



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

**Reincidência: reflexão acerca do seu efeito
agravante**

Catarina Machado Jorge de Almeida Gonçalves

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Lisboa da
Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre em
Direito Forense.

Sob orientação do Professor Doutor Pedro Garcia Marques

Março de 2023

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero deixar um especial agradecimento à memória da minha querida Avó Natália, que enquanto esteve comigo nesta vida, foi sempre um grande apoio e fonte de motivação.

De seguida, à minha família: à minha mãe, pai e irmã, que estiveram presentes em todas as minhas etapas, e sem o seu apoio certamente não estaria onde hoje estou.

Ainda, um grande agradecimento é devido ao meu namorado Pedro, que sonha tão alto como eu e tem estado incansavelmente lá para mim desde o início.

A três amigas muito especiais: a Mariana e Carolina, que me conhecem e apoiam há muito tempo e nunca me deixaram duvidar do meu potencial e, ainda, à Marília, a minha incansável companheira do Mestrado, que muito me ajudou na elaboração desta Tese.

Ao meu orientador, Pedro Garcia Marques, por toda a sua ajuda incansável e disponibilidade.

Finalmente, a todas as pessoas que, apesar de já não caminharem comigo, fizeram parte da minha vida, tendo todas contribuído, a seu tempo e à sua própria maneira, para eu estar onde estou.

*«Não é por meio das conquistas, mas sim
pela resiliência, que a alma humana mostra
a sua grandeza divina e a sua aliança com
o infinito»*

Edwin Hubble Chapin

Lista de Siglas e abreviaturas

AAVV – Autores vários;
Al. – Alínea;
Art. – Artigo;
Cfr. – Conforme;
CP – Código Penal;
CPC – Código de Processo Civil;
CPP – Código de Processo Penal;
CRP – Constituição da República Portuguesa;
TC – Tribunal Constitucional;
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;
TRE – Tribunal da Relação de Évora;
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães;
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;
TRP – Tribunal da Relação do Porto;
V. – Veja-se
P. – Página;
Pp. – Páginas;
S.S – Seguintes;
STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

Palavras-chave

Reincidência; Culpa; Culpa agravada; Fins das penas; Agravante; Presunção de culpa.

Índice

1. Introdução.....	8
2. Reincidência: Enquadramento.....	10
2.1. Caracterização geral.....	10
2.2. Classificações de reincidência.....	10
2.3. Crimes da mesma natureza.....	11
2.4. Reincidência homótrota vs. polítropa.....	14
2.5. Reincidência: agravante da pena?.....	17
2.5.1. Teorias negativas.....	18
2.5.1.1. Teoria abolicionista.....	18
2.5.1.2. Teoria relativa.....	19
2.5.2. Teorias positivas.....	21
2.5.2.1. Teoria da insuficiência relativa da pena.....	21
2.5.2.2. Maior alarme social.....	23
2.5.2.3. Culpabilidade aumentada.....	24
2.6. Fins da punição da reincidência.....	29
3. Fins das penas.....	30
3.1. Enquadramento.....	30
3.2. A pena como castigo: as teorias retributivas.....	31
3.3. A pena enquanto instrumento de prevenção: as teorias relativas.....	32
3.3.1. A pena enquanto instrumento de prevenção geral.....	33
3.3.2. A pena enquanto mecanismo de prevenção especial.....	34
3.4. Fins das Penas no Código Penal de 1982: breve análise do art. 40.º.....	35
3.5. Fins das penas e reincidência penal.....	36
4. Reincidência na legislação portuguesa.....	37
4.1. Breve viagem ao passado: reincidência na história.....	37
4.1.1. Na codificação penal portuguesa.....	38
4.2. Reincidência no Código Penal português.....	41
4.2.1. Pressupostos de aplicação da reincidência – análise do artigo 75.º CP.....	42
4.2.1.1. Prática de um crime por si só ou sob qualquer forma de participação.....	42
4.2.1.2. Que o crime cometido seja doloso.....	43
4.2.1.3. Punição em prisão por mais de seis meses.....	44

4.2.1.4. Que a condenação anterior tenha transitado em julgado.....	44
4.2.1.5. «Prescrição» da reincidência.....	46
4.2.2. Requisito material.....	47
4.2.3. Condenações proferidas por tribunais estrangeiros e reincidência.....	47
4.2.4. Prescrição, amnistia, perdão genérico e indulto.....	48
4.2.5. Efeitos da condenação como reincidente.....	50
4.3. Requisito material da reincidência: aprofundamento.....	51
4.4. Análise jurisprudencial.....	55
5. Solução proposta.....	57
6. Conclusões.....	59
Bibliografia.....	60

1. INTRODUÇÃO

Remonta aos «*primeiros tempos da monarquia*»¹ portuguesa a tendência, no nosso ordenamento jurídico, de condenar mais severamente um agente devido à frequência da sua atividade criminosa.

Esta ideia, de enquadrar situações de reiteração criminal como agravantes da pena, continua patente no atual Código Penal Português. Consta dos artigos 75.º e 76.º do CP o regime jurídico da *reincidência penal*, um dos fenómenos de reiteração criminosa que o nosso ordenamento jurídico prevê e objeto do presente trabalho.

A reincidência penal é classificada como uma circunstância agravante comum. Diz-se «agravante» uma vez que, nas situações em que seja aplicável, o limite mínimo da pena é elevado em um terço, nos termos do n.º 1 do art. 76.º. Ainda, é «comum» por a sua aplicação não se cingir a particulares tipos legais de crime.

Várias questões têm sido levantadas, ao longo do tempo em torno da reincidência penal. Nomeadamente, tem sido recorrente fonte de debate a questão de saber se seriam mais gravosas as situações em que se verifica a reiteração, por parte do agente, de um crime semelhante ou análogo ao anteriormente praticado, casos em que a modalidade de reincidência em questão se denomina *homótopa* ou *específica*, uma vez que uma tal conduta seria reveladora de um maior desprezo, demonstrado pelo agente, face a um concreto bem jurídico², ou se, pelo contrário, seriam reveladoras de uma maior perigosidade as situações em que o agente incorresse na prática de um crime distinto do

¹Cfr. Eduardo Correia, 1961, «*Reincidência e sucessão de crimes*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 3193, Ano 94.º, p. 81. Os trabalhos doutrinários portugueses que se debruçam sobre a evolução histórica da reincidência, em Portugal, são marcados por alguma imprecisão na determinação do período histórico concreto em que se começou a dar relevância à reiteração criminosa do agente em termos punitivos. Assim, nomeadamente, v. Eduardo Correia, no mesmo artigo, na p. 51, em que refere que a ideia de agravação da pena na reincidência aparece «*mais ao menos patente, desde sempre e em todos os sistemas criminais*»; Figueiredo Dias, 1993, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas / Editorial Notícias, Lisboa, p. 258, que explica que «*Desde muito cedo (já no direito romano e medieval)*» e Helena Susano, 2012, *Reincidência Penal, Da teoria à prática judicial*, Almedina, Coimbra, p. 15 que situa esta ocorrência «*Desde os tempos mais remotos*». É, assim, por causa destas imprecisões temporais que não nos é possível, no presente trabalho, proceder a uma delimitação temporal mais exata.

² Tal era o entendimento de Chaveau e Hélie, cfr. 1887, *Théorie du Code Pénal*, 2.ª Ed., tomo I, p. 311 *apud*. Beza dos Santos, 1942, «*Crimes da mesma natureza e reincidência*» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 75, n.º 2720, p. 51.

previamente cometido, caso em que a reincidência se domina *polítropa*, comportamento este que seria demonstrativo de uma maior predisposição do agente para a prática de vários tipos legais de crime³.

O Código Penal atual prevê que reincidência ocorre quer nas situações em que o crime cometido seja da mesma, ou de diferente natureza. Assim, em qualquer caso em que um determinado agente, após condenação, volte a cometer um crime, deve proceder-se à averiguação da verificação de todos os pressupostos e requisito da reincidência, sendo quatro pressupostos de índole formal, e um requisito material, determinando este último que, para ter lugar a punição como reincidente, é necessário que o agente seja de *censurar* por a prévia condenação não lhe ter servido de suficiente advertência contra o crime.

No presente trabalho vimos colocar a questão de saber se se convoca realmente a necessidade de agravar a pena em caso de reincidência penal e, se sim, em que termos.

Para tal, começaremos por fazer uma análise do conceito amplo de reincidência, fazendo referência às suas várias classificações e explicando os distintos entendimentos que têm sido defendidos quanto à sua consequência na pena.

De seguida trataremos da matéria dos fins das penas. Neste capítulo explicaremos as doutrinas de prevenção geral e especial, tanto na sua vertente positiva como negativa. Concluiremos com uma referência ao art. 40.º CP, que enuncia as finalidades dominantes das reações penais em Portugal.

O nosso terceiro capítulo terá por objeto a análise do atual regime jurídico português da reincidência. Daremos particular enfoque ao seu requisito material, e veremos a forma como quer a doutrina, quer a jurisprudência o têm interpretado. Por fim, daremos a nossa opinião à questão invocada e apresentaremos uma proposta de lei, adequada à nossa visão desta matéria.

³ Tal é o entendimento de, nomeadamente, Beleza dos Santos, 1942, *Cit.*, p. 54.

2. REINCIDÊNCIA: ENQUADRAMENTO

2.1. Caracterização geral

O termo «reincidência» literalmente significa «ato ou efeito de reincidir»; «recaída»⁴. Vocábulo de origem latina, derivante das expressões *re* e *incidere*, que significa *cair uma segunda vez*⁵, associamos ao conceito de reincidência uma ideia de voltar a praticar determinado ato, repetição esta caracterizada por uma conotação negativa, porque associada à ideia de reiteração de um erro.

Aplicado ao direito penal, «reincidência» significa o retorno de um agente à prática do crime. De forma ampla, falamos de situações em que uma pessoa comete dois crimes, em momentos temporais distintos. A reincidência é, assim, um dos fenómenos de repetição delituosa⁶.

É difícil fazer uma caracterização da reincidência que seja internacionalmente aceite, variando os seus pressupostos e requisitos consoante a lente histórica e geográfica sob a qual se analise o fenómeno. No entanto, em vários ordenamentos jurídicos⁷ esta figura tem, como elementos gerais que a compõem: um sujeito e a prática de, pelo menos, dois crimes, separados por uma sentença condenatória intermédia.

2.2. Classificações de reincidência

Existem várias modalidades de reincidência, consoante a relação entre o tipo legal de crime pelo qual o agente reincidente fora condenado, e o crime pelo qual se encontra a ser julgado. Veremos o modo como esta distinção tem sido feita.

Henriques Secco⁸ distinguia entre: a reincidência dita *especial* ou *relativa*, na qual estaria em causa a perpetração de um crime da mesma *espécie* do já punido. Seria o caso do agente que pratica um crime de furto e, após a condenação, pratica outro. A reincidência *média*, quando o agente incorre na prática de um crime do mesmo *género* do

⁴ Definições cfr. *Dicionário de Língua Portuguesa*, 2009, Porto Editora.

⁵ Cfr. Henriques Secco, 1876, «*Theoria da Reincidência*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 427, Ano 9, Coimbra, p. 161.

⁶ Como exemplo de outros fenómenos de repetição criminosa destacamos: o concurso de crimes, a habitualidade e profissionalidade.

⁷ Assim sucede, nomeadamente, no nosso ordenamento jurídico (art. 75.º CP), mas também em Espanha (art. 32.º, regra 8.ª CP espanhol) e Itália (art. 99.º Código Penal italiano).

⁸ Cfr. *Cit.* p. 161.

previamente cometido. Seriam crimes que atacam o mesmo princípio. É o exemplo de violência contra as pessoas e homicídio. Por fim, a reincidência *geral* ou *absoluta*, em que estaria em causa o cometimento de um crime de *natureza diferente* do anteriormente praticado. Seria o caso do agente que, após condenação por um crime de homicídio, comete um crime de furto.

Eduardo Correia⁹ refere-se a *homogeneidade* e *heterogeneidade* da atividade criminosa. Assim, nos casos em que a conduta criminosa fosse homogénea, estaríamos perante uma reincidência *específica, pura, verdadeira, própria ou homótopa* e, nas situações de heterogeneidade criminosa, a reincidência seria *genérica, mista, imprópria* ou *polítropa*.

A nível internacional, Helena Susano explica-nos que Francesco Carrara¹⁰ distinguia entre reincidência *própria, específica* ou, simplesmente, *reincidência* e a *imprópria* ou *genérica*. A diferença entre estas modalidades assentaria na *natureza* dos crimes perpetrados, que seria idêntica no primeiro conceito, e distinta, no segundo.

Esta distinção, baseada na *natureza* dos crimes perpetrados pelo agente, tem sido amplamente adotada na doutrina¹¹ e jurisprudência¹². Para uma mais completa compreensão da distinção em apreço, releva esclarecer o que sejam crimes da mesma e de diferente natureza, questão que abordaremos no subcapítulo *infra*.

2.3. Crimes da mesma natureza

Como desenvolveremos mais adiante¹³, é longa a história legislativa da reincidência na lei penal portuguesa. Já o legislador do Código Penal de 1852 aludia, no ora artigo 85.^o¹⁴ a «*crimes da mesma natureza*».

⁹ Cfr. 1961, *Cit.* pp. 51 a 53.

¹⁰ Cfr. *Programma del Corso di Diritto Criminale*, 1907, 10.^a ed., vol. II, Firenze, p. 173., *apud*, Helena Susano, *Cit.*, p. 63.

¹¹ Nomeadamente, v. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* pp. 259 e 260 e Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* pp. 49 a 56.

¹² V., nomeadamente: Ac. STJ de 19.01.2022, processo n.º 3/20.9FCOLH.S1, 3.^a secção, Relatora Helena Fazenda e Ac. STJ de 17.12.2014, processo n.º 1055/13.3PBFAR.S1, 3.^a secção, Relator Raul Borges, disponíveis em www.dgsi.pt

¹³ V. subcapítulo 3.1.1. *infra*, a propósito da reincidência na história portuguesa.

¹⁴ Da lei resultava «*A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, comete outro crime da mesma natureza, antes de terem passados dez anos desde a dita condenação, e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada*».

O que se deve, então, entender por «*crimes da mesma natureza*»? Teria o agente de ser reincidente na violação da mesma *norma*? Ou seriam antes relevantes as *motivações* base da sua atuação criminal? Ou será que configuravam «*mesma natureza*» as situações em que o mesmo *bem jurídico* fosse lesado?

Vários autores se pronunciaram, na procura de uma adequada resposta à questão em análise.

Como explica Beleza dos Santos, no entendimento de Chauveau e Hélie¹⁵, um comportamento reincidente deveria ser punido de forma especial nas circunstâncias em que o mesmo fosse revelador de um *hábito* criminoso, porque demonstrativo de uma especial incorrigibilidade do delinquente. Entendiam necessário, para que se concluísse pela existência deste hábito, que os crimes praticados pelo agente fossem *análogos*.

Conforme os ensinamentos de Eduardo Correia¹⁶, esta expressão «*mesma natureza*», parece ter colhido inspiração no Código brasileiro, bem como na doutrina de Chauveau e Hélie. Tal levar-nos-ia à conclusão de que «*crimes da mesma natureza*» seriam os crimes «*do mesmo princípio*»¹⁷, oriundos do mesmo gênero de corrupção, «*pertencentes a uma mesma classe ou gênero*»¹⁸. Considerar-se-iam da mesma natureza, por exemplo, todos os crimes contra a propriedade.

No entanto, tanto Eduardo Correia¹⁹ como Beleza dos Santos²⁰ desconsideram a validade deste critério, por o entenderem «*inteiramente arbitrário*»²¹. Nos seus escritos, também rejeitam que o conceito «*crimes da mesma natureza*», identificador da reincidência *específica* ou *homótrópica* se encontre condicionada a situações em que ocorra plena identidade do tipo legal preenchido²².

Na procura de uma definição adequada, Beleza dos Santos²³ entende que relevante será atender ao «*elemento-fim*» ou «*fim imediato*»²⁴ do agente, aquele que era o seu

¹⁵ Cfr. *Théorie du Code penal*, 1887, 2.^a Ed., tomo I, p. 311 *apud.*, Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* p. 53.

¹⁶ Cfr. 1961, *Cit.* p. 84.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Cfr. 1942, *Cit.* p. 71.

