

Reincidência específica e crime culposos.

Manoel Pedro Pimentel

Catedrático de direito penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo e juiz
do Tribunal de Alçada Criminal.

SUMÁRIO 1. A disciplina da reincidência específica no Código Penal brasileiro vigente. 2. A culpa no Direito Penal. 3. Conceituação do crime culposos. 4. Reincidência e crime culposos. 5. Incompatibilidade entre reincidência específica e crime culposos. 6. Conclusões.

1. A disciplina da reincidência específica no Código Penal brasileiro vigente.

Volta a ser colocado, modernamente, o problema da reincidência específica e suas conseqüências penais. Ainda vige em nosso sistema de direito positivo o entendimento de que o agente revela maior periculosidade quando reitera na prática de crime da mesma natureza, merecendo portanto a imposição de pena exasperada. O legislador de 1940, intransigentemente, definiu no artigo 46, § 1º, nº II, e § 2º, do Código Penal, o que se deve entender por reincidência específica e quais os efeitos penais dêsse reconhecimento.

Informado pelos princípios científicos da nova Política Criminal, o legislador penal de 1969 afastou-se dessa

* Tese apresentada ao IV.º Congresso Nacional de direito penal e ciências afins, realizado em Recife, de 2 a 8 de agosto de 1970.

orientação vigente, conforme se vê na *Exposição de Motivos* que acompanhou o Projeto à sanção presidencial: “Entre as agravantes continua a figurar, em posição de destaque, a reincidência. Foi, no entanto, eliminado o que se refere à reincidência específica, pois significa limitação intolerável ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena.”

A nova orientação é um testemunho de que a atual conceituação dos efeitos da reincidência específica merece o repúdio da consciência jurídica e, enquanto estiver em vigor o atual Código Penal, deve o juiz acautelar-se contra os excessos a que o seu reconhecimento conduz.

Diz-se a reincidência específica quando os crimes são da mesma natureza. E, explica o legislador, “consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.”

Este dispositivo foi adaptado do artigo 101 do Código Penal italiano, que sôa: “Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni.”

Apesar de aparentemente claros os dispositivos, a doutrina divergiu, cá e lá, na sua interpretação, ora estendendo e ora restringindo o alcance da expressão “mesmo dispositivo legal”.

COSTA E SILVA ensina que “são da mesma natureza os crimes que apresentam caracteres fundamentais comuns, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos que os determinaram (critério do bem jurídico violado ou critério

subjetivo do motivo delituoso). A homogeneidade (relativa) pode ser deduzida objetiva ou subjetivamente.”¹

Acompanhando êste pensamento, FREDERICO MARQUES afirma que “quando os crimes violam diversos *praecepta juris*, tais infrações podem constituir ainda delitos da mesma natureza: para tanto leva-se em consideração ou um elemento de caráter objetivo, ou então de caráter subjetivo.”²

Por isso admite a homogeneidade objetiva dos crimes de estelionato, furto, peculato e apropriação indébita, “para o que concorrem, não só os caracteres dos fatos, como também a natureza do bem jurídico lesado”, acrescentando que “quando essas notas objetivas são comuns, ainda que sob o aspecto psicológico os crimes se diversifiquem profundamente entre si, devem ser consideradas as infrações da mesma natureza.”

Daí considerar o autor citado, como da mesma natureza, os crimes de rapto para fim de casamento e o rapto para fim libidinoso, dizendo que “em tal hipótese não se tem de indagar dos motivos, porquanto os fatos apresentam, do ponto de vista objetivo, a mesma natureza, em virtude de seus caracteres comuns no plano material” E, acrescenta, “por outra parte, existirá homogeneidade entre crimes em virtude tão-só da natureza dos motivos. O fim de lucro tornará o furto da mesma natureza que o contrabando.”³

Verifica-se que a interpretação proposta pelos mestres paulistas permite uma amplitude nem sempre consagrada pela jurisprudência. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais de um julgado, repeliu o reconhecimento da rein-

1. A. J. DA COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Con-tasa, 2ª ed., São Paulo, 1967, pág. 208.

2. J. FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 95.

3. Idem, *ibidem*.

cidência específica entre a apropriação indébita e o estelionato⁴, entre o furto e o estelionato⁵, entre o furto e a apropriação indébita⁶.

De qualquer forma, aceito está na doutrina o postulado de que o reconhecimento da reincidência específica deve ser informado por um critério objetivo (bem jurídico violado) ou por um critério subjetivo (motivo delituoso). O que varia, nos casos concretos, é a extensão interpretativa dos critérios.

