

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Da punibilidade da tentativa

Vítor de Jesus Ribas Pereira

*Dissertação para a obtenção do grau de mestre
em direito penal sob a orientação do
Professor Doutor José Francisco de Faria Costa*

Abril
2009

1.ª Parte

I– Considerações gerais

1. As formas especiais do crime como decorrência da unidade do sistema do direito penal

Helmut Coing definia o sistema jurídico como a tentativa de reconduzir o conjunto da justiça, com referência a uma forma determinada de vida social, a uma soma de princípios racionais; partindo da hipótese fundamental de toda a ciência como estrutura racional, acessível ao pensamento, que domine o mundo material e espiritual. Esta noção de sistema jurídico pressupõe duas características, a adequação valorativa e a unidade interior do direito; e a função do sistema na Ciência do Direito consiste em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica¹. Assim acontece também com o sistema do direito penal.

O sistema do direito penal apresenta-se fundamentalmente apoiado em dois eixos normativos: um é dominado pela ideia de fragmentaridade e concretiza-se na pluralidade de normas de proibição e sancionatórias (crimes e tipos legais de crimes, bem como as penas e respectivas molduras penais abstractamente aplicáveis); o outro é sustentado nos pressupostos de unidade lógica e intencional da dogmática, e é preenchido por normas condensadoras de princípios, normas sobre normas, normas definitórias e regras jurídicas. Coincidem, quase exclusivamente, na tónica do Código Penal [CP] com a clássica bipartição entre a Parte Geral [PG, correspondente ao Livro I do CP (arts, 1.º a 130.º)], que descreve num plano geral e abstracto os princípios gerais de responsabilidade jurídico-penal comuns à totalidade ou a um conjunto de tipos de crime; e a Parte Especial [PE, de que se ocupa o Livro II do CP (arts. 131.º a 386.º)], que se ocupa de indicar as singulares condutas proibidas e as consequências (sanções) aplicáveis quando incursas naquelas².

A sistematização do CP aparenta ser rigorosa mas esta ideia apenas é exacta precisamente no plano da aparência porquanto entre as PG e PE há tanto uma autonomia como uma salutar tensão: a autonomização da PG permite o controlo racional da

¹ Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, FCG, 1989, pág. 14 e 279-280.

² G. FIANDACA/F. ALBEGGIANI, *Casi e questioni di Diritto Penale. Parte generale. 450 domande e risposte*, Milão, Giuffrè Editore, 1996, pág. 136.

aplicação jurídico-penal através do esclarecimento fundamental da matéria da regulamentação jurídica e do domínio dos critérios da valoração, a fim de evitar tanto as contradições normativas como uma “jurisprudência sentimental” (a expressão entre comas é de Figueiredo Dias) e propiciar a descoberta da justiça do caso; por via da apontada tensão obtém-se a unidade normativa do CP e por ela a PG permite reconhecer com nitidez a estrutura do conceito de crime que lhe serve de base³.

Desta relação intrassistemática do CP percebe-se que o objecto da regulação jurídico-penal é a conduta (o facto punível), e não a personalidade do agente, querendo dizer-se que todo o direito penal é direito penal do facto e não direito penal do agente: a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, e não a tipos de agente e às características da sua personalidade, por um lado; e por outro, as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, e não são formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade. Uma personalidade defeituosa não pode constituir o objecto de referência das reacções criminais, sob pena do grave perigo em que incorreria a paz jurídica entre os cidadãos. A perigosidade criminal tem de se conexionar com os bens ou valores protegidos pelo direito penal e com o facto que os viola ou põe em perigo que reaparece na base de todo o sistema: todo o direito penal é direito penal do facto⁴.

Na PE está contida a forma típica, comum ou normal, de aparecimento da infracção criminal: o tipo de crime doloso, culposo, consumado, individual, singular e punível. Mas o direito penal é uma ordem comportamental ou relacional e, por isso, um comportamento típico pode não ser ilícito se presidido por uma causa de exclusão da ilicitude que pode encontrar-se tanto no ordenamento jurídico considerado na sua globalidade, como na PG ou na PE do CP, uma vez que corresponde ao exercício de um direito, logo não é punível⁵. A conduta do agente pode não ser igualmente punida se

³ José de FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 21-22; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral da infracção criminal*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 8 e 235; e Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed. corrigida e ampliada (tradução de José Luís Manzanares Samaniego), Granada, Comares Editorial, 1993, pág. 175-177.

⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal com a colaboração de Figueiredo Dias I*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, pág. 195-196.

⁵ Cfr., quanto às causas da exclusão da ilicitude presentes na PG, o CP, Cap. III, arts.: 31.º (princípio geral de exclusão da ilicitude), n.º 1 e 2, 32.º (legítima defesa), 34.º (direito de necessidade), 36.º (conflito de deveres), 38.º e 39.º (a propósito do consentimento). Nesta parte, a dimensão operacional é sempre

sobrevier uma causa de exculpação típica em razão de inimputabilidade (em razão da idade ou de anomalia psíquica), inexigibilidade, erro sobre a factualidade típica ou falta de consciência da ilicitude não censurável, que se podem encontrar na PG⁶. O facto, apesar de típico, ilícito e culposo, ainda pode não ser punível ainda em nome do princípio da necessidade de intervenção do direito penal como *ultima ratio*, como acontece, para o que agora interessa, nos termos do CP, arts. 23.º/3 (a propósito da designada “tentativa impossível”), 24.º e 25.º (sobre a desistência da tentativa do autor singular e do participante, respectivamente). Também aqui encontra-se presente aquela tensão normativa entre a PE e a PG que confere unidade de sentido ao CP, mas que não se fica por aqui.

Se a PE do CP contém a forma típica de surgimento da infracção penal, e o direito penal é uma ordem relacional, uma compreensão estrita das coisas levaria a que ficassem impunes comportamentos prévios à consumação ou concomitantes da execução do crime: quando o agente dá início à execução da conduta delituosa sem que logre completá-la; ou as hipóteses em que o sucesso da empreitada criminosa depende de vários agentes, ou quando o agente, com uma ou várias condutas, preenche diversos tipos legais ou diversas vezes o mesmo tipo legal de crime. Ora, o direito penal tem aversão ao vazio, para mais tratando-se de uma ordem fragmentária, necessária e subsidiária. Por isso, na ausência de preceitos na PE, é com o recurso à PG que se procura obviar às eventuais lacunas que resultariam da impunidade de comportamentos prévios ou concomitantes.

Em conformidade, o Estado, no exercício do *ius puniendi*, expande a esfera dos tipos de crime da PE mediante a criação de outros tipos localizados na PG, com os mesmos predicados dos tipos da PE e, por esta via, amplia o seu alcance normal pela descrição de comportamentos prévios à consumação dos tipos previstos na PE (como acontece com a punibilidade dos actos preparatórios e da tentativa, nos termos do CP, art. 21.º e 22.º a 25.º, respectivamente); da intervenção de diversos agentes não exigida

referida à ordem jurídica na sua totalidade e ao exercício do direito; por isso, as causas de exclusão da ilicitude não se apresentam de forma taxativa, antes exemplar (o advérbio “nomeadamente” do CP, art. 32.º/2). Os tipos justificadores delimitam negativamente o tipo incriminador, apresentando-se assim como contra-tipos; a propósito, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pág. 269. Na PE do CP podem encontrar-se, v.g, no art. 180.º/2.

⁶ Respectivamente, CP, arts. 19.º e 20.º, quanto à inimputabilidade; 33.º/2 (excesso asténico de legítima defesa), 35.º/1 (estado de necessidade desculpante) e 37.º (obediência indevida desculpante), com respeito à exclusão da culpa por inexigibilidade; e 16.º e 17.º, a propósito do erro sobre a factualidade típica e da falta de consciência da ilicitude não censurável.

em concreto por aqueles tipos incriminadores (a punibilidade da comparticipação e da cumplicidade nos termos do CP, arts. 25.º a 29.º⁷); e a da realização de uma ou várias condutas que preenchem vários tipos de crime ou várias vezes o mesmo tipo (a punibilidade do concurso de crimes e do crime continuado, nos termos do CP, art. 30.º)⁸.

⁷ Segundo Jorge de Figueiredo Dias, por comparticipação designa-se a pluralidade de agentes que intervêm na prática do crime, e por participação a intervenção dos comparticipantes que não são autores, como se pode encontrar em FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 757, nota 1. Contudo, em face do direito penal português pode dizer-se que, com o emprego do conceito “comparticipação”, exprime-se ou a ideia de participação em sentido amplo, ou os problemas gerais do domínio do facto e da possibilidade de intervenção de participações alheias, como se pode ver em MIGUEL PEDROSA MACHADO, “Para uma síntese do conceito jurídico-penal de comparticipação (Numa perspectiva de comparação luso-brasileira)”, in *Formas do Crime- Textos diversos*, Cascais, Principia, 1998, pág. 48. Germano Marques da Silva considera que a comparticipação designa o facto em que vários agentes colaboram, ao passo que a participação refere-se ao facto ou acção individual de cada agente, de cada participante, que se insere no facto ou acção colectiva. V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral. II-A teoria do crime*, pág. 284.

⁸ Cfr. Claus ROXIN/Günther ARTZ/Klaus TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Processual (Versión española, notas y comentarios de los Profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer)*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989,., pág. 40. Quanto ao estado da arte da doutrina portuguesa no que diz respeito à compreensão da problemática da unidade ou pluralidade de infracções, decisiva para a entendimento das questões colocadas pelo concurso de crimes (e pelo crime continuado), Figueiredo Dias procedeu a uma revisão do entendimento da doutrina tradicional em matéria de concurso de crimes. Nos termos do pensamento tradicional vigente entre nós no que diz respeito ao concurso de crimes – a concepção normativista do concurso, que arranca de Eduardo Correia e das suas obra (*Unidade e pluralidade de infracções*, Livraria Atlântida, Coimbra, 1945) e lições (*Direito Criminal. I-Tentativa e frustração. II-Comparticipação criminosa. III-Pena conjunta e pena unitária e Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume II*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, e que pode encontra-se em José de FARIA COSTA, “Formas do crime”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, CEJ, 1983) -, para se determinar se se está perante uma situação de unidade ou de pluralidade de infracções, é fundamental saber quantos juízos de censura devem ser feitos ao agente em função do bem jurídico e da resolução criminosa, sendo fundamental perceber que o preenchimento em abstracto de vários tipos nem sempre implica o preenchimento de vários tipos em concreto. Por isso, e de acordo com esta doutrina, tem-se então: 1. o concurso legal, aparente ou impuro, quando o comportamento do agente preenche vários tipos legais só que o conteúdo da conduta é total e exclusivamente abrangido por um dos tipos violados, devendo, por consequência, os demais tipos recuar na sua aplicação. Neste caso há um verdadeiro concurso de normas que se relacionam em termos de: 1.1. especialidade [a norma especial incorpora elementos essenciais do tipo fundamental abstractamente aplicável a que acrescem os elementos especiais atinentes ao facto ou ao próprio agente, como acontece, v. g., com o CP, arts. 132.º (homicídio qualificado) e 131.º (homicídio simples)]; 1.2. consunção [quando o preenchimento de um tipo legal, concretamente mais grave, inclui o preenchimento de outro tipo legal, concretamente menos grave, como se pode alcançar do cotejo entre o CP, art. 190.º/1 (violação de domicílio) e o art. 204.º/1, f) e/ou 204.º/2, e) (quanto ao furto qualificado)]; 1.3. subsidiariedade: 1.3.a) expressa, ou seja, a aplicação auxiliar de um tipo legal de crime se não existir outro tipo legal aplicável em abstracto que comine uma pena mais grave de forma expressa, como acontece nos crimes contra pessoa que goze de protecção internacional do CP, art. 322.º (“se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”); ou: 1.3.b) implícita, como no caso da punição da tentativa em relação ao crime consumado, e dos actos preparatórios (CP, art. 21.º) se o facto não alcançar a tentativa (CP, art. 22.º)]; e : 1.4. facto posterior não punível, desde que o crime posterior (de garantia ou de aproveitamento) não só não atinja o ofendido com um novo dano mas que também não viole um novo bem jurídico. A consequência do concurso de normas (dito “concurso aparente”) está na aplicação concreta ao caso de só um dos tipos legais violados. 2. Diferentemente, no concurso efectivo, verdadeiro ou puro (CP, art. 30.º/1) são diversas as normas aplicáveis em abstracto e concorrentes na aplicação concreta. Assim, pode admitir-se que seja aplicada a todos os crimes uma única pena ou, diferentemente, que se fixe uma pena para cada um dos crimes e depois aquelas penas sejam unificadas (sistema da acumulação material, prevista no CP, art. 77.º, no qual a moldura do concurso é dada pela soma das penas parcelares concretamente cabidas a cada crime, o limite mínimo é conferido pela pena concretamente mais grave, e a

pena concreta é obtida por cúmulo jurídico em função dos factos e da personalidade do agente). Ao concurso real é equiparado o concurso ideal (CP, art. 30.º/2: “o número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente), que pode ser: a) heterogéneo, quando o agente por meio de uma só acção viola diferentes tipos; ou: b) homogéneo, quando o agente viola várias vezes o mesmo tipo. 3. O crime continuado (CP, art. 30.º/2), apesar de equiparado ao concurso de crimes, representa uma excepção à pluralidade de crimes, pois que aqui está em causa um ataque sucessivo contra o mesmo bem jurídico ou contra bens jurídicos fundamentalmente idênticos. Se os bens jurídicos forem eminentemente pessoais e disserem respeito à mesma vítima, há crime continuado; se disserem respeito a diferentes vítimas, há uma situação de concurso (cfr. CP, 30.º/3). O crime continuado é punido nos termos do CP, art. 79.º. Cfr. FARIA COSTA, JOSÉ DE, “Formas do crime”, págs. 178-183.

Figueiredo Dias parte para a revisão do entendimento tradicional exposto *supra*, a partir da a importância que a questão do concurso tem em função do princípio da proibição da dupla valoração (*non bis in idem*) e a sua pertinência para a segurança jurídica, e para o co-estabelecimento do objecto do processo, uma vez que a prolação da sentença condenatória determina o cumprimento do mandato da esgotante apreciação do objecto do processo [considerado por Figueiredo Dias como “um recorte, um pedaço da vida, um conjunto de factos em conexão natural (...) analisados em toda a sua possível relevância jurídica, ou seja, à luz de todos os juízos jurídicos pertinentes”, isto é, “uma questão-de-facto integrada por todas as possíveis questões-de-direito que possa suscitar”, conforme se pode ver em MÁRIO PAULO DA SILVA TENREIRO, “Considerações sobre o objecto do Processo Penal”, in *Separata da ROA*, ano 47, Dezembro 1987, Lisboa, pág. 1029-1030]. Assim, este Autor propõe uma concepção social normativa do concurso em cujos termos é importante é determinar quantos sentidos sociais de ilicitude típica estão presentes no comportamento global do agente. Se está presente apenas um sentido, há unidade de norma; se estão presentes vários sentidos, há uma situação de concurso. Então há que começar por questionar a aplicação (aparente) de diversas normas para depois procurar se os concretos factos preenchem várias normas e em que termos, o que tem uma consequência. Assim se distinguem: 1. a unidade de norma ou de lei, onde está presente apenas uma unidade de sentido social do comportamento, em virtude da qual ao comportamento concreto é aplicável, em abstracto, uma pluralidade de normas, e que constitui o pressuposto da determinação da unidade ou pluralidade de crimes. É uma operação de natureza lógico-conceitual que leva à aplicação de uma norma (prevalente) e à punição por aquela norma. Estabelecem-se processos de ordem de normas: 1.1. de subordinação e inclusão - relação de especialidade - pela qual: 1.1.a) a norma especial contém elementos da norma geral e adiciona elementos especiais (é o caso dos tipos qualificados e dos tipos privilegiados), e o bem jurídico é o mesmo; ou: 1.1.b) as situações enquadráveis na consunção da doutrina tradicional quando o bem jurídico é diferente; 1.2. de interferência - relação de subsidiariedade, a qual pode ser: 1.2.a) expressa, quando o teor literal de um dos tipos legais restringe expressamente a sua aplicação à inexistência de outro tipo legal que comine uma pena mais grave; ou: 1.2. b) implícita quando, apesar do silêncio da lei, e para o alargamento ou reforço da tutela, o legislador decidiu criar tipos legais abrangentes de factos que se apresentam como estádios evolutivos, antecipados ou intermédios de um crime consumado, ou como formas menos intensivas de agressão ao mesmo bem jurídico. 2. O concurso de crimes, no qual está presente uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude e são concretamente aplicáveis mais que uma norma, ou a mesma norma é aplicável várias vezes, pelo que encerra um problema teleológico. Distingue-se: 2.1. o concurso efectivo, puro ou próprio, punido nos termos em que há uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos típicos, e que pode ser: 2.1.a) homogéneo, isto é, a norma típica foi violada mais do que uma vez, revelando o comportamento global uma pluralidade de sentidos de ilícito; ou: 2.1.b) heterogéneo, onde são diferentes os crimes que compõem o comportamento global. É punido nos termos do CP, art. 77.º. 2.2. O concurso aparente, na perspectiva de Figueiredo Dias, arranca da categoria tradicional da consunção mas é pensada a partir das relações que se estabelecem entre sentidos de ilícitos singulares no contexto da realidade da vida constituída pelo comportamento global. Há um concurso de tipos legais efectivamente preenchidos pelo comportamento global mas o comportamento é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude, isto é, por uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos típicos praticados. Corresponde à violação de vários tipos legais, ou à violação do mesmo tipo legal várias vezes, em unidade de sentido do ilícito praticado. Entre os diversos tipos estabelecem-se as seguintes relações: 2.2.a) unidade de sentido do comportamento global final, em que há um sentido de ilícito dominante ou autónomo, e há factos tipicamente acompanhantes, ou co-punidos (correspondente ao facto posterior não punível do entendimento tradicional) que relevam para efeitos de determinação da medida concreta da pena; 2.2.b) crime instrumental ou crime-meio, no qual um ilícito singular surge perante o ilícito principal como único meio de o realizar, e nesta realização esgota o seu sentido e efeitos; 2.2.c) unidade de desígnio criminoso, que confere a uma pluralidade de realizações típicas um sentido fundamentalmente unitário do ilícito; 2.2.d) conexão espaço-temporal das realizações típicas, pela qual a

Ou seja, e acompanhando Miguel Pedrosa Machado, a tipicidade pode ser apresentada ou construída na lei penal de forma directa ou indirecta: a tipicidade directa patenteia-se no tipo de crime que a lei apresenta completamente, no tipo objectivo e no tipo subjectivo, em determinada norma incriminadora da PE do CP ou em legislação extravagante. Porém, e para “completar” um tipo legal de crime, é preciso relacionar uma previsão encontrada na PE, ou em leis complementares, com as normas gerais constantes da PG. Nesta medida, é que se designam por formas especiais de surgimento do crime (doravante, formas do crime), uma vez que são verdadeiros tipos legais dependentes ou subordinados segundo Belling, e, por isso, necessitam do apoio dos tipos (autónomos) da PE (que, assim, se configuram como formas gerais de aparecimento do crime). Enquanto figuras dogmáticas, podem ser estruturadas em termos autónomos, e representam um alargamento materialmente complementar da consumação⁹, ou, segundo Jakobs, um complemento à realização do tipo (a participação) ou um complemento à realização antecipada do tipo e da culpa em relação com os tipos consumados (a tentativa)¹⁰.

Dizendo de outro modo, agora com Cavaleiro de Ferreira: as normas incriminadoras prevêm, em regra, o crime consumado, no qual se verificam todos os elementos constitutivos constantes da incriminação e, para evitar uma maior extensão das incriminações na PE ou: a) antecipa a tutela penal, por uma norma legal da PG, de maneira a que seja punível não somente o crime consumado, mas ainda o crime tentado (tentativa) ou os actos preparatórios ou mesmo a conjura de várias pessoas para a

proximidade ou o afastamento contextuais da realização típica são indícios da unidade ou pluralidade de sentidos de ilícito global; e: 2.2.e) os diferentes estádios de evolução ou intensidade da realização global que conduza à concorrência de sentidos de ilícito realizados e à determinação do sentido do ilícito determinante. A punição do concurso aparente no entendimento de Figueiredo Dias é semelhante à punição descrita sob 1.1.b). 3. Por último, quanto ao crime continuado, este é constituído por um concurso de crimes efectivo que, todavia, a lei transforma numa unidade jurídico-normativa subtraindo esta figura, e em nome da exigibilidade sensivelmente diminuída que domina a continuação criminosa, à dureza da punição do concurso efectivo de crimes (razões de política criminal, portanto). Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, pág. 977-1041.

⁹ Neste sentido, José de FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, separata do número especial do BFD – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» -, 1984, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1995, pág. 20 PEDROSA MACHADO, “*Formas do Crime- Textos diversos*”, Principia, Cascais, 1998, pág. 23-25 e 43; e Alfonso REYES ENCHANDÍA, *Derecho Penal*, sétima reimpressão da 11.ª ed., Santa Fé de Bogotá (Colômbia), Editorial Témis, S.A., 2000, págs. 118-119. No mesmo sentido, cfr. Ac. do TR de Lisboa de 1 de Outubro de 2008, que considera que “nosso legislador incluiu, na parte geral do Código Penal, disposições que constituem verdadeiras cláusulas de extensão da tipicidade, ou seja, que alargam cada uma daquelas previsões da parte especial de forma a permitir a punição, nomeadamente, da tentativa (artigos 22º e 23º)” (fonte: www.gde.mj.pt, com referência ao processo n.º 7383/2008-3)

¹⁰ V., por todos, Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*, (tradução para castelhano de Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo), 2.ª edição corrigida, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, págs. 717-938.

perpetração do crime, com o alargamento da punibilidade a comportamentos cada vez mais distantes do crime consumado; b) completa a regulamentação da PE do CP que, normalmente, só prevê o crime cometido por um só agente, e definindo na PG a comparticipação criminosa ou a perpetração do crime por mais do que um agente; ou, por último, c) as incriminações da PE individualizam cada crime, mas não prevêem o caso em que o mesmo agente preenche mais do que um crime, daí a regulamentação do concurso de crimes na PG¹¹.

Mas não é só com a PE que as formas de crime comunicam. É certo que a tentativa é referida a um tipo incriminador (não consumado) mas também implica com a comparticipação na medida em que as acções de “executar o facto”, “tomar parte directa na sua execução” ou “execução ou começo de execução” que povoam o CP, art. 26.º só podem ser referidas à tentativa uma vez que os actos de execução são um dos elementos que a caracterizam (CP, art. 22.º/1 e 2). A desistência da tentativa está prevista no CP, art. 24.º como causa de exclusão da punibilidade mas, e por força do princípio da culpa vertido no CP, art. 25.º, releva para efeitos da não punição do participante (desistente).

A tentativa comunica ainda com o problema da unidade e/ou pluralidade de infracções (e crime continuado) posto que o que releva para os efeitos do CP, art. 30.º/1 é o número de tipos de crime efectivamente preenchidos, ou o número de vezes que o mesmo tipo é preenchido pela conduta do agente; e não o número de tipos de crime efectivamente consumados, ou o número de vezes que o mesmo tipo é consumado pelo agente. Além disso, e conforme o aduzido *supra* na nota 33, as relações que se estabelecem entre os actos preparatórios e a tentativa também importam à discussão do designado concurso aparente.

2. A tentativa: breve aproximação

A tentativa, nos termos do CP, art. 22.º/1, só existe em relação aos acrisolados tipos incriminadores, no qual desemboca a doutrina geral da infracção criminal por força do princípio da legalidade; e o direito penal não pode deixar de pressupor uma unidade de

¹¹ Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I-A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, 1992, pág. 390-391.

estruturação do ilícito, condicionada pelos princípios garantísticos do Estado de direito¹².

O legislador poderia ter previsto a incriminação da tentativa na PE mediante a descrição típica do delito consumado e a correspondente incriminação da tentativa. Ao invés, decidiu-se por uma técnica legislativa mais apurada, ao prever a incriminação da tentativa na PG e dos seus elementos essenciais, combinando-a com os elementos do tipo incriminador que individualizam o núcleo do delito consumado¹³.

De acordo com Eduardo Correia, a tentativa representa um alargamento ou uma extensão do direito penal aos actos anteriores à consumação do crime¹⁴, e a consumação representa a realização completa de um tipo de ilícito em todos os seus elementos constitutivos e a correspondência do facto concretamente verificado com a hipótese da norma incriminadora¹⁵.

A tentativa, enquanto comportamento jurídico-penalmente relevante, estabelece uma relação de emergência e uma relação de ausência com o crime consumado¹⁶: a relação de emergência divisa-se porquanto a existência e legitimação do crime consumado iluminam o delito tentado, uma vez que emprestam-lhe um bem jurídico, tipificam a realização incompleta do crime que o agente decidiu cometer e conferem-lhe dignidade penal. Também no delito tentado se precipitam a fragmentaridade (de 1.º e de 2.º grau), legalidade e subsidiariedade, porque releva de comportamentos que não são refractários à necessidade da pena, e é neste sentido que parece ir o Ac. do TC n.º 262/01, de 30 de Maio, tirado a propósito da admissibilidade (ou não) da tentativa quanto ao crime de tráfico de estupefacientes (previsto e punido pelo DL n.º 15/93, de

¹² Cfr. Maria FERNANDA PALMA, *Da "tentativa possível" em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 26.

¹³ Marco SINISCALO, "Tentativo", in EG, volume XXX (Aggiornamenti), 1993, pág. 1.

¹⁴ In *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, volume I, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, s/d, pág. 165.

¹⁵ FIANDANCA/ALBEGGIONI, *o.c.*, pág. 255, e Georges VERMELLE, *Le nouveau droit pénal*, Dalloz, Paris, 1994, pág. 88.

¹⁶ As expressões "relação de emergência" e "relação de ausência" são retiradas de Boaventura de SOUSA SANTOS, "Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências", in RCCS, Outubro de 2002, pág. 239, cujo contexto é distinto do do presente trabalho, mas não deixa de vislumbrar-se uma relação com o tema da punibilidade da tentativa na medida em que, no desenvolvimento das ideias de ausência e emergência como notas de uma razão cosmopolita, que Sousa Santos contrapõe à razão ocidental herdeira das Luzes, ou razão indolente; Sousa Santos toma como notas desta razão cosmopolita as ideias de expansão do presente e contracção do futuro de forma a "criar o espaço-tempo necessário para conhecer e valorizar a experiência social que está em curso no mundo de hoje." Pensa-se que as ideias de expansão do presente e contracção do futuro igualmente se encontram na punibilidade da tentativa: a expansão do presente encontra-se na punição de um comportamento não consumado, e a contracção do futuro está precisamente na não consumação do comportamento do agente.

22 de Janeiro¹⁷, art. 21.º). O TC considerou que a intervenção penal não tem de acontecer, apenas nas situações em que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é efectivamente lesado pela conduta proibida, uma vez que há situações nas quais o legislador procede a uma antecipação da tutela penal, punindo comportamentos que ainda não lesaram efectivamente esse bem jurídico. Assim sucede quando o comportamento em questão apresenta uma especial perigosidade para bens jurídicos essenciais à subsistência da própria sociedade e, por essa via, é legitimada aquela antecipação mesmo em situações onde se verifica uma particular perigosidade das condutas anteriores à consumação material do crime. O que justifica a ilicitude também típica “é ainda a *típica* conexão com a actividade lesiva do bem jurídico, prosseguida pela ‘preparação’ do crime (...)”¹⁸.

Como se disse no início, a tentativa consiste na realização incompleta do comportamento típico de um determinado tipo de crime previsto na lei e a sua incriminação corresponde à extensão (por mor da relação de emergência que intercede entre o crime tentado e o crime consumado) da punibilidade às realizações incompletas do tipo de crime que o agente decidiu realizar. Na punibilidade da tentativa, de acordo com Germano Marques da Silva, há como que a fusão de duas normas: a da PE, que prevê determinado tipo de crime que o agente queria cometer, e da PG que estende a punição ao comportamento que o agente comete¹⁹. Partindo da ideia de que o crime consumado ilumina o crime tentado, uma primeira questão que se pode colocar é a de saber se a tentativa configura um tipo subordinado ao tipo consumado, um tipo autónomo de crime ou, antes, mera circunstância accidental de um crime consumado de referência.

¹⁷ Na redacção conferida pela L 45/96, de 3 de Setembro. A redacção do DL 15/93, de 22 de Janeiro foi posteriormente alterada pelo DL 323/2001, de 17 de Dezembro, ou seja, foi alterada em data posterior à prolação do Ac. do TC ora em análise.

¹⁸ Continua o acórdão dizendo que a questão da legitimidade da punição por crime de tráfico na forma tentada, pela prática de actos situados numa fase ainda mais remota relativamente à consumação material do crime “encontra assim o seu fundamento na particular perigosidade das condutas que justifica uma concepção ampla de tráfico, desligada da obtenção do resultado transacção”; uma vez que são “condutas que concretizam de modo particularmente intenso o perigo inerente à actividade relacionada com o fornecimento de estupefacientes, o legislador antecipa a tutela penal relativamente ao momento da transacção. A não punição da tentativa tem por justificação o facto de este crime não ser um crime de dano nem de resultado efectivo. Assim, a não punição de tentativa é apenas consequência de não se pretender antecipar mais a tutela penal já suficientemente antecipada na descrição típica. Ora esta construção normativa não viola qualquer disposição constitucional.” Cfr. nota 14.

¹⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral II. Teoria do crime*, pág. 256-257.

A relação de ausência que intercede entre a tentativa e o crime consumado está no seguinte: a tentativa não é fractal em relação ao crime consumado, quanto mais não seja porque àquela falta o resultado. Ou seja, na tentativa há um desvalor de acção, mas não um desvalor de resultado²⁰. Ao dizê-lo não significa que a tentativa corresponda à prática imperfeita de um tipo de crime a ela alheio: a menção ao crime que o agente decidiu cometer afasta esta hipótese, caso contrário o CP, art. 22.º/1 bastar-se-ia com os actos de execução de um tipo de crime. Por outro lado, nos termos do CP, art. 23.º/2, a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado especialmente atenuada conforme o CP, arts. 72.º/1 (nos casos expressamente previstos na lei, como a tentativa por força do CP, art. 23.º/2) e 73.º (os termos da atenuação especial). A atenuação especial é, assim, obrigatória e referida à moldura penal do crime consumado, mas a pena aplicável modificada à tentativa é uma nova pena que pode ser objecto de substituição nos mesmo termos em que o poderia ser a pena concreta correspondente à determinação da medida abstracta de que se parte como função do cálculo a efectuar. Ou seja, é criada uma moldura penal abstracta para a tentativa, desta forma institucionalizando-se ou autonomizando-se a tentativa e, em consequência, há lugar à construção de uma entidade típica autónoma, a significar que há uma autónoma correspondência entre tipicidade e penalidade. Acrescente-se ainda que o facto de a tentativa representar um “tipo dependente” ou “não autónomo” (utilizando a terminologia de Belling) não significa a incompatibilidade entre o “tipo dependente” e a autonomia do tipo, isto não porque existe um crime de tentativa mas antes porquanto a tentativa enquanto conceito jurídico é uma forma de aparecimento do crime ao lado do delito consumado²¹.

Desta forma, quando se afirma que a tentativa representa um tipo autónomo de crime, querer-se-á dizer um tipo dogmaticamente autónomo de crime porque, citando

²⁰ Cfr. FÁRIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, pág. 9.

²¹ Cfr. PEDROSA MACHADO, *Formas do Crime*, págs. 19-24, e JORGE FONSECA, *Crimes de empreendimento e tentativa. Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pág. 145. No sentido da não punibilidade da tentativa como crime autónomo, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, págs. 255 e 272-273, na medida em que, depois de aceitar que a incriminação da tentativa corresponde a uma extensão da punibilidade às realizações incompletas do tipo de crime que o agente decidiu cometer, considera que o comportamento consistente na execução começada e não acabada do crime que o agente se propunha realizar deve ser punido de modo menos grave que o crime consumado pois que se está perante factos que não constituem ainda o crime consumado, isto é, factos “que correspondem apenas a uma fase da execução do crime planeado. Por isso é que a pena da tentativa é determinada em função da pena que seria aplicável ao crime atenuado, mas especialmente atenuada”. Porém, a pág. 257-260, aceita que “no plano normativo, a tentativa constitui um título autónomo de crime, caracterizado por um evento ofensivo que lhe é próprio (perigo), embora conservando o mesmo *nomem iuris* do crime consumado a que se refere e de que constitui execução completa.”

Faria Costa, “não pertence «à natureza das coisas» a coincidência de pressupostos dogmáticos entre tentativa e consumação. Assim, “nada há a impedir – de uma perspectiva dogmática ou substancial – uma construção própria e específica para as infracções tentadas.”²²; e é neste sentido que se procurará indagar *infra* sobre o fundamento da sua punibilidade. Além do mais, a construção técnica de uma norma penal incriminadora autónoma da tentativa pode alcançar-se a partir do CP, art. 21: esta norma confirma a excepcionalidade da punição dos actos preparatórios por via de uma tipicidade autónoma²³.

Segundo o CP, art. 22.º/1, há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se; e o n.º 2 dispõe sobre os actos de execução relevantes para efeitos de tentativa, sobressaindo a aquela intrínseca relação de dependência entre a PG e a PE pois que são actos de execução tanto aqueles que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime [da PE que o agente decidiu cometer: CP, art. 22.º/2, *a*)]; como os actos idóneos ao resultado típico [mais uma vez, a remeter para a PE: CP, art. 22.º, *b*)]; ou os que, segundo a experiência comum “e salvo circunstâncias imprevisíveis”, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos que preencham um elemento constitutivo de um tipo de crime ou idóneos à produção do resultado proibido pelo tipo [CP, 22.º/2, *c*)].

Assim, na tentativa o agente pratica, ao menos, um acto de execução de entre vários que podem constituir o trajecto do crime. Se o agente não chega a praticar todos os actos de execução que seriam indispensáveis à consumação do crime, a tentativa diz-se inacabada (ou tentativa propriamente dita); se, pelo contrário, o agente pratica todos os actos de execução e, todavia, a consumação não vem a ter lugar, está-se perante uma tentativa acabada, ou frustração.

O CP vigente, ao contrário do CP de 1852 e do CP de 1886, não distingue a tentativa inacabada da tentativa acabada, ou seja, isto é, a tentativa na qual se praticaram todos os actos de execução necessários para que a consumação se verifique. Não há, assim, um tratamento autónomo da frustração. Hoje, a tentativa é tratada de modo unitário: a tentativa propriamente dita e a frustração estão submetidas à mesma moldura

²² Neste sentido, José FARIA COSTA, “Tentativa e dolo eventual revisitados”, em anotação ao Ac. do STJ de 3 de Julho de 1991, in RLJ, ano 132.º, n.º 3907 (Outubro de 2000), Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, pág. 307, quando afirma que pode suceder que haja ou possa haver uma doutrina ou teoria própria para os crimes tentados e uma outra diferente para os crimes consumados.

²³ MIGUEL PEDROSA MACHADO, *idem*, pág. 23.

penal. Sem embargo, a distinção ainda tem uma dimensão operatória muito importante, em nome de razões de política criminal²⁴, uma vez que releva para efeitos de desistência, da tentativa e em caso de comparticipação (CP, arts. 24.º e 25.º, respectivamente).

Problema distinto é o de saber quando é que a tentativa pode considerar-se acabada para efeitos do CP, art. 24.º, o qual, faz depender a desistência da não consumação do crime (no caso da tentativa propriamente dita) ou da não verificação do resultado (na tentativa acabada); tornando-a obra pessoal do agente e para a qual releva a proximidade existente entre a tentativa e a consumação. No caso da tentativa inacabada, basta que o agente interrompa ou abandone a realização típica, omitindo a prática dos actos de execução que ainda faltam para a consumação; se o agente já criou todas as condições de realização típica integral, isto é, nas hipóteses de tentativa acabada, é necessária uma intervenção activa sua no sentido de impedir a consumação da realização em curso, ou ainda uma intervenção activa de modo a obstar a verificação do resultado não compreendido no tipo, para a hipótese dos crimes formais (aqueles a cuja tipicidade é indiferente a realização do resultado), e o mesmo comportamento activo é exigido perante uma tentativa por omissão. Neste ponto, o estado objectivo da situação por si só não logra decidir se a tentativa é acabada ou não: é decisivo recorrer às representações do agente sobre o estágio alcançado de realização do facto, uma vez que só aquelas representações podem servir para determinar se o agente fez tudo em ordem à realização integral do facto e, a partir delas, assim toma a sua verificação, sem mais, por possível.

Em conformidade, uma teoria do arrependimento activo por parte do agente não consegue abarcar aquelas situações de desistência em que o que verdadeiramente se exige é um *non facere*. Por outro lado, a natureza ou o carácter das motivações do agente não tem qualquer relevância. Se o fim político-criminal que preside ao privilégio da impunidade da tentativa (convertendo a desistência em elemento negativo da própria tentativa) encontra-se na salvaguarda do bem jurídico que se quer proteger, e por ele se pretende dissociar a tentativa do agente, a desistência só pode ser obra pessoal do agente se ela for voluntária e estiver na esfera de poder do agente. Por isso, qualquer elemento exterior ao agente que lhe subtraia a capacidade de decisão retira a uma eventual desistência o seu carácter voluntário e, por esta via, a desistência torna-se irrelevante. O

²⁴ No mesmo sentido FARIA COSTA, “Formas do crime”, págs. 161 e 165, e Manuel Lopes MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado- Legislação complementar*, 18.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pág. 130.

essencial não reside em uma qualquer desistência mas sim na desistência voluntária exteriorizada por actos que demonstrem que o propósito do agente é, para lá de toda a dúvida razoável, evitar a consumação ou a verificação do resultado²⁵.

O CP, art. 23.º/1 dispõe sobre o carácter excepcional da punibilidade da tentativa: só se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão ou se houver disposição especial (PE) a cominar a punibilidade da tentativa se ao crime consumado respectivo couber pena de prisão inferior a três anos; mas a pena do crime tentado é especialmente atenuada, nos termos do CP, arts. 23.º/1 e 2, 72.º e 73.º. Da norma em apreço, percebe-se que nem todo o ilícito da tentativa tem suficiente dignidade punitiva; e que a tentativa contém uma parte do ilícito do crime consumado respectivo uma vez que o desvalor da acção pode ser o mesmo mas, ao invés, o desvalor de resultado será sempre menor na tentativa. Daí que a tentativa apenas é punível quando ao crime consumado respectivo corresponda uma pena abstracta superior a 3 anos, ou seja, restringe-se, em princípio aos casos criminologicamente designados por média e grande criminalidade. O legislador quis assim reduzir os casos de punibilidade da tentativa, por razões por razões ligadas com o perigo para os bens jurídicos representado pela tentativa, e com a diminuição do desvalor do resultado; por entender que, em termos político-criminais, seria inadequado prever a punição da tentativa para todos os crime; por outro lado, o julgador não pode deixar de atenuar especialmente a pena que corresponde ao crime consumado. Com Maria Fernanda Palma, sempre se dirá que se em direito penal prevalecesse, em termos de exclusividade, uma lógica de desvalor de acção, a tentativa constituiria a forma nuclear do ilícito; se prevalecesse uma lógica de desvalor do resultado levada ao extremo e assente na exigência de dano, a tentativa jamais atingiria a dignidade de ilícito criminal²⁶. Quanto à punibilidade da tentativa nos delitos qualificados, a pena aplicável a ter como critério para determinar a moldura da tentativa tem que se encontrar a partir do delito qualificado, quer a qualificação opere no plano do ilícito (como acontece, por exemplo, com o crime de furto qualificado, previsto e punido pelo CP, art. 204.º), quer opere no plano da culpa (o caso paradigmático é o do homicídio qualificado, nos termos do CP, art. 132.º), desde que a tentativa já revele, tanto ao nível do plano concreto de realização do agente como

²⁵ Cfr., por todos, IDEM, *ibidem*, pág. 166-168, e FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 710-711, 733-734 e 747-750.

²⁶ FERNANDA PALMA, *Da tentativa "possível"*, pág. 16.

também do significado objectivo dos actos de execução levados a cabo, a sua referência ao delito qualificado²⁷.

O CP, 23.º/3 dispõe sobre a designada tentativa inidónea ou “impossível”, isto é, a tentativa levada a cabo com meios inaptos ou sobre objecto essencial inexistente, na qual o agente representa erroneamente, no seu comportamento, circunstâncias que, se fossem verdadeiras, preencheriam um tipo de crime: a realização do tipo não atinge a consumação nas circunstâncias dadas, seja por razões facticas, seja por razões jurídicas²⁸. É equiparada à tentativa idónea prevista no CP, art. 22.º, apesar da realização do facto estar irremediavelmente destinada a não consumir-se, no sentido de que só não será punida quando a inaptidão dos meios ou a carência do objecto forem manifestas²⁹.

