

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Felipe Eduardo Levit Zilberman

**As medidas de segurança em face do princípio constitucional da
dignidade da pessoa humana**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Felipe Eduardo Levit Zilberman

**As medidas de segurança em face do princípio constitucional da
dignidade da pessoa humana**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais Maria Helena e Jacob.

Às minhas irmãs Gisela e Monica.

RESUMO

ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. *As medidas de segurança em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 2009. 200 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui pilar fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dele derivam todos os demais princípios constitucionais. A legitimidade do Direito Penal nele se fundamenta. Daí porque as sanções penais somente se legitimam quando fundadas em incondicional respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, em toda a sua extensão. As medidas de segurança, ao lado das penas, constituem espécies de sanção penal, pelo que têm no princípio em tela seu fundamento de validade. Com base nessa premissa, conclui-se que todos os princípios constitucionais aplicáveis às penas incidem também sobre as medidas de segurança. Contudo, a análise da legislação penal brasileira, no que pertine às medidas de segurança, revela profundo distanciamento entre as disposições legais vigentes e o princípio humanitário. A presente pesquisa analisa essa discrepância, com vistas a propor a necessária adequação do instituto aos limites decorrentes de sua natureza como sanção penal. Dentre os problemas enfrentados, encontra-se o da incompatibilidade entre a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança e a vedação constitucional às penas cruéis e de caráter perpétuo. Entende-se que a proibição à crueldade e à perpetuidade refere-se a todas as sanções penais, abrangendo penas e medidas de segurança. Analisa ainda a necessidade de que haja disciplina legal clara e precisa a respeito dos prazos prescricionais das medidas de segurança, em obediência ao princípio da segurança jurídica, o que não ocorre atualmente. Também questiona o critério inserto no artigo 97 do Código Penal brasileiro para nortear o juiz na escolha do tipo de medida de segurança a ser imposta aos sentenciados. Propõe como único critério válido para a escolha entre internação ou tratamento ambulatorial o médico-pericial. Há que se levar em conta o diagnóstico e a periculosidade do agente. Por fim, sugere, a exemplo do que já existe em relação às penas, a fixação de critérios definidos de individualização das medidas de segurança. O princípio da individualização incide sobre ambas as espécies de sanção penal, notadamente sobre as medidas de segurança. Estas constituem, na essência, um tipo de tratamento, e não há possibilidade de tratamento minimamente eficaz que não seja individualizado.

Palavras-chave: Dignidade humana – Medidas de segurança – Duração – Prescrição – Critérios de aplicação – Individualização.

ABSTRACT

ZILBERMAN, Felipe Eduardo Levit. *The safety measures faced the constitutional principle of human dignity*. 2009. 200 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

The principle of human dignity, enshrined in article 1, III of the Brazilian Constitution, is a fundamental pillar of Brazilian democracy and rule of law. All the other constitutional principles stem from it. The concept of legitimacy in Criminal Law is also grounded on the principle of human dignity. As a result, criminal sanctions are only considered legitimate when soundly rooted in the principle of human dignity in all its extension. The same can be said about the validity of the *medida de segurança* (literally, safety measure, or psychiatric sentence) – also a kind of criminal sanction –, which is also firmly grounded on this principle. Based on this premise, one can conclude that all constitutional principles that apply to criminal sanctions also govern psychiatric sentences. However, when examining Brazilian criminal laws concerning safety measures, a wide gap between the word of the law and the human dignity principle immediately rises to the surface. This study analyzes this existing discrepancy aiming at providing the means for safety measures to be adjusted to fit the boundaries of its nature as a criminal sanction. One of the problems faced is the inconsistency between the indefinite time frame of the safety measure and the constitutional provision prohibiting cruel punishments and life sentences. It understands that the prohibition of cruel punishments and life sentences applies to all criminal sentences and to safety measures. In addition, it investigates the need of clear and precise legal provisions concerning limitation periods for safety measures, in order to comply with the legal security principle; provisions which are non-existing to date. It also questions the criterion adopted by article 97 of the Brazilian Criminal Code to guide the court in selecting the kind of safety measure to be applied to the defendant. It proposes that the only valid criterion to determine whether the defendant be submitted to inpatient or outpatient psychiatric treatment, be medical and expert opinion. Diagnosis and level of danger of a particular criminal must be taken into account. Finally, the study suggests, similarly to what is already done in terms of criminal sentencing, that criteria be defined in order to enable safety measures to be applied to defendants as single individuals. The individuality principle governs both kinds of criminal sanctions, notably safety measures. Seeing that the safety measure is, in essence, a kind of psychiatric treatment, it is impossible to provide effective care without applying individualized treatment.

Keywords: Human dignity – Safety measures – Duration – Limitation period – Sentencing criteria – Individualized treatment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS	
ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA	19
1.1 Introdução.....	19
1.2 Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais	24
1.2.1 Princípio da legalidade	24
1.2.2 Princípio da personalidade	28
1.2.3 Princípio da individualização	30
1.2.4 Princípio da inderrogabilidade	32
1.2.5 Princípio da proporcionalidade	33
1.2.6 Princípio da intervenção mínima	37
1.2.7 Princípio da dignidade da pessoa humana	41
CAPÍTULO 2 – ORIGENS HISTÓRICAS DO INSTITUTO	
E SUA EVOLUÇÃO	53
2.1 A loucura e o Direito Penal.....	53
2.2 Evolução histórica do instituto.....	54
2.3 Anteprojeto de Karl Stooss	63
2.4 A medida de segurança no Direito Comparado	65
2.5 Evolução histórica no Brasil	70
2.5.1 Colônia – As Ordenações do Reino.....	70
2.5.2 Império – O Código Criminal do Império	73
2.5.3 República – O Código Penal da República.....	77
2.5.4 A Consolidação das Leis Penais	79
2.5.5 O Código Penal de 1940 e o sistema do duplo binário.....	81

2.5.6 O Código Penal de 1969.....	88
2.5.7 A reforma penal de 1984 e o sistema vicariante	90

CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DA DURAÇÃO DAS

MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	95
3.1 As medidas de segurança no Código Penal.....	95
3.1.1 Conceito e pressupostos	95
3.1.2 Espécies de medida de segurança no Código Penal brasileiro.....	96
3.1.3 A execução das medidas de segurança.....	98
3.2 O conceito de periculosidade e sua evolução histórica.....	100
3.3 A indeterminação do prazo de duração e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.....	102
3.4 Sugestão de limites mínimos e máximos para as medidas de segurança....	117

