

# DIREITO CRIMINAL

## O conceito da recidiva segundo o art. 40 do Código Penal

~~~~~

**Bibliographia.**—GAROFALO e CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva.*—VIDAL, *Droit Criminel.*—GARRAUD, *Droit Pénal Français.*—VITO PORTO, *Note di cronaca. Appunti al nuovo Codice Penale.*—VIEIRA DE ARAUJO, *Cod. Penal.*—BRAZ FLORENTINO, *Lições de Dir. Criminal.*—JOSEPH REINACH, *Les récidivistes.*—VAN SWINDEREN, *Esquisse du droit pénal*, etc. etc.

O conceito da recidiva firmado pelo art. 40 do Cod. Penal tem sido acoimado de anti-científico e considerado inferior ao do Cod. Criminal de 1830, porque «si aquelle falla de crime da mesma natureza, o ultimo define-o—o que consiste na violação do mesmo artigo.» E acrescenta-se: «Em contraposição ao systema estreito dos nossos Codigos está a doutrina preferindo a reincidencia geral á especial, sendo esta, na phrase de ORTOLAN, a da infancia da penalidade, a *absoluta* fundada na gravidade da pena, a *relativa* ou especial que é uma excepção nas leis francezas, que contra os reincidentes por isso adoptou a providencia excepcional da relegação».

Não me parece, entretanto, muito liquida essa questão na qual se emboscam tantas outras de igual gravidade, e que para o conhecimento exacto da materia demandam prévia solução.

Já BONNEVILLE dizia que a recidiva é a pedra de toque de todos os systemas penaes e penitenciarios; FERRI a considera como o fulcro de todo systema penal; e, ao mesmo tempo que o relator parlamentar do projecto do Cod. Penal italiano a julgava: «una questione di casistica imbrogliata e poco opportuna», GAROFALO e CARELLI affirmavam a existencia de insuperavel difficuldade em estabelecer racionalmente normas geraes sobre a materia.

E de facto assim é. Basta indicar as questões que o instituto da recidiva suscita, para desde logo se comprehender que não encareço inutilmente a questão, e que uma affirmativa cathgorica no sentido de ser ou não scientifico o conceito do nosso Codigo é pelo menos temeraria.

Qual é o fundamento da recidiva? qual a sua verdadeira natureza? a recidiva é causa de aggravação da pena (CARRARA, CANONICO, PAOLI, CRIVELLARI) ou é antes uma circumstancia que augmenta a imputabilidade do réo (FARANDA, MOSSO, CONTI, MANZINI, ANDREOTTI)? o estado de recidiva deve ser permanente ou temporario? quaes as infracções que devem ser computadas para os effeitos da recidiva? é necessaria uma condemnação anterior ou basta a simples infracção? está ella sujeita a prescripção, etc., etc.?

Está bem claro, porém, que nos moldes acanhados de artigo de uma Revista annual, não entrarei no exame detalhado de todas essas questões, limitando-me a considerar por alto e em conjuncto o instituto da recidiva, para demonstrar que o conceito do nosso Cod. Penal, pelo qual não morro de amores, mas que,

si contem graves defeitos, assignala todavia um passo para a moderna doutrina criminologica, é scientifico — porque:

- 1.º corresponde ao sentido lexicologico;
- 2.º está de accordo com os conceitos do direito romano, do direito canonico, do direito antigo;
- 3.º está de accordo com o direito moderno, traduzido na legislação dos povos cultos;
- 4.º está de accordo com a doutrina dos jurisconsultos e com os dados da estatistica criminal;
- 6.º finalmente, é o unico systema que não compromette os principios geraes que ainda dominam universalmente o direito penal.

---

A palavra *recidiva* vem do latim —*recadere*— que quer dizer recair na mesma falta já uma vez commettida.

Pelo art. 40 do nosso Codigo a recidiva ou reincidencia (do latim *reincidere* o mesmo que *recadere*) verifica-se quando o criminoso commette outro crime da mesma natureza, entendendo-se como taes os que consistem na violação do mesmo artigo. Portanto o conceito legal está de accordo com o sentido litteral e lexicologico do termo.

