

# Periculosidade: sua aferição e conseqüências penais

ANTENOR BOGÉA

Titular de Direito Penal  
da Universidade do Maranhão

## SUMÁRIO:

Introdução
Conceito de periculosidade
Periculosidade e capacidade a delinquir
Periculosidade, imputabilidade, culpabilidade e circunstância
Periculosidade <i>juris et de jure</i> e periculosidade <i>juris tantum</i>
Periculosidade social e periculosidade criminal
Caracteres da periculosidade
Infratores não perigosos
Espécies de periculosidade
Periculosidade genérica e específica
Graus de periculosidade
Limites de periculosidade nos Códigos de 1940 e 1969
Aferição da periculosidade
Conseqüências penais da periculosidade

## INTRODUÇÃO

1. Graças ao relevo dado, a partir das duas últimas décadas do século XIX, ao estudo e à interpretação criminológica da personalidade do delinqüente — que até então se relegara a nível secundário ou subalterno, quase

que desassociado do fato punível —, pôde o Direito Penal emergir da fase obscura em que jazia submerso, de indiferença em face das causas crimínógenas (1).

O tabu da “liberdade de eleição”, que parificava os delinqüentes e lhes conferia a decisão de escolha entre a virtude e o vício, entre o bem e o mal, “explicava” o *fiat*, a voluntariedade da conduta punível por opção própria e livre do agente; justificava, sim, sua adesão espontânea às malsãs sollicitações circunjacentes. Apenas se abria exceção, na galeria dos malfeitores (que o eram por sua “própria determinação”), aos casos de alienação mental ou transtorno psíquico transitório.

2. Todavia, o estudo da personalidade do delinqüente, considerada como ponto de referência do valor sintomático do fato, identificando-se com a dinâmica deste, abriu novas perspectivas ao Direito Penal, cujo eixo se deslocou da infração em si para o agente.

A luz que então se projetou sobre o delinqüente, também sob a inspiração da psicologia e da biologia, desvendou aspectos e resultados que não mereciam, nem deviam, ser desprezados.

\* \* \*

A personalidade delinqüencial revelou-se na plenitude de suas deficiências, de sua instabilidade emocional, de suas taras, de seus condicionamentos, expressando-se como valor negativo de equilíbrio social, menos por sua própria “determinação” do que por influência de outros fatores.

Passou, assim, o delinqüente a encarnar, no complexo de causas ou motivações de seu agir, um **perigo** a ser contido, na maior ou na menor proporção de sua potencialidade maléfica.

Dessa periculosidade, já intuída em lances de clarividência por escritores do século XIX, (2) deu-se exata conta a então nascente Escola Criminal Positiva. (3)

Outras benemerências podem ser atribuídas a essa corrente de pensadores, juristas, médicos e criminólogos. Bastaria, porém, a presença, por inspiração sua, no texto dos estatutos repressivos, do instituto da periculosidade, do chamado “estado perigoso” do homem delinqüente, para que só por isso se reputasse aquela Escola como sendo a mais eficaz coadjutora do Estado contemporâneo na cruzada de aprimoramento das instituições penais, quer a benefício da sociedade, quer em favor do homem. (4)

(1) Dir-se-á que o assunto interessa mais à criminologia. Entretanto, um direito penal a ele indiferente estará em calamitoso atraso de mais de um século.

(2) FEUÉRBACH, em 1800, já se reportava à periculosidade, como qualidade do indivíduo que é causa de probabilidade de que ele verdadeiramente lesará direitos (GALIMBERTI, in “Scuola Positiva”, 1934, 1/292.)

(3) BENIGNO DI TULLIO escreve: “o argumento da periculosidade criminal, que tem sido longamente discutido por estudiosos de todo país, encontrou enfim acolhimento nas modernas legislações penais, por mérito especialmente da Escola Positiva, cujos sequazes italianos e estrangeiros têm sacrido páginas estupendas sobre a importância que o critério da periculosidade exerce no direito criminal e na prevenção da criminalidade” — “Trattato di Antropologia Criminale”, 1945, pág. 267.

(4) F. GRISPIGNI enfatiza que o conceito de “periculosidade” constitui o conceito fundamental de todo o direito criminal, — in “Scuola Positiva”, 1920, pág. 98.

Tiveram os positivistas o mérito de fertilizar as áreas do Direito Penal e colocar a serviço deste a ciência de estudo das causas criminógenas e dos meios de sua prevenção e repressão, a chamada criminologia.

3. Segundo já se disse, o infrator permanecera distanciado do centro de interesse do ramo jurídico que o punia, ignorado nas investigações e interpretações psico-físicas. Arrostando o mal da pena como se ela fosse, e o era, no sistema dominante, a reação vindicativa do Estado contra a transgressão da norma.

A partir da oitava década do século transacto, é o delinquentes promovido a figura preeminente da relação processual e colocado em posição destacada nos anfiteatros de ensino e pesquisa de Direito Penal e Medicina Legal. E alça-se à categoria de protagonista do episódio anti-social. Interessa menos ao Direito Penal a infração do que o infrator. (5)

4. No alvorecer do positivismo criminológico, RAFAEL GAROFALO foi o primeiro dos seus vexilários a tratar **ex professo** de “um critério positivo da penalidade”. Deu supremacia à prevenção especial, sem contudo descuidar a prevenção geral, pondo em destaque o problema da prevenção de um novo delito naquele que já fora **capaz de delinquir**. A guisa dessa prevenção especial predominante, ou mais eficiente em seus efeitos, alvitrou que se graduasse a sanção pelo critério da **periculosidade** do réu, elidido o critério tradicional da proporcionalidade entre infração e pena.

Não rarearam críticas de autores de formação clássica ao nascente instituto. EMILIO BRUSA, reagindo à concepção garofaliana, asseverou solenemente: “Diga-se o que se quiser, o delinquentes mais ou menos temível é coisa estranha ao direito punitivo.” Todavia, tão infeliz afirmativa provocou réplica imediata e de sabor contundente dos positivistas, com vantagem para estes.

5. O emprego promíscuo das expressões **periculosidade** e **temibilidade** pelo mestre napolitano (6) ensejou que a segunda obtivesse foros de cidadania até a primeira década deste século, quando a outra denominação (ou o seu equivalente significado — **estado perigoso**) obteve a acolhida da doutrina e da legislação.

Talvez a posição de ARTURO ROCCO, muito cortejado na Itália após sua famosa preleção de Sássari (em 15-1-1910) e a publicação de seu denso tratado sobre o objeto do fato punível (7) — posição de desapoio ao emprego da expressão “temibilidade”, ao invés de **periculosidade** —, haja contido o uso daquela primeira nomenclatura.

(5) REINHART MAURACH expressa com outras palavras até mais enfáticas tal concepção: “Nicht an das Verbrechen hält sich das Strafrecht, sondern an den Verbrecher” (não se atém o Direito Penal ao crime, mas ao criminoso) — “Deutsch Strafrecht”, 2.ª ed., 1/42.

(6) ... “le pene si debbono minacciare coerentemente alla temibilità del reo” — GAROFALO, “De un Criterio Positivo Della Penalità”, 1880, pág. 51.

(7) “L'Oggetto del Reato e della Tutela Giuridica Penale”, 1913. Rocco destacara-se na Alemanha em curso de aperfeiçoamento de direito penal e regressara à Itália com volumoso acervo de cultura haurida no grande celeiro da ciência jurídico-penal tedesca.

Dizia, com efeito, ROCCO que alguns costumavam chamar de “temibilidade” àquele acerto de graves e perniciosas tendências da pessoa. A expressão — acentuava —, não é própria. A **temibilidade** é a **conseqüência** da periculosidade de uma pessoa: a periculosidade de uma pessoa é a causa da sua **temibilidade**. Uma pessoa é temível porque é perigosa; não é já perigosa porque é temível. Pode-se temer quem não é capaz de prejudicar e se pode ser capaz de prejudicar sem ser temido. <sup>(8)</sup>

Poder-se-á exprimir sinteticamente o pensamento de ROCCO enunciando que todo perigoso é temível, mas nem todo temível é, só por isso, perigoso.

6. É de ponderar, entretanto, que o uso da expressão “temibilidade” no Direito Penal não seria nem é vitanda. Ela não é tão moente e corrente quanto a outra ou o seu sucedâneo “estado perigoso”. Mas é de emprego pacífico entre penalistas e criminólogos. <sup>(9)</sup> Notável aresto da Corte de Cassação de Roma preferiu o termo “temibilidade” ao referir-se à conduta de certo sujeito, manifestada em sua capacidade a delinqüir, reveladora de personalidade socialmente perigosa, a ser sobposta a medida de segurança (ac. 4-2-35, in “Scuola Positiva”, 1936, 2/305—309).

No Direito Positivo, a palavra **temibilidade** recebeu a abonação do Código Penal mexicano de 1943, nos seus arts. 12 e 52, nº 3. <sup>(10)</sup>

Os penalistas brasileiros não desdenham da utilização desse vocábulo. O projeto de Código Penal de 1938, da lavra do Des. Virgílio de Sá Pereira, menciona-o nos seus arts. 110, IV; 171 e 180.

Entende GRISPIGNI que periculosidade e temibilidade praticamente se equivalem; todavia, a rigor a temibilidade é a conseqüência da periculosidade, que é a causa por que uma pessoa se torna temível. <sup>(11)</sup>

7. Do arcabouço teórico armado e a seguir desenvolvido e justificado, com base na psicologia e na psiquiatria, resultaram, como consectário lógico e em nome e imposição da nova ordem jurídico-penal, a inserção da periculosidade e o regime de sua aferição e decorrências, nos estatutos criminais do século XX. Foi — concordemos —, a mais significativa conquista da centúria que se encerra, no campo das ciências penais. O combate à criminalidade encontrou no disciplinamento jurídico da periculosidade o seu mais poderoso instrumento, através da implantação das medidas de segurança, que se lhe opugnaram em função de contrapartida, exibindo caráter eminentemente segregatório e reeducativo.

(8) “L'Oggetto” cit., pág. 315.

(9) Talvez se possa afirmar, sem apelo a rigores terminológicos, que a diferença entre periculosidade e temibilidade é mais de palavras. BAGGIO PETROCELLI, que trata extensivamente do problema da periculosidade, presta o emprego da expressão “temibilidade”, segundo observa VINCENZO MANZINI, no seu “Trattato di Diritto Penale”, ed. de 1950, v. 3/221, nt. 3.  
— “O grau de ofensa que sofrem as leis de convivência civil por um fato delituoso não se mede pela imputabilidade, mas pela temibilidade ou periculosidade” (Do discurso oficial do Ministro da Justiça Ludovico Mortara, instalando a 8 de outubro de 1919, em Roma, a comissão de reforma da legislação penal italiana, in “Scuola Positiva”, 1919, pág. 177).

(10) O segundo dispositivo se abalança em aludir a “circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su (del sujeto) mayor o menor temibilidad”.

(11) GRISPIGNI, “Diritto Penale”, 2.ª ed., 1/179.

O Código norueguês de 1902 foi precursor da acolhida da **periculosidade** no ordenamento legal. Na primitiva redação do seu art. 39, utilizou não precisamente esse substantivo, mas o adjetivo que lhe corresponde <sup>(12)</sup>. E mais: ali se identificam as primeiras disposições legislativas, provendo à internação de imputável absolvido ou semi-imputável condenado a pena reduzida; internação, evidentemente, de finalidade curativa e readaptadora do agente **perigoso**.

8. Merece reparos, a nosso juízo, a manutenção da dualidade da pena e da medida de segurança como resposta às manifestações de antissocialidade do delinqüente.

Sob a consideração de que a pena é uma resposta à culpabilidade, e a medida de segurança corresponde, em oposição, à periculosidade, reagem penalistas de fôlego contra a idéia de unificação dos dois institutos de defesa social. <sup>(13)</sup>

No entanto, a pena vai-se despojando de sua característica marcadamente afitiva e retributiva, ou expiatória, para assumir papel eminentemente educativo, terapêutico, de readaptação social do delinqüente. <sup>(14)</sup>

CARRARA, com toda a exuberância de seus conhecimentos e domínio da filosofia jurídico-penal de sua época, não se conteve de inserir textualmente no seu "Programma" esta advertência: "O fim da pena não é aquele de que **seja feita justiça**; nem que o ofendido **seja vingado**; nem que seja **ressarcido** o dano por ele sofrido; nem que se **aterrem** os cidadãos; nem que o delinqüente **expie** o seu crime; nem que se obtenha a **emenda**. Tudo isto pode ser conseqüências acessórias da pena. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade." <sup>(15)</sup>

O **jus puniendi** do Estado, estratificado na pena, tende a transformar-se em **jus corrigendi**, no sentido de tornar o delinqüente reintegrado — pela eliminação de sua demonstrada inadaptação — na ordem social, como elemento útil.

Na feliz expressão de MERKEL, registrada por ANTOLISEI <sup>(16)</sup>, a pena não é somente u'a manifestação de potência a serviço da conservação social: é também um instrumento de progresso do povo.

