

## *A reincidência: reflexões em torno da noção de «circunstância modificativa» e propostas de iure condendo*

### *I. Introdução e razão de ordem*

299

Visam estas modestas linhas homenagear o Senhor Professor Doutor AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, no momento em que abandona, ao menos de modo mais directo, as suas funções docentes na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, sem esquecer a sua ligação umbilical à Faculdade de Direito de Coimbra.

Não tendo tido o gosto de conhecer pessoalmente o homenageado, a sensação que fica é que conversei com ele amiudadas vezes, por intermédio da sua vasta e profunda obra, de que saliento, naturalmente, a sua dissertação de doutoramento e o seu *Manual*. Dotado de uma capacidade analítica e de raciocínio muito acima da média, de entre tantas outras qualidades que sempre apreciei em TAIPA DE CARVALHO foi a *coragem de ousar*, de criticar, por vezes com veemência, mas propor soluções alternativas. Isto é ser verdadeiramente um académico. O que lhe desejo é que a vida lhe sorria sempre e que, sejam quais forem as tarefas que o ocuparão – e suspeito que o Direito Penal continuará a ser uma delas, ao menos de forma escrita –, transporte para elas, sempre, esse seu apurado espírito crítico de que as sociedades modernas tanto necessitam.

No que especificamente respeita a este escrito, para além dos muitos e evidentes deméritos, tem a vantagem de, igualmente, ousar questionar, desde logo, o que se entende por «circunstância modificativa», confrontando-a com outras formas de «circunstâncias» que encontramos no Código

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Investigador do CJS – Crime, Justiça e Segurança/FDUP.

Por opção do autor, o presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

Penal (doravante, CP), para se chegar a uma conclusão diversa da que é largamente maioritária entre nós.

De seguida, interrogamo-nos sobre qual o fundamento ou fundamentos da reincidência, pois tal baliza todo o instituto, para além de nos dedicarmos a saber se, como é unânime dizer-se, temos um sistema polítropo. Para tal fez-se necessário interpretar o requisito material constante do art. 75.º, n.º 1, *in fine*<sup>2</sup>, matéria quase nada debatida entre nós e que nos mereceu, sempre em diálogo profícuo com a jurisprudência, uma reformulação para, cremos, algo que é não só mais operativo quanto conforme à realidade social.

300

Finalmente, afrontamos a questão que, julgamos, mais dúvidas convoca no tema recortado, ou seja, valerá a pena manter a reincidência ou já existem outros institutos que, com vantagens, desempenhem a sua função? Se a resposta for afirmativa, partindo do nosso Direito positivo, será que a moldura aplicável a esta circunstância modificativa cumpre não só o(s) fundamento(s) assinalados, mas também as próprias finalidades do art. 40.º, n.º 1, sabendo-se que a reincidência é, de igual modo, uma forma especial de determinação da pena?

É este o roteiro que proponho ao/à eventual leitor/a.

## II. Noção de «circunstância modificativa»

Desde que a codificação em sentido moderno chegou ao nosso país, a reincidência foi sempre considerada tecnicamente como aquilo que encima a presente secção, bastando atentar no art. 19.º, 21.ª, do CP de 1852 e no art. 34.º, 33.ª, do CP de 1886. Após o início da vigência do actual Código Penal (CP) de 1982, poucos têm sido os trabalhos académicos que, *ex professo*, se têm dedicado ao tema que encima a presente secção<sup>3</sup>. As razões não são difíceis de explicar: a primeira contende com aquilo que vimos apelidando de «parente pobre» da *gesamtes Strafrechtswissenschaft*, ou seja, as consequências jurídicas do facto punível, e a segunda, mais específica, con-

2 Qualquer referência a uma norma legal desacompanhada da indicação expressa do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o Código Penal.

3 Excepção para MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do Direito Penal português (ensaio de introdução geral)*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, em perspectivas eminentemente teórica, ética e filosófica e que não servem os propósitos bem mais modestos do presente trabalho.

tende com a importância prática que as circunstâncias perderam se comparadas com as codificações de 1852 e 1886.

É bem sabido que nestes dois primeiros CP da modernidade<sup>4</sup>, em especial quanto ao de 1852, as circunstâncias serviam como forma de ultrapassar um sistema de penas fixas e, mesmo no de 1886, eram vistas como uma maneira de o juiz poder chegar a uma medida concreta mais justa e que pudesse sobrepor-se à excessiva severidade punitiva que, já à época, se assinalava. Nada que nos deva admirar, pois se a codificação de 1852 foi profundamente influenciada pelo CP napoleónico de 1810, em que a «teoria da coacção psicológica» de PAUL ANSELM V. FEUERBACH conheceu consagração expressa, o relevante era que a leitura do CP continuasse a ser um catálogo de horrores, como o foram, no seu tempo, as Ordenações do Reino.

301

Bom é de ver, todavia, que isto nada tem de técnico, mas de ardiloso – ainda que bem-intencionado. Daí que a expressão «circunstância» tenha servido, na História da dogmática penal, para tudo e para nada. Naturalmente que, aqui, não pretendemos sequer traçar um bosquejo da sua evolução histórica, tanto mais que tal já se encontra feito<sup>5</sup>.

Qualquer que seja a escola do pensamento criminal desde o Iluminismo, começando pela clássica, passando pela normativista, pela finalista e acabando no actual movimento teleológico-racional (e funcional, para alguns), no processo determinativo da medida da pena sempre existiram factos ou conjuntos de factos que deveriam influir nesse *procedere*, embora não contendessem com a existência ou não de um crime (ou de um facto ilícito-típico). Dito por outras palavras: na primeira fase desse processo existe uma subsunção jurídica dos factos dados como provados ao concreto ou concretos tipos penais. Para tal, como é óbvio, o tribunal concluiu pela existência cumulativa de um comportamento dominável pela vontade humana (activo ou omissivo), que é típico, ilícito, culposo e, para alguns (como categoria autónoma<sup>6</sup>), punível.

4 Sem prejuízo de se reconhecer uma «pré-modernidade» inaugurada pela *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, sobre a qual se pode ler um resumo enxuto, nas vertentes substantiva e adjectiva, em BERND MARQUARDT, “El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea: la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532”, *Pensamiento Jurídico*, 45, 2017, pp. 15-60.

5 EDUARDO CORREIA (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, pp. 143-152, e HELENA SUSANO, *Reincidência penal*, pp. 15-31.

6 Sobre o tema, por todos, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, II vols., *passim*.

A palavra *circunstância*, no CP, comporta múltiplos sentidos: para além de institutos que, por via da ilicitude, da culpa ou da punibilidade, alteram a moldura abstracta do crime, podem referir-se a factos da vida social juridicamente relevantes, seja na fase da determinação da moldura penal concreta e da medida concreta da pena, a propósito dos factores de medida sancionatória exemplificativamente previstos no art. 71.º, n.º 2, seja ao nível da moldura penal abstracta, como sucede no homicídio qualificado (art. 132.º, n.º 2, *in fine*); mas também releva na determinação da pena aplicável através de regras próprias e que, no caso da reincidência, são igualmente formas especiais de determinação da pena em sentido amplo<sup>7</sup>. FIGUEIREDO DIAS<sup>8</sup> define-as como «pressupostos ou conjuntos de pressupostos que, não dizendo directamente respeito nem ao tipo-de-ilícito (objectivo ou subjectivo) nem ao tipo-de-culpa, nem mesmo à punibilidade em sentido próprio, contendem com a maior ou menor gravidade do crime como um todo e relevam por isso directamente para a doutrina da determinação da pena»<sup>9</sup>. De outra forma, conclui que elas afectam a imagem global do facto, agravando-a ou

7 Já GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. III, p. 134 entende por «circunstâncias do crime (...) aqueles elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre a sua gravidade, deixando inalterada a sua essência», dando como exemplos «os motivos e os efeitos do crime». Não é dispar a posição de EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, p. 142, n. 1. Discordamos destas posições, na medida em que, como se percebe da própria exposição, está a confundir-se o que definimos em texto com os factores de medida da pena (art. 71.º, n.º 2), que operam em fase distinta da determinação da pena (pp. 135-136 e 139-142).

8 *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., p. 199. Em sentido aparentemente concordante, entre tantos, MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 41.

9 E não parece andar muito longe do que a doutrina espanhola preconiza. Neste Estado, é vulgar a noção de que não contendem com os elementos do conceito material de crime, mas com a maior ou menor gravidade do facto, encontrando o seu fundamento na «maior ou menor necessidade de tutela que, por seu turno, remete para a maior ou menor necessidade de pena», pelo que «o seu fundamento vincula [a circunstância modificativa] directamente ao princípio constitucional da proporcionalidade» (ENRIQUE ORTOS BERENGUER/JOSÉ GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., pp. 292-293). Para além de lhe podermos dirigir as críticas que a seguir se verão, todo o Direito Penal e, por definição, o tipo legal de crime, estão sujeitos ao princípio entre nós previsto no art. 18.º, n.º 2, da CRP, pelo que transformá-lo no étimo fundante da circunstância modificativa, na prática, de pouco – ou mesmo nada – serve o propósito de a justificar e caracterizar. Idênticas observações críticas nos merece a literatura italiana, onde prevalece a noção de que estamos perante situações que não contendem com nenhum dos elementos constitutivos do conceito de crime, mas perante circunstâncias que se encontram «em torno» dele (do crime) – *circum stant* (por todos, GIORGIO MARINUCCI/EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, pp. 327-328).

atenuando-a. Relaciona as circunstâncias modificativas com o «tipo complexo total», que abrangeria a previsão, a estatuição e todo o conjunto de pressupostos positivos e negativos de responsabilidade criminal.