A tentativa inidónea distingue-se do designado crime putativo, uma vez que neste há a representação correcta, por parte do agente, de todos os elementos constitutivos do crime que, todavia, aceita erroneamente que eles integram um tipo legal de crime. Por força do princípio da legalidade, o crime putativo não é punível; e se o princípio da legalidade não fosse suficiente para justificar a não punição do crime putativo, sempre se dirá com Faria Costa, que a potencial perigosidade do agente teria que ser sempre referida ao mundo criminal e ter um qualquer elemento que indiciasse a prática de um ilícito típico, o que não acontece no crime putativo³⁰. Se bem se vêem as coisas, ousa-se acrescentar, na esteira de Eduardo Correia, que a eventual relevância do crime putativo para os efeitos da sua punição levaria a abandonar a ideia de direito penal do facto e a acolher a ideia de direito penal do autor, uma vez que o interesse comunitário na punição do crime putativo resvalaria da perigosidade criminal conexcionada com os bens ou valores protegidos pelo direito penal e com o facto que os

²⁷ Cfr. FARIA COSTA, *o.c.*, pág. 163; e FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 711-713.

²⁸ V. JESCHECK, *o.c.*, pág. 480.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 713 e 719. No mesmo sentido, FERNANDA PALMA, *o.c.*, pág. 27, quando afirma que a tentativa impossível, “figura encarada como excepção pela dogmática penal”, vem expandir-se e confundir-se com a tentativa em geral.

³⁰ FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 162-163. Cfr. igualmente Mário ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale. I. Art. 1-84*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987., pág. 429-432, a propósito do CP italiano, art. 49.º, cujo primeiro parágrafo contém a noção de crime (*reato*) putativo enquanto facto não constitutivo de um crime, na suposição errónea de que esse facto constitui um crime; o qual não é punível. A doutrina italiana distingue o crime putativo por erro de direito penal, quando o agente represente a existência de uma norma juridico-penal que na verdade não existe ou interpreta erroneamente uma norma penal existente de modo a abarcar igualmente a sua conduta; e o crime putativo por erro de facto ou erro de direito extra penal, o que se verifica quando o agente representa um elemento do facto como congruente com o tipo de ilícito mas tal elemento na realidade não existe. Cotejando o CP italiano, art. 49.º, par. 1 com o CP português, vê-se que o crime putativo por erro de direito e por erro de facto do direito italiano coincidem com o disposto pelo CP, art. 16.º quanto ao erro sobre as circunstâncias do facto.

viola ou põe em perigo que reaparece na base de todo o sistema; para as representações do agente, indiciárias de uma personalidade defeituosa que não pode constituir o objecto de referência das reacções criminais, sob pena de comprometer a paz jurídica³¹.

A forma de crime representada pela tentativa (em sentido amplo, abrangendo também a tentativa acabada) corresponde à realização, ou “perfeição”, do tipo de ilícito subjectivo doloso, ou dolo de tipo [na redacção do CP, art. 22.º/1, o “crime que (o agente) decidiu cometer”]; e à realização “imperfeita” do tipo de ilícito objectivo previsto e intentado (“sem que este chegue a consumir-se”, como reza aquele preceito). A unidade de sentido que é suposta pela conduta juridico-penalmente relevante leva a que haja uma congruência entre o tipo de ilícito subjectivo e o tipo de culpa, pelo que na tentativa deve estar presente um tipo de culpa doloso. Porém, pode acontecer que o dolo do tipo não chega a afirmar-se e, então, estar-se-á perante uma situação de erro sobre a factualidade típica, prevista no CP, art. 16.º. Ora na tentativa há o preenchimento do tipo de ilícito subjectivo e, nesta medida, a tentativa apresenta-se como o inverso do erro sobre a factualidade típica, previsto no CP, art. 16.º.

Do mesmo passo, não é concebível a tentativa a título de negligência, uma vez que o acto praticado por negligência só é punido se se tiver concretizado no resultado, o que falta na tentativa. A tentativa representa, então, o inverso da negligência pois aqui há o que falta naquela, isto é, o desvalor de resultado³². Nos termos do CP, art. 16.º /3, o erro excludente do dolo não afasta por si só a punibilidade da conduta, daí a referência à

³¹ Cfr. nota 26. No mesmo sentido, cfr. FERNANDA PALMA, *o. c.*, pág. 26, onde se aduz que não se deve perder de vista que a estreita relação entre a garantia decorrente do princípio da legalidade e o conceito de crime leva a que no cerne daquele se encontre uma exigência de objectividade do facto proibido, o que significa, ao menos, o seu reconhecimento por todos os membros da comunidade e, *ex ante*, pelo agente como um facto com certa identidade. Continua aquela Autora afirmando que se o direito penal envolve uma restrição de direitos fundamentais e é legitimado como *ultima ratio* em ordem à protecção de bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento da pessoa, *a se* ou enquanto participante de uma comunidade politicamente organizada; então a intervenção penal deve ser orientada para a prevenção de afectações graves desses bens, ou seja, orientada pelo princípio da ofensividade que exprime a afectação do outro como pressuposto da intervenção penal, assim se justificando o direito penal como um meio directo de prevenir as ofensas aos bens jurídicos (e a direitos, acrescenta a Autora). A necessidade de uma responsabilidade por culpa também converge na exigência de um direito penal do facto e na consequente rejeição de uma culpa pelo carácter ou pela atitude; com referência à decisão da vontade de actuar sobre o mundo como fonte da modificações do curso dos acontecimentos. Em conclusão, é “à luz destes princípios que emerge todo o ilícito criminal e, por isso, o ilícito do crime tentado.” Cfr. IDEM, *ibidem*.

³² Quanto à compreensão do erro sobre a factualidade típica, cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *o. c.*, pág. 356-358. A propósito da tentativa como o inverso do erro sobre a factualidade típica, cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários e notas das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976, pág. 5. A tentativa como o inverso da negligência encontra-se em FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, pág. 14. No entanto, este Autor, in “Formas do crime”, pág. 162, refere que a tentativa impossível se apresenta como o reverso do erro sobre a factualidade típica; e o crime putativo seria o inverso do erro sobre a proibição.

punição a título de negligência nos termos gerais³³. Da leitura do CP, arts. 16.º e 22.º resulta que, se não há tentativa sem dolo, não há tentativa com negligência.

Mas o crime consumado e o crime tentado não esgotam as hipóteses de punibilidade de comportamentos jurídico-penalmente relevantes. Além da consumação, pode colocar-se a questão da relevância jurídico-penal dos comportamentos posteriores àquela. Mas os estádios prévios à tentativa também interessam ao direito penal, pois que se tratam igualmente de comportamentos significantes. Então pode dizer-se que há duas vias de compreensão da tentativa e do fundamento da sua punibilidade: ou pela determinação do momento de um processo em que se ultrapassou a mera intenção, ou como a definição de uma qualidade de um comportamento na perspectiva da possibilidade da consumação. Pela primeira, a tentativa é encarada enquanto etapa de um itinerário para a consumação (e sua interrupção); na segunda, a tentativa relevará numa óptica de veracidade ou falsidade da descrição de um facto como tentativa³⁴.

³³ Assim também FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte geral*, idem.

³⁴ FERNANDA PALMA, *Da “tentativa possível”*, págs. 17-18.

II– Notas históricas

1. Notas históricas gerais

Roma é ponto de paragem obrigatório para o estudo de qualquer tema que o direito encerra. Assim é correcta a asserção de Cabral de Moncada quando afirma que o direito romano deve ser estudado como emanção de um pensamento sempre vivo³⁵. Todavia, a responsabilização penal ao nível da tentativa não encontra eco relevante no mundo do direito romano³⁶, “cuja pedra de toque foi (...) a *voluntas* e não o (*eventus exitus*)”, isto é, o resultado. Por isso, não surpreende que as leis romanas não apresentem ideias claras quanto à tentativa posto que os jurisconsultos romanos não distinguiram claramente os diversos momentos da acção humana tendente à violação do direito, nem determinaram os critérios para julgar em que casos se devia reputar concorrentes os limites da tentativa, e em que casos e dentro de que medida se devia infligir a pena: o direito romano simplesmente fazia uma equiparação entre actos preparatórios, tentativa e consumação. Não obstante, parece ser inquestionável que em Roma se distinguia o *delictum perfectum* do *delictum imperfectum*³⁷.

Se o direito romano não se ocupou especificamente da tentativa e dos problemas a ela conexos, tal não significa que não considerasse a existência de delitos: como sociedade, Roma não era indiferente ao crime e, com Faria Costa, *ubi societas, ibi crimen*³⁸. A partir do sistema da Lei das XII Tábuas, e sobretudo na época clássica³⁹, os

³⁵ Luís CABRAL DE MONCADA, in BFD, XVI (1939-1945), *apud* SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra, 1984, pág. XXXV.

³⁶ Segundo Levy Maria Jordão, não é possível estabelecer uma teoria geral sobre a tentativa “entre os romanos, cujo direito penal, mórmente no tempo da republica, se compunha só de leis especiaes.” Cfr. Levy Maria JORDÃO, *Commentário ao Código Penal Portuguez*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1853, pág. 15.

³⁷ Cfr. FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, pág. 7-8, e Fernando PUGLIA, *Da tentativa*, 4.^a ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1921, pág. 11.

³⁸ FARIA COSTA, *Noções fundamentais*, pág. 15.

³⁹ A referência à época clássica do direito romano convoca a questão da periodização da história do Direito Romano e, quanto a este conspecto, adoptam-se como critérios de periodização os designados critérios político e jurídico interno. Quanto ao critério político, segundo Sebastião Cruz, as fases da história do Direito Romano “são tantas quantos os períodos da história política de Roma” e, em consequência, têm-se as seguintes fases: a) o direito romano da época monárquica (de 753 a. C. a 510 a.C.); b) o direito romano da época republicana (de 510 a. C a 27 a. C.); c) o direito romano da época imperial (de 27 a. C. a 284); e: d) o direito romano da época absolutista (284 a 565). De acordo com o critério jurídico interno, ou seja, atendendo “ao próprio valor do *Ius Romanum*, à perfeição jurídica das suas instituições (...) a essência, teremos as seguintes épocas históricas [com referência a datas aproximadas] do *Ius Romanum*”: a) a época arcaica (de 753 a. C a 130 a. C., data aproximada da *Lex Aebutia de formulis*, que introduz um novo processo judicial característico da época clássica, o *agere per formulas*); b) a época clássica (de 130 a. C. a 230, data provável da morte do último grande jurista

delitos dividiam-se em delitos públicos, ou *crimina*; e delitos privados, ou *delicta* ou *maleficia*⁴⁰. Os *crimina* consistem naquelas condutas que comportam um atentado contra a ordem pública (v.g., a alta traição, ou *perdulellio*), ou a morte violenta de um *paterfamilias* (o *parricidium*); são perseguidos oficiosamente pela comunidade organizada de cidadãos (os *quiricii*) através de julgamento público (*iudicium publicum*) e perante tribunais permanentes (*quaestiones perpetuae*) especializados em um determinado tipo de *crimen*; e punidos com uma pena pública de carácter corporal ou pecuniário.

A tentativa, a existir enquanto problema jurídico, colocar-se-ia a respeito dos *crimina*, e é a partir desta ideia que Paulo de Sousa Mendes problematiza a tentativa como problema jurídico a partir da *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, que foi aprovada por iniciativa de Lúcio Cornélio Sila em 81 a.C., e que cominava com a pena de morte quem cometesse homicídio ou outros crimes pouco ou nada semelhantes ao homicídio, como o incêndio doloso, a deambulação com armas para matar ou furtar (*ambulare cum telo, occidendi vel furti faciendi causa*) em Roma ou a uma distância de mil passos a partir da periferia da cidade, a prestação dolosa de falsas declarações por parte de um particular com vista à condenação em julgamento capital de pessoa inocente; a conspiração judicial em sede de processo capital contra pessoa inocente, o envenenamento e a preparação, venda, aquisição ou detenção de substâncias venenosas. Era uma lei de circunstância com vista à reposição da ordem pública após a guerra civil⁴¹ mas, com a passagem dos tempos, consolidou-se como fonte do regime punitivo do homicídio por excelência. Valia apenas para o homicídio doloso, e dela estavam excluídos tanto o homicídio preterdoloso como o homicídio por negligência⁴².

clássico, Domitius Ulpianus); c) a época post-clássica (de 230 a 530, período de franca decadência do direito romano, em que já não existe o génio intuitivo e criador dos juristas anteriores); e: d) a época justinianeia (530 a 565, ou seja, desde a data de início da elaboração do Corpus Iuris Civilis até à morte do imperador Justiniano). Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, pág. 37-51.

⁴⁰ Ao invés, os *delicta* comportam uma ofensa ou uma lesão (*iniuria*) contra um particular, são perseguíveis a instância de parte pelos particulares, através de um julgamento célere (o *iudicium privatum*); e são punidos com uma pena de carácter expiatório e pecuniário, que costuma ser um múltiplo do valor do dano causado. Cfr. Paulo de SOUSA MENDES, “*Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio?” in *Liber Discipulorum*, pág. 615, e em especial, a nota 2.

⁴¹ Que opôs Sila a Mário e que ocorreu entre 88 a.C. e 82 a.C..

⁴² O vocábulo *telum* refere-se não apenas às armas de arremesso como também às armas defensivas e ofensivas, como o punhal [a *sica*, isto é, um punhal tão curto que poderia ser facilmente dissimulado nas pregas do vestuário, relevando o seu carácter traiçoeiro ou insidioso, para utilizar a formulação do hodierno CP, art. 132.^a/2, *h*), e que era usado pelos denominados sicários, ou seja, os membros dos bandos armados postos ao serviço das inúmeras facções políticas belicosas que espalhavam o terror em Roma no estertor da República]. No julgamento capital o imputado arriscava perder a própria cabeça (*caput*), em sentido literal, daí a referência expressa ao dolo do falso depoimento da testemunha, “à cautela contra as más interpretações acerca do facto cuja gravidade merecia a mesma pena dos outros

Segundo Paulo de Sousa Mendes, a *lex Cornelia* previa o *ambulare cum telo* como um crime autónomo e distinto do crime de *homicidium*; e o mesmo se passava com o crime de envenenamento, ou *veneficium*, este um *delictum perfectum*, e não mera actividade preparatória ou executiva do crime. A propósito do *ambulare cum telo*, punia-se o andar armado com uma determinada intenção – o *crimen inter sicarios* – enquanto crime formal ou de mera actividade, um crime de consumação antecipada e em relação ao qual a morte da vítima não acrescentaria desvalor ao facto ou a agravação da punição respectiva; e cuja estrutura era compatível com a ideia de crime de perigo abstracto pela perigosidade presumida para a vida das pessoas que representava a deambulação dos grupos de sicários. Ou seja: a punição da *ambulatio cum telo* visava proibir especificamente o porte de arma funcionalizado à comissão de homicídio ou roubo, isto é, proibia-se o porte de armas com específicas intenções. Quanto ao *veneficium*, este era descrito e punido como *res perfecta*, e não como acto preparatório ou de execução do homicídio, uma vez que a *fatispecie* relativa ao envenenamento englobava situações distintas entre si, que iam da propinação, confecção, detenção e compra ou venda do veneno, mas sujeitas à mesma pena posto que se estava perante condutas que ameaçavam a vida das pessoas, ainda que de forma remota ou difusa⁴³. A *lex Cornelia* punia os *crimina inter sicaria* e não o *iter criminis sicaria*, logo não punia a tentativa não era objecto de incriminação desta lei.

Ainda que a *lex Cornelia* não permita afirmar a punição da tentativa de homicídio, ainda na época clássica, mas já no Império (séc. II), um rescrito de Adriano (imperador entre 117 e 138) permite um vislumbre da tentativa, ao equiparar o homicídio falhado ao homicídio consumado por via da intenção criminosa, desde que exteriorizada, como se pode encontrar nas fontes: “nos maleficios olha-se à intenção (voluntas), não ao desfecho”; “aquele que não matou um homem, mas feriu-o para matar, deve ser condenado como se fosse uma homicida”; “quem não matou, mas quis matar, deve ser condenado como se fosse um homicida”⁴⁴. Como é fácil de ver, estes

crimes contra a vida”. Quanto à conspiração judicial, a *lex Cornelia* não mencionava o dolo posto que o facto teria necessariamente lugar em sede de julgamentos capitais e “assumir-se-ia nesse cenário que a intenção de matar um inocente se verificava forçosamente na mente dos agentes. Cfr. SOUSA MENDES, “*Ambulare cum telo*”, pág. 621-622, notas 12, 13 e 14.

⁴³ IDEM, *ibidem*, págs. 617-647.

⁴⁴ D. 48.8.14, 48.1.3 e Coll. 1.6.2, respectivamente, *passim* SOUSA MENDES, *o.c.*, págs. 648-649. No mesmo sentido, Sílvia Alves quando afirma que a punição da tentativa (na época clássica) apresenta uma diversidade de soluções que hesitam entre a que é estabelecida para o crime consumado ou a sua atenuação, com a excepção dos crimes mais graves ou atrozes, como é o caso do homicídio. Cfr. SÍLVIA ALVES, “Algumas notas sobre a tentativa e o crime frustrado no direito penal setecentista”, in Estudos Raul Ventura, pág. 531.

fragmentos acentuam o bem fundado da asserção de Faria Costa, quando este Autor sublinha que o direito romano, mais do que ocupar-se com o *exitus*, sobreleva a *voluntas*.

É na época justinianeia que se encontra a génese das controvérsias em torno do crime tentado. Com vista a reunir num só corpo e sem misturar os *iura* e as *leges*, a fim de obviar à confusão com que se debatia a prática judicial, mormente quanto à dificuldade de compreender a produção legislativa e jurisprudencial anteriores ou às divergências, dúvidas e discussões acumuladas pela *iurisprudencia* nos séculos anteriores; Justiniano realiza a aspiração de seu tio, Justino I (regente entre 518 e 527) de organizar uma compilação de *iura* e de *leges*, cujo início de elaboração se situa cerca do ano 530 e que, não se tratando de uma codificação em sentido moderno, representa uma colectânea legal tão vasta que quase se identifica com todo o direito romano: o Corpus Iuris Civilis (CIC)⁴⁵. A propósito da tentativa, o direito romano justinianeu forneceu fórmulas lapidares, embora contraditórias, tais como os aforismos *cogitationes poenam nemo patitur* (cuja formulação se deve a Ulpiano, e plasmada em D. 48.19.18, no CIC), *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*, ou com referência à *lex Cornelia*, *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur*. Por isso, a interpretação dos textos justinianeus não se mostrou pacífica, nem deles resultou a expressão de uma regra geral ou excepcional quanto à tentativa. Sem embargo, o direito romano constitui a fonte ou a base de desenvolvimento do estudo da tentativa, e é no direito romano que se encontram os dois aspectos fulcrais do tratamento da tentativa: a sua incriminação e a controvérsia da sua punição nos termos do crime consumado ou através de uma pena atenuada ou extraordinária. Ao colocar no centro o acto punível, e não o resultado, e sem conceber uma teoria geral, o direito romano encontra verdadeiramente o problema do crime tentado. E o direito canónico acolhe largamente o direito romano vertido no CIC, prestando a sua atenção ao acto criminoso em si mesmo, nele se cotejando e avaliando a intencionalidade aí presente, e chama a atenção para o facto do delito pressupor um acto externo, o qual é sindicado pela jurisdição dos homens, ao passo que a mera resolução interna é do foro íntimo, para o qual é competente o tribunal da consciência⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. António dos SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano—I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 2.^a ed., Studia Iuridica 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 94-95; e SEBASTIÃO CRUZ, *o.c.*, pág. 442-443. Segundo Levy Maria Jordão, a legislação criminal romana reduzia-se a leis especiais (como a *lex Cornelia*), aos éditos dos magistrados e às constituições dos imperadores. Cfr JORDÃO, *Commentário*, pág. VIII.

⁴⁶ ALVES, *idem*, pág. 530-532, 537 e 537.

É ao direito pré-moderno que se deve a ideia de tentativa e o princípio da sua incriminação. A partir de Baldo e dos pós-glosadores, os juristas do séc. XVI distinguem o *actus remotus*, o *actus proximus et immediatus ipsi maleficio* e o *actus perfectus seu consummans*. O direito germânico da Idade Média conheceu alguns casos típicos de tentativa (por exemplo, o desembainhar de uma espada) e, quanto à tentativa de homicídio, estabeleciam-se regras mais amplas. No entanto, neste período, o desvalor do resultado assomava em toda a sua plenitude, por isso, há um nivelamento entre a punição da tentativa e a punição da consumação, e distingue-se a cogitação da tentativa, para além da qual tendencialmente toda a acção é punível.⁴⁷

Na Idade Moderna o direito germânico manifesta uma evolução com a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, com reflexo quanto à punibilidade da tentativa. O art. 178 da *Carolina*, segundo o qual “Aquele que terá tentado cometer um crime, por quaisquer acções visíveis, próprias a alcançar a execução do dito crime, ainda que por outros meios ele foi impedido de executar contra a sua vontade, tal vontade maldosa que é seguida de quaisquer efeitos, como se vem dizendo, deve ser punido criminalmente, mas com mais rigor em um caso que em outros, com respeito à situação & a natureza do negócio; é por isso que os juizes devem consultar, do modo que será dito por diante, para se determinar a punição, corporal, ou com a pena de morte”⁴⁸, apresentava uma redacção que espelhava a influência da doutrina medieval italiana, contendo uma definição geral de tentativa, de elevado brilho científico, e que foi dominante até ao séc. XIX⁴⁹; na qual a desistência involuntária não obsta à incriminação, e a punição variável, com respeito ao objecto da tentativa (o crime tentado, entre os quais os crimes de lesa majestade, sacrilégio, parricídio, traição à pátria e sedição, aos quais correspondia a pena de morte; e outros crimes, como o homicídio e o roubo, punidos, de forma atenuada embora severa e exemplar, com uma pena corporal ou arbitrária, a determinar pelo juiz), e as circunstâncias mais ou menos agravantes, como a qualidade da pessoa do acusado, os seus motivos ou as causas impeditivas da consumação⁵⁰. A tentativa é

⁴⁷ FARIA COSTA, *O perigo*, pág. 322, JESCHECK, *Tratado*, pág. 463; e SÍLVIA ALVES, *idem*, pág. 533.

⁴⁸ “Celui qui aura tenté de commettre un crime, par quelques actions visible, propres a parvenir à la exécution dudit crime, quoique par d’autres moyens il ait empêché de l’executer contre sa volonté, une telle mauvaie volonté qui a été suivie de quelques effets, comme il vien d’être dit, doit être punie criminellement, mais avec plus de rigueur dans un cas que dans un autre, eu égard à la situation & à la nature de l’affaire ; c’est pourquoi les Juges doivent consulter, ainsi qu’il sera dit ci-après, pour se déterminer la punition, corporelle, ou à la peine de mort”, *apud* SÍLVIA ALVES, pág. 547.

⁴⁹ JESCHECK, *idem*, *ibidem*.

⁵⁰ SÍLVIA ALVES, *idem*, pág. 547-548.

configurada como uma forma especial do crime, e determinada tanto do ponto de vista do tipo objectivo como do tipo subjectivo, pela exigência do dolo e do começo de execução, assim se distinguindo dos actos preparatórios. A pena cabida ao delito tentado pode ser atenuada, e a desistência é considerada como elemento negativo da tentativa já na própria noção legal⁵¹.

2. A tentativa no direito penal português anterior à codificação

2.1. A tentativa e as Ordenações

O direito penal português anterior ao movimento de codificação revela uma relativa indiferenciação dos momentos do *iter criminis*, o que levava a considerar que além da tentativa, toda a actuação era punível, incluindo os actos preparatórios, e isto porque, de acordo com Basílio de Sousa Pinto, os actos componentes do acto complexo representado pelo crime (a cogitação, a resolução, a preparação, a tentativa, o crime frustrado e o crime consumado) são tantos e tão variados que a justiça humana “não pode descer ao minucioso exame de cada um deles”⁵².

O direito penal contido nas Ordenações não apresenta um preceito geral sobre a tentativa, mas antes a sua previsão relativamente a alguns tipos criminais; há uma indiferenciação fundamental entre tentativa e frustração e a tentativa surge sempre ligada à ausência de resultado ou êxito do malefício, por isso, além da tentativa, toda a actuação era punível, assim sucedendo com os actos preparatórios⁵³. No entanto, nas Ordenações é possível apreender algumas particularidades no que diz respeito à punição da tentativa.

A partir do crime de homicídio, uma análise das Ordenações permite surpreender uma evolução quanto ao crime tentado. Nas Ordenações Afonsinas (1447) uma lei de D. Dinis estabelecia, a propósito “Do que mata, ou fere alguém sem porque” que “todo o homem, que matar, ou chagar outrem, nom havendo com ele tençom (...), que o que lhe fezer o que dicto he, moira porem”; mas “se o ferir, e nom matar, aja aquella pena, que for achada per dereito que merece, segundo a qualidade do feito”. Ou seja, o homicídio seria punido com uma pena capital simples (que se limita apenas a

⁵¹ JESCHECK, *o.c.*, *ibidem*.

⁵² *Apud* SÍLVIA ALVES, *idem*, pág. 533, nota 10.

⁵³ IDEM, *ibidem*.

tirar a vida); ao passo que a tentativa de homicídio seria punida com uma pena arbitrária, ou seja, aquela que é fixada pelo juiz (“achada per direito que merece”)⁵⁴. Já nas Ordenações Manuelinas (1521), previa-se que “alguma pessoa de qualquer condiçam que seja matar outrem com beesta, aalem de por ello morrer de morte natural, lhe serem decepadas as maõs ao pee do pelourinho”; mas “se tirar de preposito com a dita beesta com cada [um] dos ditos tiros pera matar, ou ferir, se for piam [peão] (...), seha degradado [degredado] pubricamente pola Villa com baraço e preguam por dez annos pera os Luguares d’Além em Africa (...); e se for Vassalo, ou Escudeiro, e di pera cima, seja degradado com preguam na Audiência por dez annos pera cada hum dos Luguares d’Alem em Africa” (L. V, Tit. X, par. 3). Quanto ao delito consumado, a pena é aplicada independentemente da condição social do agente: pena capital mas, desta vez, cruel “que horroriza a própria natureza, sendo assim aquela que tira a vida lentamente, e não de repente, e no meio de tormentos rebuscados”, por mor do decepar das mãos no local de execução da pena (o pelourinho), decepar esse que se traduz em “pena de amputação dum membro, que o próprio Justiniano proibiu”. Já quanto à tentativa daquele que (a)tira com besta, a punição já é diferenciada em função da condição social do agente, que não é punido com pena capital, mas sim com pena vil, isto é, aquela que torna infame o delinquente, como é o caso do baraço com pregão, e com o degredo⁵⁵. As Ordenações Filipinas (1603) puniam com a pena de morte natural não só quem quisesse matar outra pessoa, como também quem “der peçonha para a [à outra pessoa] matar, postoque de tomar a peçonha senão siga a morte” (L. V, Tit. XXXV, pr. e par.2); quem com espingarda, “ou Besta ferir de proposito com Farpão [grande seta com haste grossa, e ferro com barbas, disparada com a besta], postoque não mate, morra também” (L. V, Tit. XXXV, par. 4), e ainda quem “tirar com Arcabuz de menos comprimento que de quatro palmos de cano [pistola], posto que não fira, morra também” (L. V, Tit. XXXV, par. 5)⁵⁶. No mesmo sentido vai o Alvará de declaração e ampliação de lei de 20 de Outubro de 1763 que, no parágrafo 3, estabelece medidas de adjectivas para punir os que “com temerária ousadia, e escandalosa atrocidade, ousarão infestar, e saltar as ruas [de Lisboa]; as estradas das vizinhanças dela; e outros caminhos publicos; para

⁵⁴ Quanto à Lei de D. Dinis, cfr. Livro (L.) V, Título (Tit.) XXXI, parágrafos (par.) 2 e 4, in *Ordenações Afonsinas. Livro V*, Lisboa, FCG, 1984, pág. 127. Quanto à distinção entre pena capital e pena arbitrária, bem como as espécies de pena com referência ao direito penal das Ordenações, cfr. Pascoal José de MELLO FREIRE, *Instituições de Direito Criminal Português*, in BMJ, n.º 156, Abril, 1966, pág. 65-66 e 72-73.

⁵⁵ Cfr. *Ordenações Manuelinas. Livro V*, Lisboa, FCG, 1985, pág. 39, e MELLO FREIRE, *o.c.*, pág. 69.

⁵⁶ V. *Ordenações Filipinas. Livro V*, FCG, 1985, parágrafos pág. 1185-1186.

roubarem, e assassinarem os Viandantes”. Constando “[dos autos], que ou commetterão effectivamente os referidos Crimes; ou forão achados em acto proximo de commetterem roubos, ou assassinatos; havendo violentado, e retido com qualquer destes fins alguns Viandantes; ou de noite nas Ruas das Cidades, e Villas; ou de dia nos caminhos públicos, ou lugares ermos; posto que os mesmos roubos, ou assassinatos se não tenham effectivamente perpetrado; tenham as mesmas penas, que terião, se houvessem consumado os roubos, ou assassinatos (...)”. Neste alvará encontram-se o crime consumado (“commetterão effectivamente os referidos Crimes”), e o crime tentado sempre iluminado pelo delito que se quis praticar e não se consumou (“forão achados em acto proximo“, a lembrar o conatus proximus; ou “se não tenham effectivamente perpetrado”); e ainda a referência à punibilidade do delito tentado (com “as mesmas penas, que terião, se houvessem consumado”)⁵⁷.

As Ordenações Afonsinas e Manuelinas não colocavam ao mesmo nível a punição da tentativa e a punição do crime consumado, ao contrário das Ordenações Filipinas. Igualmente não deixa de ser curioso que a *Carolina* não tenha influenciado o regime da punibilidade das condutas anteriores à consumação, ao menos prevendo uma regra geral de punição da tentativa, visto que Filipe I de Portugal era um Habsburgo como Carlos V. Porém, afigura-se que ao não proceder assim, Filipe I demonstrou “pleno respeito pelas instituições portuguesas e empenho em actualizá-las dentro da tradição jurídica do País”⁵⁸. Por outro lado, ao punir a tentativa de homicídio com a pena do crime consumado, as Ordenações Filipinas, posteriores à *Carolina*, afastam-se do corpo legislativo de Carlos V. Assim a preposição de Sílvia Alves de que nas Ordenações há um nivelamento entre a punição da tentativa e a punição da consumação apenas parece ser válida quanto às Ordenações Filipinas⁵⁹ e, por outro lado, a ideia segundo a qual a tentativa é sempre menos punida que o crime consumado – regra incontestável do direito penal moderno – já terá sido antecipada pelo direito penal português pré-moderno.

⁵⁷ Cfr. *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás, que comprehende o feliz reinado del Rey Fidelíssimo D. Jozé o I. Nosso Senhor, desde o anno de 1760 até o de 1765. Tomo II*, Lisboa, Officina de Miguel Rodrigues, Impressor do Eminentíssimo Cardial Patriarca, 1761, pág. 207, e também ALVES, *o. c.*, pág. 534.

⁵⁸ Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.^a edição (8.^a reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007, pág. 289.

⁵⁹ ALVES, *o. c.*, pág. 533.

O direito positivo das Ordenações parece não oferecer critérios específicos que permitam destringir a tentativa face ao crime consumado. Ao invés, a doutrina e os práticos procuram distinguir os vários momentos da conduta delituosa. Nas suas *Instituições* (1789), Pascoal de Mello Freire entende que, em regra, a mera cogitação não é delito uma vez que todo o delito “nasce de uma coisa, isto é, dum facto que está em oposição com a cogitação (...); porém, quando estão em causa crimes graves e atrozes, já se entende a punição da cogitação. Neste entendimento é seguido por Lopes Ferreira que, na sua *Prática Criminal* (1767), entende que a impunidade da resolução se não verifica quanto aos crimes graves e atrozes, como a alta traição e os crimes de lesa majestade, na linha da doutrina francesa. Já a tentativa, que se manifesta em actos externos, deve ser havida como delito, merecendo, no entanto, punição mais suave, caso falte lei especial que iguale, quanto à pena, a tentativa e o efeito” (neste último caso, uma clara referência aos delitos de empreendimento). Para Mello Freire a expressão crime tentado faz verdadeiro sentido. No mesmo sentido de Mello Freire, Pereira de Sousa defende nas suas *Classes de Crimes* (1803) que, a partir da definição de crime como o “facto ilícito e espontâneo que infringe a ordem civil em detrimento do público, ou dos particulares”, defende que a mera cogitação não é crime, por isso não deve ser punida não apenas por ser do domínio interior do homem mas também porque ao não ser incriminada, funciona como uma espécie de travão do *iter criminis* e acaba por premiar o arrependimento quanto aos maus pensamentos antes havidos. Mas a “tentativa de uma acção má, é já um facto criminoso por si mesmo, logo que o homem mal intencionado se dispôs a cometê-lo efectivamente descobrindo o seu projecto por actos externos”. Tal como Mello Freire, para Pereira e Sousa as condutas prévias à consumação distinguem-se desta quanto à pena⁶⁰.

A partir da mera resolução toda a conduta é punível, e a apreciação e valoração dos actos posteriores à resolução criminoso pertencia ao juiz, que detinha uma grande liberdade neste âmbito. No entanto, não se pode afirmar como regra do direito penal português deste período a incriminação dos actos preparatórios e portanto o nivelamento entre estes (*conatus remotus*) e a tentativa (*conatus proximus*), o que não obstava a que o direito positivo incriminasse e punisse os actos preparatórios como crimes autónomos, “abstraindo do crime, que eles tenham por fim preparar”, como acontecia por exemplo com “todo o conselho ou confederação contra o Rei ou o seu Estado” o qual era punido

⁶⁰ IDEM, *ibidem*, pág. 534-540.

com a pena correspondente ao crime de lesa-majestade. Quanto à desistência da tentativa, havia que distinguir consoante fosse voluntária ou involuntária, anterior ou posterior à consumação. A desistência involuntária era irrelevante, e se fosse posterior à consumação era desprovida de efeitos; ao passo que a desistência voluntária ocorrida antes da consumação determinava a atenuação da pena, porque, de acordo com Pereira e Sousa, “merece maior pena aquele, que pouco faltou que não consumasse o crime, que aquele que se arrependeu, e desistiu dele a tempo; e tem mais desculpa o que voluntariamente se arrepende, e desiste do crime, que aquele que é impedido por outrem” de realizá-lo”. O arrependimento era assim uma circunstância atenuante geral, e só não havia lugar à atenuação quando estivessem em causa os designados *crimina atrocissima*, como os de lesa-majestade de primeira cabeça, o assassinato ou, curiosamente, o suicídio. A incriminação do acto seguido de desistência voluntária é assim uma particularidade do direito penal moderno, e a desistência não é configurada como uma causa de exclusão da punibilidade pois, sem embargo da desistência, havia lugar à aplicação de uma pena mitigada uma vez postas em causa a moral ou a ordem pública⁶¹.

Quanto à punição da tentativa, já Beccaria dava por adquirida a impunidade da resolução criminosa, definia a tentativa como começo de execução e defendia a atenuação da pena para o crime tentado, como o consagrado na *Carolina*. Mello Freire acompanha o pensamento da atenuação da pena quanto ao crime tentado, considerando que a tentativa, manifestada em actos externos, deve ser considerada delito, merecendo no entanto pena mais suave, desde que não haja lei a igualar, quanto à pena, a tentativa e o efeito. A atenuação é justificada pelo efeito, na medida em que a tentativa enquanto actuação sobre o mundo exterior é concretização da intenção criminosa que quer produzir um resultado ou efeito; e quanto maior se revelar esse efeito maior deve ser a punição. Vale por dizer: à medida que a conduta se encontra mais próxima da consumação, maior é a pena. E Mello Freire é acompanhado por Pereira e Sousa, que entende que a intenção manifestada e não executada, na falta de lei especial, deve ser castigada com pena mais leve que a ordinária, e a atenuação resulta da aplicação de uma circunstância atendível dos crimes: o evento ou o êxito do facto ilícito. Só não havia lugar à atenuação quanto na falta de indicação da lei ou quanto aos crimes atrozes, como o homicídio qualificado, seja o assassínio ou o venifício⁶².

⁶¹ IDEM, *ibidem*, pág. 544-546.

⁶² IDEM, *ibidem*, pág. 546-557.

O crime frustrado não merece particular atenção da doutrina e dos práticos, uma vez que ao agente não faltou empenho mas sorte. Numa época em que a atenção do direito penal estava virada mais para o desvalor do resultado que para o desvalor da acção, para o crime frustrado vale a ideia de atenuação, a qual não tem lugar quanto aos crimes atrozes⁶³.

3. A tentativa no direito penal português a partir da codificação

3.1. Aspectos gerais sobre a codificação

O séc. XIX foi testemunha de uma vaga codificadora em diversos países europeus. Já anunciada no séc. XVIII, esta vaga traduziu-se, segundo Almeida Costa, “na organização de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica (...) que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito, já então individualizados.” O movimento codificador apareceu ora “com o patrocínio do Despotismo Esclarecido”, ora na “sequência da difusão das ideias da Revolução Francesa” com relevo para o princípio da separação de poderes. Em conformidade, o direito era uma criação exclusiva do poder legislativo, e o positivismo legalista começa a fazer caminho: “o direito é uma criação do Estado, enquanto poder legislativo” e o direito positivo, porque posto (de *positum*) é um dado que não se discute.

Como consequência, a configuração da ordem jurídica aparece “como um todo onde se projecta o ideário reformista que passa a enformar as relações sociais”, com a consequente postergação da tradição jurídica anterior. A ordem jurídica surge como sistema total e auto-suficiente na qual “Nenhum problema poderia resolver-se fora do espírito consubstanciado nos novos Códigos”, eles próprios “sistemas acabados que continham a disciplina da totalidade das relações sociais”. O direito é, assim, sinónimo de lei e a resolução dos problemas advenientes das relações sociais passaria pelo “formalismo de uma dedução lógica do sistema para o caso concreto”, sem qualquer contributo criador do julgador, “mero autómató do silogismo judicial”; e tudo em nome dos valores fundamentais do sistema: a certeza e a segurança do direito. Contudo, o movimento de codificação não se apresenta linear e desprovido de críticas. É complexo

⁶³ IDEM, *ibidem*, pág. 558.

e até contraditório, apesar dos “objectivos de unificação e centralização jurídica que envolveu”, susceptível a críticas que apontavam as desvantagens da codificação, como as feitas pela Escola Histórica alemã, encabeçada por Savigny, “que via no direito uma expressão orgânica da consciência colectiva, contra o radicalismo racionalista subjacente às novas leis.” Mas o movimento legalista fez o seu caminho⁶⁴.

Quanto à codificação do direito penal, há duas gerações de códigos: “uma que parte do *Code Penal* napoleónico de 1810 e do Código Penal bávaro (*Strafgesetzbuch*) de 1813, elaborado sob a égide de Feuerbach; e a outra” que segue na esteira do Código Penal prussiano de 1851⁶⁵.

O primeiro Código Penal português (1852) insere-se na linha do *Code Penal* de 1810.

3.2. A codificação penal

3.2.1. O “Novo Código” e o “Código Criminal” de Pascoal de Mello Freire

No reinado de D. Maria I, por Decreto de 31 de Março de 1778, foi criada uma “Junta de Ministros”, os quais foram incumbidos com “a obrigação de se ajuntarem ao menos huma vez em cada semana” com o propósito de “proceder à reforma geral do direito vigente”, ou seja, das Ordenações Filipinas. É o “Novo Código”⁶⁶. Dada a manifesta necessidade de actualização das Ordenações, importava saber que normas, tanto das Ordenações como de outras leis extravagantes, era necessário suprimir porque antiquadas ou total ou parcialmente revogadas. Tal empreendimento representava o caminho para um novo corpo de leis.

O enraizamento que as Ordenações tinham na prática judicial portuguesa determinou que no “Novo Código” “se seguisse a sistematização básica das Ordenações” para que não se criassem “dificuldades aos julgadores, familiarizados com a tradição arreigada.” Por isso, manteve-se a sistemática daquele corpo de normas⁶⁷. Mas a “Junta de Ministros” não chegou propostas de vulto.

⁶⁴ V. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, pág. 404-407.

⁶⁵ IDEM, *ibidem*.

⁶⁶ IDEM, pág. 372 e 373 (onde, na nota 2, se pode ver a composição da “Junta de Ministros”).

⁶⁷ IDEM, *História*, pág. 373 e 374.

Em 1783, Pascoal de Mello Freire foi encarregado da revisão, entre outros, do Livro V das Ordenações, relativo ao direito criminal e, do seu trabalho resultou um projecto de Código Criminal. Segundo Eduardo Correia, “o projecto de Mello Freire representa um largo progresso em relação às Ordenações” e “já continha uma parte especial e uma parte geral.” É um projecto de código “redigido primorosamente e possui uma sistemática razoável dos diversos crimes”. Este projecto foi submetido à apreciação de uma “Junta de Censura e Revisão”, da qual fazia parte António Ribeiro dos Santos. Pascoal de Mello Freire (liberal) e António Ribeiro dos Santos (conservador) entraram em polémica por causa de outro projecto legislativo, cuja autoria também é de Mello Freire - o Código do Direito Público-, e também submetido à apreciação crítica (“censura e revisão”) daquela “Junta”. A polémica determinou que ambas as obras de Mello Freire não vingassem. Aliás, o projecto do Código Criminal nem sequer chegou a ser discutido⁶⁸.