O nosso MAGARINO TORRES, sensível à evolução do Direito Penal, acentuou ser fim da pena não somente defender a sociedade no momento e

(12) "Se o tribunal entende que um acusado que é absolvido, ou condenado a uma pena atenuada, em virtude dos arts. 45 ou 56, é **perigoso** para a segurança pública, em razão de sua irresponsabilidade parcial ou total, pode ordenar seu internamento num asilo de alienados, ou de tratamento, ou em estabelecimentos criados para compelir os beberrões ao trabalho".

(13) "Ao culpável, a pena; ao perigoso, a medida de segurança; abolir este cauto dualismo significa subverter e destroçar o Direito Penal" — GIUSEPPE Maggiore, "Diritto Penale", 5.ª ed., 1/348.

(14) Não se vislumbra contradição entre o que se diz acima e as considerações contidas na parte final deste trabalho (n.º 50).

(15) F. CARRARA, "Programma", parte geral, §§ 614, 615 e 618.

(16) ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale", 3.ª ed., 1/4.

exemplarizá-la, mas também e sobretudo promover a sua segurança e garantias futuras, pela **regeneração** do criminoso. (17)

A Constituição italiana, institucionalizando esse caráter de humanização e educação da pena, declara no seu art. 27: "As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem tender à REEDUCAÇÃO do condenado."

A legislação penal moderna, captando a evolução do pensamento científico, que impregna toda a problemática da "pena", confere a esta uma finalidade que já não se coaduna com o conceito de **castigo** ou **penitência**.

Servem de exemplo os Códigos búlgaro, art. 21, e iugoslavo, art. 3º, de conformidade com os quais a pena passa a desempenhar mister pedagógico de:

- a) prevenir a atividade socialmente perigosa, impedindo o delinqüente de reincidir;
- b) emendar e reeducar o delinqüente;
- c) exercer influência educativa sobre outras pessoas;
- d) favorecer o desenvolvimento da moral e da disciplina social.

O estatuto penal suíço, art. 37, recomenda, igualmente, numa inspiração redentora do infrator, que — as penas de reclusão e de prisão devem ser executadas de maneira a exercer sobre o condenado uma ação educativa e a preparar seu retorno à vida livre (**sic**).

Nas águas desse salutar roteiro navega o Código brasileiro de 1969, ao estatuir como **fim da pena**, em dispositivo coincidente em numeração (também art. 37) e conteúdo, a mesma regra recomendada no diploma helvético.

9. A retificação moderna dos objetivos da pena, despojando-se esta da idéia **punitiva** para assumir encargo **educativo**, ressocializante, impõe a revisão da fórmula de resposta do Estado às ofensas dos interesses tutelados "penalmente".

Daí porque passa a não ter sentido a existência de dois instrumentos nos Códigos com finalidades coincidentes de reeducação e terapia dos infratores: a pena e a medida de segurança, a funcionarem (já o dissemos) como reação do Estado às manifestações anti-sociais, a que o "crime", em última análise, se reduz.

Até o Código Penal cubano, que ostenta o pomposo título de "Código de Defesa Social" e devia ter reunido sob uma só nomenclatura o dualismo da

(17) M. TORRES, "Autoria Incerta", pág. 55.

Numa visão até mais ampla da missão da pena, sem lhe conferir, porém, qualquer escopo vingativo ou retributivo, escreve RANIERI: "... la pena da reazione cieca della società è divenuta pena-difesa, necessaria per la tutela di beni giuridici, e che esercita la sua protezione creando motivi psicologici all' azione e, quindi, agendo mediante la **risocializzazione** per coloro che ne hanno bisogno e sono risocializzabili; o mediante l' **intimidazione** per coloro che non hanno bisogno di risocializzazione; o mediante la **neutralizzazione** per coloro che non sono suscettivi di risocializzazione", in "Scuola Positiva", 1969, pág. 379.

pena e da medida de segurança, deixou-se quedar em contraditória timidez, ao regular tão importante matéria. Utilizou, sim, o termo sanções — que é compreensivo do binário em referência —, mas, sem chegar à unificação, previu a coexistência das penas (rotuladas de “sanções”: arts. 49 e segs.) com as medidas de segurança (arts. 580 e segs.).

A propósito desse estranho conúbio, MARIANO SANCHEZ ROCA expende comentários veementes. (18)

10. O estatuto penal mexicano reuniu no art. 24, sob a epígrafe comum de penas e medidas de segurança, dezessete espécies de sanções impostas a autores de delitos.

Embora ali não se estabeleça a diferença existente entre ambas, naturalmente a conservação dos respectivos nomes vale de roteiro de aplicação de cada, no sistema promíscuo do mesmo diploma.

O Código da Groenlândia, mais moderno e mais radical, unificou — rejeitando o hibridismo do sistema binário —, as duas espécies de reação social contra o ato punível. E deu ao monômio a singela epígrafe de **medidas** (art. 85 e segs.), de sabor genérico, em que se subsumiram ou diluíram aquelas duas referidas espécies. O Código da grande ilha constitui o mais audacioso, mas nem por isso menos encomiável modelo de legislação positivista, batizado diretamente nas fontes da escola ferriana.

Se na Argentina houvesse vingado o Projeto JOSÉ PECO — monumento de alto valor científico, ilustrado por sapiente Exposição de Motivos —, teria a América Latina a estadear um dos mais adiantados estatutos penais do mundo. Exibiria ele a unificação da pena e das medidas de segurança, sob a denominação única de sanções (Título III do Livro I), estas a serviço da neutralização social da periculosidade.

11. A posição culminante do estado perigoso no sistema repressivo hodierno e as exigências de sua terapia estariam, pois, a explicar a concentração, num só instrumento, de natureza educativo-recuperadora (excluído o dualismo da pena e da medida de segurança), as providências tutelares e sancionatórias a cargo do Estado. (19)

(18) O Código cubano — escreve ele —, já não é um Código de penas escrito para castigar o delinqüente, infligindo-lhe dor; ele se inspira no princípio, radicalmente distinto, da defesa da sociedade contra o delito; não visa ao castigo do delinqüente, mas à reeducação ou readaptação do culpado (**sic**) e à indenização às vítimas do delito. A pena-castigo do primitivo direito vem substituída pela **pena-tratamento** ou “sanção”, como mais propriamente hoje se conhece.

Sem embargo, vemos como o próprio legislador, após suprimir no Livro I o nome de pena, substituindo-o pelo de sanção como termo único, filiando-se à tendência de FERRI (a pena reduz-se a medida de segurança), acolhe no Livro IV o sistema das tantas vezes citadas medidas de segurança do Código ROCCO — tão distinto do Projeto FERRI — com os próprios fins ressocializadores da sanção. O legislador cubano, ao aceitar um dualismo híbrido de dois termos que não se excluem (sanção, despojada de conteúdo aflitivo, e medida de segurança, eminentemente reeducadora) incorreu em enorme contradição, — ROCA, “Leys Penales de Cuba — Código de Defensa Social”, 1943, pág. 1.203.

(19) MAGALHÃES NORONHA, com bons argumentos, alude ao caráter comum existente entre pena e medida de segurança, frisando que os “objetivos e efeitos de uma e outra se entrelaçam e confundem, dificilmente se observando nítida linha divisória entre ambas”. — “Direito Penal”, 1959, 1/408. — BASILEU GARCIA acentua: “Elas (as medidas de segurança) constituem meios defensivos da sociedade. Visam a preservar o ambiente social da ação nefasta do delinqüente. Mas — perguntar-se-á —, acaso a pena também não é medida de defesa? (...) Através de tal concepção dos seus fins utilitários, a pena aproxima-se bastante da medida de segurança” — “Instituições de Direito Penal”, 4.ª ed. (34.ª tiragem), v. I, tomo II, pág. 592.

## CONCEITO DE PERICULOSIDADE

## 12. Que vem a ser "periculosidade" no sentido jurídico-penal?

Em trabalho de fôlego, recheado de erudição, de FILIPPO GRISPIGNI, divulgado na "Scuola Positiva", 1920, sob o título **La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato**, vem a resposta a essa pergunta: "periculosidade criminal é a probabilidade de vir (alguém) a ser autor de infração penal, isto é, a periculosidade criminal não é outra coisa que a muito relevante capacidade de uma pessoa a cometer uma infração penal" (Revista citada, pág. 104).

FERRI<sup>(20)</sup> entende ser essa definição restrita à chamada periculosidade sem crime, dita pré-delituosa, definição que vale em confronto com a defesa social **preventiva** (polícia de segurança), mas não em confronto com a defesa social **repressiva** (justiça penal).

Para o mesmo FERRI, a periculosidade, segundo a defesa social repressiva, "consiste no delito cometido e na probabilidade de cometer também outros, em seguida".<sup>(21)</sup> E acrescenta o mestre positivista: "Para a defesa preventiva há uma genérica **periculosidade social**; para a defesa repressiva há uma específica **periculosidade criminal**. A periculosidade social traz consigo o **perigo de infração**; a periculosidade criminal traz consigo o **perigo de reincidência**".

RANIERI derrama-se numa definição analítica vinculada ao sistema do Direito italiano, escrevendo que "periculosidade é a atitude concreta e atual de uma pessoa, que já cometeu um fato previsto na lei como infração penal ou que, em via de exceção, teve uma conduta definida de modo expresso na lei penal, sem que todavia a mesma conduta se tenha concretizado em um fato por essa lei previsto como infração, a ser causa de novos fatos previstos como infração".<sup>(22)</sup>

Breves considerações expende EDMUND MEZGER em torno da **Gefährlichkeit**, asseverando que **perigosa** é ao mesmo tempo a ação ou a pessoa quando ela encerra um perigo para a segurança pública etc. Para o professor de Munique, perigo significa a probabilidade de um futuro acontecimento danoso, impondo uma prognose a respeito dele.<sup>(23)</sup>

Dentre as profundas considerações que o nosso NELSON HUNGRIA explana a respeito da periculosidade, é de destacar-se esta síntese primorosa: "periculosidade é o que a personalidade de certos indivíduos contém de militante inclinação para o crime."<sup>(24)</sup>

(20) FERRI, "Principii di Diritto Criminale", pág. 294.

(21) "Principii" cit., pág. 295.

(22) RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", 3.ª ed., 1/516.

(23) Gefährlich ist dabei eine Handlung oder eine Person, wenn sie eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit usw. in sich schliesst. Auch hier bedeutet Gefahr die Wahrscheinlichkeit eines künftigen schädigenden Ereignisses und fordert so eine "Prognose" über künftiges Geschehen — Mezger, "Strafrecht, ein Studienbuch"; 6.ª ed., 1/78.

(24) HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", 2.ª ed., 3/50.

Tal concepção desvincula-se de pressuposto criminal, para exprimir substancialmente o que se entende por periculosidade.

SALGADO MARTINS, em outras palavras, salienta que "a periculosidade é a potência, a aptidão, a idoneidade, a capacidade, enfim, da pessoa para ser causa de ações lesivas ou perigosas", "Direito Penal", 1974, pág. 424.

13. A identificação da periculosidade no Código de 1969 não decorre de uma fórmula semelhante à do art. 77 do estatuto de 1940 ou da que se cristaliza no art. 203 do diploma italiano.

O art. 52, que concentra no novo estatuto brasileiro a variegada gama de elementos que dão colorido carregado ou ténue ao comportamento delituoso, daí extrai a caracterização da periculosidade e a desdobra em graus de maior ou menor intensidade ou importância, no subsequente § 1º e seus incisos. Disto trataremos mais adiante.

#### PERICULOSIDADE E CAPACIDADE A DELINQUÍR

14. A periculosidade criminal e a capacidade de delinquir encontram tantos pontos de semelhança ou identidade na gênese psíquica do fato punível, que muitos autores declaram que os dois institutos se equivalem em linha de conteúdo de potencialidade anti-social.

Por assim dizer, a divergência entre eles existente será meramente vocabular, nominal. Na essência, a capacidade a delinquir é a mesma periculosidade criminal.

Distinguem-nas outros escritores, como sendo dois tipos de distorção na normalidade de conduta na sua projeção no campo da ilicitude.

ARTURO ROCCO enfatiza que a periculosidade humana é a potência, a atitude, a idoneidade, a capacidade (expressões equivalentes) da pessoa para ser causa de ações danosas ou perigosas e pois de danos e perigos. Tal capacidade, enquanto se trata daquelas particulares ações danosas e perigosas que se chamam infrações penais, recebe solidamente na prática o nome de “capacidade a delinquir”.<sup>(25)</sup>

GRISPIGNI não é menos categórico quando proclama que a periculosidade criminal não é outra coisa que a **probabilidade de tornar-se autor de infrações**; isto é, a periculosidade criminal nada mais é que a **muito relevante capacidade de uma pessoa a praticar uma infração penal**<sup>(26)</sup>. Em sua obra principal, o renomado positivista insiste na equivalência das duas nomenclaturas, que não passariam — podemos asseverar —, de roupagens diversas, de exteriores aspectos verbais do mesmo conceito.

15. A periculosidade traduz uma predisposição à delinquência. A chamada **capacidade a delinquir** também traduz tal predisposição e é justamente nesse sentido que é empregada a locução em foco.

No âmago de ambas — se elas pudessem coexistir separadas quanto ao resto, não só nominalmente mas também substancialmente —, há o núcleo comum de um **fato delituoso** pretérito, a nutri-las com o mais idôneo índice de existência.