²¹ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 84.

²² Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.* pp. 84 e 85 e Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* p. 55.

²³ Cfr. 1942, *Cit.*, pp. 76 e 77.

²⁴ *Ibidem*, p. 76.

derradeiro *propósito* com a adoção da conduta. Por exemplo, tanto no crime de abuso de confiança como na burla, o elemento-fim é comum: apropriação de coisa alheia. Não seria necessária a perfeita identidade dos elementos-fim sendo suficiente a sua analogia²⁵. Assim, a identidade de natureza dos crimes afere-se atendendo ao *motivo* da sua prática, uma vez que o agente que comete vários delitos determinado pelo mesmo impulso revela «*uma particular propensão para se autodeterminar nesse sentido*»²⁶.

Será, então, esta posição de acolher? Recorrendo ao elemento histórico, aquando da discussão da Reforma de 1884, Luciano de Castro²⁷ sugeriu que, para uma melhor compreensão da lei, se suprimisse a referência a «*crimes da mesma natureza*», devendo, ao invés, da lei constar «*Dá-se a reincidência quando o agente, tendo sido condenado por sentença passada em julgado, cometer outra infracção determinada pela mesma intenção criminosa*»²⁸.

Como foi esta sugestão recebida? Lopo Vaz pronunciou-se, considerando que proceder a tal alteração não resolveria nenhuma das dificuldades suscitadas pela ora atual redação, podendo, até, gerar outras tantas dúvidas²⁹. Assim seria, por um lado, porque a intenção criminosa, analisada de um ponto de vista subjetivo, é sempre a mesma, e o objeto dessa mesma intenção é o crime, pelo que nenhuma diferença existiria entre o *crime da mesma natureza* e determinado pela *mesma intenção criminosa*. Acrescenta que adotar-se a sugerida expressão poderia levar-nos à questão de saber se esta diversidade da intenção devia ser avaliada apenas tendo em conta a diversidade do seu objeto (o crime), ou pelo fim que este visa, podendo, nestas condições, o crime nada mais ser do que um *meio*. Assim, se um agente pratica um crime, com o intuito de com isso alcançar um certo e determinado fim, e depois pratica outro crime, idêntico, para conseguir um fim diverso, estará em causa a mesma intenção criminosa? Era uma questão difícil de resolver.

Devido às questões que a proposta em análise suscitava, foi rejeitada. É por causa desta rejeição que percebemos que a definição apresentada por Beleza dos Santos se tem

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. Diário das Sessões de 1884, p. 1153, *apud*. Eduardo Correia, 1961, *Cit.* p. 85.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

como contrária ao espírito da lei, por não ter o nosso legislador considerado atendível a diversidade ou identidade dos motivos do agente.

Que dizer acerca desta vertente doutrinária? Que, tal como salienta Helena Susano³⁰, esta caracterização puramente focada na vertente subjetiva do agente do crime, nos conduziria a uma classificação excessivamente arbitrária, pelo que deve ser rejeitada.

Eduardo Correia³¹ entende apenas ser possível alargar este conceito de *homogeneidade de crimes* aos casos em que se verifique entre os vários tipos legais de crime preenchidos uma relação de especialidade.

Atendendo a tudo quanto já foi dito e explicado a propósito desta discussão, entendemos que dois crimes são da mesma natureza quando apresentem uma determinada similitude entre eles, aferida tendo em conta os seus elementos objetivos e o estado subjetivo do agente no momento da sua prática. Ou seja, devem estar em causa crimes que ofendam os mesmos bens jurídicos, sendo a intenção e culpa do agente demonstrada no caso concreto igual ou semelhante. Os crimes serão, por sua vez, de natureza distinta sempre que não seja possível estabelecer, entre eles, esta mesma conexão.

2.4. Reincidência: homótopa vs. polítropa

Como vimos, encontra-se amplamente difundida, na nossa doutrina e jurisprudência, a distinção da reincidência consoante a *natureza* dos crimes praticados. Apesar de várias denominações existirem, por uma questão de facilidade, adotaremos a classificação de reincidência *homótopa*, quando os crimes sejam da mesma natureza, e *polítropa*, quando tenham natureza distinta.

Discussão doutrinária cujos ecos nos chegam aos dias de hoje consiste em saber qual destas modalidades de reincidência demonstra uma maior perigosidade, censurabilidade ou aversão do agente ao direito.

Por um lado, argumenta-se³² que o facto de o agente praticar reiteradamente o mesmo tipo delitual pode ser mais censurável, por revelar uma especial aversão a um concreto bem jurídico. Henriques Secco³³ entendia que a reincidência homótopa seria «*mais*

³⁰ Cfr. *Cit.* p. 64.

³¹ Cfr. 1961, *Cit.* p. 86.

³² Neste sentido, v. Eduardo Correia, 1961, *Cit.* p. 70 e Henriques Secco, *Cit.* pp. 161 e 162.

³³ Cfr. *Cit.* pp. 161 e 162.

tangível»³⁴, porque o vínculo entre os delitos praticados seria mais estreito. Ainda, seria um comportamento que melhor evidenciaria a insistência do delinquente em contrariar uma mesma lei³⁵, e revelava a insuficiência da pena, incapaz de afastar o delinquente da prática de crimes³⁶.

Na mesma linha de raciocínio, argumentou-se, como nos explica Beleza dos Santos³⁷, que esta modalidade de reincidência seria mais gravosa porque: significaria um perigo maior de cometimento de novos crimes; uma confiança acrescida do agente aquando da sua prática e uma maior dificuldade de a pena conseguir anular este perigo. Assim, sendo estas consequências culpa do delinquente, a reincidência homótopa determinaria uma necessidade de agravação da pena, mais premente do que a reincidência polítropa.

Por outro lado, autores há³⁸ que consideram as situações de reincidência polítropa, tão perigosa ou, porventura, *mais* perigosa, do que a reincidência homótopa. Beleza dos Santos³⁹ entende que as razões que justificam a agravação da pena em caso de reincidência se justificam tanto quando o agente volta a cometer crimes da mesma natureza, como distinta, não devendo assentar a distinção nessa circunstância. A sua posição justifica-se, uma vez que este autor considera que o agente reincidente é mais censurável na sua atuação porque não deixou que a prévia condenação o inibisse de persistir na prática de crimes. Ora, esta perigosidade não deixa de se verificar pela simples circunstância de o delinquente mostrar uma diversidade de aptidões criminosas, que não foram inibidas pelo efeito intimidativo e reprovador da condenação⁴⁰.

Defende o autor que se a reincidência homótopa pode provar uma tendência especial do delinquente para a prática de certos crimes, então a reincidência polítropa pode ser indiciadora de uma «*variedade de aptidões criminosas, uma falta de repugnância pela*

³⁴ *Ibidem*. p. 161.

³⁵ *Ibidem*. pp. 161 e 162

³⁶ *Ibidem*. p. 162.

³⁷ Cfr. 1942, *Cit.*, p. 54, em que o autor enuncia o entendimento de autores não identificados que defendem ser a reincidência polítropa mais gravosa.

³⁸ Nomeadamente: Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* pp. 53 a 55 e, como nos explica Helena Susano em *Cit.* p. 89, também Marnoco e Sousa cfr. «*Da reincidência no direito penal português*» in Estudos Jurídicos, 1903, vol. I, Coimbra, pp. 18 a 20.

³⁹ Cfr. 1942, *Cit.* p. 53.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

*prática dos crimes mais diversos»*⁴¹, o que não a torna menos perigosa do que a homótopa. Este autor cita Trébutien⁴², que, na mesma linha de raciocínio, chegou ao ponto de afirmar que a reincidência polítropa revelava um delinquente mais perigoso que um reincidente homótopo, porque demonstraria um criminoso disposto a praticar qualquer tipo de delitos.

Conclui Beleza dos Santos que numa perspectiva *a priori* não é possível determinar qual das modalidades de reincidência revela um agente mais perigoso. Para o provar, ilustra como exemplo⁴³, que um delinquente pode cometer diversos tipos de crime, motivado por uma particular insensibilidade face ao sofrimento alheio, o que o tornará mais perigoso do que um agente que tem praticado o mesmo tipo de crimes, determinado por poderosas solicitações do ambiente em que se insere, que podem ter sido reforçadas pela desmoralização decorrente do cumprimento da primeira pena.

Por seu turno, como nos explica Helena Susano, Marnoco e Sousa⁴⁴ entende que ambas as modalidades de reincidência são reveladoras do mesmo índice de perigosidade, devendo, portanto, estar sujeitas à mesma severidade de repressão. Reconhece, no entanto, que na reincidência homótopa o delinquente revela tendência para uma forma especial de criminalidade, enquanto a polítropa atesta a predisposição do agente para muitas formas de delinquência.

Ora, que dizer face a esta discrepância de opiniões doutrinárias? Não nos parece defensável que o agente, simplesmente por incorrer na prática de um crime da mesma natureza daquele que num momento passado praticara, se deva considerar, necessariamente, mais perigoso ou censurável do que um agente que, ao invés, comete crimes diversos entre si.

Entendemos que a ambos pode ser endereçado um juízo de maior censura, uma vez que, por já terem sido condenados pela prática de pelo menos um crime, já tiveram a oportunidade de refletir sobre o mal da sua conduta, por terem desrespeitado a ordem jurídica e, conseqüentemente, *deveriam* ter sentido a necessidade de emendar o seu comportamento, procurando abster-se da prática de crimes no futuro.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, sem indicação do nome da obra ou número de página.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. 1903, *Cit.* pp. 18 a 20, *apud*. Helena Susano, *Cit.* p. 89.

Aderindo ao entendimento previamente exposto de Beleza dos Santos, consideramos que, uma vez existindo esta *advertência*, condensada numa prévia condenação, a recaída criminosa do agente é suscetível de ser mais censurável, independentemente da natureza do crime praticado depois. No entanto, defendemos, tal como Figueiredo Dias⁴⁵, que esta não pode ser uma conceção puramente fáctica, uma vez que tal seria incompatível com o princípio da culpa⁴⁶.

Em suma, consideramos tanto as situações de reincidência *homótopa* como *polítropa* suscetíveis de demonstrarem o mesmo índice de censurabilidade do agente, tudo dependendo da análise do caso concreto.

2.5. Reincidência: agravante da pena?

Sempre esteve, de uma forma ou outra, presente nos sistemas criminais a ideia de que a pena deveria ser agravada em função da frequência da atividade criminosa⁴⁷. Por exemplo, já no direito romano⁴⁸ e medieval⁴⁹ se conferia uma particular relevância à recaída delituosa, entendendo-se necessária a aplicação de uma pena mais severa nas ocasiões em que os agentes fossem reincidentes na prática de determinados crimes⁵⁰.

No entanto, é oportuna a interrogação: qual o motivo que justifica este agravamento da pena verificada na reincidência? E, uma vez descortinada a razão justificativa, será a mesma de aceitar?

Ao longo do tempo, vários foram os entendimentos a este respeito. Partindo de uma análise geral, são duas as principais linhas de pensamento que estão na base desta divisão doutrinal⁵¹: por um lado, as denominadas *teorias negativas*, ou seja, as que se

⁴⁵ Cfr. 1993, *Cit.* p. 268.

⁴⁶ Determinando o princípio da culpa, em conformidade com os arts. 18.º n.º 2 CRP e 40.º CP, que as penas aplicadas devem ser *proporcionais* à culpa demonstrada pelo agente no caso concreto, não seria defensável a aplicação de uma pena *agravada* salvo nas situações em que o delinquente demonstrasse, no caso concreto, uma censurabilidade maior do que um delinquente primário.

⁴⁷ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 49.

⁴⁸ Cfr. *Digesto* 48, 19 *apud*. Helena Susano, *Cit.* p. 17.

⁴⁹ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 49 e Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 258.

⁵⁰ Por exemplo, tal sucedia nos casos de reiteração do crime de deserção cometido por soldado, em que à primeira vez que cometesse o delito, não seria o agente sancionado, mas já o seria à segunda, cfr. Henriques Secco, *Cit.*, p. 209.

⁵¹ Cfr. Helena Susano, *Cit.* pp. 64 ss.

insurgem quanto à agravação da pena motivada pela reincidência ou, até mesmo, que entendem que esta deveria ser uma *atenuante* da pena; no extremo oposto, as teorias *positivas*, favoráveis ao agravamento da pena a ser aplicada aos reincidentes.

Que argumentos são, então, utilizados para defender cada uma destas vertentes? De seguida faremos uma exposição de várias doutrinas, salientando as opiniões que mais influência tiveram no nosso ordenamento jurídico e que mais contribuíram para a nossa atual conceção de *reincidência penal*.

2.5.1. Teorias negativas

São várias as correntes doutrinárias que partilham a convicção de que a circunstância de o agente ser reincidente na sua ação não deve implicar um aumento da pena. Veremos como algumas doutrinas justificam este entendimento.

2.5.1.1. Teoria abolicionista

Para a doutrina dita *abolicionista*, como nos explica Helena Susano⁵², com a condenação e conseqüente cumprimento da pena, o agente saldou a dívida para com a sociedade, que se gerou com a prática do crime. Assim sendo, mesmo que seja reincidente, não deve afetar a sua pena, pois tal conduziria a uma dupla valoração do mesmo facto criminoso, proibido pelo princípio *ne bis in idem*. A pena, servindo a função de justa retribuição do delito cometido, deveria centrar-se unicamente no *facto* e não no *sujeito*⁵³.

Esta tese foi criticada pela nossa doutrina. Henriques Secco⁵⁴ afirma, categoricamente, que na reincidência não se punem os vários delitos que tenham sido praticados pelo agente, mas tão somente aquele pelo qual este se encontra a ser julgado, ainda que esta seja uma punição que não se cinja àquilo que o delito «*vale em si*», mas sim pelo valor que adquire ao ser precedido de um outro⁵⁵.

Também Beleza dos Santos⁵⁶ aponta a fragilidade desta argumentação, uma vez que a agravação da pena em situações de reincidência não constitui uma *nova* pena a

⁵² Cfr. *Cit.* p. 64.

⁵³ Marnoco e Sousa, no seu artigo de 1903, *Cit.*, p. 17 *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 69, identifica, como representantes desta corrente: Carnot, Alauzet, Tissot, Carmignani e Giuliani.

⁵⁴ Cfr. *Cit.* pp. 177 e 178.

⁵⁵ *Ibidem.* p. 177.

⁵⁶ Cfr. *Cit.*, 1942, p. 50.

ser aplicada por um crime já punido, mas sim a aplicação de uma punição mais severa, motivada por uma culpa maior na reiteração criminosa do agente.

Que dizer desta orientação? Entendemos que a preocupação com a violação do princípio do *ne bis in idem* neste sentido surge descontextualizada. É verdade que um mesmo agente não pode ser julgado duas vezes pela prática do mesmo crime. No entanto, o direito penal não tem como objetivo analisar os factos praticados, de forma autónoma do sujeito. Vários são os exemplos de comportamentos do agente, praticados antes, durante ou depois do crime que relevam no momento da determinação da pena, nomeadamente se demonstrou algum arrependimento com a prática do facto ou se tentou reparar o mal praticado⁵⁷. Assim, não vemos a justificação apontada como atendível para excluir a possibilidade de aumento da pena como consequência de uma atuação criminosa reincidente por parte do agente.

2.5.1.2. Teoria relativa

A denominada teoria *relativa*⁵⁸, encabeçada, de acordo com Helena Susano, por Bucellati e Kleinschord⁵⁹, defendia que a reincidência deveria ser motivo de *exclusão*⁶⁰ ou *atenuação*⁶¹ da sanção a aplicar ao agente, pois este atuaria motivado por um *hábito*, padecendo de uma menor liberdade de conformação da sua conduta, motivo pelo qual veria a sua imputabilidade reduzida, face aos delinquentes não reincidentes⁶². Esta circunstância apresentar-se-ia como uma decorrência das dificuldades acrescidas que os ex-reclusos enfrentam uma vez restituídos à liberdade⁶³, bem como da possível *dessocialização* resultante do contacto constante com outros condenados aquando do cumprimento de pena privativa de liberdade⁶⁴.

⁵⁷ No nosso ordenamento jurídico, esta circunstância atenuante da pena encontra-se expressamente consagrada no n.º 2 al. C do art. 72.º CP.