Ora, começam logo aqui as nossas divergências. As normas penais são partícipes da estrutura típica de qualquer comando jurídico. Donde, o seu estereótipo divide-o em previsão (*Tatbestand*) e estatuição (*Rechtsfolge*). O tipo legal de crime que corresponde a esta destrinça é apenas um e apelar a outros é uma forma artificial de lidar com a realidade, pois tudo aquilo que é essencial à função de motivação da comunidade no seu conjunto e do específico agente a cumprirem o dever-ser jurídico-penal tem de estar nele contido. Apelar para reforços, suplementos, «imagens globais», nada tem de técnico, mas, ao invés, de impressivo, ligado a uma qualquer espécie de “sentimento” do julgador que cabe ao nosso ramo de Direito limitar o mais possível, em nome da certeza e segurança jurídicas. Donde, todos os aspectos da vida social que influem na moldura penal abstracta contendem apenas e tão-só com o tipo legal de crime e aquilo que ele encerra<sup>10</sup>. É certo que na noção defendida por FIGUEIREDO DIAS não se diz que a ilicitude, a culpa ou a punibilidade nada têm que ver com a definição de circunstância modificativa, mas que o não têm de forma directa. Vejamos se é assim: na tentativa (artigos 22.º e 23.º), ninguém duvida que a sua menor punição contende com uma diminuição da ilicitude pura e simples, pelo que é directa a relação que se estabelece entre ambas. O mesmo se diga na cum-

303

10 Não encontramos em nenhum manual de Teoria Geral do Direito ou de Metodologia Jurídica algo que desmentisse o que se escreve em texto, mas exactamente a sua confirmação, sendo exacto que o tipo de relação que intercede entre *fattispecie* e consequência jurídica é sempre normativa, i. é, com apelo ao próprio Direito e não naturalista, como era típico da Escola Clássica (sobre este particular ponto, KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7.ª ed., pp. 52-70) – *inter alia*, LATORRE, ANGEL, *Introdução ao Direito*, pp. 19-22, A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.ª ed., pp. 141-142, 157-158 e 169. Mesmo no expoente do Positivismo no Direito, neste aspecto, não se encontra visão diversa – cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 7.ª ed., pp. 3-4 e, em especial quanto ao Direito Criminal, pp. 130-138: «(...) uma acção ou omissão [é] um ilícito ou delito por lhe ser ligado um acto de coacção como sua consequência» (p. 130). É também útil relembrar que a coercibilidade, apesar de não ser um elemento obrigatório das normas jurídicas, é essencial, contido na mesma ou em outra, ou mesmo de forma implícita, para que a ordenação social prossiga os seus fins, como muito claramente afirma BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimp., pp. 133-134, salientando o seu relevo para o silogismo judiciário (pp. 79-80). De «norma-padrão» fala HERBERT HART, *O Conceito de Direito*, p. 26. Reclamando da ausência do Estado no vértice da «relação penal» e do cortejo de consequências em sede de legalidade, em especial em estados de emergência, ADELMO MANNA, *El lato oscuro del Diritto Penale, passim*, mas sobretudo, p. 116.

plicidade (art. 27.º), tanto mais que toda a matéria da comparticipação criminosa é questão apenas de ilicitude. Do mesmo passo, o regime do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23/9 é atinente, no essencial, à culpa destes “jovens adultos”, do mesmo modo que, agora em sentido contrário – porque agravante –, é pacífico entre nós que a reincidência se justifica pela existência de uma culpa agravada, pois o agente, apesar do trânsito em julgado de, pelo menos, uma condenação anterior, não se deixou por ela influenciar e continuou a praticar crimes (art. 75.º, n.º 1, *in fine*).

Donde, se os autores são (quase) unânimes neste fundamento da reincidência<sup>11</sup>, como pode dizer-se que ela não contende directamente com a culpa do facto? Não foi exactamente esse facto – porque repetido – que

304

11 O mesmo se passava na Alemanha, quando a reincidência existia – JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 962. Na Itália, MARINUCCI/DOLCINI, *op. cit.*, p. 361, referindo-se a uma «insensibilidade à admonição derivada da condenação anterior e uma acentuada capacidade para delinquir». Mesmo hoje, em função da análise que faz sobre as estatísticas da reincidência, parece que BERND-DIETER MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Auflage, pp. 30-35 não só a fundamenta na culpa intensificada, mas também em maiores exigências especiais-preventivas. No Brasil, MIGUEL REALE JÚNIOR, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, 3.ª ed., pp. 417-418, e LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, 8.ª ed., pp. 472-473. Entre nós, *inter alia*, JOSÉ LEAL-HENRIQUES/MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal anotado*, 1.º vol., 3.ª ed., Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2002, p. 893, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., pp. 241-242; FERNANDO CONDE MONTEIRO, *Consequências jurídico-penais do crime*, p. 69. Ao invés, na Itália, os fundamentos são a culpa agravada e a perigosidade do agente (ANNA LARUSSA, “Precedenti penali: diversa incidenza su recidiva e attenuanti generiche”, disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2020/02/20/precedenti-penali-recidiva-attenuanti-generiche#par3>). Na jurisprudência pátria, de entre uma plêiade inabarcável, acórdão do TRP de 23.09.1992 (Ramiro Correia). É esta a posição prevalente no STJ, como se verifica, p. ex., no acórdão de 21.09.2011 (Pires da Graça), embora se encontre uma outra, no mesmo tribunal, por decisão de 06.11.2019 (Gabriel Catarino): «(...) a agravativa (nominada) da reincidência colhe justificação no facto de ocorrer uma *necessidade preventiva da prática do delito* e uma necessidade de *fazer sentir a intensidade da acção do direito penal no modo de conduzir a vida de um determinado sujeito*, constituem-se razões válidas e solventes» (nossos itálicos). Em idêntico sentido, o acórdão do TRP de 26.05.2015 (Neto de Moura). No acórdão do TRL de 07.02.2018 (Maria da Graça Santos Silva), fala-se «de censura e de culpa», o que é redundante. O que já se não pode admitir é que se defenda que a reincidência se baseie num «defeito de personalidade», resquício de um Direito Penal do agente e de uma ultrapassada concepção de culpa pela não (ou má) formação da personalidade que, remontando, entre outros, a BOCKELMANN, encontrou eco em EDUARDO CORREIA. Apesar disto, «[a] reiteração criminosa pode ter diversa etiologia e, para efeitos da reincidência, apenas releva a que esteja ligada a um *defeito da personalidade* que leve o agente a ser indiferente à solene advertência contida na sua condenação em pena de prisão efectiva superior a 6 meses por crime doloso (p. ex., não voltar a procurar trabalho, ou continuar a conviver com delinquentes, ou fazer do crime o seu modo de vida).» – acórdão do TRG de 07.11.2016 (Ausenda Gonçalves). Nossos itálicos.

conduz à elevação em 1/3 do limite mínimo da moldura penal abstracta (art. 76.º)? Ou haverá outra culpa para além do facto? Ela esgota-se nele e o facto tem de suportar todas as predicções do juízo de censura impendente sobre o concreto agente. Assim, não apenas porque a ciência jurídica não contempla tipos legais paralelos ou suplementares<sup>12</sup>, mas apenas aquele a que nos referimos, assim como na medida em que qualquer que seja a circunstância modificativa, ela encontra, de forma directa, justificação num dos elementos do conceito material de crime, é ela atinente ao próprio tipo legal e com os seus componentes estabelece uma relação directa. Outra coisa é perguntarmo-nos porque é que o legislador sentiu necessidade de criar circunstâncias modificativas. A resposta encontra-se, em primeiro lugar, visto que os tipos legais foram construídos, por regra, atendendo à consumação do delito doloso, em que o agente cabe nas categorias do art. 26.º, sem prévias inscrições no registo criminal, por um imputável com pelo menos 21 anos de idade ao *tempus delicti*, pelo que se a realidade não se contiver nessa estrutura normativa prototípica, é logo ao nível da pena aplicável que se justificará a sua atenuação. Se assim não fosse, a realidade actuante não encontraria eco na própria norma. O mesmo se diga para as hipóteses de cumplicidade, pois que os tipos legais se constroem, como regra, partindo

305

12 A construção em texto é alemã e pode ver-se, *inter alia*, em EDMUND MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, p. 254, aludindo a um «delito fundamental» e a um «delito independente ou *sui generis*», que comportaria a matéria das consequências jurídicas do facto ilícito-típico. Motivo também para discordarmos da noção de FERNANDO CONDE MONTEIRO (*op. cit.*, p. 50): «elementos, fora do tipo legal de crime, atinentes antes de mais à punibilidade e aqui fazendo sentir a sua influência (...), embora podendo ter natureza múltipla (culpa, ilicitude, prevenção, etc.)». Não há elementos fora do tipo de crime, até porque assim se vulnerariam as exigências da legalidade criminal; não há um elemento central do conceito material de crime – aqui, a punibilidade – que assumia mais relevo que os outros e não se percebe como a circunstância modificativa contenderia, no essencial, com a punibilidade mas, ao mesmo tempo, sem se entender porquê, também com a «culpa, ilicitude, prevenção», tanto mais que são considerações preventivas que, no fundo, justificam a punibilidade, donde, haveria aqui uma *dupla valoração da mesma realidade* – princípio geral proscrito em todo o capítulo das consequências jurídicas do facto punível, por generalização do art. 71.º, n.º 2 –, menos ainda se compreendendo o *etc.*, de novo por risco sério de violar o art. 29.º da CRP e o art. 1.º No domínio da reincidência, com acerto, o acórdão do STJ de 26.01.2022 (Lopes da Mota): «[o] respeito pelo princípio da *proibição da dupla valoração* na determinação da medida da pena dentro da moldura penal da reincidência *implica que os factos anteriores, que constituem pressupostos formais de aplicação da moldura penal agravada*, não possam, como tais, *ser de novo valorados em sede da medida da pena da reincidência*, o mesmo valendo relativamente ao pressuposto material do desrespeito pela advertência contida na condenação ou nas condenações anteriores (...)» (itálicos acrescidos). Já no sentido de um «tipo complexo», o acórdão do STJ de 25.05.2006 (Rodrigues da Costa).

da sanção a aplicar ao autor. Por outras palavras e generalizando: porquanto a norma penal segue uma estrutura estereotipada, é essencial que a mesma seja alterada na sua estatuição, de modo a responder a um aumento ou diminuição de algum dos elementos do crime do *Tatbestand*. Se assim não fosse, as normas penais tornar-se-iam realidades estanques, formatadas de modo absoluto e que se não adaptariam à realidade da vida.

