

Escola de Lisboa da Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Reincidência

Uma circunstância verdadeiramente agravante?

Pedro Castro Casal

Dissertação orientada por:
Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa
2022

Aos meus pais e irmã,
Por serem a inabalável base de tudo.

A todos os que por mim passaram,
Por aquilo que ajudaram a construir.

Índice

Índice de Abreviaturas	4
Introdução	5
I - Entender a reincidência	6
I.I - Re e Incedire	6
I.II - Figuras afins	7
II - Uma contextualização histórica	9
II.I - Nas Ordenações	9
II.II - Código Penal de 1852	9
II.III - Reforma de 1884	11
II.IV - Código Penal de 1886	13
II.V - Reforma de 1954	14
II.VI - Código Penal de 1982	15
III - Direito Comparado	18
III.I - Espanha	18
III.II - Itália	21
III.III - França	23
IV - O regime português atual vertido no Código Penal de 1982	25
IV.I - A sistematização no Código Penal	26
IV.II - Pressupostos de aplicação	27
IV.II.I - Crime doloso	27
IV.II.II - Prisão efetiva superior a 6 meses	29
IV.II.III - Trânsito em julgado da sentença condenatória	31

IV.II.IV - Prazo de prescrição da reincidência	31
IV.II.V - “(...) o agente for de censurar”	33
IV.III - Efeitos do art. 76º CP	35
V - Uma nova visão para a reincidência?	37
V.I - Os dados	37
V.II - Uma concepção jurídica humanista	38
V.III - Justiça vingativa ou restaurativa?	40
V.IV - Uma teoria intermédia	42
VI - Bibliografia	45

Índice de Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art./s - Artigo/Artigos

CP - Código Penal

CP/82 - Código Penal na versão de 1982

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

p./pp. - página/páginas

Proc. - Processo

RLJ - Revista de Legislação e Jurisprudência

ss. - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

Introdução

Um mundo global como o nosso implica que, a cada ação tomada, se olhe não apenas ao ato concreto mas também à *big picture*. Isto quer dizer que as circunstâncias exógenas tem, como sabemos, uma influência cada vez maior nas nossas vidas até porque, tudo está ligado entre si.

O Direito sempre foi construído por Homens e para Homens, pelo que as condições sociais destes foram sempre refletidas naquilo que se vertia nos escritos legais. Não discordamos que esta nobre área do saber deva ter uma independência própria de si mesma e, por isso, manter uma linha de pensamento, mesmo nos momentos em que a sociedade desce ao mais negro de si. Não o tendo - e situações houve em que isto aconteceu - estamos apenas perante um mecanismo do poder. Cego e igual a um qualquer braço armado deste.

Apresentando-se a sociedade de hoje como democrática, globalizada, integrante dos mais desfavorecidos e daqueles que por acaso ou fado não tiveram as mesmas condições dos demais, será que o Direito também isto reflete? É indiscutível que hoje uma visão cada vez mais humanista alastra, e ainda bem, pela área, mas nem tudo está feito. Em nossa opinião a construção legal da reincidência é a prova clara disso mesmo. Veremos *infra* que esta tem uma aplicação regrada por certos condicionalismos, porém, nem por isso passa a ser um mecanismo com o humanismo que o devia caracterizar. E sim, é de humanismo que aqui falamos. Na circunstância de alguém reincidir na prática do crime devemos olhar apenas ao cometimento do ilícito por esta ou, mais profundamente, ao que falhou no processo estatal de reinserção social que deveria ter sido feito na prisão? Basta deter a pessoa por um conjunto de anos para que esta iniba os seus atos criminosos futuros? Ou seja, é só àquele ato concreto que temos de olhar ou, mais uma vez, à *big picture*? A todas estas perguntas tentaremos responder nesta tese onde discorreremos sobre o sentido que esta circunstância agravante de punibilidade tem nos dias de hoje, cruzando-a com a seu sentido originário e a visão humanista que todos aqueles que estão detidos tem de ter hoje, assim como do trabalho que com estes tem de ser feito.

I - Entender a reincidência

I.I - *Re e Incedire*

*“Perpetrar um delito ou crime, tendo já perpetrado outro da mesma espécie”*¹. Assim simplesmente se define, do ponto de vista etimológico, a figura da reincidência.

A base é de fácil percepção, consiste em voltar a incidir, neste caso no ato criminoso. Claro que para passarmos da mera repetição do ato para a circunstância agravante da pena, propriamente dita é preciso que se verifiquem um conjunto de outros requisitos. Sobre estes nos debruçaremos mais tarde, bastando-nos agora pela compreensão lata desta.

Quando determinado agente pratica um crime não há dúvidas que para a determinação da pena concreta deste se vão tomar em atenção outras circunstâncias para além da moldura penal prevista no tipo legal de crime. Podemos dividir estas circunstâncias em agravantes e atenuantes sendo que a reincidência, como construída no Direito Português, tem um peso agravante na pena a ser aplicada ao agente - veremos depois se com lógica ou não.

Ensina HENRIQUES SECCO que a reincidência dá-se quando co-existem *“dois ou mais delitos, perpetrados por um mesmo agente, antes e depois de uma sentença condenatória executada, ou a perpetração de um novo delito pelo criminoso já punido por outro”*². Daqui retiramos um conclusão muito simples. Para que se possa aplicar esta circunstância agravante terão de se verificar os três elementos descritos pelo Professor. Por um lado a (1) necessidade de uma pluralidade de delitos; a esta acrescenta-se a (2) unicidade do agente que os pratica; e finalmente a (3) existência de uma sentença condenatória dirigida ao agente. Sem prejuízo de cada ordenamento jurídico acrescentar pressupostos específicos para esta - como veremos em capítulo próprio -, a base de toda a reincidência são estes três elementos chave.

¹ **"reincidir"**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, <https://dicionario.priberam.org/reincidir> [consultado em 01-10-2021].

² SECCO A. L. Henriques, “Theoria da Reincidência”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 9º, nº 427 a 430, p. 161 e ss.

Na esteira da definição do Professor, e focando o delito em si - o que se impõe num sistema penal do facto e não do agente -, não existe uma necessidade de o delito ter de ser da mesma espécie, ou género, podendo ser até a prática subsequente de um ilícito que em nada tenha a ver com o primeiro. Esta conceptualização foi depois doutrinalmente aprofundada, nomeadamente do EDUARDO CORREIA, que passa a dividir a reincidência entre a sua versão homótopa da polítropa. A própria semântica indica o primeiro dos tipos como aquele que se dá aquando do cometimento de dois ilícitos de espécie idêntica - tipicamente o crime de furto e o crime de roubo - pelo que paralelamente o segundo tipo implica necessariamente tipos de crime diferentes. Neste caberão situações tão díspares como o crime de homicídio e num momento subsequente um crime de burla.

Esta questão é depois tratada com mais profundidade pela doutrina e a própria evolução histórica da figura no nosso ordenamento vai acolher, em si, diversas visões, umas mais abrangentes que outras. Apesar disto importa compreender, para já, que isto é aquilo que a reincidência pode ou deve ser e não aquilo que a mesma é - isso faremos nos capítulos subsequentes.

Vista esta contextualização da reincidência, compreendida a mesma na sua etimologia e nas modalidades - ainda que sem aprofundar - que esta pode ter, importa agora que olhemos, por uma questão de clareza de exposição, às figuras que desta se podem aproximar - e por isso confundir - e às quais marcaremos os traços mais relevantes.

I.II - Figuras afins

Importa neste capítulo seleccionar um conjunto de figuras não apenas para a correta delimitação daquelas que são as fronteiras da temática desta tese mas também para que, em momento posterior, nos possamos debruçar sobre as funções atuais da reincidência. Dentro destas escolhemos a habitualidade e a profissionalidade.

Começando pela habitualidade, e mantendo em vista que se tratam de figuras diferentes, o escopo de uma e de outra é distinguível com clareza. A habitualidade olha ao agente delincente, às características destes, às suas condições, ao seu modo de agir. A

reincidência, por outro lado, olha estritamente ao crime nos seus elementos básicos³ e parte destes para construir o seu juízo enquanto agravante do crime.

Consequência disto é vermos a primeira destas figuras afins como uma “*repetição (que) constitui um costume e que se incorpore no modo de ser e actuar do sujeito*”⁴ pelo que estamos perante de uma deficiência da personalidade do próprio agente. Isto leva-nos a indagar se seria sequer a agravação de uma medida privativa da liberdade a melhor das opções. Estando perante um elemento de perigosidade para com a sociedade então talvez deitar mão de uma medida de segurança fosse mais indicado.⁵ Apesar de nos parecer esta a opção mais correta, por questão de economia de tempo e centralização da matéria abordada, deixaremos o tema para desenvolver noutro momento.

Paralelamente a esta, e por ordem de gravidade, olhemos à profissionalidade. Distancia-se da habitualidade no sentido em que não basta um cometimento contínuo de crimes, de forma regular, mais ainda tem o delinquente de retirar desta prática a sua forma de sustento.⁶ Exige-se que a prática criminosa seja uma verdadeira atividade profissional, ainda que ilícita. Tem o delinquente que não ter outra ocupação conhecida, outra forma de sustento que não seja a prática, reiterada e diversa, de crimes. Ou seja, a diferença face à reincidência encontra-se no facto de o reincidente ser apenas alguém que comete mais que um crime - e onde se verificam os pressupostos legais - ao passo que neste caso há um verdadeiro modo de vida orientado exclusivamente para o crime e é deste que o criminosos vive como se de outra normal atividade se tratasse.

Distinguidas que estão as figuras, cabe-nos agora analisar a reincidência em si própria e de vários prismas para que a consigamos compreender corretamente e, como fruto disso, adaptar ao que consideramos ser uma visão moderna da mesma.

³ Relativamente a estes elementos aconselha-se ver, para melhor compreensão, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal: Parte Geral (...)”, p. 237 ss.

⁴ SUSANO, Helena, in “Reincidência Penal”, p. 66.

⁵ Na mesma linha vide NUNES, Maria Helena, in “Dos delinquentes habituais”, p. 3 a 10.

⁶ RICCIO, Stefano Prof., in “Novissimo Digesto Italiano, I”, p. 71.