⁵⁸ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 70.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, sem indicação de obras ou páginas.

⁶⁰ Segundo o entendimento de Bucellati, cfr. *ibidem*.

⁶¹ Segundo o entendimento de Kleinschord, cfr. *ibidem*.

⁶² Cfr. *Ibidem*.

⁶³ Apesar de o art. 42.º CP esclarecer que a aplicação da pena de prisão deve procurar lograr a reintegração social do arguido, a verdade é que esse objetivo sofre obstáculos práticos, como a discriminação na procura de emprego, entre outros.

⁶⁴ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 70. Também cfr. Anabela Miranda Rodrigues, 2002, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra. p. 45 «a criminologia tem revelado que a prisão

Ora, não é novidade considerar-se a prévia experiência carcerária como um dos fatores com possibilidade de contribuir para o retorno à atividade criminosa do agente. Sobre este tema, Helena Susano explica que já Stratenwerth⁶⁵ escrevera que «o cumprimento da execução de uma pena estimula a recaída no delito». André Lamas Leite⁶⁶ define a prisão como um lugar em que os reclusos não adquirem competências, entrando, também, em contacto com uma subcultura que prejudica a sua devida interiorização dos valores do direito. Ainda⁶⁷, explica que, em termos de prevenção especial, comparando os reclusos a quem foi aplicada uma pena privativa da liberdade, e os que lhes foi administrada uma pena de substituição, é no primeiro grupo de condenados que se verifica uma maior taxa de reincidência.

Apesar de entendermos como verdadeiro que a exclusão da sociedade, promovida pelo cumprimento de pena privativa da liberdade, acarreta consigo uma dificuldade para o ex-recluso de se reinserir em sociedade, podendo ser alvo de um preconceito negativo que causa constrangimento à sua procura por uma vida honesta⁶⁸, não entendemos tal como justificação bastante para entender que o agente reincidiu porque ganhara um hábito, tendo uma menor liberdade e capacidade para o contrariar.

Assim, parece-nos que esta teoria confunde os conceitos de *reincidência* e *habitualidade*. Ambos são fenómenos de reiteração criminosa, enquadrando-se, portanto, no conceito amplo de reincidência⁶⁹, uma vez que existe uma pluralidade de delitos cometidos pelo mesmo agente. No entanto, um delinquente considera-se *habitual* nas situações em que seja portador de uma tendência interna que o condiciona a repetir infrações⁷⁰. Assim, falamos de um conceito distinto de

(...) não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade».

⁶⁵ Cfr. Gunther Stratenwerth, *Derecho Penal – Parte General, I – El Hecho Punible*, 1982, trad. da 2.^a edição alemã (1976) de Gladys Romero, Caracas, Edersa, p. 15, *apud* Helena Susano, *Cit.*, p. 70.

⁶⁶ Cfr. André Lamas Leite, 2019, «*Crise da pena de prisão e os abolicionismos – roteiro de análise*», in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5, n.º 2, p. 964.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 963.

⁶⁸ Neste sentido, v. Vaello Esquerdo, Esperanza, *Aspectos Problemáticos de la Reincidencia*, pp. 1364 e 1365, em que a autora explica que estudos criminológicos demonstram que quanto mais tempo o agente passar privado da liberdade, maior será a sua assimilação da cultura carcerária, o que leva a que a capacidade de resistir à tentação de praticar crimes não aumente com as condenações, mas sim diminua.

⁶⁹ Cfr. subcapítulo 1.1. do presente trabalho.

⁷⁰ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 66.

reincidência, uma vez que a *habitualidade* considera esta propensão do agente como uma potencialidade dirigida ao futuro, enquanto na *reincidência*, esta se circunscreve ao crime cometido⁷¹.

Ainda, da mesma forma que nos parece concebível existirem situações em que o agente é reincidente na sua conduta criminosa por fatores que lhe são externos e que, por consequência, não são reveladores de uma maior culpa na sua atuação, não devendo significar uma punição mais severa⁷², outros casos existirão em que os agentes não se deixaram influenciar positivamente pela prévia condenação, sendo a sua culpa, no caso concreto, maior, o que acarreta a necessidade de ser aplicada uma sanção agravada.

Concluindo, entendemos que a teoria em análise tem ínsito o mérito de reconhecer que existem situações em que a recaída delituosa do agente não deve ser sancionada com uma pena mais severa, uma vez que esta se pode dever a fatores não relacionados com a personalidade do reincidente, não se verificando a necessária culpa que justifique uma sanção mais gravosa. No entanto, não entendemos que esta ponderação deva ser elevada a máxima, impondo-se, ao invés, uma minuciosa análise do caso concreto, sendo com base no circunstancialismo que motivou a repetição delituosa que será possível concluir pela necessidade, ou não, de agravar a pena.

2.5.2. Teorias positivas

Como já mencionámos, existe uma outra corrente doutrinal, que defende que perante a ocorrência de *reincidência*, a pena a aplicar ao agente deveria ser mais severa do que a aplicável a um delincente não reincidente. Veremos, de seguida, a justificação apresentada por várias doutrinas.

2.5.2.1. Teoria da insuficiência relativa da pena

Como nos explica Helena Susano⁷³, a teoria da *insuficiência relativa da pena imposta pela prática do primeiro delito* teve em Carrara⁷⁴ o seu criador. De acordo

⁷¹ Cfr. Manuel Cavaleiro de Ferreira, 1989, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, Penas e Medidas de Segurança*, Editorial Verbo, Lisboa. p. 656.

⁷² Podendo a desmoralização na prisão configurar uma dessas situações.

⁷³ Cfr. *Cit.* p. 71.

⁷⁴ Cfr. Francesco Carrara, 1907, *Programma del Corso do Diritto Criminale Dettato nelle R. Università di Pisa*, vol. 2, 10.^a Ed., Firenze, Fratelli Commeli pp. 162 a 174, *apud*, Helena Susano, p. 71.

com o entendimento do autor, as penas previstas pelo legislador pressupõem a necessidade de repressão. Assim, a persistência do agente na prática criminosa significa que a condenação não produziu o efeito esperado⁷⁵. Ou seja, a recaída teve lugar não devido a algum vício da pena, mas sim por decorrência de uma inadequação na sua relação com o indivíduo concreto. Como o agente se revelou insensível aos efeitos da pena, estamos perante um vício de gravidade relativa, o que conduz à necessidade de aplicar uma pena mais grave pela prática do ulterior delito⁷⁶.

Esta doutrina assenta numa posição de reincidência que pressupõe o integral cumprimento da pena, modalidade que Carrara denomina *verdadeira*, contrapondo-se à *fictícia* que, por o condenado não ter cumprido a pena, não acarreta a necessidade de ter uma consequência agravante⁷⁷.

Deste entendimento também perfilhava Henriques Secco⁷⁸. Na sua obra, pronunciando-se acerca da justiça da agravação da pena, refere que esta necessidade se apresenta «*fora de dúvida*»⁷⁹. Um dos motivos com que o justifica é, precisamente, a ineficácia da pena, pois que esta é concebida pelo legislador para ser aplicada aos futuros delinquentes, devendo acomodar-se à média «*da immoralidade pressuposta de todos elles*»⁸⁰. No entanto, tendo o agente já sofrido a pena no passado, se volta a cometer crimes, tal foi porque esta se revelou ineficaz, pelo que se legitima uma condenação mais severa, ainda que a «*immoralidade*» nos dois crimes seja idêntica⁸¹.

Ora, tendo em conta a explicação apresentada, a principal crítica que entendemos merecer esta doutrina prende-se com a impossibilidade de o legislador conseguir, *a priori*, e de forma geral e abstrata prever o *quantum* necessário de forma a garantir a eficácia da prevenção especial⁸², uma vez que, ainda que se entenda que a pena concretamente é justa e proporcionada, pode não possuir a força corretiva necessária para evitar que determinado sujeito volte a delinquir. Assim, entendemos como verdadeiro que existam situações em que a falta de impermeabilidade do sujeito ao

⁷⁵ Cfr. Carrara, *Cit.* p. 168, *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 72.

⁷⁶ Cfr. Carrara *Cit.* p. 171, *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 72.

⁷⁷ Cfr. Carrara, *Cit.* p. 173, *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 64.

⁷⁸ Cfr. *Cit.*, p. 162.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² Neste sentido também Helena Susano, *cfr. Cit.* p. 73.

propósito corretivo da pena pode constituir uma *causa* de reincidência, mas não o seu *fundamento*.

2.5.2.2. Maior alarme social

A doutrina do *maior alarme social*⁸³ justifica a agravação da sanção em caso de reincidência com base no entendimento de que o segundo delito cometido é intrinsecamente mais grave do que o anteriormente praticado, porque causador de uma maior danosidade social. O agente, pelo facto de ter delinqüido várias vezes, revela-se mais perigoso e esta circunstância subjetiva transforma-se numa circunstância objetiva do delito⁸⁴. A lógica subjacente é que quando um agente é reincidente, a reiteração da afetação de bens jurídicos causa um maior alarme social, porque revela uma incapacidade da lei para promover a salvaguarda dos interesses afetados pelo crime⁸⁵. Assim, a justificação para a agravação da pena assentaria na necessidade de transmitir tranquilidade à sociedade.

Henriques Secco⁸⁶ também partilhava este entendimento. Considerava ser a punição mais necessária quanto aos agentes reincidentes, uma vez que a sua persistência em contrariar a lei faz, por um lado, reatar o cometimento de outros delitos e, por outro, gera descrédito na lei, o que causa alarme social⁸⁷, conduzindo à necessidade de agravar a punição⁸⁸.

Que dizer quanto a este entendimento? A segurança jurídica é um princípio inerente ao Estado de direito⁸⁹, que pressupõe um mínimo de certeza, previsibilidade e estabilidade das normas jurídicas, para que os cidadãos consigam conformar os seus comportamentos com base na confiança de que os seus atos tenham os efeitos

⁸³ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 73. De acordo esta autora, esta tese foi formulada pela primeira vez por Zanardelli, na *Relação Ministerial sobre o Projecto do Código Italiano de 1887*.

⁸⁴ Cfr. Martinez de Zamora, A., 1971, *La Reincidencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 50 *apud*. Helena Susano, *Cit.* p. 74.

⁸⁵ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul, 1988, *Tratado de derecho penal; parte general*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, p. 346.

⁸⁶ Cfr. *cit.* pp. 162 e 163.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 163.

⁸⁹ Cfr. Ac. TC n.º 294/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030294.html?impressao=1>

estipulados nas normas que os regem⁹⁰. A afetação de bens jurídicos, decorrente da prática de crimes, sobretudo quando estão em causa situações em que ocorre reiteração dessa violação por um mesmo agente, gera na comunidade a percepção de que a norma existente não é suficiente para garantir o cumprimento do direito, causando, conseqüentemente, insegurança jurídica.

Parece-nos, assim, legítimo entender-se que a reiteração criminal levada a cabo pelos agentes reincidentes seja alvo de uma punição mais severa, como mecanismo apto a restaurar a confiança comunitária numa sã aplicação do direito. Tal é, ademais, conforme com as exigências da *prevenção geral negativa*⁹¹, justificação das penas que procura dissuadir a generalidade dos cidadãos da prática de crimes através da certeza da punição dos delinquentes. Assim, a aplicação de uma pena mais gravosa a agentes que sejam reincidentes na sua atuação tenderá a afastar outros indivíduos previamente condenados da futura prática de crimes.

2.5.2.3. Culpabilidade aumentada

É, ainda, particularmente relevante a teoria da *culpabilidade aumentada*. Como nos explica Helena Susano⁹², foi muito relevante para o desenvolvimento desta doutrina a tese de Maurach⁹³. Na perspetiva deste autor, é de primordial importância a prévia *condenação* do agente, uma vez que a advertência contida nessa mesma condenação o devia incutir de uma maior consciência da antijuridicidade do segundo delito. Ao ter reiterado a sua atuação criminosa, demonstra que não se deixou influenciar positivamente pela primeira condenação, uma vez que essa prévia advertência não foi suficiente para o afastar da prática de crimes. Considerando este autor a *culpabilidade* como abuso de poder do indivíduo, entendida como a possibilidade de conhecimento do significado antijurídico da conduta e decidir atuar em conformidade com esse conhecimento, Maurach interpreta a condenação anterior como um *aumento* desse poder, adquirido pela própria experiência judicial⁹⁴. Assim,

⁹⁰ Cfr. Lexionário do Diário da República Portuguesa, disponível em <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/seguranca-juridica> visitado a 02-03-2023.

⁹¹ Mais aprofundamento sobre este tema no subcapítulo 3.3.1., *infra*.

⁹² Cfr. *Cit.* p. 84.

⁹³ Reinhart Maurach, 1962, *Tratado de Derecho Penal*, trad. J. Córdova Roda, vol. 2, Ariel, Barcelona, p. 546, *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 84.

⁹⁴ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 84.

considera-se que a recaída delituosa faz com que a sua conduta seja, conseqüentemente, mais culposa, o que justifica a agravação da pena⁹⁵.

Latagliata⁹⁶, como nos explica Helena Susano, parte de um entendimento semelhante ao de Maurach, deste se distanciando porque acentua como elemento essencial, específico da reincidência a existência de uma decisão *transitada em julgado*. Entende ser este o elemento que distingue a reincidência das demais situações de repetição criminosa, uma vez que constitui um mandato expresso da autoridade do Estado, endereçada ao autor do crime, configurando uma direta e pessoal chamada ao dever de respeitar as normas jurídicas que, não sendo atendida, permite fundamentar uma maior censura penal.

Na sua obra, entende o conceito de *culpabilidade* como fonte de conhecimento do desvalor da sua conduta, concluindo que o reincidente é um agente merecedor de uma maior censura penal e ética, uma vez que não se deixou motivar pela advertência que constava implícita na prévia condenação, devendo-se a sua reiteração criminosa a um impulso que decidiu não inibir, podendo tê-lo feito.

Concluindo, Latagliata considera que a prévia condenação é relevante em três vertentes: formal, devido à exigência de certeza formal⁹⁷; como sistema normativo⁹⁸, por ser uma ordem emanada de um juiz, em cuja pessoa se concentra a autoridade e na vertente da lógica de ação⁹⁹, que se traduz no dever de conformar a conduta às normas jurídicas. Através da decisão transitada, foi feita ao sujeito uma advertência formal e solene, e é censurável que este não a tenha tido em conta, pois com a condenação, o agente adquire plena consciência do significado antijurídico da sua prévia ação, passando a conhecer o mal ocasionado pelo crime.

Assim sendo, a reincidência corresponde à culpabilidade, sendo que se entende esta como a fonte de conhecimento do desvalor da conduta, sendo a partir dela que se gradua uma maior desobediência à norma jurídica, uma vez que o sujeito se poderia ter guiado pela condenação prévia, tendo escolhido não o fazer¹⁰⁰.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. Angelo Raffaele Latagliata, 1958, *Contributo allo Studio Della recidiva*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, *apud*. Helena Susano, *Cit.*, pp. 84 e 85.

⁹⁷ Cfr. *Cit.* pp. 69 e 70, *apud*. Helena Susano, *Cit.* p. 85.

⁹⁸ Cfr. *Cit.* p. 80, *apud*. *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. *Cit.* p. 113, *apud*. *Ibidem*.

¹⁰⁰ Cfr. Helena Susano, *Cit.* pp. 85 e 86.

Esta doutrina tem sido, ao longo do tempo, amplamente defendida por autores portugueses.

Beleza dos Santos¹⁰¹ explica, nos seus escritos, que o aumento da pena a ser aplicada à reincidência se justifica porque o agente, que já fora no passado advertido por prévia condenação, decidiu persistir na prática de delitos, tornando-se, assim, um agente particularmente perigoso.

Apesar de o autor aderir a este entendimento, faz, na sua obra, uma importante ressalva, em que questiona se esta agravação da pena se deverá aplicar inevitavelmente¹⁰². Assim é, uma vez que se atribuímos à culpa a função única de medida da pena, então serão poucos os casos em que a ocorrência de reincidência deve significar um aumento da pena porque, se por um lado é verdade que o agente infringiu um dever que se tornou mais grave, devido à prévia condenação, também muitas vezes, precisamente devido aos efeitos que essa condenação teve na vida do agente, este pode ter sido colocado numa situação em que dispõe de uma menor capacidade para resistir à prática do crime. Alerta o autor que não podemos deixar de considerar a culpa como o poder e dever seguir uma conduta distinta da ilícita, existindo casos em que a possibilidade de conformação ao direito diminui, por vários motivos, nomeadamente porque «*se desmoralizou na prisão*»¹⁰³ ou porque «*encontra dificuldades no regresso à vida honesta*»¹⁰⁴.