306

Poder-se-ia lucubrar uma segunda razão: mesmo partindo da forma estereotipada como se edificam as normas penais, de novo factos da vida comum podem conduzir, pela sua força irradiante, a que, logo a moldura abstracta seja desadequada ao que efectivamente sucedeu. Exemplifique-se com a atenuação especial ou com a dispensa de pena (respectivamente, artigos 72.º e 73.º, e 74.º). Ambas são formas especiais de determinação da sanção e não circunstâncias modificativas, mas operam igualmente na pena aplicável, a primeira por acentuada diminuição da ilicitude, culpa ou exigências preventivas e a segunda apenas devido a estas últimas<sup>13</sup>. Percorrendo todas as demais formas especiais determinativas que não são igualmente circunstâncias modificativas – concurso, crime continuado e desconto –, também aqui são ainda factos atinentes aos elementos do conceito de crime que justificam tais alterações: no concurso, por via de uma diminuição da ilicitude, tanto mais que o art. 77.º, n.º 1, *in fine*, aponta para um autónomo juízo deste tipo que se não confunde com os dos crimes parcelares<sup>14</sup>; na punição pelo princípio da exasperação (art. 79.º) do crime continuado, são razões

13 É esta a concepção difundida, até partindo da fonte jurídica de onde bebemos, ou seja, a *Absehen von Strafe* do § 60 do *Strafgesetzbuch* (*StGB*: Código Penal alemão), embora aí nenhum dos requisitos das nossas alíneas do n.º 1 do art. 74.º se exijam, tendo o nosso legislador sido mais restritivo que o germânico, o que também se nota no facto de o último a admitir se o agente tiver sido condenado em pena igual ou inferior a um ano de prisão. O que vai em texto, no entanto, só é rigoroso quanto à *dispensa obrigatória*, pois aí não se tem de conjugar os requisitos da Parte Especial (PE) do CP ou de legislação extravagante com os previstos nas alíneas do n.º 1 do art. 74.º, pelo que é exacto dizer que são razões de falta de necessidade de pena que justificam a dispensa. Se esta for facultativa (a prevista na Parte Geral e as demais das assinaladas regiões normativas), ter-se-á sempre de conjugar, p. ex., o art. 374.º-B, n.ºs 2 e 6, com as ditas alíneas, por força do art. 74.º, n.º 3. Ora, basta atentar na al. a) do n.º 1 do art. 74.º para concluir que a ilicitude e a culpa têm de ser «diminutas», o que importa que *estas últimas também justificam a dispensa de pena facultativa*. E mesmo na obrigatória, agora já não a cargo do julgador, mas do legislador, se este a prevê, é porque a ilicitude da *fattispecie* e/ou a sua culpa também aparecem diminuídas a seus olhos ou há razões político-criminais que demandam este que é, para nós, um exemplo do direito premial em sentido amplo.

14 Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “A pena “unitária” do concurso de crimes” (Anotação a um Acórdão do STJ), *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 16, 2006, pp. 151-166.

de culpa, como não podia deixar de ser, desde logo por referência à norma definitiva do art. 30.º, n.º 2; no desconto (artigos 80.º a 82.º), garante-se o respeito pela proibição do *ne bis in idem*, o que tanto respeita à ilicitude como à culpa. Mesmo na reincidência – forma especial de determinação da pena e circunstância modificativa agravante –, como visto, é de novo atendendo a um dos elementos do conceito material de delito – a culpa – que se justifica a intervenção na construção da respectiva moldura abstracta. Por outro lado, se as inscrições no registo criminal são um factor muito relevante a ter em conta também para o preenchimento do requisito material<sup>15</sup>, tal reforça a nossa concepção de circunstância modificativa, mesmo aos olhos da comunidade: o que lá se encontra diz respeito a um ou mais crimes transitados em julgado a que vai associada uma sanção, sem mais, i. é, sem visões “extensivas” e desnecessárias do tipo legal de crime. Destarte e em conclusão, o legislador previu circunstâncias modificativas porque bem sabe que o *modus aedificandi criminis* de que em geral parte não é sempre adequado às factuais segregadas pela vida social, pelo que necessita de instrumentos que, logo em abstracto e em geral para essas vicissitudes diversas, façam reflectir o seu maior ou menos conteúdo de reprovação.

307

Atrevemo-nos a avançar com uma outra noção de circunstância modificativa como *todo o facto ou conjunto de factos da vida social juridicamente relevantes para adequar o concreto modo de vulneração da norma penal às exigências de ilicitude, culpa ou punibilidade que se não acham reflectidas na estrutura típica da norma jurídico-criminal*.

### **III. Fundamento(s) da reincidência, preenchimento do requisito material e a necessidade da sua concretização normativa**

1. A concepção largamente maioritária, mas não unânime, na doutrina e jurisprudência pátrias vai no sentido de que o fundamento da reincidência se encontra *somente* numa culpa qualificada, agravada, intensificada<sup>16</sup>. Para além de outros<sup>17</sup>, não é esta a nossa perspectiva.

15 Entre tantos, STEFAN SEILER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 8. Auflage, n. m. 204, p. 59.

16 *Inter alia*, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 404, n. m. 9, estribando-se nas ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL, bem como HELENA SUSANO, *op. cit.*, pp. 95-96, onde também se pode ter uma visão panorâmica das várias posições já expendidas (pp. 68-93).

17 É o caso de MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, pp. 52-53.

De facto, existem considerações preventivas gerais e especiais que justificam<sup>18</sup>, ao lado da culpa, a agravação do art. 76.º, ambas depoentes no sentido de uma maior *perigosidade* do agente. Não se trata de uma perigosidade no sentido do étimo das medidas de segurança, mas, se quisermos, de uma *perigosidade impura ou imprópria*, ou seja, os dados da Criminologia dizem-nos que as carreiras criminais, por regra, fazem do agente alguém que comporta mais riscos para a sociedade, seja de prática de acções ou omissões qualificadas como crimes, seja de fenómenos cabíveis no sentido amplo de *déviance*. Ora, seria obnubilar a realidade considerar que esta também não é uma razão para a reincidência: a sociedade protege mais adequadamente (art. 18.º, n.º 2, da CRP) os bens jurídicos fundamentais impondo uma sanção mais grave e o concreto agente demonstra, pelo seu percurso de vida, que as necessidades de (re)socialização são mais prementes, assim se cumprindo os artigos 40.º, n.º 1 e 42.º O regime do art. 76.º concorre para esta conclusão, pois, preenchido o inciso anterior, o julgador acresce sempre 1/3 ao limite mínimo da moldura penal abstracta, o que pode analisar-se de duas formas: é esse o *quantum* de pena acrescido que resulta da maior culpa ou ele é determinado pelas ditas razões preventivas que desembocam no conceito não técnico de perigosidade. Sendo a *culpa*, por definição, individual, concreta e um dos factores a considerar para a determinação da pena em sentido amplo (art. 71.º, n.º 1), terá a mesma de ser *adequada*, de novo à luz do mandamento constitucional da proporcionalidade, àquele específico agente, pelo que existiria uma irresolúvel aporia entre um aumento fixo de 1/3 e a concretude do juízo de censura. Donde, ainda em linha com o outro factor geral para determinar a culpa – as exigências de prevenção –, é a estas que se deve ir buscar o fundamento para esta operação concreta do art. 76.º, n.º 1.

Mais ainda: pelo que abaixo diremos sobre o preenchimento do requisito material da reincidência e da proposta *de iure condendo* que formulamos, logo nesse juízo relevam factores atinentes à culpa e à prevenção. O elemento histórico depõe no sentido propugnado, começando pelo então § 48 do *StGB*, o qual exigia que as anteriores condenações não tivessem servido

18 No acórdão do STJ de 06.11.2019 (Gabriel Catarino), entendeu-se que *o único fundamento eram razões de prevenção*, o que mostra que já se defenderam todas as posições equacionáveis: «(...) [a] agravativa (nominada) da reincidência colhe justificação no facto de ocorrer uma necessidade preventiva da prática do delito e uma necessidade de fazer sentir a intensidade da acção do direito penal no modo de conduzir a vida de um determinado sujeito.» (itálicos acrescidos).

de suficiente «prevenção» (*Warnung*), o que remete para considerações de necessidade punitiva, no que foi seguido pelo ProjPG de EDUARDO CORREIA, no então art. 90.º Acresce que o facto de se aplicar uma sanção substitutiva a uma condenação anterior impedir o funcionamento da reincidência<sup>19</sup> tem aqui um significado. Ele só pode ser o seguinte: como a larguíssima maioria defende – não é o nosso caso –, apenas considerações preventivas entram no juízo sobre a escolha da pena, pelo que, operando-se essa prognose favorável, de modo a impedir a reincidência, é porque esta não se justifica só por razões de culpa, mas também de prevenção. E se seguirmos a nossa posição, ainda é mais clara a asserção, pois entendemos que o juízo substitutivo exige uma ponderação ao nível da culpa e da prevenção geral e especial, aliás, a única conforme a que a pena – sob qualquer modalidade – responda a exigências de ambas as naturezas (art. 71.º, n.º 1)<sup>20</sup>. Por fim, ao invés do que sucede em várias codificações que exigem que a(s) condenação(ões) anterior(es) tenha sido, parcial ou totalmente cumprida, o nosso art. 75.º, n.º 1 apenas prevê que a decisão condenatória tenha sido prolatada, ainda que incumprida. Ora, se é verdade que tal depõe no sentido de que se parte do pressuposto de que a mera advertência de pena é suficiente para o juízo de culpa e que a sua inobservância – ainda que sem recolher ao estabelecimento prisional – vai ao seu encontro, também é exacto que se o legislador se basta com a mera condenação, pressupõe, igualmente, que essa mesma ameaça encerrada na condenação é de molde a fazer funcionar uma circunstância agravante, i. é, a comunidade no seu conjunto e o concreto agente (em menor medida, é certo) apreendem as exigências preventivas do dito conteúdo sancionatório.

309

Assim, em suma, é para nós claro que a *concepção dominante quanto ao fundamento desta circunstância modificativa agravante não se adequa à realidade fáctica* e às consequências que dela se retiram no art. 76.º, n.º 1, pelo que só da sua reunião com exigências de prevenção geral e especial, repercutidas no dito juízo de *perigosidade imprópria*, alcançaremos a totalidade do seu sentido<sup>21</sup>.

19 Acórdãos do TRP de 21.03.1990 (Calheiros Lobo) e de 18.04.2001 (Dias Cabral).

20 Desenvolvidamente, o nosso “Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena”, in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. I, José Lobo Moutinho *et al.* (coords.), pp. 167-218, em esp., pp. 183-190.