No entanto, no “Código Penal intentado intentado pela Rainha D. Maria I”, Mello Freire avança no séc. XVIII ideias que irão encontrar-se mais de meio século depois no primeiro CP português, por via da consagração legal de um ordenamento jurídico organizado como sistema, a começar com uma disposição geral sobre o delito (Tit. I), o qual existe sempre que alguém “por sua vontade obrar qualquer acção que a lei proíbe, ou deixar de fazer o que ela manda”. E o par. 2 dispõe que “a simples cogitação, mera vontade ou desejo de delinquir, não he delicto que sirva de objecto às leis humanas mas somente o facto e acção, ou a omissão dele, dolosa ou culpável”. No par. 4 dispõe-se que o “que intenta fazer um delicto, não o consummando, não será punido por elle; mas pelos excessos e factos ilícitos que obrou, porque o conato [tentativa] não he o mesmo delicto”. No Tit. IV (“Das penas”), quanto ao castigo necessário que a lei faz sofrer ao criminoso, a pena que cabe ao que “intentar fazer hum delicto, não o consummando, só pode ser punido com pena ordinária, quando a lei o houver por perfeito e consummado” (par. 20). A pena do delito tentado pode ser aumentada ou diminuída com respeito ao ânimo e vontade do agente, “e aos actos externos que practicou; e se pelo seu próprio movimento deixou de consummar o delicto, ou se por algum acaso, impedimento, ou força estranha” (par. 21)⁶⁹. Ou seja, consagra-se a impunidade da mera cogitação, a tentativa tem lugar quanto aos delitos

⁶⁸ IDEM, *ibidem*, pág. 376. Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 104-105.

⁶⁹ MELLO FREIRE, *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire. Segunda edição castigada dos erros. Corretor o licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do Autor*, Lisboa, Tipografia de Simão Thaddeo Ferreira, 1783, pág. 1-8.

comissivos por acção e por omissão; o delito tentado implica a prática de actos de execução, e é punido quando o crime consumado for igualmente punido. A pena do delito tentado pode ser modificada (no sentido da agravação ou da atenuação), e a desistência da tentativa penalmente relevante deve ser voluntária

A Constituição de 1822 veio trazer um novo sopro à codificação do direito penal português. Os artigos 10.º e 11.º consagravam os princípios da necessidade da lei penal e proporcionalidade da pena, respectivamente. Foram abolidas certas penas contrárias à dignidade da pessoa humana – a tortura, a infâmia, os açoites, a marca de ferro quente, entre outras –, porque “cruéis e infamantes” (Constituição de 1822, art.11.º). Prometia-se um novo Código Criminal mas as Ordenações continuaram a ser lei até 1852⁷⁰.

3.2.2 O Código Penal de 1852

Em 10 de Dezembro de 1845 foi nomeada uma comissão encarregada de redigir os projectos de um Código Civil e um Código Criminal. Em 1850, o Visconde de Seabra foi incumbido de redigir um Código Civil, pelo que a comissão de 10 de Dezembro de 1845 ficou apenas com o encargo de apresentar um projecto de Código Penal. Em 30 de Setembro de 1852, a comissão entrega o projecto de Código Penal, o qual foi aprovado por Decreto de 10 de Dezembro daquele ano (em plena ditadura do marechal de Saldanha) e ratificado pelas Cortes por Carta de Lei de 1 de Junho de 1853, sendo por isso, segundo Levy Maria Jordão, “adoptado como lei do estado”⁷¹.

O primeiro Código Penal português teve como fontes legais os códigos de França, Espanha, Brasil, Áustria e Nápoles (“é raro o artigo que não se encontre em algum desses codigos, mais ou menos bem applicado, e donde por vezes é quasi verbalmente extrahido.”); e doutriniais, como as críticas feitas ao *Code Penal* de 1810 por Chaveau, Hellie e Rossi, cuja leitura Eduardo Correia reputa como “um valioso subsídio para a interpretação do Código de 1852”⁷².

⁷⁰ *Direito Criminal*, I, pág. 104 a 106.

⁷¹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 106, ALMEIDA COSTA, *o.c.*, pág. 416 e 417; CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal coligidas por Carmindo Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940/41, págs. 48-49; e JORDÃO, *Commentário*, pág. XVIII.

⁷² JORDÃO, *idem*, *ibidem*, e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 107. Também, cfr. ALMEIDA COSTA, *o.c.*, pág. 417.

3.2.2. O CP de 1852 (cont.): o regime da tentativa

O regime da tentativa encontrava-se nos artigos 6.º a 11.º do Capítulo 1.º (“Crimes”) do Título I (“Dos crimes em geral e dos criminosos”) do Livro Primeiro (“Disposições geraes”); e 89.º do Capítulo 3.º (“Da aplicação das penas nos casos de reincidência, acumulação de crimes, cumplicidade e tentativa”) do Título III (“Da aplicação e execução das penas em geral”) também do Livro Primeiro⁷³.

Nos termos do art. 6.º, considera-se tentativa do crime qualquer acto exterior e voluntário, que constitua começo de execução do crime”. O art. 7.º ocupa-se da desistência da tentativa punível quando a execução começada foi suspensa “por effeito de circumstancia independente da vontade do agente.” Diz o art. 8.º que a tentativa de um crime só é punível quando lei manda punir esse crime “com alguma das penas maiores, salvos os casos especialmente declarados.” O art. 9.º trata da tentativa nos “casos especiaes em que a lei qualifica como crime consummado”, nos quais a suspensão da execução deste crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa, ou seja, a desistência da tentativa não relevante. Os actos puramente preparatórios não constituem a tentativa; e “sómente são puniveis quando a lei os qualifica como taes”, é o disposto pelo art. 10.º. A tentativa acabada (ou frustração) é consagrada no art. 11.º, considerando que “Ha delicto frustrado” quando o criminoso praticou todos os actos de execução, que deviam produzir o resultado considerado pela lei como elemento constitutivo de um crime, sem que este resultado se seguisse.

Cotejado o CP vigente com o de 1852, merece especial atenção o tratamento legislativo conferido ao *iter* criminis pelo segundo, porque diverso do seu sucessor. Assim, verifica-se que o Código de 1852 “antepondo a tentativa aos actos preparatorios, inverteu a ordem genealogica das idéas, segundo a qual estes precedem aquella logicamente” posto que o crime “não apparece no mundo como appareceo Minerva nas theogonias dos philosophos e poetas gregos (...).” Segundo Levy Maria Jordão, era importante “traçar a linha divisória que separa o pensamento do crime do mesmo crime, e medir quanto ser possa, a estrada percorrida pelo agente em sua execução.” Para isso, havia que distinguir os actos internos dos actos externos. Os segundos, por seu turno, dividem-se em actos preparatórios, tentativa, “delicto frustrado, e delicto consummado.”

⁷³ A análise do regime da tentativa no CP de 1852 é feita em diálogo com o *Commentário ao Código Penal Portuguez*, de Levy Maria Jordão. Por isso, mantém-se a ortografia então vigente.

Os actos internos “começam na cogitação do crime e acabam na resolução”, podendo, contudo, “existir a cogitação, e não se chegar a verificar a resolução (...) e pódem também verificar-se a resolução, sem que esta se converta em algum acto externo, e isto por muitas causas, como o arrependimento, medo, etc.” Não ganham relevância jurídico-penal porque ao direito só interessam os actos externos “ou os internos que revestem o caracter de exterioridade.” A razão? Responde Levy Maria Jordão: o pensamento “é livre, escapa á acção material do homem, ao império da justiça humana: da sua criminalidade só conhece Deus e a consciência.” Os actos externos têm como fito a realização da decisão tomada, por isso pressupõem todos os actos internos; e podem ser “simplesmente preparatórios, ou de execução (tentativa, delicto frustrado, e consumado).” Nos termos do art. 10.º, os actos preparatórios, ou seja, “aquelles actos que tem por fim facilitar a execução da resolução criminosa, sem todavia constituírem começo de execução”; em regra, não são puníveis. Apenas são puníveis quando a lei os considera como “delictos *sui generis*, isto é, como actos que só por sua propria natureza constituem delicto especial: assim o porte d’armas, a mendicidade, etc”⁷⁴.

A tentativa, segundo o CP de 1852, é assim qualquer acto exterior e voluntário que constitua começo de execução. São elementos da tentativa punível, ainda de acordo com Levy Maria Jordão, os seguintes: “1.º que haja qualquer acto exterior, 2.º que seja voluntario, 3.º que constitua começo de execução, 4.º que a execução começada tenha sido suspensa por circumstancia independente da vontade do agente. Sem se verificarem conjuntamente estes quatro elementos não ha tentativa que os tribunais não possam punir, a não ser que esse acto constitua por si só um delicto especial”. O CP vigente não pune de forma autónoma a frustração ou tentativa acabada, ao contrário do seu avoengo de 1852. De acordo com Levy Maria Jordão, na tentativa acabada “temos mais criminalidade que na tentativa (...); se este, apesar disso, se não realisou completamente, foi porque causas estranhas independentes da vontade do agente o impediram”⁷⁵, daí a razão da sua punibilidade.

Nos termos do art. 8.º, a tentativa só é punível quando ao crime tentado corresponda pena maior, nos termos do art. 29.º, onde são elencadas as penas maiores: de morte, trabalhos públicos, prisão maior com trabalho, ou simples; degredo, expulsão do reino e perda de direitos políticos. O art. 89.º dispõe que à tentativa de qualquer crime é aplicável a pena correspondente à da cumplicidade de qualquer crime. A pena

⁷⁴ *Commentário*, pág. 19

⁷⁵ IDEM, págs. 21 e 25.

para a cumplicidade encontra-se no art. 88.º e é aquela “que segundo as regras prescriptas para os casos em que concorrem circunstancias attenuantes, se deve aplicar a esse crime.” Ou seja, a pena aplicável à tentativa é a pena correspondente ao crime tentado, embora atenuada. Por sua vez, as circunstâncias atenuantes encontram-se no art. 20.º e, segundo o art. 21.º, têm influência “na criminalidade de todos os co-réos, ou sejam auctores, ou sejam cúmplices, excepto quando são derivadas da qualidade, ou posição pessoal de qualquer delles”⁷⁶. Quanto à frustração, é punida do seguinte modo: “se a pena do crime consummado é perpetua, applica-se a temporária da mesma espécie, ou perpetua immediatamente inferior; se a pena do crime é temporária reduzir-se-ha dentro dos termos fixados pela lei (art. 82.º)”. Porque o delicto frustrado é mais grave que o tentado, “é com razão punido mais severamente que a tentativa”, não obstante ser “principio recebido da sciencia que tanto o delicto frustrado como a tentativa devem ser punidos com penas mais leves, porque não ha o mesmo damno, não ha o mesmo alarma na sociedade”⁷⁷.

3.3. A Reforma Penal de 1884 e o CP de 1886

O Código de 1852 não teve vida fácil. Segundo Eduardo Correia, estava eivado de muitos defeitos, merecendo logo severas críticas dos seus comentadores, dos quais se destacavam Levy Maria Jordão e Silva Ferrão. Por isso, ainda com Eduardo Correia, “nasceu já morto e nada espanta que, logo no ano seguinte, se tivesse nomeado uma comissão para o modificar, da qual faziam parte Silva Ferrão e Levy Maria Jordão”⁷⁸. Levy Maria Jordão apresentou um projecto de Código Penal em 1861, o qual foi levado às Cortes pelo Governo ainda nesse ano. Contudo, tal projecto que, segundo Cavaleiro de Ferreira, “foi a tentativa mais séria feita para a elaboração de um código penal”, não conheceu concretização legislativa. Assim, o Código de 52, embora alterado pela Lei de 1 de Julho de 1867, manteve-se em vigor.

Em 10 de Março de 1884, o ministro da Justiça Lopo Vaz apresentou um projecto de reforma, “que constava de três propostas; a segunda- a mais importante- foi convertida na Nova Reforma Penal por carta de lei de 14 de Junho de 1884”. A Nova Reforma Penal compunha-se de duas partes: uma parte geral e uma parte especial. A

⁷⁶ Cf. *Commentario*, pág. 63-77.

⁷⁷ IDEM, pág. 206 e 207.

⁷⁸ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 108 e 109.

parte geral procurou corrigir alguns defeitos do Código de 1852, tais como a retroactividade da lei penal, e foram incluídos novos preceitos sobre a responsabilidade criminal. Quanto à parte especial, não obstante manter-se a ordem das matérias, foram alterados cento e vinte e sete artigos. Na sequência, foi nomeada uma comissão “destinada a incluir tais diplomas no Código de 1852, alterando-o em conformidade. Daí resultou o Código Penal aprovado por Decreto de 16 de Setembro de 1886, que constituiu (...) uma simples consolidação legislativa”, apesar de o Código de 1886 ter significado “uma remodelação vincada do Código antecedente”⁷⁹.

Na sequência, foi nomeada uma comissão “destinada a incluir tais diplomas no Código de 1852, alterando-o em conformidade. Daí resultou o CP aprovado por Decreto de 16 de Setembro de 1886, que constituiu uma simples consolidação legislativa, apesar de o Código de 1886 ter significado “uma remodelação vincada do Código antecedente”. O Código de 1886 manteve-se em vigor até 1982, apesar de reconhecidamente não ter significado “a obra perfeita de interpretação e integração normativa que se ambicionava”⁸⁰.

3.3.1. O regime da tentativa no CP de 1886

O Código de 1886 regulava a tentativa no Capítulo II (“Da criminalidade”), do Título I (“Dos crimes em geral e dos criminosos”) do Livro I (“Disposições geraes”), artigos 8.º a 14.º; e 103.º (quanto à punição dos cúmplices), 104.º (quanto à pena aplicável ao crime frustrado) e 105.º (sobre a pena aplicável à tentativa) do Capítulo III (“Da aplicação das penas, nos casos de reincidência, sucessão e acumulação de crimes, cumplicidade, delicto frustrado e tentativa”) do Título III (“Da aplicação e execução das penas”) do Livro I⁸¹.

O art. 8.º delineava o *iter criminis*, estatuidando que “São puníveis não só o crime consummado mas também o frustrado e a tentativa”. A mera cogitação continua a não ser punida porque “não representa ainda nenhum facto externo, nenhuma alteração na ordem jurídica”, apenas relevando se o agente pensa no crime e leva a efeito tal projecto porque, ao fazê-lo, aí a relevância da cogitação tem “um interesse fundamental na

⁷⁹ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, pág. 49-52, e ALMEIDA COSTA, *História*, pág. 419.

⁸⁰ ALMEIDA COSTA, *o.c.*, pág. 419 -420.

⁸¹ A análise do regime da tentativa no Código de 1886 é feita a partir da obra de José Francisco de TRINDADE COELHO *Anotações ao Código e à Legislação Penal*, Lisboa, Empresa da História de Portugal, 1903. Por isso, também aqui a ortografia seguida é a que vigorava à data.

punição do facto criminoso, quer para caracterizar o crime como doloso, quer para agravar a pena quando o pensamento seja de tal modo demorado que deva qualificar-se de premeditação”, a qual é, nos termos da enumeração taxativa do art. 34.º, uma circunstância agravante⁸².

O art. 9.º estatua que “Sempre que a lei designar a pena aplicavel a um crime, sem declarar se se trata de crime consummado, de crime frustrado, ou de tentativa, entender-se-ha que a impõe ao crime consummado”. A frustração, ou tentativa acabada, continua a ser punida de forma autónoma nos termos do art. 10.º: “Ha crime frustrado quando o agente pratica com intenção todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consummado, e todavia não o produzem por circunstancias independentes da sua vontade”. A punição da tentativa acabada pelo art. 104.º é complexa: 1.º se ao crime consumado coubesse alguma das penas maiores elencadas no art. 55.º, n.º 1, 2 e 3 e no art. 57.º, n.º 1, 2 e 3, “serão applicadas as penas fixas imediatamente inferiores”. Se ao crime consumado fosse applicada a pena maior de prisão celular de quatro anos seguida de degredo por oito, nos termos do art. 55.º, n.º 4; ou a pena fixa de degredo por quinze anos (art. 57.º, n.º 4), “serão applicadas respectivamente as do n.º 5 do art. 55.º, e n.º 6 do art. 57.º” [respectivamente, prisão celular maior de dois a oito anos; e degredo temporário]. Se ao crime consumado fosse applicada a pena de prisão maior celular por dois a oito anos, ou as de prisão maior temporária ou degredo temporário, “serão applicadas respectivamente as mesmas penas, nunca excedente a quatro annos a duração da primeira d’aquellas penas e a seis annos qualquer das outras duas”⁸³.

Nos termos do art. 11.º, há tentativa “quando se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos: 1.º Intenção do agente; 2.º Execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consummado; 3.º Ter sido suspensa a execução por circunstancias independentes da vontade do agente, excepto nos casos previstos no art.

⁸²TRINDADE COELHO *Anotações*, pág. 5, e Vitor António DUARTE FAVEIRO, *Código penal português anotado e actualizado*, Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1946, pág. 21.

⁸³As penas maiores a que se refere o art. 55.º, segundo o sistema penitenciário então vigente, são as de: 1.ª pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo, com prisão no lugar do degredo até dois anos, ou sem ela, conforme parecer ao juiz; 2.ª a de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por doze; e: 3.ª a de prisão maior celular por seis anos, seguida de degredo por dez. Cfr. *Código penal português anotado e actualizado*, pág. 94. O art. 57.º refere-se às penas maiores aplicáveis em alternativa, por força do art. 129.º (condenação em alternativa), que são: 1.ª a pena fixa de degredo por vinte e oito anos com prisão no lugar do degredo por oito a dez anos; 2.ª a pena fixa de degredo por vinte e cinco anos; e: 3.ª a pena fixa de degredo por vinte anos. In *Código penal português anotado e actualizado*, pág. 95. Cfr. TRINDADE COELHO, *o.c.*, pág. 5-6 e 40-41, e DUARTE FAVEIRO, *idem*, págs. 21 e 94-95.

13.º; 4.º Ser punido o crime consummado com pena maior, salvo os casos especiaes em que, sendo applicavel pena correccional ao crime consummado, a lei expressamente declarar punivel a tentativa d'esse crime.” A tentativa é punível nos termos do art. 105.º: aos autores da tentativa “será applicada a mesma pena que caberia aos auctores de crime frustrado, se n'elle tivesse intervindo circunstancias attenuantes”⁸⁴. As circunstâncias atenuantes são as que se encontram nos artigos 91.º a 93.º, com referência aos artigos 55.º e 57.º⁸⁵.

O art. 12.º pune os actos que constituem tentativa, ainda que a tentativa não seja punível, se tais actos “forem classificados como crime pela lei, ou como contravenções por lei ou regulamento.” Segundo o comentário de Duarte Faveiro, o art. 12.º “aplica-se quer aos casos de tentativa abandonada que por si não é punível nos termos do n.º 3” do art. 11.º (a excepção contida *in fine* do art. 11.º, n.º 3); “quer aos casos de tentativa impedida que não seja punível” por não verificada a condição do art. 11.º, n.º 4. Nos termos do art. 13.º, “Os casos especiaes, em que a lei qualifica como crime consummado a tentativa de um crime, a suspensão da execução d'este crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa”. Duarte Faveiro qualifica estes casos especiais como crimes uniexecutivos que, “em regra (...), a lei chama «atentados»”: “certos factos que possam servir para a preparação ou execução de crimes que ofendem interesses importantes” e que por isso, e quanto a eles, a lei “pune de igual modo a preparação e a consumação, bem como as figuras intermédias da tentativa e da frustração”. Os actos preparatórios, ou seja, “os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda começo de execução”, não são puníveis, nos termos do art. 14.º; contudo, “aos factos que entram na sua constituição, é applicavel o disposto no art. 12.º”⁸⁶.

Quanto ao regime da tentativa no Código de 1886, continua a verificar-se o vício genético que Levy Maria Jordão apontava ao Código de 1852, ou seja, os actos preparatórios surgem depois da tentativa, ao arrepio da ordem lógica das coisas que diz que a segunda é posterior àqueles. Só com o Projecto da Parte Geral do Código Penal, apresentado por Eduardo Correia em 1963 é que houve novidades quanto ao tratamento da tentativa em sede legal.

⁸⁴ DUARTE FAVEIRO, *o.c.*, pág. 41.

⁸⁵ V. nota 82.

⁸⁶ V. DUARTE FAVEIRO, *Código penal português*, págs. 26 e 21, TRINDADE COELHO, *Anotações*, pág. 6.

3.4. O Projecto de Revisão do Código Penal de 1963

Impunha-se uma reforma global do Código Penal, o que foi bem pressentido por Antunes Varela, Ministro da Justiça que, em 1961, encarregou Eduardo Correia de elaborar um projecto a tanto dirigido. Em conformidade, Eduardo Correia redigiu um projecto de revisão do Código Penal, projecto esse que foi discutido por uma Comissão constituída em 5 de Dezembro de 1963⁸⁷.

Classificado pelo Ministro da Justiça da altura, Antunes Varela, como obra do mais alto mérito, o Projecto de 1963 representou o avanço que Levy Maria Jordão aspirava, no que ao tratamento da tentativa diz respeito, e em alguns pontos foi mais além. Eduardo Correia é claro quanto ao pensamento que percorre o seu Projecto: “ O que importa é que o homem responda por aquilo que fez, na base daquilo que ele é.” Assim, de acordo com Eduardo Correia, o facto deve ser o ponto de partida e o fulcro do direito penal. Contudo, a perspectiva de que parte o Projecto, é a do interesse da sociedade. “Não se parte, para a construção do direito penal, do campo da ética, muito menos de uma ética individual, mas antes dos bens, valores ou interesses que cumpre defender na vida social e comunitária (...)” e cuja violação legitima a intervenção do direito penal enquanto *ultima ratio* ⁸⁸.

O Projecto de 1963 é o espelho do pensamento do seu Autor e ainda hoje o regime da tentativa é tributária do pensamento de Eduardo Correia, como mais adiante se verá.

⁸⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Código Penal e outra legislação penal*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1992, pág. 5 e 7. Da Comissão de Revisão faziam parte o autor do Projecto, Eduardo Correia, que foi nomeado presidente da Comissão Revisora; como vogais, e em representação das Universidades de Coimbra e Lisboa, António Ferrer Correia e Manuel Gomes da Silva, respectivamente; Sidónio Rito, vogal em representação da Ordem dos Advogados; José Osório, Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, e Maia Gonçalves, da Procuradoria Geral da República, representantes da judicatura e do Ministério Público; e Guardado Lopes, da Direcção Geral dos Serviços Prisionais. Foi nomeado secretário da Comissão Jorge de Figueiredo Dias. V. COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL (1963), *Actas da Comissão Revisora do Código Penal. Parte geral*, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, s/d, pág. 5.

⁸⁸ *Actas*, vol. I, pág. 18 e 21.

3.4.1. O regime da tentativa no Projecto de Revisão do Código Penal de 1963

Nos termos do Projecto de 1963, a tentativa encontrava-se regulada no Capítulo II (“Das formas de aparecimento do crime”) do Título II⁸⁹ do Livro Primeiro (“Parte geral”), nos seus artigos 20.º a 26.º. A tentativa surgia no capítulo relativo às formas de aparecimento do crime.⁹⁰

O art. 20.º do Projecto de 1963 ocupava-se dos actos preparatórios: “Salvo disposição expressa, os actos preparatórios não são punidos.” Para justificar a redacção, o Autor do Projecto referiu que “as disposições que mandam punir actos anteriores à consumação do crime são extensões, verdadeiros alargamentos do direito penal, e, por isso mesmo, tipos dependentes.” Além do mais, ainda com Eduardo Correia, “não pode deixar de dizer-se quais as fases do «iter criminis» que são punidas e quais as que o não são”. Adverte ainda o Autor que “excepcionalmente os actos preparatórios podem ser punidos- e não só como crimes autónomos, mas também como verdadeiros actos preparatórios” e por isso, a razão da ressalva que, assim, abrangeria os dois grupos de casos. Porém, a redacção que foi aprovada, por maioria, foi a de que “Os actos preparatórios não são puníveis, salvo disposição da lei em contrário”⁹¹.

Nos termos do art. 21.º “Há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que, todavia, não vem a consumir-se.” Foram feitas objecções ao proposto artigo por não ser feita qualquer referência ao elemento subjectivo ou intenção, ao contrário do que se passava com o Código de 1886, à data vigente (cfr. supra, o art. 11.º do Código de 1886). Eduardo Correia referiu que a ausência do elemento intenção fora propositada e, ao fazê-lo, “permite que a tentativa se construa ou subjectivamente, com recurso à intenção, ou objectivamente, como crime de perigo concreto.” Desta forma, de acordo com Eduardo Correia, o Código não tomava posição quanto a rejeitar a doutrina finalista de Welzel, ou contra qualquer outra doutrina, “bem ao contrário, deixa o terreno livre para qualquer delas.” Contudo, foi aprovada por maioria a proposta de Gomes da Silva, e com a correcção introduzida por Sidónio Rito, nos termos da qual

⁸⁹ Os títulos e os artigos não foram epigrafados porque, no entender de Eduardo Correia, “as dificuldades eram ponderosíssimas e as vantagens duvidosas.” In *Actas*, vol. I, pág. 31.

⁹⁰ A epígrafe do capítulo suscitou discussão entre os membros da Comissão, ao que o Autor do Projecto respondeu dizendo que “é a designação que sempre tem usado nos seus escritos, quer no seu ensino.” Se a epígrafe por si escolhida não fosse aceite, então “que se utilize a proposta pelo Desembargador Santos Carvalho: «Das formas do crime»”. In *Actas*, vol. I, pág. 164.

⁹¹ IDEM, págs. 165-166.

“Há tentativa de crime quando o agente realiza actos de execução dele e contudo o crime se não consuma”⁹².

O art. 22.º do Projecto de 1963 define actos de execução como “aqueles que: 1.º- Preenchem um elemento constitutivo de um tipo legal de crime; 2.º- São idóneos a causar o resultado nele previsto; 3.º- Segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos do tipo indicado nos n.ºs 1.º e 2.º deste artigo. § único- A inidoneidade do meio empregado ou a carência do objecto só excluem a tentativa quando sejam aparentes.” O artigo 22.º deve ser lido em conjunto com o art. 20.º porque, segundo Eduardo Correia, “consagra uma forma objectiva de distinção entre actos preparatórios e actos de execução”. Se, por um lado, mantém-se a ideia de que a mera intenção não tem relevo para a punição da tentativa (na linha do que sempre se defendeu desde 1852), por outro é necessário que a tentativa se “exteriorize em actos que contenham já, eles próprios, um momento de ilicitude”. Os actos de execução contemplados no n.º 1 do art. 22.º têm em vista os chamados crimes de execução vinculada ou de processo típico; o n.º 2 consagra a tese da perigosidade do acto e remete para o plano do agente, “ao menos considerado na sua significação objectiva.” O n.º 3 faz apelo à experiência comum para explicar porque é que determinados actos de execução só ganham relevância jurídico-penal em conexão “com factos posteriores que provavelmente se seguirão.” Quanto à redacção final do art. 22.º, foi aprovada por maioria a proposta do Secretário da Comissão, segundo a qual: “1. São actos de execução aqueles que: a) Correspondem à descrição de um elemento constitutivo de um tipo legal de crime; b) São idóneos a produzir o resultado nele previsto; 2. São ainda actos de execução aqueles: que, segundo a experiência comum e salvo um caso imprevisível, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos da espécie indicada no número anterior”⁹³.

O parágrafo único do art. 22.º do Projecto deve ainda ser lido conjuntamente com o art. 23.º, segundo o qual “ Se um agente imputável manifesta, por actos que só na sua representação seriam idóneos à execução de um crime, que tinha a intenção de o praticar, e se se mostra, ainda, que ele revela a vontade de reiterar a sua prática ou é criminalmente perigoso, ser-lhe-á aplicada uma pena relativamente indeterminada tendo como limites máximo e mínimo a moldura penal do facto cuja realização visava.” Estes preceitos relacionam-se com o chamado crime impossível, onde há prática de actos de

⁹² IDEM, págs. 168-170.

⁹³ *Actas*, vol. I, pág. 170-175.

execução que, “em vez de conterem em si um perigo real, contêm um perigo meramente aparente”, e que não é construído sobre a realidade, antes sobre a aparência. Um perigo que, nas palavras de Eduardo Correia, resulta ou da carência de objecto ou da inidoneidade dos meios, mas “que cria ou pode criar uma situação de inquietude (...)” social e que fundamenta a punição do agente⁹⁴. Neste caso, a punição não se liga tanto ao facto praticado pelo agente como de sobremaneira à sua personalidade, o que legitima a aplicação de uma pena referida ao agente, daí a razão de ser da cominação do art. 23.º.

A doutrina vertida no parágrafo único do art. 22.º foi acolhida unanimemente pela Comissão e, por isso, foi aprovada por maioria, apenas se substituindo a expressão “aparentes” pela expressão “manifestas”; e o art. 23.º foi eliminado, por decisão da maioria da Comissão⁹⁵.

O art. 24.º do Projecto ocupava-se da punibilidade da tentativa, a qual ocorria: se o agente actuasse com dolo (n.º 1); se visa um crime a que corresponda pena superior a dois anos de prisão, “salvo quando a lei expressamente preveja noutros casos a sua punição.” E a questão que se colocava era a de saber se a punibilidade da tentativa deveria alargar-se a todo o dolo, tal como o fazia o Projecto; ou se deveria restringir-se ao dolo directo, à intenção. O art. 24.º foi aprovado por unanimidade quanto ao entendimento de que a tentativa “só é punível se o agente actuou com dolo e se visa um crime”⁹⁶.

O art. 25.º do Projecto referia-se à não punibilidade da tentativa quanto ao delito doloso individual, “quando o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do crime, ou evita a sua consumação, ou, nos crimes formais, a produção do evento material. Segundo o seu Autor, neste preceito acolhia-se a desistência da tentativa com referência ao arrependimento activo, e que tinha de ser voluntária para ser relevante. Quanto à desistência da tentativa nos crimes formais, houve um “alargamento da eficácia da desistência”. E que vale para a tentativa acabada ou frustração (“quando o agente evita a sua consumação”)⁹⁷.

⁹⁴ IDEM, pág. 177.

⁹⁵ Com a declaração expressa de Eduardo Correia, quanto à eliminação do art. 23.º do Projecto, de que “não participava da responsabilidade de tal decisão” posto que, no seu entender tal seria negar “dignidade punitiva àqueles casos em que se revela uma fortíssima vontade criminosa” exteriorizada “numa vontade de os reter ou numa vontade criminalmente perigosa”, in *Actas*, vol. I, págs. 182-183 e 180.

⁹⁶ IDEM, pág. 183.

⁹⁷ IDEM, págs. 184-185

O art. 25.º continha no seu § 1.º dispunha sobre a desistência na comparticipação (“Se vários agentes comparticipam num facto, só não será punível aquele que voluntariamente preenche as condições previstas no corpo deste artigo): o participante que voluntariamente desistir na prossecução da execução do crime, ou evitar a sua consumação (nos crimes materiais) ou a produção do evento material (nos crimes formais), não é punido. Ou seja, neste parágrafo sobressai a relevância da personalidade da desistência. O § 2.º do art. 25.º do Projecto dispunha o seguinte: “Se a consumação não tiver tido lugar independentemente da intervenção de um dos participantes, basta, para que este não seja punido, que ele voluntária e seriamente se tenha esforçado para evitar a consumação do facto.” Neste parágrafo também releva a personalidade da desistência, daí que seja abrangido pelo privilegiamento da desistência o participante que se tenha esforçado voluntária e seriamente para evitar a consumação do facto, desde que a consumação não tenha ocorrido. Caso a consumação se tenha verificado, regia o § 3.º do art. 25.º que “Não é também punível o participante que voluntária e seriamente se esforce para que a execução não prossiga ou o resultado típico se não verifique, ainda quando os outros participantes prossigam na execução ou produzam a consumação.” Aqui, e segundo Eduardo Correia, procura-se “de alguma forma dividir os participantes, mostra-lhes que a dessolidarização pode ser útil”, a fim de alcançar o escopo de toda a teoria da desistência: “evitar que se produzam resultados criminosos”. Em sede de votação, e quanto ao corpo do artigo, foi aprovado por unanimidade a substituição da expressão “desiste de prosseguir na (...)” pela expressão “desiste de completar a (...)”. O § 1.º foi aprovado por unanimidade com a seguinte redacção: “(...) só não é punível aquele que voluntariamente impede a sua consumação.” Quanto ao § 2.º, foi aprovada por unanimidade redacção proposta pelo Secretário da Comissão: “Não é punível o participante que voluntária e seriamente se esforce por evitar a consumação do facto, quando ela venha a ser impedida por outro participante”⁹⁸.

O art. 26.º do Projecto referia-se à punibilidade da tentativa, a qual “é punível na moldura penal correspondente ao respectivo crime consumado. A pena, porém, poderá ser atenuada nos termos dos artigos 87.º e 88.º”. Ou seja, a atenuação seria facultativa (“poderá ser atenuada”). A redacção que foi aprovada por unanimidade não tocou na

⁹⁸ IDEM, pág. 185.

primeira parte do preceito; e quanto à segunda parte, a redacção que lhe foi conferida rezava o seguinte: “A pena, porém, pode ser sempre especialmente atenuada (...)”⁹⁹.

O Projecto de Eduardo Correia, de 1963, colocava o Código Penal português na estrada da modernidade. Reparou a crítica de Jordão ao estabelecer a ordem genética porque surge o crime: os actos preparatórios antecedem a tentativa. A distinção entre tentativa acabada ou frustração, e tentativa inacabada deixa de existir. A tentativa impossível assoma às preocupações da política criminal que deve ser assumida por um Código Penal.

Em suma, está-se perante um Projecto onde as preocupações teóricas e as necessidades da comunidade se ligavam, e que oferecia critérios prático-normativos essenciais para uma compreensão moderna dos problemas relativos ao crime, a partir sempre da ideia de direito penal do facto, e não do agente. Este Projecto não teve aplicação prática senão em 1982. Até lá, o Código de 1886, remendo do Código de 1852, continuou a sua caminhada penosa até à sua morte já anunciada.

3.5. O CP de 1982

Em 1 de Janeiro de 1983, entrou em vigor em Portugal um novo Código Penal, publicado pelo DL 400/82, de 23 de Setembro, pondo fim à vigência do Código de 1852, “obra nascida já velha e reclamando por isso, desde o início, a sua substituição urgente”; e alterado pelo Código de 1886. Os tempos mudaram e, com a mudança, as normas do Código de 1886 atinentes à doutrina geral do crime “mostravam uma desactualização profunda face ao estágio de evolução alcançado pela dogmática jurídico-penal portuguesa, tal como já era ensinada nas Universidades (...)”, tanto mais que o Código Pena francês de 1810, a fonte inspiradora do Código de 1852, tinha deixado de valer como referência quanto à parte geral do direito penal: “em sua substituição, era a

⁹⁹ In *Actas*, vol. I, pág. 192 a 194. Nos termos do art. 87.º do Projecto, o tribunal podia atenuar especialmente a pena “Sempre que existam circunstâncias anteriores, contemporâneas ou posteriores ao crime que diminuam essencialmente a ilicitude e a culpa do agente, nomeadamente quando ele: agiu cedendo a um motivo honroso, numa crise profunda, sob a impressão de uma ameaça grave, sob o ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência, induzido pela solicitação grave da conduta da vítima, arrastado pela cólera ou dor violenta produzida por uma provocação injusta ou ofensa imerecida; manifestou, por actos, arrependimento sincero, especialmente reparando o dano causado até onde lhe era possível; teve boa conduta durante um período de tempo relativamente longo desde a prática da infracção (...)”. Os termos da atenuação especial da pena ou da pena livre encontravam-se no art.88.º. Cfr. COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL (1963), *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, s/d, pág. 128 a 140.

doutrina germânica que, desde os anos 30, constituía entre nós referente obrigatório – e praticamente exclusivo” – no domínio da ciência penal¹⁰⁰.

As directrizes de política criminal presentes no Código de 1982, “estavam já, em larguíssima medida, contidos no Projecto de Eduardo Correia”, embora afeiçoadas às exigências jurídico-constitucionais derivadas da Constituição de 1976; projecto esse que, segundo Figueiredo Dias, se não coadunava com o carácter ultra-conservador do Estado Novo¹⁰¹.

Desta forma, o Código de 1982 é a consumação do pensamento de Eduardo Correia. A introdução constante do DL 400/82, de 23 de Setembro não podia ser mais claro: “1. O presente Código Penal baseia-se fundamentalmente nos projectos elaborados em 1963 («Parte geral») e em 1966 («Parte especial») da autoria de Eduardo Correia.”

3.5.1. O regime da tentativa no CP de 1982

O Código de 1982 consagrava o regime da tentativa no Capítulo II (“Formas do crime”) do Título II (“Do facto”) do Livro I (“Parte geral”), nos seus artigos 21.º a 25.º.

Quanto à epígrafe “Formas do crime” corresponde à epígrafe aprovada por unanimidade pela Comissão de 1963, apenas suprimido o pronome determinativo “Das”.

O art. 21.º prevê a não punibilidade dos actos preparatórios como a regra, os quais apenas são punidos quando haja disposição legal em contrário. A redacção do artigo 21.º apenas difere da redacção aprovada por unanimidade pela Comissão de 1963 para o art. 20.º, no pormenor de, em vez de se dizer “salvo disposição da lei em contrário”, dizer antes “salvo disposição em contrário.”

O art. 22.º do Código de 1982 ocupa-se da tentativa, definindo a tentativa no n.º 1: “Há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.” Segundo Faria Costa, a redacção “corresponde à do Projecto de Eduardo Correia de 1963 mas em que há de salientar a introdução de um elemento de interioridade”¹⁰². O n.º 2 do art. 22.º define os actos de execução como: “a) Os que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que são idóneos a produzir o resultado típico; c) Os que, segundo a experiência

¹⁰⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Código Penal e outra legislação penal*, págs. 5-7.

¹⁰¹ IDEM, pág. 9.

¹⁰² FARIA COSTA, *Formas do crime*, pág. 159.

comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.” Ou seja, a redacção do art. 22.º do Código de 1982 resulta, no essencial, da conjugação dos artigos 21.º e 22.º do Projecto de 1963, proposta por Figueiredo Dias.

A punibilidade da tentativa está prevista no art. 23.º, n.ºs 1 e 2: só é punível a tentativa se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a dois anos de prisão, salvo disposição em contrário (tal como o art. 24.º, 2.º do Projecto de 1963); e é punível com a pena aplicável ao crime consumado especialmente atenuada, ou seja, como o fazia o art. 26.º do Projecto de 1963. A atenuação especial da pena e os seus termos encontram-se nos artigos 72.º¹⁰³ e 73.º do Código de 1982.

A tentativa impossível é punida nos termos do art. 23.º, n.º 4: só quando a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime não forem manifestas é que a tentativa é punível. Esta redacção corresponde à redacção do § único do art. 22.º do Projecto de 1963 votado por unanimidade (*vide supra*).

O art. 24.º do Código de 1982 dispõe sobre a não punibilidade da desistência da tentativa pelo autor singular, e que corresponde no essencial ao corpo do art. 25.º do Projecto de Eduardo Correia. Nos termos do n.º 1, a tentativa “deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime.” A diferença está em que na redacção de 1982 não se faz referência expressa aos crimes formais. O art. 24.º, n.º 2 é inovador face ao Projecto de 1963, ao prever a não punibilidade da tentativa quando “a consumação ou a verificação do resultado são impedidos por facto independente da conduta do agente” se o agente se esforçar seriamente por evitar a consumação ou a produção do resultado. Ou seja, a desistência releva seja no caso da tentativa dita inacabada, seja no caso da tentativa acabada. Segundo Maia Gonçalves, o n.º 2 do art. 24.º é a consagração da doutrina expendida por Figueiredo Dias” nas suas lições de 1976¹⁰⁴.

Por seu turno, o art. 25.º do Código de 1982 ocupa-se da desistência em caso de participação, e corresponde basicamente aos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 25.º do Projecto de 1963.

¹⁰³ A fonte do CP de 1982, art. 72.º é o art. 87.º do Projecto de 1963.

¹⁰⁴ Manuel Lopes MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português anotado e comentado*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 122.

A punição autónoma da tentativa acabada ou frustração desaparece do Código Penal. Tal como já fora proposto no Projecto de 1963.

3.6. O Projecto de Revisão do CP de 1991

Em 1991, foi apresentado um Projecto de Revisão do Código Penal, levado a cabo por uma Comissão presidida por Jorge de Figueiredo Dias, e a partir do Anteprojecto de Revisão do Código Penal do Ministério da Justiça, datado de Julho de 1987.