Se assim não fosse, não teria significado **sui generis** o uso dessa mesma locução, porquanto no sentido comum, isto é, desataviada de todas as qualifi-

(25) ROCCO, “L'Oggetto” cit., pág. 315.

(26) GRISPIGNI, “Introduzione Alla Sociologia Criminale”, pág. 151.

cações subjetivas que a assinalam, a **capacidade a delinquir** seria atribuível a qualquer pessoa. Porque, à parte tais qualificações, qualquer homem é capaz (ou seja, tem a capacidade, a aptidão) de delinquir. Com efeito, a criminalidade — virtual ou latente — é apanágio de qualquer ser humano. <sup>(27)</sup>

Na dogmática do Direito Penal moderno, a locução em referência quer expressar um pendor, uma potencialidade do indivíduo a ser delinqüente. Este assume uma atitude prognosticadora de autoria de infração penal, deduzida de um complexo veementemente indiciário (e não simplesmente presuntivo) de causas, em que sobressai precedente conduta punível.

A periculosidade tem características coincidentes com as da capacidade a delinquir. Conquanto vasadas lingüisticamente em modelos verbais diferentes, as duas expressões, em última análise, se equivalem: são sinônimas.

Elas foram elaboradas doutrinariamente pela plêiade de penalistas e criminólogos que viram no homem delinqüente a revelação prognóstica de outra recaída na violação da norma penal.

Uma interpretação “autêntica”, colhida no seio dessa plêiade, mostrará que a variedade literal dessas duas citadas expressões não afeta sua unidade ou identidade conceitual.

16. A trasladação, para o âmbito do direito positivo, da equivalência ideológica, que as duas mencionadas denominações abrigam, não se operou por via exclusiva de uma delas.

Assim aconteceu no Código italiano. E aconteceu com a agravante da deturpação do sentido unitário ou idêntico da **periculosidade** e da **capacidade a delinquir**.

Embora o mais influente redator do esquema daquele Código, qual foi ARTURO ROCCO, houvesse no seu “L’Oggetto del Reato” <sup>(28)</sup> tratado da periculosidade e da capacidade a delinquir em termos de sinonímia; sem embargo também de a Relação do Ministro da Justiça italiano ao projeto definitivo haver afirmado que a primeira coincide com a segunda, ou seja, com a atitude do indivíduo à violação das normas juridico-penais, elas mantiveram a diversidade nomenclatural, como se fossem diferentes e não coincidentes, e receberam tratamento legislativo diversificado, com as respectivas etiquetas, em dois textos: o do art. 203 e o do art. 133, o primeiro relacionado com as medidas de segurança e o segundo com a pena.

(27) Escreve ALFREDO NICEFORO: Todo homem possui no fundo do próprio Eu uma série de formações psíquicas primitivas, seja que provenham de longínquo ancestral pré-histórico ou de ainda mais distante antepassado pré-humano, seja que proveniente simplesmente daquela psicologia infantil tão carregada de primitividade e egoísmo, que agora o estudo do menino vai pondo em evidência. Conseqüentemente, todo homem possui no fundo do próprio Eu — dizíamos —, a possibilidade de ação egoísta, anti-social, criminal, qual verdadeiro e próprio atentado aos sentimentos, não só médios, mas também elementares de piedade e probidade. Por conseqüência ainda, todo homem pode considerar-se em certo sentido um delinqüente latente. — “Dizionario di Criminologia”, 1/207-8.

“... em princípio, todo homem pode delinquir. Tais sejam as circunstâncias, num dado momento, o crime pode ser a conduta de qualquer um de nós” — NELSON HUNGRIA, “Comentários”, cit., v. 3/45. Ver também A. GEMELLI, “La Personalità del Delinquente”, 1945, pág. 223.

(28) ROCCO, obra cit., pág. 315.

A realidade legal e a natural às vezes divergem <sup>(29)</sup>. O conceito jurídico pode distanciar-se do naturalístico (*rectius*: do criminológico, nesta hipótese). Naquele, a inclusão de notas com sabor de inovação suscita desfiguração da realidade natural.

A periculosidade é reveladora de capacidade criminal e vice-versa. Isto, pelo menos, foi o entendimento de quantos desvendaram no homem delinqüente a existência de indícios sintomáticos de predisposição para a criminalidade.

Teria sido preferível que, pelo conduto exclusivo de um desses conceitos, o código penal se advertisse da aludida proclividade à recaída criminosa.

17. Estabeleceram-se, entretanto, nuances ou graus entre a periculosidade e capacidade a delinqüir, a ponto de não ser pacífica a prioridade que cabe à primeira ou à segunda, em tema de amplitude, de abrangimento, se se tentar interiorizar uma na área da outra. Delimitando o campo de incidência da capacidade a delinqüir aos imputáveis, e o campo de incidência da periculosidade aos imputáveis e aos inimputáveis, o legislador peninsular aí lançou, artificialmente, um critério de sofisticação dicotômica.

Foi além o estatuto italiano: a potencialidade criminal existente na "capacidade a delinqüir" identifica-se no seu art. 133 com base no crime já existente e nos outros índices de anti-socialidade do agente; tal fixação versa sobre a entidade do fato ocorrido. Na periculosidade (art. 203), além desses elementos, o legislador emite um juízo de probabilidade de que o agente venha a cometer novos fatos previstos na lei como puníveis.

Assim, se na capacidade a delinqüir pode haver um prognóstico, este será adiafórico ou facultativo, por não integrar legislativamente a noção de tal capacidade. A periculosidade, entretanto, só se configura através da diagnose da infração havida e da prognose de novos fatos ilícitos. Sem esse juízo prognóstico, que é imprescindível, não haverá periculosidade no sentido legal. A aplicação da medida de segurança visa justamente a prevenir o mal futuro vaticinado, com eliminação das causas dessa periculosidade, por processo de decantação terapêutica exercida no agente.

18. Em conseqüência disso, a doutrina penal italiana divergiu em torno da **conceituação legal** dos dois institutos, inspirando a formação das seguintes correntes:

a) a do grupo que, embora vendo características comuns na capacidade a delinqüir e na periculosidade, deu ênfase à primeira, com base em argumentos textuais, situando-a em plano mais amplo que a segunda, como se esta se contivesse naquela. Assim, a periculosidade seria apenas

(29) Ver GRISPIGNI, "Diritto Penale", cit., 1/13 a 15.

uma parcela, um modo de ser especial, da **capacidade a delinquir**. Esta é a concepção de RAOUL ALBERTO FROSALI<sup>(30)</sup>.

ANTOLISEI, filiado a essa corrente, restringe também a importância da periculosidade em confronto com a capacidade criminal. A última configura-se através de qualquer coeficiente de possibilidade, remota ou próxima, ao passo que a periculosidade se condiciona à ocorrência de um **elevado grau de possibilidade**, a transmutar-se em probabilidade. Assim — acrescenta o claro autor italiano —, perigoso não é bem quem possa cometer uma infração, mas quem **provavelmente** a cometerá. A periculosidade está, pois, em relação à capacidade criminal como a probabilidade está para a possibilidade. Em suma, a periculosidade é uma **intensa capacidade criminal**<sup>(31)</sup>. Ela representa uma **species** do **genus** "capacidade criminal", lembrando aquela imagem de dois círculos concêntricos, um menor, outro maior, com que Bentham se referiu ao respectivo império do direito e da moral (se for tolerada tão má comparação...). Assim também a periculosidade se contém num círculo menor imerso na área abrangente do círculo maior da capacidade criminal. Aquela, retida por todos os lados no âmbito desta, em função de **minus** e de **majus**, respectivamente.

MAGGIORE vê na capacidade a delinquir uma exacerbação da periculosidade, ou melhor, algo mais que a periculosidade. Esta, segundo o raciocínio do penalista de Bolonha, além de haver sido suprimida do art. 133 do estatuto italiano (e figurava no correspondente dispositivo do projeto), suscita um juízo de possibilidade ou probabilidade de agressão da ordem jurídica pelo delinqüente. A outra — a capacidade a delinquir —, implica sempre um estado e **uma certeza**.

Carregando as tintas na composição do quadro dessa capacidade delinqüencial, MAGGIORE<sup>(32)</sup> chega a invocar a **pravidade atual e iminente**, conferindo ao capaz de delinquir a imagem do homem **malvado**, que, a nosso ver, é mais bem ajustável ao delinqüente instintivo ou por tendência, em cuja caracterização normativa figura a índole particularmente malvada do agente (art. 108 do Código italiano).<sup>(33)</sup>

Como quer que seja, poder-se-á encartar a posição de MAGGIORE neste grupo, em que a capacidade a delinquir se apresenta mais significativa que a periculosidade. Idêntica é a posição de GUGLIELMO SABATINI<sup>(34)</sup>.

(30) ... resulta ser a capacidade a delinquir uma genérica atitude e ser a periculosidade uma atitude mais **impelida**, de modo a alcançar o que comumente se entende por **probabilidade**. Não admitimos, portanto, como ao contrário poderia fazer crer o infeliz modo de exprimir-se da Relação Ministerial (sobre o projeto definitivo) e como entende uma autorizada doutrina, que a periculosidade, considerada em confronto com a capacidade "appare di portata più ampla"; acreditamos, ao contrário, no inverso. — FROSALI, "Sistema Penale Italiano", 1/660.

(31) ANTOLISEI, "Manuale", cit., 1/481.

(32) MAGGIORE, "Diritto Penale", 5.ª ed., 1/728.

(33) O Código brasileiro de 1969, no art. 64, § 3.º, oferece também uma realística conceituação do criminoso por tendência, saturada de qualificação subjetiva enfaticamente facinorosa.

(34) A expressão capacidade a delinquir tem um significado mais amplo, coincidente com aquele comum e impróprio de periculosidade quando se queira compreender genericamente a atitude a delinquir de uma pessoa —, SABATINI, "Istituzioni di Diritto Penale", 4.ª ed., 1/202. Mais adiante escreve esse egregio autor: "La capacità a delinquir importa una **nozione generica** che influisce tanto sul reato e sulla conseguente applicazione della pena, quanto sulla periculosità e l'applicazione della misura di sicurezza, mentre la periculosità, quale nozione specifica, integra una particolare condizione giuridica", "Istituzioni", cit., 2/174 nt.

b) a segunda corrente é constituída pelo grupo que, em posição oposta à do primeiro grupo (sub a), situa a capacidade a delinquir no âmbito da periculosidade, por entender ser esta de amplitude maior que aquela.

No sistema penal italiano, a periculosidade é qualificação pessoal assim dos imputáveis como dos inimputáveis. Ela é atributiva dessas duas categorias de delinquentes, autores de infração em que se reúnem os elementos de sua qualificação legal, e autores de fato previsto como infração, mas que deixa de o ser por ausência da quota psicológica, que é constitutiva daquela.

Ora, como a capacidade a delinquir é restrita aos imputáveis, sendo irreferível à categoria dos inimputáveis, é de ver, conforme acentua essa segunda corrente de escritores penalistas, que ela (capacidade a delinquir) só concerne a um aspecto, mas não à totalidade, do problema de quem (isto é, do agente que) oferece perigo à segurança ou incolumidade alheia. É que no seu campo de incidência apenas estão situados os que podem ser punidos, os que podem sofrer penalidade.

Em se tratando do agente não sujeito a esta, porque o seu ato ilícito não é punível em concreto, o apelo à capacidade a delinquir (capacidade de ser efetivamente infrator com a consequência correlata da sanção penal) não tem sentido.

Logo, a capacidade a delinquir (repetindo: a capacidade de ser delinquente punível) constitui um aspecto parcial da periculosidade, porque não a esgota. Deixa vazia, impenetrada, "em branco" a outra área, na qual se acantonam os perigosos impuníveis.

Assim, ela não cobre, não completa o domínio da periculosidade. Esta é que a coloca em plano reduzido de sua abrangência. Nesta segunda corrente estão EUGENIO FLORIAN<sup>(35)</sup> et altrii.

19. No debate que o Código ROCCO estimula com a sua pouco feliz inovação, RANIERI<sup>(36)</sup> intervém ocupando posição singular, ao pretender distinguir os dois temas através de diferenças substanciais, inclusive no tocante à função que cada qual desempenha. A essa posição se aconchega GIUSEPPE BETTIOL<sup>(37)</sup> quando enfatiza que a capacidade a delinquir não é outra coisa que sinônimo da personalidade moral do réu, no sentido de que a culpabilidade da ação assume um grau antes que outro em relação à maior ou menor "malvadez" moral do sujeito ativo. Não se considera, em verdade, o futuro, o que o sujeito poderá ainda realizar, mas se considera o passado, aquilo que o indivíduo praticou, para procurar o diagnóstico do grau de culpabilidade da ação. A culpabilidade não contempla o futuro, porque se é chamado a responder somente por aquilo que se fez, nunca porém por aquilo que se possa futuramente praticar. Isto importa, segundo o mestre italiano, concluir que a capacidade a delinquir, como medida da culpabilidade, deve ser decisivamente

(35) FLORIAN, "Tratato di Diritto Penale", 4.ª ed., 1/338.

(36) RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", 3.ª ed., 1/1527-8.

(37) BETTIOL, "Diritto Penale", 4.ª ed., pág. 303.

orientada para a infração perpetrada, a fim de que se determine o grau de rebeldia da vontade humana.