21 Na conclusão, já MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 52-53, embora sem a nossa fundamentação. De igual modo apenas quanto à conclusão, julgamos que não andamos longe do

2. É clara – ao contrário do que sucedia com as codificações de 1852 e 1886 –, desde a entrada em vigor do CP de 1982, que a reincidência não opera de forma automática (*ope legis*) – ou seja, ainda hoje existem vários ordenamentos em que a simples verificação de requisitos formais espoleta a reincidência, pelo que não há espaço de ponderação judicativa<sup>22</sup> –, mas sim *ope judicis* ou, como bem se pronuncia VÍCTOR SÁ PEREIRA, «sob condição»<sup>23</sup> do preenchimento do requisito material. Nessa época, bastava a pena de prisão quanto aos crimes dolosos sob julgamento e ao(s) anterior(es), sem nenhuma referência a um *quantum* mínimo exigível ou se a mesma tinha de ser efectiva ou não<sup>24</sup>, embora a resposta que se retirava do texto legal só pudesse ser no primeiro sentido, dado que se exigia que qualquer das sanções tivesse sido «total ou parcialmente cumprida». Por outro lado, as medidas de graça, embora em distinta formulação, muito mais clara após a revisão de 1995<sup>25</sup>, na redacção de 1982, já era no sentido de que as mesmas não impediam a circunstância modificativa, por se equipararem ao cumprimento da pena. Já a formulação do requisito material, se no essencial se não altera, conhece cambiantes que podem ser de relevo: «se as circunstâncias do caso mostrarem que a condenação ou condenações anteriores não constituíram suficiente prevenção contra o crime».

---

defendido por INÊS FERREIRA LEITE, *Guião Medida da Pena e Direito de Execução da Pena*, pp. 74-75. Já não concordamos com a crítica dirigida ao modo como, de entre outros, FIGUEIREDO DIAS propõe para as concretas operações do art. 76.º, pois que a necessidade de determinação da pena sem reincidência é essencial para a comparar com a que seria aplicada tida em conta esta circunstância modificativa, desde logo para fazer funcionar a operação de comparação e eventual limitação do art. 76.º, n.º 1, 2.ª parte. Donde, não só é uma exigência legal para que a reincidência não tenha um efeito agravante excessivo, como faz todo o sentido que, em primeiro lugar, o juiz fixe o *quantum* sem atentar à modificativa, sendo certo – e aí assiste razão à autora – que nada impõe que a medida concreta reincidente tenha *sempre* de ser mais gravosa. Sê-lo-á na quase generalidade dos casos, por via dos fundamentos em texto, e tanto assim é que o legislador teve a preocupação de moderar tal efeito pelo dito art. 76.º, n.º 1, 2.ª parte. Essa primeira operação em nada vulnera o *ne bis in idem* ou a proibição da dupla valoração (que se retira do art. 71.º, n.º 2: «não fazendo parte do tipo de crime»), pois as realidades sobre as quais o tribunal se pronuncia são diversas: uma levando em conta e a outra não que o agente preenche os requisitos do art. 75.º

22 É o caso da Argentina (artigos 50.º a 52.º, do CP).

23 *Código Penal. Notas e comentários*, p. 126. Em sentido próximo, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, 4.ª ed., p. 539.

24 É essa a actual solução do CP cabo-verdiano (na redacção da Lei n.º 117/IX/2021, de 11/2), no seu art. 87.º e do argentino (artigos 50.º a 52.º), entre outros.

25 Sobre ela, de modo enxuto, ADELINO ROBALO CORDEIRO, “A determinação da pena”, *in Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, AA. VV., vol. II, pp. 36-38.

Como se sabe, uma das magnas questões da reincidência, em especial no séc. XIX, foi saber se a mesma só operava em relação aos mesmos crimes ou a qualquer um (homotropia e politropia, respectivamente). Saber o que é «o mesmo crime» não é tarefa simples<sup>26</sup>, mas apontou, na História do Direito Penal, para o exacto tipo legal de delito que agora se está a julgar quanto ao(s) anterior(es) – no que seria uma *homotropia pura ou em sentido estrito* – ou para crimes que, não sendo exactamente os mesmos, protegiam bens jurídico similares – *homotropia impura ou em sentido lato*.

No CP de 1852, o art. 85.º determinava que a reincidência só existia quando tivesse sido cometido «crime da mesma natureza», também se prevendo um prazo de «prescrição de reincidência» de 10 anos, ao invés dos actuais 5 (art. 75.º, n.º 2<sup>27</sup>), igualmente computada desde a data da comissão delituosa, e também se clarificando que o perdão não obstava à verificação da circunstância modificativa, ao invés da amnistia ou reabilitação, por via da legislação atinente ao registo criminal, ao invés da solução actual do art. 75.º, n.º 4. Dúvidas inexistem, portanto, quanto ao carácter *homótrofo* da reincidência à luz do CP de 1852. O art. 34.º, 33.ª, do CP de 1886 igualmente previa a reincidência como circunstância agravante, também de forma homótrofa (art. 35.º), recorrendo à mesma expressão de 1852 («outro crime da mesma natureza»<sup>28</sup>) – embora esta última codificação se pronunciasse pela politropia –, mas diminuindo agora o prazo entre as duas comissões delituosas para oito anos e estabelecendo que ela só operava entre o que hoje designamos como crimes dolosos («intencionais» à época), o que é uma novidade face ao CP anterior. Acresce que se previa agora que os delitos em causa não tinham de ser consumados, podendo ficar-se pelo estágio da tentativa, bem como o grau de participação – podia-se ter sido cúmplice num deles e autor no outro ou vice-versa.

311

26 Vejam-se as principais teorias em EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 152-161, resolvendo a questão, no essencial, por via do *princípio da especialidade*, o que, de facto, não responde ao problema, dado não nos encontrarmos perante hipóteses de concurso aparente, legal ou de normas, nem se percebendo como é que através de uma relação deste tipo se pode considerar uma reincidência homogénea ou heterogénea.

27 Sobre a sua inconstitucionalidade, veja-se o acórdão do TC n.º 8/2014, de 07.01.2014 (Carlos Fernandes Cadilha), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140008.html>.

28 O que conduzia a dúvidas assinaláveis, como a solucionada pelo assento do STJ de 12.07.1949 (Roberto Martins), em sentido que, à luz da legislação coeva ou actual temos por errado: «[p]ara efeito de reincidência, os crimes dolosos de homicídio e de ofensas corporais não são da mesma natureza.».

Distinguiu-se, por outro lado, em 1886, a *reincidência da sucessão criminosa*, o que não existia no CP de 1852, esta última hoje caracterizada como reincidência polítropa (art. 37.º) e sem dependência de qualquer prazo entre os vários crimes ou como reincidência homótopa, desde que os delitos mediassem mais de oito anos entre as datas em que foram praticados, mas aí computando-se tal prazo entre a condenação transitada em julgado e a data da comissão do subsequente. As condições de só haver reincidência entre delitos dolosos e de à circunstância modificativa não obstar a diferença de comparticipação mantinham-se na sucessão de crimes.

312

No ProjPG de 1963, seguia-se de perto a redacção do § 48 do *StGB*<sup>29</sup>, partindo-se de uma concepção polítropa, exigiam-se duas condenações anteriores, pois entendia-se que só assim ficava suficientemente afirmado o incumprimento da solene censura decorrente das decisões transitadas e se obstava a que a reincidência tivesse um efeito agravante desproporcionado. Também se previa o cumprimento efectivo – total ou parcial – dessas penas de prisão, com o mesmo argumento de que era necessário que o agente tivesse estado em meio prisional e, ainda assim, tivesse cometido novo crime, para dúvidas inexistirem quanto à sua maior culpa<sup>30</sup>.

A redacção originária do actual CP foi, de novo, largamente influenciada pelo § 48 do *StGB*, sendo certo que a doutrina<sup>31</sup> entendia que a reincidência era uma alternativa à medida de segurança para os casos em que a perigosidade do agente não fosse de molde a tal impor. O que significa que, sendo exacto que a norma se referia a que as anteriores condenações não tivessem servido de suficiente advertência contra o crime e, por isso, se fundasse numa ideia de culpa acrescida, também não enjeitava a influência da perigosidade como co-fundadora desta circunstância modificativa, o que é um dado a reter para um problema que afrontaremos *infra*.

29 «Aquele que, depois de ter sido condenado pelo menos duas vezes por facto doloso punível cometido dentro da esfera de aplicação territorial desta lei e tiver sofrido, em virtude da comissão de um ou mais desses crimes, pena privativa de liberdade de pelo menos três meses, será punido com prisão não inferior a seis meses quando, em função do modo de execução e das circunstâncias do facto, for de censurar o agente por as anteriores condenações não lhe terem servido de prevenção [«daß er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur *Warnung* (no sentido de *aviso*) dienen lassen»], sempre que o facto não seja punível com um mínimo maior de pena. O limite máximo da pena de prisão previsto para o crime não poderá nunca ser ultrapassado.».

30 Sobre tudo isto, cf. as ACTAS DAS SESSÕES DA COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL, nas suas reuniões de 13.04.1964 e início da de 14.04.1964, pp. 143-144, 147.

31 Por todos, JESCHECK, *Reforma del Derecho Penal en Alemania. Parte General*, pp. 75-76.

Na vigência do CP, na redacção posterior a 1995, a jurisprudência tem, antes de mais, salientando – e bem – que *a reincidência não é de efeito automático*, o que, aliás, seria materialmente inconstitucional em face do art. 30.º, n.º 4, da CRP, e do art. 65.º, n.º 1, *i. e.*, não basta que os pressupostos formais se verifiquem, mas que, como o art. 75.º, n.º 1, *in fine* exige, «a condenação ou as condenações anteriores não lhe [ao agente] tenham servido de suficiente advertência contra o crime»<sup>32</sup>. Isto significa, desde logo, que se deve proceder a uma análise casuística e a jurisprudência tem aderido à tese da reincidência *polítropa*.