Eduardo Correia¹⁰⁵ teve um papel primordial na reforma penal de 1982¹⁰⁶¹⁰⁷. Nas atas das sessões da comissão revisora do Código Penal determinou que o elemento fundamental da reincidência passaria a ser o desrespeito, demonstrado pelo delinquente, da solene advertência contida na condenação anterior¹⁰⁸.

¹⁰¹ Cfr. 1942, *cit.* p. 50.

¹⁰² *Ibidem*, p. 51, nota de rodapé n.º 2.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cfr. 1961, *Cit.* pp. 51 e 52 e *Direito Criminal*, 1968, colab. Figueiredo Dias vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 145 a 149.

¹⁰⁶ Do seu projeto de 1963 resultaram várias soluções consagradas na lei.

¹⁰⁷ Desenvolveremos este ponto *infra*, no subcapítulo 4.2. quando explicarmos o atual regime legal da reincidência.

¹⁰⁸ Cfr. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, II, 1966, Lisboa, p. 144.

Assim, considera que o fundamento da agravação da pena consiste na insuficiente prevenção contra o crime da anterior condenação, que leva a uma culpa mais grave do delinquente, referente ao facto que este praticou, e não à sua personalidade¹⁰⁹.

Ademais, manifesta o entendimento de que esta ideia, da advertência contida na condenação anterior, deve ser reforçada pela exigência de que o agente haja cumprido a respetiva pena, ou parte dela¹¹⁰, uma vez que apenas desta forma se pode dizer que a pena, uma vez efetivamente cumprida, se revelou insuficiente para afastar o agente da prática do crime.

Considera, ainda, necessário que esta mesma reiteração ocorra dentro de um determinado lapso de tempo, não se devendo incluir o tempo durante o qual o agente cumpriu pena privativa da liberdade¹¹¹.

Também entendeu fundamental que os crimes fossem dolosos¹¹² e que o juiz, ao proceder à concreta determinação da pena, deveria tomar em atenção as circunstâncias do caso, de forma a concluir se estas serviram ao delinquente (ou não) de suficiente prevenção contra o crime¹¹³. Esta exigência justifica-se, uma vez que é esse o fundamento da agravação e por esta apenas se justificar pela verificação de uma maior culpa do agente na prática reiterada do facto¹¹⁴.

Para Figueiredo Dias¹¹⁵, a agravação da responsabilidade penal, decorrente da reincidência assume relevo, por ser mais culposo o facto cometido posteriormente a uma condenação. Tal atitude é demonstrativa de uma desconsideração pela solene advertência contida na condenação prévia, revelando-se uma mais grave «*traição*» da conformação da personalidade do agente com o tipo de personalidade que seja conforme à ordem jurídica, ou seja, a personalidade do «*homem fiel ao direito*»¹¹⁶.

Assim sendo, entende o autor que é no desrespeito ou desatenção do agente pela advertência constante da condenação prévia que reside o fundamento de uma maior censura e, portanto, de uma *culpa agravada*, relativa ao facto cometido pelo

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 147.

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ Cfr. Eduardo Correia colab. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* pp. 183 e 184.

¹¹² Cfr. *Actas*, *Cit.* p. 144.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. 1993, *Cit.* pp. 261 a 269.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 261.

reincidente¹¹⁷. Insurge-se contra uma aplicação fáctica do instituto, em que bastasse a verificação dos requisitos formais, uma vez que tal seria incompatível com o princípio da culpa¹¹⁸. Também rejeita uma conceção que entendesse impossível a recondução da reincidência a uma culpa agravada e, conseqüentemente, apenas a tratasse no domínio especial da perigosidade¹¹⁹. Entende, no entanto, necessário que no caso concreto se verifique uma *íntima conexão* entre os crimes praticados, suficiente para se considerar relevante do ponto de vista da censura¹²⁰.

Após esta explicação da doutrina da culpabilidade acrescida, bem como dos vários entendimentos perfilhados por autores portugueses ao longo do tempo, o que dizer a seu propósito?

Das várias teorias apresentadas, parece-nos ser esta a que nos fornece uma resposta mais adequada.

Defendemos, seguindo o entendimento dos vários autores *supra* mencionados, que o facto de o agente reincidente já ter sido, num momento prévio, condenado, o coloca numa situação necessariamente distinta dos delinquentes primários, uma vez que já teve oportunidade, ocasionada pela sua prévia experiência criminosa, de interiorizar o mal que a prática do crime acarreta. Parece-nos adequada a ponderação, na senda do que é defendido por Eduardo Correia, de que esta interiorização se verifica de forma mais intensa quando o agente efetivamente *cumpriu* a pena. No entanto, entendemos que também nos casos em que o mencionado cumprimento não tenha ocorrido, pode ser possível descortinar uma maior culpa na atuação do agente, uma vez que tomou a decisão de voltar a delinquir quando já tinha sido solenemente advertido contra a prática de delitos.

No entanto, salvaguardamos que, uma vez que a maior severidade das penas depende da intensidade da culpa demonstrada no caso concreto, esta agravação apenas poderá ter lugar quando resultarem suficientemente evidenciados elementos factuais que atestem a existência dessa culpa maior. Assim, tal como defende Figueiredo Dias, não entendemos que esta agravação da pena deva ocorrer de forma automática, bastando para tal a recaída delituosa do agente e a verificação de outros requisitos

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 268 e 269.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 261.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 268 e 269.

determinados por lei. Consideramos, sim, que apenas nos casos em que o juiz conclua, após uma minuciosa análise do caso concreto, que o agente é mais censurável devido à reiteração criminosa do que seria um delinquente primário, é que se legitima a aplicação de uma sanção agravada, em plena conformidade com o princípio da culpa em direito penal.

2.6. Fins da punição da reincidência

Ao longo do presente capítulo, foi-nos possível constatar a importância de saber quais os adequados termos da punição a aplicar aos agentes reincidentes.

Assim, atendendo a esta temática, de importância primordial para o presente trabalho, entendemos relevante proceder a um enquadramento sobre os fins que as penas desempenham no nosso ordenamento jurídico, de modo a conseguirmos melhor compreender o enquadramento sancionatório atribuído a este instituto pelo legislador português.

3. FINS DAS PENAS

3.1. Enquadramento

A reflexão acerca das finalidades das penas reveste-se de uma fulcral importância em Direito Penal, uma vez que, ao proceder à mencionada ponderação, estamos, na verdade, a debruçar-nos sobre um muito mais abrangente leque de inquirições, relacionadas com as centrais temáticas de legitimação, fundamentação, bem como a própria função da intervenção penal.

Daí que, nas palavras de Figueiredo Dias, a questão dos fins das penas «*constitui, no fundo, a questão do direito penal e (...) do seu paradigma.*»¹²¹. Assim é, uma vez que o sentido, fundamento e finalidades atribuídas à pena, são, verdadeiramente, determinações indispensáveis para se proceder à eleição do modo como aquelas devem atuar, determinando a resposta referente à *função* do direito penal.

Fazendo uma análise daquelas que têm sido as várias tentativas de conceptualização que foram sendo apresentadas ao longo dos séculos, numa procura de conferir uma resposta adequada à temática dos fins das penas, é-nos possível identificar aquelas que são as duas teorias fundamentais, na base das quais assentam todas as respostas já apresentadas¹²²: por um lado, as comumente denominadas *teorias retributivas* e, por outro, as *teorias relativas*, estas que se subdividem em dois grupos de doutrinas: as de prevenção geral e especial. Analisá-las-emos de seguida.

¹²¹ Figueiredo Dias, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 66. No mesmo sentido, v. Beleza dos Santos, 1968, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Atlântica Editora, Coimbra, p. 117 «*o problema dos fins das penas criminais não interessa apenas à disciplina jurídica destas, mas ao conjunto do direito criminal que será diferentemente orientado, consoante a solução que for dada a essa questão*». Ainda Eduardo Correia, colab. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.*, Almedina, Coimbra, p. 39: «*Questão fulcro do direito criminal esta dos fins das sanções, ao ponto de (...) as mais das questões que neste domínio se levantam só poderem ser resolvidas partindo de uma certa posição naquele problema.*».

¹²² Para uma leitura mais aprofundada de quais foram os fins das penas dominantes ao longo da história, v. Américo Taipa de Carvalho, 2003, *Prevenção, culpa e pena uma concepção preventivo-ética do direito penal*, in *Separata de Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 317 a 329.

3.2. A pena como castigo: as teorias retributivas

Designam-se por *teorias retributivas* aquelas que, na sua génese, defendem que a essência da pena reside numa lógica de retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal que fora causado pelo crime. A pena é, assim, vista como um fim necessário, indispensável para alcançar a desejada compensação do mal gerado pela prática do crime¹²³.

Seguindo a visão de Kant¹²⁴ o Estado pune porque *se tem de punir*, por ser necessário, enquanto exigência ética natural de justiça e não para prosseguir um interesse ou utilidade social. A pena seria, assim, uma exigência absoluta e ética de justiça, devendo ser vista como uma realidade independente de considerações utilitaristas na perspectiva do interesse social afetado num concreto contexto histórico, uma vez que estas seriam unicamente secundárias em relação à exigência pura de justiça. O fim da pena será, assim, o de infligir ao delinquente um mal equivalente ao gerado pelo crime por este praticado, numa espécie de «*lei de talião bem compreendida*»¹²⁵, uma vez que não deve ser um equilíbrio procurado alcançar entre particulares, mas sim pelo tribunal.

No entendimento de Hegel¹²⁶, na prática do crime assentaria a negação do direito e a pena seria, por consequência, a negação dessa negação, sendo a anulação do crime, que de outro modo continuaria a valer, alcançando-se, por via da sua aplicação, o restabelecimento do direito. Fundamental para este Autor era que a pena visasse a reposição da vigência da norma jurídica violada, reafirmando a intangibilidade do Direito.

Na ótica retributiva, este pensamento é tido como o único verdadeiramente compatível com a dignidade da pessoa humana. Assim, é desta lógica de tratamento da pessoa em conformidade com a sua liberdade e dignidade que brota o princípio da culpa como máxima incontornável do direito penal, isto é, ao entendimento em conformidade

¹²³ «(...) uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do facto e da culpa do agente.» Figueiredo Dias, 2001, *Cit.*, p. 68.

¹²⁴ Kant, 1798, *Die Metaphysik der Sitten, Zweites Blatt, Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre*, § 49 E, «Vom Straf- und Begnadigungsrecht», I, (= *Kant. Werke*, ed. por W. Weischedel, VII, pp. 455 e 457) *apud*. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* p. 69.

¹²⁵ Cfr. Beleza dos Santos, 1968, *Cit.* p. 161.

¹²⁶ Hegel, 1821, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (ed. Lasson), *apud*. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* p. 69.

com o qual não pode haver pena sem culpa, e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

É, precisamente, neste último ponto que assenta o grande mérito das doutrinas retributivas, por terem erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena.

No entanto, o entendimento generalizado¹²⁷ é de que, enquanto justificação para os fins das penas, devem as teorias retributivas ser de rejeitar, uma vez que uma pena aplicada visando uma ótica puramente retributiva esgota o seu sentido no mal que se fez sofrer ao delincente como expiação do mal do crime. Nesta perspetiva, a pena é entendida como uma «*entidade independente de fins*»¹²⁸, não procurando lograr, com a sua aplicação, qualquer tentativa de socialização, bem como de restauração da paz jurídica na comunidade afetada pelo crime.

3.3. A pena enquanto instrumento de prevenção: as teorias relativas

Entendem os partidários das teorias relativas que a pena consiste num mal para o agente que a sofre. No entanto, e apesar de o crime cometido ser pressuposto de aplicação da pena, esta não é, em si, voltada para o passado. O que procura realmente é que, de futuro, novos crimes não se cometam. Nas palavras de Beccaria, «*o fim das penas não é o de atormentar e infligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido*». Ao invés, as penas deveriam «*impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo.*»¹²⁹

Uma vez que a pena também é um instrumento político-criminal, é necessário que, para que esta se justifique, se utilize esse mal causado pela pena ao agente para alcançar uma finalidade que seja compatível com toda a política criminal, pois que apenas assim seria a pena adequada à função intrínseca do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos.

¹²⁷ Nomeadamente: Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* p. 70., Anabela Rodrigues, 1993, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, pp. 152 ss, Taipa de Carvalho, *Cit.* p. 324 e Beleza dos Santos, 1968, *Cit.* pp. 179 e 180. Diferentemente Cavaleiro de Ferreira, *Cit.*, p. 46 «*se a pena realiza naturalmente fins de prevenção, quer geral, quer especial, é na sua natureza retribuição ou repressão, e não devem ser ultrapassados os limites que a justiça, com base nesse critério, estabelece*».

¹²⁸ Cfr. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* p. 70.

¹²⁹ Cesare Beccaria, 1766, *Dos delitos e das penas*, trad. José de Faria Costa, 3.^a Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 84 e 85.

Assim, o entendimento das teorias relativas é que a legitimidade da pena depende da sua necessidade e eficácia para evitar a prática de crimes. Rejeitam a argumentação de que a pena se justifica a si mesma e que existe porque tem de ser, possuindo antes uma finalidade relativa e circunstancial, uma utilidade – sendo que essa utilidade se traduz na circunstância de funcionar como obstáculo à prática de novos crimes, não tanto numa ótica de realizar a justiça, mas antes de proteger a sociedade.

Estas teorias dividem-se entre as doutrinas de prevenção geral e especial, que analisaremos de seguida.

3.3.1. A pena enquanto instrumento de prevenção geral

As doutrinas de prevenção geral concebem a pena como instrumento político-criminal, visando atuar psiquicamente sobre a generalidade dos cidadãos, com o objetivo de os afastar da prática de crimes através da: ameaça penal estatuída pela lei, realidade de aplicação judicial e efetividade da sua execução.

Esta atuação estatal sobre a coletividade das pessoas assume uma dupla perspetiva:

1. A pena pode ser concebida como a forma estatalmente eleita de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se aflige ao delinquente, que as conduzirá a não cometerem crimes – fala-se, a este propósito, de *prevenção geral negativa* ou de intimidação.
2. Por outro lado, também pode a pena ser concebida como a forma que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas formas de tutela de bens jurídicos e, ainda assim, no ordenamento jurídico-penal, enquanto instrumento por excelência, destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar – é neste sentido que se fala de uma *prevenção geral positiva* ou de integração.

É louvável o essencial da doutrina da prevenção geral, que assenta, por um lado, na ideia de que as pessoas, enquanto seres racionais, ponderam as vantagens e desvantagens de adotarem determinado comportamento, pelo que a expectativa de uma condenação derivada da prática de comportamentos criminosos cria, na generalidade das pessoas, um estímulo à adoção de comportamentos em conformidade com a lei; mas também pela conclusão de que a pena tem como função primordial a legitimação da ordem vigente e a manutenção da estabilidade e da paz jurídica.

3.3.2. A pena enquanto mecanismo de prevenção especial

As doutrinas da prevenção especial entendem a pena como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente, de modo a evitar que este, no futuro, cometa novos crimes. Daí que falar nesta finalidade das penas seja sinónimo de falar em prevenção da reincidência.

Porém, divergências surgem quanto à questão de saber de que forma deve a pena cumprir aquela finalidade, identificando-se, nomeadamente, duas vertentes: uma *negativa*, e outra *positiva*.

A vertente negativa pode ser encarada numa perspetiva de intimidação individual, de acordo com a qual a pena visaria atemorizar o delinquente de uma forma tal que este sentiria receio de voltar a praticar crimes no futuro; noutra perspetiva, a pena teria subjacente uma lógica de pura defesa social, alcançada por meio da separação ou segregação do delinquente, visando, desse modo, atingir-se a neutralização da sua perigosidade social.