20. O Projeto NELSON HUNGRIA consagrou o entendimento de que **periculosidade e capacidade de delinquir** se equivalem. Isto decorre do que se contém no seu art. 50, que dá ao juiz as regras de fixação da pena privativa da liberdade. Entre os dados de apreciação ou avaliação da personalidade do réu, inclui textualmente “sua maior ou menor periculosidade ou capacidade de delinquir”.

Dessa capacidade a delinquir não fornece o projeto, em outra norma, nenhum conceito destoante de periculosidade. É inelutável concluir, pois, que o sumo penalista lhes sancionou a equiparação em termos de linguagem legislativa.

Se a estrutura redacional do art. 52 do novo Código — de que é fonte aquele dispositivo do Projeto HUNGRIA —, não se modificasse, estaria no Brasil declarada em disposição legal a equipolência de periculosidade e capacidade a delinquir.

#### PERICULOSIDADE, IMPUTABILIDADE, CULPABILIDADE E CIRCUNSTANCIA

21. A periculosidade manifesta-se, sem qualquer temor de dúvida, com apreciável intensidade, nos casos de insanidade ou imaturidade mental; nos casos, pois, de ausência de imputabilidade penal e, por isso, por via de consequência, de ausência de “culpabilidade”<sup>(38)</sup>.

Teremos aí apenas a exteriorização de fatos qualificados como infrações, mas a que falta o elemento moral ou psicológico constitutivo, que é a culpabilidade. Esta não se vislumbra se o agente é alienado, ou mentalmente transtornado, ou intoxicado crônico ou ainda menor de idade.

Mas, a periculosidade se projeta com maior intensidade — dizíamos —, na razão inversa da existência da imputabilidade<sup>(39)</sup>: quanto menor for esta maior será aquela, e vice-versa.

Tanto no sistema do Código de 1940 (art. 42) quanto no de 1969 (artigo 52), na fixação da pena o juiz deverá ter também em conta a intensidade ou o grau da culpabilidade, a revelar-se no dolo ou na culpa.

A culpabilidade, além de outros itens reunidos nos citados dispositivos, influi, quanto à sua maior ou menor saturação, na medida da pena. Vale igualmente de critério mensurador da periculosidade, segundo se infere do § 1º do referido art. 52.

(38) ANTOLISEI, “Manuale”, cit., 1/231, 235 e 433, e RANIERI, “Manuale”, cit., 1/259, negam à imputabilidade a posição de pressuposto da culpabilidade no Código Italiano, atendo-se a argumentos textuais de conteúdo polêmico.

(39) Deve ser recebida com cautela a opinião de JOSÉ PECO, de conformidade com a qual o transtorno mental transitório revela na maioria dos casos nula periculosidade — “Proyecto de Código Penal Argentino”, pág. 108.

Assim, é inelutável a ilação do valor sintomático extraído da culpabilidade, a dar coloração carregada ou débil à periculosidade, além de funcionar como elemento indeclinável, constitutivo da infração penal.

Mas deve ser proclamado que não elide a periculosidade a ausência da culpabilidade, mormente nos casos de inexistência de seu pressuposto, que é a imputabilidade. Nesta hipótese, conforme já sublinhamos, a periculosidade será tanto maior ou intensa na medida em que for menor ou deficitária a imputabilidade.

Sem sombra de paradoxo, é de acentuar-se que o estado perigoso aumenta ou diminui na ordem direta da maior ou menor intensidade da culpabilidade (isto é, do dolo ou da culpa); mas cresce ou diminui em correlação ou sintonia com a ausência ou a presença da imputabilidade.

O estado perigoso não se insere na categoria de “circunstância”, porque ele não é um fato eventual que se agregue à infração sem lhe colorir o núcleo, mas é, como assinala SANTORO, (40) um fator de ajuizamento da probabilidade de que o agente volte a praticar novos crimes. Esse juízo deduz-se não somente dos precedentes do infrator, dos motivos e das modalidades do fato, como também da gravidade do delito.

A circunstância pode funcionar, e funciona realmente, como significativo índice revelador da existência de periculosidade, mas nem por isso esta deixa diluir no âmbito daquela. Como pondera SANTORO, sendo o delito um coeficiente de avaliação da periculosidade de seu autor, conceber essa periculosidade como circunstância do fato, significaria assumir a infração, de certo modo, o papel de circunstância de si mesma, o que parece absurdo.

#### PERICULOSIDADE JURIS ET DE JURE E PERICULOSIDADE JURIS TANTUM

22. No Código de 1940, o instituto em referência mereceu tratamento diverso do que lhe consagra o estatuto de 1969.

Naquele, a periculosidade, do ponto de vista de sua evidência, se biparte em absoluta e relativa; a primeira é *juris et de jure*, assentando em presunção legal; a segunda é *juris tantum*, comportando verificação do juiz.

Da primeira ocupa-se o art. 78 do referido diploma de 1940 ao qualificar de perigosos:

1) os irresponsáveis (ou inimputáveis);

1) os semi-responsáveis;

(40) ARTURO SANTORO, “Circostanze del Reato”, 2.ª ed., pág. 33. Observa esse escritor, em outro passo, que as circunstâncias podem mostrar a correlação existente entre delito e periculosidade, ligame tomado mais evidente pelo fenômeno de transformação de uma determinada circunstância em qualificação do sujeito, qual delinqüente perigoso — pág. 299.

- 3) os habituados ao uso imoderado de bebida alcoólica ou substância de efeitos análogos, quando condenados por crime cometido em estado dessa embriaguez;
- 4) os reincidentes em crime doloso;
- 5) os participantes de associação, bando ou quadrilha de malfeitores, condenados por crime daí resultante.

Da segunda modalidade (de estado perigoso por presunção relativa) trata o art. 77 do mesmo Código de 1940, quando declara que “deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”. Trata-se aí de presunção não absoluta, porque dependente de um juízo de prognose, conjectural.

Divergindo do estatuto anterior, o de 1969 desconhece — sem a existência prévia de crime —, a chamada periculosidade *juris et de jure*, pois não lhe presume a ocorrência. Vai ao ponto de considerar “nenhuma” a periculosidade, em determinadas situações em que o fato punível é exteriorizado, desde que o agente seja primário (arts. 37, § 3º, 38, § 3º, e 40). E bastará para esse reconhecimento negativo que o exame dos elementos e das circunstâncias catalogadas no *caput* do art. 52 evidencie a desnecessidade do emprego de medidas reeducativas.

A posição da novel Carta Penal brasileira não é passível de censura, visto não ser razoável a presunção de periculosidade apenas calcada no pressuposto puro e simples de uma infração punível. Esta não é, fatalmente, indício de estado perigoso, a prescindir de verificação pericial.

A infração penal em si não é componente da periculosidade, no sentido de que a existência desta dependa do *fiat* incondicionado daquela ou surja de suas entranhas.

Somente no seio da corrente positivista mais radical seria admissível a concepção de que o ilícito penal é sintomaticamente constitutivo de periculosidade.

**Todo criminoso é perigoso pelo simples fato de ser criminoso** — seria o pregão desse radicalismo positivista. Tal concepção peca, todavia, por seu caráter absoluto. Recusando-a, a corrente moderada da Escola Criminológica acolhe o reconhecimento da existência de infrações que não projetam o “baldão” de perigosos em seus autores.

Por igual, a periculosidade não se inclui entre os elementos constitutivos ou característicos da infração. Do contrário, a inexistência de periculosidade no agente desfiguraria o fato punível. Ao derredor deste, “ornamentando-o”, “colorindo-o”, gravita o estado perigoso, exarcedando por assim dizer função integradora do conceito de nocividade ou inadaptação social, correlacionada com a personalidade e o modo de atuar do delinqüente.

A infração penal completa-se com outros requisitos, o que explica a ausência nela do estado perigoso do agente, naquelas hipóteses previstas na novel lei penal brasileira, nos citados arts. 37, § 3º, 38, § 3º, e 40.

A periculosidade não está no crime; está no agente, ou melhor, no homem que age ou se omite, no tipo humano que o autor representa<sup>(41)</sup>. Eis porque pode haver crime sem periculosidade, por ser esta qualificação pessoal do homem, como também pode ocorrer periculosidade independentemente da existência de crime.

Desconhecendo a ocorrência de estado perigoso que não tenha a infração como pressuposto, o estatuto de 1969 atém-se à periculosidade **criminal**. Não acolhe a **pré-criminal** nem a **paracriminal**, de que falaremos mais adiante.

Ainda assim, o legislador de 1969 só reconhece estado perigoso declarado em exame técnico. Logo, o seu sistema não oferece ingresso à presunção absoluta, **juris et de jure** <sup>(42)</sup> dessa qualificação pessoal do homem delinqüente, salvo nos casos excepcionais de habitualidade e tendência a delinqüir (art. 52, § 1º, **b e c**).

Prevalece como regra geral a presunção **juris tantum** do estado perigoso.

### PERICULOSIDADE SOCIAL E PERICULOSIDADE CRIMINAL

**23.** Nos dias atuais, entremeados de violência ou de atos temerários a ela tendentes, é aceitável, mais do que já o era nos primórdios do século, um diagnóstico de periculosidade desvinculado de antecedente nitidamente criminal; logo, um diagnóstico da chamada **periculosidade social**, gênero das duas espécies — a **periculosidade pré-criminal** (dita também “ante delictum”, pré-delituosa, pré-delitual etc.) e a **periculosidade paracriminal** <sup>(43)</sup> (dita também extra-criminal, extra-delituosa, extra-delitual etc.).

Basta para configurar-se a primeira que o homem assuma posição virtualmente pré-criminosa; em outras palavras: que **se aproxime** da zona limítrofe da delinqüência e passe a operar nessa faixa de aquartelamento dos desajustados e anti-sociais, isto é, da proteiforme clientela dos patologicamente predispostos à criminalidade. E aí teremos o retrato de corpo inteiro do perigoso **pré-criminal**.

Ou é suficiente, para caracterizar-se a segunda espécie de periculosidade social, que o agente, progredindo no seu roteiro de conduta reprovável, **vá localizar-se** na fronteira da delinqüência e, porque não a tenha adentrado, atraia para si a imputação de autoria de um **quase-crime**. Eis aí o perigoso **paracriminal**.

(41) Ou como bem salienta MAURACH: “Das Gefährlichkeitsurteil besagt lediglich, dass dem Täter — richtiger: dem in Täter repräsentierten Menschentyp — die Begehung weiterer Straftaten zuzutrauen ist” (O julzo de periculosidade significa exclusivamente que é de se presumir no autor — mais precisamente: no tipo humano representado pelo autor —, o cometimento de futuros fatos puníveis) — “Deutsches Strafrecht”, 2.ª ed., 1/44.

(42) Diz a Exposição de Motivos do Código, em seu n.º 34: “Não haverá também qualquer presunção de periculosidade”.

(43) Não localizamos ainda o emprego do adjetivo “paracriminal” na bibliografia criminológica. Utilizamos-lo contudo de preferência ao aventado por VINCENZO CAVALLO (que escolhe o vocábulo “extra-criminal” ou “extra-delitual”), porque este não exprime com mais propriedade e melhor exatidão terminológica o conceito que pretendemos enfatizar, condensado na palavra paracriminal.

Trazendo à colação o Código italiano de 1930, que tanto abeberou a legislação penal brasileira de 1940, apuramos que ali o conceito de periculosidade social destoa do que apregoamos nestas linhas.

Em verdade, o diploma peninsular promove a periculosidade social a gênero das espécies "periculosidade criminal" e "periculosidade paracriminal" (esta última para os casos de infração suposta erroneamente e de infração impossível, art. 49; e para os casos de instigação e de acordo para cometer infração, se esta não se realiza, art. 115).

Com esse significado, a periculosidade **social**, no Código itálico, assume a posição de tronco das duas linhagens de periculosidade **criminal** e **paracriminal**.

Com efeito, o seu art. 203 considera socialmente perigoso tanto o que haja cometido infração penal (ainda que não imputável ou não punível), quanto o que praticou um fato ilícito não punível. Isto, bem se entenda, quando seja provável, num e noutro caso, o risco de vir o "perigoso" a praticar outros fatos sujeitos a punição.

24. A restrição operada no estatuto de 1969, na latitude do estado perigoso, da qual excluiu tanto a versão pré-criminal quanto a paracriminal, não será plausível num diploma que se ufane de instrumento mais apercebido do exercício da defesa social.

Não desconhecemos os riscos da inserção, num estatuto penal, das regras de profilaxia da chamada periculosidade social. A pretexto de exercê-la, o direito individual de liberdade é passível de restrições e sacrifícios, conforme bem adverte GRISPIGNI, no seu lúcido estudo a respeito da **personalidade e do valor sintomático do crime** ("Scuola Positiva" cit., 1955, pág. 266).

Diz o grande penalista que é precisamente sobre a base da doutrina do valor sintomático da infração penal, que ele se tem oposto a admitir que providências coercitivas possam ser aplicadas, sob color de uma periculosidade **ante delictum**. Por isso, há sempre exigido a existência do fato punível como condição imprescindível de toda providência restritiva dos bens jurídicos do cidadão<sup>(44)</sup>.