3. A actual redacção de todo o art. 75.º (e do seguinte) é a mesma desde o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/3: «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». FIGUEIREDO DIAS<sup>33</sup> interpreta-o como «uma íntima conexão entre os crimes reiterados» e que tal «conexão poderá, em princípio, afirmar-se relativamente a factos de *natureza análoga* segundo os bens jurídicos violados, os motivos, a espécie e a forma de execução; se bem que ainda aqui possam intervir circunstâncias (...) que sirvam para excluir a conexão, por terem impedido de actuar a advertência resultante da condenação (...)»; «(...) já relativamente a factos de *diferente natureza* será muito mais difícil (...) afirmar a conexão exigível.»; «(...) é a distinção criminológica entre o verdadeiro *reincidente* e o simples *multiocasional* que continua aqui a jogar o seu papel.». Não anda longe o CP espanhol,

313

32 Neste sentido, os acórdãos do TRP de 05.03.2003 (Isabel Martins) e de 13.03.2002 (Manuel Braz). Em sentido divergente, pretendendo retirar um efeito automático de uma violação do mesmo bem jurídico face a anteriores inscrições no registo, cf. o acórdão do STJ de 18.02.2016 (Santos Cabral): «[s]e o arguido *foi condenado anteriormente por crimes do mesmo tipo e 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. (...)» (nossos itálicos). O mesmo raciocínio está vazado no acórdão do TRP de 11.01.2017 (Ernesto Nascimento). No sentido que temos por correcto, o acórdão do TRC de 16.12.2015 (Inácio Monteiro): «[o] elemento material [da reincidência] deve ser provado de acordo com as regras gerais do processo, *não havendo qualquer presunção, mesmo ilidível, de que a anterior condenação não serviu ao delinquente de prevenção contra o crime.*» (nossos itálicos). Na doutrina, chamando a atenção para este ponto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 241. Também concordante, do TRC, o acórdão de 30.05.2012 (Orlando Gonçalves): «(...) o preenchimento do pressuposto material tem de assentar em factos concretos, *não bastando a mera menção ao certificado de registo criminal.*» (itálicos acrescidos). Quanto a este último ponto, também o acórdão do TRG de 18.03.2013 (Cruz Bucho).

33 *Op. cit.*, p. 269. Negritos e itálicos no original.

ao exigir que se trate de um «delito compreendido no mesmo título deste Código, sempre que seja da mesma natureza» (art. 22, 8.ª, do CP).

Entre nós, o art. 85.º do CP de 1852 e o art. 35.º do CP de 1886 ficavam-se por requisitos formais. Na discussão do ProjPG, GOMES DA SILVA chegou a propor uma verdadeira inversão do ónus da prova, impendendo sobre o condenado convencer o tribunal que as condenações anteriores tinham servido de suficiente advertência, o que, mesmo em face da Constituição Política de 1933, era materialmente inconstitucional, pelo que foi – e bem – rejeitada pela Comissão Revisora<sup>34</sup>. Pela dificuldade prática em traduzir em letra de lei este requisito<sup>35</sup>, pela circunstância de se ter entendido que os factores de medida da pena eram já suficientes para fazer face a um incremento da culpa, que existiam engulhos constitucionais, *maxime* de eventual violação do *non bis in idem*, e, em geral, como reacção ao aumento da severidade punitiva<sup>36</sup>, a Alemanha<sup>37</sup>, desde 1986, revogou o instituto que ora nos ocupa (§ 48). Antes disso, segundo JESCHECK/WEIGEND<sup>38</sup>, a tendência jurisprudencial era de agravar sempre a medida da pena quando houvesse condenação(ões) anterior(es) transitadas «sobretudo se se trata[sse] de infracções de “natureza similar”», aludindo à concepção de *more of the same*. Do mesmo passo, devido a uma alteração ao *StGB*, deixou de constar da lei uma expressão em que certamente o nosso legislador foi encontrar inspiração, pois exigia-se que a(s) anterior(es) condenação(ões) «não lhe [ao condenado] tivessem servido de advertência», embora os autores considerem que este requisito continuava a ter de ser preenchido para se afirmar a ideia de culpa agravada, preponderante no ordenamento germânico.

Na Áustria, os §§33 Abs 1 e 2, e 39, Abs 1, do *StGB* exigem «a mesma tendência danosa» (*der gleichen schädlichen Neigung*). Em Itália, o art. 101 entende por crimes da mesma espécie «não só os que violam a mesma dis-

34 ACTAS..., *op. cit.*, pp. 145-146 e 149.

35 Estados como a França, a Espanha, Argentina ou Cabo Verde ficam-se pelos requisitos formais.

36 Assim, CLAUS ROXIN, *De la dictadura a la democracia: tendencias de desarrollo en el Derecho Penal y Procesal Penal alemán*, pp. 37-40, dando nota da decisão do *BVerfG* (*Bundesverfassungsgericht*: Tribunal Constitucional Federal germânico) de 2009, que procurou limitar a intervenção da UE no nosso ramo de Direito e o aumento sancionatório que o Tratado de Lisboa permite.

37 A Suíça também não consagra esta circunstância modificativa, excepto no caso de reincidência para efeitos de aplicação da pena acessória de expulsão do território nacional (art. 66b do CP), em que a sua duração varia entre 20 anos e a perpetuidade.

38 *Op. cit.*, pp. 961-962.

posição da lei, mas também os que, embora previstos por disposições diferentes do presente Código ou por leis diferentes, têm, no entanto, devido à natureza dos factos que as constituem ou às razões pelas quais foram estabelecidas, características fundamentais em comum no caso concreto.»<sup>39</sup>. Mais ainda, neste ordenamento encontra-se a distinção legal entre habitualidade, carácter profissional da conduta e tendência para delinquir (artigos 102 a 109, do CP). Existe a *habitualidade presumida pela lei* e a *considerada pelo juiz* (artigos 102 e 103): na primeira exige-se que o agente, «após ter sido condenado a uma pena de prisão superior a 5 anos por três infracções da mesma natureza cometidas num período de 10 anos, e não ao mesmo tempo, é condenado por outra infracção da mesma natureza cometida num período de 10 anos após a última das infracções anteriores» e a *ope judicis* por um agente «após ter sido condenado por duas infracções não culposas (...) se o juiz, tendo em conta o tipo e gravidade das infracções, o tempo em que foram cometidas, a conduta e estilo de vida do infractor (...), considerar que o infractor se dedica ao crime», havendo sempre o requisito da prescrição da reincidência do nosso art. 75.º, n.º 2. O *cariz profissional do crime* (art. 105) importa que «[u]ma pessoa [esteja] nas condições exigidas para a declaração de habitualidade, seja condenada por outra infracção, será declarada infractora ou transgressora profissional se, tendo em conta a natureza das infracções, a conduta e o modo de vida do agente e as outras circunstâncias indicadas no artigo 133<sup>40</sup>, for considerada como vivendo habitualmente, ainda que apenas parcialmente, a partir do produto da infracção». Por fim, nos termos do art. 108, existe *tendência para delinquir* nas hipóteses em que «[q]ualquer pessoa que, embora não seja um infractor reincidente ou um infractor habitual ou profissional, comete uma infracção não culposa contra a vida ou a integridade física, incluindo as não previstas no primeiro capítulo do Título 12 do Livro 2 do presente Código, o que, por si só e juntamente com as circunstâncias indicadas no parágrafo do

315

39 Nossa tradução como nas normas que a seguir aparecem em texto, bem como os itálicos.

40 «No exercício do poder discricionário referido no artigo anterior, o juiz deve ter em conta a gravidade da infracção, inferida de: (1) a natureza, espécie, meios, objecto, tempo, lugar e qualquer outra forma da acção; (2) a gravidade dos danos ou perigos causados à pessoa lesada pela infracção; (3) a intensidade da intenção ou o grau de culpa. O tribunal terá igualmente em conta a capacidade do infractor para cometer infracções, tal como inferido de: (1) os motivos do infractor para cometer a infracção e o seu carácter; (2) o registo criminal do infractor e, em geral, a sua conduta e a sua vida antes da infracção; (3) conduta contemporânea ou subsequente à infracção; (4) as condições de vida individuais, familiares e sociais do infractor.» (tradução nossa).

artigo 133, revela uma *inclinação especial para cometer um crime, que se deve à natureza particularmente perversa do infractor.*».

4. *Quid inde?* Uma análise, mesmo que perfunctória, por alguns espécimes jurisprudenciais, leva-nos à conclusão de que, na prática, é a *proximidade entre o(s) bem(ns) jurídico(s) do(s) crime(s) ora julgados(s) e o(s) anterior(es)* que determina o preenchimento do requisito material<sup>41</sup> – «[a] jurisprudência do STJ evoluiu no sentido de considerar que “*estando em causa uma reincidência homogénea, ou específica, é lógico o funcionamento da prova por presunção (...). 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 (...)*”<sup>42</sup> –, bem como *inexistência de factores exógenos ao agente aptos a quebrar a conexão entre os delitos*<sup>43</sup>, o que é o mesmo que aludir às «*circunstâncias do caso*»<sup>44</sup>. Se é

41 A título exemplificativo, a condenação por tráfico de estupefacientes como reincidente, sendo que no registo criminal, no essencial, sobreleva o averbamento pelo mesmo delito – acórdão do STJ de 10.10.2018 (Vinício Ribeiro). Mais claros ainda, pois apenas estão em causa crimes de furto simples e qualificados, cf. o acórdão do STJ de 06.11.2019 (Gabriel Catarino), e o de 28.11.2007 (Pires da Graça), em que se discutiam delitos de maus-tratos. Numa palavra, sempre do mais alto tribunal judicial, agora de 09.12.2021 (Adelaide Magalhães Sequeira): «[v]erifica-se uma *conexão estreita* entre o crime praticado pelo arguido nos presentes autos e o crime por si anterior praticado (*crimes da mesma natureza*) (...)» (itálicos nossos). Assim, também, os acórdãos do STJ de 09.05.2019 (Nuno Gonçalves) – «[c]onexão *existirá entre crimes que violam o mesmo bem jurídico*, mas também, em princípio, entre crimes da mesma natureza, a não ser que se interrompa por circunstâncias especiais» – e de 18.02.2016 (Santos Cabral). Vejam-se ainda os acórdãos do TRP de 06.01.1993 (Baião Papão): «V – [é] de afastar a reincidência (art. 76.º do CP) se não se puder inferir que da parte do arguido houve desrespeito da solene advertência contida nas sentenças anteriores, aspecto esse que requer uma averiguação e análise factual mais específicas *quando não é idêntica a natureza dos crimes a considerar.*» (itálicos nossos), do mesmo relator, agora de 29.11.1995, e o de 24.03.1999 (Fonseca Guimarães).

