ao caso da desistência do autor imediato. Autor é aquele que tem o domínio do facto (segunda a teoria do domínio do facto), que tem o domínio da ação criminosa (o domínio do facto pode apresentar-se quer seja pelo domínio da ação, da decisão, da vontade ou o domínio funcional do facto). Autor é aquele que determina o *se* e o *como* do crime. Sem a existência da figura da autoria não haveria crime, nem cumplicidade (relação de acessoriedade).

Assim, o cúmplice não tem qualquer domínio ao longo da conduta criminosa, a única forma de nela intervir é auxiliando o autor, e mesmo esse auxílio pode ser afastado pelo autor se resolver, por exemplo, não usar a arma que tomou do seu cúmplice, mas antes uma faca que tinha em casa. Levando a situações de cumplicidade falhada ou tentativa de cumplicidade. Se o auxílio for prestado mas nunca usado, então não há cumplicidade, não chega a haver aquele duplo dolo que é exigido. Daqui também se retira esta ideia do não domínio do cúmplice.

Tendo um autor imediato (art.24º do C.P.), que tem o domínio da ação, sendo, no caso que se visa resolver, o único a determinar o *se* e o *como* do crime, desistido, não há (ao contrário do que se passa com as situações do art. 25º do C.P.) quem possa prosseguir com o crime e eventualmente levá-lo à consumação ou à consumação material (quando se pode fazer esta distinção). No art. 24º do C.P. não se aceita a desistência quando há consumação ou consumação material, (já no art. 25º do C.P., é possível haver desistência mesmo havendo consumação ou consumação material, isto porque haverá ainda alguém, que mesmo com os esforços sérios de quem desiste para impedir a consumação, ainda tem o domínio do crime, que ainda coloca em perigo o bem jurídico tutelado pela norma).

Voltando ao caso do art. 24º do C.P., ora, se já não há perigo para o bem jurídico e para a vítima, não existem as exigências de prevenção, logo poderá não ser aplicada pena ao cúmplice. Não é a desistência em si mesma, que fará com que o cúmplice não seja

também digno de pena, mas sim os efeitos que a desistência causa em toda a atividade criminosa, que faz com que ninguém venha a consumir aquela, que não exista mais perigo para o bem jurídico. A desistência daquele autor imediato leva a que se retire o elemento da punibilidade, fazendo com que aquela conduta que outrora poderia ter posto em causa o Direito Penal, não tenha mais essa carga de negativa para o Direito Penal. Não existindo qualquer outro autor, o que se passa é que não há crime a que se possa ligar a cumplicidade¹⁰⁴.

Ao contrário, por exemplo, do que se passa nas situações de inimizabilidade do agente (art. 20º do C.P.). Nestes casos, é retirado dos elementos constitutivos do crime a culpa, e a medida da culpa é incomunicável (art. 29º do C.P.), não sendo aplicada pena ao agente (pois não há pena sem culpa), mas por ventura, uma medida de segurança em função da sua perigosidade. Mas quem, de forma dolosa, auxiliar um inimputável na prática de um crime, incentivando-o, ser-lhe-á aplicada pena. Estes casos não se podem assemelhar aos da desistência, pois tratam-se de elementos constitutivos do crime diferentes, que têm bases diferentes, mas que levam à não aplicação de uma pena.

Como tal, o caso da desistência acima mencionado leva a situações sem necessidade de intervenção das exigências de prevenção, sem necessidade de aplicação do Direito Penal. Não será o cúmplice, por si só, que colocará o bem jurídico em perigo, não é ele que tem o domínio. Não se iria punir o cúmplice por um auxílio que deixa de produzir efeito mal o autor imediato desista, é como se o dolo quanto ao crime que o autor imediato se tinha proposto a consumir, e o dolo quanto ao auxílio, de nada tivessem servido, assemelhando-se de certa forma à cumplicidade falhada. No fundo, o que sobrava depois da desistência do autor imediato, seria uma vontade do cúmplice, em que este queria que se tivesse dado a consumação. Mas apenas vontades, não se punem. A desistência faz com que a punibilidade daquela conduta tida pelo agente lhe seja retirada desde o início, retirando-lhe a dignidade penal, fazendo também, de acordo com a acessoriedade qualitativa limitada modificada, com que a conduta do cúmplice sofra dos mesmos efeitos.