II - Uma contextualização histórica

Não podemos olhar à reincidência de um ponto de vista construtivo se não analisarmos aquela que é a evolução que a mesma teve na lei desde que foi pela primeira vez descrita nesta, até aos dias de hoje.

II.I - Nas Ordenações

Temos de compreender que o Direito enquanto instituto jurídico só mais recentemente se começou a complexificar ao ponto de podermos discorrer largamente sobre temáticas mais pormenorizadas, como é o caso daquela que aqui abordamos. Todavia, não podemos considerar que estas são uma exclusividade de qualquer “homem moderno” mais pensativo e densificador das matérias. Tal não é, em absoluto, verdade. O pensamento jurídico é um processo que acompanha a própria evolução humana e fatias do Direito que hoje usamos com regularidade já terão, com toda a certeza, começado a ser pensadas há variadíssimos séculos atrás.

A reincidência, apesar de só surgir positivada no nosso ordenamento jurídico a partir de 1852 - como veremos *infra* - não é um pensamento novo e já vários séculos antes era abordada e aplicada, ainda que de maneira disforme e sem o formalismo e a amplitude que hoje lhe atribuímos. Prova disso mesmo são as Ordenações Filipinas⁷ que há séculos antes continham em si traços de algo que mais tarde poderia ser entendido como o instituto da reincidência que hoje temos plasmado no Direito atual⁸. Apesar disto, por serem escassas e pouco definidas as referências a este, não poderemos considerar este período da reincidência como mais que um esboçar de uma figura que só no século XVIII se materializaria.

II.II - Código Penal de 1852

⁷ Legislação que entra em vigor pela Lei de 11 de janeiro de 1603, durante o reinado de Filipe II de Portugal e que reforma amplamente o sistema jurídico português. <https://gulbenkian.pt/publication/ordenacoes-filipinas-livro-i/>. Consultado a 3 de Janeiro de 2022.

⁸ BARROS, António Coelho de, *in* “A reincidência no código penal português”, p.38.

Em Portugal só com o Código Penal de 1852 é que a reincidência passou a ter uma consagração expressa na lei. Olhando ao Capítulo III “*Da aplicação das penas nos casos de reincidência, acumulação de crimes, cumplicidade e tentativa*”, do Título III “*Da aplicação e execução das penas*”, do Livro Primeiro “*Disposições Geraes*” verificamos a existência de dois artigos, o 85º e o 86º, exclusivamente dedicados ao instituto.

Diz-nos o art. 85º que “*A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condemnado por sentença passada em julgado por algurn crime, commette outro crime da mesma natureza antes de terem passado dez annos desde a dita condemnação; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada.*”⁹ Mais acrescenta o art. 86º do mesmo código que “*No caso de reincidencia, se a pena do ultimo crime for perpetua será o criminoso condemnado na immediata superior perpetua, excepto na pena de morte. Se a pena do ultimo crime for temporaria , será condemnado o criminoso no máximo da mesma pena temporaria aggravada.*”

Tal como atualmente também em 1852 estava a reincidência disposta em dois artigos sendo que um deles abordaria as condicionantes de verificação da mesma, ou seja, os requisitos de existência, e um segundo trataria das consequências desta. Assim é nos artigos 75º e 76º do CP atual.

Analisando o art. 85º que diz respeito aos requisitos da reincidência vemos que (1) é necessária uma condenação prévia e que (2) o prazo temporal era, à data, de 10 anos desde a condenação do arguido. Um ponto de especial relevância aqui é o facto de se dizer expressamente que o crime praticado em segundo lugar tem necessariamente de ser “*da mesma natureza*”. Acima referimos, ainda que brevemente, a diferença entre a reincidência específica da genérica. A primeira destas conceptualizada como a prática de crimes da mesma natureza e a segunda de crimes de naturezas diferentes entre si. Aquando da entrada deste instituto no ordenamento jurídico português o legislador apenas considerou como adequada a punição da primeira destas vertentes de reincidência. Assim não considerando como reincidente aquele que, apesar de praticar mais que um crime, mesmo tendo uma condenação prévia no prazo inferior a 10 anos, o faça se os delitos forem de diferentes naturezas. Esta

⁹ <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>. Consultado a 17 de Dezembro de 2021.

solução, que não é a adoptada na lei hoje, limita substancialmente o número de casos em que o instituto se aplica e constitui um traço deste que pouco depois foi alterado.

A primeira alteração a este regime dá-se pela Lei de 1 de Julho de 1867 dispondo esta que “*Art. 15º: -No caso de reincidência, nos termos do artigo 35º do Código Penal, se a pena correspondente for qualquer das de prisão seguida de degredo, será agravada, sofrendo o condenado metade do tempo de degredo em prisão no lugar deste*” e posteriormente no art. 15º que “*Se a pena aplicável for a de prisão maior celular de dois a oito anos, pela primeira reincidência, a condenação nunca descerá abaixo de dois terços da pena e, pela segunda, será necessariamente aplicado o máximo da mesma*”.¹⁰ Resulta então deste artigo que no caso de a pena a que o arguido é condenado seja primeiro de prisão e depois de degredo, esta é agravada sendo que 50% do tempo de degredo deve ser passado sob prisão. Mais ainda, nos casos de pena de prisão de 2 a 8 anos, o juiz encontra-se limitado a dar no mínimo 2/3 da pena e na segunda reincidência a pena máxima prevista na lei.

II.III - Reforma de 1884

Em 1884 o Código Penal de 1852, que já havia sido alvo de alterações, sofre uma reforma mais profunda. Também sobre a reincidência incidiu esta reforma. Em seguimento desta, os arts. 85º e 86º que até aí diziam respeito a este instituto perdem o seu conteúdo e é ao art. 25º que nos passamos a dirigir.

“*Art. 25º*

*Dá-se a reincidencia quando o agente, tendo sido condemnado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro **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.*

*1. O Quando a pena do primeiro crime tenha sido amnistiada, não se verifica a reincidencia. 2. **Se um dos crimes for intencional e o outro culposo não ha reincidencia.** 3. Os crimes podem ser da mesma natureza ainda que não tenham sido consummados ambos, ou algum d’elles. 4. Não são computadas para a reincidencia por crimes previstos e punidos no codigo penal, a s condemnações proferidas pelos tribunaes militares por crimes militares não previstos no mesmo codigo, nem as proferidas por*

¹⁰ CORREIA, Eduardo, in “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 86, nº 3012, p. 225.

tribunaes estrangeiros. 5. Não exclue a reincidencia a circunstancia de ter sido o agente auctor de um dos crimes e cumplice do outro.”¹¹

Este art. 25º segue na imediata linha da enumeração das circunstâncias agravantes do crime - do art. 24º desta Reforma - pelo que, estruturalmente nos parece, desde já, uma organização mais bem conseguida do que aquela vertida no anterior Código Penal de 1852.

Apesar disto, não se centra apenas, nem na sua parte mais importante, nesta alteração numérica aquilo que a Reforma de 1884 veio trazer para o nosso instituto jurídico. Ainda que com atenção descuidada são notórias as alterações feitas logo no início do artigo. Percebemos que se mantém, à partida, a opção do legislador pela necessidade de cometimento de um “*crime da mesma natureza*”, ou seja, pela reincidência específica. Foi esta a primeira opção tomada em 1852 e é aqui mantida. Se neste ponto não existiu alteração o mesmo não se pode dizer quanto ao período de tempo a decorrer entre o primeiro e o segundo crime. Aqui a redução foi de 20% passando o prazo de 10 para 8 anos entre delitos. Começando assim a trilhar-se um caminho que tem vindo a ser progressivamente percorrido e que conduz à posição do nosso Código Penal atual. Para além desta, a última das alterações que consideramos relevantes de mencionar diz respeito à consagração expressa do facto de os dois crimes terem de ser, necessariamente, dolosos. Esclarece o nº2 do artigo *supra* que se um deles for “intencional”, isto é, cometido por negligência, não estaremos perante uma situação passível de ser enquadrada nos muros deste instituto.

As duas mudanças acima descritas fazem um trabalho de redução substancial do número de casos de prática de mais de um crime que poderiam ser enquadrados na figura da reincidência. Deixam assim uma acrescida margem de atuação para outras figuras próximas da nossa como as descritas, ainda que brevemente, no primeiro capítulo.

Para além de tudo isto temos de notar um ponto muito relevante da Reforma. Pese embora, como acima explanamos, se ter mantido a opção do legislador por ter consagrada a reincidência apenas na sua modalidade específica, foi em 1884 que se trouxe à lei portuguesa

¹¹ <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1272.pdf>. Consultado a 4 de Janeiro de 2022. Negrito e sublinhados nossos.

o fenómeno da sucessão de crimes.¹² É através deste que serão enquadradas as situações em que o agente pratica mais de um crime, sendo este de natureza diferente do anterior, e num prazo que pode ser superior àquele previsto para a reincidência constante no art. 25º CP. Considerou a comissão encarregada de produzir a Reforma que não se poderia continuar a deixar em branco a situação em que um mesmo agente pratica mais que um crime, ainda que de naturezas diferentes. Partindo deste ponto assim se decidiu que um instituto especialmente constituído devia ser desenhado. Este seria, todavia, necessariamente diferente do art. 25º CP, visto acima, uma vez que “*a especial propensão criminosa, manifestada pela repetição de crimes da mesma natureza em prazo não longo (...) merece e reclama punição especial (...)*”¹³. Ou seja, não se poderia conter dentro do mesmo instituto situações que, por si só, merecem - de acordo com as considerações doutrinárias vigentes à época - tratamentos diferentes. Como consequência disto teríamos de criar um regime alternativo, e mais leve do ponto de vista da punição, para estas situações delituais.

II.IV - Código Penal de 1886

O direito penal português vê-se a braços com uma nova alteração em 1886, desta feita, através de um renovado Código Penal. Não é difícil de depreender que apenas 2 anos voltados face da anterior alteração ao regime da reincidência, o pensamento jurídico da época não vê substanciais alterações. Mais ainda tendo em conta as muito relevantes novidades trazidas pela mão da Reforma de 1884. Concluimos mesmo que o regime não teve mudanças de maior sem ser a diferença numérica - uma vez mais - dos dois artigos correspondentes a este, passando então do 25º e 26º para o 35º e 36º. Em virtude disto escusamo-nos de transcrever os citados artigos fazendo apenas referência ao facto de ter sido na vigência deste código que, em 1936, se passou a poder delimitar uma clara linha entre aquilo que é um reincidente e as figuras afins que explanamos supra¹⁴.