42 Parte do sumário do acórdão do STJ de 21.04.2021 (Nuno Gonçalves). No mesmo sentido, o acórdão do TRE de 25.01.2022 (João Amaro).

43 Como são «(...) a degradação económica, dificuldade em encontrar emprego, experiência criminógena da prisão ou outras que impeçam o agente de retomar uma vida conforme ao Direito (...)» – acórdão do STJ de 23.03.2022 (Lopes da Mota) –, o facto de o condenado (...) não [ter voltado] a procurar trabalho, ou continuou a conviver com delinquentes, ou fez do crime o seu modo de vida» – aresto do mesmo Tribunal de 01.04.2004 (Santos Carvalho), ou «o afecto» [supõe-se que no sentido da alteração de personalidade do agente documentada no facto], constante do acórdão do TRG de 09.07.2007 (Cruz Bucho).

44 Acórdão do TRL de 23.03.2022 (Graça Santos Silva): «[a] consideração da reincidência pressupõe a *análise dos tipos de crime em confronto e das circunstâncias que os determinam* (...)». Itálicos nossos.

certo que os nossos tribunais – e bem – operam sempre um *juízo concreto sobre a ressonância axiológica ou não da(s) anterior(es) condenação(ões) transitada(s) no crime sob julgamento, também é exacto que, como visto, no caso de homotropia, o raciocínio é quase imediato e só circunstâncias muito excepcionais afastam a reincidência.*

O *statu quo* em que vivemos, neste ponto, é, do nosso prisma, causador de enorme dificuldade para o tribunal, como o são sempre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, em especial em Direito Penal em que se restringem direitos fundamentais, pelo que os valores da segurança e certeza jurídicas devem ser acautelados com particular afínco. Assim, em bom rigor e na prática jurisprudencial, a proximidade ou não dos específicos bens jurídico-criminais em causa é o factor decisivo para se julgar o agente reincidente, o que bem se compreende, visto que esses bens são entrepostos de sentido axiológico que cumprem mandatos constitucionais e, por isso, se o agora arguido demonstra que o seu passado tem sido de desrespeito, p. ex., pelo património, vida, integridade física, liberdade e autodeterminação sexuais, segurança rodoviária, fé pública ou autonomia intencional do Estado, é evidente que a(s) sanção(ões) anterior(es) não cumpriram as finalidades das normas conjugadas dos artigos 40.º, n.º 1, 42.º e 2.º, n.º 1, este último do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. E isto significa, se bem vemos as coisas, que o nosso sistema *não é de politropia pura*, como toda a doutrina defende<sup>45</sup>, *mas sim mitigada*<sup>46</sup>, o que nada tem de incorrecto, pois não nos limitamos a dizer que só existe reincidência se os bens jurídicos vertidos em concretos tipos legais de crime forem exactamente iguais – hipótese em que apontaríamos, mal, para a homotropia pura –, mas, por um lado, admitimos a sua proximidade

317

45 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, n. m. 10, p. 404, MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, p. 55, LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *op. cit.*, 1.º vol., 3.ª ed., p. 893. Em brevíssimo périplo de Direito Comparado, na Áustria segue-se a *politropia* (§ 33 Abs 1, do *öStGB*), na Itália (art. 99 do CP), na França (artigos 132-8 a 132-11, do CP) e na Argentina (art. 50.º). Ao invés, na Espanha, a *homotropia* (art. 22, 8.ª, do CP) – sendo curioso que a vai prevendo não só na PG, mas ao longo de certos tipos da PE, p. ex., art. 189, 2, *h*), crimes contra a saúde pública (art. 375), terrorismo, tal como na Noruega, ao que parece, pois refere-se a «actos similares ou outros relevantes para o caso» (art. 77, *k*), do CP), embora depois o art. 79, al. *b*) aponte claramente para a homotropia

46 MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, p. 55 adere à posição de FIGUEIREDO DIAS da «íntima conexão», sem a concretizar e adverte que tal não faz ressurgir o problema da homotropia ou politropia. O que propomos também não o visa, mas reconhece que ele é um critério adjuvante no preenchimento do requisito material. Em bosquejo histórico, o art. 101.º do CP de 1886 previa apenas o sistema homótrofo.

a outros, como já sucedeu entre a emissão de cheque sem provisão e o furto qualificado<sup>47</sup> (p. ex., propriedade, património, direitos patrimoniais e sector público cooperativo agravados pela qualidade do agente – artigos 203.º a 235.º –; vida e integridade física (que abrange a moral), honra e outros bens jurídicos pessoais – artigos 131.º a 201.º – crimes contra a realização da justiça – artigos 359.º a 371.º –, cometidos no exercício de funções públicas – artigos 372.º a 386.º –, atentatórios da segurança rodoviária – artigos 137.º, 148.º, 291.º, 292.º e artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3/1 – da saúde pública<sup>48</sup> – Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/1) e reconhecemos que esse é um indício para que se considere que o arguido se não deixou influenciar pela(s) anterior(es) condenação(ões), no sentido em que, adaptando a feliz redacção do art. 61.º, n.º 2, al. a), «a sua personalidade [*apenas e tão-só documentada no facto*] e evolução desta» são claramente desfavoráveis.

Pelo exposto, socorrendo-nos daquilo que vêm sendo os factores apontados pela jurisprudência e de expressões aptas a descrevê-los com a vantagem sistemática de já serem usadas no CP (*in casu*, nos artigos 50.º, n.º 1 e 61.º, n.º 2, al. a)) – o que lhes dá um maior lastro facilitador da sua hermenêutica aplicativa –, é para nós imperioso que a concretização do requisito material da reincidência conste da Lei, propondo a seguinte redacção<sup>49</sup>:

2. *Para efeitos do disposto na última parte do número anterior, o tribunal atende, designadamente, à proximidade dos bens jurídicos protegidos, à personalidade do agente e sua evolução, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior aos crimes e ao seu modo de execução*<sup>50</sup>. Sublinhe-se, por fim, que, cientes de que a realidade é sempre mais rica que a imaginação humana, optámos por critérios de natureza *exemplificativa*, embora esteja-

47 Acórdão do TRP de 22.05.1991 (Emídio Teixeira).

48 Sabemos da discussão sobre o(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s) pela assim conhecida “Lei da Droga”, atendendo-se àquele que é largamente maioritário – e bem – na jurisprudência. Entre muitos, vejam-se os acórdãos do STJ de 02.10.2014 (Helena Moniz), de 12.09.2019 (Júlio Pereira) e de 27.01.2021 (Teresa Féria). Em sentido não coincidente, apontando para crimes pluriofensivos, *vide* os acórdãos do mesmo tribunal de 09.12.2010 (Armando Monteiro) e de 29.06.2011 (Raul Borges), embora, no aresto de 26.09.2012, este último relator tenha acompanhado a posição dominante.

49 Que importaria, como é óbvio, a renumeração dos actuais n.ºs 2 a 4, que passariam para 3 a 5.

50 Curiosamente, antes da sua revogação, o § 48, Abs 1, 2 previa o requisito material desta forma: «(...) quando, em função do modo de execução e das circunstâncias do facto punível possa censurar-se ao agente que as condenações anteriores não lhe serviram de *prevenção*».

mos em crer que os contemplados serão suficientes para a quase unanimidade das hipóteses práticas.

#### IV. Os limites da moldura da reincidência

Seremos, provavelmente, no espaço da União Europeia, o Estado que tem um efeito menos severo quando se verifica esta circunstância modificativa<sup>51</sup>. Na Áustria, se o agente tiver mais de 19 anos no momento da prática do facto, opera-se um incremento na moldura penal abstracta de metade, com o limite de 20 anos de prisão (§ 39, Abs 1 e 1a, do *StGB*); na Bélgica a agravação depende da pena já aplicada, agravando-a em 4 ou 5 anos (artigos 54, 55, 55bis, do CP), ou, em casos mais graves, pode chegar ao dobro da pena concreta ou até à reclusão perpétua (art. 56), o que se assemelha à França onde, por norma, a reincidência importa a agravação em metade (artigos 132-8 a 132-11, do CP), também não se excluindo a prisão perpétua se o limite máximo da pena aplicável for de 20 ou 30 anos, o mesmo se dizendo da Noruega<sup>52</sup>, embora esse dobro nunca possa ser mais de 6 anos (art. 79); em Itália, a agravação é de 1/3 ou de 1/2 se estivermos perante homotropia (art. 99), também com a preocupação do nosso art. 76.º, n.º 1, 2.ª parte; na Espanha passa-se para o grau seguinte mais grave de cumprimento da pena.

Em Itália, distingue-se a reincidência simples, agravada ou reiterada (art. 99 do CP daquele Estado)<sup>53</sup>. Na primeira (n.º 1), exige-se que o agente seja condenado por um crime doloso quando, depois de decisão firme por crime de qualquer espécie – e mesmo doloso ou negligente – venha a cometer um outro, e aí não se exigindo a «prescrição da reincidência» (nosso art. 75.º, n.º 2). Nestas hipóteses, o aumento da pena pode ir até um terço. É agravada (n.º 2) até metade quando o crime posterior, pelo menos, preenche uma das seguintes hipóteses: se o novo delito doloso é da mesma espécie (*stessa indole*); não ocorreu a «prescrição da reincidência», também contados em cinco anos entre as datas das condenações; ou se «o

319

51 Vide, em França, a sistematização constante de JEAN PRADEL, *Droit Pénal général*, 18<sup>ème</sup> éd., pp. 562-563.

52 Aqui muito relevante, pois é habitualmente considerado o ou dos Estados do mundo com menor taxa de reincidência, como se verifica do estudo SEENA FAZEL/ACHIM WOLF, “A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: current Difficulties and Recommendations for Best Practice”, *PLoS ONE*, 10(6), 2015, pp. 1-8.

53 Sobre o tema, de novo, MARINUCCI/DOLCINI, *op. cit.*, pp. 362-364.

novo delito doloso foi cometido durante ou depois da execução da pena, ou durante o tempo em que o condenado se subtraiu voluntariamente à execução da pena». Se concorrer mais de uma destas circunstâncias, o aumento é de *metade* (e não já *até* metade). Finalmente, a reincidência dita «reiterada» dá-se: *a*) quando alguém já foi julgado como reincidente, e mesmo assim, comete um outro crime doloso ou negligente e subsumível à primeira hipótese (crime da mesma natureza), pelo que a condenação será sempre aumentada em metade; *b*) quando, também depois de já ter sido julgado reincidente, comete algum dos crimes nas três hipóteses da dita reincidência agravada, caso em que tal agravação é de dois terços.