O direito romano, comquanto não definisse a recidiva, revela-nos em diversos textos uma noção clara e precisa que não destoa da sua significação litteral; e, comquanto reconheça a —*consuetudo delinquendi*— como circumstancia digna de temer-se, só a pune — *si in eisdem sceleribus perseveret*. Mas mesmo esta regra só tinha applicação em determinados crimes, fóra dos quaes a recidiva não era levada em linha de conta:

1.º Contra os *grassatores*. No Dig. tit. 48, 9 § 10, fr. 28 encontra-se o seguinte: « . . . *grassatores*, qui *prædæ* causa id faciunt, proximi latronibus habentur, et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, *utique si sæpius* atque in itineribus hoc admiserunt.»

2.º Contra aquelles que se apropiavam de escravos alheios: «Quicumque fugitivum servum in domum vel in agrum inscio domino ejus suscepit, eum cum alio pari vel viginti solidis reddat, *si vero secundo vel tertio* eum suscepit, praeter ipsum duos vel tres alios, vel *præditam æstimationem* pro unoquoque servo domino representet.»

3.º Contra os perturbadores do socego publico: «Solent quidam qui vulgo se juvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentis se acclamationibus popularium accomodare: qui si amplius nihil admiserint, nec ante sint a Præsidente admoniti, fustibus cæsi dimittuntur, aut etiam spectaculis eis interdicitur; quodsi *ita correcti in eisdem deprehendantur*, exsilio puniendi sunt, nonnunquam capite plectendi, scilicet *cum sæpius* seditiose et turbulente se gesserint, et aliquoties apprehensi, *tractati clementius in eadem temeritate propositi perseverarint.*»

4.º Contra os concussionarios: «Si quis autem exactorum in superexactionis crimine fuerit confutatus, capitali periculo, *cupiditas eius amovenda atque prohibenda est, si in eisdem sceleribus perseveret.*»

5.º Contra os desertores: «Sed tironibus parcendum est: qui, si *iterato hoc admiserint, pœna competente officiuntur.*»

6.º Finalmente, contra os subornadores de testemunhas: «Viles autem infamesque personae, *et hi qui bis aut sæpius violentiam perpetrasse convincentur*, constitutionum divalium pœna teneantur.»

O direito canonico define o reincidente: «*recidivus est ille qui post confessionem in eadem culpam eodem vel fere eodem modo relapsus est*»; donde a distincção entre recidivo e consuetudinario, n'isto que o recidivo recahe na mesma culpa, cuja pena expiou. E os teologos SUAREZ, LUGO e BONACINA querem que se empregue maior severidade para com o recidivo, porque ao passo que o consuetudinario não dá, apesar de ter cahido em varias faltas, razões para suspeitar que nellas recaia, o recidivo, mesmo depois de punido, recaio.

No que diz respeito ao foro externo, pelo systema repressivo formulado pelo Concilio Tridentino, a recidiva só era considerada aggravante em dois casos: no concubinato e no abandono da residencia por parte dos bispos e dos parochos. Todavia firmou a regra geral: «*Eos qui turpiter et scandalose vivunt, postquam præmoniti fuerent, cœrceant ac castigent; et si adhuc incorrigibiles in sua nequitia perseverent, eos beneficiis privandi facultatem habeant.*»

E', portanto, no direito canonico, que se encontra a genese dos tres systemas em torno da questão:

1.º o systema da recidiva propriamente dita, ou especifica, que consiste na recaida no mesmo delicto. Esta subdivide-se em especifica absoluta ou relativa, referindo-se a primeira ao mesmo delicto constante do mesmo artigo do Codigo, e a segunda a delictos da mesma natureza.

2.º o systema da recidiva impropria ou generica, que consiste na pratica successiva de crimes de quaesquer naturezas.

3.º o systema mixto.

Mas o principio fundamental da reincidencia generica foi enunciado por FARINACIUS, quando diz:

«Consuetudinis delinquendi presumptio tantum in eodem vel simili genere mali, secus si diverso. Qui est malus in uno, habet contra se non modicam suspicionem quod, sit malus in aliis, propter magnam counexitatem quam habent inter se (delicta)».