O Presidente da Comissão considerou que “os artigos 1.º a 39.º são, em princípio, intocáveis, do ponto de vista substancial”, pelo que as alterações ao regime da tentativa foram de ordem formal, em ordem “a aperfeiçoar a redacção dos diversos artigos”¹⁰⁵. Em conformidade, o art. 22.º, n.º 2, alínea c) sofreu uma alteração, passando a estatuir: “c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar (...)”¹⁰⁶.

Relativamente ao art. 23.º, n.º 1, foi aprovada a punibilidade da tentativa nos casos em que ao crime consumado respectivo caiba pena de prisão superior a três anos, em vez dos dois anos preceituados pela redacção do mesmo artigo no Código de 1982¹⁰⁷.

Foi proposta uma nova redacção para o art. 24.º, n.º 1: em vez de “impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime” propunha-se “impedir a verificação de um resultado que, não fazendo parte do tipo de crime, seja relevante para a punibilidade.” Porém, Sousa e Brito pronunciou-se pela manutenção da redacção 1982 posto que a nova redacção “abrange no seu teor literal casos que não devem ser abrangidos pelo regime de não punibilidade da tentativa. Com efeito, o texto vigente restringe esta aplicação do regime geral da desistência ao impedimento do resultado abrangido pelo dolo da tentativa, embora não compreendido no tipo de crime. Continuam assim a ser punidos os crimes de resultado consumados entretanto

¹⁰⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993, pág. 151.

¹⁰⁶ IDEM, pág. 550.

¹⁰⁷ IDEM, págs. 151 e 458, e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado-Legislação complementar*, pág. 122.

praticados (...), o que se mantém com a nova redacção, mas também os crimes de perigo abstracto entretanto praticados- e as tentativas do mesmo”¹⁰⁸.

Esta crítica foi acolhida pela Comissão que, em função disso, manteve a redacção vigente.

3.6.1. O regime da tentativa no CP revisto e aprovado pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março

O trabalho da Comissão de Revisão do Código Penal presidida por Figueiredo Dias foi acolhido no DL 48/95, de 15 de Março, que alterou o Código Penal, na sequência da L 35/94, de 15 de Setembro, que autorizou o Governo a rever o Código Penal. Nos termos do art. 3.º da L 35/94, foi estendida a autorização legislativa para rever a parte geral mas, conferido o teor da norma em análise, constata-se que o regime da tentativa não foi abrangido por aquela autorização¹⁰⁹. Assim, com as alterações introduzidas em 1995, o regime da tentativa não conheceu mudanças de maior. A redacção do art. 21.º, relativo à punição dos actos preparatórios, é correspondente àquela que já constava do texto de 1982. O art. 22.º, sobre a tentativa, conheceu alterações de ordem formal que se prendem com a flexão verbal, e o acrescento da alternativa “ou” entre as alíneas b) e c), “para deixar clarificado que qualquer das alíneas, só por si, basta para integrar o conceito de actos de execução”¹¹⁰.

O art. 23.º foi alterado no sentido de se ter elevado o limite mínimo que constava no n.º 1, que passa de dois para três anos. Conforme o Projecto de 1991.

Quanto ao art. 24.º, valem as considerações feitas a propósito dos artigos 21.º e 22.º. O mesmo se passa com o art. 25.º^{111 112}.

¹⁰⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código Penal*, págs. 458-459.

¹⁰⁹ Cf. Manuel LEAL-HENRIQUES e Manuel SIMAS SANTOS, *Código Penal anotado*, vol. I, 2.ª edição, Rei dos Livros Editor, Lisboa, 1995, págs. 13-44.

¹¹⁰ MAIA GONÇALVES, *o.c.*, pág. 114.

¹¹¹ V. LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal anotado*, vol. 1, pág. 220-254.

¹¹² A L 65/98, de 2 de Setembro alterou, mais uma vez, o Código Penal. Nos termos do seu art. 3.º, verifica-se que as alterações não abrangeram o tratamento legislativo atinente à tentativa. O mesmo se passa com a 23.ª alteração ao Código Penal aprovado pelo DL 400/82, e operada pela L 59/2007, de 4 de Setembro, cotejado o seu art. 1.º. Ou seja, as alterações operadas por estas duas leis não buliram com o regime consagrado para a tentativa.

2.^a Parte

I– O *iter criminis*

1. – O percurso do crime

A conduta típica dolosa punível percorre um trajecto, mais ou menos longo, desde a ideação do facto até ao seu fim, ou consumação. A verificação no agente da vontade de realizar um ilícito típico é um pressuposto indispensável à existência de um facto doloso mas aquela decisão nem sempre antecede toda a preparação do tipo de ilícito: muitas vezes, a execução do delito é preparada antes de o agente tomar a resolução definitiva de o cometer. Porém, a responsabilidade jurídico-penal por um facto doloso não pode apoiar-se em qualquer momento que anteceda a resolução criminosa do agente, uma vez que só com esta resolução surge o substrato a que pode referir-se o tipo-de-culpa porquanto é certo que enquanto não se sabe a que é que o autor está resolvido, não pode ser averiguado o complemento para o preenchimento do tipo objectivo. Completando com Roxin: só a resolução do facto incondicional é pressuposto da tentativa.

Entre o simples pensamento criminoso (a *cogitatio*) e o preenchimento total de um tipo legal de crime (a consumação, ou *meta optata*) encontra-se uma série mais ou menos longa de momentos ou actividades, que se esbate com a punição do crime consumado. Este trajecto, ou *iter criminis*, designa as etapas ou estádios de realização do crime, examina o desenvolvimento ou a progressão da conduta delituosa de acordo com a medida de realização da vontade do agente, e avalia a conduta deste de acordo com o estádio alcançado; abarca os diversos estádios da conduta punível, por mais fugazes que sejam desde que não estejam sempre diferenciados de forma clara na realidade do viver, que vão desde as apontadas ideação e resolução de praticar um crime, às quais pode seguir-se uma actividade preparatória, um princípio de execução, toda a actividade de execução, a consumação, pela qual realizam-se todos os elementos do tipo e compreende em si as etapas que lhe são prévias, e ainda a produção do resultado, ou fase de terminação ou esgotamento do delito.

Pode acontecer, contudo, que a realização do tipo legal de crime não chega a consumir-se e então levanta-se a questão de saber como tratar daquelas condutas que, de forma mais ou menos intensa, revelaram a vontade criminosa do agente, que mais ou menos directamente puseram, ao menos, em perigo bens jurídicos¹¹³.

Uma etapa de realização será merecedora de pena quanto mais se aproxime da consumação do tipo, daí que a inclusão das etapas anteriores à consumação do crime e em que medida podem ser entendidas para efeitos de cominação de pena apresentam-se como algo problemático. Neste primeiro momento, é possível fazer uma primeira delimitação, a saber: a punição da conduta penalmente relevante que não leva à consumação é um caso de antecipação da punibilidade e, lembrando a característica de *ultima ratio* do direito penal, a antecipação da punibilidade não é admissível com uma amplitude larga uma vez que há princípios que importam limites, como sejam os princípios da necessidade, da proporcionalidade e da legalidade.

A consumação do crime é o momento referencial ao longo do *iter criminis*. É um conceito formal que orienta a formulação do tipo, e não critérios materiais, pelo que se torna materialmente inseguro perceber, ainda que em termos gerais, o que são as fases prévias à consumação e o que legitima a intervenção do direito penal a estes momentos prévios.

Começando por este último ponto, a resposta deve partir da concepção aqui adoptada sobre o direito penal enquanto ordem destinada à protecção de bens jurídicos mas sem esquecer que o crime é obra pessoal do agente que é igualmente membro de uma comunidade jurídico-politicamente organizada, isto é, um cidadão, e não um inimigo do bem jurídico em causa. Por isso, o cidadão só é agente a partir do momento em que e enquanto a sua conduta se revelar perigosa para os bens jurídicos da vítima, ou seja, quando exteriorizada; e não já por conta dos seus pensamentos posto que estes pertencem a uma esfera que não é controlável pela comunidade. Desta forma, a

¹¹³ Cfr., por todos, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal. I- Tentativa e frustração. II- Participação criminosa. III- Pena conjunta e pena unitária*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1953, pág. 9-10; e *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume II*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pág. 225; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Sumários*, pág. 6-7; FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 157; JESCHECK, *o.c.*, pág. 461; Reinhart MAURACH/ Karl-Heinz GÖSSEL/ Heinz ZIPF, *Derecho Penal. Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho (Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch)*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, pág. 3-7; ROXIN, CLAUDIUS, “Resolução do facto e começo da execução na tentativa”, in *Problemas fundamentais de direito penal*, pág. 297-298; Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, 1.ª ed., Santiago del Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 25-26.

antecipação da punibilidade a momentos anteriores à consumação encontra um primeiro limite, decorrente das garantias mínimas de um Estado de Direito.

A este propósito, Jakobs considera que a pessoa-cidadão é assim titular de uma específica esfera privada que denomina de esfera civil. A esfera civil pode ser interna, quando diz respeito à propriedade, ao convívio social reservado, aos códigos de vestuário ou de linguagem, a propriedade privada, por exemplo; e pode ser externa, dentro da qual cabem os direitos de participação e intervenção cívicas, os contactos sociais não reservados ou os direitos de utilização de bens de uso comum. A esfera civil interna caracteriza a relação do cidadão com o Estado que parte do cidadão como sujeito de direitos, e significa que quando o Estado se imiscui neste âmbito, a privacidade cessa e com ela a posição de cidadão do sujeito de direitos: não existe cidadão sem um âmbito privado. Mas a comunicação dos assuntos que pertencem à esfera civil interna já se apresenta como um processo externo e, em determinados termos, pode ser criminalizada desde que sejam perturbadores e independentes da conduta do agente no seu âmbito privado.

A conclusão precedente leva agora à consideração da esfera civil externa, a qual não pode ser entendida apenas como uma perturbação externa. A relevância penal da esfera civil externa radica na conduta externa que perturba e permite questionar o contexto interno do agente, sob pena de ser irrelevante *per se*. Segundo Jakobs, a perturbação surge a partir do momento em que o cidadão se arroga a configuração de âmbitos de organização alheios e essa arrogação seja actual e reconhecível *ex re*. Só assim é que pode legitimamente questionar-se como é que o cidadão passou a ser agente, como é que chegou àquela arrogação e que fim prosseguia com aquela mesma arrogação. As indagações levam a interpretar, de modo legítimo, a conduta do agente à luz de factores internos, com respeito ao âmbito civil interno que não é sindicável¹¹⁴.

Assim, no *iter criminis*, enquanto processo mental e físico, é possível divisar dois momentos: um momento interno, que, segundo Beleza dos Santos, decorre simplesmente no espírito do agente, que pensa no crime, sobre ele delibera e o resolve e no qual o agente idealiza o seu projecto de realização do crime e toma a resolução de o levar a cabo, distinguindo-se a tentação delituosa, a decisão interna entre os motivos

¹¹⁴Günther JAKOBS “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (no original: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, in *ZStW*, ano 35, n.º 97, volume 4, 1985), in *Estudios de Derecho Penal*, pág. 292-300.

favoráveis e/ou desfavoráveis à prossecução da conduta, e a resolução de vontade de realização da conduta típica; e um momento externo, no qual o agente traduz, ou projecta externamente, a sua resolução criminosa, revelando-a ou actuando para a realizar¹¹⁵, e onde se incluem os actos preparatórios e os actos de execução do crime que o agente decidiu cometer. Para o direito penal apenas releva o que é exteriorizado, pois só o que se traduz na modificação do mundo exterior, ou melhor, na alteração da relação de cuidado-de-perigo, é que pode ser objecto de valoração e de eventual punição. Porém, importa apurar quando é que tem início o que é externo e juridicamente relevante, posto que há condutas que são equívocas, não permitindo apurar se são (ou não) dirigidas à comissão do crime; e com consequências para os efeitos da intervenção do direito penal como ordem subsidiária em termos de pôr em causa valores como a liberdade individual, a segurança jurídica, a presunção de inocência, todos princípios condicionantes do quando, como e porquê da intervenção do direito penal. Se os meros pensamentos não devem ser punidos, há actos externos que também ficam impunes, como igualmente pode ser importante o que é processado interiormente pelo agente antes de se iniciar a execução do crime e isto porque a resolução delituosa pode ou não realizar-se, seja por razões estranhas à vontade do agente, seja por razões inerentes à vontade do agente (como é o caso da desistência). Então a compreensão do *iter criminis* e das suas etapas apresenta-se como decisiva para responder àquele problema fundamental da determinação do momento a partir do qual deve intervir o direito penal, para o que importa saber onde deve situar-se a linha de separação entre actos não puníveis e actos puníveis. Da mesma forma que o delito consumado, também no *iter criminis* busca-se o equilíbrio entre o subjectivo e o objectivo, desta feita por via da indagação dos momentos anteriores à consumação e em relação aos quais se crê que o direito penal deve intervir¹¹⁶.

2. As etapas do *iter criminis*

2.1. A resolução criminosa

¹¹⁵ José BELEZA DOS SANTOS, *Direito Penal (Lições feitas em harmonia com as prelecções do Exmo. Sr. Dr. Beleza dos Santos ao quarto ano jurídico de 1919-1920)*, organização de Agostinho de Torres Fevereiro e Augusto Folque de Gouvêa, Coimbra, Tipografia Popular de J. Bizarro, 1920, pág. 263-264.

¹¹⁶ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, CEDECS Editorial, S.L., 1996, pág. 455; e José CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, 2.ª ed., Madrid, UNED, 2000, pág. 157.

A mera resolução de realizar um ilícito típico, independentemente de qualquer começo de realização efectiva, não é punível porque não há o mínimo de ofensividade para os bens jurídicos. Aqui está presente a ideia esplanada no parágrafo anterior acerca dos limites à antecipação da punibilidade das condutas prévias à consumação. De facto, a compreender a antecipação da tutela penal em termos latos, tal levaria a punir desde logo o propósito sério do delito, em contravenção com o princípio *cogitationes nemo poena patitur*, uma vez que *de internis non judicat praetor*.

Na base da não punição de puros pensamentos encontra-se a concepção do direito penal enquanto direito penal do facto, próprio de um Estado de direito de liberdades e secular: a função do direito penal reside na tutela subsidiária de bens jurídicos que encerram interesses socialmente relevantes, e não valores morais. Além disso, os pensamentos pertencem ao âmbito interno do indivíduo e são de difícil sindicância: as relações que se estabelecem em função das meras *cogitationes* são relações do “eu” para com o “eu”, e não do “eu” com o “outro”. Não há a violação da relação de cuidado-de-perigo que é fundamento do ser comunitariamente situado. Num ordenamento social de liberdades (Jakobs), os pensamentos pertencem à esfera constitutiva da pessoa e controlá-los é destruir a pessoa livre na medida em que a obtenção de prova desses mesmos pensamentos seria incompatível com o direito penal de um Estado de Direito. O mero pensamento de natureza delituosa por si só não constitui um factor de perturbação social; ainda encontra-se no âmbito interno do sujeito, como tal está protegido de forma absoluta e tem como contrapartida uma obrigação geral de respeito (de conteúdo negativo) – qualquer actividade de sindicância deste âmbito interno é que representa já uma conduta socialmente perturbadora¹¹⁷.

Num ordenamento jurídico de liberdades, o mais importante é sempre um terceiro, *rectius*, o outro. Assim, o âmbito interno do sujeito termina quando o seu titular o abandona e, seguindo Jakobs, a partir deste momento não se realiza o sinalagma que deve carrear-se para que o interno esteja livre de controlos: o cuidado pela não perigosidade externa de uma organização interna¹¹⁸.

Em resumo, só a conduta externa do agente, traduzida na violação da ordenação social pode constituir um ilícito e a decisão de realização analisa-se num puro processo

¹¹⁷ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 7; e Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducción: Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2.ª edición corrigida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, pág. 852-853.

¹¹⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 853. No mesmo sentido, MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *Derecho Penal*, pág. 5.

interior, insusceptível em si mesmo de violar interesses socialmente relevantes. Ainda que a personalidade do agente seja uma tal que deixa transparecer como altamente provável que à decisão de realização se siga a execução da acção pensada; a aceitar-se um tal juízo de prognose, isso levaria à punição de meras resoluções e, concomitantemente, à violação do princípio democrático da liberdade de pensamento e consciência e a resvalar do direito penal do facto para o direito penal do agente. O mesmo se diga quanto à manifestação, declaração ou comunicação de uma decisão de realizar uma acção típica como tal, salvo quando dirigida a um terceiro: neste caso haverá uma incriminação autónoma, eventualmente o crime de ameaça, previsto pelo CP, art. 153.º, uma vez que a comunicação da decisão de cometer o crime já representa uma ofensa relevante ao bem jurídico (individual) liberdade¹¹⁹.

A resolução do facto releva para a tentativa quando os motivos que pressionam o agente ao cometimento do delito alcançaram preponderância sobre as representações inibitórias, ainda que subsistam dúvidas residuais, e o agente tem vontade de cometer o crime e, por isso, repele as críticas, ainda que não as tenha desalojado definitivamente, podendo sempre ser valoradas como reserva de desistência. Ou seja, a não punição da resolução criminosa facilita também contribui para a desistência da tentativa¹²⁰, o que significa que são razões de política criminal a determinar a não punição das *cogitationes*.

2.2. Os actos preparatórios

A preparação (ou *conatus remotus*) já representa uma conduta que fixa as condições prévias da execução do crime planeado. Vai além do mero planeamento, já objectiva o facto ilícito típico representado mas ainda não se iniciou a execução imediata e tipicamente relevante da vontade de cometer o crime¹²¹. A preparação objectiva-se nos actos preparatórios e os actos preparatórios não são assim elementos da tentativa, tanto a partir de um ponto de vista formal como substancial.

Numa perspectiva formal-legal, os actos preparatórios são aqueles que antecedem temporalmente, e segundo a natureza das coisas, a execução de um ilícito típico. Não constituem um requisito necessário nos crimes dolosos, daí que não se

¹¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 681-682, e CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 158.

¹²⁰ ROXIN, “Resolução do facto e começo da execução na tentativa”, pág. 298-302, e CEREZO MIR, *idem*, *ibidem*.

¹²¹ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, pág. 8, e JAKOBS, *o.c.*, pág. 858.

encontrem descritos ou referidos na generalidade dos tipos legais e, portanto, não constituam pontos de apoio possíveis para aferir da responsabilidade penal do agente, por isso, não serão puníveis: em regra, não supõem uma violação jurídico-penalmente relevante pois podem ter um carácter equívoco na medida em que, considerados em si mesmos, tanto podem ser praticados com vista à comissão do ilícito típico como podem ser condutas perfeitamente lícitas - não é por se adquirir uma navalha que vai depreender-se uma vontade de realização de um homicídio¹²². Os actos preparatórios encontram-se assim afastados da consumação bem como, nas palavras de Jescheck, não conseguem comover o sentimento jurídico da comunidade. Segundo esta perspectiva, os actos preparatórios não são puníveis, tanto por razões probatórias como por razões de política criminal¹²³.

Contudo, numa perspectiva material, os actos preparatórios já são definidos em função da proximidade de ofensa a um bem jurídico, ou seja, em função de uma alteração da ordenação social que a ordem jurídica quer prevenir: nesta medida, há tipos de ilícitos que abrangem desde logo a preparação, criando-se deste modo tipos (de perigo abstracto, em princípio) de actos preparatórios mas formalmente transformados em crimes autónomos, sendo então puníveis. Por outro lado, os actos preparatórios são ainda puníveis, não enquanto autónomos tipos de crime mas enquanto actos preparatórios *a se* com referência a crimes com elevado dano social porquanto ainda como actos preparatórios apontam já com um alto grau de probabilidade para a realização de um ilícito típico e, desta forma, verifica-se a necessidade de intervenção penal num estado relativamente precoce do *iter criminis*¹²⁴.

As perspectivas sob as quais são considerados os actos preparatórios são normativamente sustentadas. No CP, art. 21.º, que se ocupa dos actos preparatórios, a perspectiva formal-legal avulta na primeira proposição como regra: os actos preparatórios não são puníveis. A perspectiva material assoma já na segunda proposição

¹²² FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 682-683, e e CEREZO MIR, *idem*, *ibidem*. O exemplo apontado corresponde a uma hipótese que se encontra neste último lugar.

¹²³ JESCHECK, *o.c.*, pág. 475. No mesmo sentido, cfr. o Ac. do STJ, de 13 de Fevereiro de 1991 (AJ, n.º 15/16), n.º I, *apud* Manuel LEAL-HENRIQUES/Manuel SIMAS SANTOS, *Código Penal. Volume I*, 2.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1995, pág. 224, ou o Ac. do STJ de 15 de Setembro de 1993, segundo o qual a lei não aceita a punição dos actos preparatórios, salvo disposição em contrário, pelo que não são punidos os actos externos conducentes a facilitar ou a preparar a execução de crime, quando os mesmos não constituem ainda um começo de execução (fonte: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86208f7733c2c75e802568fc003a9828?OpenDocument>).

¹²⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *idem*, *ibidem*. Neste sentido, cfr., também, o Ac. do STJ, de 13 de Fevereiro de 1991, n.º II, in LEAL-HENRIQUES/ SIMAS SANTOS, *idem*, *ibidem*.

do preceito, a qual contém a excepção no sentido na punibilidade dos actos preparatórios com respeito ao princípio da legalidade: os actos preparatórios são excepcionalmente punidos quando a lei dispuser em tal sentido: enquanto crimes autónomos, como acontece, por exemplo, no CP, arts. 262.º, respeitante à contrafacção de moeda; ou: enquanto actos preparatórios em sentido próprio, como se verifica no CP, art. 271.º que dispõe sobre a punibilidade dos actos preparatórios dos crimes de falsificação, ou no art. 275.º em relação à punibilidade dos actos preparatórios dos crimes de perigo comum.

Conclui-se que o legislador, em termos de política criminal, considerou que a natureza e essencialidade dos bens jurídicos tutelados por aqueles tipos incriminadores justificam a antecipação do momento punitivo para os actos preparatórios, uma vez que a punição dos actos preparatórios é sempre uma medida excepcional. E por isso deve estar protegida por restrições e especiais garantias justificada pela importância dos bens jurídicos em causa, essenciais ao próprio Estado de Direito e à sua compreensão, e por já revelarem um plano de crime e uma intenção definida. Assim, não há lugar à punição da tentativa de um acto preparatório ainda que a tentativa fosse em geral punível se o acto preparatório constituísse crime autónomo; e, por outro lado, o acto preparatório punível como tal não deve considerar-se punível como crime autónomo, sob pena de violação da CRP, art. 29.º/5, que consagra o princípio do *non bis in idem*¹²⁵.

Um olhar sobre outros ordenamentos jurídico-penais demonstra que a impunidade dos actos preparatórios constitui a regra. Na Alemanha, a preparação é basicamente impune pelas aludidas razões de carácter técnico-probatório e de política criminal, uma

¹²⁵ V., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *idem*, *ibidem*; FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 158-159; e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, pág. 226. Tanto a CRP como o CP acolhem aquelas fragmentaridade, legalidade e subsidiariedade e necessidade da pena, que se podem concentrar no aforismo *nullum crimen sine lege stricta, scripta et previa*: a CRP, no *supra* apontado art. 18.º/2 estatui no sentido da intervenção do direito penal como *ultima ratio* ao dispor que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos caso expressamente previstos na CRP, e as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, e que só pode haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar esses bens constitucionais. Segundo a CRP, art. 29.º/1 e 3, ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. O CP, art. 40.º/1 dispõe que a finalidade da pena visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; e o art 1.º/1 e 2 estatui que a aplicação de uma sanção jurídico-penal (pena ou medida de segurança) só pode ter lugar em relação ao facto descrito ou ao estado de perigosidade declarados puníveis por lei anterior ao momento da sua prática ou do seu preenchimento, respectivamente. Cfr. VITAL MOREIRA/ GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 494, JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 152-153; e FIANDACA/ALBEGGIANI, *o.c.*, págs. 137-138.

vez que a preparação é juridicamente indiferente na maior parte dos casos, encontra-se demasiado afastada da consumação para comover seriamente o sentimento jurídico da comunidade e, por último, não pode encontrar-se na maioria das acções preparatórias o dolo de tipo. Todavia, se são razões de política criminal que determinam que em regra os actos preparatórios não sejam puníveis, são já razões especiais de política criminal e, por isso, de carácter excepcional, que levam o legislador penal alemão a punir os actos preparatórios: a) como extensão não autónoma, ou preparação de modo não tipificado (Jakobs), de certos tipos em que tal está expressamente estabelecido, e cujas particularidades requerem uma intervenção especialmente antecipada, caso contrário nada se conseguiria com uma declaração de pena, tal como acontece, por exemplo, com os crimes de alta traição e de preparação de sequestro político [StGB, §§ 83 e 234 a), par. 3, respectivamente]. Apesar da falta de tipicidade, e não obstante os actos preparatórios não terem de ser objectivamente idóneos, não é suficiente um comportamento que revele o plano do agente, mas antes um comportamento que ponha em evidência a determinação delictiva do agente, isto é, que não seja socialmente normal, pois que estes actos não tipificados ou bem que objectivam um plano delictivo e nessa medida constituem por si mesmos actos preparatórios puníveis, ou então, ao invés, permanecem impunes; b) como tipos penais autónomos, ou actos preparatórios de forma determinada ou de modo tipificado (Jakobs) quando estão em causa actos preparatórios de fisionomia típica e elevada perigosidade de acordo com o bem jurídico protegido, e sem necessidade de o agente já ter pensado um delito perfeitamente determinado, como acontece com a preparação de falsificação de moeda [StGB, § 149]; e: c) como casos especialmente perigosos de participação por via da conexão psíquica entre os intervenientes, a configurar uma situação de participação antecipada [StGB, § 30, par. 2]. Segundo Jescheck, e a partir da jurisprudência do BGH, a tentativa não é punível nos tipos de actos preparatórios dependentes, mas já é punível na maioria dos tipos autónomos de actos preparatórios; a norma relativa à desistência da tentativa [StGB, § 24] não pode aplicar-se aos actos preparatórios contidos em tipos autónomos, uma vez que constituem delitos formalmente consumados mas com frequência há disposições especiais que devem aplicar-se por analogia em casos similares¹²⁶. Na Espanha, desde

¹²⁶ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, pág. 9-10; JAKOBS, *idem*, *ibidem*; e JESCHECK, *Tratado*, págs. 474-475. Curiosamente, estes Autores não apresentam uma uniformidade de critérios quanto à punibilidade dos actos preparatórios: enquanto que para Jakobs e Jescheck o StGB, § 83 constitui uma extensão não autónoma de certos tipos, para Maurach/ Gössel/ Zipf o § 83 é um delito tipicamente determinado e concretamente individualizado.

1995 vale o princípio da impunidade, com carácter geral, dos actos preparatórios, e que se deduz da noção legal de tentativa (art. 16.º) que mantém o requisito do início de execução do delito. Contudo, o CP espanhol reconhece e pune, de forma especial, certos actos preparatórios como crimes, o que acontece com a conspiração para delinquir e a proposição para delinquir (art. 17.º/1 e 2, respectivamente), bem como com a provocação à delinquência e a apologia à delinquência (art. 18.º/1 e 2)¹²⁷.

2.3. A tentativa

Tradicionalmente, a tentativa (*conatus proximus*) é conhecida também como “delito imperfeito”. A partir da etimologia do adjectivo, “imperfeito” refere-se ao verbo latino *perficere*, que significa cumprir, terminar ou acabar; e relacionando-se com a finalidade da conduta (*meta optata*) que não é lograda, a tentativa apresenta-se como algo de imperfeito. Todavia, se o adjectivo emprega-se para designar a conduta cuja consequência há de ser uma sanção penal, a tentativa apresenta-se juridicamente como algo de perfeito, não apenas porque tem a sua sanção, ainda que referida ao crime consumado (cujo começo de execução é representado pela tentativa); como também pelo facto de a tentativa ser juridicamente relevante por força do princípio da legalidade criminal (CP, arts. 22.º e 23.º)¹²⁸.

Na tentativa, à perfeição do tipo de ilícito subjectivo (ou dolo do tipo) corresponde uma imperfeita (tentativa acabada) ou inacabada (tentativa em sentido próprio) do tipo de ilícito objectivo que se previu ou intentou. É a hipótese inversa do erro sobre a factualidade típica (CP, art. 16.º) no qual falta a congruência entre o tipo de

¹²⁷ CP espanhol, art. 17.º/1: a conspiração para delinquir existe “quando duas ou mais pessoas se concertam para a execução de um delito e resolvem executá-lo”.

CP espanhol, art. 17.º/2: há proposição para delinquir “quando aquele que resolveu cometer um delito convida outra ou outras pessoas a executá-lo”.

CP espanhol: art. 18.º/1: a provocação a delinquir consiste em “incitar por meio de imprensa, radiodifusão ou qualquer outro meio de eficácia semelhante, que facilite a publicidade, ou perante uma concorrência de pessoas, à perpetração de um delito”.

CP espanhol, art. 18.º: a apologia consiste na exposição, ante uma simultaneidade de pessoas ou por qualquer meio de difusão, de ideias ou doutrinas que engrandecem (*ensalcen*) o crime ou enalteçam o seu autor. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *o.c.*, págs. 457-458, CEREZO MIR, “La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”, in RDPC, 2.ª época, Janeiro de 1998, págs. 13-14; Elena FARRÉ-TREPAT, “Tentativa y frustración (D.º Penal)”, in EJ, vol. IV, Madrid, Editorial Civitas, 1995, págs. 6494 e 6495. Silva Sanchez considera que a punição dos actos preparatórios (no CP espanhol) devia ser feita com recurso a uma norma geral e cingido aos delitos mais graves, afeiçoada à função do direito penal enquanto ordem de protecção de bens jurídicos (semelhante ao que acontece com o CP português, acrescenta-se). Cfr. Jesús-María SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pág. 148-149.

¹²⁸ REYES ENCHANDÍA, *idem*, *ibidem*, e MARQUES DA SILVA *o.c.*, pág. 257.

ilícito objectivo, que é perfeito no sentido de acabado, e o tipo de ilícito subjectivo, o qual não se verifica.

É punível nos termos do CP, art. 23.º uma vez que quando o agente pratica os actos de execução de um crime que decidiu cometer, ele já viola a norma jurídica de comportamento que está na base do ilícito consumado. A realização dolosa parcial de um tipo de ilícito objectivo já representa uma violação do ordenamento jurídico que é juridico-penalmente relevante pela, de acordo com Figueiredo Dias, intranquilidade em que coloca bens jurídico-penais, intranquilidade essa que corresponde ao desvalor de resultado da tentativa¹²⁹.

2.3.1. Os elementos da tentativa

De acordo com a noção legal de tentativa vertida no CP, art. 22.º/1, a tentativa é constituída pelos seguintes elementos: a) a prática de actos de execução de um crime; b) a decisão do agente de cometer o crime; e: c) não consumação (do crime que o agente decidiu cometer).

O CP, art. 22.º/2 indica nas suas alíneas o que são actos de execução com pertinência à tentativa, ou seja, aquelas condutas que integram uma referência objectiva a certa negação de valores jurídico-criminais nas formas de lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos¹³⁰. A compreensão dos elementos da tentativa não se basta com a mera enunciação dos preceitos legais que os acolhem, pois desta forma não poderiam surpreender-se as questões que se suscitam a propósito de cada um deles, como sejam a de saber quais as características de que deve revestir-se uma decisão com relevo para o delito tentado, e que não é uma mera cogitação; ou ainda o que distingue os actos de execução dos actos preparatórios pois, como se viu, estes, em regra, não são punidos, ao passo que para haver tentativa basta a prática de um acto de execução; ou, por último, em que termos deve ser concebida a não consumação e a sua relação com os crimes de empreendimento, ou seja aqueles crimes em que há uma equiparação típica entre a tentativa e a consumação.

Inicia-se este segmento com a abordagem da decisão de cometer o crime por parte do agente uma vez que o crime representa uma conduta levada a cabo por um centro de imputação, isto é, um sujeito que exerce o seu livre arbítrio em termos que são

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 684-685.

¹³⁰ FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 160.

reprovados pela comunidade de que é membro ou cidadão. De seguida, analisar-se-ão os actos de execução com relevância jurídico-penal para se poder afirmar que se está perante uma tentativa. A não consumação será tratada aquando da análise da última etapa do *iter criminis*, ou seja, a consumação, em ordem a explicitar em que termos deve ser entendida, especialmente quando tange com o problema da desistência da tentativa; e de modo a alcançar a referência aos crimes de empreendimento, categoria dogmática que parece estabelecer uma ligação entre a tentativa e o crime consumado, isto é, entre a não consumação e a consumação.

2.3.1.a) A decisão de cometer o crime

Como se viu, na tentativa há o preenchimento do tipo de ilícito subjectivo que, na economia daquele preceito, corresponde à decisão de cometer um crime por parte do agente. Assim, o tipo subjectivo do ilícito da tentativa é o mesmo que o do crime consumado, por isso à decisão de cometer o crime pertence a totalidade das exigências típicas subjectivas, isto é, o dolo e eventualmente os especiais elementos subjectivos da ilicitude¹³¹. Se o acontecimento fáctico for precocemente interrompido, como no caso da tentativa inacabada, pode tornar-se duvidoso se o agente se decidiu ou não pela realização do facto porquanto os actos de realização típica que manifestariam de forma indubitável a existência de uma vontade dirigida à consumação não tenham chegado a ser executados. A resposta a esta questão pode encontrar-se em Roxin, como já foi enunciado em momento anterior relativo à análise da resolução criminosa: a decisão pelo facto já existe no momento em que os motivos que impelem o agente ao cometimento do delito alcançaram predominância sobre os contra-motivos de natureza

¹³¹ São aqueles elementos que não pertencem ao dolo do tipo mas que, de forma essencial, co-determinam o desvalor da acção e definem a área de tutela típica; não se referem aos elementos do tipo objectivo de ilícito porém cumprem uma função de individualizar uma espécie de delito de tal forma que, quando faltam, o tipo de ilícito daquela espécie de delito não se encontra verificado. Não se reconduzem a um qualquer elemento externo mas antes a dados e relações pura ou predominantemente internos, como são as intenções [v.g., CP, art. 203.º/1], os motivos e os impulsos afectivos [por exemplo, o CP, art. 132.º/2, e)] ou as características da atitude interna [CP, art. 132.º/2, d) e e)]. No caso do CP, art. 132.º, estes elementos são utilizados pela lei para fundamentar a censurabilidade (cfr. CP, 132.º/1) da conduta do agente e por isso imputados no tipo de culpa (e não no tipo subjectivo de ilícito). Quando estes elementos não são imputados no tipo de culpa, coloca-se o problema da distinção entre as intenções e os motivos, os impulsos afectivos e as características da atitude interna; e o fim da acção. Sobre os critérios de distinção, v., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 382-383.

inibidora, ainda que possam subsistir algumas dúvidas que relevam a título de reserva de desistência¹³².

A referência à decisão de cometer um crime significa que na tentativa é necessária a verificação da intenção directa e dolosa por parte do agente. Desta premissa, podem levantar-se duas questões: a primeira é a de saber se a tentativa é ou não punível a título de negligência; a segunda, a de saber se a tentativa é ou não compatível com o dolo eventual. Ambas as questões se ligam com o que já foi avançado antes numa primeira aproximação à tentativa: então referiu-se que a tentativa representa o inverso da negligência, por um lado, e que não há tentativa sem dolo, por outro. Cumpre assim avançar mais um pouco neste específico tema das relações entre tentativa, dolo e negligência.

Começando pela primeira questão, Eduardo Correia, no domínio do CP de 1886 [que previa a tentativa no seu art. 11.º, em cujos termos existia quando se verificassem cumulativamente a intenção do agente; a execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado; ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, excepto nos casos dos designados crimes uniexecutivos ou atentados (os designados por crimes de empreendimento, e previstos no art. 13.º); e, por último: ser o crime consumado punido com pena maior (“salvo os casos especiaes em que, sendo applicavel pena correccional ao crime consummado, a lei expressamente declarar punivel a tentativa d’esse crime.”)] concebia a tentativa de uma forma puramente objectiva enquanto “actividade que produz um perigo de violação de bens jurídicos, independentemente do dolo ou da intenção”, os quais, sem prejuízo do seu relevo para o tipo de culpa, seriam uma condição exterior da punibilidade da tentativa sempre entendida como “um excepcional alargamento dos quadros normais da punição”. Por isso, em abstracto, e no plano da ilicitude da tentativa enquanto perigo que a acção cria para bens jurídicos protegidos pelo direito penal, nada impediria, ao menos em abstracto, a tentativa quanto a crimes cometidos com negligência que não chegaram a produzir o resultado típico¹³³.

Esta concepção não é de aceitar, e o próprio Eduardo Correia, ainda na vigência do CP de 1886, entendia que é essencial ao conceito de tentativa punível a existência da

¹³² No mesmo sentido, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 693.

¹³³ EDUARDO CORREIA, *o.c.*, pág. 231-232.

intenção ou do dolo¹³⁴. Uma vez que a letra do CP, art. 22.º, quando se refere à decisão do agente, aponta para o conhecimento e vontade de realização do ilícito típico, ou seja, para o dolo, excluindo a negligência ou mera culpa¹³⁵. Por outro lado, e reiterando o que já foi explanado em momento anterior, na tentativa verifica-se o desvalor de acção e não o desvalor de resultado. Com base nesta ideia, seguindo muito de perto Faria Costa e convocando a unidade axiológica que os actos jurídico-penalmente relevantes devem possuir em vista da dignidade penal e do merecimento da pena, tem-se que à menor intensidade ou mesmo inexistência do desvalor do resultado deve exigir-se uma maior “intensidade” do querer delituoso (desvalor de intenção). A conduta negligente só deve ser punida se concretizada no resultado, o qual é manifestação da ilicitude material, e não condição objectiva de punibilidade: ou seja, à menor intensidade ou mesmo inexistência de desvalor de acção corresponde uma maior intensidade comprovada no desvalor de resultado. Ou seja, as valências axiológicas da tentativa e da negligência são distintas, por isso a punibilidade da tentativa a título de negligência representaria uma incongruência porque a punibilidade de uma conduta com dignidade penal “tem de corresponder à valência axiológica que aquela explicita”¹³⁶.

Quanto à segunda questão, a doutrina e jurisprudência maioritárias em Portugal (bem como da doutrina maioritária estrangeira, segundo Figueiredo Dias), entendem que a decisão a que se refere o CP, art. 22.º não deve ser entendida em termos diferentes daqueles que valem para qualquer ilícito típico doloso que exige sempre ser integrado por uma decisão, e não necessariamente por uma intenção pois que, nestes casos, colocam-se as mesmas exigências de política criminal, a mesma dignidade punitiva e a mesma carência de pena que justificam a punibilidade de qualquer tentativa. Tal como no delito consumado, também na tentativa o dolo pode assumir qualquer uma das suas formas (directo, necessário e eventual) porque se o dolo eventual é suficiente para a consumação do crime é igualmente suficiente para a tentativa correspondente¹³⁷.

¹³⁴ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal. I- Tentativa e frustração. II- Participação criminosa. III- Pena conjunta e pena unitária*, pág. 30-31.

¹³⁵ Assim também, o Ac. do STJ de 21 de Novembro de 1984 (BMJ, 341, 260), in MAIA GONÇALVES *Código Penal Português*, pág. 132, onde se aduz que a expressão “decidiu cometer” do CP, art. 22.º tem uma formulação muito próxima da expressão “intenção do agente” que constava do CP de 1886, art. 11.º, sendo aquela menos incisiva que esta mas que deve ser entendida com o mesmo conteúdo, de excluir a negligência; ou o Ac. do TRP de 26 de Junho de 1989 (CJ, ano X, tomo 3), que claramente afirma que o crime negligente ou culposo não admite a figura da tentativa, *apud* MARQUES DA SILVA, *o.c.*, pág. 260.

¹³⁶ FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, pág. 13-15.

¹³⁷ Cfr., na doutrina, FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 694-695, MARQUES DA SILVA, *o.c.*, pág. 259-260, ou CAVALEIRO DE FERREIRA, *o.c.*, pág. 404. Na jurisprudência, no sentido maioritário podem

No entanto, Faria Costa e, na sua esteira, uma parte da jurisprudência, entendem que a tentativa é incompatível com o dolo eventual na medida em que a expressão “decidiu cometer” remete a tentativa para os quadros do dolo directo, mesmo sob a sua forma mais estrita que é a intenção, como se pode apreender em Figueiredo Dias¹³⁸.