320

No ProjPG de 1963 estabelecia-se que a agravação resultante da reincidência não podia ser inferior a um ano, o que foi afastado, desde logo porque na prática tal podia conduzir a que os limites mínimo e máximo coincidissem, sempre que essa diferença fosse igual a  $\frac{1}{3}$  do limite mínimo<sup>54</sup>. Hoje, CONDE MONTEIRO<sup>55</sup> chama a atenção para o facto de que «em certos casos», poderemos estar perante «uma agravação meramente simbólica».

Aqui chegados, é essencial enfrentarmos o problema: queremos mesmo ter uma reincidência como circunstância modificativa agravante que seja eficaz e efectiva e que não permita que, na prática, se não cumpra o ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico, ou pretendemos deixar tudo como está: uma agravante de difícil e indeterminado preenchimento, quanto ao requisito material, e que apenas faz elevar o limite mínimo da moldura abstracta da reincidência em  $\frac{1}{3}$ , o que nos casos de mínimo de pena do art. 41.º, n.º 1 representa 10 dias? Por certo, esta é uma decisão político-criminal para a qual o legislador tem toda a legitimidade para optar em que sentido considerar melhor.

Mesmo sem dados fiáveis quanto à reincidência no nosso país – o que deveria existir e é uma consequência do divórcio ainda existente entre a dogmática penal e a Criminologia –, é nosso juízo que a situação como está é insustentável. Não é por acaso que MARIA JOÃO ANTUNES<sup>56</sup>, com inteira razão, se questiona sobre se a reincidência deverá manter-se ou se deveríamos seguir o trilho do legislador alemão, uma vez que o limite máximo da moldura criminal abstracta permanece inalterado (art. 76.º, n.º 1), já exis-

54 Como bem referem LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *op. cit.*, p. 906.

55 *Op. cit.*, p. 68.

56 *Op. cit.*, p. 57.

tem factores de medida da pena atinentes à culpa e à prevenção (art. 71.º, n.º 2, em especial as als. e) e f))<sup>57</sup>.

Na verdade, a finalidade preventiva (geral e especial) que qualquer pena tem de cumprir (art. 40.º, n.º 1, do CP) não se atinge com o actual estado de coisas. Diríamos mesmo que, a continuar-se assim, seria preferível seguir-se o caminho do legislador germânico e revogar os artigos 75.º e 76.º<sup>58</sup>, deixando funcionar os factores de medida da pena e – não o esqueçamos – a pena relativamente indeterminada que, por definição, é o instituto mais apropriado para lidar com delinquentes por tendência (e alcoólicos e equiparados), tanto mais que – e bem – o art. 76.º, n.º 2 dá primazia a esta última. Não perderíamos o tempo que despendemos com um requisito material que é um verdadeiro conceito de *ius aequum* e, por definição, se encontra no limite da legalidade criminal<sup>59</sup>, com o cortejo de recursos e custos a tudo isto associados.

321

57 Aliás, sistemas existem, como o argentino (artigos 50.º a 52.º, do CP), em que não há um tratamento legal exposto da modificação ao nível da moldura abstracta, deixando-se a agravação nas mãos do tribunal, em sede dos factores de medida da pena. Sobre o tema, CARLOS CREUS, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., pp. 478-483.

58 Embora por outros motivos, veja-se parte da argumentação do Tribunal Constitucional espanhol, na decisão 150/91, de 4/7 (acessível em <https://vlex.es/vid/15-p-ba-25-an-8-9-i-as-15356662>), em face do anterior CP daquele país: «(...) [a] circunstância agravante da reincidência não é consistente com nenhum dos possíveis objectivos de agravamento da responsabilidade criminal no sistema punitivo constitucional», tendo a circunstância modificativa de que curamos por violadora do princípio da culpa e da proporcionalidade, bem como do Direito Penal do facto: «(...) carece de fundamento constitucional, uma vez que, em primeiro lugar, não produz uma intimidação da eficácia preventiva geral sobre potenciais reincidentes, nem a sua avaliação num caso singular implica necessariamente a ressocialização do infractor. Em segundo lugar, viola o princípio da proporcionalidade entre criminalidade e culpa, atribuindo um efeito agravante a uma série de circunstâncias de facto e de Direito que, dada a sua configuração na nossa lei, não implicam, nem presumem, uma maior culpa por parte do arguido. Finalmente, não é possível agravar a pena por “ser um delincente reincidente”, um adjetivo dirigido ao sujeito e não ao acto, um reflexo de uma lei penal do agente, uma vez que apenas uma lei penal de culpa pelo acto é compatível com a Constituição.»

59 Sobre o tema da reincidência, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), tanto quanto é do nosso conhecimento, até pelas matérias de que trata, não foi chamado a pronunciar-se sobre as específicas questões que aqui nos ocupam. É sim habitual a elaboração do Tribunal quanto às finalidades da punição, na qual inclui a ressocialização, associada a evitar o risco de recidiva e, aí, as decisões são inabarcáveis – a título de exemplo, os acórdãos nos casos *Khoroshenko c. Rússia* (queixa n.º 41418/04), de 30.06.2015, em especial a declaração de voto dos juízes PINTO DE ALBUQUERQUE e TURKOVIĆ, *Murray c. Países Baixos* (queixa n.º 10511/10), de 26.04.2016 e *Dickson c. Reino Unido* (queixa n.º 44362/04), de 07.12.2007, todos disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int>. Interessante ainda o caso *Achour c. França* (queixa n.º 67335/01), de 07.12.2007, em que o TEDH considerou – e

É nossa convicção, porém, que a reincidência, como modificativa agravante e forma especial de determinação da pena mantém toda a justificação político-criminal e dogmática, pois contribui para o reforço do art. 40.º, n.º 1, para sinalizar à comunidade e ao agente que a reiteração criminosa é mais gravemente punida, ajudando a afastá-lo de uma carreira criminal. Desempenha ainda um *papel de charneira* entre a mera determinação da pena, mesmo que agravada por via dos aspectos a que alude o art. 71.º, n.º 2 e os artigos 83.º, ss.<sup>60</sup>, porquanto estes são particularmente severos – como devem ser – para delinquentes que, não podendo ainda caracterizar-se como «por tendência», andam lá próximos, quase que *borderline*, adaptando um conceito da Psiquiatria e da Psicologia. Numa palavra, é mais um passo relevante para um melhor cumprimento do princípio da proporcionalidade que perpassa todo o nosso ramo de Direito e a afirmação plena e consequente de que a pena relativamente indeterminada – misto de pena e verdadeira medida de segurança – é uma *ultima ratio* em termos de reiteração criminosa.

Ora, para atingir este desiderato, temos por essencial que não apenas o limite mínimo da moldura da reincidência se agrave, *mas também o máximo*, como vimos suceder em tantas latitudes. Proporia, em consequência, a seguinte redacção para o art. 76.º, n.º 1: *Em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço, tal como o limite máximo, sem exceder 25 anos de prisão. A agravação não pode exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores.*

Uma vez mais reconhecemos que o concreto valor necessitaria do conforto de estudos criminológicos, mas creio que, até por uma razão de igualdade, *o limite máximo devia também elevar-se de 1/3*, sempre com o limite de 25 anos de prisão. Repare-se que, sendo um limite da moldura abstracta, não tem efectivamente de aplicar-se, pois na segunda fase da determinação da moldura judicial e da medida concreta, o tribunal pode não lá chegar. Por outro lado, está o art. 76.º, n.º 1, 2.ª parte bem dotado de um *freio* a um efeito multiplicador desproporcionado em termos de culpa e de exigências

bem – não haver violação do art. 7.º da Convenção quando, na sequência de uma alteração legislativa, os requisitos da reincidência foram legislativamente modificados, tendo, porém, o requerente praticado os factos de que tal dependia já sob o império de vigência da nova lei, no que é, na verdade, um problema de aplicação da lei no tempo.

60 De uso muito residual, de acordo com as estatísticas da DGRSP. Assim, a 31/12/2021, existiam 9439 reclusos e destes 32 cumpriam pena relativamente indeterminada, ou seja, 0,33% do total; a 31/12/2000 eram 0,39%; em 31/12/2019, 0,4% e a 31/12/2018, 0,44% (<https://dgrsp.justica.gov.pt>).

preventivas, já que a medida da agravação – que, ao menos em tese, passaria a ser mais larga, dado o aumento do limite máximo aplicável – não pode exceder a mais grave das condenações anteriores. Pensando em dois crimes mais censurados pelo ordenamento jurídico – o homicídio simples (art. 131.º) e o qualificado (art. 132.º) –, o primeiro passaria, no seu limite máximo, a poder sancionar-se com prisão até 21 anos e 4 meses, ao passo que o qualificado, por se encontrar já no limite do art. 41.º, n.ºs 2 e 3, manter-se-ia nos 25 anos de prisão. É verdade que existe uma aproximação relevante entre os máximos aplicáveis a ambos os delitos reincidentes, mas tal justifica-se por, propositadamente, se ter escolhido um crime que já prevê o «máximo dos máximos» (EDUARDO CORREIA). Em delitos menos graves – e para aludirmos aos que percentualmente mais são julgados em Portugal – como, p. ex., no furto simples (art. 203.º, n.º 1), a moldura da reincidência passaria de 3 para 4 anos, o que se não tem por exagerado; no furto qualificado do art. 204.º, n.º 1, elevar-se-ia de 5 anos para 6 anos e 8 meses e no do art. 204.º, n.º 2, de 8 para 10 anos e 8 meses; na condução sem habilitação legal, consoante os casos, de 1 ano para 1 ano e 4 meses ou de 2 para 2 anos e 8 meses; nos casos do art. 292.º, falamos em elevar de 1 ano para 1 ano e 4 meses e na violência doméstica, de 5 para 6 anos e 8 meses.