2. A culpa no Direito Penal.

Na abertura do seu conhecido e valioso trabalho *Do Crime Culposo*, MAGALHÃES NORONHA lembra que “não há dúvida que o *fato culposo* aparece nas leis antigas que a humanidade conhece; nem por isso, entretanto, se poderá falar numa doutrina da culpa. Só mais tarde ela surgiria, e seu aperfeiçoamento se processou através dos tempos. E até hoje.”⁷

De fato, ainda hoje perduram as discussões a respeito da essência da culpa, sendo inúmeras as teorias que procuram explicá-la.

Parece-nos, todavia, que se torna dispensável uma análise em profundidade do tema, para os fins a que nos propomos neste trabalho. Resumiremos, portanto, as opiniões predominantes nesta fórmula proposta por ALTAVILLA, vantajosa porque procura dar o sentido técnico que à palavra

4. Ac. na Ap. Crim. n.º 40.606, da Capital, Livro 227 do Reg. de Acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, fls. 142, e ac. *in Rev. dos Trib.* 211/143 e 237/139.

5. *Revista dos Tribunais*, 265/120, 268/107 e 290/107.

6. Ac. na Revisão Criminal n.º 25.728, de São José do Rio Preto, e ac. *in Revista dos Tribunais* 223/85.

7. E. MAGALHÃES NORONHA, *Do crime culposo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1957, pág. 9.

culpa atribui o nosso Código Penal: a integração do elemento subjetivo *culpa* não requisita a intenção, bastando a simples voluntariedade da conduta contrastando com particulares preceitos codificados ou com normas impostas pela prudência ou perícia comuns.⁸

A conduta culposa, em si mesma, seria lícita. Mas, por imprudência, negligência ou imperícia do agente, resulta um dano, não previsto, mas previsível. A *previsibilidade* do evento é, pois, o fulcro da culpa, e a não previsão do resultado danoso previsível motiva a punição do agente.

Por isso, MAGGIORE — que considera o problema da culpa “verdadeira zona sísmica do direito penal” — depois de analisar as teorias objetivas e subjetivas da culpa, conceitua-a como “uma conduta voluntária (ação ou omissão) que ocasiona um evento antijurídico não querido mas previsível, ou excepcionalmente previsto, e tal que podia, com a devida atenção, evitar-se.”⁹

O atual Código Penal brasileiro fugiu a uma conceituação explícita da culpa. O legislador penal de 1969 intentou defini-la, no artigo 17, n.º II, assentando: “Diz-se o crime culposo quando o agente, deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.”

Trata-se de um conceito doutrinário transportado para o direito positivo, não deixando margem a qualquer outra formulação e reúne as concepções objetivistas e subjetivistas. Adota o entendimento predominante de que a culpa está radicada na previsibilidade de um evento, não previsto pelo agente, colocado em situação de ocasioná-lo por imprudência, negligência ou imperícia.

8. ENRICO ALTAVILLA, *La Colpa*, Ed. Dell’Ateneo, Roma, 1950, pág. 12.

9. G. MAGGIORE, *Diritto Penale*, N.Z. Ed., Bologna, 1951, 5.ª ed., vol. I, tomo 1.º, pág. 460.

3. Conceituação do crime culposo.

Do que ficou dito relativamente à culpa, deduz-se o conceito do crime culposo, cristalizado em nosso Código Penal vigente através desta definição: “Diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” (Artigo 15, nº II).

Importante observar que o resultado danoso aparece como *causado* pelo agente e não finalisticamente procurado por êle. No crime culposo a vontade é referida à conduta, nunca ao resultado. Mas é o resultado que dá o colorido delituoso ao fato, quando foi causado por imprudência, negligência ou imperícia, e o agente não o previu, embora previsível.

O *resultado*, portanto, é o adjetivo qualificador da conduta. De uma conduta imprudente, negligente ou imperita do motorista pode resultar lesão corporal ou a morte da vítima. A maior gravidade do resultado, a que se vinculou o agente, acarretará uma punição mais grave.

Falando em *conduta e resultado*, como polos do delito culposo, queremos significar que a primeira expressão abrange tanto a *ação* (agir positivo) como a *omissão* (agir negativo) e, em função da segunda esclarecemos que negamos a possibilidade, admitida por alguns autores, da existência de crimes de mera conduta culposa.^{9-A}

Outra conclusão importante a que se chega obrigatoriamente, tendo em vista o que ficou assentado, é que a figura delituosa, nos crimes culposos, deve ser explicitamente declarada em um tipo penal e, como diz FONTAN BALESTRA, “no âmbito da culpa tôdas as modalidades que distinguem as figuras delituosas culposas são situadas pela lei em um mesmo nível penal.”¹⁰

9-A. MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de Mera Conduta*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, 2ª ed., pág. 121.