CAPÍTULO 4 – OS PRAZOS PRESCRICIONAIS DAS

MEDIDAS DE SEGURANÇA.....	125
4.1 A prescrição como causa extintiva da punibilidade.....	125
4.2 Conceito de prescrição e seus fundamentos.....	127
4.3 A prescrição das medidas de segurança: correntes doutrinárias e tendências jurisprudenciais.....	129
4.4 Sugestões para a disciplina da prescrição das medidas de segurança no Código Penal brasileiro	138

CAPÍTULO 5 – CRÍTICA AO CRITÉRIO LEGAL DE APLICAÇÃO DAS

MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL.....	141
5.1 Classificação das medidas de segurança	141
5.2 Medidas de segurança pessoais	142
5.2.1 Medidas de segurança pessoais detentivas ou privativas.....	142
5.2.2 Medidas de segurança restritivas.....	144

5.3 O equívoco do critério eleito para aplicação das medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: o artigo 97 do Código Penal	146
---	-----

CAPÍTULO 6 – AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO	159
6.1 O princípio da individualização	159
6.2 A disciplina legal das medidas de segurança e o princípio da individualização.....	162
6.3 Propostas para a humanização e individualização do tratamento: diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança	164
CONCLUSÕES.....	181
REFERÊNCIAS	185

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui verdadeira viga mestra de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Dele derivam todos os demais princípios constitucionais implícitos e explícitos. O Direito Penal nele se funda e sua legitimidade dele decorre.

As sanções penais, como respostas estatais às práticas delitivas, somente se legitimam quando baseadas em incondicional respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. As medidas de segurança, ao lado das penas, constituem espécies de sanções penais e têm no princípio de humanidade seu fundamento de validade. O princípio da dignidade da pessoa humana rege, portanto, todas as sanções penais previstas no ordenamento jurídico.

Como corolário do princípio humanitário, encontra-se a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, das penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII, da CF), bem como a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art.5º, III, da CF).

Com base nessas premissas, forçoso reconhecer-se que todos os princípios constitucionais aplicáveis às penas incidem também sobre as medidas de segurança.

Contudo, a análise do ordenamento positivo penal brasileiro, no que toca às medidas de segurança, revela profundo distanciamento entre as disposições legais e os postulados constitucionais decorrentes do princípio humanitário.

Há, pois, longo caminho a ser percorrido na obtenção do respeito ao princípio de humanidade nesse campo, parte desse desafio se dando no plano legislativo.

O trabalho limita-se à análise crítica do ordenamento jurídico brasileiro no tocante às medidas de segurança. Pretende demonstrar o distanciamento acima referido entre as disposições legais atinentes à matéria e o princípio humanitário, incluindo todas as regras de dignidade humana dele decorrentes.

Compreende a apresentação de sugestões no sentido de adequar as disposições legais atinentes às medidas de segurança aos princípios constitucionais que fundamentam e legitimam o Direito Penal.

O problema central enfrentado é o da incompatibilidade existente entre a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança e a proibição constitucional às penas cruéis e de caráter perpétuo.

Há que se indagar: A indeterminação do prazo das medidas de segurança ofende a proibição constitucional às penas cruéis e de caráter perpétuo?

Pretende-se demonstrar ser inconcebível possa a Constituição proibir a existência de penas perpétuas e cruéis e, ao mesmo tempo, admitir a previsão legal de medida de segurança detentiva por prazo indeterminado.

Entende-se que as vedações constitucionais referentes às penas, incluindo a proibição à crueldade e à perpetuidade, referem-se a toda e qualquer forma de sanção penal, abrangendo penas e medidas de segurança. Esse o problema central identificado.

Três outras questões também merecem enfrentamento.

A primeira delas diz respeito à ausência de disciplina legislativa adequada no tocante ao prazo prescricional das medidas de segurança, sobretudo em função da excepcionalidade dos casos de imprescritibilidade constitucionalmente previstos.

Considerando o fato de que somente os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático submetem-se à regra constitucional da imprescritibilidade (art. 5º, incs. XLII e XLIV, da CF), indaga-se: Em qual prazo prescrevem as medidas de segurança?

A segunda questão cuida de analisar o equívoco do critério eleito pelo legislador na previsão das espécies de medida de segurança a serem impostas aos inimputáveis (art. 97 do CP).

Procura-se resposta à seguinte indagação: O critério legal de vincular-se a imposição da medida de segurança de internação aos autores de crimes apenados com reclusão e a de tratamento ambulatorial aos que cometeram delitos apenados com detenção se legitima em função dos fundamentos e finalidades dessa espécie de sanção penal?

A conclusão é de que o único critério válido para nortear o juiz na escolha entre internação ou tratamento ambulatorial é o médico-pericial, nada justificando a opção adotada pelo legislador penal pátrio.

Por fim, há que se analisar a necessidade, a exemplo do que já existe em relação às penas, de critérios claros e definidos de individualização das medidas

de segurança. Temos que a individualização incide sobre as duas formas de sanção penal. Parte-se do pressuposto de que não há tratamento eficaz que não seja individualizado.

Nesse sentido, tem-se como fundamental a necessidade de que o princípio da individualização da pena seja também aplicado às medidas de segurança, notadamente em face do caráter eminentemente preventivo e da finalidade curativa e assistencial dessa modalidade de sanção penal.

O trabalho procura analisar essas questões, apresentando sugestões também para o aperfeiçoamento do sistema legal positivo, no tocante às medidas de segurança, a fim de adequá-lo aos princípios constitucionais que legitimam e fundamentam o Direito Penal.

A imposição de prazo certo e determinado para a medida de segurança, a existência de critério exclusivamente médico-pericial na escolha do tratamento a ser aplicado (internação ou tratamento ambulatorial), a definição de critérios legais claros para a prescrição em face dessas espécies de sanção penal e a necessidade de critérios definidos de individualização do cumprimento dessas sanções são medidas legislativas a serem adotadas como pressupostos mínimos para a humanização do tratamento jurídico dispensado aos internos no país.