No direito moderno das nações cultas seguem o systema da recidiva *generica* o Cod. Francez de 1810 (art. 56), o Belga, o de Genebra, o de Neuchâtel e o de New-York. Mas é preciso convir que essa recidiva só é generica *in nomine*, porquanto a recidiva é a recahida em infracções de natureza e genero differentes, e esses Codigos, que adoptam a divisão tripartita das infracções em crimes, delictos e contra-venções, tomando como base da recidiva, não a temibilidade do delinquente, mas a gravidade da pena, limitam a reincidencia de crime a crime, de delicto, a delicto, de delicto a crime, de contra-venção a contra-venção.

Alem disso a lei franceza de 26 de Março de 1891, modificou profundamente as regras da recidiva correccional, mudou os textos dos arts. 57 e 58 do Cod. Penal e introduzio no art. 58 a exigencia da especialidade para esta recidiva, isto é, de uma identidade ou uma semelhança fixada pela lei entre os delictos correccionaes que se succedem.

Não ha em materia de delicto, dizia o senador BERANGER, auctor da lei, em seu discurso de 23 de Maio de 1890, recidiva temivel e digna de ser punida senão a que resulta da reiteração de um factio identico. E' somente neste caso que se pôde dizer com certeza que ha, de um lado, augmento de immoralidade e de outro, desprezo pela advertencia recebida.

Portanto nem a legislação franceza apadrinha de modo tão absoluto o systema da recidiva generica, cuja punibilidade em muitos casos offenderia até o bom

senso, como no caso de succederem-se delictos dolosos e culposos, que por serem originarios de impulsos de natureza tão diversa, não podem servir de criterio para o conhecimento exacto da temibilidade do delinquente; e como no caso de succederem-se delictos naturaes e delictos artificiaes ou de pura criação legal: o roubo e o adulterio, o estellionato e o exercicio illegal da medicina.

Alem disto, os dados da estatistica demonstram que é sobretudo sobre a recidiva especifica que devem convergir com mais empenho as vistas da sociedade. E' assim que na França, em 1888, foram condemnados 61,84 % de criminosos reincidentes no mesmo delicto, 21, e 81 % reincidentes no mesmo capitulo ou titulo e 37,13 % -em crimes diversos. Em 1889 encontra-se 56,81 % para os primeiros, 23,39 % para os segundos e 47 % para os outros.

O maior numero de Codigos e principalmente os mais modernos são pela recidiva especifica. Assim temos o Cod. Grego que no art. 3.º exige que o segundo crime seja identico ao precedente: o nosso Cod. de 1830 e o projecto do Cod. Penal Russo de 1881, art. 58, e o Cod. Portuguez art. 85, que os crimes sejam da mesma natureza. O Cod. de S. Gallo (art. 50) que sejam homogeneos e de homogenea tendencia antijuridica; o projecto austriaco de 1881 que sejam de naturezas affins; os Cods. de VAUD e FRIBURGO que sejam do mesmo genero; os de S. Marino, Zurich, Ticino, Hespanhol, Mexicano, Hollandez, Bulgaro e Allemão, que sejam da mesma especie.

Na Italia ZANARDELLI, relatando o seu projecto, que é hoje o Cod. Italiano de 1889, declarava: «Eu me ative ao systema da recidiva especifica, levado não só pelos ultimos estudos e pelos precedentes citados, mas tambem pela consideração de que é o recair na

mesma especie de crime que denota o caracter do criminoso e o torna particularmente merecedor das penas mais intensas; póde dar-se o caso de um individuo commetter eventualmente diversas infracções em tempos diversos e só occasionalmente, sem que isso possa ser attribuido á sua indole perversa.»

E' este, acrescenta elle, o conceito que prevalece na doutrina e na legislação.

CHAUVEAU ET HELIE, PACHECO, VISMARA, BRUZA, BUCCELATI, ROSSI e tantos outros pensam da mesma maneira.

«Si a reincidencia tem como base a maior perversidade, não se pode dar valor senão á reincidencia especifica, a qual revela a identidade de impulsos criminosos.» E o proprio ORTOLAN que, com TRIBUTIEN, sustenta o systema da recidiva generica, foi obrigado a confessar que as recidivas mais significativas são as especiaes ou do mesmo delicto, e que o augmento da severidade contra esta especie é até instinctivo e o primeiro que apparece nas leis.

Parece-me que os que propugnam pela recidiva generica além de confundirem a recidiva—entidade abstracta e juridica—com os recidivos, isto é, com os criminosos habituaes, cujo tratamento é ainda a preocupação constante de todas as nações, confundem-na igualmente com o concurso de infracções, que em todos os Cods. tem penalidade especialmente aggravada.