¹² CORREIA, Eduardo, in “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 86, nº 3012, p. 227.

¹³ CORREIA, Eduardo, in “A punição da reincidência e da sucessão de crimes no direito português”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 86, nº 3012, p. 227.

¹⁴ SUSANO, Helena, “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 27.

Deste novo código realçamos apenas os arts. 100º e 101º correspondentes, nesta ordem, aos efeitos a adoptar no caso de verificação da reincidência ou da sucessão de crimes. Mais ainda, prevê o art. 100º deste Código que a punição deverá ser diferente, e por isso agravada, no caso de já não ser a primeira vez que o agente em causa é considerado reincidente. São estes os casos em que parece por demais claro que o primeiro agravamento da pena em função da aplicação do instituto não teve as adequadas finalidades para com o agente criminoso uma vez que esta, mesmo já tendo uma dimensão maior, não o inibiu de vir a praticar novo ilícito criminal.

II.V - Reforma de 1954

A Reforma de 1954, por sua vez, apesar de não se verter na colocação de um novo código penal em vigor, vem trazer inovações que, para a nossa visão da reincidência como circunstância agravante da pena, são de máxima relevância.

Compreende-se com facilidade que volvidos quase 70 anos desde a última substancial alteração e após relevantes mudanças político-sociais, o regime via “*a necessidade urgente de integração no Código Penal de um novo sistema penal*”¹⁵. São estas as palavras que contam no próprio Decreto-Lei nº 39688 - que aprovou as alterações ao Código Penal - e que são por nós absolutamente entendidas e subscritas. Destas mudanças, por se relacionarem com a temática *sub iudice*, importa destacar a renovação do sistema de penas. Esta alteração desenha-se através do facto de a “*prisão maior absorve inteiramente a prisão maior celular e o degredo, as duas principais penas maiores do código de 1886. A prisão correcional (...) denomina-se simplesmente prisão.*”¹⁶. Estas mudanças são especialmente relevantes, não só porque incidem sobre pilares do sistema penal mas também porque tratam das consequências daqueles a quem é imputada a reincidência no momento da escolha da pena.

A par desta alterações, dá-se uma que consideramos especialmente relevante. A partir da entrada em vigor da Reforma de 1954 passa o julgador a poder atentar às circunstâncias

¹⁵<https://files.dre.pt/1s/1954/06/12200/06450653.pdf>. Consultado a 12 de Janeiro de 2022. Página 1.

¹⁶ <https://files.dre.pt/1s/1954/06/12200/06450653.pdf>. Consultado a 12 de Janeiro de 2022. Página 3.

específicas de cada delinquente e adaptar a medida da reincidência a estas mesmas características. Significa isto que se o juiz constatar estar perante alguém que, apesar de já ter praticado mais que um crime passível de cair nesta agravante de pena, não terá uma propensão para o voltar a fazer, a pena poderá ser atenuada na sua medida concreta. Trata-se - em nossa opinião - de um avanço muito substancial na matéria e inclusivamente em linha com aquilo que deve ser o caminho a seguir hoje em dia se bem que sobre esta temática falaremos em capítulo próprio.

II.VI - Código Penal de 1982

Seguida esta evolução no tempo, chegamos agora ao código vigente no momento presente - ainda que sem algumas das alterações que depois lhe foram feitas.

Com o Decreto-Lei nº 400/82 de 23 de Setembro entra em vigor no nosso ordenamento jurídico aquele que fica conhecido como o Código Penal de 1982. Passadas várias décadas da última substancial mudança, e estando nós num paradigma jurídico mais moderno e próximo do pensamento atual, a reincidência vem a ser alvo de mudanças de amplo calibre. Sem prejuízo de dedicarmos um capítulo inteiro à análise, exaustiva, destas, não podemos concluir a nossa viagem histórica sem abordar a temática.

Olhando ao código penal na sua versão de 1982 atenderemos aos arts. 76º e 77º pois são estes que, no tempo, continham a regulamentação relativa à reincidência. Faziam-no separando os pressupostos destas daqueles que seriam os seus efeitos.

Artigo. 76º

(Pressupostos)

1 - Será punido como reincidente aquele que, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso a que corresponda pena de prisão, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão total ou parcialmente cumprida, por outro crime doloso, se as circunstâncias do caso mostrarem que a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não conta para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é, porém, contado o tempo durante o qual o agente cumpriu pena de prisão ou medida de segurança privativa de liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros só contam para efeitos da reincidência quando o facto constituir também crime doloso segundo o direito português.

4 - A prescrição, a amnistia e o indulto da pena equiparam-se, para efeito deste artigo, ao seu cumprimento.

Artigo 77º

(Efeitos)

1 - Em caso de reincidência é elevado de um terço o limite mínimo da pena aplicável ao crime. A agravação, porém, não excederá a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores e a pena aplicável não pode ir além do máximo previsto no tipo legal do crime.

2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras próprias da punição da reincidência.¹⁷

O primeiro ponto que consideramos importante destacar é o facto de, em nosso entender, a regulamentação se encontrar agora muito mais organizada. Passamos a ter claramente um conjunto complexo de pressupostos, que depois explanaremos em pormenor, e que se decompõem naqueles de índole temporal, pressupostos prévios, outros relativos à forma de cometimento do crime, todos eles a delimitarem com clareza os casos de aplicação da reincidência. Tal como referimos no começo deste capítulo, é esta a consequência de um trabalho de produção jurídica de séculos que, diga-se, nem se basta por 1982.

Das inovações face ao regime anterior destacamos, por ordem de colocação textual no artigo, o esclarecimento de que a pena a que o arguido tenha sido condenado deveria ser de “prisão” e este teria de ser “total ou parcialmente cumprida”. Trata-se de uma novidade uma vez que não constava do anterior código esta obrigatoriedade de cumprimento de pena.

Outra alteração de maior corresponde ao facto de se ter reduzido de 8 para 5 o número de anos que medeiam entre a primeira e a segunda condenações. Esta mudança vem reduzir - e

¹⁷ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo. Consultado a 13 de Janeiro de 2022.

bem, em nosso entendimento - o escopo de aplicação da circunstância agravante e por isso diminuir o número de pessoas a que viria a ser aplicada.

Finalmente importa destacar um outro ponto que não representa uma “ação” do próprio artigo, mas sim uma muito relevante “omissão”. Referimo-nos, claro está, ao facto de ter desaparecido deste a referência, amplamente discutida acima, ao facto dos crimes terem de ser “da mesma natureza” sob pena de cairmos então no mecanismo da sucessão de crimes. A opção seguida pelo legislador desta vez foi a de condensar num mesmo mecanismo - a reincidência dos arts. 76º e 77º - as duas figuras legais. Fazendo-o abre o ordenamento jurídico português, em definitivo, à reincidência quer nas suas vertentes genérica como específica.¹⁸

Mais ainda devemos referir que se acrescentou ao artigo em questão um pressuposto material¹⁹. Isto é, para que o delinquente possa ter a sua condenação agravada por ser reincidente, mais além da verificação dos pressupostos materiais, é preciso que este, com a condenação anterior, não tenha interiorizado em si mesmo que cometeu um delito e que não o pode, à luz do Estado de Direito democrático em que vivemos, fazer. Só se o julgador compreender que para o arguido a condenação anterior nada significou é que poderemos então agravar a segunda destas numa tentativa que este assim corrija a sua postura face à lei. É necessário, nas palavras de HELENA SUSANO, que “*a condenação anterior não (tenha) constituído) suficiente prevenção para o crime*”²⁰.

Vistos os pressupostos previstos no art. 76º, diga-se apenas relativamente ao art. 77º que este condensa os efeitos a aplicar, na pena, ao reincidente, elevando-a em um terço (nº1) . Sobre esta temática, contudo, discorreremos em capítulo próprio.

¹⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *in* “Lições de direito penal: Parte Geral I; A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982”, p.147 a 148.

¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in* “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, p. 373.

²⁰ SUSANO, Helena, “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 29.

Não concluímos a nossa viagem histórica sem nos referirmos às alterações ao Código Penal de 1982 realizadas em 1995. Estas sim trouxeram, em definitivo, o regime para aquilo que hoje encontramos quando abrimos o nosso código.

Destas destacamos desde logo a alteração numérica. A reincidência passa a estar prevista nos arts. 75º e 76º CP ao invés dos 76º e 77º originais. Mais ainda, e de superior importância, passa a ser necessário que a pena a que o arguido seja condenado pelo primeiro crime seja, ela própria, de prisão efetiva superior a 6 meses. Não se basta o legislador, pois, com uma pena de prisão que, porque demasiado curta, não possa ter servido para que o delinquente entenda a gravidade da sua atuação.

III - Direito Comparado

A reincidência contém no Direito Português todo o longo caminho descrito acima, porém não foi neste ordenamento que surgiu pela primeira vez. Tratando-se de um instituto amplamente disseminado pelo ordenamentos jurídicos europeus será útil olhar a estes, ou pelo menos a alguns, para que no final de discorrermos sobre o tema possamos ver se o nosso sistema é aquele que consideramos mais adequado para o problema em causa. Não podendo, por economia de tempo, passar por todos os países que desejaríamos, fizemos uma seleção daqueles que consideramos mais relevantes. Assim, e por motivos que vão desde a proximidade geográfica até a correteza da postura legal, selecionamos Espanha, Itália e França para demonstrar diferentes perspectivas e abordagens para a problema da reincidência penal.

III.I - Espanha

A passagem pelo regime da reincidência espanhol é incontornável. O facto de ser nosso país irmão, com fronteiras comuns, leva a que muitas das disposições de Direito sejam similares ou apenas tenham pequenas diferenças para que melhor se encaixem nas realidades a que se vão aplicar.

Vejamos então da justeza da posição espanhola.

É, obviamente, ao *Código Penal* espanhol que nos temos de dirigir uma vez que é neste que está contida a disposição relativa às circunstâncias atenuantes e agravantes - sendo estas segundas as que nos interessam - do crime. Reza o *artículo 22*.²¹ que:

“Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

5.ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.ª Obrar con abuso de confianza.