A demonstração dessas assertivas constitui o objetivo deste trabalho.

Como decorrência lógica da premissa de que os princípios constitucionais aplicáveis às penas incidem sobre as duas espécies de sanção penal existentes, o trabalho pretende demonstrar a inconstitucionalidade decorrente da indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança em face do

princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo diante da expressa proibição constitucional das penas de caráter perpétuo e cruéis.

Pretende ainda demonstrar que a legitimidade estatal para aplicação e execução das medidas de segurança está sujeita a limites temporais, havendo necessidade de disciplina legislativa clara e precisa no tocante aos prazos prescricionais a que estão submetidas essas espécies de sanção penal.

Outra assertiva a ser demonstrada é a de que, à luz dos princípios fundamentais legitimadores do Direito Penal, o único critério válido a orientar o juiz na escolha entre a imposição de tratamento ambulatorial e internação é o médico-pericial. Nesse sentido, o critério eleito pelo legislador penal brasileiro e consubstanciado no artigo 97 do Código Penal contraria frontalmente os fundamentos e finalidades das medidas de segurança.

Finalmente, impõe-se discorrer sobre o real alcance e abrangência do princípio da individualização da pena. Partindo do pressuposto de que as medidas de segurança têm caráter preventivo e finalidade eminentemente terapêutica, o trabalho pretende demonstrar estarem elas igualmente submetidas ao princípio da individualização.

O trabalho será organizado em capítulos, da seguinte forma:

O primeiro cuidará de analisar os princípios constitucionais pertinentes às penas e às medidas de segurança.

O segundo tratará dos fundamentos e finalidades das medidas de segurança, sob a perspectiva dos princípios referidos, com menção às origens históricas do instituto e sua evolução.

O terceiro capítulo discutirá especificamente o problema da indeterminação dos prazos das medidas de segurança e sua incompatibilidade com os princípios constitucionais que regem a matéria, notadamente o da proibição das penas de caráter perpétuo e cruéis.

O capítulo quarto versará sobre ausência de critérios claros no atual ordenamento jurídico, no que toca à disciplina da prescrição das medidas de segurança e sua incompatibilidade com as exceções constitucionalmente previstas de imprescritibilidade, assim como com os princípios constitucionais antes mencionados (dentre os quais, o da segurança jurídica).

O quinto capítulo será dedicado à análise do critério legal vigente, no que pertine à escolha do tratamento a ser dispensado aos inimputáveis. Pretende demonstrar que o único critério válido é o médico-legal, sendo ilegítima a opção adotada pelo legislador penal no artigo 97 do Código Penal brasileiro.

O sexto e último capítulo tratará da necessidade de efetiva aplicação do princípio da individualização às medidas de segurança, tudo em consonância com os princípios informadores da matéria estudados no início do trabalho.

O método empregado é o da pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias, bem como em repertórios jurisprudenciais.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1.1 Introdução

As penas e as medidas de segurança constituem as duas espécies de sanção penal previstas no ordenamento jurídico brasileiro. No escólio de Heleno Cláudio Fragoso, “não existe diferença ontológica entre pena e medida de segurança. Esta última também é perda de bens jurídicos imposta em virtude da prática de fato que a lei define como crime”.¹

A medida de segurança, como espécie de sanção penal, importa em resposta estatal limitadora de direitos do indivíduo que praticou infração penal. Sua aplicação, portanto, submete-se aos mesmos limites impostos ao poder de punir existentes em relação às penas.

Como bem ressalta Luiz Flávio Gomes, “a Constituição Federal aparentemente só garante os direitos fundamentais dos condenados à pena, até porque não se refere expressamente às medidas de segurança. Mas como são medidas aflitivas, como têm finalidades iguais, como constituem ‘formas de controle social’ com privação ou restrição de direitos fundamentais, não se pode fazer nenhuma distinção: todos os direitos (sobretudo os fundamentais) do condenado valem *ipsis literis* ao que está sujeito às medidas e, obviamente, devem ser respeitados”.²

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 279-280.

² GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 5, p. 18, jan./mar. 1990.

Forçoso reconhecer, pois, a aplicação às medidas de segurança de todos os princípios constitucionais fundamentais atinentes às penas. Nem poderia ser diferente, já que aos inimputáveis ou aos semi-imputáveis são assegurados os mesmos direitos fundamentais e as mesmas garantias constitucionais que aos demais seres humanos considerados imputáveis pelo ordenamento jurídico. Todos enfim encontram-se sob o manto protetor do princípio da humanidade.

A expressão “princípio” é utilizada ao longo do texto com o sentido que lhe empresta Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.³

Roque Antonio Carrazza define princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo”.⁴

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912-913.

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 27.

No tocante ao papel dos princípios consagrados constitucionalmente, Celso Ribeiro Bastos ensina que “princípios constitucionais são aqueles que guardam valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. O reflexo mais imediato disto é o caráter de sistema que os princípios impõem à Constituição. Sem eles a Constituição se pareceria mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma jurídico, do que com um todo sistemático e congruente. Desta forma, por mais que certas normas constitucionais demonstrem estar em contradição, esta aparente contradição deve ser minimizada pela força catalizadora dos princípios. (...) Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico”.⁵

Ensina Roque Antonio Carrazza com propriedade: “Realmente, mesmo sem detenções maiores, nota-se que o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É precisamente sob este imenso

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 143-144.

arcabouço, onde sobrepõem os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas. Evidentemente, os princípios são encontráveis em todos os escalões da ‘pirâmide jurídica’. De fato, há princípios *constitucionais*, *legais* e até *infralegais*. Dentre eles, os constitucionais, sem dúvida alguma, são os mais importantes, já que sobrepõem aos outros princípios e regras (inclusive às contidas na Lei Máxima)”⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, constitui verdadeira viga mestra de todo ordenamento jurídico brasileiro. Dele derivam todos os demais princípios constitucionais implícitos e explícitos.

José Afonso da Silva o define como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (...) Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”⁷.