De facto, a partir do CP, art. 14.º e do confronto entre os seus números 1 e 3, entende Faria Costa que na tentativa tem de haver uma irrecusável e inequívoca decisão de querer praticar um crime. O que o agente visa e quer é a prossecução intencional do fim a que se propôs e que é considerado no tipo legal como um dos seus elementos essenciais, e não apenas a realização do facto ilícito típico. Então, torna-se difícil perceber como é que se pode querer de modo intencional e, concomitantemente, representar o resultado como possível. Explicitando: o querer directamente intencionado é confluência de uma vontade trespassada pela representação do resultado que o homem normal considera como segura para alcançá-lo, com a consciência de que tal acto é desaprovado pela ordem jurídica, ou seja, é ilícito. Com o dolo eventual prende-se a necessidade de emprestar uma fundamentação à maior punibilidade de certas condutas que, não sendo claramente negligentes, são no entanto merecedoras de penas mais graves posto que se finalizaram num resultado material, fator de um maior ou menor dano. Ainda que se admita o que Faria Costa crisma de forma oculta de dolo eventual, este aspecto oculto desvanece-se através do resultado porque o dolo eventual tem uma conexão indesmentível como resultado. Em síntese, não é a mesma coisa o agente ter representado o resultado como possível, conformar-se com ele e o resultado ter-se produzido; e o resultado não se produzir. Na conduta em que está presente o dolo

recensar-se o já citado Ac. do STJ de 21 de Novembro de 1984, onde também se afirma que a expressão “decidiu cometer” compreende qualquer tipo de dolo, designadamente o eventual, uma vez que o facto de não existir, no dolo eventual, uma intenção directamente dirigida à consumação do crime, nem por isso se pode dizer que o agente não tomou uma decisão sobre ele, e essa decisão corresponde ao acto de conformação, a que alude o CP, art. 14.º/3, com a realização do facto criminoso representado; o Ac. do STJ, de 6 de Março de 1985 (BMJ, 345, pág. 222), segundo o qual sempre que o crime consumado puder ser praticado com dolo eventual, a tentativa será punível, não obstante a decisão de cometer a infracção; ou o paradigmático Ac. do STJ de 10 de Novembro de 1993 (CJ/STJ, ano I, tomo 3, pág. 228) *apud* MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, pág. 133; o Ac. do STJ de 8 de Março de 1995 (fonte: www.dgsi.pt, com referência ao processo n.º 048154), de acordo com o qual a tentativa é compatível com o dolo eventual; ou, mais recentemente, o Ac. do STJ de 08-03-2006, segundo o qual é segura a compatibilidade entre dolo eventual e tentativa acabada (fonte: www.dgsi.pt, com o n.º de processo 06P269).

¹³⁸ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *idem*, *ibidem*. V. também MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, pág. 132, com base no entendimento de que a redacção conferida ao CP, art. 22.º pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, ao introduzir um elemento de interioridade, parece indicar uma opção no sentido de que o dolo, na tentativa, terá de assumir a forma de dolo directo (intenção criminosa directa), excluindo-se desta maneira o dolo eventual. Na jurisprudência portuguesa, a posição que nega a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual pode verificar-se no clássico voto de vencido do Conselheiro Sá Nogueira expandido a propósito do Ac. do STJ de 10 de Novembro de 1993.

eventual, o fim visado que o fundamenta é sempre lateral ou acessório e só ganha relevância com o resultado¹³⁹.

Se o dolo eventual precipita-se no desvalor de resultado e, como já se viu e é pacífico, na tentativa há a verificação do desvalor da acção mas não do desvalor de resultado, a aceitar-se a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual estar-se-ia a aceitar, se bem se vêem as coisas, uma conduta na qual estariam presentes o desvalor de acção e o desvalor de resultado. Assim, a tentativa parece não ser compatível com o dolo eventual. A entender-se o contrário, estar-se-á a fazer uma quase total equiparação dos pressupostos dogmáticos do crime consumado e do crime tentado, desta feita negando a autonomia típica substancial da tentativa; e a violar-se o princípio da legalidade ao nível da determinação dos comportamentos proibidos. Por outro lado, e em consequência, a aceitar-se que no dolo eventual há representação e vontade ainda que enfraquecidas ou degradadas, então abre-se a porta à eventual legitimação da tentativa negligente (entenda-se negligência consciente), a qual também implica a representação e a vontade, e que se distingue do dolo eventual em função da atitude pessoal do agente, ou seja, ao nível do elemento emocional do dolo. Ora, é unanimemente pacífico o entendimento de que a tentativa não é compatível com a negligência. Desta maneira, é de aceitar a posição, ainda que minoritária¹⁴⁰, que nega a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual.

2.3.1.b) Os actos de execução

À tentativa pertence também a prática pelo agente dos actos de execução de um tipo de crime, e os actos de execução relevantes são os definidos nas alíneas do n.º 2 do CP, art. 22.º. Da redacção deste preceito percebe-se que as alíneas em referência não indicam uma alternativa de pluralidade de critérios mas devem, em conjunção umas

¹³⁹ Cfr. FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, pág. 87-10, e “Tentativa e dolo eventual revisitados”, pág. 311-312.

¹⁴⁰ O Ac. do TR de Coimbra de 2 de Abril de 2008 faz eco da posição maioritária entre a doutrina e a jurisprudência quanto à compatibilidade entre tentativa e dolo eventual, quando reafirma a posição do Ac. do STJ de 21 de Novembro de 1984, (fonte: http://www.trc.pt/direitopenal/proc_1541_06_1pbavr.html); ou ainda o Ac. do TR Porto de 10 de Dezembro de 2008, a propósito do recurso de sentença que condenou o arguido pelo crime de homicídio simples, na forma tentada, p. e p. pelos arts. 22º, 23º e 131º do C. Penal, na pena de 5 anos de prisão, apesar de o mesmo arguido “ter agido com a forma menos intensa de dolo” (fonte: http://www.trp.pt/jurisprudenciacrime/crime08_4391.html). Na mesma linha, cfr. também o Ac. do TR de Évora de 18 de Junho de 2002 (número III do sumário), que também entende que a tentativa é compaginável com qualquer das modalidades de dolo, nomeadamente o eventual (fonte: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8b20eb910ada125c8025708f003ad8ef?OpenDocument>).

com as outras, servir para a definição de actos de execução no caso concreto¹⁴¹. Também alcança-se que no elenco dos actos de execução se adoptou, “deliberada e conscientemente um critério que assenta no pressuposto da causalidade adequada”, ou seja, naquele elenco relevam apenas aqueles actos que, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer, isto é, segundo o que é geral previsível, são idóneos para a consumação do crime¹⁴².

Os actos de execução representam as condutas do agente que exteriorizam a sua decisão de cometer o crime, e que não constituem actos preparatórios, os quais, como se viu, em regra não são puníveis. Cabe então começar por questionar o que distingue os actos de execução dos actos preparatórios¹⁴³.

Segundo as teorias formais objectivas, os actos de execução são aqueles que integram um elemento do tipo de ilícito, ou seja, são aqueles actos abrangidos pelo teor literal da descrição típica. Esta posição corresponde em termos histórico-dogmáticos ao ponto de partida a propósito da distinção entre os actos de execução e os actos preparatórios, e é um critério que não pode ser contestado enquanto linha de orientação fundamental: de facto, esta posição respeita o princípio da legalidade projectado nos princípios da tipicidade e da determinação dos comportamentos proibidos. Porém, sem embargo do acerto da proposição, deve ter-se em linha de conta que nem todos os actos de execução são elementos de um tipo de ilícito, como acontece nos crimes de execução livre, em que o *iter criminis* e o modo de execução não são descritos no tipo mas apenas

¹⁴¹ CAVALEIRO DE FERREIRA, *o.c.*, pág. 406. De acordo com o Ac. do STJ de 1 de Abril de 1992, o legislador “utiliza a par de um critério puramente formal, que considera como actos de execução os que preenchem um seu elemento constitutivo (artigo 22, n. 2, alínea a) do Código Penal), um critério objectivo segundo o qual são ainda actos de execução os que são idóneos a produzir o resultado típico (sua alínea b) e ainda os que segundo a experiência comum e salvo circunstancias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores - alínea c) do mesmo preceito” (fonte: www.dgsi.pt, processo n.º 042582).

¹⁴² FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 160; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 328; e CAVALEIRO DE FERREIRA, *o.c.*, pág. 407.

¹⁴³ A discussão a propósito da distinção entre actos de execução e actos preparatórios não é uma questão exclusiva do direito penal português. As posições doutrinárias que são expostas no corpo do texto correspondem àquelas que historicamente foram surgindo no direito penal alemão, mas tal não significa ainda assim que a questão diga respeito apenas aos direitos português e alemão. De facto, na França o *Code Pénal* não oferece critérios que permitam definir o que são actos preparatórios uma vez que estes (tal como os actos de execução da tentativa) são actos materiais mas (ao contrário dos actos de execução da tentativa) são equívocos; e nos termos do *Code*, só há autoria de um crime quando o agente tenta cometer um crime, pelo que só há crime ao menos quando há tentativa, e só há tentativa quando há começo de execução (neste sentido, cfr. o CP francês, arts. 121-4, 2.º e 121-5). Por isso, no domínio do direito penal francês cabe à jurisprudência a tarefa de delimitar aquela noção. Assim, a jurisprudência da *Court de Cassation* entende de forma pacífica que um acto de execução é um acto que tem por consequência directa o cometimento da infracção, pelo que *a contrario* um acto preparatório terá em vista o cometimento da infracção como consequência eventual dada a sua não inequivocidade. Quanto ao direito francês, cfr. VERMELLE, *Le nouveau droit penal*, págs. 88-89.

a consumação. Assim, deve então questionar-se quais as características ou qualidades de que se deve revestir um concreto acto singular para que possa dizer-se que preenche um elemento do tipo de ilícito. Uma resposta a esta segunda questão que se apoie no teor literal do tipo objectivo apenas permite resolver a questão quanto aos casos mais simples, soçobrando perante os casos mais complexos; e quanto aos crimes de execução livre, há que levar em consideração que há toda uma constelação de actos que tudo indica deverem tratar-se de actos de execução sem todavia poder afirmar-se que tais actos integram o teor literal ou mesmo significante de um elemento típico, como o exemplo do caso julgado na jurisprudência alemã recenseado por Figueiredo Dias, em que o tribunal considerou tratar-se de acto preparatório, e não de acto de execução do crime de burla, a conduta do agente que, abordando a vítima na rua, faz-se passar por parente da vítima a fim de ganhar a sua confiança, ser recebido em sua casa e pedir-lhe um empréstimo e, depois de receber a *pecunia*, desaparecer sem a intenção de restituir o dinheiro, o que só não acontece porque é detido na rua face ao seu estranho comportamento¹⁴⁴.

Com Vogler, as teorias formais objectivas passaram a entender que existe um acto de execução sempre que o agente pratica uma acção que integra um elemento constitutivo do tipo. Desta forma, o ponto de vista das teorias formais objectivas apresenta-se como obrigatório, por força do princípio o *nullum crimen sine lege*, porém deve ser complementado e esclarecido com e em função do tipo de crime que o agente decidiu cometer¹⁴⁵.

A complementação e esclarecimento das teorias formais objectivas são fornecidos com o auxílio às teorias materiais objectivas. Estas arrancam da fórmula de Frank, segundo a qual são actos de execução os actos que em virtude de uma pertinência necessária à acção típica, aparecem, a uma consideração natural, como suas partes componentes. Podem ser combinadas com as teorias puras acerca do fundamento da punibilidade da tentativa: as teorias subjectivas e objectivas. Assim, combinadas com as primeiras, o recurso ao plano do agente é, em muitos casos, necessário para determinar se o acto surge ou não como parte componente da realização típica; combinadas com as

¹⁴⁴ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 308, quanto à distinção entre crimes de execução livre e vinculada; e 696-697.

¹⁴⁵ IDEM, *ibidem*, pág. 697-698.

segundas, um acto deverá ser considerado como começo de execução se ele acarreta um perigo imediato, iminente ou, ao menos, próximo, para o bem jurídico.

Em crítica às posições representadas pelas teorias materiais objectivas, Figueiredo Dias considera que ganha-se pouco rigor em casos concretos duvidosos de qualificação de um acto como acto de execução, pois que realização típica e violação de bem jurídico não são sinónimos. Além do mais, o critério proposto pelas teorias em análise é inaplicável à tentativa de crimes cuja realização do tipo não pressupõe a lesão do bem jurídico mas tão-somente a mera colocação em perigo do bem jurídico – crimes de perigo, seja o perigo simples motivo da proibição e não elemento do tipo (crimes de perigo abstracto), seja o bem jurídico efectivamente posto em perigo e, desta forma, o perigo surge como elemento do tipo (crimes de perigo concreto). Nas teorias materiais objectivas tudo dependerá da medida da perigosidade e da imediação do acto, cuja determinação passa completamente ao lado da teoria do crime.

Pese embora as críticas apontadas, Figueiredo Dias não deixa de reconhecer que as teorias materiais objectivas oferecem o caminho mais seguro e exacto de concretização das linhas de separação entre actos de execução e actos preparatórios, desde que seja retirada à fórmula de Frank a sua conotação naturalística e substituída esta por uma comportável conotação de normalidade social; e se se acentuar que o perigo para o bem jurídico não tem de ser apenas imediato, ou eminente ou próximo, mas também tem de ser um perigo típico concretamente referido ao tipo ou à realização típica. Assim se logrará um critério de delimitação entre actos de execução e actos preparatórios que fica próximo, esclarece e limita a ideia de Eduardo Correia de apelar ao pensamento da adequação típica para determinar a tipicidade do acto de execução¹⁴⁶.

Para as teorias subjectivas, a qualificação de certos actos concretos como preparatórios ou de execução não pode ser feita ao arrepio de momentos subjectivos. Por isso, o critério de distinção deve encontrar-se com apelo à qualidade ou intensidade da vontade documentada no acto dirigido à realização do crime.

Em crítica, Figueiredo Dias aduz que o critério de distinção proposto pelas teorias subjectivas, na sua forma expressa, é de recusar, uma vez que é sempre necessário um elemento objectivo, já contido na definição legal da tentativa, ao lado da

¹⁴⁶ IDEM, *ibidem*, pág. 698-699. A compreensão de Eduardo Correia a propósito da distinção entre actos de execução e actos preparatórios, bem como a posição de Beza dos Santos relativamente àquela distinção, serão expostos em momento posterior, aquando da abordagem do fundamento da punibilidade da tentativa, e aí se darão conta das respectivas referências bibliográficas.

decisão do agente. Caso contrário, o princípio da legalidade é violado. Por outro lado, ainda que as teorias subjectivas fossem pensadas como complemento, ainda assim seriam de recusar na medida em que fariam coincidir o início da tentativa com o momento em que o agente pensa que é altura de pôr em prática o seu plano de delito. Mas tal será confundir as perspectivas porque uma coisa é o plano do agente, que é relevante; outra, diferente, é a sua avaliação pessoal do decurso do acontecimento, que é irrelevante. Nem se diga que há um acto de execução e, portanto, início da tentativa quando, de acordo com Bockelmann, o dolo do crime já passou a prova de fogo da “situação crítica”; posto que apurar o que é a situação crítica é algo que se tem de determinar de acordo com os critérios das teorias objectivas, no entender de Stratenwerth¹⁴⁷.

O momento subjectivo apresenta-se como importante para a caracterização da tentativa, como se pode depreender da noção legal constante do CP, art. 22.º. Por isso é que se afigura necessário o apelo à vertente subjectiva para se apurar a distinção entre actos de execução e actos preparatórios, uma vez que, e em relação aos actos concretos, só poderá determinar-se a referência típica, sempre exigida pelas teorias objectivas que representam o ponto de partida fundamental na indagação em análise, por apelo ao plano concreto de realização do agente. Se *A* pretende envenenar o seu cônjuge *B*, de modo a causar a sua morte e, para tanto, adquire um raticida que, depois, ministra na preparação de um bolo que sabe que *B* vai comer porque é o dia do seu aniversário, só o recurso ao plano de *A* é que permite descortinar uma tentativa de homicídio porque a aquisição do raticida é, segundo aquele plano, um acto preparatório, e a administração do veneno da confecção do bolo já configura um acto de execução posto que há a proximidade ao bem jurídico da vida de *B* e também porque *A* sabe que *B* irá servir-se do bolo. A distinção entre actos de execução e actos preparatórios terá que ser eminentemente objectiva mas não pode dispensar o plano do agente, pelo que Jeschek/Weigend propõem uma teoria objectiva individual para fins de distinção, o que leva à elaboração de uma casuística, tipológica ou de grupos, em ordem à formulação de critérios de valor funcional e teleologicamente fundados e orientados¹⁴⁸.

¹⁴⁷ *Apud* FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 700.

¹⁴⁸ *IDEM*, *ibidem*, pág. 702. No mesmo sentido, e quanto ao direito italiano, cfr. ROMANO, *Commentario*, pág. 512, par. 21, onde ressalta que a idoneidade dos actos e a sua direcção não equivocada não podem ser avaliadas em abstracto segundo esquemas formais ainda que sejam muito prestáveis, mas pelo contrário devem ser ajuizados em concreto: tratando-se de actos não estreitamente típicos, ou melhor,

Em conformidade, nos termos do CP, art. 22.º/2, *a*), são actos de execução os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime. A norma diz respeito sobretudo aos crimes de execução vinculada, ou seja, aqueles cujo modo de execução vem descrito no tipo; e acolhe as teorias formais objectivas no sentido de que constitui acto de execução todo aquele que preenche um elemento típico¹⁴⁹, mas já não no sentido de ser acto de execução apenas aquele que preenche o teor formal parcial de um tipo de ilícito. O eventual recurso ao plano do agente servirá para iluminar a verdadeira natureza do acto praticado¹⁵⁰.

O CP, art. 22.º/2, *b*) prevê como actos de execução aqueles que são idóneos à produção do resultado típico. Aqui são consagradas as teorias materiais objectivas e é alargado o círculo de actos de execução previstos na alínea anterior, equiparando a estes aqueloutros que são idóneos segundo um juízo *ex ante*, de prognose póstuma, a produzir o resultado típico, assim abrangendo os crimes de execução não vinculada. A referência ao resultado típico parece remeter para aqueles crimes cujo tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente (crimes de resultado), deixando assim de fora da previsão os crimes cujo tipo se preenche através da mera execução de um determinado comportamento (crimes formais ou de mera actividade), pelo que urge precisar que, no que tange aos crimes de mera actividade, a idoneidade não deve ser referida à produção do resultado típico mas antes à integral realização do tipo, pelo que a definição de cada acto de execução pressupõe a sua inserção na totalidade do plano de execução que o agente se propõe realizar¹⁵¹. Ainda de acordo com Figueiredo Dias, cumpre fazer uma segunda precisão, esta já a projectar o CP, art. 22.º/2, *c*) na medida em que a leitura acrisolada do CP, art. 22.º/2, *b*) sem qualquer conexão com o CP, art. 22.º/2, *c*), vai “inadmissivelmente longe demais, reputando como de execução, segundo a sua letra, actos que seguramente não ultrapassaram a fase preparatória (...) que não penetraram ainda no âmbito de protecção típica da norma

actos que não são “decisivos” para a consumação nos delitos causalmente orientados, não se poderá prescindir da análise do concreto plano do agente quanto ao delito que este tenha em vista e da concreta modalidade pré-escolhida para a sua comissão. Em suma, é proposta uma teoria material-individual-objectiva.

¹⁴⁹ Cfr. o Ac. do STJ de 21 de Maio de 1992, em cujos termos “o arrombamento de uma porta de um edifício publico, interrompido pela intervenção de um agente de autoridade, integra a pratica de actos de execução e não de meros actos preparatórios do crime de furto qualificado” (fonte: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/af7dfc595cfd2df0802568fc003a3c91?OpenDocument>).

¹⁵⁰ IDEM, *ibidem*, e MARQUES DA SILVA, *o.c.*, pág. 251.

¹⁵¹ IDEM, *ibidem*, pág. 704, e MARQUES DA SILVA, *idem*, *ibidem*, com indicação de jurisprudência na nota 16.

incriminatória”; e o Autor dá o exemplo, no âmbito do crime de burla (CP, art. 217.º), da falsificação de documento idóneo a enganar um declaratório e a determinar, em consequência, um prejuízo patrimonial, o que não acontece porque o documento é apreendido antes do agente poder fazer uso do documento falsificado. A falsificação já se enquadraria no CP, art. 22.º/2, b) mas, porque não penetrou no âmbito de protecção típica do CP, art. 217.º uma vez que não houve um engano típico, a falsificação do documento é mero acto preparatório da burla, e já não um acto de execução do daquele crime¹⁵².

O CP, art.22.º/2, c) [são actos de execução os que, “segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies anteriores”] acolhe elementos característicos da doutrina da adequação. O acto pode não ser em si idóneo à produção do resultado típico ou não ser subsumível ao tipo legal de crime, mas já o pode ser em conexão com os actos posteriores que provavelmente se seguirão¹⁵³. Porém, a avaliação de cada acto em função do acto seguinte até chegar-se ao acto imediatamente determinante da produção do resultado ou da realização típica integral, pode conduzir a que sejam tidos em conta como actos de execução actos relativamente aos quais não pode de modo algum ser afirmado que acarretam um perigo típico iminente de produção do resultado ou de realização típica integral. Assim, deve conferir-se relevo como acto de execução apenas àquele acto que, assumindo as exigências de normalidade social requeridas por esta alínea, antecede imediatamente, e sem solução de continuidade substancial e temporal, um acto que preenche um elemento constitutivo de um tipo de crime ou um acto que for idóneo a produzir o resultado típico [CP, art. 22.º/2, a) e b)]. Mas são necessários alguns aprofundamentos e afinações. Figueiredo Dias, a partir de Roxin, estabelece como ponto de partida uma aproximação com a designada “doutrina do último acto parcelar” em função de dois critérios concretizadores cumulativos: a conexão temporal estreita e a actuação sobre a esfera da vítima ou do tipo. Em conformidade, e para fins de interpretação do CP, art. 22.º/2.ºc), de acordo ainda com Figueiredo Dias, é proposta uma exigência de conexão de perigo típico, ou exigência de cumulação de dupla conexão: conexão de perigo e conexão típica.

A conexão de perigo existe sempre que entre o último acto parcial questionado e a realização típica se verifica, segundo o lapso temporal mas também de acordo com o

¹⁵² IDEM, *ibidem*.

¹⁵³ MARQUES DA SILVA, *idem*, pág. 252.

sentido, uma relação de iminente implicação. Aqui releva a conexão temporal estreita, que encontra expressão no teor da norma do CP, art. 22.º/2, c): os actos a cujo sentido social será de esperar que “se lhes sigam [os] actos” constantes das alíneas anteriores. Mas a conexão temporal estreita não é decisiva, daí a exigência do segundo termo da dupla conexão: a conexão típica.

A conexão típica existe quando o acto penetra já no âmbito de protecção do tipo de crime, ou seja, quando se intromete na esfera da vítima. Neste momento e nestas condições está legitimada a intervenção do direito penal à luz da sua função de tutela subsidiária de bens jurídicos, uma vez que o âmbito de protecção do tipo pretende significar a esfera da vítima de forma a acolher os bens jurídicos tanto individuais como os colectivos, ou supra-individuais, sejam estes individualizados (por exemplo, o Estado) ou não individualizados¹⁵⁴.

2.4. A consumação

A última etapa do *iter criminis* corresponde à consumação do crime e com ela realiza-se completamente o crime, porque o crime consumado é o crime realizado. Com o preenchimento do tipo legal de crime, o *iter* chega ao seu termo. O conceito de consumação é, aqui, um conceito formal ou típico, significando que o comportamento doloso preenche a totalidade dos elementos do tipo objectivo de ilícito. Mas o conceito de consumação pode ser entendido igualmente enquanto consumação material, exaurimento ou terminação do crime, querendo significar a realização completa do conteúdo de ilícito em vista do qual foi erigida a incriminação, desde que o agente tenha actuado com dolo de o realizar de modo a alcançar o fim pretendido, e com a verificação do resultado que interessa à valoração do ilícito por ser directamente atinente aos bens jurídicos tutelados e à função da norma (o “resultado não compreendido no tipo de crime” que consta do CP, art. 24.º/1). O exaurimento só é

¹⁵⁴ IDEM, *ibidem*, pág. 705-708. A pág. 709, o Autor chama a atenção para a hipótese especial do início da tentativa relativamente a um tipo qualificado, contrapondo o entendimento tradicional e pacífico sobre problema vertente e o entendimento hodierno que a doutrina dominante lança sobre o mesmo problema. De acordo com aquela, a existência de um acto de execução de um elemento qualificador bastaria para considerar iniciada a tentativa de um tipo qualificado. Hoje, a doutrina dominante considera que a tentativa apenas tem início quando se verificarem os actos de execução do ilícito típico conjunto, ou seja, é de exigir a prática de actos de execução da qualificação quando esta se segue ao início da execução do tipo fundamental, e de actos de execução do tipo fundamental se a qualificação já preexistir, como acontece com, por exemplo, o homicídio qualificado ou ofensas à integridade física qualificadas previstos no CP, arts. 132.º/2, e) e 145, quanto à primeira hipótese; ou com o furto qualificado, nos termos do CP, art. 204.º/2, e), quanto à segunda hipótese.

relevante quando a prossecução de determinado fim específico é elemento constitutivo do próprio crime¹⁵⁵.

Dentro da consumação formal há ainda a distinguir as situações em que o agente não chega a praticar todos os actos de execução que seriam indispensáveis à consumação; das situações em que o agente pratica todos aos actos de execução e a consumação não vem a ter lugar. Na primeira hipótese, há tentativa inacabada, ou propriamente dita; no segundo, há tentativa acabada, ou frustração. Ambas, como também já se viu, estão sujeitas à mesma moldura penal (ao contrário do que sucedia com o CP de 1886), uma vez que o CP, art. 23.º não as distingue. Acrescente-se que o facto de a tentativa ser ou não acabada não releva para efeitos de desistência da tentativa, mas antes o carácter voluntário daquela desistência, a qual se reveste de particularidades consoante se esteja perante uma tentativa propriamente dita ou perante uma tentativa acabada: isto é, consoante se esteja perante a consumação formal ou a consumação material do crime que o agente decidiu cometer.

A desistência voluntária da tentativa configura uma causa de exclusão pessoal da punibilidade, como se pode alcançar do CP, arts. 24.º e 25.º; e tem o seu fundamento na decisão político-criminal de operar a dissociação entre a tentativa e o agente, de forma a proteger os bens jurídicos ligados à vítima, e a operar o regresso do agente ao direito por via da reversibilidade da lesão e/ou da inversão do perigo, desde que a desistência seja obra pessoal do agente¹⁵⁶. Relevante, para efeitos do CP, art. 24.º, é que a

¹⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 686-687; e MARQUES DA SILVA, *idem*, *ibidem*. No mesmo sentido, cfr. o Ac. do STJ de 15 de Julho de 2008, segundo o qual no crime “exaurido”, “executado” ou “de empreendimento”, o resultado típico se alcança logo, com aquilo que surge por regra como realização inicial do *iter criminis*, tendo em conta o processo normal de actuação. A previsão molda-se, na verdade, em termos de uma certa progressividade, no conjunto dos diferentes comportamentos contemplados (fonte: www.gde.mj.pt, processo n.º 08P1787).

¹⁵⁶ Cfr., por exemplar, a propósito da desistência da tentativa e da desistência em caso de comparticipação, o Ac. do TR de Lisboa de 24 de Abril de 1985, segundo o qual a desistência é uma circunstância pessoal, não comunicável aos co-agentes, que só beneficia o desistente; ou, a propósito do CP, art. 25.º, o Ac. do STJ de 6 de Maio de 1998 (CJSTJ, VI, tomo 2, pág. 195), onde se afirma que, tratando-se de comparticipação, a desistência do arguido fica subordinada ao condicionalismo do agente impedir voluntariamente a consumação ou a verificação do resultado. Ainda o Ac. do STJ de 4 de Janeiro de 1998 (CJSTJ, IV, tomo 2, pág. 161), onde ressalta o carácter pessoal da desistência na comparticipação, quando se aduz que a desistência colaborante da tentativa para efeitos de exclusão de procedimento criminal, por força do seu carácter pessoal, não comunica os seus efeitos aos demais co-agentes da infracção. Os arestos citados encontram-se em MAIA GONÇALVES, *o.c.*, pág. 140-142, e o Ac. do STJ de 4 de Janeiro de 1998 pode igualmente encontrar-se em José de FARIA COSTA, *Código Penal. Legislação penal complementar. Jurisprudência escolhida. Esparsas anotações de referências legislativas. Textos legislativos de 1982, 1995, 1998 e 2000*, 2.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Quarteto Editora, 2002. Também as doutrinas alemã (a partir do StGB, § 24, cuja redacção é semelhante à do art. 24.º do CP português), italiana (com referência ao art. 52, par. 4), espanhola (na exegese do CP espanhol, art. 16./2) configuram a desistência da tentativa como uma causa pessoal de exclusão da punibilidade. Na doutrina francesa, igualmente assoma a ideia de que o privilégio da desistência assenta

consumação, seja formal ou material, não chegue a ter lugar. Mas não é indiferente relacionar os requisitos de que a lei faz depender a desistência com o estágio alcançado pela tentativa, na medida em que o comportamento necessário para que a consumação material do crime seja evitada depende da maior ou menor proximidade entre a tentativa e a consumação.

Assim, quanto à desistência da tentativa propriamente dita, o CP, art. 24.º/1, 1.ª alternativa exige que o agente deixe de prosseguir na execução do crime, isto é, que a abandone. O abandono da execução existirá sempre que o agente tenha renunciado à prática dos actos que ele, no momento da renúncia, ainda considerava como necessários para a consumação, ou seja, como pressupostos indispensáveis da consumação. Para efeitos da relevância da desistência (da tentativa propriamente dita) convergem uma situação objectiva, isto é, que o agente deixe de prosseguir na execução e que a consumação não sobrevenha; e um ponto de vista subjectivo, ou seja, releva decisivamente o ponto de vista do agente segundo o qual se abandonar a execução a consumação não ocorrerá¹⁵⁷.

O CP, art. 24.º/1, 2.ª alternativa ocupa-se da desistência da tentativa acabada, ou seja, das hipóteses em que a execução do delito foi levada até ao seu limite mas o agente

em razões de natureza preventiva de dissociar o agente do seu projecto. Cfr, quanto à doutrina alemã, JESCHECK, *Tratado*, pág. 497; a doutrina italiana, v. ROMANO, *Commentario*, pág. 529; a doutrina espanhola, por exemplo, v., por exemplo, CERESO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 171; e quanto à doutrina francesa, cfr. VERMEILLE, *o.c.*, pág. 89.

¹⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 738-739. Segundo o Autor, só mediante o recurso ao ponto de vista subjectivo é que se resolverão alguns casos duvidosos (a partir da doutrina alemã), como, por exemplo: a) quando o agente renuncia à prática de ulteriores actos de execução porquanto crê, verdadeira ou presumidamente, que já alcançou a finalidade da acção (o caso da vítima de um processo de violação que engana o agente quando dá a entender ao agente que consente na cópula e, em consequência, o agente renuncia ao uso da força - aqui não há o abandono do facto planeado); b) quando o agente, no quadro de uma compreensão conjunta (em que é decisiva a representação do agente no momento do último acto de execução quando a execução é englobada num todo ou em unidade), renuncia aos actos de execução depois de ter alcançado a finalidade extra-típica da sua acção (o caso em que o agente, com dolo de homicídio, desfere um golpe com uma faca na face da vítima, para a deixar desfigurada, e depois larga o instrumento corto-perfurante apesar de apenas a ter ferido - também neste caso não há desistência relevante da tentativa de homicídio); c) na hipótese de tentativa impossível, há desistência quando a impossibilidade não é conhecida do agente (a hipótese de o agente, com dolo homicida, que ministra à sua vítima uma substância que crê, erroneamente, ser venenosa, mas abandona o processo numa altura em que julga que as quantidades administradas não são ainda mortais). Quanto ao critério da situação objectiva, a exigência de que a consumação não sobrevenha, não é em si evidente face à regra que vale para a situação subjectiva. Veja-se o exemplo indicado em c), acrescentando que, não obstante o abandono da execução, a vítima vem a falecer, ou seja, com a sua conduta, e contra aquilo que supõe, o agente já realizou todas as condições de verificação da consumação. Aqui, a desistência da tentativa que o agente presume acabada é irrelevante, ou melhor, apenas releva para efeitos de medida da pena. O mesmo se diga quanto à tentativa acabada, não obstante os esforços do agente em evitar a consumação, esta vem a verificar-se. Porém, se a consumação sobrevém depois do abandono da execução mas não é imputável à conduta do agente, este apenas é punido pela tentativa relativamente à qual a desistência é relevante segundo as regras gerais.

impede a consumação. Aqui a relevância da desistência é mais exigente: não basta o abandono da execução, é necessário que o agente, voluntariamente, impeça a consumação através de uma actividade própria, eventualmente com o auxílio de terceiros. É preciso que o agente/desistente tenha posto em movimento uma nova cadeia causal dirigida a impedir a consumação e esperar que esta não venha a ter lugar: não é suficiente que, no momento da execução, o agente já não queira o facto. A não verificação da consumação deve ser imputada ao agente, o qual deve ter dominado o processo de salvamento do bem jurídico: a dissociação íntima do agente em relação ao facto não chega, antes o agente deve praticar os actos idóneos a evitar a consumação, por um lado, e que a consumação não sobrevenha efectivamente, em ordem à salvação do bem jurídico. Na doutrina alemã, esta ideia é expressa pela denominada teoria da criação de oportunidades de salvação do bem jurídico, segundo a qual não se torna em princípio necessário que o agente se tenha servido dos meios óptimos para afastar a consumação ou tenha utilizado todos os meios que se encontravam à sua disposição: apenas é necessário que a não verificação da consumação possa ser (co-)imputada à actividade do agente e que esta seja dirigida à não consumação de forma óptima¹⁵⁸.

O CP, art. 24.º/2 prevê a hipótese de o agente se propor a impedir a consumação, só que esta é impedida, não por força da actividade do agente, mas sim por facto independente da sua conduta. Neste caso, a actividade do agente não se revela causal para o impedimento do resultado. Pode suceder, outrossim, que o agente fez o que se esperava para obstar à consumação, mas esta foi evitada por factores estranhos à sua vontade: neste caso, para que o agente beneficie do privilégio da desistência, é mister que os esforços do agente para evitar a consumação ou a produção do resultado criem, na perspectiva do agente, uma oportunidade de salvamento do bem jurídico; e que seja esforços sérios, ou seja, o agente deve levar a cabo tudo o que subjectivamente pensa que teria de fazer, ou pode fazer, para evitar a consumação. Para tanto, basta que o agente tenha posto em movimento um processo causal efectivamente capaz, segundo

¹⁵⁸ IDEM, *ibidem*, pág. 740-741. Aqui são ainda expostas as outras teorias, na esteira de posições tomadas pela jurisprudência alemã, a propósito da desistência da tentativa acabada, a saber: a teoria da contribuição óptima e a teoria da diferenciação. Esta última é proposta por Roxin, e baseia-se na distinção entre o impedimento do resultado por mão própria e o impedimento do resultado por mão alheia. Para o primeiro deve valer a teoria da criação de oportunidades, uma vez que o privilégio da desistência estaria teleologicamente justificado mesmo quando o agente não usou dos meios óptimos de salvação, mas criou para esta novas oportunidades. Para o segundo caso deve exigir-se que o agente se sirva dos meios óptimos de salvação para poder considerar-se a desistência relevante, dado que se revelaria politico-criminalmente injustificado privilegiar o agente que com “actos por metade” deixa subsistir para a vítima maiores perigos do que os necessários. A crítica de Figueiredo Dias a esta proposta de Roxin encontra-se nos lugares citados, mormente no § 26, a pág. 741-742.

um juízo hipotético objectivo, de salvar o bem jurídico. Se, apesar dos esforços sérios, a consumação vem a verificar-se, de acordo com Figueiredo Dias o privilégio da desistência não tem lugar e o agente deve ser punido pelo crime consumado¹⁵⁹.

O CP, art. 24.º/1, 3.ª alternativa alarga o privilégio da desistência aos casos em que sobrevém a consumação formal mas não a consumação material, ou seja, àquilo que Figueiredo Dias designa por “desistência” em caso de consumação. Nesta hipótese ainda não teve lugar o resultado não compreendido no tipo de crime que o legislador, no entanto, teve em vista evitar quando construiu a incriminação e que, por isso mesmo, ainda faz parte, neste sentido, da realização completa do conteúdo do ilícito tido em vista por aquele. A norma contém um privilégio geral de desistência quanto aos casos de não verificação da consumação material, ao lado de normas especiais contidas na PE e relativas aos delitos consumados, ou em legislação penal extravagante (como, por exemplo, o CP, art. 299.º/4, quanto ao crime de associação criminosa; e a L 52/2003, de 22 de Agosto, art. 2.º/5). Figueiredo Dias entende que o fundamento da extensão do privilégio da desistência quanto aos casos de não verificação da consumação material radica na circunstância de que à desistência se ligam, ainda e sempre em nome de uma prevenção mais lata e eficaz dos efeitos nocivos dos delitos e de defesa, em último termo, do bem jurídico, nomeadamente da pessoa da vítima. Necessário é que o agente impeça a verificação do resultado atípico mas ainda relevante para a caracterização do conteúdo material do ilícito, isto é, que obste efectivamente à consumação material (CP, art. 24.º/1, 3.ª alternativa). Se esta não tiver lugar por facto independente da conduta do agente, bastará que o agente se tenha esforçado seriamente para a impedir e que o resultado não compreendido no tipo não se tenha efectivamente verificado (CP, art. 24.º/2). Assim, o regime da desistência nos casos em análise é inteiramente análogo ao regime que cabe à desistência da tentativa acabada¹⁶⁰.

Por último, é devida uma palavra a propósito dos crimes de empreendimento, uma vez que a relação entre a tentativa e a consumação adquire uma configuração especial nesta forma do facto ilícito doloso punível (a outra forma de facto punível em que

¹⁵⁹ IDEM, *ibidem*.

¹⁶⁰ Neste sentido, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 743-745. Quanto ao fundamento da “desistência” em caso de consumação, Frederico Lacerda da Costa Pinto entende que o conceito de consumação, para os efeitos do CP, art. 24.º/1, 3.ª alternativa, deve ser determinado não por referência à tentativa, mas sim por referência à própria utilidade concreta da desistência. A crítica de Figueiredo Dias a Costa Pinto pode encontrar-se nos lugares citados, mormente a págs. 744, § 31.

igualmente se pode depreender aquela configuração especial é representada pelos crimes de mera actividade)¹⁶¹.

Os crimes de empreendimento, também designados por crimes de atentado, são aqueles em que se verifica uma equiparação típica entre a tentativa e a consumação, melhor dizendo e com recurso à definição legal do *StGB*, §11, par. 1, número 6, o empreendimento de um delito é a sua tentativa e a sua consumação. O sentido da incriminação dos delitos de empreendimento está na agravação da reacção jurídico-penal na medida em que a tentativa não goza de um tratamento melhor que aquele que é dado à consumação, uma vez que aquela é comparada a esta¹⁶². Assim, no CP, e no que diz respeito a estas incriminações em que o tipo reúne a tentativa e a consumação debaixo da mesma pena, são exemplos os crimes previstos e punidos pelo CP, arts. 308.º (“Traição à Pátria), a) [“Aquele que (...) tentar separar (...)”], 325.º (“Alteração violenta do Estado de direito”), n.º 1 [“Quem (...) tentar destruir (...) o Estado de direito constitucionalmente estabelecido (...)”]; ou 327.º (“Atentado contra o Presidente da República), n.º 1 [“Quem atentar contra a vida, a integridade física ou a liberdade do Presidente da República (...)”]¹⁶³. Na legislação penal extravagante, o crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo DL 15/93, de 22 de Janeiro, art. 21.º, é o exemplo por excelência do crime de empreendimento, como se pode apreender na jurisprudência nacional, tanto constitucional como judicial (que bastas vezes denomina o crime de empreendimento de crime executado ou crime exaurido, e que se caracteriza por ficar “fica perfeito com o preenchimento de um único acto conducente ao resultado previsto no tipo, admitindo uma aplicação unitária e unificadora da sua previsão aos diferentes actos múltiplos da mesma natureza praticados pelo agente, em virtude de tal previsão respeitar a um conceito genérico e abstracto. Relativamente a estes crimes, os diversos actos constitutivos de infracções independentes e potencialmente autónomas podem, em diversas circunstâncias, ser tratadas como se constituíssem um só crime, por forma a que aqueles actos individuais fiquem consumidos e absorvidos por uma só realidade criminal”)¹⁶⁴.

¹⁶¹ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *Derecho Penal. Parte General* 2, pág. 40.

¹⁶² V. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 476.