7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

*8.ª Ser reincidente.*²²

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma

²¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Consultado a 2 de Dezembro de 2021.

²² Sublinhado e negrito nossos.

naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.”

Tal como no art. 75º do Código Penal português, também a Direito espanhol se decidiu por incluir na lei, expressamente, a reincidência como uma circunstância agravante do crime. Também em conformidade com o nosso ordenamento jurídico estará esta dependente de requisitos cuja verificação é necessária para que as consequências desfavoráveis desta se apliquem ao arguido. Assim dispõe o artigo supra que (1) tem de haver condenação do agora arguido; (2) o delito cometido há-de estar contido neste título do Código; (3) que estejamos perante dois crimes com uma mesma natureza; e (4) que não tenha já passado aquilo que chamamos de prazo de prescrição da reincidência.

Como verificamos a similitude entre estas condicionantes e as versadas na lei portuguesa são amplas ainda que este seja mais limitado no seu escopo de aplicação. Vejamos. Para o Direito espanhol é necessário que o delito “*sea de la misma naturaleza*”. Tal como acima referimos podemos ter reincidência de dois crimes que sejam estrutural e essencialmente diferentes - crime de homicídio e crime de burla - ou de crimes que sejam exatamente o mesmo - dois crimes de burla ainda que em momentos temporais diferentes. É a opção que hoje versa na lei portuguesa - ainda que nem sempre tenha sido assim - e torna a figura mais ampla que a congénere espanhola. Assim é uma vez que o *Código Penal* refere com clareza a exigência da mesma natureza para os crimes cometidos. Estamos perante uma situação como a exemplificada em segundo lugar, ou seja, uma reincidência específica, mais limitadora que a reincidência perpetrada pelo Código Penal português que inclui como circunstância agravante os dois tipos descritos no início do nosso trabalho.

Tendo as circunstâncias da reincidência todas verificadas cabe então ao aplicador espanhol dirigir-se ao *artículo 66*.²³ e, de acordo com as diretivas deste, aumentar a pena a aplicar ao arguido.

Tudo isto visto podemos concluir que o sistema espanhol é similar ao português em alguns dos requisitos exigidos ainda que com a substancial divergência, quando à tipologia de reincidência abrangida pela agravante. Todavia, e apesar desta divergência não nos traz uma verdadeira inovação na matéria - como gostaríamos - e conseqüentemente um contributo interessante para o desenvolvimento do nosso sistema.

III.II - Itália

O sistema italiano remete-nos para o *Codice Penale* de 1930 - ainda que com amplas alterações - onde, no art. 99. se explana um instrumento jurídico bastante mais complexo que na versão espanhola. Esta importância é por demais notória sendo que a reincidência é verdadeiramente um instrumento individualizado das demais agravantes previstas no art. 61. deste código. Indica o art. 99. que:

“Art. 99.²⁴

Recidiva.

Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.

La pena può essere aumentata fino alla metà:

- 1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;*
- 2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;*
- 3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero*

²³ “5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.”

²⁴ <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/15/del-reo-e-della-persona-offesa-dal-reato>. Consultado a 3 de Dezembro de 2021.

*durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.
Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.*

Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.

Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto. (2)

In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo.”

Antes de tudo o mais, importa aqui referir uma muito significativa diferença face ao que vimos supra. Em Itália, como referimos, a reincidência, ainda que continuando juridicamente considerada como uma circunstância agravante do crime, tem uma dignidade própria, sendo disso testemunho o facto de se encontrar como merecedora de um artigo exclusivamente a si dedicado. O mesmo não acontece em Espanha - mas sim em Portugal - onde entra no rol geral de circunstâncias agravantes. Indicia isto mesmo a maior importância que se atribui ao instrumento jurídico neste ordenamento.

Diferentemente daquilo que vimos acima, para o *Codice Penale* podemos estar perante situações quer de reincidência específica quer de reincidência genérica²⁵. Consoante se trate de uma ou de outra assim será o aumento da pena. Isto é, se o agente cometer um crime com dolo depois de já outro ter praticado antes, também doloso, ainda que o delito em si não seja da mesma natureza, a pena é aumentada em 1/3. Mais ainda, esta pena será aumentada - numa espécie de reincidência com agravante - em 1/2 nos casos em que o crime seja da mesma natureza ou tenha sido cometido dentro de um período de tempo inferior a 5 anos face ao anterior. Esta distinção mostra claramente a importância reforçada que é dada às situações em que a natureza delitual é a mesma.

Note-se ainda que se houver uma reiteração da reincidência, ou seja, o anteriormente condenado por reincidência voltar a reincidir, a pena sofre um ainda maior aumento. Esta posição é compreensível uma vez que a anterior agravante de pena de nada serviu para

²⁵ SUSANO, Helena, “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 41.

desincentivar o arguido de praticar novo delito. Em concreto, e recorrendo à divisão entre reincidência “simples” e “agravada”, no primeiro caso aumenta em 1/2 e no segundo em 2/3.

Apesar de tudo isto não podemos ignorar os art. 132º e 133º do *Codice Penale*. Sem nos alongarmos demasiado na matéria, incumbe-nos explicar o funcionamento destes. Em Itália, tal como em Portugal, é dada uma margem ao juiz para que, atendendo às circunstâncias específicas do crime em causa, possa ajustar a medida concreta da pena. O que os referidos artigos fazem é precisamente enquadrar este princípio jurídico. Em concreto serve o art. 133º para, quando conjugado com o art. 99º, permitir ao juiz nem sequer aplicar o aumento de pena correspondente à reincidência,²⁶ se este assim entender. Trata-se assim de um mecanismo que atribui um nível de liberdade ao juiz substancialmente superior a outros similares. Liberdade esta que tem o nosso respeitoso colhimento. Citando HELENA SUSANO “*constitui sempre uma faculdade do Tribunal e não é de aplicação automática (...)*”²⁷. Se *in casu* o juiz considerar que depois de olhar a todos os factos os motivos do cometimento delituoso podem ser entendidos e por isso mesmo a pena “simples” é suficiente, então apesar de se verificarem os pressupostos de aplicação da reincidência o juiz pode não a aplicar.

Visto isto, este modelo é muito mais consonante com a nossa postura face à reincidência e dele poderemos retirar valorosas luzes sobre os ajustes que se justificariam fazer nos art. 75º e 76º do Código Penal português.

III.III - França

Quanto ao sistema francês olhamos aos art. 132.8 e 132.16.1 do *Code Pénal*. Reza este que:

*"Article 132-8*²⁸

²⁶ Com as excepção, prevista no próprio artigo, dos crimes compreendidos no art. 407º onde a aplicação é automática.

²⁷ SUSANO, Helena, “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 42.

²⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006181738/#LEGISCTA000006181738. Consultado a 13 de Dezembro de 2021.

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime, le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans.

Article 132-9

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni de la même peine, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an et inférieure à dix ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Article 132-10

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.”

Tal como nos sistemas jurídicos acima também aqui verificamos a existência de um conjunto de circunstâncias agravantes e atenuantes da pena. Além destas, e como no modelo italiano, é seguida a opção de individualizar, numa existência autónoma, a reincidência como circunstância que agrava a pena.

Dissecando um pouco os artigos acima, verificamos que França apresenta alterações, em alguns casos muito consideráveis, para as penas a atribuir a reincidentes. Identificamos nos artigos quatro situações distintas. Podemos (A) ter um aumento para pena perpétua se o agente tiver cometido um crime punível até 10 anos de prisão e depois deste cometer um segundo crime com pena de prisão de 20 a 30 anos; (B) subir a pena para 30 anos se o primeiro crime for punível até 10 anos e o segundo tiver uma pena de 15 anos; (C) elevar para o dobro se o primeiro crime, já transitado, tiver uma pena de 10 anos e ao segundo for

aplicável a mesma pena; ou ainda (D) dobrar a pena se o primeiro crime for punível com até 10 anos e o segundo tiver um limite inferior a este valor.

Importa notar que o julgador francês apesar da sua liberdade de conformar a pena concreta dentro das circunstâncias do caso, não é 100% livre. Este condicionamento decorre do art. 132-18²⁹. Segundo este, a pena a aplicar é condicionada no seu limite mínimo. Assim, o mínimo pode situar-se em 1 ou 2 anos consoante os requisitos explicitados no próprio artigo.

Apesar dos sistema francês nos apresentar - tal como os anteriores - um complemento para compreender como é que outros ordenamentos jurídicos olham para a reincidência, também este não é suficientemente completo em nossa opinião. Tal deve-se, em grande medida, aos condicionamentos que o julgador é alvo no momento de atribuição da pena. Esta sistemática não permite a adaptação do Direito ao Homem que se pretende e por isso não pode, por nós, ser totalmente acolhido.

IV - O regime português atual vertido no Código Penal de 1982

Seria impossível olhar a este ou a qualquer outro instituto de Direito sem antes perceber não só quando e como é que este surgiu mas também qual a concepção que os nossos congéneres tem do mesmo noutras jurisdições. Abordadas estas duas temáticas nos capítulos anteriores, cabe-nos agora a tarefa de observar, em pormenor, qual a posição portuguesa vigente. Depois desta, e adiantando que não concordamos inteiramente com a mesma, apresentaremos as soluções que consideramos adequadas para que a reincidência seja trazida - verdadeiramente - para o século XXI.

²⁹ Article 132-18

Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle à temps, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à deux ans.

Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle pour une durée inférieure à celle qui est encourue, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à un an.

IV.I - A sistematização no Código Penal

O direito português atual, apresenta-nos dois tipos de circunstâncias modificativas da pena. No caso da reincidência, como vimos, estamos perante uma agravante, ou seja, uma figura que “*altera a moldura penal ou só no seu limite máximo, ou só no seu limite mínimo, ou nos limites máximo e mínimo*”. Assim ensina FIGUEIREDO DIAS³⁰. Em concreto estamos na presença de uma circunstância modificativa comum. Significa isto que a pena vai ser alterada em função desta e esta alteração vai valer “*qualquer que seja o crime em causa*”, não se limitando assim a certas tipologias.

No CP/82 encontramos-a no Livro I (Parte Geral), Título III (*Das Consequências Jurídicas do Facto*), Capítulo IV (*Escolha da Medida da Pena*) na Secção II (*Reincidência*), logo a seguir às regras gerais de escolha da medida da pena.