Essas diretrizes aplicam-se, como não poderia deixar de ser, a todo o ordenamento jurídico e, particularmente, no que toca ao Direito Penal, a toda e qualquer limitação do direito fundamental de liberdade do indivíduo, vale dizer, a toda e qualquer espécie de sanção penal. Daí porque as sanções penais, como respostas estatais às práticas delitivas, somente se legitimam quando baseadas em incondicional respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. As

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 28.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 96.

medidas de segurança, ao lado das penas, constituem espécies de sanções penais e têm no princípio de humanidade seu fundamento de validade. O princípio da dignidade da pessoa humana rege, portanto, todas as sanções penais previstas no ordenamento jurídico.

Há que se ter presente, sobretudo, constituir-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, consoante expressa disposição consagrada no artigo 1º da Constituição Federal.

José Afonso da Silva ensina que “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do artigo 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois, a Constituição aí já o está proclamando e fundando”.⁸

Assim é que todos os princípios constitucionais aplicáveis às penas incidem também sobre as medidas de segurança. A análise desses princípios constitui o objeto deste capítulo.

⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 108-109.

1.2 Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais

1.2.1 Princípio da legalidade

Previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal brasileiro, o princípio da legalidade consagra: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Na síntese de Edgard Magalhães Noronha, “é a garantia suprema do indivíduo contra o *jus puniendi* estatal”.⁹

O enunciado inclui os princípios da reserva legal e anterioridade. Sua função garantista aplica-se também às medidas de segurança. Somente poderá ser aplicada a pena ou medida de segurança que estiver previamente prevista em lei. Como afirma Eduardo Reale Ferrari: “O princípio da legalidade consiste numa rígida limitação ao *jus puniendi* estatal, configurando-se exigência da lei formal uma garantia indispensável à conservação dos valores do Estado Democrático de Direito. Espécie de sanção, a medida de segurança criminal priva ou restringe bens jurídicos individuais, constituindo imperiosa obediência ao princípio da legalidade, evitando que o juiz por seu arbítrio imponha medidas não expressamente previstas em lei.”¹⁰

A origem histórica do princípio da legalidade remonta à Carta Magna inglesa de 1215, tendo sido consagrado posteriormente no Bill of Rights (1774), na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), na Constituição dos Estados Unidos da América (1776) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem

⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1, p. 273.

¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

(1789) com o seguinte enunciado: “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

O princípio em tela constitui garantia constitucional fundamental do homem, na medida que ninguém poderá ser punido, nem sofrer restrições em seu direito de liberdade, seja por meio de pena ou medida de segurança, a não ser que pratique conduta descrita em lei como infração penal.

O princípio da anterioridade em relação às medidas de segurança, contudo, não vigorava no Código Penal de 1940. Em seu artigo 75, dispunha o Estatuto Repressivo: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.”

Assim é que estavam elas submetidas ao princípio da reserva legal. Sua aplicação dependia de lei, mas não havia a garantia da anterioridade. Aplicavam-se as disposições legais referentes às medidas de segurança que estivessem em vigor ao tempo da sentença ou ao tempo da execução, mas não ao tempo do crime.

Ao comentar o mencionado dispositivo, Nelson Hungria alertava: “Não há medida de segurança fora da lei. O juiz não pode aplicar medida de segurança que não se encontre legalmente *especificada*, ou abstrair seus pressupostos legais. Ao contrário, porém, do que acontece em relação à pena, não se apresenta aqui, a questão da irretroatividade da *lex gravior* ou extra-atividade da

lex mitior. A lei sucessiva se aplica sempre, imediatamente, em substituição à lei anterior, pouco importando se mais benigna, ou se mais rigorosa.”¹¹

No Direito Penal atual, contudo, vale o princípio da anterioridade também para as medidas de segurança. Aplica-se a lei vigente à data do fato, ressaltando-se apenas a retroatividade benéfica.

Nesse sentido, precisa a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “Sob o pretexto de que a lei se refere ao ‘crime’ e à ‘pena’, entendeu-se que a lei penal poderia retroagir, quando se tratasse de medidas de segurança. Sem prejuízo dessas conclusões, é de se observar que as medidas para os autores culpáveis (como estabelecia o Código de 1940, que se apoiava no Código Rocco e que ainda se prevê para os semi-imputáveis) são penas com outra nomenclatura. Vale dizer, é aquilo que Kohlrausch chamava de ‘embuste das etiquetas’, empregadas para prolongar, de maneira inconstitucional, as penas. Resulta, pois, infantil acreditar que a Constituição Federal estabeleça garantias estritas para as conseqüências jurídicas de um delito, mas não as estabelece para as medidas de segurança, quando o legislador se limita apenas a trocar o nome ‘pena’ por medida de segurança. Isto implicaria, clara e irretorquivelmente, a inexistência da garantia da legalidade, embora o legislador queira que tal não ocorra, pois representaria a derrogação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Essa conclusão não é possível sustentar-se mediante um entendimento sério e coerente de um direito penal que respeita a dignidade humana.”¹²

¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3, p. 30.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 221.

Sobre o tema, Francisco de Assis Toledo preconiza: “Parece-nos, não obstante, que o tema perde boa dose de importância, entre nós, diante da reformulação da Parte Geral (Lei n. 7.209/84), com a extinção da medida de segurança para os agentes imputáveis, bem como diante da abolição das medidas de segurança meramente detentivas ou de caráter patrimonial. Tais inovações, por serem indubitavelmente mais benéficas, devem mesmo ter aplicação imediata, sem acarretar problemas maiores. Para o futuro, se o legislador pátrio pretender restabelecer algumas das medidas abolidas, que apresentam aspectos comuns com as penas (medidas detentivas, confisco, interdições e semelhantes), seria prudente que, como consta do Código Penal da Áustria (art. 1º, 2), se lhes estendesse a exigência de anterioridade da lei em relação ao fato causador da medida, admitindo-se tão-somente a aplicação imediata da lei nova a fatos anteriores quando a medida da época da sentença seja pelo menos comparável à que estava prevista na lei vigente à época da realização da conduta. Em relação às medidas de caráter puramente assistencial ou curativo, estabelecidas em lei para os inimputáveis, parece-nos evidentemente correta a afirmação de sua aplicabilidade imediata, quando presente o estado de perigosidade, ainda que possam apresentar-se mais gravosas, pois os remédios reputados mais eficientes não podem deixar de ser ministrados aos pacientes deles carecedores só pelo fato de serem mais amargos ou mais dolorosos. Aqui, sim, se poderia falar em diferença substancial entre a pena e a medida, para admitir-se a exclusão das restrições à impostas à primeira pelo artigo 5º, XXXIX e XL, da Constituição.”¹³