¹⁶³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 315; e

¹⁶⁴ A citação encontra-se no Ac. do TR do Porto de 31 de Janeiro de 2007 (fonte: www.gde.mj.pt, processo n.º 0612204). Na jurisprudência do TC, é o caso do já citado Ac. n.º 262/01 de 30 de Maio de 2001 (e no qual se encontra a noção de crime exaurido indicada por remissão para o Ac. do TR de Lisboa de 2 de Novembro de 2000, feita pelo Ac. do STJ de 7 de Março de 2001, no caso o acórdão recorrido). Na jurisprudência do STJ, cita-se o Ac. de 12 de Novembro de 2008, em cujos termos (XIII) o tráfico de estupefacientes “é um crime exaurido, executado ou de empreendimento, posto que o resultado típico se

A doutrina alemã procede ainda à distinção entre crimes de empreendimento em sentido próprio e crimes de empreendimento em sentido impróprio. Nos crimes de empreendimento em sentido próprio a lei confere o mesmo tratamento à tentativa e à consumação: é o caso dos crimes previstos e punidos pelo StGB, §§ 81 e 82 (crime de alta traição), § 184, par. 1, número 4 (preparação de escritos pornográficos para envio por correio) ou o § 357 (instigação de subordinado para cometer uma infracção penal). Nestes crimes a equiparação da tentativa à consumação baseia-se na cominação penal directa, isto é, sem o recurso à norma da PG (neste caso, o StGB, § 23), com as seguintes consequências: não há lugar à atenuação facultativa da pena prevista pelo StGB, § 23, par. 3; e a negar a eficácia da exclusão da punibilidade representada pela desistência, prevista pelo St GB, § 23, par. 3¹⁶⁵.

Os crimes de empreendimento em sentido impróprio são representados por aqueles tipos nos quais legislador sujeita a uma pena a conduta que encerra uma determinada tendência do autor sem que esta conduta tenha que produzir um resultado efectivo; e para cuja consumação não é necessário que se alcance o fim da conduta, ou melhor, a consumação formal pode igualmente ter lugar quando materialmente ainda existe tentativa. Segundo Jakobs, nestes delitos, a acção é descrita com recurso a um “verbo final (por exemplo, “prestar auxílio”)¹⁶⁶. O tipo não contém a punição expressa da tentativa mas a conduta compreendida no tipo abarca igualmente a tentativa devido à tendência subjacente àquela, e na qual a tentativa está submetida à pena do delito consumado, tal-qualmente acontece com os crimes de empreendimento em sentido próprio. Os crimes de empreendimento em sentido impróprio pertencem ao grupo dos

alcança imediatamente com aquilo que surge, por regra, como realização inicial do *iter criminis*” (fonte: www.gde.mj.pt, processo n.º 08P3183). A nível da jurisprudência das Relações, e a título meramente exemplificativo, veja-se, entre outros os Acórdãos do TR do Porto de 5 de Novembro de 2008, cujo sumário (II) dispõe que “O crime de tráfico de estupefacientes é um crime exaurido, visto que fica perfeito com a comissão de um só acto gerador do resultado típico, admitindo uma aplicação unitária e unificadora da sua previsão aos diferentes actos múltiplos da mesma natureza praticados pelo agente, em virtude de tal previsão respeitar a um conceito genérico e abstracto” (fonte: www.gde.mj.pt, processo n.º 0814979); ou, por último, do TR de Coimbra de 14-01-2009, segundo o qual o tráfico de estupefacientes é “um crime exaurido ou de empreendimento, um crime de tutela antecipada em que a protecção do bem jurídico recua a momentos anteriores a qualquer manifestação danosa” (fonte: www.gde.mj.pt, processo n.º 76/03.9GBFIG.C1).

¹⁶⁵ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, pág. 856.

¹⁶⁶ Jorge Fonseca, a partir do direito alemão, apresenta uma noção sintética de crimes de empreendimento em sentido impróprio como a “fusão típica de acções tentadas e consumadas”, como se pode encontrar em JORGE FONSECA, *o.c.*, pág. 89, nota 70. Em crítica sempre se dirá que a síntese do Autor parece não acrescentar muito em relação à noção de crimes de empreendimento em sentido amplo, uma vez que nestes a equiparação da tentativa à consumação é igualmente típica. Cfr. JAKOBS, *idem*, pág. 857.

crimes de mera actividade, nos quais se pode depreender a já apontada relação especial entre a tentativa e a consumação, segundo Maurach/Gössel/Zipf¹⁶⁷.

Quanto à relevância prático-normativa dos crimes de empreendimento em sentido próprio, ela reside em que, dada a equiparação entre a tentativa e a consumação, a tentativa do empreendimento não é possível uma vez que não pode haver uma tentativa de tentativa sob pena de alargamento excessivo da punibilidade quanto aos estádios prévios à consumação¹⁶⁸. Em consequência, não deve valer a atenuação especial (obrigatória) da pena prevista para a tentativa (CP, art. 23.º/2)¹⁶⁹. Por outro lado, se o empreendimento, incluindo a tentativa, representa um delito consumado, então não permite a desistência¹⁷⁰ e, assim, não há lugar à aplicação do CP, art. 24.º.

Porém, de acordo com Figueiredo Dias, há a possibilidade “de, ao menos, em certos casos, mesmo nos crimes de empreendimento poder ser pensável e punível, como tentativa, a chamada tentativa inidónea ou impossível”, nos termos do CP, 23.º/3 *a contrario*¹⁷¹. A este propósito, e regressando à doutrina alemã, também Maurach/Gössel/Zipf, e com respeito aos crimes de empreendimento em sentido impróprio, aceitam que a tentativa é possível e punível; para os casos em que a pena da tentativa está expressamente prevista na PE, levantam-se dúvidas quanto a saber se todo o princípio de realização típica não suporá necessariamente a consumação da conduta descrita no tipo e, não sendo possível descortinar uma resposta unitária a esta questão, é decisivo saber se a conduta pode cindir-se em diversos actos parcelares ou se a sua execução reclama um certo lapso temporal; e são igualmente aplicáveis aos crimes de empreendimento em sentido impróprio. Esta posição coincide com aquela dos mesmos Autores a propósito da admissibilidade da tentativa quanto aos crimes de mera actividade, uma vez que considerando que, pertencendo os crimes de empreendimento

¹⁶⁷ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, *ibidem*, onde igualmente se pode ver a apreciação crítica à teoria dos delitos de empreendimento em sentido impróprio, quando se aponta o aspecto muito pouco claro que reside na quase impossibilidade de determinar quais os casos em que uma acção típica manifesta uma determinada tendência do agente; e JAKOBS, *idem*, *ibidem*.

¹⁶⁸ Jorge Fonseca argumenta que a aceitação da “tentativa da tentativa” é incompatível com a defesa da autonomia da tentativa, uma vez que a autonomia da tentativa reside em ser uma forma diferente de aparecimento do crime, que corresponde a um acontecimento fáctico com características próprias, caracterizado por ser um começo de realização ou execução completa de outra realidade e, por isso, se distingue desta; outra coisa diferente é que a tentativa preexiste à consumação no sentido de que “consumar” ou “acabar” supõe um “início”, compreendendo uma sequência de actos que, antecedendo a consumação, representam ou podem representar uma tentativa. Em relação a qualquer um desses actos não poderá dizer-se que são, a um tempo, tentativa e consumação. Cfr. JORGE FONSECA, *o. c.*, pág. 168-169.

¹⁶⁹ FIGUEIREDO DIAS, *o. c.*, pág. 315.

¹⁷⁰ IDEM, *ibidem*, e JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, pág. 477.

¹⁷¹ Assim, MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, pág. 41.

em sentido impróprio ao grupo dos crimes de mera actividade, então em relação aos primeiros colocam-se os mesmos problemas que se colocam a respeito dos segundos. Se a esta primeira preposição acrescentar-se que à identidade de problemas deve corresponder a identidade de soluções, então a resposta às questões que se colocam a propósito da tentativa nos crimes de mera actividade valem para os crimes de empreendimento em sentido impróprio¹⁷².

¹⁷² Os Autores dão como exemplo, a partir de Jescheck, o crime de falsidade de depoimento, cuja execução inicia-se com o começo da repetição da fórmula de juramento, e a consumação verifica-se com a última palavra a ser pronunciada pelo depoente, para demonstrar que é possível a tentativa de um crime de mera actividade. Como igualmente demonstram a partir do crime de falsidade de depoimento a hipótese de tentativa impossível, quando o depoente declara sob juramento algo que só é falso de acordo com a sua concepção errónea da falsidade da declaração. Figueiredo Dias aduz que a figura da tentativa é pensável quanto aos crimes de mera actividade, não requerendo por isso um tratamento especial, desde que a consumação se não verifique logo através da própria actividade, mas antes exija ainda um certo lapso de tempo; e é igualmente pensável a tentativa impossível, nos casos de aceitação errónea da verificação de um elemento da factualidade típica¹⁷². Com o arrimo da doutrina alemã, será neste sentido que o Autor problematiza a possibilidade “de, ao menos, em certos casos, mesmo nos crimes de empreendimento poder ser pensável e punível, como tentativa, a chamada tentativa inidónea ou impossível”, nos termos do CP, 23.º/3 *a contrario*?

II– O fundamento da punibilidade da tentativa

1. Posições, exposição e crítica

O ponto de partida das considerações deste trabalho encontra-se na unidade do sistema do direito penal, e um dos seus corolários está em afirmar a função do direito penal enquanto ordem relacional, ou comportamental, que tem por finalidade a protecção de específicos bens jurídico-penais. Um outro corolário da compreensão da unidade do sistema do direito penal, e atinente com a tentativa, está em estabelecer as relações de emergência e de ausência entre o delito tentado e o delito consumado, a partir da ideia de que o segundo ilumina o primeiro (relação de emergência).

Mas a tentativa, enquanto violação parcial de um tipo de ilícito por via da realização incompleta do tipo de ilícito objectivo e da realização completa do tipo de ilícito subjectivo (e do tipo de culpa), ou seja, do ponto de vista da relação de ausência que se estabelece entre o delito tentado e o delito consumado; leva a reflectir sobre se a punibilidade da tentativa não deverá assentar em um fundamento específico, uma vez que a tentativa não é punida relativamente a todo e qualquer tipo de crime, por um lado; e quando o é, não lhe cabe a pena aplicável ao crime consumado, por outro lado. Então pergunta-se porque se pune a tentativa. A resposta a dar a esta questão não pode deixar de estar imbricada no princípio da legalidade e, como decorrência deste, na noção legal de tentativa assente em três elementos (CP, art. 22.º): a prática de actos de execução de um crime, a decisão do agente em cometer o crime projectado e a não consumação.

As propostas que surgiram ao longo dos tempos para responder à questão do fundamento da punibilidade da tentativa foram dadas em redor do problema da legitimação material do direito penal, em último termo da noção de injusto de que se parta, e podem enquadrar-se em dois grandes grupos: a teoria da lesão do bem jurídico e a teoria da quebra da norma, consoante se entenda que o direito penal desenvolve uma função de tutela de determinados pressupostos imprescindíveis para a existência em comum concretizada nos bens jurídicos, ou que o direito penal presta a sua máxima

contribuição ao viver comunitário quando é garante da vigência da norma, respectivamente¹⁷³.

1.1. As teorias objectivas: exposição

O pensamento liberal clássico do injusto concebia o direito penal distanciado da moral e das posições tradicionais vinculadas por influência do direito canónico que colocavam o juízo de reprovação no ânimo ou na atitude interior do agente; e entendia que o dolo era naturalmente igual em todas as fases do *iter criminis*¹⁷⁴. Assim, segundo Feuerbach, a tentativa é definida como uma acção externa dirigida intencionalmente à realização do crime objectivamente perigosa e o merecimento da pena da tentativa encontra-se na colocação em perigo (da sociedade ou do cidadão atacado, segundo Carrara) do objecto da acção protegido pelo tipo, uma vez que a intenção ilícita por si mesma não oferece a nenhuma acção o elemento de ilicitude¹⁷⁵. E Von Hippel considera que o fundamento jurídico da punibilidade da tentativa reside no perigo objectivo de realização típica. Ou seja, e em resumo, para as teorias objectivas o verdadeiro fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se assim no perigo próximo de consumação típica¹⁷⁶. Consequentemente os actos preparatórios apenas seriam punidos excepcionalmente, uma vez que se encontram demasiado afastados da ofensa ao bem jurídico para serem considerados como objectivamente perigosos; a tentativa é punida de forma atenuada, com referência à consumação uma vez que a colocação em perigo é menos grave que a lesão efectiva do bem jurídico; e a tentativa absolutamente inidónea não é punível posto que não resulta como objectivamente perigosa¹⁷⁷.

Dentro das teorias objectivas é possível divisar duas orientações: 1- as teorias objectivas da perigosidade, ou teorias objectivas-materiais; e 2- as teorias objectivas-formais.

1.1.a) Segundo a teoria objectiva da perigosidade defendida por Feuerbach (em 1801, e prosseguida por Mittermaier, Abegg e Berner na Alemanha; Carrara em Itália,

¹⁷³ V. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 688, e José Ramón SERRANO-PIEDCASAS, “Fundamento de la punición de la tentativa”, in *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, págs. 521-522.

¹⁷⁴ SERRANO-PIEDCASAS, *idem*, *ibidem*, e POLITOFF-LIFSCHITZ, *o.c.*, pág. 107.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 688-689, e REYES ENCHANDÍA, *Derecho Penal*, pág. 120.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, *ibidem*.

¹⁷⁷ POLITOFF-LIFSCHITZ, *o.c.*, pág. 109.

Ortolan em França e Silvela em Espanha), a denominada antiga teoria objectiva ou teoria abstracta-objectiva ou ainda teoria do perigo abstracto (Cerezo Mir), o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se na colocação em perigo (abstracto) para o bem jurídico ou do objecto do facto em prejuízo do bem jurídico descrito no tipo. É o perigo, para o bem jurídico ou um objecto de ataque que implica a execução da acção, que fundamenta a punição da tentativa. Ou seja, o fundamento da punibilidade da tentativa reside na perigosidade de toda a acção capaz objectivamente de produzir um resultado¹⁷⁸. Nesta versão mais antiga, que é a proposta por Feuerbach, a teoria objectiva da perigosidade adopta uma perspectiva *ex post* na valoração do perigo, entendido este como a probabilidade de realização de um crime e, nestes termos, a tentativa requer uma conexão entre o comportamento/conduita e a lesão ou perigo de lesão: a tentativa só deve considerar-se punível quando entre a acção realizada com a intenção de causar o resultado e o resultado existe uma possível relação causal que permite considerar que a acção é objectivamente perigosa (Feuerbach), e para poder considerar-se a tentativa como punível com base na relação causal não dever ter-se em conta exclusivamente o que, poderia ocorrer de facto aconteceu mas sim o que, em abstracto, poderia ocorrer para se afirmar que, se bem que a acção não causou o resultado, tinha potencialidade suficiente para tanto, ou seja, era objectivamente perigosa¹⁷⁹. Em conformidade, a tentativa distinguir-se-ia dos actos preparatórios em função da maior (tentativa) ou menor (actos preparatórios) probabilidade de o crime se realizar¹⁸⁰; e quanto à tentativa inidónea, distinguir-se-iam a tentativa absolutamente inidónea – na qual o meio utilizado em caso algum poderia produzir o resultado delictivo, ou o objecto seria inexistente – que seria impune na medida em que um delito que não é susceptível de ser concluído não poderia ser intentado; e a tentativa relativamente inidónea – na qual o meio utilizado resultou inidóneo ou insuficiente no caso concreto, mas poderia não ser assim caso as circunstâncias fossem diferentes e/ou no caso da mera ausência ocasional do objecto no lugar do delito – a qual já seria punida porque objectivamente perigosa e, portanto merecedora de pena¹⁸¹.

¹⁷⁸ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *Derecho Penal*, pág. 25, e SERRANO-PIEDECASAS, “Fundamento de la punición de la tentativa”, pág. 523.

¹⁷⁹ Maria Rosa MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valência, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 305-306.

¹⁸⁰ JESCHECK, *Tratado*, pág. 464.

¹⁸¹ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, *ibidem*, e pág. 52, JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 860 e CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 173-174.

1.1.b) A teoria objectiva mais recente é a teoria concreta-objectiva, moderna teoria objectiva ou teoria do perigo concreto, criação de von Liszt, e adoptada por Birkmeyer, von Lilienthal e von Hippel na Alemanha, e por Alfredo Rocco na Itália. A von Hippel deve-se o desenvolvimento da teoria concreta-objectiva da perigosidade, ao reformular a teoria de Feuerbach. A teoria concreta-objectiva centram-se na consideração de que apenas pode ser punível a tentativa objectivamente perigosa para o bem jurídico, e distingue-se da antiga teoria objectiva pelo facto de entender que a valoração do perigo deve ser feita *ex ante*, isto é, a tentativa é perigosa quando uma pessoa prudente, com os conhecimentos do autor, além dos conhecimentos de um observador médio no momento da prática (*ex ante*), considera que não é improvável (ou melhor, adequada) a consumação; e não é perigosa se um juízo de prognose objectiva *ex post* apenas reconhece uma probabilidade de êxito muito reduzida. Ou seja, decisiva é a valoração que o julgador, que adopta o lugar do observador imparcial com anterioridade à ocorrência do facto e, em consequência, as acções cuja falta de perigosidade é verificada *ex post* não constituem tentativa ¹⁸². Também aqui a alta probabilidade de produção do ilícito é que fundamenta a punição da tentativa e desaparece a divisão considerada impraticável entre idoneidade absoluta e idoneidade relativa, uma vez que a tentativa é idónea e, por isso perigosa – quando, segundo um juízo de previsibilidade objectiva, ou *ex ante*, surge como possível a produção do resultado delictivo – ; ou inidónea, isto é, não perigosa – segundo um juízo de previsibilidade objectiva surge como impossível a realização do resultado. A teoria do perigo concreto foi acolhida pelo CP italiano, art. ¹⁸³.

1.2.- Dentro das teorias objectivas-formais, encontram-se a teoria de Binding e a teoria objectiva da falta de tipo.

1.2.a) Para Binding, a tentativa apenas é possível nos casos em que a consumação é possível. A conduta há-de ser concretamente adequada para conduzir à consumação posto que na proibição de causação do resultado está igualmente contida o emprego de meios idóneos. Assim, caso a conduta não surja como causalmente adequada, segundo uma perspectiva *ex post* que tenha em conta todas as circunstâncias

¹⁸² Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, “El estado actual de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa”, in Libro Homenaje Torío López, págs. 286-287, e também MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, pág. 307-308.

¹⁸³ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *ibidem*, pág. 53-54, e JAKOBS, *idem*, *ibidem* e CEREZO MIR, *idem*, *ibidem*.

do caso, afirmar-se-ia que a conduta não supunha realmente a realização parcial do delito, pelo que se considera impune, como acontece nas denominadas tentativas inidóneas; e as tentativas idóneas são aquelas nas quais a conduta supõe a realização parcial de um delito¹⁸⁴.

1.2.b) A teoria objectiva da falta de tipo (defendida por Frank, zu Dohna, Mezger e Liszt/Schmidt procurou mais a delimitação (Maurach/ Gössel/ Zipf) da tentativa que o fundamento (Jakobs) da sua punibilidade na base da consideração do tipo legal, de forma a descartar de antemão os casos não merecedores de pena. Distinguiu entre a falta de tipo em sentido estrito e a tentativa, ou falta de tipo em sentido amplo. A falta de tipo é impune, uma vez que a acção é certamente idónea e pode ser levada a cabo “sem *deficit*” (zu Dohna) mas considera-se que as circunstâncias tornam impossível, desde o início, a realização do delito (Mezger): ou seja, o tipo objectivo não está completo por ausência de outras circunstâncias, aqui se incluindo especialmente os casos dos designados “meio absolutamente inidóneo” e do “objecto absolutamente inidóneo”. Na tentativa (ou falta de tipo em sentido amplo) falta aquilo que Liszt-Schmidt designa por “peça final”, ou seja, o resultado exigido pelo tipo, para a consumação do delito, falta essa que deve afectar a própria acção; e é punível¹⁸⁵.

1.1. As teorias objectivas (cont.): apreciação e crítica

Historicamente, as teorias objectivas da perigosidade representam as primeiras propostas que reflectiram a necessidade de explicar porque se pune a tentativa. A referência ao perigo objectivo como fundamento da incriminação da tentativa tem as suas raízes no jusnaturalismo, como se pode ver já com Grócio; que defendia que a tentativa só devia ser reprimida quando fosse grave e dela derivasse, ainda que não se conseguisse o pretendido (a consumação), um perigo certo e grave. Carrara, apoiando-se em Grócio, funda a punibilidade da tentativa no perigo objectivo enquanto risco, e não como mera previsão¹⁸⁶. Arrancam de uma perspectiva ontológica, profundamente causalista, que tem na sua base o entendimento segundo o qual o que é acessível ao conhecimento racional ou científico são os factos percebidos experimentalmente e

¹⁸⁴ MORENO-TORRES HERRERA, *idem*, pág. 312.

¹⁸⁵ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *ibidem*, pág. 51, JAKOBS, *idem*, pág. 861, SERRANO-PIEDECASAS, *o.c.*, pág. 525 e CEREZO MIR, *o.c.*, pág. 176.

¹⁸⁶ POLITOFF-LIFSCHITZ, *o.c.*, págs. 107-108.

especificamente recebidos no mundo do direito em virtude do princípio da legalidade. Os factos podem ser provenientes do mundo exterior e, por isso, são perceptíveis pelos sentidos; como do mundo interior, revestindo a natureza de actos psíquicos. Mas tanto uns como os outros são regidos deterministicamente pela lei da causalidade, e então importa descobrir as leis causais que regulam tal determinismo¹⁸⁷.

Se a tentativa é definida, segundo o pensamento de Feuerbach, como uma acção externa dirigida intencionalmente à realização do crime, e sabendo-se que os actos preparatórios são actos que já exteriorizam aquela vontade ou intenção; então, num primeiro momento, as teorias objectivas prestam um contributo fundamental à diferenciação dos actos externos que, em regra, não são puníveis (os actos preparatórios), dos actos externos, que já são puníveis (os actos de execução que são já elemento constitutivo da tentativa penalmente significativa). E uma parte da doutrina portuguesa recorre às teorias objectivas para delimitar os actos preparatórios dos actos de execução: é o que acontece com Eduardo Correia e com Cavaleiro de Ferreira. De facto, na vigência do CP de 1886. Um olhar sobre as reflexões a que estes Autores procedem a propósito da tentativa, demonstra, de um ponto de vista material, que as suas obras não apresentam uma abordagem autónoma do problema atinente ao fundamento da punibilidade da tentativa; e referem-se às teorias objectivas (bem como às teorias subjectivas que se verão *infra*) a propósito da distinção entre actos preparatórios e actos de execução.

De acordo com Eduardo Correia, mais próximo das teorias objectivas da perigosidade (*rectius*, da teoria abstracta-objectiva da perigosidade) a característica comum às teorias objectivas encontra-se no facto de atribuir a um momento exterior um significado autónomo na distinção entre actos preparatórios e actos de execução, e a exigência de uma actividade executiva aparece com significado autónomo, “como encarnando uma negação de valores, expoente da ilicitude na sua forma de lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos”; e distinguindo as actividades que são condição das actividades que são causa da ilicitude: as primeiras coincidem com os actos preparatórios, e as segundas coincidem com os actos de execução¹⁸⁸. Assim, se só há tentativa juridico-penalmente relevante quando há a prática de actos de execução de um crime, então o fundamento da punibilidade da tentativa coincide com o fundamento da

¹⁸⁷ SERRANO-PIEDECASAS, *idem*, *ibidem*.

¹⁸⁸ Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal. I- Tentativa e frustração*, págs. 17-25.

punibilidade dos actos de execução: a lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos. Dizendo com Feuerbach e von Hippel: na colocação em perigo do objecto da acção protegido pelo tipo ou no perigo objectivo de realização típica.

Cavaleiro de Ferreira arranca da crítica ao critério da eficiência causal para a distinção entre actos preparatórios e actos de execução, e segundo a qual o acto seria preparatório ou de execução consoante se traduzisse na obtenção dos meios necessários à prática do crime ou na sua utilização efectiva, ou seja, o acto preparatório seria condição do crime e nele a causalidade criminosa estaria inerte, e o acto de execução causa do crime pela qual a actividade do agente se transforma em acto¹⁸⁹; porquanto se aproxima das teorias que definem os actos executivos em função do perigo que lhes é inerente (ou seja, a teoria abstracta-objectiva). Na sua perspectiva a causalidade é elemento constitutivo dos actos de execução, e a execução de um crime é a conduta dirigida à violação da norma penal: executar o crime é, assim, realizar o facto típico. Se a execução é “a realização do facto que corresponde ao modelo fixado na norma incriminadora”, então é um critério formal que fornece a delimitação entre actos preparatórios e actos de execução. Contudo, adverte o Autor, o critério formal apenas pode servir de orientação posto que na busca hermenêutica o intérprete nunca pode perder de vista o fim da lei, isto é, o interesse que a norma quer proteger. Por isso, a interpretação da lei atendendo ao seu elemento teleológico impõe a adopção de um critério de interpretação menos formal e predominantemente valorativo definida em função da idoneidade da conduta para a produção de um resultado, ou seja, o perigo¹⁹⁰.

Contudo, as teorias objectivas da perigosidade, por arrancarem de proposições ontológicas, soçobram na medida em que é impossível deduzir consequências jurídicas directamente das proposições do ser (*sein*), esquecendo o dever-ser (*sollen*), uma vez que, de acordo com estas teorias objectivas, a razão jurídica da punição da tentativa reside na elevada probabilidade da produção do injusto de resultado. São uma emanção do dogma causal já superado segundo o qual da mesma maneira que o delito consumado é uma lesão causal de um bem jurídico, o delito tentado é a simples colocação em perigo desse bem jurídico. Seguindo de perto Cuello Contreras, estas teorias partem do delito consumado onde, por definição, se comprovou a produção de um resultado que é

¹⁸⁹ O critério da eficiência causal (“Não se encontra este criterio muito longe da verdade, mas é imperfeito”), foi defendido entre outros por Caeiro da Mata e Henriques da Silva. Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, pág. 524-525.

¹⁹⁰ “Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, págs. 525-528.

a manifestação da lesão do bem jurídico protegido pelo tipo de resultado; e sustentam que, sendo a lesão precedida de uma fase prévia de perigo, como corrobora a posterior lesão efectiva, então há que isolar essa fase prévia que consubstancia a tentativa. Se apenas há tentativa se há perigo, e o perigo só pode ser aferido com referência à posterior lesão do bem jurídico, isto é, com referência ao crime consumado; então o fundamento da tentativa de acordo com as teorias objectivas não se encontra no perigo de lesão mas sim na prova de que ainda não está ausente a perigosidade. Ainda de acordo com a crítica de Cuello Contreras, o fundamento da punibilidade da tentativa acaba por se encontrar não no perigo de lesão mas sim na não exclusão do perigo que, por maioria de razão, deriva do nexu causal iniciado pelo agente¹⁹¹.

A perturbação referida ao bem jurídico como consequência da produção do injusto de resultado aparece em dois momentos distintos: na perigosidade da acção e na criação de um estado de perigo. Aquela perturbação só pode afirmar-se, em princípio, com o início da execução e desde que a tentativa seja idónea. Tem-se então que o perigo, por si só, não permite traçar um limite normativo entre a tentativa e os actos preparatórios, visto que, e relembrando Figueiredo Dias, numa perspectiva material os actos preparatórios podem ser punidos autonomamente como tipos de perigo abstracto; além de que o perigo também é fundamento da punibilidade dos delitos consumados¹⁹². Por outro lado, sendo a decisão de cometer um crime um elemento essencial da tentativa, nos termos do CP, art. 22.º/1, e aceita que é a punibilidade da tentativa impossível ou inidónea, nos termos do CP, art. 23.º/3, a qual, por definição e segundo um juízo *ex post*, não põe em perigo real qualquer bem tipicamente protegido; o fundamento da punibilidade da tentativa terá que ser encontrado a partir da unidade da tentativa enquanto todo composto por elementos objectivos e subjectivos. Daí que as teorias objectivas (da perigosidade), na síntese de Figueiredo Dias, não mostram em definitivo e em si mesmas capacidade para decidir a qual dos componentes se deve atribuir primazia¹⁹³, e em que termos.

Quanto à teoria da falta de tipo, em crítica sempre se pode dizer que do ponto de vista dogmático não logrou delimitar a tentativa punível uma vez que, salvo casos particulares dos crimes de resultado, não é possível considerar o resultado exigido pelo tipo como uma “peça final” da acção, caso contrário incorrer-se-ia numa valoração

¹⁹¹ JAKOBS, *idem*, *ibidem*, e CUELLO CONTRERAS, *o.c.*, págs. 287-288.

¹⁹² JESCHECK, *Tratado*, pág. 464.

¹⁹³ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 689.

errónea do tipo de ilícito pois que não é suficiente para a existência da tentativa punível que só a produção do resultado é compreendida pelo dolo, e já não os demais elementos do tipo que se referem ao objecto ou aos meios de realização da conduta¹⁹⁴. Ou seja, se para haver tentativa é necessária a não consumação do crime que o agente decidiu cometer, a acolher a teoria da falta de tipo só haveria tentativa quando o agente decide cometer um crime sem que o resultado se produza. Esta ideia é bem distinta do estatuído pelo CP, art. 22.º/1.

Em resumo, pode dizer-se que as teorias objectivas puras, na busca de fundamentar o desvalor de conduta que é a tentativa, acabam mais por fundamentar a ausência do desvalor de resultado.

1.2. As teorias subjectivas: exposição

Para as teorias subjectivas o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se na vontade delituosa do agente, ou melhor, na vontade contrária ao direito posta em acção; ou, segundo Jakobs, no perigo para a validade da norma suposto pelo dolo do agente. Entendem que o ilícito jurídico-penal é constituído pela violação da norma enquanto comportamento pelo qual o agente viola uma norma proibitiva ou impositiva, assim não relevando o aparecimento ou mesmo só o perigo de aparecimento de uma concreta violação do bem jurídico: o decisivo reside no desvalor da conduta. Na síntese de Bettioli, “o delito é na sua essência violação de um dever de obediência, e não a lesão de um bem [jurídico] ou abalo de um interesse”. Assim, há uma ampliação do âmbito da tentativa punível à custa dos actos preparatórios e é admissível a punição da tentativa absolutamente inidónea uma vez que não existe qualquer razão para tratar diversamente o delito tentado e o consumado, ou para tornar a punibilidade da tentativa dependente da sua perigosidade real: a tentativa inidónea deve ser sempre punida porque toda a tentativa é *ex post* inidónea e uma resolução manifestada por actos externos, de carácter executivo, representa já um perigo sério para a ordem jurídica¹⁹⁵.

As teorias subjectivas apresentam distintas formulações consoante o tratamento dogmático conferido aos componentes subjectivos do ilícito. Assim, é possível divisar

¹⁹⁴ MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *ibidem*, pág. 51, JAKOBS, *idem*, pág. 861, SERRANO-PIEDECASAS, *o.c.*, pág. 526 e CEREZO MIR, *idem*, pág. 176.

¹⁹⁵ JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 861, FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 689-690, POLITOFF-LIFSCHITZ, *o.c.*, pág. 110; JESCHECK, *o.c.*, pág. 465 e CEREZO MIR, *idem*, págs. 174-175.

três correntes: 1. a teoria das condições subjectivas do ilícito; 2. a teoria da culpa sem ilícito; e 3. a teoria da acção final.

1.2.1. A teoria das condições subjectivas do ilícito (Mezger), tem o seu fundamento no neokantianismo¹⁹⁶ e na construção de um conceito de delito definido a partir das perspectivas valorativas que servem de base ao direito penal, ou seja, os fins. A razão da punibilidade da tentativa depende não só e unicamente da forma exterior assumida pela conduta do agente mas, e sobretudo, da sua atitude interior. Ainda que o conteúdo do ilícito seja basicamente conformado na lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, segundo Mezger é possível ao legislador fundamentar a norma de proibição não apenas no sucesso externo da actividade desenvolvida pelo agente, como também unicamente na vontade daquele. Ou seja: o legislador pode construir o conteúdo da norma de proibição de duas formas: ou proibindo directamente a produção do resultado, ou proibindo directamente as acções dirigidas à produção do resultado. Por esta segunda via, fica assim aberta a possibilidade de uma fundamentação do ilícito da tentativa puramente subjectiva na qual o dolo do agente também afecta a validade da norma de proibição, a componente intencional converte-se em característica objectiva assim que se alcança a consumação, e a produção do resultado substitui a resolução do agente na fundamentação do injusto¹⁹⁷.

1.2.2. A teoria da culpa sem ilícito (sustentada por um sector da doutrina austríaca, entre outros por Rittler e Nowakoski) tem como ponto de partida a tentativa inidónea, para considerar que, estando ausente o conteúdo objectivo, restam apenas duas possibilidades: ou restringe-se o dolo ao ilícito, ou então admite-se que pode ser punível o que não é ilícito, mas apenas o que revela a culpa. A pena enquanto da sanção associa-se à vontade culposa do autor, e a ilicitude converte-se em puro conceito relacional pelo qual pode ser formalmente separado o jurídico-penalmente relevante, da conduta voluntária que é axiologicamente neutra, resultando que o pressuposto e o conteúdo da culpa se encontram na mera vontade do agente¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Segundo Cabral de Moncada, o neokantianismo surge enquanto “superação [e não negação] do Positivismo, nascida de uma espécie de exame de consciência filosófica dentro deste”, como pode ver-se em Luís CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado. I- Parte Histórica. II- Doutrina e Crítica*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 322.

¹⁹⁷ SERRANO-PIEDecasas, *o.c.*, pág. 527.

¹⁹⁸ IDEM, *ibidem*, págs. 527-528.

1.2.3. A teoria da acção final (Welzel) entende que a norma é uma ordem dirigida a motivar o indivíduo à observância da situação objectiva estimada como valiosa pela ordem jurídica. O sistema de normas baseia-se em um sistema de juízos de valor cujos efeitos se projectam sobre os bens jurídicos. Por sua vez, os juízos de valor podem ser primários e implicam uma valoração dos eventos que lesam (juízos de valor primários negativos) ou conservam (juízos de valor primários positivos) os bens jurídicos; e secundários, que apreciam as condutas humanas dirigidas aos eventos que lesam (juízos de valor secundários negativos) ou conservam (juízos de valor secundários positivos) os bens jurídicos. O juízo de valor primário sobre o resultado lesivo serve de base ao juízo de valor secundário que provoca o resultado. Ambos os juízos são interdependentes, mas os respectivos objectos de análise são distintos: os juízos de valor primários declaram que as perturbações dos bens jurídicos não devem existir, e os juízos de valor secundários descrevem as acções tendentes a produzir o resultado (condutas activas) ou a não evitar (condutas omissivas) essas lesões que não devem existir. A norma de determinação tem por função exclusiva a imposição dos juízos de valor secundários, proibindo a conduta que não deve ter lugar e consagrando a conduta que deve ter lugar. É pela norma de determinação que a conduta recebe o seu desvalor de intenção do resultado contrário ao valor; se falta o desvalor de resultado, subsiste, todavia, o desvalor da conduta. Assim, o ilícito da tentativa encontra-se na acção final que tende a afectar o objecto jurídico, sendo a acção final o objecto do juízo de valor secundário e da norma de determinação; o dolo da conduta determina o substrato valorativo do juízo de ilicitude, de forma que o agente infringe a proibição que se encontra na norma de determinação tanto por via da acção incapaz do resultado – a tentativa inidónea; como por via da acção capaz do resultado – a tentativa idónea¹⁹⁹.

1.2. As teorias subjectivas (cont.): apreciação crítica

Julius Glaser foi o primeiro Autor a reflectir sobre o fundamento da punibilidade da tentativa assente na vontade delituosa do agente, mas é a von Buri que se deve o seu desenvolvimento por força da consolidação jurisprudencial que encontrou no RG (de que von Buri era membro). Cavaleiro de Ferreira afirma que a teoria objectiva da perigosidade foi posta em causa por von Buri, precisamente por radicar em pressupostos

¹⁹⁹ IDEM, *ibidem*, págs. 528-530.

ontológicos (confirmando a asserção de Cabral de Moncada segundo a qual o neokantianismo representa uma tentativa de superação do positivismo). De acordo com von Buri, se os factos seriam o efeito necessário das condições que os determinam, e não sendo possível atribuir a causa do facto criminoso ao seu agente, seria afinal impossível atribuir valor autónomo, como critério distintivo entre os actos preparatórios e os actos de execução, a qualquer das actividades levada a cabo pelo agente, pois cada uma delas é condição do resultado para que tende e, por isso equivalente. Como todos os factos seriam o efeito necessário das condições que os determinam, e não sendo possível atribuir a causa do facto criminoso ao seu agente, então a única solução possível seria atender à vontade do agente²⁰⁰.

Em Portugal, as posições veiculadas pelas teorias subjectivas foram substancialmente acolhidas por Beleza dos Santos. Também na vigência do CP de 1886, Beleza dos Santos, a propósito da distinção entre actos preparatórios e actos de execução, considerava que a simples execução, ou seja, aquela a que não se seguiu a consumação, já é punível porquanto traduz um perigo ao revelar uma intenção criminosa, “provocando como efeito reflexo, um sentimento social de intranquilidade”; e que a simples manifestação de delinquir não é o bastante para traduzir aquele perigo, por isso o CP (de 1886) não pune os actos preparatórios onde já se manifesta aquela intenção. Assim, tudo está na em saber “que grau, que forma, que gravidade há-de revestir essa manifestação para dever considerar-se” um acto como acto de execução. O exame da série de actos que vão desde a manifestação do pensamento criminoso até ao fim da execução permite verificar que há uma clara diferença de perigo revelada pelo delinquirente e socialmente sentida entre os actos que concretamente, “nas circunstâncias em que são praticados, revelam segundo a experiência comum, a realização de um empreendimento criminoso e os que não revestem estes caracteres”. Se o agente exterioriza pensamentos criminosos, que chega a planear um delito, a dar os primeiros passos, “mas que é incapaz de prosseguir, que recua ante a prática de actos que já o revelem aos olhos dos outros como pessoa no caminho do crime”, então queda-se pelos actos preparatórios não puníveis. Se o agente fez mais que exteriorizar pensamentos criminosos e praticou um acto que, além de constituir de *per se* um elemento essencial do crime, “no sentido de elementos dependentes da acção do agente”; e “segundo as circunstâncias em que é cometido, segundo o critério geral, segundo a experiência

²⁰⁰ CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, pág. 399.

comum, é já realização de um empreendimento criminoso, então já, segundo a opinião corrente, está a executar um crime” na medida em que esse acto, ao revelar o carácter de empreendimento criminoso, “é já ofensivo do sentimento de tranquilidade social, naturalmente alarmada com uma conduta que traduz a realização de um plano criminoso”, e os actos praticados pelo agente, “uma vez conhecidos, o comprometem” e fazem-no “já a aparecer à generalidade das pessoas como um criminoso, revelou já um perigo sério, porque se mostrou capaz de ultrapassar o limite para além do qual os seus actos já a ninguém podem parecer inocentes ou sequer dúbios”²⁰¹. Quanto ao fundamento da punibilidade da tentativa, toma como orientação razoável a proposta pela escola positiva que, “seguindo a corrente subjectivista, mas corrigindo-lhe as consequências excessivas” considerava que a tentativa traduz “a capacidade, a aptidão criminosa do delinvente, a sua temeridade, a sua qualidade nociva de ser socialmente perigoso” e, por isso, deve ser punida. O perigo, segundo Beleza dos Santos, encontra-se não no simples perigo que a tentativa representou, “mas sim no perigo que para o futuro representa o delinvente que iniciou a execução do crime e que se viu obrigado a d’ele desistir”: o perigo que importa atalhar por via da punição da tentativa está na capacidade de delinquir e não na intenção maléfica²⁰². As teorias subjectivas puras têm o grande mérito de ter chamado a atenção para o facto de que o ilícito não é apenas desvalor de resultado mas também desvalor de acção, e relevam a importância do plano do agente. Porém, lembrando que a concepção do direito penal, que é aceite indiscutivelmente, é a de um direito penal do facto, a aceitação de um fundamento puramente subjectivo resvalaria inevitavelmente em direcção a um direito penal do agente, além de não ser adequada à concepção do ilícito vinculada à protecção de bens jurídicos²⁰³.

A teoria das condições subjectivas do ilícito, proposta por Mezger, apresenta uma debilidade sistemática, isto é, as funções que o dolo cumpre no delito tentado não devem ser distintas daquelas que o dolo cumpre no injusto do delito consumado, caso contrário estar-se-ia a admitir a possibilidade de renúncia a um conceito de ilicitude e de culpa estruturados de forma uniforme²⁰⁴. E a perspectiva deste trabalho defende uma compreensão do delito tentado e do delito consumado também a partir da relação de emergência que intercede entre ambos, atendendo a que o delito consumado ilumina o

²⁰¹ BELEZA DOS SANTOS, “Crimes de moeda falsa”, in RLJ, ano 66, número 2495, págs. 193-195.

²⁰² IDEM, *Direito Penal*, pág. 279.

²⁰³ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 690.

²⁰⁴ SERRANO-PIEDRECASAS, *o.c.*, págs. 528-529.

delito tentado, significando que o tipo objectivo de ilícito também se encontra presente no delito tentado, ainda que de forma imperfeita.