Referimos na análise histórica da figura em questão que a mesma, depois de 1995, se encontrava dividida entre os artigos 75º e 76º. O primeiro destes dizendo respeito aos pressupostos da reincidência, ou seja, às condicionantes sem as quais esta é inaplicável; o segundo remetendo para os efeitos a efectivar no caso dos pressupostos se terem como verificados.

Olhemos aos artigos.

Art. 75º

Pressupostos

1 - É punido como reincidente quem, por si só ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso que deva ser punido com prisão efectiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por outro crime doloso, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.

2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos; neste prazo não é computado o

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 201 a 206.

tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

3 - As condenações proferidas por tribunais estrangeiros contam para a reincidência nos termos dos números anteriores, desde que o facto constitua crime segundo a lei portuguesa.

4 - A prescrição da pena, a amnistia, o perdão genérico e o indulto, não obstam à verificação da reincidência.

Art. 76º

Efeitos

1 - Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado. A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.

2 - As disposições respeitantes à pena relativamente indeterminada, quando aplicáveis, prevalecem sobre as regras da punição da reincidência.

Começaremos a nossa análise, logicamente, pelos pressupostos de aplicação - art. 75º CP/82.

IV.II - Pressupostos de aplicação

Quando nos referimos aos pressupostos referimo-nos a requisitos de aplicação. A reincidência é uma circunstância agravante da pena a aplicar ao arguido e, por isso, tem de ser ladeada legalmente por fortes muros para que se não possa aplicar a casos em que o legislador a considerou desnecessária.

Para a melhor compreensão de cada pressuposto propomos segui-los por sub-capítulos para assim dedicar o espaço e tempo adequado a cada. Começaremos por aqueles que são os pressupostos formais para de seguida adicional ao rol o pressuposto material trazido ao Direito Português pelo CP/82.

IV.II.I - Crime Doloso

Historicamente o Direito sentiu a necessidade de dividir os crimes de acordo com o tipo de culpa contida em quem os pratica, culpa essa que vai influenciar a forma como estes são imputados ao agente. Assim, teremos um crime praticado com dolo nos casos em que existe “*vontade do agente dirigida para o facto descrito como crime (o facto típico)*”³¹. Ou seja, o agente que conscientemente praticar o facto ilícito que sabe como constituinte de um tipo legal de crime. Ao invés, a negligência dar-se-á quando exista uma “*conduta voluntária que realiza um facto antijurídico não querido pelo agente, mas que foi por ele previsto ou era previsível e que podia ser evitado se o agente actuasse com o devido cuidado, com a devida diligência*”³².

Aquando da consagração da reincidência no CP/82 o legislador optou apenas pela imputação desta agravante nos casos em que o crime é doloso. Esta opção é perfeitamente compreensível e encontra amplo apoio na doutrina, ainda que com diferentes justificações nesta. Não custa compreender que estando nós perante uma situação em que o que se pretende é punir de forma agravada aquele que, mesmo depois de ter já sido advertido pela lei, a volta a desrespeitar, essa punição apenas terá sentido se o agente tiver querido um dos crimes realizados. Partindo deste ponto entende-se que o sujeito que praticou um primeiro crime sem a intenção de o fazer não pode considerar-se como “rebelde” face à lei. O mesmo acontece nos casos em que o segundo crime é negligente e o intuito de correção da primeira pena não se pode ter como falhado atendendo à consideração de negligência que acima fizemos. Na linha de FIGUEIREDO DIAS, “*só relativamente a crimes que tenham sido previstos e queridos pelo agente e se fundamentem numa atitude pessoal contrária ou indiferente às normas jurídico-penais ganha sentido o pressuposto material da reincidência da não motivação do agente pela advertência contida na condenação ou condenações anteriores*”³³

³¹ SILVA, Germano Marques da, in “Direito Penal Português - Parte II - Teoria do Crime”, p. 176.

³² SILVA, Germano Marques da, in “Direito Penal Português - Parte II - Teoria do Crime”, p. 189.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 264.

³⁴. Na lógica do Professor também situações em que o delinquente não podia compreender corretamente aquilo que eram os factos circundantes, e por isso estava em erro, não poderão entrar no campo da agravante.

IV.II.II - Prisão Efetiva Superior a 6 Meses

Em qualquer sistema jurídico o legislador, ao criar as suas normas, ajusta as mesmas às necessidades específicas da sociedade. Assim se compreende que situações possa haver em que um crime é punido de determinada maneira num ordenamento e doutra noutra. Quando se pensou na reincidência enquanto figura pretendeu-se que esta se aplicasse só a certas e determinadas situações. Isto compreende-se claramente atendendo às gravosas consequências que a mesma pode ter para o arguido. Exemplo desta limitação é a exigência legal de que o crime seja punido com pena de prisão superior a 6 meses. O que é que se pretende com isto? O objetivo do legislador foi o de limitar a agravante a casos de crimes com significativa gravidade deixando de parte a “*criminalidade bagatelar*”³⁵. Ou seja, pretendeu que se deixasse para trás os crimes de formigueiro que pela sua magnitude em qualquer ordenamento ou não são cognoscíveis pelo sistema jurídico ou, a sê-lo, não se apresentam como dignos de punição por pena de prisão.

Questão muito relevante nesta matéria diz respeito aos tipos concretos de penas que aqui se englobam. Apesar de não unanime, destacamos a posição de FIGUEIREDO DIAS uma vez que resume a concordância da maioria da doutrina no ponto em que propõe a desconsideração de “*condenação em pena de multa*” - até porque esta extravasa, claramente, o conceito de prisão efetiva - “*ou de uma qualquer pena de substituição*”³⁶. Mais ainda, exclui-se a prisão cumprida por revogação da suspensão da execução da pena. Cairiam, porém, no conceito de prisão efetiva a prisão por dias livres e o regime de semi-detenção uma vez que se tratavam de “*formas de execução ou de cumprimento de uma pena de prisão*”.

³⁴ Sem prejuízo de referirmos, ainda que a título de nota, que há na doutrina quem não considere esta a justificação mais correta mas sim a excepcionalidade ou a gravidade diminuída das situações negligentes face às dolosas.

³⁵ SUSANO, Helena, in “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 101.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 264.

Esta não é contudo, como se disse, a posição definitiva e uniforme da doutrina. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, num entendimento claramente mais abrangente que os seus pares, incluía o tipo de cumprimento de pena dos arts. 45º e 46º CP/82³⁷ mas também situações não consideradas por FIGUEIREDO DIAS como a de prisão cumprida por revogação da suspensão da execução da pena ou a “*prisão resultante da revogação de qualquer pena subsidiária*”³⁸.

Devemos notar que em virtude da entrada em vigor da Lei nº 94/2017, de 23-08, os regimes da prisão por dias livres e o da semi-detenção deixaram de estar presentes no nosso ordenamento jurídico. Em consequência disto, quanto a estes, a questão deixou de ser colocar, não deixando, contudo, quanto a outras situações vistas acima como aquelas em que é aplicada uma pena substitutiva que depois de revogada dá origem a pena de prisão efetiva.

A nossa linha de pensamento ao longo de todo este trabalho seguiu no sentido balizar a reincidência aos seus mínimos estritamente necessários. Assim, e mantendo obviamente a nossa posição, podemos considerar que a mesma irá praticamente ao encontro de CAVALEIRO DE FERREIRA e também de MARIA JOÃO ANTUNES. Para os distintos Professores a pena vai ser abrangida pela circunstância agravante nos casos em que é, à partida, declarada como prisão efetiva. Para CAVALEIRO DE FERREIRA é necessário que a sentença condenatória preconize, ela própria e sem mais, a prisão efetiva do arguido³⁹. Não se admite, pois, que a mesma disponha para o arguido uma substituição de pena porque nesse caso já não se estaria perante uma hipótese coberta por esta. Dentro da mesma linha a Professora considera como excluídos “*os casos em que o agente cumpriu pena de prisão na sequência da revogação de pena de substituição*”⁴⁰.

Uma vez que consideramos que a agravante deve ser tão limitada quanto possível, não podemos deixar de assentir as duas posições acima por serem - com a devida vénia para todos os outros professores - aquelas que mais sentido nos fazem. Assim o é, uma vez que se o

³⁷ Vide versão original do Código Penal de 1982.

³⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.

³⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, in “Manuel, Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei penal e a teoria do crime no Código de 1982”.

⁴⁰ ANTUNES, Maria João, in “Consequência Jurídicas do Crime”, p. 51.

jugador considerou que nos casos em que primeiro é aplicada medida substitutiva o crime é menos grave, daí se satisfazer as necessidades de prevenção penal pela simples medida substitutiva. Se o arguido fosse efetivamente alguém a necessitar de uma especial correção então teria o juiz decidido pela prisão efetiva logo *a priori*. Se não o fez então é porque, em princípio, nos encontramos perante alguém para quem a aplicação da reincidência, com todas as suas consequências, é excessiva. Poderá a nossa posição ser entendida como excessivamente limitadora, mas é assim mesmo que queremos ver a reincidência. Como uma agravante que se aplica em caso absolutamente excepcionais. Mas sobre isso falaremos adiante.

IV.II.III - Trânsito em Julgado da Sentença Condenatória

Relativamente ao trânsito em julgado da condenação podemos considerar que esta exigência é facilmente compreensível. O regime da agravante funciona na lógica de olhar ao arguido como alguém que já foi advertido pela justiça de que não pode praticar certo tipo de atos, porém, e à revelia desta, continua sem interiorizar esta advertência. Se assim, só depois deste aviso ao cidadão, e devidamente formalizado através de uma sentença condenatória, podemos considerar a “*função de solene advertência do agente*”⁴¹ então não terá lógica aplicar qualquer agravante de pena se não estivermos perante um primeiro momento que esteja concluído do ponto de vista da condenação.