323

Sabemos bem que nos apelidarão de ético-retributivo, enfeitando nós o epíteto e ripostando que nos reclamamos da prevenção geral e especial positivas, mas que não vive numa redoma de vidro e num mundo que não existe. Dito de outra forma: temos por essencial que as sanções criminais atinjam um ponto tal que tenham um efeito dissuasor, pois só assim se conseguirá a «reafirmação contrafáctica da norma», na estafada formulação de JAKOBS. Mais ainda: já tivemos oportunidade de nos situarmos dentro das múltiplas concepções relativas de índole positiva e, por isso, para lá nos permitimos remeter o leitor<sup>61</sup>. Somos, isso sim, tributários de uma política criminal realista e que não esqueça que «a protecção de bens jurídicos» é uma das suas tarefas precípua, que não temos por incompatível com a prevenção especial ressocializadora – os reincidentes, por regra, necessitam de mais tempo em meio prisional para, havendo um verdadeiro ímpeto reformista do que é a reinserção nesses locais, poderem conduzir a sua vida, em liberdade, sem cometerem novos ilícitos. Não se ignora, por outro lado, que o nosso país é, no contexto dos que compõem o Conselho da Europa,

61 “Algumas notas para um conceito operativo de «pena»”, *Julgar*, 32, 2017, pp. 203-232.

nos mais recentes dados disponíveis (2021)<sup>62</sup>, daqueles em que os tribunais determinam uma maior duração média de prisão<sup>63</sup>. São vários os aspectos que o justificam e, por certo, este não é o tempo nem o espaço para os explicar, mas tendo em conta que a grande maioria dos condenados em Portugal não o são como reincidentes, não cremos que o efeito pudesse ser assinalável, quando comparado com os ganhos ao nível da elevação das cotas de cumprimento da protecção subsidiária de bens jurídicos. Certamente que, se esta proposta fosse implementada, como temos defendido em vários *fora*, essencial seria avaliar do seu impacto<sup>64</sup> e, não sendo ele o desejado, voltar ao modelo existente ou, como defendemos, acabar com a reincidência.

324

## V. Conclusões

Aqui chegados, é tempo de concluir. A noção corrente de «circunstância modificativa» não é aquela que dogmaticamente mais se adequa à realidade social e parte da ideia – para nós errada – de que existe um tipo legal de crime para além daquele que está vertido em letra de lei, em vulneração do princípio da legalidade do art. 29.º da CRP e do art. 1.º do CP. Não há suplementos ou aditivos ao comando legal previsto na nossa codificação ou em legislação extravagante, supostamente para conter a *Rechtsfolge*, tendo-se analisado os principais escritos de Teoria Geral do Direito e de Metodologia Jurídica para atingirmos esta conclusão. Do mesmo passo que a «imagem global do facto» tem de deixar de fazer parte do nosso vocabulário, porquanto o tribunal não pode ser chamado a usar de «sentimentalismos» ou de «achismos generalizantes» para apurar tão candente matéria como é uma pena.

Avançamos, assim, com uma diversa noção de «circunstância modificativa» como *todo o facto ou conjunto de factos da vida social juridicamente*

62 AEBI/COCCO/MOLNAR/TIAGO, *SPACE I – 2021 – Council of Europe Annual Penal Statistics*, disponível em [https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago\\_2022\\_\\_SPACE-I\\_2021\\_FinalReport\\_220404.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago_2022__SPACE-I_2021_FinalReport_220404.pdf).

63 Limitando-nos aos Estados-Membros da UE, estamos no mesmo grupo de Itália, Espanha, Grécia, República Checa, Roménia, Eslováquia, Estónia, Hungria e Áustria – últ. *loc. cit.*, p. 6.

64 Assim, um bom exemplo encontra-se na Suíça, onde a entrada em vigor de uma reforma da PG do seu CP implicou um estudo sério dos resultados – STEVE VAUCHER, *Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall*, 2011, disponível em <https://biblio.parlament.ch/e-docs/361658.pdf>.

*relevantes para adequar o concreto modo de vulneração da norma penal às exigências de ilicitude, culpa ou punibilidade que se não acham reflectidas na estrutura típica da norma jurídico-criminal.*

De seguida, concluímos que, ao contrário da maioria da doutrina e da jurisprudência, *não existe um único fundamento para a reincidência*, mas que à culpa intensificada se juntam *também exigências gerais e especiais-preventivas* que se reflectem no que apelidamos de *perigosidade em sentido impróprio* (que não a requerida para aplicar uma medida de segurança).

No preenchimento do art. 75.º, demandando uma interposição judicativa, o legislador deixou um inexplicável espaço de indeterminação que mina as bases da certeza e segurança jurídicas que, se são sempre relevantes para todo o Direito, são-no, ainda mais, para o Penal. Partindo da análise da realidade e de vários arestos, concluímos que a noção habitualmente oferecida não é operativa, propondo-se uma outra que, a nosso ver, deveria constar do CP. Aventamos a seguinte redacção: *Para efeitos do disposto na última parte do número anterior, o tribunal atende, designadamente, à proximidade dos bens jurídicos protegidos, à personalidade do agente e sua evolução, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior aos crimes e ao seu modo de execução.*

Para rematar, de novo uma questão que julgamos capital: valerá a pena manter a reincidência ou devemos seguir o exemplo germânico que, em 1984, a revogou? Julgamos que o caminho se faz pela sua manutenção, mas não nos termos em que se encontra, do prisma da não alteração do limite máximo da moldura da reincidência. Para além da grande dificuldade em preencher o dito requisito material, o que importa perdas consideráveis em eficácia processual, o *statu quo*, no preciso aspecto identificado faz da reincidência um instrumento inoperante e que não cumpre as exigências do art. 40.º, n.º 1, pelo que propomos a elevação do limite máximo da sua moldura em 1/3, tal como já sucede para o mínimo. Cientes das críticas, em especial em um tempo de populismo penal, não é nada disso que nos move, mas sim a verificação de que qualquer instituto criminal, se não for eficaz, eficiente, certo e proporcionado à gravidade intrínseca em que repousa a reincidência, estiola e morre. Ora, é o lento definhar que termina em finados que, modestamente, queremos evitar, trazendo concretas formulações de alteração legislativa. Se elas forem ao menos discutidas em qualquer lugar, os nossos objectivos terão sido plenamente atingidos.

## Bibliografia

- ACTAS DAS SESSÕES DA COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO PENAL, Parte Geral, vols. I e II, AAFDL, Lisboa, s/d.
- AEBI, M. F./COCCO, E./MOLNAR, L./TIAGO, M. M., *SPACE I – 2021 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*, Council of Europe, Strasbourg, disponível em 2022 [https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago\\_2022\\_\\_SPACE\\_I\\_2021\\_FinalReport\\_220404.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2022/05/Aebi-Cocco-Molnar-Tiago_2022__SPACE_I_2021_FinalReport_220404.pdf).
- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> ed., Universidade Católica Editora, 2021.
- 326 ANTUNES, MARIA JOÃO, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra, 2017.
- CORDEIRO, ADELINO ROBALO, “A determinação da pena” in *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, AA. VV., vol. II, CEJ, Lisboa, 1998, pp. 235-283.
- CORREIA, EDUARDO (com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS), *Direito Criminal*, t. II, reimp., Almedina, Coimbra, 1996.
- CARLOS CREUS, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- ENGISCH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.
- HART, HERBERT L. A., *O Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.
- FAZEL, SEENA/WOLF, ACHIM, “A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: current Difficulties and Recommendations for Best Practice”, *PLoS ONE*, 10(6), 2015, pp. 1-8.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Verbo, Lisboa, 1992.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Reforma del Derecho Penal en Alemania. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2002.
- JUSTO, A. SANTOS, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 7.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- LARUSSA, ANNA, “Precedenti penali: diversa incidenza su recidiva e attenuanti generiche”, 20.02.2020, disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2020/02/20/precedenti-penali-recidiva-attenuanti-generiche#par3>.
- LATORRE, ANGEL, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 1978.
- LEAL-HENRIQUES, JOSÉ/SANTOS, MANUEL SIMAS, *Código Penal anotado*, 1.<sup>o</sup> vol., 3.<sup>a</sup> ed., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2002.

- LEITE, ANDRÉ LAMAS, “Algumas notas para um conceito operativo de «pena»”, *Julgar*, 32, 2017, pp. 203-232.
- \_\_\_\_\_, “Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena” in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. I, José Lobo Moutinho *et al.* (coords.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 167-218.
- LEITE, INÊS FERREIRA, *Guião Medida da Pena e Direito de Execução da Pena*, AAFDL, Lisboa, 2021.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.<sup>a</sup> reimp., Almedina, Coimbra, 2002.
- MACHADO, MIGUEL NUNO PEDROSA, *Circunstâncias das infracções e sistema do Direito Penal português (ensaio de introdução geral)*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 1989.
- MANNA, ADELMO, *El lato oscuro del Diritto Penale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.
- MARINUCCI, GIORGIO/DOLCINI, EMILIO, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARQUARDT, BERND, “El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea: la Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, *Pensamiento Jurídico*, 45, 2017, pp. 15-60.
- MEIER, BERND-DIETER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Valleta Ed., Buenos Aires, 2004.
- MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, “A pena “unitária” do concurso de crimes” (Anotação a um Acórdão do STJ), *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 16, 2006, pp. 151-166.
- MONTEIRO, FERNANDO CONDE, *Consequências jurídico-penais do crime*, AEDUM, Braga, 2004.
- ORTS BERENQUER, ENRIQUE /GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PEREIRA, VÍCTOR SÁ, *Código Penal. Notas e comentários*, Livros Horizonte, Lisboa, 1988.
- PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, II vols., reimp., Almedina, Coimbra, 2020.
- PRADEL, JEAN, *Droit Pénal général*, 18<sup>ème</sup> éd., Cujas, Paris, 2010.
- PRADO, LUIZ REGIS, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, 8.<sup>a</sup> ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- REALE JÚNIOR, MIGUEL, *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, 3.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- ROXIN, CLAUDIUS, *De la dictadura a la democracia: tendencias de desarrollo en el Derecho Penal y Procesal Penal alemán*, Ubijus, México D.F., 2014.
- SECCO, HENRIQUES, “Theoria da Reincidência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9.<sup>o</sup> ano, n.º 427, 1876, pp. 161-163.
- SEILER, STEFAN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II. Strafen und Maßnahmen*, 8. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2017.

- SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, vol. III, Verbo, 1999.
- SUSANO, HELENA, *Reincidência penal. Da teoria à prática judicial*, Almedina, Coimbra, 2012.
- VACHER, STEVE, *Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall*, 2011, disponível em <https://biblio.parlament.ch/e-docs/361658.pdf>.