É indisputável que o mais certo e idôneo sintoma de periculosidade é o crime realizado. Nele se cristalizam todas as nuances que dão colorido à temibilidade do agente, na revelação policromática de sua associabilidade, como se cada elemento identificador do seu **status** assumisse tonalidade diversa, coadunante com sua peculiaridade nociva ou danosa, a ressumbrar de cada item qualificativo da lei. Em outras palavras, poder-se-ia ver em cada enunciado dos elementos legais que enfocam a manifestação da periculosidade um matiz diferente, compondo o espectro de tão sombria qualificação subjetiva do delinqüente.

(44) SALGADO MARTINS é decididamente infenso à admissão da periculosidade pré-delitual, ao afirmar que "sua aplicação constitui séria ameaça à segurança dos direitos individuais. Dificilmente seria controlável o arbítrio das autoridades, quanto ao reconhecimento do estado perigoso. Injustiças inúmeras seriam perpetradas, sem um compensador benefício para a defesa social" ("Direito Penal", 1974, pág. 425).

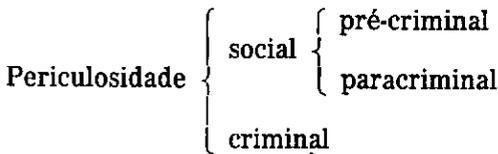
25. Conquanto reconheçamos que o estado perigoso se exprime com mais propriedade na configuração do crime acontecido, não recusamos num sistema penal menos **retributivista** e mais **defensivista** a intercalação da periculosidade social, nas suas manifestações de periculosidade **pré-criminal** e **paracriminal**.

Dessa omissão, como já vimos, se ressentiu o diploma de 1969, preocupado em apenas construir a arquitetura da periculosidade criminal (também denominada pós-criminal, pós-delitual, pós-delituosa e expressões quejandas).

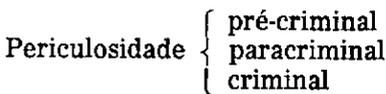
26. É certo que a periculosidade criminal não se descarta do que dizemos ser "periculosidade social", se dermos latitude ampla a esta locução. (45)

Mas, em sentido estrito, próprio, a periculosidade social se restringe a gênero das periculosidades ainda não comprometidas com a violação da lei penal, com a justiça repressiva. Por isso ela se contém melhor na faixa da justiça preventiva.

O seguinte esquema exprime, a nosso juízo, a realidade criminológica:



Podemos, entretanto, abstrair o primeiro elemento da dicotomia em que se divide a periculosidade, porque virtualmente — o social — subsiste substancialmente na arquitetura conceitual desse instituto. E com essa operação, em que se suprime no quadro a referência ostensiva ao estado perigoso SOCIAL (porque ele sobrevive nos seus dois aspectos, o **pré-criminal** e o **paracriminal**), temos esta pauta, na ordem crescente de manifestações isócronas de tal estado com o delito:



Deve ser orientado para essa divisão tricotômica o estudo das espécies de estado perigoso, considerado o momento de sua revelação histórica em face do fenômeno criminal, que será a pedra de toque desse relacionamento temporal.

### CARACTERES DA PERICULOSIDADE

27. Não há uniformidade de opiniões em torno dos caracteres apresentados pela periculosidade.

Eles podem condensar-se na seguinte tetratomia:

1) A periculosidade é **status**, ou seja, um modo de ser, no qual não interfere o mecanismo da vontade. Poder-se-á dizer que é criminoso quem

(45) Ver a respeito substancioso estudo do positivista MARIO DONDINA, no "Dicionário di Criminologia", de Florian, Niceforo e Pende, v. II, pág. 678.

o quer; mas não se dirá que é perigoso quem o quer. A periculosidade compreende um conjunto de condições individuais que influem no dinamismo da conduta.

Não se diga que é ela, a periculosidade, que **opera** por si. A dinâmica da conduta, sim, é acionada pelos condicionamentos anti-sociais de natureza estática mergulhados no subjetivismo do indivíduo "perigoso". Por assim dizer, este é, a um só tempo, o depositário de tendências criminógenas e o instrumento de sua futura exteriorização.

Não está propriamente no agir, no atuar, o estado perigoso. Reside ele na potencialidade de agir, de atuar, propiciada pelo **status**, pelo complexo das condições individuais estabilizadas.

Não queremos admitir, com as considerações aqui expendidas, que as sedimentações de natureza anti-social que alicerçam o estado perigoso sejam perenes ou indissolúveis. Elas são suscetíveis de redução e dissolução, como deflue, **verbi gratia**, do art. 38, § 4º, do novo Código brasileiro.

2) A periculosidade é qualificação pessoal do **homem** delinqüente e não da infração. Como aceitamos a existência também do estado perigoso independentemente da existência da infração ou quase-infração, nos casos de periculosidade pré-delituosa (ver adiante, nº 30), preferiríamos aqui aludir ao **homem** e não ao delinqüente ou autor de infração penal. Este se compreende naquele, mas não é exato o inverso, porque nem todo homem é criminoso embora já seja perigoso (nos casos da chamada criminalidade individual latente ou potencial).

3) A periculosidade é **prognose**. Prediz, com elementos de probabilidade, a ocorrência futura de ilicitude penal. Nessa indigitação, realiza ela função preventiva, projetando-se como prenúncio do mal **in fieri**. Refere-se ao futuro em razão do passado, do fato já acontecido, das manifestações já eclodidas e que compõem o **status**.

4) A periculosidade é **graduável**. Os índices de maior ou menor periculosidade saturam alguns estatutos penais, sendo objeto de minuciosa exposição da doutrina penal. Revelam a maior ou menor intensidade de rebeldia anti-social, de egoísmo, de insensibilidade do indivíduo nas suas relações de convivência.

### INFRATORES NÃO PERIGOSOS

**28.** É, a nosso juízo, excessiva a concepção de que a periculosidade exsuda de qualquer ato punível. Este seria, assim, de valor sintomático para a prognose de futuras infrações.

Não se pode obscurecer que a prática do primeiro fato manifesta reduzido poder de contenção da ameaça da pena.

Tem-se dito, e é verdadeira a assertiva de cunho psicológico, que a primeira ação realizada abre caminho ao organismo psico-físico à sua reno-

vação ou repetição, com mais fácil afastamento dos obstáculos ou resistências iniciais.

Todavia, há infrações que não revelam periculosidade em seu autor, a menos que a conceituação de estado perigoso gire em torno da mera e simples existência do fato punível, sem outra indagação de ordem subjetiva, que se aprofunde na diagnose da anti-socialidade do agente.

Se esse estado perigoso se afere da probabilidade ou da capacidade de alguém voltar a infringir a lei penal, essa aferição se obtém da análise da potencialidade anti-social, que o indivíduo patenteia através de criterioso levantamento de sua personalidade global, ou seja, de seu temperamento e caráter, de suas tendências, de seus antecedentes familiares, profissionais e sociais, de todo o contexto de sua reconstituição psico-social.

Ora, se não basta — e não deve bastar —, qualquer infração já praticada para valer de etiqueta de estado perigoso, é imprescindível que a ela se agreguem outros dados. E estes serão fornecidos por fatos que se entrossem na própria dinâmica do malefício, ou saturem as fases ou etapas que a antecipam, ou se reúnam à sua execução ou consumação. E tudo projetando e definindo a anti-socialidade do agente.

Somente assim, com a coexistência de elementos que “adornem”, em termos de indefectível inadaptação associativa, a personalidade do delinqüente, pode ser afirmada sua periculosidade.

Por isso, não é fantasiosa a conclusão de que existem perigosos não infratores e infratores não perigosos<sup>(46)</sup>, ao lado de infratores perigosos.

Excluindo a segunda categoria (a dos infratores não perigosos), que não interessa a este trabalho, das outras se tratará adiante com mais detença.

### ESPÉCIES DE PERICULOSIDADE

29. O problema das espécies de periculosidade deve ser orientado, conforme já assinalamos em páginas atrás, para solução tricotômica, a saber — periculosidade 1) **pré-criminal**, 2) **paracriminal**, 3) **criminal**.

VINCENZO CAVALLO<sup>(47)</sup>, numa visão realística e não se atendo ao sentido técnico, que às vezes reflete algo de artificial, também distingue o estado perigoso em três espécies de manifestações temporais, tomando como ponto de referência a infração penal. A visão tridimensional da periculosidade é, a nosso aviso, a que mais se ajusta à realidade naturalista-criminológica, ainda que não acolhida contextualmente por qualquer dos estatutos penais que temos ao nosso alcance. Se o conjunto dessas três espécies ainda não logrou ingresso no corpo de determinado código, a verdade é que elas pompeiam parcialmente nos ordenamentos legislativos de diversos países.

(46) GRISPIGNI escreve: “Pode bem dar-se o caso de ser uma pessoa autora de infração, mas não ser perigosa” — “Introduzione Alla Sociologia Criminale”, pág. 152.

(47) VINCENZO CAVALLO, “Diritto Penale”, 1955, v. 2/880.

Passemos a examiná-las.

30. 1) periculosidade **pré-criminal**. A esta se amolda a denominação de "periculosidade social", empregada em sentido extenso como rubrica do art. 203 do Código Penal italiano.

Este estatuto não se limitou a dar sentido especial, autônomo, a cada um dos dois sinônimos (capacidade a delinquir e periculosidade criminal) que representam a militante inclinação para o crime. Alterou o sentido da "periculosidade social", deturpando a concepção de seus elaboradores, os positivistas<sup>(48)</sup>, que sempre a entenderam restrita ao conceito de prognose pura, do **príus** que se destaca do comportamento desajustado e arriscado do indivíduo para vaticinar futura infração sua. E nessa ampliação de delineamento da referida "periculosidade social", o diploma peninsular também fez subsumir a noção da periculosidade criminal ou pós-criminal.

A periculosidade pré-criminal patenteia-se independentemente da ocorrência de prévio delito, segundo o seu próprio enunciado. Reflete um estado de inequívoca temibilidade da pessoa, à vista de sua desajustada conduta individual, familiar e social, decorrente de predisposição patológica, congênita ou adquirida, comprometedora dos motivos de inibição e estimulante da proclividade ao crime. Tal estado tem repercussão no ambiente social, e o direito — todos o sabem —, atua em função do social.

Por isso, caracterizada que seja a periculosidade pré-criminal, cabe-lhe suportar, como imperativo de segurança social, a providência compatível (a medida de segurança).<sup>(49)</sup>

O Código de Defesa Social de Cuba, de 1936, acolhe a categoria de estado perigoso pré-criminal no art. 48, letra **b**, parte primeira, e letra **c**. A declaração dessa espécie de periculosidade tem como fundamento qualquer dos dezesseis índices que o mesmo estatuto relaciona com as respectivas conotações objetivas e subjetivas, incluindo a embriaguez, a narcomania, o jogo, a vagabundagem e a mendicância, quando habituais, o "matonismo" (isto é, o **machismo** ou fanfarronismo atemorizador) e a exploração ou o exercício de vícios moralmente reprováveis.

**Equivalentes do delito** é a locução com que CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS<sup>(50)</sup> tacha essa criptocriminalidade que aninha os aspirantes à transgressão da lei penal.

(48) ENRICO FERRI: "Bisogna distinguere da pericolosità sociale (ante delictum) dalla pericolosità criminale (post delictum) come vedremo...", "Principii", cit., pág. 138. Mais adiante ensina o egrégio mestre: "Para a defesa preventiva há uma genérica periculosidade social; para a defesa repressiva há uma específica periculosidade criminal", pág. 295.

— Precisa distinguir a periculosidade social de um indivíduo, a qual diz respeito à polícia de segurança e pode ser independente de ter ele cometido um delito. Um homem pode ser socialmente perigoso também se não cometeu uma infração. Vice-versa, do ponto de vista da justiça penal, há a periculosidade criminal, que não se verifica senão depois de acontecido o delito, FERRI, "Studi Sulla Criminalità", pág. 815.

(49) ENRICO ALTAVILLA não lhe é propício e diz "che solo la commissione del reato ci dà la sicurezza di una diagnosi di pericolosità criminale". — "Teoria Soggettiva del Reato", pág. 86. — R. SALEILLES, na "Individualisation de la Peine", 2.ª ed., págs. 112-113, contesta a legitimidade de qualquer medida sancionatória contra quem ainda não haja delinquido. Escreve ele longas considerações acerca do assunto, aludindo aos "criminels sans criminalité, auteurs de crime sans être criminels (...) c'est le cas où il y a criminalité naturelle sans qu'il y ait encore de criminalité juridique; criminalité interne existante et prouvée sans qu'il y ait eu déjà phénomène de criminalité".

(50) QUIRÓS, "Criminologia", 2.ª ed., México, págs. 168 e segs.

A periculosidade pré-delitual atrai sobre si a contrapartida da defesa social **preventiva**, que de **jure constituendo** poderá ser exercida pela autoridade policial por delegação da autoridade judiciária.

Em seu "Nuevo Derecho Penal" (Madrid, 1929), LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA emite considerações, que não merecem a pecha de extravagantes ou nubívagas, acerca do estado perigoso anterior ao delito.