IV.II.IV - Prazo de Prescrição da Reincidência

Quanto a este requisito teremos de olhar ao mesmo de dois prismas diferentes. Assim é uma vez que a doutrina não se apresenta 100% uniforme quanto à leitura a ser feita do mesmo. O que o CP/82 nos diz textualmente é que “*O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos.*”. Ou seja, o que ladeará a contagem do prazo de 5 anos será, pela letra da lei, o momento da prática do crime e não, como defende alguma doutrina, o

⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 265.

momento da condenação do arguido pelo crime praticado. Esta é a posição majoritária⁴² e também a que se encontra vertida no CP atual. Não tem, todavia, colhimento total. Nomes há que, contrariamente a esta, entendem como o momento adequado para iniciar a contagem dos 5 anos, não é o da prática do facto criminoso mas sim o da condenação do arguido. Desenvolvamos o tema. Para os partidários da posição de que o período deve ser contabilizado entre a prática dos próprios atos criminosos temos, como bem invoca FIGUEIREDO DIAS, argumentos da “*ciência criminológica*”. Segundo estes existe uma faixa temporal entre a qual se podem relacionar duas ações humanas sendo que fora desta não se considera possível haver ligação entre os atos praticados. Nesta lógica a faixa a considerar foi definida em 5 anos. Trata-se de uma consideração moderna uma vez que, como referimos em capítulo próprio, ao longo da história este período variou. Assim um crime praticado em 2010 e um outro em 2019 já não se podem dizer correlacionados visto que, em 9 anos, o próprio agente cometedor do crime não será integralmente o mesmo pelo que a conexão material já não se verificará.

Do outro lado da barreira - e também com meritórios argumentos - encontramos aqueles que defendem dever atender-se ao momento da condenação em si. Para entendermos a mesma necessitamos de invocar aquela que é a definição de reincidência. Sabemos que esta representa um desrespeito perante a solene advertência dada pela lei. Partindo daqui parece claro que se o que conta é o desrespeito por esta, então o momento temporal que deveríamos valorar seria aquele em que a advertência é dada, isto é, a condenação. Era este entendimento de COELHO DE BARROS⁴³, entre outros.

À partida, e na pureza dos conceitos, poderemos considerar que esta segunda posição até seria, de facto, a mais adequada. Contudo o Direito tem que ser visto como um sistema, como um todo, e isso implica não olhar apenas à lei substantiva mas também às repercussões processuais das opções tomadas pela primeira destas. HELENA SUSANO explica com absoluta clareza esta situação com o exemplo de “*A e B cometerem um crime em 2000 e são condenados por essa prática, em dois anos de pena de prisão que cumpriram, por decisão transitada em julgado, quanto a A, em 2002 e quanto a B, em 2003. (...) Se ambos, em co-*

⁴² Figueiredo Dias, Paulo Pinto de Albuquerque, Maria João Antunes, entre outros.

⁴³ BARROS, A. Coelho de, in “A reincidência no Código Penal Português”, p. 113 a 114.

*autoria, cometerem o crime X em 2010 (...) A não será condenado como reincidente por prescrição do prazo de 5 anos e, ao invés, B (...) será condenado nessa qualidade.*⁴⁴.

Assim, e sabendo que vivemos num país que conhecemos por não ter o mais ágil dos sistemas de justiça é especialmente relevante tentar nivelar as situações por aquilo que elas realmente representam e não por qualquer manobra processual que possa levar a condenações em momentos diferentes.

Acrescente-se ainda que o prazo de 5 anos não é contado de forma corrida. Este vai ver-se interrompido no momento em que o arguido esteja privado da sua liberdade. Compreende-se que assim seja uma vez que nessas condições a possibilidade de praticar novos crimes é nula (ou quase nula) e, mais ainda, porque considera a doutrina que nesse período a advertência dada ao cidadão não esteja a ser suficientemente interiorizada⁴⁵.

IV.II.V - “(...) o Agente For de Censurar”

Com o CP/82 entrou no nosso ordenamento um novo pressuposto para a aplicação da reincidência. Trata-se, ao contrário dos anteriores, de um pressuposto material que vai, por isso, dizer diretamente respeito à personalidade do agente. Diz-nos o código que aplicaremos a agravante se *“de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.”* O que se pretende aqui é olhar ao agente individualmente, às circunstâncias em que o crime aconteceu e à influência - ou falta desta - que a condenação anterior teve no sujeito. Parece por demais óbvio que este é um juízo com um pendor essencialmente personalista. É-o uma vez que cabe ao julgador a tarefa de olhar às circunstâncias em que se situa o arguido e concluir, através da globalidade em que este se insere, se a prática de um novo crime se tratou de um ocaso do destino ou se o mesmo demonstra esta incorreção do delinquente.

⁴⁴ SUSANO, Helena, *in* “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 106.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *in* “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 267.

Pode dizer-se que este novo pressuposto terá pouco de controlável uma vez que dependerá fundamentalmente da visão do juiz. O que de facto se verifica uma vez que é a este que cabe a tarefa de avaliar o delincente. Apesar de válido, não é este o entendimento amplamente colhido pela doutrina, considerando esta que a ampliação de poderes do juiz em nada choca com a circunstância em si mesma.

Este requisito, como se disse, é de extrema importância uma vez que faz da reincidência uma figura “*de funcionamento não automático*”⁴⁶. Precisamente aquilo que se defende ser o futuro da circunstância. Todavia, e como nada tem apenas pontos positivos, podem surgir legítimas dúvidas aqui.

O problema com que nos podemos deparar neste ponto diz respeito a saber como, com que critérios, vai o juiz avaliar esta desatenção pela advertência. Na esteira de FIGUEIREDO DIAS não poderemos perceber o processo de decisão sem olhar a divisão - já feita supra - entre os casos de reincidência homótopa de polítropa. Ensina o Professor que “*O critério essencial da censura ao agente (...) exige a todo o modo, atentas as circunstâncias do caso, uma íntima conexão entre os crimes reiterados. Uma tal conexão poderá, em princípio, afirmar-se relativamente a factos de natureza análoga (...). Mas já relativamente a factos de diferente natureza será muito mais difícil (...) afirmar a conexão exigível.*”⁴⁷. Ou seja, segundo este o trabalho de efetuar a ligação entre os crimes e, por isso, perceber que a condenação pelo primeiro não foi suficiente, é muito simplificada nos casos da reincidência homótopa. Apesar disto não é, todavia, impossível de o mesmo se fazer quanto a crimes de natureza diferente. Continua o distinto Professor explicando que “*Desta maneira, se não é a distinção dogmática entre a reincidência homótopa e polítropa que reaparece em toda a sua tradicional dimensão, é em todo o caso a distinção criminológica entre o verdadeiro reincidente e o simples multiocasional que continua aqui a jogar o seu papel.*”

Sendo esta uma matéria muito prática que exige a verificação por parte do juiz e a emanção de um juízo quanto a esta, olhemos a dois acórdãos - do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 268.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 269.

Refere o TRL que “*deve resultar a convicção de que a anterior censura não teve qualquer relevância na determinação posterior do arguido, apelando-se às regras de experiência comum para concluir, em face do comportamento revelado, que não se verificou qualquer inflexão na opção pela prática de novo ilícito. Esta ponderação poderá ser feita quanto a uma criminalidade homogénea (quando estamos na presença de crimes da mesma natureza ou tipo) ou heterogénea (crime diverso, caso em que, consoante as circunstâncias, poder-se-á afirmar a possibilidade de uma descontinuidade, ou fragmentação do sinal consubstanciado na decisão anterior, pois que o contexto em que foi produzida poderá ser substancialmente distinto).*”⁴⁸. Mais ainda, e indo centralmente à questão - ainda que na sua vertente específica - de como avaliar na prática, refere o STJ que “*estando em causa uma reincidência homogénea, ou específica, 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. Se o arguido foi condenado anteriormente por crimes do mesmo tipo e agora volta a delinquir pela mesma prática é liminar a inferência de que lhe foi indiferente o sinal transmitido, não o inibindo de renovar o seu propósito de delinquir.*”⁴⁹. Já “*(...) em relação a uma criminalidade heterogénea ainda se pode afirmar a possibilidade de uma descontinuidade, ou fragmentação do sinal consubstanciado na decisão anterior, pois que o contexto em que foi produzida pode ser substancialmente distinto, provocando a falência das premissas para o funcionamento da presunção (...)*”.

Em resumo, para compreender devidamente o pressuposto material teremos, em linha com FIGUEIREDO DIAS e a jurisprudência dominante, de dividir a situação concreta entre reincidência específica e reincidência genérica. Depois de feito isto, concluímos que na segunda destas o trabalho se apresenta substancialmente mais difícil para o juiz uma vez que inexistente uma base clara de desconsideração da advertência dada, desconsideração essa que nos parece clara nos casos de reincidência por crimes do mesmo tipo.

IV.III - Efeitos do art. 76º CP

⁴⁸ <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2018:858.16.1PCLSB.L1.3.6D/>. Consultado a 31 de Janeiro de 2022.

⁴⁹ http://www.dgsi.pt/jstj_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/88a82d69a08c53e2802579cd004fa1d0?OpenDocument. Consultado a 31 de Janeiro de 2022.

Não podemos terminar a nossa análise da circunstância agravante sem antes nos debruçarmos sobre os efeitos desta que se encontram previstos no CP. Para tal relembramos o art. 76º já transcrito acima que nos refere que a pena será elevada em 1/3 no seu limite mínimo, sendo que o limite máximo permanece inalterado. Tendo isto em mente cabe ao julgador começar por determinar aquela que é a pena a aplicar ao arguido pelo crime pelo qual está a ser julgado, tal como seria no caso de não haver reincidência. Seguindo o próprio STJ “*em primeiro lugar, de determinar a pena que concretamente deveria caber ao agente se ele não fosse reincidente, seguindo o procedimento normal de determinação da pena, por duas razões: para assim determinar se está verificado um dos pressupostos formais – o de o crime reiterado ser punido com prisão efectiva; e, por outro lado, para tornar possível a última operação, imposta pela 2ª parte do nº 1 do artº 76º – a agravação resultante da reincidência não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.*”⁵⁰.

Verificada a pena concreta a aplicar ao arguido, cabe agora ao juiz olhar ao art. 76º CP e aplicá-lo em concreto à moldura penal do tipo de crime que tiver perante si. Pegando nesta não irá mover aquele que é o limite máximo, porém, quanto ao mínimo teremos de o ajustar ao facto de agente ser reincidente. Esse ajuste justificará um aumento do mínimo em um terço da pena.