10. C. FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Glem, Buenos Aires, 1966, Tomo II, pág. 265.

Esta é razão pela qual o homicídio culposo do pai, causado pelo filho, é punido da mesma maneira que o do estranho, e as lesões corporais leves culposas são punidos com as penas que castigam as lesões corporais graves ou gravíssimas culposas.

4. Reincidência e crime culposo.

PEDRO VERGARA noticia que entre os autores modernos “é opinião vitoriosa que a reincidência é perfeitamente compatível e mesmo necessária, como necessidade de *punir mais*, entre delitos culposos.”¹¹

Mas reconhece que “os clássicos se opunham a essa decisão da doutrina. NICOLINI e ROBERTI eram precisos: a agravação da reincidência só se refere aos delitos dolosos, fundando-se na maior perversidade do delinqüente, que se revela na repetição; por isso não pode estender-se aos delitos cometidos por culpa e contra a intenção do delinqüente.”¹²

E, logo em seguida, conclui o mesmo autor citado: “O nosso direito desviou-se, também, dessas diretrizes. Em verdade, um delinqüente culposo pode revelar um estado de periculosidade extrema, pelo descontrôle dos seus impulsos, pela sua habitual negligência, pela sua constante imprudência, pela sua imperícia, muitas vêzes patenteada.”

Esta periculosidade, todavia, não é presumida em razão da simples reincidência em crime culposo, porque o Código Penal, em seu artigo 78, nº IV, somente presume a periculosidade dos reincidentes em crimes dolosos.¹³

Deve notar-se, também, que tal periculosidade decorreria de um *estado, situação* ou *posição* de imprudência, negligência ou imperícia, em que o agente se mantém após

11. PEDRO VERGARA, *Das circunstâncias agravantes*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1948, pág. 95.

12. PEDRO VERGARA, *Idem*, *ibidem*.

13. J. FREDERICO MARQUES, *Op. cit.*, pág. 92.

uma primeira condenação, causando culposamente novos resultados sancionados pela lei penal.

Acertadamente, portanto, a atual doutrina dominante admite a reincidência em crimes culposos, sempre com fundamento na maior gravidade do segundo delito, em função da perseverança do agente na mesma atitude imprudente, negligente ou imperita.¹⁴

5. Incompatibilidade entre reincidência específica e crime culposos.

No sentido de afirmar a possibilidade de reincidência específica em crimes culposos, manifestou-se ALTAVILLA: “Interessante è l’indagine in rapporto alla recidiva specifica che dovrebbe logicamente alargarsi a tutti i delitti colposi, che hanno fundamentalmente la stessa “*indole*”.¹⁵

Depois de muitas reflexões, não concordamos com a assertiva.

Se o que justifica o reconhecimento da reincidência em crimes culposos é a reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após uma primeira condenação, *causando* novo resultado danoso, o que importa é considerar não o resultado causado, mas a *conduta* causadora.

Daí porque a jurisprudência, não admitindo a reincidência específica entre homicídio doloso e lesões corporais dolosas, admite-a entre homicídio culposos e lesões corporais culposas.

O fulcro dêsse reconhecimento, portanto, não está no resultado, mas no fato de conservar-se o agente em um estado, situação ou posição de imprudência, negligência ou imperícia, capaz de causar novo evento danoso.

14. ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Rev. Forense, Rio, 1942; vol. II, pág. 297.

15. ENRICO ALTAVILLA, *Op. cit.*, pág. 239.

Ora, assim colocada a questão, forçoso seria concluir que a especificidade da reincidência estaria sediada na espécie de *conduta* culposa. Quem causasse dois acidentes automobilísticos, nas condições previstas pela lei, seria reincidente específico, quer os resultados fôsem lesões corporais ou homicídio, no primeiro e no segundo caso, ou vice-versa.

Mas, pergunta-se, e se o autor de um homicídio culposo, por acidente de automóvel, viesse depois a ser condenado por outro homicídio culposo, causado por manuseio imprudente de arma de fogo? Não se reconheceria a reincidência específica, em face da identidade do resultado? Entretanto, as condutas, isto é, as ações físicas seriam inteiramente diversas.

A confusão nasce da falta de sistematização do assunto. Todos os crimes culposos têm a mesma índole. Portanto, não é o título do crime determinado pelo evento que importa, mas a reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após anterior condenação por delito culposo, transitada em julgado.