Assim é que as medidas de segurança, tanto quanto as penas, estão sujeitas ao império da lei. Estão elas previstas no artigo 96 do Código Penal brasileiro. Duas são as espécies legalmente instituídas: internação em hospital de

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 14. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 41-42.

custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; e sujeição a tratamento ambulatorial. Consoante expressa previsão contida no parágrafo único do aludido dispositivo legal, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

1.2.2 Princípio da personalidade

Também chamado de princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade ou intransmissibilidade da pena, e consagrado expressamente no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, o princípio da personalidade reza que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Assim é que a pena, tanto quanto a medida de segurança, não poderá passar da pessoa do condenado¹⁴. A sanção penal deve recair apenas e tão-somente contra quem praticou o fato considerado nocivo à sociedade, não havendo qualquer legitimidade na extensão das conseqüências penais da infração a familiares do agente.

René Ariel Dotti, para quem o princípio em tela constitui imposição do direito natural assentada no brocardo *dar a cada um o que é seu*, afirma: “A exigência da personalidade da pena – declarada no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal – não constitui, a rigor, um princípio com a segurança e a clareza de outras garantias que têm essa designação. Na realidade prática, os

¹⁴ Com o registro de que a sentença que impõe medida de segurança é absolutória. A doutrina a chama de absolvição imprópria, não havendo que se falar, portanto, em condenado, mas sentenciado.

efeitos morais e materiais da infração penal vão para além da pessoa de seu autor para se transmitirem, não raro, às demais pessoas que com ele vivem. Daí porque a garantia formal da personalidade da pena é referida como *dogma*.”¹⁵

Com efeito, dúvida não há de que a condenação criminal reflete indiretamente sobre todos aqueles que de algum modo mantém vínculos familiares ou afetivos com o condenado, notadamente quando é ele chefe de família. Esse inconveniente, contudo, há que se reconhecer, é inevitável. Impõe-se seja minimizado com programas assistenciais, em necessária decorrência do princípio de humanidade.

Estamos com Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ao advertirem: “Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros. Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano. Por essa razão nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLV, dispõe que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. O parágrafo 3º do artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que ‘a pena não pode passar da pessoa do delinqüente’. Infelizmente, sabemos que na

¹⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 440.

realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado.”¹⁶

1.2.3 Princípio da individualização

As sanções penais, consoante expresse mandamento constitucional dirigido ao legislador (art. 5º, XLVI, da CF), devem ser impostas e aplicadas de maneira individualizada, levando-se em conta a culpabilidade¹⁷ e o mérito do sentenciado.

O princípio exige que a lei preveja mecanismos de individualização, tanto na fixação da sanção penal, como na sua aplicação e no curso de seu cumprimento.

José Frederico Marques ensina que “o problema da individualização da pena se desenvolve em três planos distintos, que no entanto se interpenetram e se completam: o plano legislativo, o judicial e o executório”.¹⁸

No plano legislativo, a matéria vem tratada em relação às penas, dentre outros, no artigo 59 do Código Penal, que estabelece:

“Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 171.

¹⁷ No caso das medidas de segurança, a periculosidade.

¹⁸ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal: o delinqüente, a sanção penal, a pretensão punitiva*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 3, p. 235.

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade, por outra espécie de pena, se cabível.”

Outra decorrência do princípio da individualização é o sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pela Lei de Execução Penal brasileira:

“Artigo 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.”

No escólio de Aníbal Bruno, “a pena se realiza através de três momentos sucessivos: cominação, aplicação e execução. A pena é prevista na lei, atribuída a cada espécie de fato punível, segundo a definição legal; a pena é aplicada pelo juiz no caso concreto em que ocorreu a violação efetiva da norma; a pena aplicada entra em execução, submetendo-se o condenado ao tratamento penal que lhe tenha sido imposto”.¹⁹

Em relação às medidas de segurança, verifica-se aplicação do princípio de individualização no artigo 96 do Código Penal, ao estabelecer diferentes tipos de tratamento ao inimputável e ao semi-imputável, instituindo duas espécies de

¹⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3, p. 101.

medidas de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em estabelecimento adequado; e sujeição a tratamento ambulatorial.

Mas como bem adverte o aludido mestre, “a eficácia de um sistema de medidas desse gênero não depende só da configuração que lhe dê o Código Penal, mas ainda da legislação penitenciária, da aparelhagem para a perfeita execução das medidas e sobretudo do espírito com que essa execução seja conduzida e da capacidade dos dirigentes para orientá-la. O mais belo sistema de medidas de segurança ficará sem significação na prática se ao lado do Código que as determina não se erguerem os edifícios e as instalações necessárias à aplicação das disposições legais e, em particular, o pessoal técnico competente para pô-las em função”.²⁰

Muito há a avançar na questão da individualização das medidas de segurança, a fim de que haja efetivo respeito ao princípio da individualização em relação aos inimputáveis e semi-imputáveis, matéria desenvolvida no sexto capítulo deste trabalho.

1.2.4 Princípio da inderrogabilidade

Segundo o princípio da inderrogabilidade, com exceção das hipóteses expressamente previstas em lei, não pode o juiz deixar de aplicar a sanção penal cominada no tipo penal.

Cuida-se de corolário do princípio da legalidade. De fato, haveria autêntica violação do princípio da legalidade se pudesse o julgador deixar de

²⁰ BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 319.

aplicar a pena legalmente prevista, sob fundamentos de caráter subjetivo e pessoal. A disciplina é idêntica em relação às medidas de segurança. A punição deve ser certa. A segurança jurídica assim o exige, afastando-se qualquer possibilidade de arbítrio, ao arrepio das exceções expressamente previstas em lei. Ao referir-se a elas, Edgard Magalhães Noronha adverte que “a inevitabilidade penal tem sofrido restrições impostas pela finalidade da *prevenção especial*, ditando medidas como o livramento condicional, o *sursis*, o perdão judicial, a graça e o indulto. Devem esses institutos, principalmente os últimos, ser aplicados com parcimônia e critério, para não se consagrar como norma a impunidade”.²¹

A inevitabilidade da pena se traduz na segurança de sua eficácia como fator de prevenção, já que o verdadeiro caráter intimidatório da sanção penal decorre da certeza da punição. Daí porque de nada valem leis cada vez mais rigorosas, se a impunidade prevalecer.