O legislador consagrou regimes distintos para os casos de desistência dos arts. 24º e 25º do C.P.. Este regime diferenciado assenta em um grau de exigência menor quanto à

¹⁰⁴ Seguindo a ideia já mencionada de Jorge Ribeiro de Faria, no tema 5.4., em que se diz que se não há punibilidade, não há crime.

desistência de um dos participantes quando comparado com a desistência de um autor imediato (mesmo nas situações de comparticipação que envolvam a cumplicidade, mas seja o autor imediato que desiste). No caso do art. 24º do C.P. exige a lei que não chegue a ocorrer a consumação, ou que, quando se possa fazer a distinção entre consumação formal e consumação material, não ocorra a consumação material, uma vez que, segundo a justificação apresentada na Comissão Revisora por Eduardo Correia, não existiria “qualquer outro interesse político-criminal que justificasse o privilégio da desistência apesar da consumação do facto”¹⁰⁵. Bastava, contudo, ao desistente do art. 25º do C.P. o esforço sério para tentar impedir a consumação, podendo esta eventualmente acontecer, sendo na mesma relevante a desistência. O art. 25º do C.P. consagra uma norma que é das mais favoráveis que o Código Penal terá, aceitando a desistência mesmo consumando a lesão de um bem jurídico que o Direito Penal visa proteger.

O que se passa no artigo 25º do C.P. (e tentando criar uma situação mais aproximada possível com a que se visa resolver acima, mas com a presença de vários autores e de participantes) é que se um dos autores desiste, ainda haverá um outro que tenha o domínio, e a quem o auxílio prestado pelo cúmplice ainda aproveite de certa forma, pois tem-se que o auxílio prestado é feito ao facto ilícito típico, e não em função do autor, podendo ainda haver consumação (ou consumação material). Mesmo que o auxílio prestado pelo cúmplice fosse feito àquele autor que desiste, (seja material ou moral), acabaria de uma forma, ou de outra, a aproveitar a outros autores, pois o perigo para o bem jurídico ainda existia, ainda havia a possibilidade de consumação. O contributo que o cúmplice havia prestado ainda permaneceria no ilícito-típico, pois ainda havia alguém que o podia prosseguir.

Com tudo isto, e alargando um pouco a questão que tencionava resolver, sempre que há desistência (quer no art. 24º do C.P., quer no art. 25 do C.P.), do ou dos autor(es) do crime, ou seja, deixando de haver a figura da autoria, permanecendo então os participantes (cúmplices) também a estes não lhes será aplicada pena, uma vez que não se verificava nem a violação de uma norma (estas apenas podem ser violadas pelos autor, os cúmplice apenas dão um auxílio, mas sozinhos não o podem fazer), nem o perigo para o bem

¹⁰⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Coimbra Editora, 1992, página 32.

jurídico, nem necessidade das finalidades de prevenção geral e especial positivas, concluindo, não havia dignidade penal.

Então, aquando uma situação de pluralidade de agentes, em que todos os autores de um crime tenham desistido e essa desistência seja conforme as exigências da lei, os eventuais cúmplices que não tenham desistido, não serão punidos pois não têm como ligar o seu auxílio a um crime, uma vez que não existe.

7. O caso especial do artigo 28º do C.P. nas situações do artigo 24º do C.P.

7.1. Âmbito de aplicação do art. 28º do C.P. Análise sucinta.

O Código Penal, na sua parte especial, em regra não exige qualquer qualidade ou relação especial para quem seja autor dos crimes nele tipificados. Porém, existem certas normas que restringem/limitam o número de agentes que as poderiam violar (exigindo na norma incriminadora essas qualidades ou relações especiais)¹⁰⁶.

O art. 28º do C.P., tal com refere na sua epígrafe (“ ilicitude na comparticipação”), apenas se aplica a situações de comparticipação de crimes, isto é, da existência de uma pluralidade de agentes, uma vez que no mínimo serão necessários dois agentes, um com a qualidade exigida e o outro sem ela, para que se possa dar essa comunicabilidade da ilicitude. O que o seu n.º 1 permite é estender as qualidades ou relações especiais de um agente (*intraneus*) àqueles que não as possuem (denominados *extraneus*). Mas não são todas e quaisquer qualidades ou relações especiais, apenas aquelas que servem para fundamentar ou modificar (atenuando ou agravando) a ilicitude (como por exemplo, o crime de falsificação praticado por funcionário, art. 257º do C.P.), não aquelas que fundamentam ou modificam (atenuando ou agravando) o grau da culpa, pois essas são incomunicáveis (art. 29º do C.P., um exemplo é o crime de infanticídio, art. 136º do C.P.).