A vertente positiva pode ser encarada de forma a procurar alcançar a reforma moral interior do delinquente, por meio da sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica; ou, de acordo com outro entendimento, esta vertente positiva deveria traduzir-se num verdadeiro *tratamento* das tendências individuais que conduzem ao crime, de forma semelhante a como se trata um doente. Estas teorias, que se centram na educação, integração e reafirmação dos valores comunitariamente assumidos, traduzem-se numa prevenção pela integração. Consideram que a missão do direito penal não deve ser a de intimidar, mas antes uma pedagógica, de orientação de comportamentos, de reafirmação dos valores prosseguidos coletivamente, necessários para a manutenção e desenvolvimento da comunidade.

Em definitivo, aquilo que se deve procurar alcançar por meio da prevenção especial é, com respeito pelo modo de ser do delinquente, a criação das condições necessárias para que este possa, cumprida a pena, continuar a viver a vida sem cometer crimes. Assim, o propósito deverá ser o de lograr a reinserção social do agente.

Assenta na base destas teorias a conceção de que o homem é, por sua natureza, um ser suscetível de ser corrigido, pelo que a pena a lhe aplicar deve, antes de tudo, propor-se a alcançar sua correção. Nas palavras de Figueiredo Dias: «*o Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação de maior necessidade e*

carência social, a eles oferecendo – não impondo! – os meios necessários à sua (re)inserção social»¹³⁰.

3.4. Fins das Penas no Código Penal de 1982: breve análise do art. 40.º

Na exposição de motivos do diploma que procedeu à revisão do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março)¹³¹ e que formulou a redação atual do art. 40.º, afirmou-se: «*Sem pretender invadir um domínio que à doutrina pertence – a questão dogmática dos fins das penas –, não prescinde o legislador de oferecer aos tribunais critérios seguros e objectivos de individualização da pena, quer na escolha, quer na dosimetria, sempre no pressuposto irrenunciável, de matriz constitucional, de que em caso algum a pena pode ultrapassar a culpa.*»

Decorre deste normativo que as penas devem ser administradas com a finalidade de assegurar, por via da sua aplicação, a proteção de bens jurídicos (prevenção geral), bem como garantir que o agente a quem esta é aplicada tem condições para, uma vez cumprida a pena, voltar a estar socialmente integrado¹³² (prevenção especial). Da leitura do n.º 2 do artigo em análise compreendemos que o legislador, em conformidade com a exigência constitucional, colocou a culpa como limite da aplicação da pena¹³³.

Assim, conforme explica Taipa de Carvalho¹³⁴, do art. 40.º resulta que o fundamento legitimador das penas é a prevenção, tanto geral como especial, sendo a culpa pressuposto e limite máximo da pena a aplicar, por maiores que sejam as exigências sociais de prevenção.

¹³⁰ Cfr. Figueiredo Dias, Maria João Antunes, *et al*, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª Ed., GESTLEGAL, Coimbra, p. 65.

¹³¹ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>, última consulta a 28-03-2023.

¹³² No entanto, seguindo o entendimento de Maria João Antunes, 2013, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra p. 18, a finalidade primordial da pena é a proteção de bens jurídicos, tendo a reintegração do agente na sociedade um papel finalístico eventual. Contrariamente, Taipa de Carvalho, *Cit* pp. 327 e 328 afirma que «*o «fim» é a reintegração social do infractor, fim este que tem, como limite mínimo, a eventual necessidade de dissuasão do infractor da prática de futuros crimes (...) a prevenção geral constitui o limite mínimo da pena determinada pelo critério da prevenção especial.*»

¹³³ Defendendo o entendimento de que a culpa, para além de limite, desempenha também a função de fundamento da pena, v. Lourenço Martins, 2011, *Medida da Pena – Finalidades – Escolha – Abordagem Crítica de Doutrina e Jurisprudência*, Coimbra Editora, pp. 134 a 136.

¹³⁴ Cfr. *Cit.* p. 322.

3.5. Fins das penas e reincidência penal

Como explicámos, a prevenção da reincidência é uma das finalidades das penas no nosso ordenamento jurídico¹³⁵. Este entendimento leva-nos a concluir que sempre que ocorre uma situação de reincidência, é porque a condenação se revelou insuficiente para assegurar os seus fins.

Assim sendo, entendemos necessário proceder a uma análise do atual regime punitivo da reincidência penal, para podermos avaliar até que ponto é coerente com os fins das penas o sentido que o legislador penal confere ao regime da reincidência.

¹³⁵ Cfr. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.* p. 78.

4. REINCIDÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

4.1. Breve viagem ao passado: reincidência na história

Como nos explica Eduardo Correia¹³⁶, sempre esteve de alguma forma presente nos sistemas criminais a ideia de que a pena devia ser agravada em função da frequência da atividade criminosa¹³⁷. Por isso, desde muito cedo que os agentes reincidentes viram a reiteração da sua conduta criminosa ser punida com uma maior severidade.

Salientamos como exemplo o *Manava Dharma Sastra*, obra redigida entre os anos 200 a. C e 200 d. C, que continha o conjunto de regras que regulavam o comportamento humano na civilização hindu, que condenava a prática de um crime de furto com o corte de dedos, o segundo com a amputação de um pé ou mão e o terceiro com pena de morte¹³⁸.

Também no Direito Romano¹³⁹ e medieval¹⁴⁰ se conferia uma particular relevância à recaída delituosa do agente, entendendo-se necessário aplicar uma pena mais severa aos agentes reincidentes, de modo a reprimir o hábito de delinquir. Esta agravação nunca foi, porém, elevada a uma máxima geral.

Configurada nos termos em que estava, não era possível conceber uma clara distinção entre reincidência penal e outros fenómenos que configurassem situações de pluralidade criminosa, nomeadamente a *acumulação de crimes*¹⁴¹. Comprova-o o facto de Dahm¹⁴², escrevendo a propósito do conceito de reincidência dominante no período da alta Idade Média, determinar que verdadeiramente relevante para o fenómeno era a *habitualidade da delinquência*.

¹³⁶ Cfr. 1961, *Cit.*, p. 49.

¹³⁷ Sobre a dificuldade em precisar uma época histórica em que primeiro surgiu esta prática, v. nota de rodapé n.º 1.

¹³⁸ Livro IX-277 *apud*. Helena Susano, *Cit.*, pp. 15 e 16.

¹³⁹ Cfr. *Digesto* 48, 19 *apud*. Helena Susano, *Cit.* p. 17.

¹⁴⁰ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 49 e Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* p. 258. Não nos foi possível determinar em que legislação vigente na época do direito medieval resultaria a punição da reincidência, por falta de especificação nas fontes consultadas.

¹⁴¹ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 258; Helena Susano, *Cit.* p. 17 e Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 49.

¹⁴² *In Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, p. 298, *apud*. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 49.

Foi graças à doutrina de Farinacio¹⁴³ que o conceito de reincidência penal realmente se autonomizou dos demais fenómenos de pluralidade criminosa. No sec. XVIII, este Autor italiano deixou a sua marca ao apontar a exigência de condenação anterior como pressuposto essencial da reincidência, tendo esta, a partir daí, passado a atestar a incorrigibilidade do condenado, reflexo do seu desprezo pela solene advertência da condenação anterior. De acordo com este Autor, para um agente ser punido como reincidente, seria necessário que tivesse sido condenado em momento anterior; recaísse na prática de crimes homogêneos e que não tivessem decorrido mais de três anos, pois aí deixaria de se verificar a presunção base do conceito¹⁴⁴.

Quando, no início do sec. XIX, os legisladores procuraram fixar as causas de agravamento da pena, tentaram limitar o conceito de reincidência penal com base nas ideias já traçadas pela doutrina de Farinacio¹⁴⁵. Efetivamente, a influência deste Autor sente-se até aos dias de hoje, sendo os códigos modernos unânimes na exigência de uma condenação prévia como pressuposto da reincidência¹⁴⁶.

4.1.1. Na codificação penal portuguesa

Também na nossa história legislativa vivemos alturas em que inexistia qualquer autonomia conceptual entre os conceitos de *acumulação de crimes* e *reincidência penal*.

Tal era a situação durante a vigência das **Ordenações**¹⁴⁷, em que o efeito agravante da reiteração criminosa apenas se encontrava previsto para certos tipos legais de crime, como era o caso do crime de furto. Ao juiz era conferido um amplo arbítrio para proceder à determinação concreta da pena, uma vez que a agravamento, em casos de reincidência, seria de carácter facultativo¹⁴⁸.

¹⁴³ Cfr. Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* p. 50; Eduardo Correia, 1961, *Cit.* p. 50; Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 258 e Helena Susano, *Cit.* p. 19. Não nos é possível, no entanto, identificar o nome da obra ou as páginas em que o autor expõe a sua doutrina, por falta de indicação nas fontes bibliográficas elencadas.

¹⁴⁴ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.* p. 50.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 50 e 51.

¹⁴⁶ Veja-se, nomeadamente: o código penal português (art. 75.º) e o código penal espanhol (art. 22.º).

¹⁴⁷ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.* p. 81; Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 260 e Helena Susano, *Cit.* p. 20. Não nos foi possível determinar quais das ordenações ou em que norma a reincidência estaria prevista, por esta informação não constar das obras consultadas.

¹⁴⁸ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 20.

Foi com o **Código Penal de 1852**¹⁴⁹ que a reincidência foi consagrada, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, como agravante modificativa comum, como previa o seu art. 19.º, do qual constava «*São circunstâncias agravantes (...) 21.ª a reincidencia*».

De acordo com o art. 85.º, «*A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, comete outro crime da mesma natureza, antes de terem passados dez anos desde a dita condenação, e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada*».

Do texto legal podemos observar que o nosso legislador de 1852, na esteira da já mencionada doutrina de Farinacio, veio determinar a necessidade da existência de uma sentença, já transitada em julgado, referente à prática do crime prévio, permitindo distinguir reincidência penal de acumulação ou concurso de crimes.

Esta agravação cingiu-se às situações em que os crimes perpetrados fossem da mesma natureza, por entender que seria decorrência da prática de atos análogos que o agente revelaria um hábito criminoso¹⁵⁰. Assim, a agravação da pena aplicar-se-ia a situações em que a reincidência em causa fosse *homótopa*, desde que ocorresse no prazo de 10 anos, não sendo necessário o efetivo cumprimento da pena.

O art. 86.º determinava a consequência da condenação como reincidente: «*No caso de reincidencia, se a pena do último crime for perpetua, será o criminoso condenado na imediata superior perpetua, excepto na pena de morte. Se a pena do ultimo crime fôr temporária, será condenado o criminoso no maximo da mesma pena temporária agravada*». A pena seria, assim, sempre elevada em caso de reincidência.

A **Reforma Penal de 1884**¹⁵¹ veio alterar a legislação existente a respeito da reincidência. Do seu art. 25.º constava que «*Dá-se a reincidencia quando o agente, tendo sido condenado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro*

¹⁴⁹ Disponível no *website* da Universidade Nova de Lisboa, em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>, consultado, pela última vez a 28-03-2023.

¹⁵⁰ O CP de 1852 deixou-se influenciar pela doutrina de Chauveau e Hélie, que entendiam precisamente que a reincidência apenas poderia ser legitimamente considerada agravante quando fosse reveladora de uma habitualidade criminosa, o que necessariamente resultaria da prática de crimes da mesma natureza, cfr. Helena Susano *Cit.* p. 21.

¹⁵¹ Disponível no *website* da Universidade Nova de Lisboa, em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>, consultado pela última vez a 28-03-2023.

*crime da mesma natureza, antes de terem passado oito annos desde a dita condemnação, ainda que a pena do primeiro crime tenha sido prescripta ou perdoada.»*¹⁵².

Com esta alteração, o período temporal durante o qual poderia dar-se a agravação decorrente de reincidência foi reduzido de 10 para 8 anos.

Apesar de a norma acerca da reincidência circunscrever a sua aplicação a *crimes da mesma natureza*, nas situações em que não se verificasse esta homogeneidade, nos termos do art. 24.º 33.ª alínea, teria lugar também um agravamento da pena, por decorrência da *sucessão de crimes*. O art. 27.º veio esclarecer que «*Verifica-se a sucessão de crimes nos termos declarados no artigo 25.º, sempre que os crimes não sejam da mesma natureza e sem atenção ao tempo que mediou entre a primeira condemnação e o segundo crime, ou sempre que, sendo da mesma natureza, tenham passado mais de oito annos entre a condemnação definitiva pelo primeiro e a perpetração do segundo.*»¹⁵³.

Alterações à figura da reincidência apenas se voltaram a verificar com a **Reforma de 1954**¹⁵⁴. Passou a constar do art. 100.º que «*No caso de reincidência observar-se-á o seguinte:*

1.º - Se a pena aplicável for a de prisão maior, a agravação correspondente à reincidência será igual a metade da diferença entre os limites máximo e mínimo da pena. A medida da agravação poderá, no entanto, ser reduzida, se as circunstâncias relativas à personalidade do delinquente o aconselharem, a um aumento da pena igual à duração da pena aplicada na condenação anterior.

A medida da pena será ainda elevada com metade do aumento determinado, no caso de segunda reincidência.

2.º - Se a pena aplicável for de prisão, a agravação constituirá em aumentar o máximo e o mínimo da pena de metade da duração máxima da pena aplicável.»

¹⁵² Para uma leitura detalhada sobre a motivação do legislador penal para levar a cabo estas alterações, v. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, pp. 82 e 83.

¹⁵³ Acerca da razão de ser desta introdução, escreveu o legislador penal no Relatório que precedeu a proposta da Nova Reforma que a agravação se justificava porque o agente que comete um novo crime num momento posterior a ter já sido condenado por outro, mostra uma propensão criminosa, uma presuntiva incorrigibilidade ou, pelo menos, nenhum propósito de emenda bem como desprezo pela autoridade da lei, *apud.* Beleza dos Santos, 1942, *Cit.*, pp. 68 e 69.

¹⁵⁴ Disponível em <https://files.dre.pt/gratuitos/1s/1954/06/12200.pdf>, consultado pela última vez a 28-03-2023.

Com esta alteração, a medida da agravação da pena passou a encontrar-se sujeita a uma análise casuística do juiz, até então não expressamente consagrada na lei¹⁵⁵.

Esta redação permaneceu inalterada até ao **Código Penal de 1982**, atualmente em vigor. Com a entrada em vigor deste Código, que trata da reincidência penal nos arts. 75.º e 76.º, foram introduzidas algumas alterações: passou a ser necessário que o crime a julgar fosse punido com pena de prisão efetiva superior a 6 meses; a pena deveria ter sido, total ou parcialmente, cumprida; o prazo de prescrição da reincidência foi reduzido para 5 anos, sendo que o tempo durante o qual o agente cumpriu a pena ou medida de segurança privativa da liberdade não é contado neste prazo de prescrição; desapareceu, ademais, a referência a «*crimes da mesma natureza*», passando, assim, a reincidência a englobar tanto os casos em que os crimes perpetrados são da mesma, como de diferente natureza¹⁵⁶.

Ademais, colocou-se um acento tónico no requisito de que a condenação anterior não tenha servido de suficiente advertência contra o crime, centrando-se, assim, na necessidade da verificação da culpa do agente¹⁵⁷.

A punição da reincidência passou a estar prevista no art. 76.º. Por efeito deste artigo, a pena concreta a aplicar ao agente reincidente sofre uma elevação de 1/3 do limite mínimo da pena aplicável ao crime, salvo se exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações prévias. Já o limite máximo, este, por sua vez, permanece inalterado.

Por fim, com a alteração introduzida pelo decreto-lei n.º 132/93 de 23/04, deixou de ser necessário qualquer tipo de cumprimento efetivo da pena, passando a ser suficiente a mera condenação prévia. Assim chegamos à legislação atualmente vigente a propósito da reincidência penal, que será mais detalhadamente desenvolvida de seguida.

4.2. Reincidência no Código Penal português

Feito o prévio enquadramento histórico, cumpre esclarecer que atualmente a reincidência tem previsão legal nos arts. 75.º e 76.º CP.

¹⁵⁵ Cfr. Helena Susano, *Cit.* p. 28.

¹⁵⁶ Muitas destas alterações deveram-se a Eduardo Correia, como vimos no subcapítulo 2.5.2.3., *supra*.

¹⁵⁷ Cfr. *Actas, Cit.*, p. 144.