O mestre espanhol destaca que a luta contra a delinquência pode empreender-se em dois momentos: antes e depois do delito. Todo o centro de gravidade do moderno Direito Penal recai sobre a periculosidade, que pode manifestar-se pelo crime ou por atos não catalogados como infrações, porém que descobrem no sujeito a "perversidade constante e ativa" de que falou GAROFALO ao lançar ao mundo sua fórmula da **temibilidade**. Propõe, então, ASÚA que se elaborem dois Códigos distintos: o destinado à periculosidade delitual, que se designaria com o título de **Código Sancionador**, e o que conterà os preceitos reguladores do estado perigoso sem delito, chamado **Código Preventivo**. Mais adiante acrescenta ter eligido esmeradamente a nomenclatura destes Códigos que postula. Denomina o primeiro de **Sancionador**, invés de **Penal** ou **Repressivo**, para afugentar, inclusive no título, toda idéia de retribuição. À segunda destas leis dá a nomenclatura de **Código Preventivo** (ao invés de **Assegurador**, como propunha BELING) porque é patrimônio de todas as leis penais assegurar a defesa dos membros do país. Com o vocábulo **prevenção** se expressam mais claramente as funções profiláticas desse novo corpo legal, cuja área de vigência deve circunscrever-se à periculosidade revelada por atos anti-sociais, desordenados e suspeitos, porém não francamente puníveis. <sup>(51)</sup>

31. 2) periculosidade **paracriminal**. Há pontos de aproximação entre a periculosidade **pré-criminal**, já examinada, e a **paracriminal** de que tratamos neste tópico. Ambas são espécies de estado perigoso que não deflui de fato punível.

Na primeira, como já vimos, só existe o que se poderia chamar de criminalidade larvada, potencial ou latente, resultante de conduta que ameaça desaguar inequivocamente no estuário do delito; conduta tão inflada de motivações anti-sociais que se evidencia perigosa à segurança de terceiros.

Na segunda, registra-se um **passo além** dado pelo homem. O **iter criminis** chegou a ser trilhado, sem atingir contudo a área da infração punível. Cingiu-se o agente, porque não lhe foi dado ir adiante, aos prelúdios do ritual criminoso, ou atingiu a fase de execução, mas execução inidônea do crime. Ou melhor: realizou tão-somente a versão do "crime impossível", do "quase-delito", de que servem de exemplo as seguintes hipóteses: o agente furta uma bolsa velha recheada de papéis sem valor, mas vazia de dinheiro ou documentos; o agente, com um revólver "municidado" de cápsulas deflagradas, alveja, **ne candi animo**, um desafeto; o agente atira sobre um leito vazio supondo nele deitado um desafeto; supondo-se por engano grávida,

(51) ASÚA, obra cit., págs. 102-103. É de conferir também: PIERRE BOUZAT, "Traité de Droit Pénal", 1951, pág. 249.

uma mulher ingere um abortivo que só lhe provoca cólicas; estando grávida, a mulher tenta abortar ingerindo poção inócua.

É de acentuar entretanto que o simples fato de cometer um “crime impossível” ou um “quase-crime” não conduz ao reconhecimento de estado perigoso, como também não o faz supor a prática de um crime.

Em qualquer das hipóteses, há de resumir do comportamento do agente a sintomatologia de sua periculosidade.

**32.** 3) periculosidade **criminal**. Já foi dito que diversos sinônimos se empregam para denominar a “perigosidade criminal”. Ela sobrevive à infração cometida como probabilidade de que o agente venha a praticar outras.

Essa terceira espécie de estado perigoso encontra acolhimento pacífico na moderna legislação penal, compreendida também a brasileira, nos Códigos de 1940 (art. 77, segunda hipótese)<sup>(52)</sup> e 1969 (art. 52 e § 1º).

No sistema de 1940, a periculosidade tem a sua contrapartida na aplicação das medidas de segurança. Por isso, em se tratando de perigosos imputáveis ou semi-imputáveis, sujeitos portanto a condenação penal, cumprida que seja ela, passa-se à aplicação da medida de segurança já imposta na sentença (art. 82).

No sistema do estatuto de 1969, somente os inimputáveis, quando perigosos, são submetidos a regime de medidas de segurança. Não o sendo, estarão imunes de qualquer sanção, visto que a pena não lhes é ajustável. Os imputáveis, em o novo Código, se forem perigosos, não se sujeitam ao império das medidas de segurança, mas exclusivamente ao das penas, cuja função se aprimora em individualizada ação educativa, pedagógica, visando à recuperação social do homem criminoso. Relativamente aos semi-imputáveis, carentes de tratamento especial curativo, poderá a pena privativa de liberdade, a que estão sujeitos, ser sub-rogada por medida de segurança de internamento em casa de cura.

**33.** Salvaguardados os indeclináveis direitos de liberdade do homem, entendemos que os superiores reclamos de defesa da sociedade justificam a imposição de medidas cautelares e pedagógicas — que não podem ser penas —, nos casos de periculosidade pré-delituosa e paradelituosa.

O sistema do estatuto de 1969 não se congrua com essas duas espécies de estado perigoso. Elas, porém, estão-se a manifestar, estuantes, a cada hora, nos episódios que marcam a conturbada vida comunitária. O clima de violência que se espraia nos mais baixos estratos sociais e ascende aos mais elevados é, por assim dizer, fomentado pela periculosidade ainda pré-criminal. Na etiologia desse fenômeno fulgura a “luz vermelha” do estado perigoso, a alertar o poder público contra a inanidade de medidas puramente de vigilância.

(52) Esse dispositivo do estatuto de 1940 como que amplia o perfil do estado perigoso, consagrando-lhe a sobrevivência jurídica por presunção lastreada nos motivos e circunstâncias do crime.

Sem qualquer compromisso ideológico com regimes políticos de força, da esquerda ou da direita, aqui preconizamos de **jure condendo** a revisão do disciplinamento do estado perigoso na legislação brasileira.

A contemplação do "alto da colina", em que às vezes se compraz o **jus scriptum**, do quadro sombrio que envolve a planície da vida social; essa contemplação passiva das manifestações flagrantes de outras espécies de periculosidade, não jungidas a crime anterior, nem condiz com o progresso do Direito Penal, nem corresponde aos interesses da segurança pública.

### PERICULOSIDADE GENÉRICA E ESPECÍFICA

34. A periculosidade é **genérica** — como demonstra GRISPIGNI<sup>(53)</sup> —, como revelação de capacidade indiscriminada de o delinqüente tornar-se autor de qualquer outro tipo de infração penal. Sua "plusvalia" criminal é de tal ordem, que ele é apto a cometer, indeterminadamente, qualquer espécie de delito, discrepando do tipo anterior.

O perigoso, possuidor de tal polivalência de capacidade delitual, ascende ao clímax de sua potencialidade anti-social. É um reincidente ou habitual que prefere a variedade, que é um "volúvel" na programação de suas atividades criminais, demonstrando sua aptidão para cumprir versátil agenda, preordenada ou ocasional, de violações da lei.

Esse delinqüente polítopo, de que MEZGER traça o perfil psicológico em sua "Criminologia", demonstra a capacidade de palmilhar com inalterável desenvoltura — di-lo bem ANIBAL BRUNO<sup>(54)</sup> — "todas as estradas do crime, matando, roubando ou violando com a mesma instintiva brutalidade".

35. É **específica** a periculosidade — conforme o magistério ainda de GRISPIGNI, no trabalho citado —, quando se manifesta como capacidade de cometer, ou prevalentemente ou exclusivamente, determinadas infrações ou classes afins de infrações. É a hipótese de especialização do agente na prática do mesmo tipo de delito, o que cria nele, mercê do fomento de suas potencialidades criminógenas invariáveis na sua projeção exterior, um dispositivo direcional para a repetição ou repetições de idêntico fato punível. Eis aí o delinqüente homótopo — ou seja inclinado para o mesmo pólo de restritas formas delituais, a manifestar sua obsessão perigosa, de reincidência ou habitualidade específica. Nele predominam idênticas reações psicológicas de fixação num determinado e reiterado tipo específico de atividade ilícita.

A periculosidade específica não apresenta o quadro, profundamente alarmante, da periculosidade genérica. Esta, como já se observou, constitui o **nec plus ultra** de capacidade ofensiva de interesses tutelados pelo Estado.

(53) La periculosità criminale, ecc., in "Scuola Positiva", 1920, pág. 107.

(54) A. BRUNO, "Direito Penal", v. I, tomo II, pág. 190.

— Com agudo senso de realidade, a Relação FERRI ao projeto de 1921 frisa, invocando observação de GAROFALO, que quem se especializa na execução de uma só forma de delito (por exemplo: o roubo, o estelionato etc.) pode ser menos perigoso do que quem, com profunda insensibilidade moral, passa do furto ao ferimento, ao incêndio, ao estupro etc. ("Principii" cit., pág. 657.)

## GRAUS DE PERICULOSIDADE

36. A periculosidade é suscetível de graus. E bem se compreende porquê. Esse estado de associalidade, que patenteia a predisposição do indivíduo a detrimenar interesses tutelados penalmente, decorre sobretudo das condições pessoais e da instabilidade bio-psicológica. O valor sintomático do estado perigoso afirma-se em função da gama de itens que formam a componente global da personalidade.

Os estatutos penais, ao se referirem a circunstâncias de maior ou menor periculosidade, preconizam a existência, em que ninguém põe dúvida, de graduação daquela.

Não é talvez pacífica a indicação do elemento ou circunstância responsável pela maior periculosidade do homem delinqüente. Ela poderá ter a sua raiz aprofundada na estrutura viciosa da capacidade de entendimento do indivíduo. Distúrbios mentais, cuja origem mergulha na progênie do perigoso, poderão responder pela exacerbação do estado anti-social. Mas essa origem pode vincular-se a disfunções orgânicas adquiridas, ou relacionar-se com fatores exógenos.

FERRI, no seu famoso Projeto de Código Criminal, art. 20, conceituou que o grau de periculosidade se determina segundo a gravidade e modalidade do fato delituoso, os motivos determinantes e a personalidade do delinqüente.

Dessa síntese extraiu e pormenorizou dezessete circunstâncias reveladoras de maior periculosidade (art. 21) e oito indigitadoras de menor periculosidade (art. 22).

Os diplomas repressivos da Colômbia e de Cuba, ambos de filiação positivista, sulcam as águas do modelo ferriano. O primeiro arrola no seu art. 37, dezesseis índices de maior periculosidade, e no art. 38, doze índices de menor periculosidade. O Código cubano inicia sua graduação pelas circunstâncias de menor periculosidade, no art. 37, com extenso e original elenco de quatorze índices. Das circunstâncias de maior periculosidade, em número de oito, dá notícia o art. 40.

37. Em seus "Principii di Diritto Criminale" (56), FERRI adverte que o estado perigoso contém em si, como conseqüências, de uma parte a maior ou menor **temibilidade**, e de outra parte a maior ou menor adaptabilidade à vida social. E destaca que a avaliação desse estado precisa ter em conta o seu grau, a sua **provável duração** e a sua **tendência**. Sublinha ainda que o grau ou intensidade da periculosidade obedece a ordem decrescente, na quintuplicação classificação dos delinqüentes, do **máximo** na categoria dos criminosos natos, ao **mínimo** na categoria dos criminosos ocasionais.

Dos três critérios gerais mensuradores do estado perigoso (isto é, a **gravidade** e modalidade do delito, os **motivos determinantes** e a **personalidade do agente**), o mestre positivista parte, de acordo com JIMÉNEZ DE ASÚA e LEONE LATTES e em dissenso com FILIPPO GRISPIGNI, do **delito**

(56) "Principii" cit., pág. 306.

— como ponto de referência de importância e valor da periculosidade — ao **clímax** dos motivos determinantes e da personalidade, que é o critério decisivo.

Critério decisivo, sim, porque, embora dê GRISPIGNI relevo ao crime cometido como primeiro e principal critério de periculosidade, no seu valor sintomático, admite<sup>(56)</sup> o laureado discípulo e seguidor de FERRI que a periculosidade é tanto maior quanto maior for a influência dos fatores endógenos. É bem de ver que GRISPIGNI não desassocia o agente do seu agir delituoso, que é, por assim expressar, o homem atuando, projetando-se no seu obrar ilícito.

JOSÉ PECO coloca os **motivos** como ponto culminante da avaliação da maior ou menor periculosidade, salientando sua influência decisiva nessa mensuração, segundo sejam “anti-sociais” (como a cobiça, a luxúria, o ódio), ou “sociais” (como o amor, a honra, a piedade)<sup>(57)</sup>

**38.** O nosso Código de 1940 acolheu, timidamente, o princípio de graduabilidade do estado perigoso, no seu art. 84, § 1º, ao mencionar “o grau de periculosidade do indivíduo”.

O estatuto de 1969 não acompanhou o sistema casuístico dos Projetos FERRI, GÓMEZ-COLL e JOSÉ PECO e dos Códigos colombiano e cubano. Rejeitou, no entanto, a parcimônia do anterior diploma nacional e no art. 52, § 1º, trata dos graus do estado perigoso, em três itens, como se cada um lhe traduzisse a intensidade, em sendo: a) acentuada; b) escassa; c) nenhuma.

Essas três graduações se reduzem a duas — periculosidade **acentuada** e periculosidade **escassa** —, visto como a terceira hipótese deixa de configurar qualquer ocorrência, tênue que seja, de estado perigoso.