Este artigo refere-se então aos chamados crimes específicos, próprios ou impróprios, que em primeiro lugar, delimitam desde logo quem poderá ser autor. Os crimes específicos próprios são aqueles que as qualidades ou relações especiais do agente servem para fundamentar a ilicitude. Já os crimes específicos impróprios são aqueles em que as relações ou qualidades especiais servem para modificar (agravando ou atenuando) a ilicitude¹⁰⁷.

¹⁰⁶ <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/eec1138e053dca8e80256e6200508f65?OpenDocument>, que refere MONTEIRO, Henrique Salinas, *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, página 11.

¹⁰⁷ BELEZA, Tereza Pizarro, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, páginas 593 e 594.

A interpretação do art.28º do C.P. não deve ser feita sozinha, mas acompanhada pelos seus artigos anteriores (arts. 26º e 27º do C.P.), de forma a poder estabelecer-se as relações que podem existir entre os diversos agentes.

Ora, a doutrina tem vindo a divergir quanto aos casos em que este artigo tem aplicação e quanto à teoria que lhe serve de base que permite a comunicação da ilicitude.

Segundo Tereza Pizarro Beleza, para que a qualidade ou relação especial seja comunicável ao *extraneus*, este tem de ter conhecimento da sua existência, referindo ainda que, em situações de comparticipação em que o *intraneus* seja um participante e o autor um *extraneus*, daqui teria de resultar uma inversão do sentido da acessoriedade, uma vez que sem isso, o autor não poderia praticar um facto típico e ilícito. Acrescenta também, não ser possível, em situações em que o autor é o *intraneus* e o cúmplice o *extraneus*, a comunicabilidade da ilicitude, fundamentando a sua posição com o facto do cúmplice não passar disso mesmo, de um simples participante, sendo que o que se deve estender nestes casos resulta já dos arts. 26º e 27 do C.P., aplicando-se o art. 28º, n.º2 do C.P. a favor do arguido¹⁰⁸. Se analisarmos esta última situação, podem-se retirar duas conclusões. A primeira conclusão (que não assume hoje relevância) é que nos casos em que se tratasse de um crime específico impróprio, o autor sofreria uma agravação pelo facto de deter a qualidade ou relação especial que fundamentava a agravação da ilicitude, enquanto que o cúmplice não teria qualquer agravação. Tratando-se de um crime específico próprio, a relação ou qualidade especial fundamentava a ilicitude do autor, e o cúmplice não responderia por esse facto ilícito que fora fundamentado por aquela relação ou qualidade. Ou, numa outra conclusão que se pode retirar da exposição de Teresa Beleza é a da desnecessidade da comunicabilidade da ilicitude do *intraneus* autor imediato para o *estraneus* cúmplice, dado que não é o cúmplice que tem de preencher os elementos do tipo legal de crime, mas sim o autor, e que como tal, a pena especialmente atenuada que caberia ao cúmplice (art. 27º, n.º2 do C.P.) seria já de acordo com a moldura penal do crime específico.

No entendimento de Henrique Salinas Monteiro, uma situação especial quanto ao art. 28º do C.P. corresponde quando o autor executor é o *extraneus* e o participante é o

¹⁰⁸ BELEZA, Tereza Pizarro, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, páginas 592, 597 a 599.

intraneus. Neste caso, afirma aquele autor, não ser possível ao autor executor praticar um crime específico, dado que não possui o dever especial a que estaria adstrito segundo a norma em causa, que levava à atipicidade do comportamento, não podendo por isso cometer aquele crime. Se vigorasse o princípio da acessoriedade, o *intraneus* participante também não podia ser punido, pois não existia um facto típico e ilícito. Tendo, desta forma, de passar a vigorar nos crimes especiais a “acessoriedade recíproca”, que implicava a total comunicabilidade entre os comparticipantes “dos elementos pessoais típicos delimitadores do círculo de agentes nos crimes especiais, sem que a punição dos intervenientes fique condicionada pela existência de um facto principal típico e ilícito”¹⁰⁹.

Outra questão, ainda relacionada com as anteriores, advém de saber se nestes casos do art. 28º do C.P. ainda vigora a teoria do domínio do facto ou, se segundo Roxin, se inserem os crimes específicos na categoria dos delitos do dever.