1.2.5 Princípio da proporcionalidade

A sanção penal deve ser proporcional ao crime praticado. Há que se guardar proporção entre a gravidade do fato criminoso e a resposta penal estatal.

O princípio foi defendido pela escola clássica e sua origem primitiva remonta ao talião, primeira conquista de proporcionalidade sobre a vingança privada desmedida. Como bem ensina Antonio Moniz Sodré de Aragão: “É a lei de talião, em que o arbítrio da vingança cega e ilimitada é substituído pelo princípio moderador da igualdade perfeita e absoluta entre a severidade do

²¹ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, cit., v. 1, p. 275.

castigo e a gravidade da ofensa. O olho-por-olho, dente-por-dente, se era uma lei bárbara pela sua implacável crueldade, é todavia o produto do desenvolvimento social em que já palpita e se descobre um evidente fundo de equidade.”²²

Cesare Beccaria, em sua clássica obra de 1764, já afirmava: “O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.”²³

Já para a escola positiva, a proporção deveria se dar entre o criminoso e a pena. Analisando a questão, Roberto Lyra ensina: “Já em fins do século passado, a influência da escola positiva provocara a organização da resistência contra a chamada equação penal, isto é, a correlação entre o crime e pena (...). O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta – readaptação, empenhando-se, especificamente, pela eliminação da causa do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinquente para determinar o tratamento praticamente mais adequado. O objeto da defesa social não é o fato, mas o seu autor, ou, melhor, o homem. A proporção a obter é entre o delinquente e a pena para neutralizar as causas do crime. Em última análise, a pena deve juxtapor-se às peculiaridades do estado perigoso revelado pela infração.”²⁴

²² ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica: estudo comparativo*. 5. ed. desenv. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1952. p. 33.

²³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. 4. reimpr. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996. p. 61.

²⁴ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2, p. 153-154.

No tocante à proporcionalidade, importante aspecto é destacado por Basileu Garcia, ao comentar aspectos diferenciais entre pena e medida de segurança: “As penas são proporcionadas à gravidade do delito. Quer na sua fase cominatória, nos textos abstratos da lei, quer na sua fase de aplicação pelo juiz, existe relativa proporcionalidade entre a maior ou menor potencialidade lesiva da infração e a respectiva pena. Ao revés, no que concerne às medidas de segurança, não há indeclinável relação entre o delito e a maior ou menor intensidade de tais medidas, que, sob a influência de um critério estritamente subjetivista, se proporcionam tão-só à periculosidade do criminoso. Este pode ser indivíduo deveras temível e ter praticado infração insignificante. Nem por isso estará livre da medida de segurança das mais rigorosas, com restrição a um dos seus mais valiosos bens jurídicos – nomeadamente a liberdade.”²⁵

No mesmo sentido, o escólio de José Carlos de Ataliba Nogueira em sua clássica obra sobre o tema: “Como a pena, a medida de segurança há de ser sempre proporcional. A medida do castigo é juridicamente proporcionada, no momento legislativo à necessidade do Estado de o empregar para o reto governo da sociedade, e, no momento judiciário, é proporcionada à maior ou menor culpabilidade do delinqüente. A duração da medida de segurança deve ser proporcionada à periculosidade social do indivíduo, a qual se concretiza na probabilidade da recaída no delito. O seu *quantum* deve atender à periculosidade atualmente existente, em referência a um evento futuro, que se quer impedir.”²⁶

A doutrina atual, contudo, promoveu autêntica releitura do princípio da proporcionalidade, consagrado como um dos fundamentos do Direito Penal moderno.

²⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. 2, p. 594.

²⁶ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 151-152.

Eduardo Reale Ferrari trata da necessidade e subsidiariedade como subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo, ao lado dos subprincípios da adequação, idoneidade ou suficiência e proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, os subprincípios da necessidade e subsidiariedade constituem proibições ao excesso, devendo ser aplicadas apenas as medidas de segurança estritamente necessárias em caráter subsidiário a outros instrumentos penais menos gravosos, em face da periculosidade do agente. O subprincípio da adequação, idoneidade ou suficiência exige que o juiz analise não só a possibilidade de escolha de outra solução menos gravosa, mas também a suficiência e eficácia da medida aplicada, em relação aos fins terapêuticos desejados, devendo haver idoneidade à consecução desses objetivos. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito visa a impedir a aplicação de medidas de segurança excessivas e desmedidas, em face da gravidade do crime praticado e da periculosidade do agente. Nesse sentido, tem-se como obrigatória a verificação da possibilidade de medida terapêutica menos gravosa e que traga a menor desvantagem possível ao agente, analisando se a medida aplicada é ou não desproporcionada, em relação à consecução de suas finalidades.²⁷

Quanto à ausência de previsão expressa na Constituição Federal do princípio em estudo, alerta Alice Bianchini: “O princípio da proporcionalidade, embora não mereça, na Constituição brasileira, uma atenção específica pode, perfeitamente, ser extraído dos objetivos fundamentais do Estado, dentre os quais inclui-se a construção de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I). Além disso, ele oferece conteúdo material ao Estado de direito. A liberdade e a justiça, objetivos do Estado brasileiro, são as vigas mestras para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade: a liberdade, porque, quando cotejada com outros valores, deve ser preponderante; a justiça, porque não coaduna com a hipótese

²⁷ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 102-105.

de se permitir qualquer excesso quando da restrição da liberdade que a intervenção punitiva representa.”²⁸

1.2.6 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima propõe a utilização do Direito Penal pelo Estado somente quando outros meios previstos no ordenamento jurídico para a realização da paz social revelarem-se insuficientes à realização desse fim. Somente quando os outros ramos do Direito mostrarem-se ineficazes para a manutenção da ordem jurídica é que se deve recorrer à sanção penal. Nesse sentido, o Direito Penal deve ser o último recurso para a reprovação da conduta ilícita.

Daí porque este princípio é também chamado como *ultima ratio*. O Direito Penal deve ser o último recurso a ser buscado para a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes para o indivíduo e para o meio social.

Somente quando as demais formas de controle social consubstanciadas nos demais ramos do Direito falharem é que se deve recorrer ao Direito Penal para salvaguarda de determinado bem jurídico.