Sabida qual a pena a aplicar ao arguido no caso deste não ser reincidente, e tendo também conhecimento da “nova” moldura penal, ou seja, aquela prevista para o crime reiterado mas agravada no seu limite mínimo, cabe ao tribunal determinar a medida concreta. Ensina FIGUEIREDO DIAS que tal processo nada de especial conterà e deverá ser feito “*com total observância dos critérios gerais de medida da pena*”⁵¹. De notar que neste ponto apesar do julgador continuar a poder determinar a medida concreta da pena dentro dos limites acima referidos, a moldura encontra-se “*estreitada*”. Uma vez que o máximo não foi alterado, e o mínimo subiu, a margem de manobra do juiz diminui e, por isso, devemos ter atenção ao facto

⁵⁰ Acórdão STJ de 29.02.2012 (processo n.º 999/10.9TALRS.S1, disponível em www.dgsi.pt).

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, in “Direito Penal Português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime”, p. 272.

deste ter a sua liberdade mais condicionada - algo que discutiremos sobre se assim deveria, ou não, ser.

Finalmente, e com vista a cumprir pontualmente a letra do art. 76º CP, impõe-se um trabalho de comparação. Esta comparação vai pegar na pena concreta a aplicar ao não reincidente, que definimos acima, e compará-la com o efeito que a gravação vai ter na mesma. Mas qual o objetivo desta? Vai servir a mesma para que a pena a aplicar não possa ser superior à pena do não reincidente em junção com aquela a que este foi condenado no crime anterior. Se assim não fosse a figura que discutimos seria ainda mais lesiva para o agente do que aquilo que hoje é. Sê-lo-ia pois permitiria uma excessiva e desproporcional valoração de um qualquer primeiro crime, ainda que com uma pena concreta quase irrelevante, levando à desmesurada condenação neste segundo momento.

V - Uma nova visão para a reincidência?

V.I - Os dados

No estágio atual já podemos considerar que temos uma abrangente visão da reincidência. A mesma não se cinge só àquilo que é a lei escrita, passa também por entender o processo histórico que levou à sua criação, e pelo posicionamento que ordenamentos circundantes tem da mesma. Feito isto, podemos passar àquilo que realmente interessa - e que faz o Direito evoluir -, ou seja, questionar a figura na sua construção atual, procurar pontos de melhoria e expor uma nova visão para esta.

Em Portugal existe - e esta crítica temos de a fazer - uma gravíssima escassez de dados relativamente à reincidência.⁵² A figura não entra nas estatísticas do Ministério da Justiça

⁵² Na realização deste trabalho deparamo-nos com as graves deficiências que as estatísticas do Ministério da Justiça apresentam. Estas foram admitidas pelo próprio Ministério em 2019 à comunicação social, e, desde aí, não resolvidas. “Ao PÚBLICO, o Ministério da Justiça explica que “no âmbito das estatísticas da Justiça, está prevista a recolha de dados sobre a reincidência dos condenados em processos-crime na fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de primeira instância”. O problema é que o campo onde se deve indicar se há ou não reincidência não é de preenchimento obrigatório. E é daí que “decorrem taxas de reincidência [registadas] potencialmente inferiores ao que efectivamente é real”.”

Fonte: <https://www.publico.pt/2019/01/15/sociedade/noticia/ministerio-justica-nao-sabe-criminosos-condenados-sao-reincidentes-1857856>

sendo que dados oficiais só existem do início do século e, em virtude disso, desenquadrados de uma linha social evolutiva cada vez mais rápida. Para que tenhamos noção, uma pesquisa no Relatório Anual de Segurança Interna de 2020⁵³ tem - pasmem-se - 2 referências à palavra “reincidência” e 0 à palavra “reincidente”. É algo grave num país de primeiro mundo como Portugal se considera e demonstra uma despreocupação face à figura em si e, ainda mais, face aos presos alvo da mesma.

Por tudo o que vimos não dispomos, infelizmente, destes dados por mão de quem os devia disponibilizar pelo que nos restam as instituições europeias e através destas fazer uma estimativa dos valores reais.

Estima-se que hoje, na Europa, a percentagem de reincidência criminal se situe em 75%. Este número causa-nos algumas dúvidas uma vez que olhando a dados de 2006 ainda que recolhidos por amostragem, apenas no Tribunal da Boa-Hora, a percentagem situava-se muito abaixo desta, inclusivamente abaixo dos 50%. Todavia, e mesmo sabendo que Portugal é um país de brandos costumes, não poderemos considerar nem a taxa de 75%, uma vez que somos um dos mais seguros países do mundo, mas também não a amostragem do Tribunal da Boa-Hora.

Tendo por assente que os dados de que dispomos não são exatos, nem por isso podemos deixar de olhar a este problema porque ele existe, e existiria nem que a taxa fosse de apenas 10%.

V.II - Uma concepção jurídica humanista

Para que possamos discutir seriamente a temática de como olhar à reincidência a partir do século XXI precisamos de nos debruçar, ainda que brevemente, sobre o que de mais elementar existe no Direito Penal, ou seja, os fins das penas.

É conhecimento comum que os fins das penas servem actualmente um propósito essencialmente preventivo. Esta prevenção é depois sub-dividida entre prevenção geral e

⁵³ <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDQ1NAUABR26oAUAAAA%3d>. Consultado a 3 de Fevereiro de 2022.

especial consoante tenha como alvo a sociedade, como um todo, ou o cidadão que cometeu o ilícito em particular. Mais ainda, a prevenção pode atuar em modalidades positivas ou negativas ainda que sempre tendo na linha do horizonte a vontade de que o crime não se volte a repetir, seja pelo próprio seja por outro. Além destas, variações existem como as teorias de retribuição. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA tratam as mesmas de conceber “*a pena como um fim em si mesmo, isto é, como castigo, compensação, reparação ou retribuição do mal do crime (...) independentemente da utilidade que pode resultar da punição.*”⁵⁴.

Hoje em dia verificamos a existência crescente de um fenómeno de populização do Direito Penal. Um fenómeno que divide a sociedade entre o nós - cidadãos cumpridores da lei e de casto registo criminal - e eles - criminosos que nasceram para o crime e cuja presença na sociedade nada mais contribui do que para a destabilização desta. Esta realidade radica, em última instância, nas teorias retributivas. Na desumana ideia de que o criminoso tem de pagar pelo que fez com sangue se preciso for. O que daqui deriva é uma desumanização dos presos. Estes deixam assim de ser olhados como alguém similar a nós que por um acaso da vida, ou mesmo um azar, deram por si envolvidos num crime e passam a ser uma figura disforme, diferente da normalidade que seria pretendida. É esta visão deturpada da realidade que perturba aquela que deveria ser a concepção moderna de reincidência. A ideia de uma justiça vingativa que não deve olhar ao delinquente como um ser humano, que cancela o indivíduo e se desvia dos valores sociais que temos construído desde o Iluminismo.

Mais e mais devem os agentes da lei lutar para que tal ideologia não seja dominante na sociedade. Em 2019 era o próprio Santo Padre que nos recordava, desde a Praça de São Pedro no Vaticano, a importância de humanizar. Referindo-se diretamente aos presos defendeu que “*Enquanto os erros do passado são remediados, não se pode cancelar a esperança no futuro.*”⁵⁵. Esta é a visão macro que devemos ter quanto ao Direito Penal. Um Direito humano, que dá segundas oportunidades, que não bloqueia mas que dá a mão. Uma visão

⁵⁴ SILVA, Germano Marques da, in “Direito Penal Português - Parte Geral I - Introdução e Teoria da Lei Penal”. p. 56.
Sublinhado e negrito nossos.

⁵⁵ <https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2019-09/papa-francisco-policia-agentes-penitenciarios-vatiano.html>. Consultado a 6 de Fevereiro de 2022.

pouco popular hoje em dia mas que urge defender sob pena de serem os próprios pilares do nosso regime democrático e social a serem postos em causa.

Tudo isto pode parecer mais amplo e abstrato do que aquilo que se pretenderia ao falar de uma visão moderna da reincidência. Se assim é, tal apenas constitui uma primeira ideia. Para reformar um sistema jurídico, ainda que só um dos seus componentes, é absolutamente necessário deter uma concreta e bem definida ideia daquilo que este deve ser como um todo. Foi esta ideia que, brevemente, tentamos demonstrar acima e é desta que partiremos em direção à nossa circunstância agravante.

V.III - Justiça vingativa ou restaurativa?

Por tudo o que acima referimos convém ter bem presente que sistema de justiça pretendemos para Portugal. Se por um lado nos sentimos satisfeitos com uma realização de justiça típica de uma sociedade medieval, ou seja, um ideal de justiça vingativo, que procura fazer o delinquente pagar, ou se por outro lado devemos tentar - verdadeiramente - restaurar o indivíduo que praticou o crime. Esta segunda hipótese, por nós defendida, exige como premissa o entendimento que apenas a morte - e os impostos - não tem solução. Para além desta tudo o que qualquer um de nós faça pode ser corrigido ainda que para isso seja preciso, em alguns casos, ajuda. É aqui que entra esta grande entidade a quem entregamos um conjunto de prerrogativas quando “assinamos” o nosso contrato social que é o Estado. Se um dos membros desta comunidade, por defeitos próprios ou circunstanciais, praticar um ato que a mesma considere abjeta, parte da obrigação desta é pegar nesse indivíduo, puni-lo, sim, mas dar-lhe a mão para que este não volte a cometer o mesmo erro. Recuperaremos assim o indivíduo, valorando-o por aquilo que ele é, não pelo facto que praticou.

Esta lógica que explicamos não pode ser seletiva e por isso mesmo tanto se deverá aplicar ao cidadão que comete um crime como àquele que, pelos pressupostos discorridos supra, é reincidente na prática deste. Não negamos, nem podemos fazê-lo, que é socialmente mais censurável a conduta daquele que volta ao mundo do crime e por isso também mais

difícil explicar ao homem-médio o porquê do criminoso merecer uma terceira - ou quarta - oportunidade. Todavia não conseguiremos fazê-lo sem perceber quem são esta maioria de reincidentes e que crimes cometem. Só assim poderemos inferir o porquê de terem voltado a desviar-se do caminho da Justiça.