À luz da atual lei penal, a reincidência é uma circunstância modificativa agravante geral do crime, que dá origem a uma nova penalidade¹⁵⁸. É uma «*circunstância*», ou seja, um pressuposto que contende para a maior ou menor gravidade do crime como um todo, relevando para a determinação da pena¹⁵⁹. É «*geral*» ou «*comum*» uma vez que o seu regime se pode aplicar independentemente do tipo legal de crime que esteja em causa no caso concreto e é «*agravante*», uma vez que, verificando-se todos os elementos necessários, dá-se a conseqüente modificação da moldura penal a aplicar àquele caso concreto, elevando-a no seu mínimo¹⁶⁰.

Nos números seguintes explicaremos o regime legal da reincidência.

4.2.1. Pressupostos de aplicação da reincidência – análise do artigo 75.º CP

Da leitura do art. 75.º CP, concluímos que para a reincidência ter aplicação no caso concreto, é necessário que se verifiquem cinco pressupostos e um requisito. Os pressupostos são os seguintes: o crime pelo qual o agente está a ser presentemente acusado deve ser doloso; ambos os crimes devem ser punidos com pena de prisão superior a 6 meses; a prévia condenação tem de ter transitado em julgado; a reiteração criminosa tem de ter ocorrido dentro do prazo de prescrição da reincidência (5 anos). A exigência feita pelo requisito material é que a prévia condenação não tenha servido de suficiente advertência contra o crime.

Nos números que se seguem, procederemos a uma análise detalhada de cada um dos elementos essenciais da figura em apreço.

4.2.1.1. Prática de um crime por si só ou sob qualquer forma de participação

Para efeitos de declaração da reincidência, é indiferente qual a forma concreta de participação do agente – autor imediato, mediato, coautor ou cúmplice¹⁶¹.

¹⁵⁸ Cfr. Germano Marques da Silva, 2008, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, Verbo, p. 171

¹⁵⁹ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* pp. 199 e 200.

¹⁶⁰ Cfr. Germano Marques da Silva, 2008, *Cit.* p. 171.

¹⁶¹ Para uma leitura mais aprofundada a propósito destes conceitos, v. Germano Marques da Silva, 2015, *Direito Penal Português Teoria do Crime*, 2.ª Ed., Universidade Católica Editora, pp. 357 a 375.

4.2.1.2. Que o crime cometido seja doloso

A lei exige que tanto o crime previamente praticado pelo agente como aquele quanto ao qual ele está a ser julgado sejam dolosos. Ou seja, para se poder aplicar o regime da reincidência, no caso concreto, deve estar em causa a concretização de um resultado querido e previsto pelo agente, vedando-se, por este meio, a aplicabilidade da figura entre crimes dolosos e negligentes¹⁶².

A doutrina não é, no entanto, unânime no que toca à justificação deste pressuposto.

No entendimento de Eduardo Correia, este justifica-se devido ao facto de a negligência ser sempre uma circunstância excecional e representar uma particular exigência feita às pessoas¹⁶³.

Diferentemente, Figueiredo Dias justifica esta exigência com base na conceção de que apenas relativamente a crimes que sejam previstos e queridos pelo agente, e que sejam fundamentados numa atitude contrária às normas jurídico-penais, é que ganha sentido o requisito material da reincidência, da não motivação do agente pela advertência contida na prévia condenação¹⁶⁴.

Este pressuposto não é, no entanto, aceite pela totalidade da doutrina, como nos explica Helena Susano¹⁶⁵. Em sentido divergente saliente-se a opinião de Coelho de Barros¹⁶⁶, que entende que a omissão do dever de cuidado apropriado para impedir a concretização de um tipo legal de crime não inviabiliza a penalização da censurável atitude interna do agente que se concretizou no facto criminoso. Constituindo o dever violado uma exigência de ordem pública, desrespeitado pelo agente devido à sua conduta imprudente, deverá essa mesma conduta ser passível de censura apta a fazer aplicar o instituto da reincidência¹⁶⁷. Assim, entende este Autor, que nada impede que o juiz determine que a condenação anterior não serviu de suficiente advertência contra o crime em situações em que um dos crimes seja doloso e outro negligente, ou mesmo ambos negligentes.

¹⁶² Contrariamente ao que sucedia no CP vigente em 1886.

¹⁶³ Cfr. *Actas, Cit.*, p. 144.

¹⁶⁴ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* p. 264.

¹⁶⁵ Cfr. *Cit.* p. 100.

¹⁶⁶ Cfr. A. Coelho de Barros, 1983, *A Reincidência no Código Penal Português*, Lisboa, p. 82, *apud.* Helena Susano, *Cit.* p. 100.

¹⁶⁷ Helena Susano concorda com a argumentação apresentada por Coelho de Barros, com especial incidência no que à matéria de acidentes rodoviários diz respeito, cfr. *Cit.* pp. 100 e 101.

4.2.1.3. Punição em prisão por mais de seis meses

Para ser declarada a reincidência, é necessário que ambos os crimes sejam punidos com uma pena de prisão efetiva de duração superior a 6 meses.

A delimitação sob análise pretende reservar a aplicabilidade da mencionada agravante apenas para crimes de uma certa gravidade¹⁶⁸, visando também o propósito de afastar a criminalidade bagatelar¹⁶⁹.

Maia Gonçalves¹⁷⁰, Leal-Henriques e Simas Santos¹⁷¹ defendem a relevância, para verificação deste pressuposto, da revogação da suspensão da pena, nos casos em que seja superior a 6 meses.

Arredadas ficam, no entendimento de Figueiredo Dias¹⁷², Maia Gonçalves¹⁷³, Leal-Henriques e Simas Santos¹⁷⁴, as penas de prisão em sentido próprio, previstas nos arts. 45.º e 46.º CP, uma vez que consubstanciam formas de execução de uma pena de prisão.

4.2.1.4. Que a condenação anterior tenha transitado em julgado

Uma decisão judicial considera-se transitada em julgado quando não seja mais suscetível de alteração, tendo-se consolidado na ordem jurídica.

O objetivo deste pressuposto é garantir que a sentença pela qual o agente foi previamente condenado não seja mais passível de ser modificada, encontrando-se, portanto, marcada pelo cunho da inalterabilidade.

Assim, em rigor, só depois do trânsito em julgado é que a condenação anterior ganha a sua função de solene advertência do agente¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Cfr. *Actas, Cit.*, p. 144

¹⁶⁹ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, pp. 264 e 265.

¹⁷⁰ Cfr. Maia Gonçalves, 2001, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, em anotação ao art. 75.º, nota 3 p. 254.

¹⁷¹ Cfr. *Código Penal Anotado*, 4.ª ed., Porto, Rei dos Livros, 2016, em anotação ao art. 75.º, Helena Susano, *Cit.*, p. 101.

¹⁷² Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* p. 264.

¹⁷³ Cfr. Maia Gonçalves, 2001, *Cit.*, p. 254.

¹⁷⁴ Cfr. *Código Penal Anotado, Cit.*, em anotação ao art. 75.º, *apud.* Helena Susano, *Cit.*, p. 101.

¹⁷⁵ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 265.

Atualmente a nossa lei já não exige o efetivo cumprimento da pena. Entende-se suficiente o trânsito em julgado, por só de si consistir na recordação de um processo que culminou com uma sentença condenatória.

Assim, mesmo que não se tenha verificado a execução da pena privativa de liberdade, o condenado correu o risco de a ter de cumprir e sofreu tudo o que resulta do decurso do processo e da situação de arguido¹⁷⁶. Falamos de alguém que, por força de uma prévia condenação, viu o seu dever de agir em conformidade com o direito reforçado, sendo «*a sua culpa maior do que se não a tivesse sofrido*»¹⁷⁷.

No entanto, esta exigência de cumprimento ou não da pena imposta pela condenação anterior é, ainda, discutida. Foi debatida na Comissão Revisora do Código Penal, sendo que das respetivas Atas¹⁷⁸ ressaltam as diversas opiniões sobre o tema: Sidónio Rito, por exemplo, defendia a necessidade do cumprimento efetivo da pena de prisão, uma vez que «*o delinquente que não cumpriu pena não teve oportunidade de sentir sobre si os efeitos da readaptação social*»¹⁷⁹, o que tornaria menos grave a repetição criminosa.

Guardado Lopes, em sentido concordante, defendeu que só quando a pena anterior foi total ou parcialmente cumprida é que haveria fundamento para a agravação motivada pela reincidência, uma vez que só aí se poderia realmente dizer que a pena anterior foi insuficiente, tornando-se, portanto, necessária uma mais lata com o objetivo de alcançar a recuperação social do delinquente¹⁸⁰.

Em sentido divergente, saliente-se a posição de Figueiredo Dias¹⁸¹, para quem essa exigência era duvidosa, uma vez que o fundamento da agravação da pena da reincidência se relaciona apenas com a desatenção do agente pela solene advertência contida na condenação anterior. Assim, inexistiria razão para exigir o cumprimento, quer total quer parcial da pena.

¹⁷⁶ Cfr. Beleza dos Santos, 1942, *Cit.* p. 52

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ Cfr. *Cit.* pp. 145 e 146.

¹⁷⁹ *Ibidem.*, p. 145.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, p. 146.

¹⁸¹ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, p. 267.

4.2.1.5. «Prescrição» da reincidência

Como já foi objeto de análise *supra*¹⁸², a aplicabilidade da reincidência sempre esteve sujeita a um limite temporal, dentro do qual deveria dar-se a prática do crime ulterior. Foi o legislador de 1982 quem determinou este concreto prazo de cinco anos, previsto no n.º 2 do art. 75.º CP.

Assim, para a agravante da reincidência ter aplicação no caso concreto, torna-se necessário que entre o momento da prática do primeiro e segundo crimes não tenham decorrido mais de cinco anos.

Este hiato temporal, designado como «*prazo de prescrição da reincidência*», determina que, decorrido este tempo, o primeiro crime deixa de ser considerado para efeitos de reincidência, por não se entender mais possível concluir que o agente não foi devidamente advertido com a condenação anterior, pelo que não se pode afirmar ter havido um desrespeito desta com a prática do ulterior crime¹⁸³.

Isto significa que, nos casos em que não seja possível proceder à respetiva averiguação no caso concreto, em conformidade com o princípio do *in dubio pro reo*, não se aplicará o regime legal da reincidência.

Na letra da lei, o legislador esclareceu que, na contagem deste prazo, não é computado o tempo em que o agente esteve privado da liberdade, por se entender que, nessas condições, não funciona em pleno a advertência feita pela prévia condenação, o que torna impossível verificar se esta teve ou não qualquer impacto no delinquente.

Assim, para este cômputo de cinco anos desconsideram-se: as medidas processuais privativas da liberdade de prisão preventiva (art. 202.º CPP), bem como a obrigação de permanência na habitação (art. 201.º CPP), a pena de prisão (arts. 41.º e 42.º CP), tal como a respetiva substituição pelo regime de permanência na habitação (art. 43.º n.º 1 al. A CP), bem como o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida de segurança privativa da liberdade.

¹⁸² V. subcapítulo 4.1.1. *supra*, a propósito da evolução da reincidência penal no ordenamento jurídico português.

¹⁸³ Como explica o Ac. do STJ de 22.11.2006, Processo N.º 3166/06 – 3.ª secção, relator Armindo Monteiro, disponível em www.dgsi.pt: «*a ocorrência de tal prazo – prescrição da reincidência – significa que não é possível jamais estabelecer-se uma conexão material entre os crimes que permita reconduzir o último a uma desatenção, a uma desconsideração do agente à advertência contida na anterior condenação.*»

4.2.2. Requisito material

A reincidência não está consagrada na nossa lei como um instituto de efeito automático. A perpetração, levada a cabo pelo mesmo agente, de um crime, após condenação e cumprimento de pena, não significa necessariamente que a conduta em análise seja mais censurável.

Assim sendo, para o agente ser punido como reincidente, deve-se verificar o requisito a que alude a parte final do n.º 1 do art. 75.º CP, se «*o agente for de censurar por a condenação ou condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime*».

Este é um requisito material, que se reporta à personalidade do agente. A sua inserção legal justifica-se por ser no desrespeito ou desatenção do agente por esta advertência que o legislador encontra fundamento para uma maior censura e, portanto, para uma culpa agravada relativa ao facto cometido pelo reincidente¹⁸⁴.

Assim sendo, torna-se necessário averiguar caso a caso as circunstâncias concretas em que ocorreram os crimes, de modo a afastar a possibilidade de se tratar de um simples delinquente pluriocasional, que terá reincidido por causas fortuitas ou exógenas, que extravasam a sua personalidade, v. g. provocação ou estado de necessidade¹⁸⁵, já que nesta situação não se pode realmente falar numa culpa agravada do agente por não ter tomado em consideração o aviso contido na condenação anterior.

4.2.3. Condenações proferidas por tribunais estrangeiros e reincidência

Foi o legislador de 1982 que deixou claro, na letra da lei (n.º 3 do art. 75.º), que a circunstância de o agente ter sido previamente condenado por um tribunal estrangeiro não obsta à sua condenação como reincidente, desde que o facto em causa seja considerado crime doloso de acordo com a lei portuguesa.

Esta era uma alteração que já vinha sendo proclamada pela doutrina: Eduardo Correia¹⁸⁶ alegava que proceder de outra forma seria revelador de uma exagerada desconfiança nas decisões estrangeiras. No mesmo sentido, Cavaleiro de Ferreira¹⁸⁷

¹⁸⁴ Cfr. *Actas, Cit.* p. 144.

¹⁸⁵ Cfr. Eduardo Correia, 1961, *Cit.*, p. 97.

¹⁸⁶ Cfr. Eduardo Correia colab. Figueiredo Dias, 2001, *Cit.*, p. 172.

¹⁸⁷ Cfr. *Cit.*, pp. 658 e 659.

entendia a desconsideração das sentenças estrangeiras como um exagero dos corolários do princípio da exclusiva competência dos tribunais nacionais para a aplicação da lei portuguesa.

4.2.4. Prescrição, amnistia, perdão genérico e indulto

Foi em 1995 que o legislador determinou, no n.º 4 do art. 75.º CP, que a amnistia, o perdão genérico e o indulto¹⁸⁸ não obstam à condenação do agente como reincidente.

A amnistia e o perdão genérico são concedidos pela Assembleia da República, em conformidade com o disposto no art. 161.º al. f) da CRP. Já o indulto é concebido pelo Presidente da República, uma vez ouvido o Governo, como determina o art. 134.º al. f) da Lei Fundamental.

A responsabilidade criminal extingue-se por meio da amnistia, perdão genérico e o indulto, nos termos do art. 127.º n.º 1 CP, estando a amnistia sujeita a controlo jurisdicional.

Relativamente aos efeitos jurídicos destas figuras, a amnistia faz extinguir o procedimento criminal, sendo que, caso tenha havido prévia condenação, por meio da amnistia, cessa tanto a execução da pena e dos seus efeitos, como da medida de segurança. Tanto o perdão genérico como o indulto extinguem a pena no todo ou em parte, podendo o indulto substituí-la por uma pena mais favorável prevista na lei, em conformidade com o art. 128.º CP. No entanto, o indulto, diferentemente da amnistia, produz efeitos para o futuro.

No contexto penal, podemos tanto falar da prescrição do procedimento criminal, prevista no art. 118.º CP, como da prescrição da pena, que consta do art. 122.º CP. Convém esclarecer que apenas o último caso pode ser contabilizado para efeitos de reincidência, uma vez que na prescrição do procedimento criminal não houve sequer uma condenação prévia, que é um pressuposto fundamental para a declaração de reincidência.

¹⁸⁸ Por não serem uma temática central ao nosso trabalho, não desenvolveremos detalhadamente as figuras da prescrição, amnistia, perdão genérico e indulto. Assim, para uma leitura mais aprofundada, v. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa., pp. 553 a 557 e Maia Gonçalves, *Cit.* pp. 406 a 416.

Também quanto à amnistia, esta subdivide-se em própria e imprópria¹⁸⁹, ocorrendo a primeira num momento prévio ao julgamento e, portanto, prévio à condenação. É evidente que o n.º 4 do art. 75.º CP se refere apenas à amnistia *imprópria*, ou seja, àquela que impede a execução da pena de delinquentes condenados previamente, uma vez que para considerar nestes termos a amnistia própria seria necessário presumir-se a culpa¹⁹⁰.