No preciso escólio de Cezar Roberto Bitencourt, “o *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de

²⁸ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.²⁹

Assim é que o Estado somente deve recorrer à sanção penal quando as sanções pertinentes aos demais ramos do Direito mostrarem-se insuficientes para a prevenção e reprovação do ato ilícito.

Para Alice Bianchini, “o princípio da intervenção mínima pode ser estudado sob três perspectivas reciprocamente complementares. Na primeira, é dado destaque ao compromisso, decorrente dos valores e princípios constitucionais, de que a utilização do direito penal fique circunscrita às situações que não possam ser resolvidas por outros meios ao dispor do Estado – ou seja, quando o direito penal torna-se estritamente necessário, em termos de utilidade social (*princípio da necessidade*). Desta forma, a pena só é admitida quando não há outro mal menor passível de substituí-la. Do manuseio deste princípio decorre, ainda, que somente bens de elevada valia devam ser tutelados pelo direito penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face ao grau de importância que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (*princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*). Além da verificação a respeito do grau de

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 11.

importância do bem – sua dignidade –, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. É por intermédio do *princípio da ofensividade* que estas questões são desenvolvidas. Assim, somente podem ser erigidas à categoria de crime condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade”.³⁰

O princípio em tela tem ampla aplicação nas medidas de segurança. Luiz Flávio Gomes, em seu estudo sobre a duração das medidas de segurança, sustenta devam elas sujeitar-se a um limite máximo de duração. Mas ressalta: “É possível que antes desse marco, por perícia médica, se constate a cessação da periculosidade. Nesta hipótese, nos termos do artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal, cessa a medida e então impõe-se a desinternação ou liberação do agente. O que está contemplado neste preceito penal é o princípio da intervenção mínima, é dizer, ‘a duração da medida deverá ser a indispensável para eliminar a periculosidade criminal do condenado’. Em outras palavras, se advém a cura do internado ou do que está cumprindo tratamento ambulatorial antes do limite máximo de cumprimento da medida deve cessar a intervenção estatal na liberdade da pessoa. Toda atividade punitiva do Estado, aliás, deve ser guiada pelo referido princípio da intervenção mínima. Uma vez atingida a finalidade da sanção, deve cessar imediatamente o poder punitivo do Estado.”³¹

No que diz respeito especificamente à América Latina, o princípio da intervenção mínima encontra amparo ainda em fundamento peculiar a essa região. O escólio é de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda a América está sofrendo as conseqüências de uma agressão aos direitos humanos (que chamamos de injusto

³⁰ BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, cit., p. 28-29.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, v. 2, p. 69, abr./jun. 1993.

jus-humanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no artigo 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jus-humanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jus-humanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional. Este injusto jus-humanista de violação do nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculado, uma vez que pertence à distribuição planetária do poder. Todavia, faz-se necessário que se resguarde de seus efeitos, que se traduzem num aumento das contradições e da violência social interna que, vista em perspectiva, nos levaria a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-as a um subdesenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável. Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jus-humanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jus-humanista, o que resulta num suicídio. A clara conclusão disto é que o sistema penal deve corresponder ao princípio da intervenção mínima na América Latina, *não somente pelas razões que se apresentam como válidas nos países centrais, mas também em face de nossa característica de países periféricos, que sofrem os efeitos do injusto jus-humanista de violação de direito ao desenvolvimento.*”³²

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 78-79.

1.2.7 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e vem expressamente prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Igualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Ingo Wolfgang Sarlet formula proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.³³

Na esteira do que preconiza o autor mencionado, o critério do que seja uma vida saudável pode ser o mesmo estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro a ser seguido como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.

A evolução histórica do conceito de dignidade humana e seus reflexos no ordenamento jurídico e na vida em sociedade representam a própria evolução histórica recente do Direito Penal.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

José Afonso da Silva preconiza: “Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que, por primeiro erigiu a dignidade da pessoa humana em direito fundamental expressamente estabelecido no seu artigo 1º, n. 1, declarando: ‘*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais*’. Fundamentou a positivação constitucional desse princípio de base filosófica o fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões. Os mesmos motivos históricos justificaram a declaração do artigo 1º da Constituição Portuguesa, segundo o qual ‘*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*’ e também a Constituição espanhola, cujo artigo 10, n. I, estatui que ‘a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social’. E assim também a tortura e toda a sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar levaram o Constituinte brasileiro a incluir a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988.”³⁴

Béatrice Maurer elenca em síntese dois momentos históricos bem distintos na evolução do conceito de dignidade da pessoa humana: “Historicamente, os direitos humanos nasceram para proteger a liberdade do homem em relação ao Estado. Mais precisamente ainda, os revolucionários, depois de Hobbes e de Locke, farão da propriedade o fundamento da liberdade. Só é livre o proprietário. Certamente esses propósitos mereciam bemóis, mas não tanto por

³⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 89-90, abr./jun. 1998.

essa razão. Não é a dignidade, naquela época, que funda a liberdade, mas a propriedade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ilustra-o perfeitamente: a dignidade da pessoa humana não está, ali, expressamente reconhecida: em compensação, o único direito ‘inviolável e sagrado’ é o da propriedade (...). Atualmente, os direitos humanos parecem assumir uma outra dimensão. Eles não estão mais centrados na propriedade, mas na dignidade. A diferença é de medida. A referência à dignidade da pessoa humana é, por isso, considerada como a última proteção contra o liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por parte dos poderes públicos, mas também por parte dos indivíduos.”³⁵

Relembra Ingo Wolfgang Sarlet que “a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948”.³⁶

No tocante à evolução histórica dos direitos humanos e sua proteção, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli destacam: “No auge do horror bélico, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como ‘ideal comum a ser alcançado por todos os povos e todos os homens’. A Declaração representa

³⁵ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 77-78.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 66.