Se este é **nenhum** é porque não existe. A desnecessidade do emprego de medidas reeducativas, evidenciada do exame dos elementos e circunstâncias catalogadas na cabeça do art. 52, comprova que o agente não é perigoso. E não o sendo, abeira-se de conceito lapalissiano inserir tal inexistência como grau (negativo?) de periculosidade.

A graduação implica a ocorrência, menor ou maior, em ordem ascendente ou descendente, tal seja a preferência de quem redige a lei, de teor de densidade daquilo que se quer mensurar juridicamente.

Ora, não será menor ou mínima em grau a periculosidade rotulada de **nenhuma**. Ela, como já advertimos, nem existe!

Assim, o novo estatuto brasileiro reconhece a presença em seu arca-bouço da periculosidade **acentuada** e da **escassa**, expressivas, respectivamente, de **malor** e **menor** estado perigoso.

Com efeito, na teoria do Código, “acentuado” estado perigoso expressa o grau superlativo da predisposição delituosa, tanto assim que ele compõe

(56) In “Scuola Positiva”, 1920, pág. 106.

(57) PECO, “Proyecto de Código Penal Argentino”, pág. 139.

o quadro psicológico da habitualidade e da tendência a delinquir, que são reveladoras, por consenso pacífico e universal, de intensiva periculosidade. <sup>(58)</sup>

Na legislação comparada não há uniformidade quanto ao emprego de expressão que traduza o *clímax* do estado perigoso.

Dáí, a preferência de NELSON HUNGRIA ao adjetivo “acentuado”, que equivale a exacerbado, exasperado, intenso ou intensivo etc.

A exasperação do grau de periculosidade se prevê, na roupagem do advérbio “especialmente” no Código peruano, cujos arts. 238 e 239 se reportam a delinquentes **especialmente perigosos** na área dos delitos patrimoniais.

O estatuto suíço, igualmente, reconhece categoria semelhante identificando-a com a locução “autor **particularmente perigoso**, nos arts. 137, nº 2, e 139, nº 2”.

Já se viu que é com a utilização do adjetivo “escassa” que a periculosidade de menor ou mais baixo grau é tratada no diploma de 1969. Coincide com ela a periculosidade **diminuída** (isto é, que tenha **diminuído**, da última parte do § 4º do art. 38).

Resumindo: no que tange a intensidade de estado perigoso, os três itens do art. 52, § 1º, do novo Código exprimem apenas dois graus: a maior periculosidade, que é a **acentuada**, e a menor periculosidade, que é a **escassa**.

#### LIMITES DE PERICULOSIDADE NOS CÓDIGOS DE 1940 E 1969

39. O confronto das posições ocupadas e exercidas pela periculosidade nos Códigos de 1940 e 1969 põe em destaque o dissídio que esse instituto apresenta na economia dos dois estatutos. Os seus limites, traçados com amplitude no primeiro, restringiram-se consideravelmente no segundo.

O regime da periculosidade no diploma de 1969 obedece às seguintes coordenadas:

a) ela tem como pressuposto indefectível a ocorrência de crime ou fato com a qualificação de crime; aquele, praticado por imputável ou semi-imputável; este, por inimputável. É-lhe, pois, estranho conceitualmente qualquer fato tido como revelador de periculosidade paradelituosa a que alude o art. 76, parágrafo único, do Código de 1940. Por isso, como veremos mais adiante, os índices de periculosidade expressos por presunção **juris et de jure** no art. 78 do estatuto anterior não têm nenhuma significação no de 1969. Aqui vale a regra absoluta, indeclinável da verificação do estado perigoso através de perícia criminológica; <sup>(59)</sup>

(58) **Notavelmente perigoso** foi a locução empregada por GALDINO SIQUEIRA no seu Projeto de Código Penal de 1913, no art. 48, para exprimir esse grau de periculosidade que o novel estatuto tacha enfaticamente de “acentuado”.

(59) **Reservados** os casos de habitualidade e tendência a delinquir, em que a periculosidade se presume

b) os imputáveis não recebem em caso algum a contrapartida da medida de segurança detentiva no sistema do novo Código. Neste, a pena é o tipo de sanção também aplicável aos imputáveis perigosos, sob o reconhecimento de que os objetivos a que se propõe a medida de segurança podem e devem ser alcançados através dos estabelecimentos prisionais.

A pena passa, destarte, a sub-rogado da medida de segurança detentiva, no caso de imputabilidade e semi-imputabilidade de agente perigoso. É que ela, a pena privativa da liberdade, na economia do novel diploma, ambiciona o desempenho de segregação tutelar e contemporâneo tratamento curativo-educacional.

Como se vê, a amplitude que o conceito de estado perigoso obteve no Código de 1940 sofreu apreciável restrição no de 1969.

c) não há presunção de periculosidade em o novo estatuto. Ela será aferida, caso por caso, por meio de exame criminológico.<sup>(60)</sup>

Ainda na hipótese de inimputabilidade, haverá necessidade de comprovação pericial do **estado perigoso**. Esta conclusão se extrai de argumento **a contrariis** do art. 92 do mesmo diploma: “Quando o agente é inimputável (art. 31), mas suas condições pessoais e o fato praticado revelam que ele oferece **perigo** à incolumidade alheia, o juiz determinará sua internação em manicômio judiciário.”

Por isso, se as condições pessoais e o fato cometido revelam que o seu autor **não** oferece perigo à incolumidade alheia, não há por que determinar-lhe a internação naquele estabelecimento psiquiátrico.

Difícilmente um insano mental, autor de ilícito penal, deixará de ser perigoso. Nele estuará, enquanto perdure a enfermidade, a probabilidade de novo delito.

No entanto, ainda nessa hipótese bem presumível de periculosidade, o código se aferra ao princípio da comprovação pericial.

A locução “oferece perigo à incolumidade pública”, entalhada no parágrafo 1º do art. 92, vale como perífrase de “periculosidade”, tanto que este é o vocábulo utilizado no parágrafo seguinte, que complementa a matéria do precedente.

Tão importante assunto merecia disciplinamento expresso e sem inferências. Mas o sistema do Código de 1969, inenso a **presunção de periculosidade** (Ver Exposição de Motivos nº 34), afora os casos — já acentuamos —, de habitualidade e tendências a delinqüir, consona com a interpretação **a contrario sensu** do referido art. 92.

#### AFERIÇÃO DA PERICULOSIDADE

40. O sistema penal brasileiro, condensado no estatuto de 1969, dá as coordenadas da verificação da periculosidade na disposição básica (art. 52) de fixação da pena privativa da liberdade.

(60) Ver a nota anterior.

A **gravidade do crime praticado** e a **personalidade do réu** são os dois pólos em torno dos quais o juiz concentra o seu labor de individualização da sanção, tendo em conta:

- a) a intensidade do dolo ou o grau da culpa;
- b) a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano;
- c) os meios empregados;
- d) o modo de execução;
- e) os motivos determinantes;
- f) as circunstâncias de tempo e lugar;
- g) os antecedentes do réu;
- h) a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

Ora, o crime, como qualquer ato produzido pelo homem, não existe como realidade concreta, autônoma ou independente do seu fautor. A única realidade concreta, no fenômeno delituoso, é a **pessoa que atua, que se move ou se omite**, de modo antagônico à lei penal. O delito, por isso, não só não é destacável ou independente da pessoa, mas ele mesmo nada mais é que a própria pessoa em movimento ou imobilidade — violando a norma penal —, a produzir u'a modificação externa<sup>(61)</sup>. Em suma, o delito não se desgarra do homem que realiza tal mudança exterior.

Assim, a **gravidade do crime** e a **personalidade do réu**, binômio a que deve cingir-se a atividade judicial na aplicação da pena, amalgamam-se no agente e integram-se com a reunião dos elementos indicados no citado art. 52 do novel estatuto.

Desses elementos, os dois últimos — que refletem a personalidade moral residual do agente, nos seus antecedentes e na por assim dizer persistência póstuma de seus sentimentos reprováveis, ou sociais —, concernem particularmente ao próprio indivíduo no seu **modus operandi** existencial.

É da aferição desse conjunto de dados pessoais, uns de natureza subjetiva, outros ligados à objetividade do fato, que o juiz profere o seu diagnóstico de periculosidade do delinqüente. Diagnóstico de expressão positiva ou negativa, tal seja o "peso", o valor, o brilho intenso ou evanescente dessa pequena constelação da via láctea do homem criminoso.

41. Não se deu o documento penal de 1969 ao labor de conceituar a periculosidade, definindo-a. Reuniu, todavia, no já mencionado art. 52 a gama de elementos cuja coexistência afirma a sintomatologia, ou melhor, o "quadro nosológico" desse estado anti-social. Aceitou — já foi dito —, a eventualidade da inexistência da periculosidade, ao reputá-la "nenhuma"

(61) Ver a estupenda construção bio-psíquica empreendida por F. GRISPIGNI: "La Personalità e il Valore Sintomatico del Reato", in "Scuola Positiva", 1965, págs. 268-9.

quando o exame conjunto (e não isolado) das parcelas inventariadas no **caput** daquela disposição reitoria evidenciar a desnecessidade do emprego de medidas reeducativas (§ 1º, inciso III).

É de ponderar, entretanto, que a declaração de periculosidade, que a lei defere ao juiz, se condiciona a **exame criminológico** do delinqüente.

Esta formalidade, em princípio privativa da medicina psiquiátrica, estará, a nosso ver, bem preenchida se realizada por junta em que participe também um clínico e um psicólogo. A presença do último corresponde ao valor do desvendamento das atividades e tendências psíquicas do indivíduo, bem como da avaliação da psicogênese do delito. <sup>(62)</sup>

A necessidade de disciplinar não apenas tal providência no futuro estatuto processual penal brasileiro, mas também a aplicação das medidas de segurança — especialmente as relacionadas com a internação em manicômio judiciário ou anexo psiquiátrico —, concorreu, entre outras razões, para o adiamento de vigência do novo Código Penal (Lei nº 6.063, de 27 de junho de 1974).

**42.** O diploma de 1969 abeberou-se nas águas do positivismo criminológico ao assinalar à pena uma função eminentemente pedagógica. Com efeito, a reclusão e a detenção, segundo o ditame do art. 37, devem ser executadas de modo a exercerem sobre o condenado uma individualizada **ação educativa**, no sentido de sua **recuperação social**.

Aí flameja o magistério da escola ferriana.

Assumindo tal posição, numa louvável iniciativa de oferecer combate à criminalidade, pelo conduto da regeneração do delinqüente, o estatuto brasileiro enfileira-se entre os mais evoluídos documentos legislativos da atualidade.

(62) H. VEIGA DE CARVALHO, reportando-se ao art. 52 do novo código, destaca o mérito desse exame criminológico: "Como já ficou dito, o exame pluridimensional do criminoso deve estudar cada peça desse conjunto, a partir de sua estrutura somática; deve ir ao estudo das funções gerais do organismo, com destaque especial do perfil endócrino-ológico; pesquisará as componentes psicológicas, debuxando as várias facetas que se entrosam na psique humana, para que se possa avaliar de modalidade e dos matizes dessa atividade mental; algumas vezes, identificará desvios ou insuficiências dessa atividade intelectual, que podem ir até mesmo ao campo da patologia, incidindo eventualmente num quadro psico-patológico mais ou menos definido; procurará sopesar a estrutura ética da personalidade, sentindo qual o estofa moral de que o delinqüente é forrado, o que assume extrema dificuldade em rastrear, mas que se procura estimar tanto quanto possível, dada a sua sobressaliente importância; anotar-se-á todo o histórico da vida do criminoso, desde a sua infância, a sua escolaridade, a sua atividade familiar, laborativa, lúdica, os companheiros que tem, ou que prefere e procura, indo aos fatores hereditários sempre que possível, a sua sintonia social, os eventuais atritos ou desencontros de que tenha sido protagonista, a sua concepção de como tem vivido e de como gostaria de viver, as suas frustrações ou sucessos, enfim toda a **historiografia** que é, e sempre será, um rico manancial do mais vivo interesse; e, por fim, estudar-se-á o contorno social em que o delinqüente viveu, sabida a influência fundamental da ecologia na gênese da personalidade e nos estímulos que cria à reatividade. Esse exame é, afinal, uma análise que se pretende fazer da pessoa do delinqüente, a fim de, com os elementos assim recolhidos, se obter a síntese da personalidade. É necessário conhecer cada fração, tanto quanto o possamos fazer, para obter a soma que sintetize e globalize a personalidade". — "O Novo Código Penal", págs. 30/31.

— ALMEIDA JUNIOR escreve longo e substancioso estudo sobre a **verificação da periculosidade**, utilizando esse mesmo título, na *Revista dos Tribunais*, v. 249, págs. 3 a 25. É trabalho de fôlego, em que se passa em revista, com segurança, a personalidade individual, familiar e social do delinqüente, sob o aspecto da periculosidade e se preconiza o exame — digamos assim — tridimensional de sua personalidade clínica, psiquiátrica e psicológica.

Eis porque o chamado exame criminológico, para melhor alcançar os seus objetivos de interpretação da personalidade perigosa do agente, deve ser realizado por junta médica composta de um clínico, um psiquiatra e um psicólogo.