Surge agora a maior difficuldade da questão, pois os partidarios da recidiva especial não se entendem convenientemente. Elles julgam o conceito do nosso Cod. demasiado estreito, querem que a re-cahida seja da mesma natureza ou determinada pelo mesmo impulso.



Mas que são crimes da mesma natureza? Segundo CHAUVEAU ET HELIE, são os que derivam do mesmo principio, que nascem da mesma corrupção.

Assim, dizem elles, a própria natureza das cousas dividiu as infracções em delictos contra as pessoas, contra a propriedade, delictos politicos, militares, etc. Em cada uma destas classes a reiteração de um delicto deve formar a reincidencia.

E' da mesma opinião LEVY JORDÃO em seu commentario ao Cod. Port.: «por esta regra um homem condemnado por um crime que o Cod. enumera entre os contra as pessoas, se depois commette outro contra a propriedade, não é reincidente, mas sel-o-á si esse outro crime fôr contra as pessoas».

Mas essa opinião não é aceitavel porque, por exemplo, o damno e o furto são crimes contra a propriedade, mas não são da mesma natureza.

Para evitar a difficuldade em definir de modo preciso o que sejam delictos da mesma natureza, o projecto do Cod. italiano de 1868 dispunha que, como taes, deviam ser considerados os collocados sob o mesmo titulo do Codigo; mas esse systema foi repellido, porque sob diversos titulos encontram-se espalhados delictos congeneres, assim como delictos diversos sob o mesmo titulo. Recorreu-se então aos capitulos, mas a mesma objecção o acompanhou.

No nosso Codigo, por exemplo, no Cap. 5.º encontram-se os seguintes crimes de natureza diversa: Peita ou suborno, concussão, peculato, excesso ou abuso de auctoridade e usurpação de funcções publicas.

No projecto MANCINI, fallava-se em identidade de impulso. Mas esta formula foi considerada como de applicação quasi impossivel, sendo mui perigoso con-

fial-a exclusivamente ao criterio individual do juiz, o qual poderia encontrar o mesmo impulso (locução cujo significado é muito difficil fixar) em crimes de indole mui diversa, e não descobri-o nos crimes congeneres. Por outra: como seria possivel obter esta indicação de impulso nas condemnações precedentes?

Foi por isso que, em 1877, a esse criterio junta-se o da identidade da disposição da lei, triumphando afinal o systema do Cod. Toscano e Hollandez, em virtude do qual consideram-se crimes da mesma natureza, além dos que violam a mesma disposição de lei, os que são taxativamente reunidos para tal fim em certos grupos, formando sete cathogorias diversas.

Este systema, porém, não resolveu o problema, porque além de não excluir o arbitro do juiz, criou igualmente grupos artificiaes e arbitrarios.

E' assim que pergunta VITO PORTO: porque na 1.<sup>a</sup> classe, por exemplo, onde são collocados todos aquelles factos que tendem a um lucro illicito, não devem ser collocados os crimes previstos nos arts. 142 e 143, quando commettidos com um fim de lucro, fim que os proprios artigos expressamente contemplam? assim o crime do art. 192, isto é, a apropriação de cousas sujeitas á penhora ou sequestro? etc. etc.

Se assim é, como resolver a questão?

Parece-me que, NO ESTADO ACTUAL DO DIREITO PENAL, o caminho unico a seguir seria o de circumcrever a recidiva especifica ao caso em que os crimes sejam previstos na mesma disposição de lei, como fez o projecto TAJANI de 1886 e como fez o nosso Cod. actual.

Esta limitação tem pelo menos duas vantagens:

1.<sup>o</sup> Evita graves absurdos e entre elles por exemplo o de ser considerado reincidente aquelle que

commette um crime doloso depois de ter commettido um culposo e vice-versa;

2.º Garante a certeza da pena, um dos principios fundamentaes do direito penal vigente, evitando o arbitrio do juiz na apreciação dos motivos e na applicação da pena, arbitrio que só seria acceitavel com o remodelamento completo do systema punitivo, pela criação de juizes technicos, e com o systema de penas indeterminadas, tal como propõe a escola positiva.

DR. CANDIDO MOTTA.