O perdão genérico e o indulto apenas se referem à pena, extinguindo-a no todo ou em parte, pelo que não obstam à condenação como reincidente, desde que se verifiquem as demais exigências do art. 75.º

Apesar deste não ser o principal tema do presente trabalho, dúvidas nos suscitam a propósito da relevância que é dada, em termos de aplicação do regime da reincidência, a estes mecanismos de extinção da responsabilidade criminal, sobretudo no que à amnistia imprópria diz respeito.

A amnistia apaga a natureza criminal de determinados factos ocorridos¹⁹¹. Assim, por uma ficção jurídica, para o futuro tudo se passa como se esses factos nunca pudessem ter sido incriminados¹⁹², porque a conduta do arguido deixa de ser considerada criminosa perante o ordenamento jurídico. Assim, não nos é possível descortinar a razão pela qual uma prévia condenação do agente referente a um facto atualmente destituído de relevância jurídica suficiente para ser objeto de proteção penal, deva relevar para agravar a sanção por meio da aplicação do regime jurídico da reincidência.

Esta solução pode acarretar um risco de inconstitucionalidade material, parecendo-nos conflituante com o princípio da presunção de inocência, pois deixando o facto praticado de ser crime, o agente deve considerar-se inocente para todos os efeitos penais, inclusive a reincidência. Ainda, também consideramos que o entendimento em análise obsta à paz processual do arguido, que, por decorrência da despenalização da conduta penal, goza de uma expectativa legítima de não ser mais

¹⁸⁹ Distinção comumente feita tanto pela doutrina, como jurisprudência. A mero título de exemplo, v. Helena Susano, *Cit.* p. 113 e Ac. STJ de 19.10.1995 Processo n.º 043490, relator Lopes Pinto, disponível em www.dgsi.pt

¹⁹⁰ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Cit.* p. 557.

¹⁹¹ Cfr. Maia Gonçalves, *Cit.* p. 409.

¹⁹² *Ibidem.*

confrontado com ponderações acerca da sua responsabilidade decorrente dos factos elencados no processo.

4.2.5. Efeitos da condenação como reincidente

Consta do art. 76.º CP o conjunto de atos que o juiz deverá levar a cabo de modo a aplicar a pena concreta ao agente reincidente.

Em primeiro lugar, deve o juiz averiguar se no caso concreto está em causa uma situação que justifique a aplicação de uma pena relativamente indeterminada¹⁹³, nos termos do art. 83.º CP, uma vez que a aplicação da mencionada figura prevalece sobre a reincidência, em conformidade com o disposto no n.º 2 do art. 76.º. Tal significa que, *ab initio*, o juiz deve procurar averiguar se o agente é um *delinquente por tendência* ou *alcoólico* ou equiparado, nos termos do art. 86.º CP.

Posteriormente, o juiz deve determinar a pena que seria aplicada ao sujeito se este não fosse condenado como reincidente, respeitando os critérios gerais previstos no art. 71.º CP. Só assim pode o juiz determinar se o novo crime pelo qual o agente está a ser condenado é punido com prisão efetiva superior a 6 meses.

Concluído este passo e verificando-se o requisito da punição em prisão efetiva superior a 6 meses, cabe ao tribunal calcular a moldura penal da reincidência – nos termos do n.º 1 do art. 76.º, esta sofre o aumento de um terço do limite mínimo, permanecendo inalterado o limite máximo previsto para o tipo de crime em causa.

Com base na nova moldura penal, cabe ao juiz proceder à determinação da pena concreta que deve ser aplicada ao agente, com base nos critérios gerais constantes do art. 71.º CP.

Por fim, feita a determinação da medida concreta da pena a ser aplicada ao reincidente, esta deve ser comparada com a pena que lhe caberia caso este não fosse condenado como reincidente, para que seja possível cumprir com a parte final do n.º 2 do art. 76.º «*A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores*». Assim, ao consagrar-se esta exigência de proporcionalidade, impede-se que uma condenação anterior conduza a, por efeito da reincidência, uma agravação desproporcionada da pena devido ao crime antecedente.

¹⁹³ Não entraremos em considerações aprofundadas acerca da pena relativamente indeterminada. Para uma leitura mais completa a propósito desta figura, v. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* pp. 555 a 592 e Maria João Antunes, 2013, *Cit.* pp. 111 a 119.

Como nos explica Figueiredo Dias¹⁹⁴, assim é, de modo a «evitar (...) a consequência de agravar desproporcionadamente a medida da pena pelo crime anterior».

4.3. Requisito material da reincidência: aprofundamento

Como já tivemos oportunidade de aprofundar noutras passagens, é, no nosso ordenamento jurídico, à semelhança de outros, pacificamente aceite que a pena agravada, reservada para as situações em que o agente seja reincidente na sua atuação penal, se justifica porque o autor, no caso concreto, é portador de uma *culpa agravada*, uma vez que, apesar de ter sido, num momento prévio, condenado, pelo menos uma vez, a advertência contida na condenação não foi suficiente para inibir o agente de voltar à prática de crimes.

A nossa jurisprudência tem defendido, nas suas decisões, precisamente este entendimento, salientando-se, como exemplo demonstrativo, o acórdão do STJ de 6 de novembro de 2019¹⁹⁵: «a agravativa (nominada) da reincidência colhe justificação no facto de ocorrer uma necessidade preventiva da prática do delito e uma necessidade de fazer sentir a intensidade da acção do direito penal no modo de conduzir a vida de um determinado sujeito».

É, assim, a *culpa* do agente o elemento que desempenha um papel determinante na reconstrução da moldura penal abstrata da reincidência.

A *culpa* define-se como «um juízo de censura do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico»¹⁹⁶. Ou seja, a atuação do agente é culpável porque este tinha a possibilidade de adotar um comportamento em conformidade com o Direito tendo, no entanto, optado por não o fazer.

Ora, a forma que o juiz tem de proceder à determinação da culpa concreta do agente reincidente passa pela averiguação, no caso concreto, do requisito material da reincidência. Ou seja, em conformidade com o artigo 75.º do CP, deve ser o agente «de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime».

¹⁹⁴ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* p. 273.

¹⁹⁵ Processo n.º 231/18.7PAVNG.P1, Relator: Gabriel Catarino, 3.ª Secção, disponível em www.dgsi.pt

¹⁹⁶ Cfr. Germano Marques da Silva, 2015, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, 2.ª Ed., Universidade Católica Portuguesa Editora, p. 226.

Em conformidade com o artigo 41.º CP, sabemos que o legislador previu, no n.º 2, a culpa do agente como limite da sua punição penal. Resulta, assim, do *princípio da culpa* que ninguém pode ser punido se não for possível reconduzir a sua ação a um juízo de censura, e, também, que ninguém pode ser punido em termos mais severos do que a culpa que demonstrou na sua atuação.

Sabemos que na reincidência, concretamente, do que se fala é de um juízo de censura *acrescida*, ou seja, entende-se que no atual momento punitivo é o agente mais censurável porque já fora advertido das consequências nefastas da sua escolha pela via do crime, por meio da sanção penal que lhe foi aplicada.

De qualquer modo, este juízo de censurabilidade acrescido, para ser compatível com as decorrências resultantes do *princípio da culpa*, não deixa de ter de ser comprovado no caso concreto, uma vez que as consequências decorrentes da reincidência, no nosso ordenamento jurídico, não têm aplicação automática¹⁹⁷.

Assim, para que um determinado agente possa ser condenado como reincidente, afigura-se indispensável que do caso concreto resulte evidenciado que atuou como atuou *porque* não se deixou influenciar satisfatoriamente pela condenação prévia e que, por isso, esta sua atitude justifica um juízo de censura acrescido. Não deve ser o agente punido como reincidente apenas pelo facto de já ter cometido um crime, em momento prévio. Comprovando-o, saliente-se o entendimento presente no Ac. STJ de 6 de setembro de 2022¹⁹⁸, em que se determinou que a simples existência de condenações anteriores não é suficiente para a condenação do agente como reincidente, exigindo-se uma *«específica comprovação factual, de enunciação dos factos concretos»* que nos permita concluir que a reincidência *«se explica por o arguido não ter sentido e interiorizado a admoção contra o crime»*, presente na prévia condenação, que já transitara em julgado, que nos faz concluir pela *«falência desta no que respeita ao desiderato dissuasor»*.

Assim sendo, como nos explica Paulo Pinto de Albuquerque¹⁹⁹, este requisito material deve ser provado de acordo *«com as regras gerais do processo, não havendo qualquer presunção, mesmo ilidível, de que a anterior condenação não serviu ao delinvente de prevenção contra o crime»*.

¹⁹⁷ Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.* p. 268.

¹⁹⁸ Processo n.º 218/21.2JACBR.C1.S1, 3.ª secção, Relatora Teresa de Almeida, disponível em www.dgsi.pt

¹⁹⁹ Cfr. *Cit.* p. 405

Como concretizou o Ac. TRC de 16.12.2015²⁰⁰: «*A reincidência não se deve concluir dos factos, mas deve incidir sobre factos próprios que a integrem*», ou seja, devem ser alegados e provados factos que a demonstrem, atendendo à natureza do princípio do acusatório em processo penal, devendo ser submetido ao contraditório.

No entanto, recolher os elementos necessários para conseguir proceder à devida demonstração desta culpa agravada, é, muitas vezes, uma árdua tarefa para o julgador. Afinal, de que critérios nos podemos socorrer para conseguirmos proceder a esta demonstração? Em conformidade com um excerto, retirado de um Ac. TRC de 30.05.2012²⁰¹, alguns dos critérios que o juiz deve tomar em conta são a «*ausência voluntária de hábitos de trabalho*», bem como ponderações decorrentes da «*personalidade do arguido*», que nos permitam chegar à conclusão que entre os crimes «*existe uma íntima conexão, nomeadamente a nível de motivos e forma de execução*», que seja relevante, em termos de censura e culpa, que nos faça concluir que a «*reiteração radica na personalidade do arguido, onde se enraizou um hábito de praticar crimes*», pelo que a anterior condenação em pena de prisão efetiva «*não serviu de suficiente advertência contra o crime*».

Ainda, o Ac. TRC de 16.12.2015 considerou elementos relevantes «*o modo de ser do arguido, a sua personalidade, bem como a sua postura relativamente aos crimes anteriormente praticados*», para poder discernir se a prévia condenação lhe serviu de suficiente advertência contra o crime.

Sobre esta necessidade de proceder à demonstração em apreço no caso concreto pronunciou-se Figueiredo Dias²⁰², que esclareceu que o critério da censura do agente, por não ter atendido à admonição contra o crime, não significa considerar que apenas será reincidência penal aquela que seja *homótopa*. É, no entanto, essencial que, tendo em conta as circunstâncias do caso, exista uma íntima conexão entre os crimes praticados, conexão esta que se deva considerar relevante do ponto de vista da culpa. E como poderemos afirmar a existência da necessária conexão? Explica o autor que esta existirá quanto a «*factos de natureza análoga segundo os bens jurídicos violados, os motivos, a espécie e a forma de execução*», desde que não intervenham circunstâncias que nos levem

²⁰⁰ Processo n.º 9/15.0GAAGN.C1, Relator: Inácio Monteiro, disponível em www.dgsi.pt

²⁰¹ Processo n.º 68/10.1GAVGS.C1, Relator Orlando Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt

²⁰² Cfr. Figueiredo Dias, 1993, *Cit.*, pp. 268 e 269.

a excluir a conexão²⁰³. Nas situações em que esteja em causa reincidência polítrapa, entende o Autor que já será mais difícil estabelecer a necessária conexão, pelo que se torna essencial levar a cabo uma exaustiva averiguação da matéria de facto, respeitando o princípio do contraditório, para encontrarmos factos que demonstrem que a condenação ou condenações anteriores não serviram de suficiente prevenção para o agente não voltar a delinquir.

Muitas decisões jurisprudenciais, quando necessitam de proceder à demonstração do requisito material da reincidência, fazem referência a esta doutrina de Figueiredo Dias²⁰⁴. Como pudemos observar, resulta ínsito do entendimento deste Autor que o estabelecimento da conexão necessária para se poder afirmar que o agente é, no caso concreto, mais censurável, é mais facilmente levado a cabo quando em causa esteja a prática de crimes da *mesma natureza*.

No entanto, face a tudo quanto foi previamente dito, sobretudo tendo em conta que, de modo a fazer uma aplicação das regras da reincidência que seja conforme com o princípio da culpa, bem como as regras de prova processuais, a culpa acrescida carece de *demonstração* no caso concreto, não podem os tribunais fazer uma leitura excessivamente ampla do facto de o agente ser *homótrapo* ou *polítrapo* na sua atuação, uma vez que esse, só por si, não é mais o derradeiro critério que atesta da censurabilidade ou culpabilidade do agente.

A lei contempla a reincidência como uma circunstância tendencialmente agravante da pena, desde que no caso concreto se verifiquem todas as condições legalmente impostas. No entanto, e como já temos vindo a observar ao longo do nosso trabalho, esta agravação não pode ser feita de forma automática. Tal leva-nos a concluir que a reincidência pode, efetivamente, ser uma circunstância neutra, não devendo ter impacto na pena porque a condenação não impactou a culpa do agente, ou, até, atenuante,

²⁰³ O Autor elenca, como circunstâncias, o «*afeto, a degradação social e económica, a experiência especialmente criminógena da prisão*» cfr. *Cit.*, 1993, p. 269.

²⁰⁴ Referenciando apenas alguns: Ac. TRE de 25.01.2022, Processo n.º 384/21.7GBABF.E1, Relator João Amaro; Ac. TRL de 23.03.2022, Processo n.º 1518/19.7PCLSB.L1-3, Relatora Graça Santos Silva; Ac. TRC de 25.02.2015, Processo n.º 369/13.7GAMGL.C1, Relatora Maria José Nogueira; Ac. STJ de 19.01.2022, processo n.º 3/20.9FCOLH.S1, 3.ª Secção, Relatora Helena Fazenda; Ac. STJ 06.11.2019, processo n.º 231/18.7PAVNG.P1, 3.ª Secção, Relator Gabriel Catarino; Ac. STJ de 03.12.2004, Processo n.º 446/09.9GAPTL.S1, 3.ª Secção, Relator Pires da Graça e Ac. STJ de 17.12.2014, Processo n.º 1055/13.3.PBFAR.S1, 3.ª Secção, Relator Raúl Borges, todos disponíveis em www.dgsi.pt

se ficar demonstrado que o agente voltou à prática do crime por uma causa que lhe era exógena, o que fez com que este tivesse uma menor capacidade para conformar a sua atuação²⁰⁵.

No entanto, parece-nos que o facto de o legislador apenas contemplar a reincidência como uma possível agravante da pena, pode-nos levar a consequências práticas desfavoráveis ao arguido. Apesar de o principal objeto da nossa dissertação não ser uma exaustiva análise jurisprudencial, no próximo subcapítulo faremos o levantamento de alguma jurisprudência que entendemos demonstrar este perigo decorrente da atual redação legal.

4.4. Análise jurisprudencial

Da breve pesquisa jurisprudencial que pudemos incluir no nosso trabalho, é-nos possível constatar que existe uma certa tendência, por parte dos tribunais, de entenderem que o requisito material da reincidência se tem por provado quando exista uma proximidade entre os tipos legais de crime praticados.

Comprovando a nossa opinião, veja-se, por exemplo, o Ac. STJ de 06.09.2022, processo n.º N.º 218/21.2JACBR.C1.S1, 3.ª secção, relatora Teresa de Almeida²⁰⁶, em que se disse: *«não nos oferecem dúvidas que as condenações anteriores não serviram de suficiente advertência contra o crime, pois o arguido continuou a praticar crimes da mesma natureza»*.

No mesmo sentido, veja-se o Ac. STJ de 19.01.2022, processo n.º 3/20.9FCOLH.S1, 3.ª Secção, relator Helena Fazenda²⁰⁷, em que se disse que *«estando em causa uma reincidência homogénea ou específica, como é o caso, é lógico o funcionamento da prova por presunção em que a premissa maior é a condenação anterior e a premissa menor a prática de novo crime do mesmo tipo do anteriormente praticado»*. Assim, continuar o arguido a cometer crimes da mesma natureza torna *«liminar a inferência de que lhe foi indiferente o sinal transmitido, não o inibindo de renovar o seu propósito de delinquir»*²⁰⁸.