Ao contrário do que podem pensar algumas mentes mais sensacionalistas os crimes pelos quais se verifica a reincidência, em Portugal, não são os homicídios ou as violações. Crimes que colhem uma condenação e consternação social muito maiores e por isso são tipicamente utilizados por aqueles que pretendem introduzir laivos de populismo ao nosso sistema penal. Segundo os dados de que dispomos - e que, como acima assumimos, não são os que desejaríamos - os três tipos de crime mais vulgares numa nova condenação são o (1) roubo; o (2) furto; e o (3) tráfico.⁵⁶

Tão relevante quanto o tipo de delito cometido é aquilo que podemos observar quanto a diferença, ou falta desta, relativamente ao segundo tipo de crime. Na ampla maioria dos casos estamos perante situações de reincidência homótopa, ou seja, o primeiro e segundo crimes são da mesma natureza. São situações em que, por exemplo, o condenado primeiramente por tráfico de estupefacientes é, de novo, apanhado e condenado pelo mesmo crime.

Este dois dados são de essencial relevância uma vez que nos permitem pensar no porquê de não ter o agente sido corrigido pela “*solene advertência*” da primeira condenação. A resposta, em nossa opinião, prende-se com o facto de este não encontrar uma alternativa de vida para além do crime. Aprofundemos o problema.

Portugal enquanto estado democrático e com uma concepção jurídica voltada para a correção do agente detém na sua lei um conjunto de prerrogativas que pretendem reformar e corrigir a personalidade dos detidos. Se estas existem e estes problemas se mantêm então aquilo que devemos indagar é o porquê de se continuar com tais taxas de reincidência.

Tal como em muitas outras áreas há uma substancial diferença entre aquilo que está plasmado na lei e aquilo que consubstancia a realidade do dia a dia. Estamos perante um desses casos. É de conhecimento público - através de relatórios, notícias e reportagens - que o nosso sistema

⁵⁶ SUSANO, Helena, in “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 119.

dentro das prisões não funciona da forma que deveria. Existe um problema relacionado com a impossibilidade de se criar alternativas ao crime, verdadeiras novas vias para os detidos que lhes possam permitir sair deste no momento em que deixarem a prisão. Os programas que existem, apesar de meritórios, chocam com falta de meios para serem devidamente executados pelo que o delinquente mais não faz do que esperar que a pena passe sem que nesse tempo uma alternativa lhe seja construída. Claro que isto não acontece em 100% dos casos, como é óbvio, mas naqueles em que acontece, representa uma falha do sistema. Se assim é podemos pôr a questão sobre se a reincidência tem de facto sentido como agravante, mais ainda nos termos em que vem prevista.

V.IV - Uma teoria intermédia

Já referimos neste trabalho que ao longo dos tempos vários foram os posicionamentos doutrinários quanto à reincidência. Desde aqueles que a consideram como uma necessidade, atendendo às particularidades do agente, até àqueles que a defendem como um factor de suavização da pena, muitas são as opções para muitos gostos diferentes. Como em tudo na vida consideramos o entendimento intermédio como o mais sensato a tomar. Queremos com isto dizer que não nos parece que a agravante deva servir sempre para agravar, porém, também vemos como desajustado o sistema que premeia o agente aliviando-lhe a segunda pena.

O facto de o agente cometer o segundo crime sendo movido, muitas das vezes, por factores exógenos só nos pode mostrar que casos há que terão de ser valorados de forma diferente. Não podemos considerar de igual forma aquele que pratica o crime porque este satisfaz alguma necessidade sua, daquele que o pratica porque não encontra uma alternativa que não a continuidade da atividade criminosa. Para que isto se faça é necessário que acolhamos a teoria eclética. Para esta “*a reincidência constitui uma presunção desfavorável para o agente, a analisar casuisticamente e, porventura, a ilidir, se assim o juiz o*

*entender*⁵⁷. São vários, e muito meritórios, os nomes que na doutrina já identificam esse como o verdadeiro busílis da questão.

A compreensão que o ponto da avaliação casuística é essencial só nos pode conduzir a conclusão de que para termos um sistema que seja, efectivamente, maleável ao ponto de se colar a qualquer caso que apareça, precisamos de dar mais amplos poderes ao julgador para que este, à luz da sua experiência e das circunstâncias do caso, possa valorar a atuação do agente. Esta poderá assim ser avaliada de acordo com a verdadeira liberdade de atuação do delinquente. Poderá a mesma ser maior ou menor em situações que até pareçam semelhantes mas que, olhando a todos os factos, se mostram como merecedoras de tratamentos diferentes. A liberdade de movimentos, nos dias de hoje, é condicionada por muitos factores, desde os sociais aos económicos, e é aqui que queremos ver uma maior maleabilidade da reincidência. É a estes factos que esta tem de atentar quando se vai aplicar. Só desta forma poderemos não condenar pessoas a um eterno ciclo de dificuldades e desconsideração pela lei. O que se pretende, no fundo, e como referimos acima, é beber da solução consagrada no Direito italiano, juntá-la com aquilo que é a evolução já verificada na nossa lei e dar liberdade de decisão a quem a deve, verdadeiramente, ter.

Vivendo num regime em que os magistrados em funções passam por um longo e escrutinado processo de seleção, não nos parece, de modo algum, chocante que possam estes ter os poderes suficientes para olhar adequadamente ao caso concreto. Ou seja, para que estes não se encontrem tão limitados pelos requisitos previstos na lei⁵⁸. Desta forma o caso do delinquente que é punido uma segunda vez pelo crime de tráfico, por exemplo, teria um tratamento diferenciado e certamente mais adequado do que apenas um aumento de pena que, sabemos, em nada o vai corrigir. Sem opções de vida ou alternativas não adianta continuar a agravar a segunda pena mas sim tratar de proporcionar, dentro do tempo normal de punição, de encaminhar o agente para fora da linha de atuação em que, por vezes ao longo de anos, se tem mantido. É a estes casos que pretendemos que esta suavização se venha a aplicar. Aos casos de fragilidade, de liberdade condicionada de atuação, de insuficiência de alternativas. É

⁵⁷ SUSANO, Helena, *in* “Reincidência Penal: da teoria à prática judicial”, p. 95. Sublinhado e negrito nossos.

⁵⁸ Destacamos contudo os avanços já feitos - e referidos - com o CP/82.

para aqueles que precisam, e merecem, uma oportunidade que esta circunstância deve ser alterada, para aqueles a quem a vida não sorriu e a quem o Estado, sob pena de se demitir das suas funções, não pode virar as costas.

Compreendemos que a posição assumida por nós pode ser baseada na confiança de que o julgador vai olhar adequadamente às condições do caso. No pressuposto que o delinquentes quer sair da vida em que se encontra atualmente. E na bondade humana. Apesar de aceitarmos estas críticas não podemos senão rebatê-las com a credibilidade que é atribuída à nossa magistratura, e com a visão humanista do Direito que sempre perfilamos desta a primeira aula da primeira cadeira da licenciatura, até este momento. É esta credibilidade que nos permite defender a ampliação de poderes do juiz sem que isso crie uma insegurança jurídica para o cidadão mas permitindo, isso sim, que situações dominadas por factores exógenos, onde a vontade do agente pouca importância tem, caiam aqui. É na capacidade, experiência e conhecimento dos juizes que nos baseamos para que este entendimento possa ser procedente, até porque, tanto quanto defensores do Estado são também eles defensores da própria sociedade. E é a esta sociedade que temos de inculcar, mais e mais, uma lógica humanitária dos presos, uma lógica que coloca as duas - falsamente construídas - facções da sociedade a olhar-se olhos nos olhos.

“O respeito da dignidade humana deve agir não só como limite à arbitrariedade e aos excessos dos agentes do Estado, mas como critério de orientação para perseguir e reprimir aqueles comportamentos que representam os ataques mais graves à dignidade e integridade da pessoa humana.”

Papa Francisco, 2014

VI - Bibliografia

Doutrina:

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 2010.

ANTUNES, Maria João, “*Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra Editora.

BARROS, António Coelho de, “*A Reincidência no Código Penal Português*”, dissertação, Lisboa.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, “*CRP - Constituição da República Portuguesa - Anotada*”, Coimbra Editora.

CORREIA, Eduardo, “*A Punição da Reincidência e da Sucessão de Crimes no Direito Português*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 86, Coimbra Editora.

CORREIA, Eduardo, “*Reincidência e Sucessão de crimes*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 94, Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito penal português - Parte Geral II - As Consequências Jurídicas do Crime*”, Coimbra Editora.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “*Lições de direito penal: Parte Geral I; A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*”, Coimbra.

GONÇALVES, Maia, “*Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*”, Almedina.

NUNES, Maria Helena, “*Dos delinquentes habituais*”, dissertação, Coimbra.

LEAL-HENRIQUES; SIMAS SANTOS, “*Código Penal Anotado*”, Rei dos Livros, Porto.

RICCIO, Stefano, “*Recidiva*”, Novissimo Digesto Italiano.

SANTOS, Beleza dos, “*Crimes da mesma natureza na reincidência*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 75, Coimbra Editora.

SANTOS, Beleza dos, “*Dúvidas quanto à aplicação da pena a reincidentes*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 75, Coimbra Editora.

SECCO, Henriques, “*Theoria da Reincidência*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 9, Coimbra Editora.

SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português - Parte Geral I - Introdução e Teoria da Lei Penal*”, Verbo.

SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português - Parte II - Teoria do Crime*”, Verbo.

SUSANO, Helena, “*Reincidência Penal: Da Teoria à Prática Judicial*”, Editora Almedina, 2012.

ZAMORA, Antonio Martinez de, “*La reincidência*”, Murcia, 1971.

Jurisprudência:

Acórdão STJ de 27.001.1999 (processo n.º 1232/98, disponível em www.dgsi.pt).

Acórdão STJ de 11.04.2002 (processo n.º 365/02, disponível em www.dgsi.pt).

Acórdão STJ de 08.03.2007 (processo n.º 4819/06, disponível em www.dgsi.pt).

Acórdão STJ de 29.02.2012 (processo n.º 999/10.9TALRS.S1, disponível em www.dgsi.pt).

Acórdão TRL de 07.02.2018 (processo n.º 858/16.1PCLSB.L1-3, disponível em www.jurisprudencia.csm.org.pt).