Quanto à teoria da culpa sem ilícito, baseada na teoria dos imperativos elaborada por Goldschmitt e Thon, esta admite que nem sempre a ilicitude é o *prius* lógico da culpa, uma vez que o ilícito objectivo depende expressamente de valorações abstractas do direito, isto é, a norma de direito; mas, ao lado daquelas valorações abstractas, existe uma norma não explícita que ordena ao indivíduo a adopção de uma conduta interior conforme as exigências impostas pelo ordenamento jurídico, ou seja, uma norma de dever, que motiva e fundamenta a culpa. Esta teoria é de repudiar: não atende à finalidade precípua do direito penal enquanto ordem destinada à protecção de específicos bens jurídicos, está em flagrante oposição com a doutrina geral da infracção criminal e, ao basear a punibilidade da tentativa exclusivamente na vontade delictiva do agente, possibilita a substituição de um direito penal do facto por um direito penal do autor²⁰⁵.

A teoria da acção final tem o mérito de chamar a atenção para a norma de determinação e, assim, para o desvalor da conduta. Ao contrário da teoria da culpa sem ilícito, não prescinde da ideia do direito penal enquanto ordem de tutela de bens jurídico-penais e da ilicitude sem a qual não é possível a punibilidade de um comportamento jurídico-penalmente relevante. Porém, o grande mérito da teoria da acção final, o qual é o de acentuar a importância do desvalor da conduta e, simultânea e paradoxalmente, a sua debilidade. Explicitando: para a escola finalista, o injusto da consumação é a acção final, valorada negativamente na medida da sua adequação ao resultado. O objecto da norma de determinação, ou juízo de valor secundário, é conformado pela acção final capaz do resultado; e esta capacidade de resultado deve entender-se como uma aptidão objectiva que condiciona a actividade final tendente à perturbação de um bem jurídico. De acordo com Kaufmann, se a norma de determinação, que parte de dados ontológicos (do ser, ou *sein*) para inferir proposições deontológicas (do dever-ser, ou *sollen*), apenas contém acções finais, então o conteúdo objectivo da capacidade para o resultado (ou perigosidade da acção) não pode ser objecto de valoração da norma, mas apenas sua condição; e a especial concorrência de tais circunstâncias objectivas fixarão o domínio no qual o juízo de valor secundário vê projectados os seus efeitos. A situação objectiva deixa assim de ser objecto da norma,

²⁰⁵ IDEM, *ibidem*, pág. 529.

não obstante poder aparecer como uma condição especial da mesma. Então, o corolário do pensamento finalista consiste em considerar que tanto o delito tentado como o delito consumado contém a mesma matéria de proibição, ainda que os respectivos âmbitos de aplicação sejam diferentes: tanto a norma de determinação da tentativa como a da consumação são objectivamente idênticas na sua função de motivar as condutas uma vez que ambas proíbem a mesma acção final, a tentativa de modo geral e sem restrições, a consumação em particular para a hipótese da acção final capaz do resultado. A norma da consumação apenas reitera a norma da tentativa limitada, todavia, às acções finais condicionadas pela verificação casual de circunstâncias objectivas-naturalísticas que são propícias à capacidade do resultado. Vale por dizer que a reconstrução do ilícito a partir do desvalor da acção vem a culminar no paradoxo de ser a tentativa, e em última análise a tentativa inidónea ou impossível, o conceito-chave e o máximo denominador comum a todo o ilícito criminal porquanto representa a “violação perfeita da norma” (Zielinski), em que decisivo é o ponto de vista pessoal do autor, que determina o conteúdo axiológico da ilicitude.²⁰⁶ Mais do que haver crimes, apenas há criminosos.

Em resumo, e acompanhando Jakobs, uma conduta que apenas releva se conhecido o âmbito interno do agente nunca pode ser legitimamente tratada como delito, caso contrário só o domínio interior seria fundamento da pena²⁰⁷. Diga-se aliás que o CP, ainda que faça referência à decisão que o agente decidiu cometer (art. 22.º), coloca esta proposição depois da referência aos actos de execução; e ao permitir apenas punibilidade da tentativa relativamente inidónea (art. 23.º, *a contrario*); da mesma forma que não acolheu uma fundamentação objectiva pura, muito menos acolheu uma fundamentação subjectiva pura para a tentativa punível. Ao contrário, o StGB (§§ 22 e 23) e o CP suíço (§ 23) acolheram as teorias subjectivas²⁰⁸.

1.3. As teorias ecléticas: exposição

Sob a expressão em epígrafe reúnem-se aquelas teorias, surgidas no seio da doutrina alemã, que procuram justificar a punibilidade da tentativa, partindo das teorias subjectivas, combinam-nas com elementos objectivos – teorias subjectivas-objectivas –, por forma a fornecer soluções desencadeadas da necessidade de operar critérios

²⁰⁶ IDEM, *ibidem*, pág. 530-532, FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, pág. 690, JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 862, e FERNANADA PALMA, *Da “tentativa possível”*, pág. 25.

²⁰⁷ JAKOBS, *Criminalización*, pág. 302.

²⁰⁸ CEREZO MIR, *idem*, pág. 175.

jurisprudenciais úteis dirigidos à delimitação entre actos preparatórios e actos de execução, tentativa idónea e tentativa inidónea. Na base das teorias ecléticas está a necessidade da construção conceptual da tentativa como categoria de delito; e o entendimento segundo o qual as teorias (objectivas e subjectivas) puras apresentam carências lógico-jurídicas uma vez que nem toda a colocação em perigo de bens jurídicos ou todo o dolo contrário à norma, por si mesmos, interessam ao direito. O que significa que a reflexão sobre o fundamento da tentativa punível deve ser feita a partir de uma perspectiva axiológica, uma vez que um sistema de direito penal é sustentado por bases lógicas que operam não apenas no âmbito normativo como também a partir da análise dos dados do real em ordem à realização de uma específica valoração, o que tem como consequência a impunidade da tentativa marcadamente irracional e a atenuação facultativa da pena quanto ao delito tentado²⁰⁹.

Dentro das teorias ecléticas, podem assinalar-se dois grupos – 1. as teorias integradoras; e 2. as teorias dualistas – em função da síntese entre os elementos subjectivos e objectivos. Dentro das teorias integradoras, há a distinguir entre as teorias nas quais nas quais a preponderância recai sobre o elemento subjectivo (as teorias da impressão) e aquela teoria na qual se verifica a prevalência do elemento objectivo (a teoria normativo-funcional da tentativa). Nas teorias dualistas, dá-se relevo à teoria do autor.

1.3.1 Para as teorias da impressão, defendidas pela maioria da doutrina alemã (Jescheck, a quem se deve a sua formulação, Blei, Rudolphi, Esser, Wessels), o fundamento da punição da tentativa encontra-se na vontade contrária a uma norma de comportamento, mas a tentativa só é punível quando e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente abaladora, isto é, quando põe em perigo a paz jurídica e necessita por isso, de uma sanção correspondente a esta medida. Em conformidade, aceita, em tese e em geral, a punibilidade da tentativa inidónea, e só não há lugar à punição da tentativa inidónea nos

²⁰⁹ JESCHECK, *o. c.*, pág. 465-466, e SERRANO-PIEDECASAS, *Fundamento de la punición en la tentativa*, págs. 532-533. Serrano-Piedecasas prefere a designação de teorias mistas, precisamente com fundamento na combinação entre aspectos subjectivos e aspectos objectivos, mas acaba por reconhecer que as teorias por si denominadas por teorias mistas têm uma natureza eclética. Roxin desenvolveu a denominada teoria da união com vista a procurar a resposta quanto ao problema do fundamento da tentativa punível; e que, segundo Figueiredo Dias apresenta uma fórmula compromissória, que assim a aproxima mais de uma teoria mista que de uma teoria eclética. Pelo que, e em ordem a distinguir a teoria da união daquelas que partem das posições subjectivas e lhes introduzem correcções de natureza objectiva, reserva-se a expressão de teoria mista para a teoria da união.

casos em que, por falta de conexão entre o plano do agente e a realidade, a conduta do agente não causa alarme na sociedade mas antes compaixão²¹⁰.

A teoria normativo-funcional da tentativa (Jakobs) distingue entre tentativa em sentido material e tentativa em sentido formal: a primeira consiste no começo de execução de um comportamento externamente perturbador; a segunda enquanto potencial realização de um tipo de ilícito. Assim, o fundamento da punição da tentativa encontra-se na manifestação da infracção à norma, através de um comportamento externo (tentativa em sentido material) ou de um comportamento que o direito positivo declara como externo (tentativa em sentido formal)²¹¹.

1.3.2. Dentro das teorias ecléticas duais, sobressai a teoria do autor (Bockelmann), segundo a qual o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se na perigosidade do autor. Para aferir da perigosidade do autor toma-se em consideração se a colocação em perigo do objecto protegido encontra-se incluída na sua vontade de realizar a conduta²¹².

1.3. As teorias ecléticas (cont.): crítica

As teorias da impressão, iniciadas por Horn (1900) e desenvolvidas por Von Bar, formaram-se a partir dos diversos esforços²¹³ de ver na tentativa uma combinação de elementos objectivos e subjectivos, e em ordem à busca de critérios delimitativos entre a tentativa e os actos preparatórios; e como forma de combater o subjectivismo extremo presente em múltiplas decisões do RG, claramente violadoras dos limites estabelecidos pelo tipo e relapsas quanto ao facto de na tentativa se não punir exclusivamente a vontade do agente mas sim a actuação tipicamente relevante que reflecte aquela vontade²¹⁴. Ao introduzir um critério correctivo de ordem objectiva – a aptidão da

²¹⁰ JESCHECK, *idem*, *ibidem*, MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *o.c.*, págs. 28-29, ROXIN, “Resolução do facto e começo da execução na tentativa”, in *Problemas fundamentais*, pág. 296; e CEREZO MIR, *idem*, *ibidem*. A formulação apresentada para as teorias da impressão aproxima-se muito do critério que Beleza dos Santos apresentou a propósito da distinção entre actos preparatórios e actos de execução. Será que Beleza dos Santos foi um precursor das teorias da impressão em Portugal?

²¹¹ JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 864.

²¹² JESCHECK, *o.c.*, pág. 465-466, e JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 862.

²¹³ Como a teoria objectiva do plano (Schönke-Schröder, Busch, Vogler, Oehler, sobretudo), segundo a qual há tentativa quando a vontade delictiva do agente manifestou-se clara e objectivamente numa acção que, segundo o plano (subjectivo) do agente, coloca de forma imediata em perigo o objecto de protecção da norma. Cfr. MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *idem*, pág. 29.

²¹⁴ IDEM, *ibidem*, pág. 28, com indicação abundante da jurisprudência do RG nos §§ 35 e 36.

conduta do agente em provocar na comunidade a “impressão” de um ataque contra a ordem jurídica –, coloca em primeiro plano a defesa da ordem jurídica enquanto fim geral das penas; e ao atender à actuação de uma vontade tipicamente relevante referida ao prejuízo objectivo de um bem jurídico, considera que, anteriormente à consumação, há um prejuízo típico do bem jurídico sendo, desta forma, congruente com a ideia de uma ordem jurídico-penal enquanto ordem de protecção de bens jurídicos²¹⁵. Na doutrina portuguesa, Figueiredo Dias entende que “a teoria da impressão é a que melhor se compatibiliza com o regime conferido aos actos de execução, à atenuação especial obrigatória da pena da tentativa e da tentativa impossível”, este último o “problema mais questionável [dentro da problemática do fundamento da punibilidade da tentativa]”²¹⁶.

Porém, o ecletismo das teorias da impressão é, a um passo, o seu argumento mais forte e, a outro, a sua debilidade. Segundo Roxin, as teorias da impressão oferecem um juízo de valor vago que não vai além de uma descrição do juízo legal de punibilidade; não encontram uma especificidade quanto ao delito tentado em relação ao delito consumado, nem do acto de execução face ao acto preparatório; e a sua aparente natureza conciliatória não apaga um inevitável dualismo entre as tentativas que são puníveis em nome do princípio da perigosidade da acção das tentativas que, não sendo perigosas, são excepcionalmente puníveis sob o ponto de vista da violação juridicamente perturbadora da norma²¹⁷. Além do mais, não permitem distinguir com segurança a tentativa inidónea da tentativa irreal²¹⁸.

O problema da punibilidade da tentativa não radica na comoção negativa (o abalo) ou positiva (a compaixão) que a conduta do agente desperta na generalidade das pessoas, mas sim na legitimidade da intervenção do direito penal numa fase prévia à consumação do tipo, daí que o critério proposto pelas teorias da impressão não se apresente com particular operatividade quanto à distinção entre actos preparatórios e actos de execução, ou quanto à questão da punibilidade da tentativa inidónea. Quanto aos actos preparatórios, lembra-se que estes, regra geral, não são puníveis (CP, art. 21.º), a significar que a preparação, por si só, não pode ser ocasião de reacções jurídico-penais, dado que ainda não se iniciou a execução imediata e tipicamente relevante da vontade de cometer o crime. Quanto à punibilidade da tentativa inidónea, as teorias da impressão

²¹⁵ IDEM, *ibidem*, pág. 29.

²¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, *o.c.*, págs. 691-692.

²¹⁷ *Apud* FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 692.

²¹⁸ CEREZO MIR, *o.c.*, pág. 177.

pecam por imprecisão pois que o critério do alarme social não permite distinguir com segurança a tentativa inidónea da tentativa irreal ou supersticiosa²¹⁹.

A teoria normativo-funcional da tentativa radica na concepção que Jakobs tem do direito penal enquanto ordem funcionalmente dirigida a assegurar a vigência das expectativas sociais normais de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade perante aquelas condutas que expressam uma máxima de comportamento incompatível com a norma correspondente e que a questionam como modelo geral de orientação na convivência social, e não a protecção de bens jurídicos. O bem jurídico-penal, de acordo com a concepção de Jakobs, traduz-se na manutenção das expectativas normativas essenciais, ou a vigência efectiva das normas sobre as quais assentam tais expectativas, perante as condutas que as defraudam, e a missão da dogmática penal está na sistematização das proposições necessárias para desencadear um acto com significado – a pena – face a outro acto com significado – a lesão da norma consubstanciada na infracção penal, cujo significado não é conformado por qualquer elemento descritivo referido à realidade mas sim por uma concepção do ilícito articulada a partir de uma perspectiva social, segundo a qual os indivíduos enquanto sujeitos assumem a posição de garante daquela vigência. Em consequência, há uma normativização de todas as categorias jurídico-penais por depuração dos aspectos ontológicos, e uma ruptura metodológica com as posições dogmáticas tradicionais (o causalismo e o finalismo). A tentativa é entendida por Jakobs como manifestação da infracção à norma e próxima do tipo²²⁰.

²¹⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, pág. 863 e CERESO MIR, *idem*, *ibidem*.

²²⁰ A concepção do direito penal de Jakobs é devedora, nos seus pressupostos, a Kelsen e à sua teoria pura do direito; Max Weber e à sua reflexão sobre a validade normativa, e Luhman e à sua teoria dos sistemas. Por isso, apresenta-se como uma concepção atemporal e tecnocrática do dever-ser por via da exasperação do *sollen* e da correspondente desvalorização do *sein*, reconduzindo-se a uma teoria monista-normativa. Segundo Schünemann, ao erradicar dos conceitos jurídico-penais todo o significado natural da linguagem quotidiana, a concepção de Jakobs vê-se obrigada a extrair aquele significado das funções do sistema social considerado em abstracto, e por isso é compatível com os interesses de qualquer política criminal. Limita-se à elaboração de conceitos formalizados que, por estarem afastados da realidade, quedam-se como falhos de concretização, e o sistema de direito penal acaba por se apresentar como um sistema hermético no qual a tópica argumentativa é tautológica e circular a exigir posteriormente a sua concretização em puras decisões: com o conceito de bem jurídico proposto, o direito penal acaba por ter como finalidade a protecção de normas jurídicas – o homicídio não é a causação da morte mas sim oposição à norma subjacente aos delitos de homicídio, que se traduz na quebra de confiança na vigência daquela; a quebra de confiança na vigência da norma não é entendida como um acontecimento natural entre pessoas mas sim como um processo de comunicação ou de expressão de sentido entre as pessoas; as pessoas são definidas como sujeitos mediados pelo social e portadores, não de subjectividade mas de papeis, cujo conteúdo deve vincular-se a um padrão que é conformado pelo sistema de normas. E quando um sujeito sai do âmbito de competência do seu papel, infringe-o e, ao infringi-lo, o seu comportamento defrauda as expectativas garantidas juridicamente, isto é, as normas. As normas constituem as relações entre as pessoas/sujeitos, surgindo assim como o mundo objectivo determinante da comunicação entre

Em crítica sempre se poderá dizer que a teoria normativa de Jakobs é verdadeiramente uma teoria normativista que parte da dicotomia antitética entre a realidade e o valor, e cujos domínios não admitem qualquer espécie de interacção. O raciocínio de Jakobs funda-se numa radical redução da realidade descrita pela lei a “puros predicados de valor” que redundam em “falácia normativista, consistente em argumentar na base de conclusões circulares” ou tautológicas: a conduta externa ganha relevância jurídico-penal se tiver capacidade de perturbação das expectativas comunitárias, e perturba se há um exercício socialmente inadequado da posição de garante na vigência das normas. Assim, a manifestação de infracção da norma através de um comportamento significa que a objectivação do comportamento reside na infracção de um dever contido na norma. Entende-se de forma pacífica que a infracção penal consiste na lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, o que leva a um reconhecimento de que as propriedades do ser têm um significado, e que a “natureza das coisas” que desempenha uma função de orientação para o legislador e para o julgador, ainda que admita distintas configurações valorativas, também pode excluir e não punir comportamentos porque inadequados ou distanciados das coisas, tal como sucede com a tentativa irreal ou supersticiosa²²¹.

A teoria (dualista) do autor considera que na tentativa, como na consumação mas diferente da preparação, o autor já tomou a decisão sobre a conduta que vai realizar, por isso não vai mais além das teorias subjectivas. Em crítica, sempre se dirá que a confirmação do dolo não tem que ver com a acção executiva típica²²², o que leva esta teoria a resvalar igualmente na direcção de um direito penal do agente.

1.4. Uma teoria mista – a teoria da união: exposição e crítica

Proposta por Roxin, a teoria da união defende que o fundamento da punibilidade da tentativa reside na exigência geral ou especial-preventiva da pena, a qual, em regra, deriva do perigo doloso chegado ao tipo, mas excepcionalmente também de uma violação juridicamente perturbadora da norma, manifestada numa acção chegada ao tipo²²³.

sujeitos e com independência em relação às preferências actuais de cada indivíduo. Cfr. SERRANO-PIEDCASAS, *o.c.*, págs. 535-542.

²²¹ IDEM, *ibidem*, págs. 542-543.

²²² JAKOBS, *idem*, págs. 862-863.

²²³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 692.

A teoria da união parte da ideia de Roxin de que a conduta só deve ser punível quando perturba a convivência pacífica entre cidadãos; então há que atender à danosidade social da conduta aferida à pena, e só apenas quando outros instrumentos menos gravosos não sejam suficientes para prevenir aquela conduta. Só um “regresso” à teoria dos fins das penas é indispensável à teorização do fundamento da punibilidade da tentativa²²⁴, e a teoria da união é desenvolvida a partir deste regresso aos fins das penas: nada deve ser punido mais além da medida da sua culpa, daí das críticas do Autor às teorias da impressão²²⁵.

Em apreciação, a teoria da união consegue enlaçar o pensamento subjacente às teorias objectivas (a referência ao perigo doloso) com as teorias subjectivas (a referência à violação da norma), e a justificar o fundamento da punibilidade da tentativa à luz da função do direito penal, a qual é a de proteger bens jurídicos. Porém, em crítica e acompanhando Figueiredo Dias, sempre se dirá que o critério da proximidade ao tipo não é menos vago que o critério da impressão²²⁶. Por outro lado, a tentativa, enquanto realização incompleta do tipo objectivo de ilícito e realização completa do tipo subjectivo de ilícito (e congruentemente do tipo de culpa) já entra no domínio do tipo de ilícito (e do tipo de culpa), ou seja, já vai além da proximidade ao tipo.

2. A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa a partir da compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa impossível, ou a questão geral do fundamento da punibilidade da tentativa como um todo?

Fernanda Palma considera que a tentativa impossível, figura encarada como excepção pela dogmática penal, vem expandir-se e confundir-se com a tentativa em geral. Então pergunta-se: se toda a tentativa for de algum modo impossível, fará sentido puni-la? A propósito do direito espanhol, Silva Sánchez considera que todas as

²²⁴ A partir do programa político-criminal do AE, cujo § 2 I estatua que as penas e as medidas de segurança se destinam à protecção de bens jurídicos e à reintegração do sujeito na comunidade jurídica, defende-se a exclusão da retribuição da culpa como possível fundamento da pena; a prioridade da prevenção especial (ou de integração) sobre a prevenção geral (de intimidação); os princípios da subsidiariedade e da efectividade como pressupostos justificativos da pena; e a limitação da pena à protecção de bens jurídicos. Cfr. ROXIN, “Franz Liszt e a concepção político-criminal do Projecto Alternativo”, in *Problemas fundamentais de Direito Penal*, págs. 53-63.

²²⁵ Cfr. supra “3. As teorias ecléticas (cont.)-crítica”.

²²⁶ IDEM, *ibidem*, e ROXIN/ARTZ/TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Processual*, pág. 44.

tentativas são plenamente inidóneas a partir de um juízo *ex post* que tome como referência a produção ou a não produção do resultado: na medida em que a conduta não alcançou a consumação, sempre se poderiam reputar como não sendo perigosas, pois “a não consumação seria reflexo da existência de um defeito estrutural na execução do plano [do agente] que tornou impossível a consumação, por mais imperceptível que tal defeito” apareça aos olhos do agente ou de um terceiro. De um ponto de vista objectivo, *ex post* ou a perspectiva de um observador omnisciente, que apenas aceita os conceitos de necessidade e impossibilidade, toda a tentativa seria um caso de impossibilidade de consumação, verdadeiro crime impossível. Mas de um ponto de vista *ex ante*, que já prescindir do observador médio, já haverá lugar à apreciação da existência de tentativas perigosas. O problema só poderá ser ultrapassado mediante a distinção entre tentativa e tentativa impossível, e nisso convêm os Autores; e a distinção deverá ser feita em função do estatuído pelo CP a propósito da punibilidade da tentativa (CP, art. 23.º) e da concepção acerca do fundamento da punibilidade da tentativa de que se parta²²⁷.

Mas pode assentar-se o seguinte: a regra da punibilidade da tentativa repousa sobre a punibilidade da tentativa idónea, como se pode aferir do CP, art. 23.º/3, *a contrario*; por outro lado, nem toda a tentativa inidónea é impune. Aceitar a punibilidade da tentativa a partir da denominada tentativa impossível seria subverter a “natureza das coisas”, fazer da excepção a regra e levar longe demais o princípio da intervenção do direito penal como *ultima ratio*²²⁸.

²²⁷ FERNANDA PALMA, *Da “tentativa possível”*, págs. 27-28, e SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código Penal*, pág. 125.

²²⁸ Assim também FERNANDA PALMA, *o.c.*, pág. 151, para quem a equiparação e da tentativa inidónea à tentativa idónea nos termos do CP, art. 23.º/3, é excepcional, discordando de Figueiredo Dias, para quem, e na perspectiva da Autora, o CP art. 23.º/3 equipara em geral tentativas idóneas e inidóneas e nega a punibilidade em certos casos de tentativa absolutamente inidónea (por manifestas inexistência do objecto ou inidoneidade do meio). No entendimento de Fernanda Palma, uma interpretação do CP, art. 23.º/3 tal como é feita por Figueiredo Dias “inverte uma equiparação excepcional, e não geral, da tentativa impossível à tentativa possível imposta pelo princípio da necessidade da pena.”

III- A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa a partir do CP, ou a proposta de um critério

A propósito do fundamento da punibilidade da tentativa, Figueiredo Dias adverte que a busca de um fundamento, “muito correctamente encontrado na linha da função do direito penal e das finalidades primárias da norma, não se confunde com critérios interpretativos das normas positivas, válidos para a aplicação do direito”; por sua vez, Faria Costa, ao empreender o estudo das formas especiais do crime, fá-lo em busca de critérios interpretativos necessários à compreensão não só daquilo que o legislador “vazou como princípios e critérios fundamentais de apreensão do real jurídico, mas também a riqueza multifacetada própria do caso concreto”²²⁹. Tendo em conta que o CP vigente é o CP aprovado pelo DL 400/82, de 3 de Setembro (embora alterado), e as directrizes de política criminal presentes no Código de 1982, estavam já, em larguíssima medida, contidos no Projecto de Eduardo Correia; e que não foi intenção de Eduardo Correia, a propósito da incriminação da tentativa, tomar posição entre objectivismo ou subjectivismo; perguntar pelo fundamento da punibilidade da tentativa à luz do CP vigente ganha um novo relevo a pedir uma interpretação, ou melhor uma tentativa de interpretação, do CP, art. 22.º.

O CP, art. 22.º apresenta uma definição de tentativa. Porque se trata de uma norma penal, o teor gramatical é claro e inequívoco. Então poder-se-ia pensar que a letra do preceito seria o bastante para perceber qual o fundamento da punibilidade da tentativa. Porém vai ultrapassada a tese da exclusão da interpretação, desde que a fonte interpretativa (no caso, a lei) se exprimisse num texto claro e inequívoco²³⁰, assim parecendo que a razão está com Figueiredo Dias. Mas é a concreta realização do direito que justifica a interpretação, porque não pode dispensá-la²³¹, e Faria Costa vê justificado o bem fundado do seu propósito.

O presente trabalho partiu da ideia de unidade do sistema de direito penal, e uma das suas primeiras conclusões foi a da compreensão das formas especiais de crime, entre elas a tentativa, como consequência daquela unidade. De acordo com Castanheira Neves, o sentido da interpretação jurídica encontra-se naquela linha “em que as exigências de sistema e de pressupostos fundamentos dogmáticos não se fechem numa auto-

²²⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 691, e FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 158.

²³⁰ António CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação jurídica”, in POLIS, vol. 3, pág. 653

²³¹ IDEM, *ibidem*.

suficiência, a implicar também a auto subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante, e antes se abram a uma intencionalidade normativa que, na sua concreta e judicativo-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizadora”²³². Com Castanheira Neves opera-se a síntese das posições de Figueiredo Dias e Faria Costa, e é a que vai orientar o que se segue.

1. O critério objectivo mitigado

Em 1982, durante as “Jornadas de Direito Criminal promovidas pelo CEJ, Faria Costa considerou, a propósito do CP, art. 22.º/1, que a tentativa tem sempre de integrar uma referência objectiva a certa negação de valores jurídico-criminais na forma de lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos protegidos, advertindo que “há que adicionar o próprio plano do agente integrado na sua intencionalidade, volitivamente assumida, que, face ao texto legal (...) não pode ser limitado ao mero papel de esclarecer o significado objectivo do comportamento do agente, antes deve ser valorado em si mesmo”, formulação a consagrar, segundo Faria Costa, um critério objectivo mitigado²³³. Ou seja, o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se no perigo de realização típica representada e querida pelo agente.

Ao formular a sua apreciação quanto ao CP, art. 22.º, este Autor firmava o bem fundado da opinião pacífica segundo o qual a compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa não podia ficar refém de uma ou outra teoria pura, fosse objectiva ou subjectiva. Esta linha de raciocínio continua a ser válida e, mais recentemente, afirmada por preciosos contributos doutrinários: as teorias tanto “extremada ou exclusivamente objectivas, como subjectivas” não permitem, *per se*, a compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa, e é assim porque uma descrição objectivista não pode prescindir de momentos subjectivos, de representações, do plano e de intenções do agente que tornem credível a afirmação sobre o início da execução do facto”; e uma orientação subjectivista pode conduzir a um direito penal do autor”, como resulta da leitura de Figueiredo Dias, Fernanda Palma e Germano Marques da Silva²³⁴. Este ponto de vista não é exclusivo da doutrina nacional: quanto à doutrina espanhola,

²³² IDEM, *ibidem*, pág. 686.

²³³ FARIA COSTA, “As formas do crime”, pág. 160.

²³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 690, FERNANDA PALMA, *Da tentativa “possível”*, pág. 33 e MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português*, pág. 274.

Quintero Olivares considera justamente que não é possível justificar a punição da tentativa apoiando-se exclusivamente em teorias subjectivas ou objectivas, antes devem combinar-se ambas como única forma de cumprir com a definição de ilícito enquanto desvalor de conduta e desvalor de resultado. O delito tentado deve oferecer uma vertente exterior objectiva relacionada com a ofensa objectiva ao bem jurídico, e a vontade do agente há-de orientar-se conscientemente à consumação do delito²³⁵.

Portanto, a resposta à questão sobre o sentido da incriminação da tentativa deve ser dado com recurso a uma teoria ou eclética ou mista. Cabe então fazer uma segunda limitação, no sentido de eliminar uma teoria mista, como a teoria da união, uma vez que a fórmula compromissória desta, ao problematizar a proximidade ao tipo, ainda fica distante da explicação para se punir um comportamento que vai mais além da vontade mas fica aquém do limiar mínimo de ofensa ao bem jurídico representado pelo perigo: o perigo não fica próximo do tipo, pelo contrário já é elemento do tipo, ao menos como motivação da proibição na fórmula do perigo abstracto. Em suma, o sentido da punição da tentativa deve buscar-se a partir de uma teoria eclética.

Figueiredo Dias é assumidamente defensor de uma teoria eclética, ou melhor, é defensor de que o fundamento da punibilidade da tentativa deve ser encontrado à luz das teorias da impressão, na sua conformação doutrinal mais recente, que é a que se encontra em Jescheck. Porém, a afirmação precedente parece contrariar o início deste número quando se referiu que Faria Costa defende que a punibilidade da tentativa à luz do CP deve ser encontrado segundo um critério objectivo mitigado. Qual a natureza de um critério objectivo mitigado: ainda objectivo ou também eclético? Figueiredo Dias parece não reconhecer o critério objectivo mitigado como uma teoria objectiva e não se refere a ele a propósito das teorias subjectivas ou da impressão. No entanto a formulação de Faria Costa aponta para uma combinação de elementos objectivos e subjectivos, como é timbre das teorias ecléticas. A ser assim, e a propósito do fundamento da punibilidade da tentativa, a resposta terá que ser encontrada à luz de uma teoria eclética.

A partir daqui, uma outra questão se levanta: o critério objectivo mitigado é uma explicação que arranca de uma base objectivista introduzindo-lhe uma correcção de natureza subjectivista (teoria eclética de natureza objectiva-subjectiva) ou é uma

²³⁵ QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal*, págs. 461-462.

resposta que parte da regra das teorias ecléticas anteriormente vistas, claramente subjectivistas-objectivistas? Aqui cabe fazer uma restrição que resulta da natureza das coisas: uma teoria eclética não tem que ser sempre uma teoria subjectiva-objectiva, pode perfeitamente ser uma teoria objectiva-subjectiva porque o dolo do agente faz-se patente a partir da interpretação da conduta perturbadora mas esta interpretação não importa a partir do conhecimento do dolo, pois não se trata de encontrar uma conduta adequada a um contexto subjectivo, mas sim de uma conduta externa (objectiva) que permite responsabilizar o agente no seu contexto subjectivo²³⁶.

2. A justificação do critério objectivo mitigado

2.1. Os princípios da necessidade e da fragmentaridade de 1.º e 2.º graus

Aceite que é a legitimidade jurídico-constitucional da punibilidade da tentativa, relembrando o Ac. do TC n.º 262/2001 (a intervenção penal não tem de acontecer apenas nas situações em que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é efectivamente lesado pela conduta proibida, uma vez que há situações nas quais o legislador procede a uma antecipação da tutela penal, punindo comportamentos que ainda não lesaram efectivamente esse bem jurídico, o que sucede quando o comportamento em questão apresenta uma especial perigosidade para bens jurídicos essenciais à subsistência da própria sociedade e, por essa via, é legitimada aquela antecipação mesmo em situações onde se verifica uma particular perigosidade das condutas anteriores à consumação material do crime); o fundamento da punibilidade da tentativa deve ser compreendido a partir da função do direito penal: a protecção de específicos bens jurídicos por via da punição daqueles comportamentos que de uma forma mais grave afectem esses mesmos bens jurídicos. Desta forma, o critério objectivo mitigado está em linha com uma concepção do direito penal do facto juridico-constitucionalmente sustentada, porque assente na tutela legal dos bens jurídicos referida necessariamente à ordem axiológica constitucional²³⁷.

²³⁶ JAKOBS, “Criminalización”, in *Estudios*, pág. 305.

²³⁷ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o estado actual da doutrina do crime. 1.ª Parte. Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito”, in RPCC, ano 1, fascículo 1, Janeiro/Março de 1991, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1991, pág. 18. Desta forma, a função do direito penal aparece dessacralizada ou secularizada e a lei surge assim como “rainha de todas as coisas, tanto mortais como imortais” (Píndaro). Cfr. Norberto BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1988, pág. 206.

Aquela protecção é fragmentária em um primeiro grau – a protecção de específicos bens jurídicos (penais) tem como contrapartida a exclusão da protecção dos restantes bens jurídicos –, e em um segundo grau, ou quanto ao modo de protecção desses específicos bens jurídicos, pela consideração de que só momentos específicos, plasmados em condutas expressas nos tipos legais enquanto ataques ou agressões, isto é, ofensas (pôr em/criar perigo, e/ou lesão), é que terão dignidade penal, merecendo assim a pena cominada. Como ordem relacional ou comportamental, para o direito penal releva a conduta enquanto factor perturbador da ordem pacífica externa cujos elementos de garantia são os bens jurídicos, aquela referência objectiva a certa negação de valores jurídico-criminais, ao menos na forma de perigo de lesão.

O critério objectivo mitigado aceita a tentativa como um tipo legal autónomo, “cuja ilicitude radica no pôr-em-perigo”, e a fragmentaridade de 2.º grau em que a violação se traduz “encontra-se, precisamente, no resultado expresso pelo pôr-em-perigo”²³⁸. Assim, o critério objectivo mitigado encontra-se em linha com a concepção de um direito penal ordenado à tutela subsidiária de bens jurídicos, e coincide com a sua base objectiva. Uma compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa com base nas teorias da impressão poderia ser rejeitada à partida precisamente porque a impressão é um conceito vago, ainda distante do limiar mínimo de punibilidade representado pelo perigo.

Porém, é legítimo questionar se o paradigma penal das sociedades democráticas contemporâneas enquanto ordem de protecção de bens jurídicos moderno, liberal e espacialmente circunscrito ainda é válido, face à emergência da “sociedade de risco” ou pós-moderna e global proposta por Ulrich Beck: uma sociedade pós-industrial exasperadamente tecnológica, massificada e global, na qual a acção humana, muitas vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou riscos produzidos em tempo e lugar largamente distantes da acção que os originou ou que para eles contribuiu, e o fim dos riscos provindos de acções humanas próximas e definidas²³⁹. É possível compatibilizar o direito penal enquanto ordem de tutela fragmentária de bens jurídicos com a sociedade de risco? Se sim, qual o limiar mínimo de ofensividade aos bens jurídicos: o perigo ou o risco?

²³⁸ FARIA COSTA, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992 pág. 194, nota 29.

²³⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 134-135.

Figueiredo Dias propõe um princípio de solução segundo o qual, resumidamente, pode ainda manter-se o direito penal do bem jurídico, reconhecendo que ao lado dos bens jurídicos individuais ou supra-individuais possam existir bens jurídicos ditos universais ou colectivos e, conseqüentemente, tipos de delitos colectivos com uma natureza análoga à dos delitos de perigo abstracto cuja legitimidade deve aceitar-se desde que respeitados os parâmetros mínimos referência jurídico-constitucional, determinabilidade do tipo de ilícito, a referência ao bem jurídico que em última instância se visa proteger e digno de pena²⁴⁰.

Neste modo de ver as coisas, parece que o perigo ainda constituiria o limiar mínimo de ofensividade para os bens jurídicos, a significar a plena validade do critério objectivo mitigado numa perspectiva dita “pós-moderna”. Mas não basta dizer o aduzido: impõe-se discernir o fundamento da punibilidade da tentativa a partir da lei ordinária, atentando no que diz o CP a propósito do regime da tentativa e também quanto à comparticipação.

2.2.O regime da tentativa do CP

Nos termos do CP, art. 22.º, só há tentativa quando o agente pratica actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. Na economia do preceito os actos de execução precedem a decisão do crime, e ambos são anteriores à não consumação. Os três elementos, dir-se-à, conaturais à tentativa encontram-se presentes nesta norma, mas a primeira referência aos actos de execução não orientará a punibilidade da tentativa em direcção a um fundamento objectivo? A resposta a esta questão leva a uma elucidação sobre a punibilidade da tentativa no direito português e estrangeiro.

A redacção do CP, art. 22.º tem a sua fonte na redacção que foi aprovada para o art. 21.º do Projecto de 1963, o qual estatuiu que há tentativa de crime quando o agente realiza actos de execução dele e contudo o crime se não consuma. Uma redacção claramente de teor objectivo, no qual a conduta externamente observada por via dos actos de execução, a partir dos quais há tentativa, assomava e, com ela, o perigo próximo de consumação da realização típica. A redacção do CP, art. 22.º, introduzida pelo DL 400/82, de 3 de Setembro, mantém a referência aos actos de execução, que

²⁴⁰ IDEM, *ibidem*, 148-154.

agora são praticados e não realizados, à não consumação e acrescenta-lhe o elemento de interioridade, ou seja, a referência à decisão do agente. Segundo Cavaleiro de Ferreira, a origem da definição da tentativa do CP encontra-se no § 43 do StGB vigente à data da elaboração do Projecto de 1963, nos termos do qual aquele que decidiu cometer um crime mediante actos que consistem em começo de execução é punível por tentativa se o crime intencional não for consumado. É sabido que, em 1975, o Código Penal alemão foi alterado, e a definição legal de tentativa passou a constar do § 22 do StGB: há tentativa quando o agente, conforme a sua representação do facto, dá imediato começo à realização do tipo. Por seu lado, a definição legal de tentativa que se encontra no CP italiano, art. 56, 1.º par., tem o seguinte teor: quem executa (*compie*) actos idóneos, directos de modo não equivoco a cometer um delito, responde por delito tentado se a acção não se conclui (*compie*) ou se o resultado (*evento*) não se verifica. O CP espanhol, por sua vez, no seu art. 16.1. indica que há tentativa quando o agente (*sujeto*) dá princípio de execução do delito directamente por actos exteriores, praticando todos ou parte dos actos que objectivamente deveriam produzir o resultado, e sem embargo este não se produz por causas independentes da vontade do autor. O CP francês, art. 121-5 estabelece que há tentativa desde o momento em que, havendo começo de execução, esta é suspensa ou deixa de causar efeitos por circunstancias alheias à vontade do seu autor.

Cotejadas as definições legais de tentativa, verifica-se que a redacção do CP é mais próxima das que constam dos CP italiano, espanhol e francês, que da redacção do preceito do StGB. De acordo com a doutrina italiana, o CP italiano colocou-se decisivamente no trilho das teorias objectivas: o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se na perigosidade da conduta e na idoneidade da conduta a obter a consumação do crime²⁴¹. A definição legal de tentativa presente no CP espanhol é claramente objectiva, e nisso convém a maioria da doutrina espanhola²⁴², e o CP francês apresenta uma redacção na qual a acentuação é colocada no começo de execução da conduta e a vontade releva quanto à não consumação. O StGB, ao invés, acentua o plano da representação do agente face ao começo de execução. Assim, parece que o CP português consagra uma noção eminentemente objectiva de tentativa, tal-qualmente o que se passa em Itália, Espanha ou França.

²⁴¹ ROMANO, *Commentario sistemático*, pág. 505.

²⁴² V., por todos, CEREZO MIR, *Derecho Penal*, pág. 179.

Quanto aos elementos da tentativa, a propósito da decisão de cometer o crime, diga-se que uma fundamentação da punibilidade da tentativa baseada nas teorias da impressão, levaria a aceitar a punibilidade da tentativa compatível com o dolo eventual; e foi mencionado que a maioria da doutrina e jurisprudência nacionais pronuncia-se no sentido de aceitar a tentativa a título de dolo eventual, a levar até às últimas consequências a relação de emergência que intercede entre o tentado e o consumado; e minoritariamente aceita-se a relevância da tentativa a título de dolo directo. Assim acontece com a doutrina e jurisprudência estrangeiras: Romano escreve que não é exacto basear-se no art. 56 do CP italiano para relevar apenas um dolo intencional ou directo, pelo que basta ao agente que represente e queira (*rappresenti-e-voglia*) os elementos essenciais do facto nas diversas formas de relevância do dolo; e Tamarit Sumalla recenseia dentro do direito espanhol, que acolhe declaradamente um ponto de vista objectivo, posições que aceitam a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual²⁴³.