²⁰⁵ Pense-se, por exemplo, no arguido que furta motivado pela sua parca situação económica, decorrente da dificuldade em arranjar emprego depois de cumprir pena de prisão.

²⁰⁶ Disponível em www.dgsi.pt

²⁰⁷ Disponível em www.dgsi.pt

²⁰⁸ Esta mesma argumentação encontra-se presente noutras decisões jurisprudenciais, salientando-se: Ac. STJ de 29.02.2012, processo n.º 999/10.9TALRS.S1, 3.ª Secção, Relator Santos Cabral; Ac. STJ de

Foi entendido, nesta decisão judicial, que na procura de provas que permitam fundamentar a convicção de que a condenação não teve relevância na determinação posterior do arguido, «*é perfeitamente legítimo o apelo a uma regra de experiência comum que transmite que a condenação anterior não produziu qualquer inflexão na opção pela prática de crimes do mesmo tipo*». Este acórdão ainda admitiu que em situação de reincidência polítropa, poder-se-ia afirmar uma descontinuidade da advertência da condenação anterior «*provocando a falência das premissas para o funcionamento da presunção*», o que, no entanto, não sucede em termos de reincidência.

Por fim, este acórdão coloca a questão: «*em face de uma atuação duplicada na prática do mesmo tipo de crime (...) que outros factos se podem invocar em vista da afirmação de uma conexão entre os crimes praticados que não a prática dos mesmos crimes?*».

Ora, deste entendimento resulta que a agravação da pena decorrente de reincidência homótrota se transforma numa figura de aplicação automática, ao contrário do que quis o legislador²⁰⁹.

Certo é que proceder à determinação da conexão entre os dois crimes, exigida por lei, é uma tarefa árdua para o julgador. No entanto, entender que pela proximidade dos crimes cometidos pode funcionar uma *prova por presunção* de que o agente é mais censurável colide frontalmente com o princípio da culpa, colocando, de forma arbitrária, em situações distintas reincidentes homótropos e polítropos, que até podem demonstrar a mesma culpa no caso concreto.

Assim, se não resultar devidamente demonstrado quais os factos que efetivamente atestam a uma culpa maior – dos quais a prática de crimes iguais ou semelhantes pode ser um deles, mas não o único, não justificando, de qualquer forma, que se recorra a uma presunção – deve funcionar o princípio do *in dubio pro reo*, no sentido de que um «*non liquet na questão da prova tem de ser sempre valorado a favor do arguido*»²¹⁰ ao abrigo

21.04.2021, processo n.º 169/19.0GBOAZ.P1-A.S1, 3.ª Secção, Relator Nuno Gonçalves e Ac. STJ de 12.09.2019, processo n.º 57/18.8GCVFR.P1.S1, 5.ª Secção, Relatora Isabel São Marcos, todos disponíveis em www.dgsi.pt

²⁰⁹ Partilhando o mesmo entendimento, v. André Lamas Leite, 2022, «*A Reincidência: reflexões em torno da noção de «circunstância modificativa» e propostas de iure condendo*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho, [coord. Paulo Pinto de Albuquerque], Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, p. 313, nota de rodapé n.º 32.

²¹⁰ Cfr. Germano Marques da Silva, 2017, *Direito processual penal português, Vol. I*, Universidade Católica Portuguesa Editora, p. 96.

do qual não deve ter lugar a punição do agente como reincidente, uma vez que não foi possível efetuar a prova, isenta de qualquer dúvida, de que este foi indiferente à advertência contida na prévia condenação.

5. Solução proposta

Existirá uma forma de proceder a uma alteração legislativa que desincentive os tribunais de presumirem uma culpa acrescida simplesmente porque o agente retomou a prática do mesmo crime, ou de crime da mesma natureza?

Alguns dos critérios cuja averiguação no caso concreto são considerados relevantes para provar o requisito material da reincidência são, de acordo com a jurisprudência: a motivação que esteve subjacente à prática de ambos os delitos; o facto de o agente não ter uma vida laboral ativa, por sua própria escolha; a forma de execução dos crimes; se o delito foi cometido durante o período de liberdade condicional, altura em que a advertência contida na condenação anterior deveria ser mais forte e se o agente continuou a relacionar-se com delinquentes, de forma a que seja possível concluir que entre o crime pelo qual cumpriu prisão e o delito atual existe uma íntima conexão, relevante no que diz respeito à culpa, que permita discernir que esta reiteração se justifica na própria personalidade do arguido²¹¹.

Assim sendo, entendemos que, para melhor nortear a tomada de decisão do juiz, deve a lei fazer menção, de forma exemplificativa, aos vários elementos que são demonstrativos desta *culpa agravada*.

Recentemente também se pronunciou, sobre este tema, André Lamas Leite²¹², tendo este Autor sugerido que, para uma melhor compreensão dos julgadores acerca do requisito material da reincidência, deveria ser acrescentado um número ao artigo 75.º, passando a constar o seguinte do n.º 2 da norma em apreço: «2. *Para efeitos do disposto na última parte do número anterior, o tribunal atende, designadamente, à proximidade dos bens jurídicos protegidos, à personalidade do agente e sua evolução, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior aos crimes e ao seu modo de execução*»²¹³.

²¹¹ Exemplos de jurisprudência que consideraram estes critérios relevantes Ac. TRG de 07.11.2016, processo n.º 72/15.3GAVFL.G1, Relatora Ausenda Gonçalves; Ac. TRC de 30.05.2012, processo n.º 68/10.1GAVGS.C1, Relator Orlando Gonçalves, disponíveis em www.dgsi.pt

²¹² Cfr. André Lamas Leite, 2022, *Cit.*, p. 318.

²¹³ *Ibidem*.

Assim sendo, tendo em consideração a interpretação jurisprudencial que pretendemos obviar, bem como a sugestão feita por André Lamas Leite, propomos a seguinte como uma possível redação do art. 75.º n.º 1: *«(...) o agente for de censurar por a condenação ou condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime, o que, independentemente da natureza dos crimes em apreço, se comprovará atendendo ao modo de execução, aos bens jurídicos violados, à personalidade do arguido, às suas motivações, à sua situação laboral, entre outros elementos que sejam tidos como relevantes».*

Esta redação alternativa parece-nos adequada, uma vez que estimula o Tribunal a recorrer, na sua fundamentação, a outros elementos, que não apenas o da natureza dos crimes, promovendo uma fundamentação mais aprofundada para as situações em que o agente seja homótipo na sua conduta, o que facilita a compreensão, tanto para o arguido como para as instâncias superiores, se a decisão for objeto de recurso, da explicação a propósito da culpa acrescida, tornando, por este meio, a sentença mais clara, não havendo o risco de ocorrer uma presunção de culpa.

6. CONCLUSÕES

A reiteração criminosa tem tradição, tanto em Portugal como noutros ordenamentos jurídicos, de ser entendida como uma *falha* do condenado, que não teria, por culpa sua, devidamente assimilado o propósito da pena que lhe fora aplicada.

Assim, em prol da vertente de prevenção especial da pena, tem sido amplamente defendido que os arguidos, quando reincidem, devem ser punidos de forma mais severa, para que possam assimilar que a sua persistência no crime não compensa e que serão punidos de forma agravada se mantiverem esta atitude de desrespeito pelo direito.

No entanto, esta culpa acrescida não ocorrerá em todas as situações, podendo dar-se o caso de a recaída delituosa se ficar a dever a fatores que não eram do controlo do delinquente. Nestes casos, como decorrência do princípio da culpa, a pena não deve ser agravada, rejeitando-se uma aplicação automática desta consequência da reincidência.

Em Portugal existe uma longa tradição de entender a reincidência como um fator que deve, normalmente, aumentar a pena. Dos artigos 75.º e 76.º CP é, precisamente, essa a ideia que se retira, que a reincidência é, por regra, uma circunstância que modifica a pena, aumentando-a.

No presente trabalho viemos alertar para o risco da atual redação legal. Entender a reincidência como tipicamente agravante pode levar-nos a presumir que uma culpa acrescida tendencialmente existirá, sobretudo se os crimes praticados forem semelhantes. Entendemos que a reincidência pode, nalguns casos, significar uma *falha* do arguido, que teve a oportunidade de corrigir a sua conduta e *escolheu* não o fazer, sendo mais censurável por isso. No entanto, aquilo que a reincidência *sempre* simboliza é uma falha dos fins das penas. De acordo com o art. 42.º CP, a pena de prisão deve procurar alcançar a reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir uma vida honesta, sem cometer crimes. Ao não ter sido esse o resultado da prévia condenação, esta não logrou o seu propósito.

Não nos insurgimos contra a previsão normativa da reincidência como agravante, porque pode, efetivamente, haver situações em que este aumento da pena é o necessário, atendendo à culpa demonstrada pelo agente. Porém, salientamos que é preciso ter em conta que esta pode não ser a situação mais comumente verificada nos agentes reincidentes, sendo sempre necessário fazer uma minuciosa análise do caso concreto, sendo que, em caso de dúvida, a reincidência deverá ser uma circunstância neutra na determinação da pena.

7. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2022, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa.

ANTUNES, Maria João, 2013, *Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra;

ANTUNES, Maria João, 2018, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra;

BECCARIA, Cesare, 1766, *Dos delitos e das penas*, 5.^a Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José de Faria Costa, Lisboa;

BELO, Joaquim Veludo Mendes, 1963, «*A personalidade do delincente: a importância do seu estudo: antes, durante e depois da condenação: Comunicação apresentada ao Congresso Luso-Hispano-Americano-Filipino de Direito Penal e Penitenciário*», in Separata do 11.º volume do boletim da administração penitenciária e dos institutos de criminologia, pp. 5 a 112;

CARVALHO, Américo Taipa de, 2003, «*Prevenção, culpa e pena uma conceção preventivo-ético do direito penal*», in Separata de *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 317 a 329;

COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL, 1966, *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, Vols. I e II, AAFDL, Lisboa;

CORREIA, Eduardo, 1961, «*Reincidência e sucessão de crimes*», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 3193, Ano 94.º, pp. 49 a 53, 65 a 70, 81 a 86, 97 a 100, 129 a 132 e 161 a 164, Coimbra;

CORREIA, Eduardo, 1979, «*Sobre a reinserção social dos delinquentes*», in Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 283, pp. 5 a 9;

CORREIA, Eduardo, colab. DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Direito Criminal – I*, Reimpressão, Almedina, Coimbra;

DIAS, Jorge de Figueiredo, 1983, «*Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Vol. I, pp. 5 a 40, Lisboa;

DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas / Editorial Notícias, Lisboa;

DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, 1.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra;

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANTUNES, Maria João *et al*, 2019, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, 3.^a Ed., GESTLEGAL, Coimbra;

ESCUDEIRO, Maria João Simões, 2011, «*Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. II, pp. 567 a 623, Lisboa;

FERREIRA, Manuel de Cavaleiro, 1989, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, II, Penas e Medidas de Segurança*, Editorial Verbo, Lisboa;

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, 2014, *Código Penal Parte Geral e Especial*, Almedina, Coimbra;

GOMES, Joaquim Correia, 2008, «*A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais*», in *JULGAR*, N.º 6, pp. 77 a 97;

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, 2001, *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 14.^a Ed., Almedina, Coimbra;

LEITE, André Lamas, 2022, «*A Reincidência: reflexões em torno da noção de «circunstância modificativa» e propostas de iure condendo*», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, [coord. Paulo Pinto de Albuquerque], Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, pp. 299 a 328;

LEITE, André Lamas, 2011, «*Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização em Portugal: linhas de um esboço*», in *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, N.º 1, Ano 1;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, 2017, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 1.ª Parte*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra;

OLIVEIRA, Luís de Carvalho e, 1958, «*A doutrina da culpa na formação da personalidade*» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 18, Lisboa;

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, 2011, *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões*, texto que serviu de base à comunicação apresentada nas *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, ação de formação no Conselho Superior da Magistratura, realizada em Albufeira no dia 1 de julho de 2011;

PEREIRA, Victor de Sá, e LAFAYETTE, Alexandre, 2014, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris, 2.^a Ed., Lisboa;

RODRIGUES, Anabela Miranda, 2002, *Novo olhar sobre a questão penitenciária*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra;

SANTOS, Beleza dos, 1942, «*Crimes da mesma natureza na reincidência*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, N.º 2720, Ano 75, pp. 49 a 56, Coimbra;

SANTOS, Beleza dos, 1943, «*Dúvidas quanto à aplicação da pena a reincidentes*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, N.º 2735, Ano 75, pp. 289 a 292, Coimbra;

SANTOS, José Beleza dos, 1968, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Atlântida Editora, Coimbra;

SECCO, António Luís de Sousa Henriques, 1876, «*Theoria da Reincidencia*», in Revista de Legislação e Jurisprudência, N.º 427, Ano 9, pp. 161 a 163, 177 a 179, 193 a 194 e 209 a 211, Coimbra;

SILVA, Germano Marques da, 1987-1988, *Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa*, in Direito e Justiça, Vol. 3 (1987-1988), pp. 163 a 177;

SILVA, Germano Marques da, 2010, *Direito Penal Português, Vol. I, Introdução e teoria da lei penal*, 3.ª Ed., Verbo, Lisboa;

SILVA, Germano Marques da, 2017, *Direito processual penal português, Vol. I*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa;

SILVA, Germano Marques da, 2015, *Direito penal português, Teoria do crime*, 2.ª Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa

SOUSA, Marnoco e, 1903, «*Da reincidência no direito penal português*» in Estudos Jurídicos, vol. I, Coimbra;

SUSANO, Helena, 2012, *Reincidência Penal, Da teoria à prática judicial*, Almedina, Coimbra;

VELOSO, José António, 1999, «*Pena criminal*», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, Vol. II, pp. 519 a 563, Lisboa.

Bibliografia jurisprudencial

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 01.04.2004, Processo N.º 04B483, Relator Santos Carvalho, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 03.12.2004, Processo N.º 446/09.9GAPTL.S1, 3.ª Secção, Relator Pires da Graça, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 23.02.2005, Processo N.º 4303/04, 3.ª secção, relator Conselheiro Sousa Fonte, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 22.11.2006, Processo N.º 3166/06, 3.ª secção, relator Armindo Monteiro

Acórdão de 29.02.2012, Processo N.º 999/10.9TALRS.S1, 3.ª Secção, Relator Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 17.12.2014, Processo N.º 1055/13.3.PBFAR.S1, 3.ª Secção, Relator Raúl Borges, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 18.02.2016, Processo N.º 35/14.6GAAMT, 3.ª secção, Relator: Santos Cabral, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 12.09.2019, Processo n.º 57/18.8GCVFR.P1.S1, 5.ª Secção, Relatora Isabel São Marcos, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 06.11.2019, Processo N.º 231/18.7PAVNG.P1, Relator: Gabriel Catarino, 3.ª Secção, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 21.04.2021, Processo N.º 169/19.0GBOAZ.P1-A.S1, 3.ª Secção, Relator Nuno Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 09.12.2021, Processo N.º 774/19.5JAPDL.S1, 5.ª Secção, Relatora Adelaide Magalhães Sequeira, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 19.01.2022, Processo N.º 3/20.9FCOLH.S1, 3.ª Secção, relator Helena Fazenda, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 26.01.2022, Processo N.º 47/17.8GAALQ.L1.S1, 3.ª Secção, Relator Lopes da Mota, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 06.09.2022, Processo N.º 218/21.2JACBR.C1.S1, 3.ª secção, relatora Teresa de Almeida, disponível em www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 26.05.2015, Processo N.º 93/10.2TAMDL.G1.P1, Relator Neto de Moura, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 11.01.2017, Processo N.º 488/15.5GDGDM.P1, Relator Ernesto Nascimento, disponível em www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 07.11.2016, Processo N.º 72/15.3GAVFL.G1, Relatora Ausenda Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 30.05.2012, Processo N.º 68/10.1GAVGS.C1, Relator Orlando Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão de 16.12.2015, Processo N.º 9/15.0GAAGN.C1, Relator Inácio Monteiro, disponível em www.dgsi.pt

Legislação consultada online

Código Penal Português de 1852, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

Reforma do Código Penal Português de 1884, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>

Reforma do Código Penal Português de 1954, disponível em <https://files.dre.pt/gratuitos/1s/1954/06/12200.pdf>

Código Penal Espanhol, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444#a22>

Código Penal Alemão, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html

Código Penal Francês, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719>