Quem sustente a aplicação da teoria do domínio do facto, nos crimes específicos, o autor para além de ter o domínio do facto, teria também de possuir a qualidade ou relação especial que seria exigida no tipo. Contudo, esta teoria levaria a situações em que um autor *extraneus* não poderia ser punido, e que o participante *intraneus* também não o fosse. Contudo, para tentar resolver esta lacuna de punibilidade, recorreu-se à figura do “instrumento doloso não qualificado”, em que em resultado da influência da qualidade ou relação especial, o *intraneus* deveria ser considerado autor mediato, e o *extraneus* o instrumento que atua dolosamente. Porém, Roxin diz que o este *intraneus* enquanto autor mediato não detém o domínio do facto, antes tem um dever extra-penal, tornando-o na figura central. Contra esta perspectiva, surge Tereza Beleza, para quem o tipo legal não se refere apenas à violação de um dever extra-penal, antes ao resultado ou ação de quem tem esse dever, referindo ainda Susana Aires de Sousa, que para além da norma legal mencionar o dever extra-penal, também pressupõe a execução daquela ação descrita no tipo legal¹¹⁰.

Na posição de Figueiredo Dias deve haver um duplo requisito: 1) a violação de um dever típico especial por quem é seu titular, e 2) o domínio do facto. Como já foi visto, este

¹⁰⁹ MONTEIRO, Henrique Salinas, *A Participação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, páginas 328 e 329.

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, páginas 850 e 851. (outras críticas nas páginas 851 e 852).

duplo requisito poderia levar a situações de impunibilidade, e para colmatar essas lacunas, refere que o art. 28º do C.P. não vem criar uma nova forma de autoria, antes deve ser interpretado conjuntamente com os arts. 26º e 27º do C.P., tendo em conta as formas possíveis de comparticipação, fazendo assim a lei “cair o requisito da titularidade” da qualidade ou relação especial, bastando para punir um autor *extraneus* o domínio do facto (salvaguardados os casos do art. 28º, n.º 2 do C.P.)¹¹¹.

Outro ponto de divergência doutrinal respeita à ressalva contida na parte final do art. 28º, n.º 1 do C.P. (“exceto se outra for a intenção da norma”). Para estes casos surge o exemplo dos crimes de mão própria, isto é, crimes que apenas podem ser cometidos por *aquela* autor imediato, que tem o domínio da ação, que executa o crime com o seu próprio corpo (tal como o crime de embriaguez e intoxicação do art. 295º do C.P.)¹¹². Contudo, há quem entenda que o sentido daquela ressalva não respeita àquela perspetiva tradicional dos crimes de mão própria, antes a situações como dos arts. 359º (“crime de falsidade de depoimento ou declaração”) e 363º (“crime de suborno”) do C.P. Nesta hipótese, em que A, arguido, oferece determinada quantia a B, testemunha, para prestar depoimento falso, apesar do crime do art. 359º do C.P. ser um crime específico, não se comunica a ilicitude ao suposto instigador, A, de acordo com o art. 28º do C.P., antes se pune A como autor imediato do crime de suborno, pois é a intenção da lei¹¹³.

7.2. A aplicação do artigo 24º do C.P. aos casos do art. 28º do C.P.

Relembrando a situação que vinha a ser tratada do art. 24º do C.P., tratava-se de um caso de comparticipação, que envolvia a desistência do autor imediato e a punição ou não do cúmplice.

Aplicando agora o caso com as circunstâncias do art. 28º do C.P., tratando-se de um autor imediato, *extraneus*, e de um cúmplice, *intraneus*. Caso o autor imediato desistisse

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 852.

¹¹² <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bcaf36cd0a03a37380257cee00330a69?OpenDocument&Highlight=0,comunicabilidade,da,ilicitude,art,28%C2%BA>

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 853.

nos termos do art. 24º do C.P., para além do que já foi explicado no tema anterior, é que apesar do cúmplice não ter desistido e de ser este o possuidor da qualidade ou relação especial que a norma exigia, de nada lhe serviria, pois o bem jurídico mantinha-se intacto, e não sendo ele autor, não poderia cometer o crime e não havia mais ninguém naquele momento a que se pudesse comunicar esta qualidade ou relação especial. Não haveria crime, e a qualidade ou relação especial que era exigida de nada servia. Concluindo, o cúmplice *intraneus* não deveria ser punido, tal como não o seria caso não se tratasse de um crime específico.