Esta lição de ALTAVILLA vem sendo seguida pela jurisprudência, embora sem aprofundar o tema até às últimas conseqüências. Decidindo um caso concreto, a Sessão Plenária do Tribunal de Alçada Criminal, por maioria de votos, sendo relator o inteligente e culto Juiz EDMOND ACAR, deixou assentado que: “A reincidência específica, no caso vertente, resulta inequívoca, por serem os crimes em foco da mesma natureza, em razão de apresentarem caracteres fundamentais comuns, nos termos do art. 46, § 2.º do Código Penal.”¹⁶

E esclarece: “O motivo determinante de ambos os delitos é a culpa em suas modalidades tradicionais: imprudência, negligência e imperícia.”

16. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo*, 1968, vol. VI, págs. 13/14.

Tratava-se de reincidência específica entre crime de homicídio culposo e lesão corporal culposa, resultados causados por acidentes de trânsito. E o argumento final usado pelo aresto citado foi este: “Fere o bom senso que uma condenação anterior pelo artigo 129, § 6.º do Código Penal determine a reincidência específica, caso advenha uma segunda condenação no mesmo dispositivo, vale dizer, haja reincidência no caso dos ferimentos produzidos pelos acidentes em questão, sejam leves ou graves e tal não ocorra, quando a primeira condenação se refira a lesões corporais leves ou graves e a segunda a desastre, do qual resultou morte, que é, de resto, a espécie em exame.”

Portanto, o acórdão citado acolhe o entendimento de que o motivo determinante de ambos os delitos é que lhes confere a similitude exigida pela lei, para o reconhecimento da reincidência específica. Ou, então, que a *culpa* em suas modalidades tradicionais é o caráter comum de ambas as infrações pouco importando que os bens jurídicos ofendidos sejam diversos.

Por isso é que não repugnaria aceitar a consequência inevitável da recíproca. O réu, condenado antes por um homicídio culposo causado por acidente de trânsito, seria reincidente específico se, em um segundo acidente, viesse a ser condenado por lesões corporais culposas. Neste caso, embora menos grave o segundo resultado, a consequência penal seria a mesma.

Porém, uma vez aceita esta premissa, como se resolveria o problema de um réu que, por *culpa*, fôsse uma vez condenado por homicídio e depois, também por *culpa*, como autor de uma receptação?

Aplicando-se o fundamento doutrinário acima expendido, deveríamos concluir, necessariamente, que o agente seria reincidente específico, porque permanecera no estado de *culpa*, nas suas modalidades tradicionais, pouco importando o título do crime determinado pelo evento.

Do exposto e, segundo penso, com todo o rigor lógico, tiramos as seguintes conclusões:

6. Conclusões.

1.^a A reincidência deve ser reconhecida entre crimes culposos, pela maior gravidade da segunda infração, em função da maior culpabilidade do agente, renitente em se conservar em estado, situação ou posição capaz de gerar um segundo resultado danoso, por imprudência, negligência ou imperícia.

2.^a Quanto à reincidência *específica*, não pode ser reconhecida em função do *resultado causado* pelo agente, uma vez que êsse resultado é estranho ao ato de vontade. O título do crime determinado pelo evento é aleatório, dependendo do *casus*, pois no delito culposos o agente tem a voluntariedade da conduta e não do evento.

3.^a Também não pode ser reconhecida a reincidência *específica* entre crimes culposos em função da *conduta* do agente, embora seja a conduta culposa o fulcro da reincidência *genérica* nesse tipo de delitos. E não pode porque a *culpa*, como reiterada negligência, imprudência ou imperícia do agente, após anterior condenação por delito culposos, é a mesma quer se trate de uma receptação culposa ou de um incêndio culposos.

4.^a É sempre igual a *gravidade penal* da reincidência em crimes culposos, qualquer que seja o resultado concreto da conduta culposa, porque o que interessa considerar é a *reiteração da culpa* e não o evento eventualmente determinado.

5.^a Afastado do Código Penal o princípio da responsabilidade objetiva, esta encontraria plena guarida no reconhecimento da reincidência específica com base no evento determinado pela conduta, alheio à vontade do agente.

6.^a Não podendo a reincidência específica ser reconhecida em função do evento, também não o pode ser em razão do simples comportamento culposos, por que êste é sempre o mesmo, em todos os crimes culposos, ou seja a *culpa* em suas modalidades tradicionais: imprudência, negligência e imperícia.

7.^a Inaplicável, portanto, aos crimes culposos o disposto no art. 46, § 1.º, n. II, e § 2º do Código Penal brasileiro.

8.^a A reincidência em crimes culposos deverá ser considerada como agravante genérica, nos termos do artigo 44, n.º I do Código Penal.¹⁷

17. Ac. in "Revista dos Tribunais", 323/368 (como precedente jurisprudencial aproximado da tese defendida neste trabalho).