Também foi dito que a posição deste trabalho acolhe a posição de que a tentativa apenas é compatível com o dolo directo, e as posições que se encontram em outras experiências jurídicas não infirmam a possibilidade de uma teoria de base objectiva como a que é proposta pelo critério objectivo mitigado ser incompatível com a aceitação da tentativa apenas com dolo directo. Um olhar sobre a doutrina e jurisprudência estrangeiras demonstra que desde há muito foram problematizadas posições contrárias à aceitação da tentativa com dolo eventual: já na Alemanha, em 1895 Stooss denunciava a falta de racionalidade da punição da tentativa com dolo eventual na base do argumento (radical) contrário à inclusão do dolo eventual no conceito de dolo; e em 1958, Lampe, em comentário ao § 43 do StGB publicado na NJW, veicula uma interpretação restritiva do termo “resolução”, segundo a qual a teoria tradicional e dominante apresenta uma linha de argumentação insuficiente para justificar a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual. Lampe equipara, para efeitos de análise, o dolo eventual e a negligência com referência ao resultado e conclui que o que é característico da conduta negligente é a não aceitação do resultado e o que é característico do dolo eventual é a aceitação do resultado caso o resultado venha a ocorrer. A redacção do StGB, § 22 não é

²⁴³ Quanto ao direito alemão, cfr. por todos JESCHECK, *Tratado*, pág. 466, segundo o qual na tentativa o dolo eventual é de aceitar sempre que este seja suficientemente conforme ao tipo respectivo; ao direito italiano, com uma concepção marcadamente objectiva da tentativa, cfr. ROMANO, *Commentario*, pág. 506-507, e Josep-Maria TAMARIT SUMALLA, “La tentativa com dolo eventual”, ADPCP, tomo 45, fascículo II, Maio-Agosto, 1992, págs. 516-524, a propósito das teses afirmativas sobre a assumpção indiscutida da punibilidade das formas imperfeitas de execução com dolo eventual.

substancialmente diferente da redacção do StGB vigente em 1958, por maioria de razão, reputa-se que o pensamento de Lampe é valido para o StGB vigente. Em Itália, Mantovani, com referência ao art. 56 considera que a equiparação entre dolo directo e dolo eventual na tentativa não pode ser feito sem violar o princípio da proibição da analogia *in malam partem*; e Siniscalco afirma que o âmbito das incriminações seria demasiado extenso sem que a necessária correspondência com os elementos objectivos do tipo da tentativa represente um limite suficiente. A Cassação produziu decisões no sentido de que “o tipo da tentativa deve considerar-se tão-só compatível com o dolo intencional”, ou ainda que “o carácter unívoco [dos actos de execução] é incompatível com o estado de dúvida” que caracteriza o dolo eventual²⁴⁴.

Quanto aos actos de execução, viu-se que a distinção entre estes e os actos preparatórios terá que ser eminentemente objectiva mas não pode dispensar o plano do agente²⁴⁵. Por outro lado, os actos preparatórios já são definidos em função da proximidade de ofensa a um bem jurídico, traduzida numa alteração da ordenação social que a ordem jurídica quer prevenir. Diga-se que o critério de distinção entre actos preparatórios e actos de execução proposto assemelha-se em muito ao critério objectivo mitigado sobre o fundamento da punibilidade da tentativa. Se apenas há tentativa com a prática de actos de execução, e se a distinção entre actos de execução e actos preparatórios assenta em um critério objectivo corrigido com apelo ao plano do agente; então não se vê, em nome da unidade do sistema jurídico-penal e do princípio da necessidade, porque é que o fundamento para a punibilidade dos actos preparatórios há de assentar num critério mais restritivo que o que é proposto pelas teorias da impressão a propósito do fundamento da punibilidade da tentativa quando há mais crime na tentativa que nos actos preparatórios.

Ainda dentro do regime da tentativa, o CP, art. 23.º/1 reserva a punibilidade da tentativa para os crimes mais graves, em linha com o que se passa com o direito alemão, no qual a punição da tentativa é reservada aos *verbrechen*, e já não quanto aos *vergehen* (StGB, § 23); com o direito italiano, ao punir a tentativa relativamente aos *deliti dolosi*, nos termos do CP italiano, art. 56; com o direito espanhol, relativamente aos *delitos*

²⁴⁴ V. TAMARIT SUMALLA, TAMARIT SUMALLA, “La tentativa com dolo eventual”, págs. 525-527. Cfr. também SINISCALO, *Tentativo*, in EG, pág. 6.

²⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 702.

enquanto acções ou omissões dolosas, nos termos do CP, arts. 10 e 16; ou com o direito francês, que distingue, consoante a sua gravidade, entre crimes, delitos e faltas, e apenas pune a tentativa quanto aos crimes e delitos (estes, nos casos em que a lei o permitir), conforme se alcança do CP francês, arts. 111-1, 121-4, 2.º e 121-5, respectivamente. A pena aplicável ao delito tentado é atenuada face àquela do delito consumado, nos termos do CP, art. 23.º/2, com referência aos arts. 72.º e 73.º; quanto ao direito alemão, do StGB, § 23 II, com referência ao § 49; do CP italiano, nos termos do art. 56, par. 2; ou nos termos do CP espanhol, art. 16., 62. e 70., 2.^a²⁴⁶. Como se viu a propósito da questão de saber se a tentativa é um tipo autónomo, foi referido que um dos argumentos a favor da autonomia típica da tentativa encontra-se na atenuação obrigatória da pena. A atenuação obrigatória da pena também é a regra nos direitos italiano e espanhol, nos termos daqueles preceitos. Ao invés, o StGB consagra uma atenuação facultativa da pena quanto ao delito tentado pois, segundo Jescheck, esta corresponde aos fundamentos das teorias da impressão segundo os quais a proximidade da conduta à consumação, a perigosidade da tentativa e a intensidade da vontade criminosa do agente decidem se a conduta deve ser apreciada judicialmente conforme o marco punitivo normal ou o atenuado. Ainda de acordo com Jescheck, as teorias objectivas puras são mais consentâneas com a atenuação obrigatória da pena (o contrário do previsto pelo StGB)²⁴⁷. Se a atenuação obrigatória da pena é uma marca das teorias objectivas, então está bem presente no CP, a afirmar a base objectiva da punibilidade da tentativa (e não significando a aceitação de uma fundamentação puramente objectiva da punibilidade da tentativa).

Uma das críticas assacadas às teorias objectivas puras é a de que, segundo estas, não há lugar à punição da tentativa inidónea, e o CP, no seu art. 23.º/3 admite a punição da tentativa relativamente inidónea. Significa, em princípio, que o CP não acolhe uma concepção puramente objectiva acerca do fundamento da punibilidade da tentativa; e parece que será de acolher, quanto à punibilidade da tentativa impossível com recurso às teorias (subjectiva-objectiva) da impressão, que se pode formular do seguinte modo: no caso concreto, a tentativa, apesar de na realidade das coisas estar impossibilitada de

²⁴⁶ Curiosamente, no CP francês não se encontra uma norma geral de punição da tentativa análoga àquelas de que ora se ocupa, pelo que entende a jurisprudência da *Cour de Cassation* que toda a tentativa de crime é punível, em princípio com a pena do crime consumado, salvo derrogação expressamente formulada em texto de lei. Cfr. BOUTEMAIL, “Tentative”, pág. 4.

²⁴⁷ JESCHECK, *Tratado*, pág. 473 e 464.

produzir o resultado típico, é suficiente para abalar a confiança comunitária na vigência e na validade da norma de comportamento. Por esta via se alcançará uma justificação da exigência legal, para a impunibilidade da tentativa, de que a inaptidão ou a carência do objecto se revelem como manifestas²⁴⁸. Querirá tal significar que, também pela via da punibilidade da tentativa inidónea, um critério objectivo mitigado não terá acolhimento por parte do direito positivo? Será que só uma perspectiva em linha com as teorias da impressão pode fundamentar a punição da tentativa inidónea?

Sem tomar posição quanto a uma posição objectiva ou subjectiva, Eduardo Correia entendia, no Projecto de 1963 e a propósito do designado crime impossível, que o fundamento para a punição da tentativa inidónea encontra-se na prática de actos de execução que, em vez de conterem em si um perigo real, contêm um perigo meramente aparente, não construído sobre a realidade, antes sobre a aparência, e que resulta ou da carência de objecto ou da inidoneidade dos meios, mas que ainda assim cria ou pode criar uma situação de intranquilidade social e que fundamenta a punição do agente. Os elementos históricos não fornecem uma clara opção quanto ao fundamento da punibilidade da tentativa inidónea, pois a referência a um perigo aparente remete para um fundamento objectivo da tentativa, e a intranquilidade social não é menos aparentada com a impressão juridicamente abaladora que põe em perigo a paz jurídica e necessita por isso, de uma sanção correspondente a esta medida.

Na Alemanha, onde as teorias da impressão são defendidas pela doutrina e jurisprudência maioritárias, a punibilidade da tentativa inidónea encontra-se no StGB, § 23 III: Jescheck considera que a punibilidade da tentativa inidónea tem lugar porque a vontade do agente é contrária ao direito, essa contrariedade é aferida pelos efeitos da conduta sobre a comunidade e a sua confiança na vigência da ordem jurídica; ao dar princípio directo à execução de acordo com o seu plano global, a conduta do agente há-de revelar um mínimo de perigosidade. Assim, à partida, para efeitos da punibilidade da tentativa inidónea, a conduta há-de considerar-se como se fosse idónea e, por isso, minimamente perigosa; mas a perigosidade falta quando o acto de execução, atentas a natureza do objecto da acção sobre que recai ou o meio com que se realiza, não podia, de modo algum, atingir a consumação e o agente ignorava-o, segundo o critério pelo qual uma pessoa média conhecedora da conduta, conhecedora do facto, não podia levá-lo a sério. A restrição da punibilidade da tentativa inidónea não resulta em impunidade

²⁴⁸ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 715.

absoluta mas sim na renúncia à pena ou na atenuação penal facultativa (nos termos do StGB, § 49 II) que pode baixar a pena até ao seu limite mínimo e, conseqüentemente, ser aplicada uma multa em vez de pena privativa da liberdade²⁴⁹.

Dentro dos ordenamentos jurídicos que enfileiram numa perspectiva objectiva a propósito da punibilidade da tentativa, a tentativa inidónea não é punida. O CP italiano, art. 49 distingue o crime (*reato*) putativo (par. 1.º) do crime impossível (par. 2.º): o crime putativo não é punível em virtude da suposição errónea do agente de que a sua conduta constitui crime; o crime impossível, caracterizado pela inidoneidade (concreta ou *ex ante*) da conduta ou pela inexistência do objecto necessário à conduta que tornam impossível o evento (de resultado ou de perigo), também não é punível²⁵⁰, a confirmar o acolhimento de um fundamento objectivo para a punibilidade da tentativa.

O CP espanhol, no seu art. 16., igualmente não pune a tentativa inidónea, e o art. 62. refere que a pena da tentativa corresponde à pena inferior em um ou dois graus em relação à cominada para o delito consumado, na medida em que se estime adequada e em função do perigo inerente ao propósito e ao grau de execução alcançado²⁵¹. A partir do art. 62., tem-se interpretado que a perigosidade da acção deve ser analisado segundo um juízo *ex ante*, ou objectivo, e que numa perspectiva *ex post* toda a tentativa é inidónea. Então, punível é apenas a tentativa idónea, e a tentativa idónea é a tentativa perigosa²⁵². Porém, para Gonzalo Quintero Olivares nem só a tentativa idónea é punível e, por isso, apresenta uma proposta para a punibilidade da tentativa inidónea no direito espanhol, declaradamente objectivo, que, *mutatis mutandis*, pode valer para o direito português, em atenção ao disposto pelo CP, art. 23.º/3 e à proposta de um critério objectivo mitigado para fundamentar a punibilidade da tentativa. De acordo com Quintero Olivares, a tentativa idónea conta com um início de execução objectivamente valorado como tendente ao resultado; por exclusão, resulta que na tentativa inidónea não existe aquele princípio de execução coerente com o resultado almejado, mas tão só existe um propósito do agente que, a partir de uma consideração *ex ante*, não pode alcançar aquele resultado, tanto por inidoneidade do meio, do objecto ou mesmo do

²⁴⁹ IDEM, *ibidem*, págs. 480-482.

²⁵⁰ ROMANO, *Commentario*, págs. 429-437

²⁵¹ Nos termos do CP espanhol, art. 70., 2.º, a pena inferior em grau forma-se a partir do limite mínimo (“cifra mínima”) indicada pela Lei para o crime de que se trata e deduzindo a esta metade da sua quantidade (“quantia”), constituindo o resultado da dedução o limite mínimo da pena. Cfr. a Lei Orgânica n.º 10/1995, in BOE, n.º 281, de 24 de Novembro de 1995, págs. 33995-33996 (referentes aos arts. 62. e 70.).

²⁵² CERESO MIR, *La regulación del «iter criminis»*, in RDPC, 2.ª época, Janeiro de 1998, pág. 21, e *Derecho Penal. Parte General*, pág. 179.

autor: assim a tentativa é absolutamente inidónea e, por isso, não punível. Mas tal não significa que, face ao teor da norma do art. 16., todas as tentativas inidóneas não possam ser punidas à luz daquele normativo. Uma leitura conjunta dos arts. 16. e 62., e quanto a este da expressão “perigo inerente ao propósito”, leva a considerar que pela porta do último preceito pode entrar a menor idoneidade referente àquele perigo. De facto, na tentativa relativamente inidónea há um desvalor de acção de menor identidade traduzido na decisão do agente em vulnerar um bem juridicamente tutelado através de uma conduta que não seja absolutamente estranha ao tipo: ou seja, que o agente tenha actuado contra o fim da norma em termos de possível imputação objectiva (no sentido de que o resultado surja como realização do perigo criado ou incrementado pela conduta do agente). Então, verifica-se que a tentativa relativamente inidónea apresenta um desvalor de acção, ainda que menor que a tentativa idónea; e se na tentativa pune-se o desvalor de acção, e estando este ainda presente na tentativa relativamente inidónea, então a tentativa relativamente inidónea é punível²⁵³. E neste sentido orienta-se Faria Costa, quando defende que a punibilidade da tentativa (relativamente) inidónea releva do desvalor da acção que denotou perigosidade em relação a um bem jurídico, ainda que este assuma a forma de mera aparência²⁵⁴, também a confirmar que o limite da punibilidade da tentativa tem que ser aferido com relação ao bem jurídico. Assim, parece que um critério objectivo mitigado é conforme com o CP, art. 23.º/3, porquanto por este rejeita-se a punibilidade da tentativa absolutamente inidónea mas salvaguarda-se a punibilidade da tentativa relativamente inidónea.

Diga-se ainda que Figueiredo Dias entende que uma solução do problema de fronteira da punibilidade da tentativa impossível não pode deixar de continuar a arrancar da ideia “objectiva” (*sic*) da perigosidade da tentativa, aferido segundo um juízo *ex ante* ou de prognose póstuma (de exterioridade, segundo Faria Costa), levado a cabo por um observador colocado no momento da execução e sabedor de todas as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis do agente, pelo que a vontade delituosa do agente não conduziria à punibilidade quando a inaptidão do meio ou a carência do objecto fossem visíveis ou manifestas para a generalidade das pessoas de são entendimento. Em consequência, ainda com o Autor, a tentativa impossível será punível se, razoavelmente, segundo as circunstâncias do caso e de acordo com um juízo *ex ante*, ela era ainda

²⁵³ QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal*, págs. 466-468.

²⁵⁴ FARIA COSTA, “Formas do crime”, pág. 165.

aparentemente possível ou não era já manifestamente impossível²⁵⁵. Ou seja, está presente a base eminentemente objectiva da punibilidade da tentativa impossível, afirmada pela perigosidade. Também por aqui o critério objectivo mitigado não parece ser infirmado face ao princípio da legalidade da punição da tentativa impossível.

2.3. A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa com o auxílio da categoria dogmática contígua da comparticipação

Nos termos do CP, art. 26.º é autor não só aquele que executa o facto por si mesmo (autor imediato), como aquele que executa o facto por intermédio de outrem (autor mediato), quem toma parte directa na sua execução por acordo ou em conjunto com outro ou outros (co-autoria); e ainda quem determina dolosamente outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. Neste preceito estão caracterizados os agentes que intervêm no facto, em função da realização pessoal de um ilícito típico, e não da sua causação.

A partir de Roxin e da sua teoria do domínio do facto, válido para os delitos dolosos gerais – ou de domínio, segundo Roxin –, ou seja, os que mais importam em sede de tentativa; opera-se uma fusão entre momentos objectivos e subjectivos, assim superando tanto as teorias objectivas como as subjectivas a propósito da delimitação entre comparticipantes e participantes. Autor é quem tem o domínio do facto (*herrschaft*), aquele que domina a execução típica de tal modo que a ele cabe o papel director da iniciativa, interrupção, continuação e consumação da realização, as quais dependem da vontade do autor. O autor imediato domina o facto porque é ele próprio que procede à realização típica, tem o domínio da acção (Roxin); o autor mediato (homem-de-trás) domina o facto e a realização típica sem nela participar fisicamente quando domina o executante (homem-da-frente) através de erro, coacção ou de um aparelho organizado de poder, ou seja e segundo Roxin, tem o domínio da vontade do executor; o co-autor tem o domínio funcional do facto através de uma divisão de tarefas com os demais agentes, desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica; o instigador tem o domínio do facto através do domínio da decisão do instigado de cometer o facto, determinando-o àquele cometimento, e determinação essa que integra por antecipação a totalidade dos elementos constitutivos

²⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, *ibidem*.

do ilícito típico e do conteúdo material de ilícito. A redacção do CP, art. 26.º (e 27.º) resultou de uma “transacção” entre a concepção causalista de Eduardo Correia e a teoria do domínio do facto²⁵⁶.

Anteriormente foi assinalado que, por força do CP, art. 25.º, a comparticipação e a tentativa, enquanto formas especiais do crime, contactam também entre si e numa relação de emergência da comparticipação face à tentativa, na medida em que se prevê a desistência em comparticipação, e é certo que só há desistência se houver tentativa. Quanto à autoria imediata, não se levantam grandes problemas, mas a autoria mediata, a co-autoria e a instigação já levantam questões quanto à punibilidade dos intervenientes e a sua relação com o grau de realização da conduta, uma vez que na autoria mediata, na co-autoria e na instigação há uma pluralidade de centros de imputação: na autoria mediata e na instigação há um “homem-da-frente” e um “homem-de-trás”, e o “homem-da frente” é quem leva a cabo os actos de execução; na co-autoria há vários distintos centros de imputação. Lembrando ainda que a desistência da tentativa constitui uma causa pessoal de exclusão da punibilidade, pergunta-se ainda a quem aproveita e em que termos. Em suma, quando é que há início da tentativa na comparticipação?

Na autoria mediata a questão do início da tentativa só pode colocar-se a partir do momento em que o “homem-de-trás” começa a exercer influência sobre o “homem-da-frente”, ou instrumento. Uma solução individual (Schieling) leva a considerar que a

²⁵⁶ As teorias objectivas sobre a autoria em crítica são a teoria formal-objectiva, segundo a qual autor é quem executa total ou parcialmente a conduta que realiza um tipo de ilícito; e a teoria material-objectiva ou unitária da autoria, em cujos termos autor é aquele que, de uma qualquer forma, executa o facto, isto é, oferece uma contribuição causal para a realização típica, assim apresentando um conceito extensivo de autor no qual as diferenças entre os diversos contributos causais apenas relevam para efeitos de medida concreta da pena. As teorias objectivas são de recusar: a teoria formal-objectiva não é suficientemente explícita quanto à definição dos critérios prático-normativos da autoria; e a teoria material objectiva não é compaginável com o direito vigente, dado que o cúmplice CP, art. 27.º), oferece uma contribuição (o auxílio material ou moral à prática de facto doloso) mas não é autor. As teorias subjectivas procuraram superar as críticas às objectivas, ainda dentro da categoria da causalidade, distinguindo entre autor em sentido estrito, ou seja, aquele sem cuja actuação o facto não teria sido cometido; e participante ou autor em sentido amplo, aquele sem cuja actuação o facto ainda teria sido cometido sem a sua actuação, embora em tempo, lugar e circunstâncias diferentes. Em crítica, diga-se que a existência ou não de uma causalidade necessária radica as mais das vezes em puro acaso; em certos casos, o critério da causalidade necessária chega a ser impraticável posto que, partindo do mundo das representações dos participantes, a maior parte das vezes eles não poderão saber se o seu contributo causal para o facto é ou não necessário; além do mais, nos termos do CP, art. 26.º, autor não é quem causa o facto mas sim quem o executa de forma directa ou indirecta; a causalidade é apenas uma das condições de toda a imputação objectiva não tipicamente vinculada de forma específica, e que não revela em si mesma capacidade para fundar ou distinguir as diversas formas de autoria. A essência da autoria tem de decorrer da essência do ilícito. O domínio do facto traduz, por sua vez, uma valoração que exprime uma síntese de elementos psicológicos e normativos, relacionando o desempenho pessoal do agente no acontecimento com o significado social que representa o contributo do agente para o facto. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, págs. 757-773 e 798-801. A instigação que se tem em vista é a instigação que é autoria, e não a instigação que é indução e, por isso, cumplicidade, nos termos da qual o “homem-de-trás” influencia a motivação do “homem-da-frente”, sem verdadeiramente o determinar à realização típica.

tentativa inicia-se a partir do momento em que o “homem-de-trás” começa a exercer a sua influência sobre o instrumento; e uma solução individual modificada (Roxin) leva a considerar que a tentativa inicia-se com o final da actuação do autor mediato sobre o instrumento e conseqüente saída do acontecimento do âmbito de domínio do autor mediato. Para uma solução global ou conjunta, a tentativa do facto em autoria mediata só deve considerar-se iniciada com a intervenção do instrumento, ou seja, quando este inicia a execução. A solução que melhor se adequa ao direito português será uma solução global, uma vez que a tentativa não pode ter início antes do começo da actuação, ou melhor, de execução pelo “homem-da-frente” (segundo Frank, o autor mediato executa através do intermediário e, por conseguinte, não antes deste”); excepcionalmente, quando o instrumento é a própria vítima, a actuação do autor mediato pode compreender já a prática de actos de execução quando existir uma conexão de perigo típica para o bem jurídico ameaçado, nos termos do CP, art. 22.º/1, c)²⁵⁷.

Quanto à co-autoria²⁵⁸, esta forma de comparticipação apresenta particularidades quanto à autoria mediata, pelo que as soluções serão igualmente distintas. Na esteira da doutrina e jurisprudência alemãs a propósito do início da tentativa em co-autoria, é possível apreender duas hipóteses de resposta: uma é apresentada pela solução global, largamente dominante na doutrina alemã, e segundo a qual há tentativa a partir do momento em que um co-autor pratica o primeiro acto de execução, ainda que os outros não tenham levado a cabo qualquer acto de execução; a outra é a solução individual, que entende que cada co-autor só deve ser punido quando a sua actuação alcançou o estágio de execução. Seguindo a melhor doutrina, o ponto de partida para responder acerca do momento em que se considera iniciada a tentativa do co-autor é representado pelo domínio funcional do facto, segundo a qual a co-autoria exige um contributo significativo do agente na fase de execução. Assim, só uma solução individual merece a

²⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, pág. 818-820.

²⁵⁸ O ponto de partida é o direito penal alemão, por força da sua essencial similitude com o direito penal português, mas com respeito pelas particularidades deste face àquele: por exemplo, em ambos a co-autoria é uma forma de autoria (e a cumplicidade uma forma de participação, com atenuação obrigatória da pena), mas no caso português não é punível o acordo entre várias pessoas para o cometimento de um determinado crime sem que não se lhe siga qualquer acto de execução de, pelo menos, um dos comparticipantes, ao contrário do que sucede com o direito alemão onde aquele acordo é punível nos termos do StGB, § 30 II (a *verabredung*); e os co-autores, nos termos do StGB, cometem o facto punível em conjunto, diferentemente do que se passa com o CP, que apenas refere que é co-autor quem tomar parte directa na execução (o que tem relevância para efeitos da desistência na comparticipação nos termos do CP, art. 25.º). Cfr. Maria da CONCEIÇÃO VÁLDÁGUA, *Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, págs. 42-43.

preferência: também na co-autoria o agente deve condicionar a tentativa, o que acontece quando exterioriza um comportamento, ou co-actue no estágio da tentativa, a significar a recusa da ideia de que os actos meramente preparatórios são bastantes para fundamentar uma co-autoria. A tentativa na co-autoria, relativamente a cada co-autor só é possível quando ele pratica, de acordo com o plano conjunto, actos de execução nos termos do CP, art. 22.º, e o CP, art. 26.º, 3.ª alternativa estatui que cada co-autor tome parte directa na execução, e não que o conjunto dos co-autores pratique ou execute o facto²⁵⁹.

Por último, a instigação. Nos termos do CP, art. 26.º, 4.ª alternativa, a punibilidade do instigador a título de tentativa imbrica na própria definição legal de instigação: depende da execução ou começo de execução do facto por parte do instigado. A exigência legal do início da execução na instigação prende-se com razões de política criminal e com razões dogmáticas: as primeiras atendem à ideia de que, sendo o processo de determinação essencialmente interno ou psicológico, “entendeu a lei sublinhar de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de acto(s) que a revele(m) e execute(m) (...) que a exteriorizem”; as segundas prendem-se com o facto de que o instigado é plenamente responsável (ao contrário do instrumento na autoria mediata) e, por isso, a actuação do instigador só se torna imediatamente perigosa para o bem jurídico ameaçado se e quando o instigado der início à execução²⁶⁰, ou seja, à tentativa.

Da análise das concretas formas de comparticipação e da sua relação com a tentativa a partir do CP, percebe-se então que a tentativa na comparticipação só é punível quando há uma conduta externa perturbadora do bem jurídico, traduzida ao menos em perigo para este, não sendo suficiente uma impressão. E só a conduta externa é que permite a responsabilidade do agente quanto ao significado interno. Também por via da comparticipação se verifica que o critério objectivo mitigado tem operacionalidade bastante para ser erigido em parâmetro averiguador sobre o fundamento da punibilidade da tentativa.

²⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, *idem*, pág. 821-822.

²⁶⁰ IDEM, *ibidem*, págs. 809 e 822-823.

Conclusões:

1. Num sistema que parta da concepção do direito penal do facto, e não do autor, o fundamento da punibilidade da tentativa é o mesmo que o do delito consumado, e entre ambos estabelecem-se relações de emergência e de ausência.
2. Por força da relação de emergência, o delito tentado terá uma referência a específicos bens jurídico-penais, cuja protecção é finalidade precípua de um sistema de direito penal dotado de uma unidade de sentido.
3. A unidade de sentido do sistema de direito penal precipita-se no tipo consumado da PE, mas aquela mesma unidade leva a que não fiquem impunes, entre outros, os comportamentos prévios à consumação.
4. Em função disso, o direito penal lança mão de alargamentos dos tipos incriminadores da PE, através das formas especiais do crime, que comunicam não apenas com a PE como também entre si.
5. A tentativa é uma das formas especiais de crime, emergente do delito consumado quanto ao bem jurídico tutelado, ao tipo subjectivo de ilícito (e, congruentemente, do tipo de culpa), mas ausente do delito consumado porquanto falta-lhe a consumação; é um tipo autónomo de crime, autonomia típica a cujo favor depõem a sua inserção sistemática e o regime da atenuação obrigatória da pena quanto ao delito tentado.
6. Historicamente, nem sempre a tentativa teve um tratamento dogmático ou positivo revelador daquela autonomia, e nem sempre se distinguiu face ao delito consumado ou sequer dos actos preparatórios, quanto à sua configuração e punibilidade.
7. A punibilidade da tentativa ganhou foros de cidadania com o direito moderno e, por força do princípio da legalidade, o delito tentado só é punível em função da essencialidade de específicos bens jurídicos a justificar a sua punição.

8. No entanto, nem só o delito tentado e o delito consumado são punidos, daí a punibilidade dos actos preparatórios, e a necessidade de observar o *iter criminis*, para excluir, *a principio*, a punição dos pensamentos.
9. A explicação acerca da razão de ser da punição do delito tentado variou ao longo dos tempos e, a propósito deste assunto vertente, pode assentar-se que uma explicação válida para o fundamento da punibilidade da tentativa só pode ser encontrado com recurso a uma teoria ou um critério ecléticos, rejeitando-se assim as teorias puras, sejam objectivas sejam subjectivas, por insuficientes, as primeiras porque não relevam o momento interno da tentativa, as segundas por sobrevalorizarem aquele momento, assim se aproximando perigosamente de um direito penal do autor; e as teorias da união por demasiado compromissórias.
10. As teorias (subjectivas-objectivas) da impressão não se coadunam com um direito finalisticamente dirigido à protecção de bens jurídico-penais, uma vez que assentam num conceito relativamente vago – a impressão –, o qual parece ficar distante do limiar mínimo de ofensividade aos bens jurídicos representado pelo perigo de lesão dos mesmos.
11. O critério objectivo mitigado parece explicar melhor a razão de ser da punição da tentativa, uma vez que parte do que é exteriormente observado – a lesão ou perigo de lesão – para averiguar quanto ao momento interno do agente (posição objectiva-subjectiva): o fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se no perigo de realização típica representada e querida pelo agente.
12. O critério objectivo mitigado representa a explicação que melhor se adequa com o que é consagrado pelo CP e as suas opções valorativas; consegue explicar a punibilidade da tentativa inidónea e os seus termos, assim se furtando às críticas formuladas às teorias objectivas puras, bem como tem virtualidade suficiente para compreender a punibilidade da tentativa na comparticipação, uma vez que a punição dos participantes depende da prática de actos de execução, isto é, da tentativa.

Siglas e abreviaturas

A) Legislação

- AE – Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil (Projecto Alternativo de Código Penal. Parte Geral, 1966)
- BOE – Boletín Oficial del Estado (Espanha)
- CRP – Constituição da Republica Portuguesa
- CP – Código Penal
- DL – Decreto-Lei
- L – Lei
- PE – Parte Especial do Código Penal
- PG – Parte Geral do Código Penal
- Projecto de 1963 – Projecto de Revisão do CP (1963)
- Projecto de 1991 – Projecto de Revisão do CP (1991)
- RStBG – Código Penal do Império alemão
- StGB – Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

B) Revistas, Boletins, Enciclopédias Jurídicas e Estudos Comemorativos

- ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992)
- AJ – Actualidade Jurídica (Porto, Portugal Press)
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa, GDDC/PGR)
- CJ – Colectânea de Jurisprudência (Coimbra, Palácio da Justiça)
- CJ/STJ – Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
- Dalloz – Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale (Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1988)
- EG – Enciclopedia Giuridica (Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1993)
- EJ – Enciclopédia Jurídica Básica (Madrid, Editorial Civitas, 1995)
- Estudos Raul Ventura – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura. Volume I. Direito Romano. História do Direito (Lisboa, Coimbra Editora, 2003)

Liber Discipulorum – Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (Coimbra, Coimbra Editora, 2003)

Libro Homenaje Torío López – *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angél Torío López* (Granada, 1999)

NJW – Neue Juristische Wochenschrift (Munique e Frankfurt am Main, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung)

POLIS – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado (Lisboa, Editorial Verbo, 1985)

RCCS – Revista Crítica de Ciências Sociais (Coimbra, CES, 2002)

RDPC – Revista de Derecho Penal y Criminología (Madrid, UNED)

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra, Coimbra Editora, Lda.)

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal (Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias)

ROA – Revista da Ordem dos Advogados (Lisboa, Ordem dos Advogados)

ZStW – Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft (Berlim e Nova Iorque, De Gruyter)

C) Jurisprudência

Ac. – Acórdão

BGH – Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão)

RG – Reichsgericht (Tribunal Supremo do Império alemão)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TR – Tribunal da Relação

D) Fontes

Internet

Jurisprudência do Tribunal Constitucional – www.tc.pt

Jurisprudência dos tribunais judiciais (em geral) – www.dgsi.pt e www.gde.mj.pt

Jurisprudência do Tribunal da Relação de Coimbra – www.trc.pt

Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto – www.trp.pt

Outras fontes

Co. – Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum

D. – Digesta (Corpus Iuris Civilis, volume I, edição Theodorus Mommsen- Paulus Krüger, 16.^a edição, Berlim, 1954)

E) Outras siglas e abreviaturas

CEJ – Centro de Estudos Judiciários (Lisboa)

CES – Centro de Estudos Sociais (Coimbra)

FCG – Fundação Calouste Gulbenkian (Lisboa)

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

GDDC – Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República (Lisboa)

o.c. – obra citada

UNED – Universidad Nacional de Educación a Distancia/Facultad de Derecho (Madrid)

Bibliografia

ALVES, Sílvia, “Algumas notas sobre a tentativa e o crime frustrado no direito penal setecentista”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura. Volume I. Direito Romano. História do Direito*, Lisboa, Coimbra Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia*, Publicações Dom Quixote, 1988.

BOUTEMAIL, Pierre-Hervé, “Tentative”, in Dalloz, Paris, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, FCG, Lisboa, 1989.

CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, 2.^a ed., Madrid, UNED, 2000.

—, “La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”, in RDPC, 2.^a época, Janeiro de 1998.

COELHO, José Francisco de Trindade, *Anotações ao Código e Legislação Penal*, Empreza da História de Portugal Sociedade Editora, Lisboa, 1903.

Collecção das Leys, Decretos e Alvarás, que comprehende o feliz reinado del Rey Fidelissimo D. Jozé o I. Nosso Senhor, desde o anno de 1760 até o de 1765. Tomo II, Lisboa, Officina de Miguel Rodrigues, Impressor do Eminentissimo Cardial Patriarca, 1761.

COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL (1963), *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, volume I e II, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, s/d.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume I*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

—, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias). Volume II*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

—, *Direito Criminal. I- Tentativa e frustração. II- Participação criminosa. III- Pena conjunta e pena unitária*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1953.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 3.^a edição (8.^a reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007.

COSTA, José de Faria, “Formas do crime”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, CEJ, 1983.

—, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, separata do número especial do BFD – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» -, 1984, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1995.

—, *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

—, “Tentativa e dolo eventual revisitados”, anotação ao Ac. do STJ de 3 de Julho de 1991, RLJ, ano 132.º, n.º 3907 (Outubro de 2000), Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 2000.

—, *Código Penal. Legislação penal complementar. Jurisprudência escolhida. Esparsas anotações de referências legislativas. Textos legislativos de 1982, 1995, 1998 e 2000*, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra, Quarteto Editora, 2002.

—, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis). Introdução*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra, 1984.

CUELLO CONTRERAS, Joaquin, “El estado actual de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa”, in *Libro Homenaje Torío López*.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Sumários das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2.^a turma do 2.º ano da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1975.

—, *Direito Penal. Sumários e notas das Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976.

—, “Sobre o estado actual da doutrina do crime. 1.ª Parte. Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo-de-ilícito”, in RPCC, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1991.

—, *Código Penal e outra legislação penal*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1992.

—, *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

—, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2007.

FAVEIRO, Vítor António Duarte, *Código Penal Português Anotado e Actualizado*, com prefácio do Professor Doutor Beleza dos Santos, Coimbra Editora, Limitada, 1946.

FARRÉ-TREPAT, Elena, “Tentativa y frustración (D.º Penal)”, in EJ, vol. IV, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal coligidas por Carmino Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1940/41.

—, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I-A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., Lisboa, Editorial Verbo, 1992.

FIANDACA, G./ALBEGGIANI, F., *Casi e questioni di Diritto Penale. Parte generale. 450 domande e risposte*, Milão, Giuffrè Editore, 1996.

FONSECA, Jorge Carlos de Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa. Um estudo com particular incidência sobre o direito penal português*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

FREIRE, Pascoal José de Mello, *Instituições de Direito Criminal Português*, in BMJ, n.º 156, Abril, 1966.

—, *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire. Segunda edição castigada dos erros. Corretor o licenciado Francisco Freire de Mello, sobrinho do Autor*, Lisboa, Tipografia de Simão Thaddeo Ferreira, 1783.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 14.^a edição, Almedina, Coimbra, 2001.

—, *Código Penal Português Anotado e Comentado- Legislação complementar*, 18.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.

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

—, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación, (traducción: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo)*, 2.^a edição corrigida, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed. corrigida e ampliada (tradução de José Luís Manzanares Samaniego), Granada, Comares Editorial, 1993.

JORDÃO, Levy Maria, *Commentário ao Código Penal Portuguez*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1853.

JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano—I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*, 2.^a ed., Studia Iuridica 50, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal. Volume I*, 2.^a ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1995.

MACHADO, Miguel Pedrosa, *“Formas do Crime- Textos diversos*, Principia, Cascais, 1998.

MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl-Heinz/ ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho (Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch)*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

MENDES, Paulo de Sousa, “*Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio?”, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MONCADA, Luís Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado. I-Parte Histórica. II-Doutrina e Crítica*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

MOREIRA, Vital/CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

Ordenações Afonsinas. Livro V, reprodução “fac-simile” da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1792, FCG, 1984.

Ordenações Manuelinas. Livro V, reprodução “fac-simile” da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra no ano de 1792, FCG, 1984.

Ordenações Filipinas. Livros IV e V, reprodução “fac-simile” da edição de Cândido Mendes de Almeida feita no Rio de Janeiro no ano de 1870, FCG, 1985.

PALMA, Maria Fernanda, *Da “tentativa possível” em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2006.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, 1.ª edição, Santiago del Chile, Editorial Juridica de Chile, 1999.

PUGLIA, Fernando, *Da tentativa*, 4.^a ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1921.

QUINTERO OLIVARES, Gozalo, *Curso de derecho penal. Parte General (Acorde com el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, CEDECS Editorial, S.L., 1996.

REYES ENCHANDÍA, Alfonso, *Derecho Penal*, sétima reimpressão da 11.^a ed., Santa Fé de Bogotá (Colômbia), Editorial Témis, S.A., 2000.

ROMANO, Mário, *Commentario sistematico del Codice Penale. I. Art. 1-84*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

ROXIN, CLAUS/ARTZ, GÜNTHER/TIEDEMANN, KLAUS, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Processual (Versión española, notas y comentarios de los Profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer)*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1989.

ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Lisboa, Vega, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”, in RCCS, Outubro de 2002.

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *Direito Penal (Lições feitas em harmonia com as prelecções do Exmo. Sr. Dr. Beleza dos Santos ao quarto ano jurídico de 1919-1920)*, organização de Agostinho de Torres Fevereiro e Augusto Folque de Gouvêa, Coimbra, Tipografia Popular de J. Bizarro, 1920.

—, “Crimes de moeda falsa”, in RLJ, ano 66, número 2495, 1933.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, “Fundamento de la punición de la tentativa”, in Libro Homenage Torío López.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português. Parte Geral II. Teoria do crime*, 2.^a ed. revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

SINISCALO, Marco, “Tentativo”, EG, volume XXX (Aggiornamenti), 1993.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, “La tentativa com dolo eventual”, ADPCP, tomo 45, fascículo II, Maio-Agosto, 1992.

TENREIRO, Mário Paulo da Silva, “Considerações sobre o objecto do Processo Penal”, in *Separata da ROA*, ano 47, Dezembro 1987, Lisboa.

VÁLDÁGUA, Maria da Conceição S., *Início da tentativa do co-autor. Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.

VERMELLE, Georges, *Le nouveau droit pénal*, Dalloz, Paris, 1994.

Índice

1.ª Parte

	Pág.
I – Considerações gerais.....	1
1. As formas especiais do crime como decorrência da unidade do sistema do direito penal.....	1
2. A tentativa: breve aproximação	7
II – Notas históricas	17
1. Notas históricas gerais	22
2. A tentativa no direito penal português anterior à codificação	22
3. A tentativa no direito penal português a partir da codificação	27

2.ª Parte

I – O <i>iter criminis</i>	47
1. O percurso do crime	47
2. As etapas do <i>iter criminis</i>	50
II – O fundamento da punibilidade da tentativa	78
1. Posições, exposição e crítica	78
1.1. As teorias objectivas: exposição	79
1.1. As teorias objectivas (cont.): apreciação e crítica	82
1.2. As teorias subjectivas: exposição	86
1.3. As teorias subjectivas (cont.): apreciação e crítica	88
1.4. As teorias ecléticas: exposição	92
1.5. As teorias ecléticas (cont.): crítica	94
1.6. Uma teoria mista – a teoria da união: exposição e crítica	97

2. A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa a partir da compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa impossível, ou a questão geral do fundamento da punibilidade da tentativa como um todo?	98
III - A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa a partir do CP, ou a proposta de um critério	100
1. O critério objectivo mitigado	101
2. A justificação do critério objectivo mitigado	103
2.1. Os princípios da necessidade e da fragmentaridade de 1.º e 2.º graus.....	103
2.2. O regime da tentativa no CP.....	105
2.3 A compreensão do fundamento da punibilidade da tentativa com o auxílio da categoria dogmática contígua da comparticipação.....	113
Conclusões	117
Siglas e abreviaturas	119
Bibliografia	122