A situação mostra-se ainda mais peculiar nos casos em que o autor imediato é o *intraneus* e o cúmplice o *extraneus*. Neste caso, desistindo o autor imediato detentor da qualidade ou relação especial exigida, o que “sobrava” seria um cúmplice que havia prestado auxílio a um crime que não se havia realizado, e caso se entendesse punir o mesmo, seria punido pelas regras gerais (art. 27º do C.P.) em virtude da acessoriedade, mas por um crime que exigia uma qualidade ou relação especial que não se tinha verificado. Parece-me que esta solução ainda é mais difícil de defender.

8. Conclusão

Concluindo esta dissertação, quando se afirma que a desistência consiste numa causa pessoal de isenção da pena, essa pessoalidade advém da exigência da voluntariedade da mesma. Considerando a voluntariedade a *ratio essendi* da desistência, esta só podia ser caracterizada pela pessoalidade e, como tal aproveitando (a desistência) apenas a quem fosse imputado esse ato voluntário. Concordando assim com Figueiredo Dias no que toca à teoria que serve de base e fundamenta a desistência, a teoria dos fins das penas modificada.

O crime é constituído pela tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade, e preenchidos estes elementos estamos perante a necessidade de intervenção do direito penal, existe dignidade penal, existe um crime. Mas, como também foi mencionada, nem sempre aqueles elementos estão presentes na totalidade. Desta forma, na minha opinião a desistência interferirá com um elemento constitutivo do crime, a punibilidade, fazendo com que não haja necessidade de pena relativamente a certo crime, retirando a dignidade penal do facto.

No caso a que se visava dar resposta, seria um caso de comparticipação (pluralidade de agentes) com a presença de um autor imediato (que desiste, arts. 26, 1ª parte e 24º, n.º 1 do C.P.) e um cúmplice (art. 27º, n.º 1 do C.P.). Com a desistência do único autor, apenas resta a figura da cumplicidade. O que se passa é que não houve a prática de um crime (nem na forma tentada, nem na forma consumada), não houve lesão do bem jurídico, aquele que tinha o domínio da ação optou por salvaguardar o bem jurídico desistindo, atuando a desistência sobre o elemento da punibilidade, e retirando a dignidade penal do facto. Ao autor imediato desistente, não estão verificados as exigências de prevenção geral e especial positivas, mantendo-se o bem jurídico-penal que seria tutelado por certa norma intacto. Não havendo autoria, não é possível punir um cúmplice, uma vez que a cumplicidade não existe por si só (entre a cumplicidade e a autoria estabelece-se uma relação de acessoriedade, relação essa que faz depender a cumplicidade da existência de uma forma de autoria). Mesmo que se diga que uma vez constituída essa relação de acessoriedade, o outro agente mantém qualidade de cúmplice, então, aplicando no que toca à acessoriedade qualitativa, a tese de que é necessário para que se possa afirmar que há cumplicidade que o facto praticado pelo autor seja típico, ilícito e tenha dignidade penal (acessoriedade

limitada modificada), mesmo assim o cúmplice não seria punido, pois o facto do autor carecia de dignidade penal.

Mas mesmo para quem não defenda a acessoriedade limitada modificada, antes a acessoriedade limitada (que é a dominante), poder-se-ia encontrar uma justificação que levasse à mesma conclusão, ou seja, a da isenção da pena do cúmplice.

Por um lado, tem-se que o que justifica a punição de um cúmplice é o auxílio (moral ou material) que este presta ao facto típico e ilícito praticado pelo autor¹¹⁴, e de acordo com a acessoriedade limitada é a ilicitude e a tipicidade que bastam.

Desistindo o único autor existente, o que acontece é que a desistência retira o elemento da punibilidade que faz com que o facto que havia sido praticado não seja digno de pena, que não careça de dignidade penal. O que no fundo acaba por acontecer, e de um ponto de vista global, é que nesta situação em particular não se está perante um crime (não estão verificados todos os seus elementos constitutivos), não houve uma lesão de um bem jurídico, nem na forma tentada.

Deixando a acessoriedade limitada de parte, e voltando à ideia que pretendo defender, a pessoalidade caracteriza a desistência, mas nestes casos, não é a pessoalidade que faz com que não haja aplicação de uma pena ao cúmplice, porque este argumento seria contraditório, uma vez que a pessoalidade quer dizer isso mesmo, que pertence àquela pessoa e não mais, mas sim a dignidade penal que é retirada ao facto do único autor do crime (devido à desistência retirar a punibilidade dos elementos constitutivos do crime, pode-se dizer que vai como que constituir um efeito indireto ou secundário da desistência). Nesta hipótese, não existe mais ninguém que tenha o domínio do facto, ninguém que ainda possa preencher o tipo legal de crime ou deixá-lo na forma tentada.