A pena privativa da liberdade, no sistema nacional, terá sem dúvida o efeito secundário de "afligir" o condenado com a sua pura e simples segregação. Essa afluência impregna também a essência da medida de segurança detentiva, conforme admite a Exposição de Motivos (nº 16, terceiro tópico) do Ministro da Justiça GAMA E SILVA.

A aflição e a afluência apenas exprimem aqui a idéia do que pode acontecer, o sentimento que se experimenta quando há restrição ou supressão da liberdade individual.

A afluência que impregna a essência da medida de segurança **detentiva**, nas esfumaturas retributivistas que mal se dissimulam no seu quadro de execução; essa afluência é mais um traço comum dos dois institutos, visto que a medida de segurança, afligindo, passa a ter caráter penal. E a pena, recuperando socialmente o condenado, passa a ter caráter de medida de segurança.

Conseqüentemente, o novo papel que a pena passa a desempenhar no sistema brasileiro redonda em aproximar-se dela a medida de segurança, porque possui esta também função reeducativa (art. 94).

Daí, entender-se o atual significado terapêutico da pena em face da periculosidade do agente.

O estatuto de 1940 só utiliza contra o estado perigoso o regime das medidas de segurança. Por isso, se esse **status** avassala o imputável e como é sempre atribuível ao semi-imputável — ambos sujeitos também a pena —, cumprida esta, segue-se a execução do outro referido tipo de sanção contra a periculosidade (Código citado, art. 82, I). Trata-se de aplicação sucessiva, subsequente.

43. Na sistemática do diploma de 1969, a periculosidade é também enfrentada com o emprego da pena.

A medida de segurança detentiva só é utilizável aí quando o agente for:

- a) inimputável (art. 91, § 1º, I e II);
- b) semi-imputável e necessite de **especial** tratamento curativo (art. 93, § 3º), substitutivo da pena.

De conseqüência, o imputável e o semi-imputável cujo tratamento não exija terapia especial, sofisticada, têm na pena a única sanção social imposta contra o seu malefício, com periculosidade ou sem ela.

Teria agido bem, ou agido mal, o legislador de 1969 com essa inovação?

Reputamo-la salutar, produtiva dos mais férteis resultados em tema de repressão penal.

O avizinhamento da pena e da medida de segurança e a sua aplicação optativa nos casos de semi-imputabilidade vale como significativo passo de sua futura unificação.

Outra característica de aproximação da medida de segurança da pena está na **indeterminação** do prazo de ambas. O que era privativo somente da medida de segurança, no regime do estatuto de 1940, transfundiu-se para a pena, no Código de 1969.

Realmente, a pena será indeterminada **em se tratando de criminoso habitual ou por tendência** (art. 64). Por que? Evidentemente porque a habitualidade criminosa e a tendência a delinquir manifestam a existência de **periculosidade** no delinqüente. Essa "periculosidade" irrompe, avassalante, da **acentuada inclinação** para o crime, na habitualidade (art. 64, § 2º, b), ou da **extraordinária torpeza, perversão ou malvadez**, que é o traço irreduzível do criminoso por tendência (art. 64, § 3º).

Nestas duas hipóteses, a periculosidade resulta de expresse argumento textual (art. 52 e § 1º, b e c).

É oportuno, todavia, esclarecer, em tema de persistência de estado perigoso, que a sistemática sancionatória do novo código não é rigorosamente uniforme. Realmente, na medida de segurança detentiva a indeterminação é absoluta. Seu prazo de vigência perdura enquanto persiste a periculosidade do agente. Fixado o mínimo entre um e três anos, a manutenção da medida se prolonga indefinidamente. A menos que intercorrente perícia revele a cessação do estado perigoso (art. 92 e parágrafos).

A pena, entretanto, na prática é relativamente indeterminada, porque o novel estatuto assegura em favor do condenado o limite máximo de dez anos de perduração do despojamento da liberdade (art. 64, § 1º), após cumprida a pena fixada na sentença.

#### CONSEQUÊNCIAS PENAIS DA PERICULOSIDADE

44. Aferida a periculosidade, conforme já se disse, mediante exame criminológico, em que hajam sido sopesados os elementos e circunstâncias referenciados no art. 52, o juiz parte para a chamada fixação da pena. Esta se aplica, bem o sabemos, a delinqüentes imputáveis e semi-imputáveis.

A inimputabilidade do agente não o exime da perícia criminológica de verificação do estado perigoso.

Essa providência desvenda e interpreta as condições pessoais do agente. São elas focalizadas, esmiuçadas, esmerilhadas, e as conclusões afirmam ou negam a ocorrência de periculosidade. Na hipótese positiva, resta submeter o delinqüente <sup>(63)</sup> inimputável ao regime de medida de segurança detentiva, sob o qual se inicia o labor tutelar de restauração de sua saúde mental.

Mas, examinemos o que resulta da aferição da periculosidade, tendo em vista as diversas disposições do Código de 1969, atinentes a esse estado anti-social.

Considerando que o diploma em referência determina ao juiz a declaração do **grau** de periculosidade do agente, na sentença condenatória, seguem-se as seguintes conseqüências:

(63) A palavra "delinqüente" aí se emprega em sentido lato, compreendendo o imputável e o inimputável.

**45.** Será **acentuada** a periculosidade quando o condenado:

- 1) revelar **inclinação para o crime**, inferida dos elementos e circunstâncias catalogadas no **caput** do art. 52 (§ 1º, I, **a**);
- 2) for criminoso habitual (§ 1º, I, **b**);
- 3) for criminoso por tendência (§ 1º, I, **c**).

Não está a salvo de reparos a maneira com que o novo diploma registra o primeiro caso de “acentuada periculosidade”, decorrente de **inclinação para o crime**.

Não estará na essência do estado perigoso essa inclinação? Ou have-lo-á sem tal pendor?

Tanto é certo que a inclinação para o crime traduz periculosidade, e periculosidade acentuada, que o mesmo diploma assim a contempla no § 1º, alínea **a**, do citado art. 52.

E não é só. A habitualidade criminosa exprime exacerbado grau de estado perigoso, que o código consigna no art. 64, § 2º, alínea **b**, com a nomenclatura textual de “acentuada inclinação para o crime”.

Nesses casos de **acentuada** periculosidade:

- a)** o condenado a pena de reclusão ou detenção cumpri-la-á em estabelecimento penal fechado (art. 38, § 1º **b**);
- b)** o condenado com essa qualificação, por ser criminoso habitual ou por tendência, sofrerá a imposição de pena indeterminada, que todavia não excederá a dez anos após o cumprimento da pena que for fixada na sentença (art. 64, § 1º);
- c)** o livramento condicional de criminoso habitual ou por tendência (cujo estado perigoso se considera acentuado, **ex vi** do art. 52, § 1º, I, **b** e **c**) pode ser concedido com as cautelas do art. 75.

**46.** Nos casos de **escassa** periculosidade:

- a)** torna-se facultativa a substituição da pena de reclusão não superior a dois anos pela de detenção, desde que o réu seja primário e tenha realizado, se não houver impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença (art. 37, § 3º);
- b)** o condenado por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção cumprirá a pena em regime de semiliberdade em estabelecimento penal aberto (aí também poderá ser internado, em fase de execução de pena, o condenado cuja periculosidade haja diminuído) art. 38, §§ 3º e 4º;
- d)** a pena de detenção não superior a seis meses pode ser substituída pela de multa, se for primário o condenado e houver ressarcido, se possível, o dano, antes da sentença.

47. Se for semi-imputável o agente e necessite de especial tratamento curativo (art. 31, parágrafo único, combinado com o art. 93), a pena em que estiver incurso na sentença condenatória pode ser substituída por medida de segurança detentiva. Assim, ao invés de reclusão ou detenção, tem o juiz a faculdade de determinar-lhe a internação em estabelecimento psiquiátrico, com objetivo terapêutico.

Se sobrevier a cura, enquanto estiver sub-rogado em internamento o período de condenação penal, pode o agente ser transferido, por ato do juiz, para estabelecimento prisional (art. 93, § 1º). E aí completará o período restante de cumprimento da pena. Se o período de internação, com a superveniência da cura, for suficiente para comportar livramento condicional, este lhe é assegurado (art. 93, § 1º, *in fine*).

Admita-se, porém, a cura do semi-imputável antes de extinto o prazo de sua internação. Sua transferência para o estabelecimento não é obrigatória. Permanecerá, então, no internamento? Não teria sentido essa solução, transformadora do estabelecimento psiquiátrico em casa penal, embora se reconheçam as linhas de semelhança existentes, no código novo, entre medida de segurança e pena.

Haverá, pois, a utilidade dessa remoção, para atalhar a burla de antecipação de liberdade do condenado, quando não lhe couber livramento condicional.

Formule-se outra hipótese: a do vencimento do prazo de condenação do semi-imputável, que se encontre sob regime substitutivo de internação, por motivo de persistência do estado mórbido psíquico, condicionante de sua periculosidade. **Quid inde?** A providência legal está prevista (art. 93, § 2º). A internação passa a ser a **tempo indeterminado** e pautada pelas cautelas ditadas nos §§ 1º e 2º do art. 92.

A idêntica internação para fim curativo, sob essas mesmas normas, ficam submetidos os condenados semi-imputáveis, reconhecidos como ébrios habituais ou toxicômanos (art. 93, § 3º).

48. Bem andou o novel estatuto em facultar o cumprimento da medida de segurança como sub-rogado da pena prisional nos casos de semi-imputabilidade (ou imputabilidade reduzida, ou anomalia psíquica), como preferia dizer HEITOR CARRILHO. Com a sua experiência de diretor de manicômio judiciário, o renomado psiquiatra patricio, na 1ª Conferência Pan-Americana de Criminologia, em 1947, no Rio de Janeiro, pôs em destaque os prejuízos e males que o sistema de cumprimento inicial da pena (seguindo-se-lhe o da medida de segurança) causa às personalidades psicopáticas. Estas, no domínio do Código de 1940, ao invés do tratamento imediato, através da medida de segurança, de cunho curativo e regenerador, ficam sujeitas, em primeiro lugar, ao regime penitenciário, agravador de suas taras e anomalias. <sup>(64)</sup>

Tal inconveniente — ressaltado por HEITOR CARRILHO —, remove-se com a aplicação da medida de segurança, em que a pena se sub-roga, abrindo

(64) H. CARRILHO, in "Anais da Primeira Conferência Pan-Americana de Criminologia", Rio, 1948, v. 1/165.

ao delinqüente caminho para a sua recuperação sanitária e social, se aquela requer especial tratamento. E, ao mesmo tempo, afeiçoando-o a regime educativo e de trabalho, lucrativo ou não, em consonância com as suas condições pessoais.

Poderia o novo diploma ter adotado esse sistema vicariante, tão diferente da Carta repressiva de 1940, numa faixa maior de incidência, objetivando recobrar de suas deficiências o chamado "fronteiriço".

A concepção com que ele apresenta a pena privativa da liberdade, inculcando-lhe também tarefa educativa e recuperadora, levou-o a não ampliar o quadro de aplicação substitutiva das medidas de segurança aos semi-imputáveis, além da hipótese especial do art. 93.

49. Em se tratando de agente inimputável (art. 31), não haverá sentença condenatória <sup>(65)</sup>. Verificando o juiz — pelo resultado de exame criminológico —, ser ele perigoso <sup>(66)</sup>, determina sua internação em manicômio judiciário, impondo-lhe assim u'a medida de segurança pessoal (art. 91, § 1º, I, e 92). A internação decorrente dessa medida é a tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica renovável periodicamente (art. 92, § 2º), a cessação da periculosidade.

Desinternado, sempre condicionalmente, o inimputável, cujo exame conclua afirmando sua inocuidade, será restaurada a situação anterior se ele, antes de decorrido um ano, recair em prática criminosa indicativa da persistência de seu estado perigoso.

\* \* \*

50. A palavra "pena" evoca a idéia de castigo, de retribuição, de justiça (talvez melhor: justicamento), ao passo que a locução "medida de segurança" coincide com o conceito de providência utilitária, de contenção e redução da periculosidade. A última expressão inegavelmente mais se coaduna com o conceito de provimento reeducativo e reintegrador. A palavra **pena**, significando **sofrimento** e **penitência**, suporta, na verdade, uma violência semântica para ajustar-se ao sentido translato que os Códigos modernos artificialmente lhe atribuem, inclusive o brasileiro de 1969.

O resíduo retribucionista que a pena conduz consigo acaso se conciliará com o mister educativo que se lhe pretende enxertar?

Como quer que seja, a lei vale por aquilo que aspira a exprimir em seu texto, pela intenção que o legislador lhe insufla. Ora, o novo Código brasileiro entona na pena um sentido que está a divergir do tradicional, porque lhe confere, a ela, uma função educativa, pedagógica, de readaptação social do delinqüente.

Daí, a consequência de ela adaptar-se ao mister de contrapartida social de combate e neutralização do estado perigoso, em confronto com o infrator imputável ou semi-imputável.

(65) É que a ilicitude do ato, em tal hipótese, se despoja do seu conteúdo subjetivo — a imputabilidade: pressuposto da culpabilidade —, que compõe o fato punível, e sem a qual o agente não pode ser chamado a sofrer pena criminal.

(66) O Código, neste passo, usa o circunlóquio "oferece perigo à incolumidade alheia".