Esta compreensão ainda faz mais sentido quando se aplica o caso juntamente com o art. 28º do C.P.. Parecia de certa forma “estranho” à comunidade e ferindo de certo modo a sensibilidade jurídica por se tratar de um caso ainda mais evidente, a atitude de punir um cúmplice *extraneus*, quando o autor imediato *intraneus* tivesse desistido (o cúmplice seria

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, página 826.

punido por um crime específico ao qual lhe tinha sido retirada a dignidade penal, e para o qual nem possuía a qualidade ou relação especial que era pretendida).

Um outro ponto que permite chegar a esta conclusão, e que também está relacionado com a dignidade penal, é a natureza subsidiária que caracteriza o Direito Penal.

Esta natureza subsidiária permite afirmar que o Direito Penal só intervém caso a proteção do bem jurídico não haja sido salvaguarda por outro ramo do direito. A punição de quem lese de alguma forma (tentativa ou consumação) o bem jurídico dotado de dignidade penal é uma atitude de *ultima ratio* do direito. O Direito Penal é o único direito que pode restringir a liberdade de uma pessoa.

Então, tendo em conta esta característica do Direito Penal, ou seja, a sua intervenção de *ultima ratio*, parece que na situação em que o autor imediato desiste, restando o cúmplice, não creio haver necessidade de intervenção do Direito Penal, pois não há, naquele caso, um bem jurídico a proteger, porque este já foi salvaguardado. Punir o cúmplice iria contra esta natureza do Direito Penal.

Em suma, a desistência é uma causa pessoal de exclusão da pena, mas que em certos e limitados casos pode implicar, através do efeito que tem em retirar a dignidade penal dum crime com um único autor, (então de uma forma indireta), a não aplicação de uma pena a um participante (cúmplice).

Bibliografia

- BELEZA, Tereza Pizarro, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984
- CANOTILHO, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Volume I*, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2014
- CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *Direito Criminal I - Tentativa e Frustração. II – Participação criminosa. III – Pena conjunta e Pena unitária*, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1953
- COSTA, José Francisco de Faria, *Formas do Crime, Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase 1*, Centro de Estudos Judiciários, [D.L. 1983] - 1984
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, Lisboa, 1983
O sistema sancionatório do direito penal português no Contexto dos Modelos de Política Criminal, Coimbra, 1988
Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Editorial Comares, 2008
- FARIA, Jorge Ribeiro de, *Sobre a desistência da tentativa (Separata do vol. LVII (1981) do BFDUC, 1982)*, Coimbra

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982, II Penas e medidas de segurança*, Reimpressão da edição de Janeiro de 1989, Lisboa, Almedina, 2010;
Lições de Direito Penal, Parte Geral I, Editorial Verbo, 1992
- FONSECA, Jorge Carlos de Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986
- GOMES, Júlio, *A desistência da tentativa, Novas e Velhas Questões*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993
- MONTEIRO, Henrique Salinas, *A Participação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Coimbra Editora, Aequitas, 1997;
A Relevância da Desistência em Situações de Participação, Coimbra Editora, 1992
- ROXIN, Claus, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001). Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html (Última consulta a 11 de Novembro de 2014)
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012
- SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais, Análise dogmática e Reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra, Coimbra editora, 2006;

*Separata de Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais,
Homenagem ao prof. Peter Hunerfeld, Coimbra Editora*

Jurisprudência

- C.J., X, T.2, 1985
- [tp://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2237c08638e3818e802579ce00337ef7?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/2237c08638e3818e802579ce00337ef7?OpenDocument)
- [ttp://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/03f6f4b0dfe39d90802568fc003a376f?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/03f6f4b0dfe39d90802568fc003a376f?OpenDocument)
- [ttp://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3446155e1eca02a802572640040e46a?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a3446155e1eca02a802572640040e46a?OpenDocument)
- <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/eec1138e053dca8e80256e6200508f65?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bcaf36cd0a03a37380257cee00330a69?OpenDocument&Highlight=0,comunicabilidade,da,ilicitude,art,28%C2%BA>