uma baliza ou limite aos ‘direitos naturais’. Não em vão se havia observado que devia plasmar uma ‘ideologia prática’ (Maritain). Desde então a Declaração e todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos direitos humanos vão configurando o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas, indiscutivelmente, vai-se criando uma *baliza jurídica positiva que serve de referência*. (...) A Declaração Universal se complementa com outros instrumentos internacionais que contribuem para o aperfeiçoamento de sua função de limite ideológico: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966 (em vigência desde 23 de março de 1976), a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 12 de dezembro de 1974, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969 etc. Estes instrumentos devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, que não pode entrar em contradição com eles. Estes documentos têm criado, mediante uma base positiva, uma consciência jurídica universal. Pouco importa que alguns países não tenham ratificado todos eles, posto que, de fato, eles atuam universalmente, e nenhum país pode considerar-se desvinculado de seus princípios que, em definitivo, estão sistematizados na Carta das Nações Unidas e na da Organização dos Estados Americanos.”³⁷

Luiz Luisi relembra que “a consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno deve-se ao grande movimento de idéias que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogam a transformação do Estado, partindo de duas idéias

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 66-67.

fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes. Com a criação efetiva do Estado preconizado pelo iluminismo, ou seja, com o aparecimento do *Staatsrecht*, o elenco dos direitos humanos passou a integrar o instrumento jurídico do pacto social, ou seja, as Constituições. E nestas se insere, como prerrogativa individual – além do princípio da legalidade dos delitos e das penas, da pessoalidade e necessidade das penas, e outros –, o princípio da humanidade”.³⁸

A dignidade constitui-se, pois, em valor inerente à condição humana como decorrência natural da própria vida. Seu conteúdo engloba todos os direitos fundamentais do ser humano. Daí porque o princípio em tela importa em limitação expressamente prevista do poder punitivo estatal.

Estamos com José Afonso da Silva, quando ensina que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (...) Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que

³⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 46-47.

isso, quando a põe como *fundamento* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.³⁹

Invoca-se, uma vez mais, o escólio de Béatrice Maurer, para quem: “A inteligência, a liberdade e a capacidade de amar é o que coloca a pessoa radicalmente acima do mundo animal e lhe revela a sua dignidade eminente. É isso o que faz com que lhe devamos um respeito absoluto. A experiência do que é o homem nos permite descobrir que a pessoa é irreduzível aos condicionamentos psicológicos e sociológicos, isto é, que é livre e autônoma. A dignidade da pessoa humana é a primeira ‘qualidade da pessoa humana’.”⁴⁰

Podemos concluir com José Afonso da Silva que “a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza”.⁴¹

³⁹ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, cit., p. 91-92.

⁴⁰ MAURER, Béatrice, Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central, cit., p. 86.

⁴¹ SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, cit., p. 94.

Exige-se, pois, perfeita consonância e conformação de toda e qualquer manifestação do *jus puniendi* prevista no ordenamento jurídico pátrio ao princípio em tela.

Especificamente no tocante às medidas de segurança, longo caminho existe a ser trilhado para adequação das disposições legais vigentes às limitações inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, tema este mais detidamente desenvolvido nos Capítulos 3, 4, 5 e 6 do presente trabalho.

Dentre os problemas a serem enfrentados estão a incompatibilidade existente entre a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança e a proibição constitucional às penas cruéis e de caráter perpétuo, a ausência de disciplina legislativa adequada quanto ao prazo prescricional das medidas de segurança, sobretudo em função da excepcionalidade dos casos de imprescritibilidade constitucionalmente previstos, os critérios válidos à luz do princípio humanitário para nortear o juiz na escolha entre internação ou tratamento ambulatorial, além da necessidade, a exemplo do que já existe em relação às penas, de critérios claros e definidos de individualização das medidas de segurança.

Temos que a imposição de prazo certo e determinado para a medida de segurança, a existência de critério exclusivamente médico-pericial na escolha do tratamento a ser aplicado (internação ou tratamento ambulatorial), a definição de critérios legais claros para a prescrição em face dessas espécies de sanção penal e a necessidade de critérios definidos de individualização do cumprimento dessas sanções são medidas legislativas a serem adotadas como pressupostos mínimos para a humanização do tratamento jurídico dispensado aos internos no país, a fim de que o regime jurídico das medidas de segurança esteja em

conformidade com as limitações impostas ao poder de punir estatal pelo princípio ora estudado.

Há que se ter sempre presente que o princípio da igualdade constitui corolário da dignidade da pessoa humana, pelo que os inimputáveis autores de infrações penais não podem receber tratamento mais gravoso do que o dispensado aos infratores imputáveis. Os direitos e garantias assegurados a estes últimos devem ser necessariamente assegurados aos primeiros. A doença mental não pode servir como pretexto para que a eles sejam excluídas as garantias conquistadas ao longo de toda história do Direito Penal. Admitir-se o contrário seria proclamar a existência de um Direito Penal exclusivamente voltado aos inimputáveis, no qual as garantias inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana simplesmente não existiriam, visto que até mesmo a perpetuidade do poder punitivo estatal poderia ser admitida, em razão da simples condição de doente mental do infrator.

Daí porque todos os princípios constitucionais aplicáveis às penas são igualmente aplicáveis às medidas de segurança.

O princípio da humanização das sanções penais surge como natural decorrência do princípio em tela e vem expressamente consagrado no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal. Caracteriza-se pela proibição de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, cruéis e de morte, salvo em caso de guerra declarada.

Certo que o Texto Constitucional refere-se expressamente às penas. Contudo, inconcebível possa a Constituição Federal proibir penas infamantes, cruéis, perpétuas, desumanas, de morte, de trabalhos forçados, de banimento e

degradantes, e, ao mesmo tempo, admitir medidas de segurança com essas características.

Cabe aqui invocar a feliz comparação trazida à baila por Ingo Wolfgang Sarlet: “Cuidando-se a dignidade – e aqui tomamos emprestadas as expressivas palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha – do que se poderia denominar de ‘coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana’, é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações, a máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstia e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja (ou, pelo menos, que venha a estar) a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade.”⁴²

Assim é que a dura realidade do cumprimento das medidas de segurança no país revela o longo caminho a ser percorrido para que as garantias inerentes ao princípio da humanidade sejam efetivadas nessas espécies de sanção penal.

Ao comentar o princípio de humanidade, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli destacam: “O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. Como veremos oportunamente com mais detalhe, a república pode ter homens submetidos a pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis*

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 148.

diminutio para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.”⁴³

José Carlos de Ataliba Nogueira, em obra clássica, já advertia: “A dureza do tratamento, os meios verdadeiramente atentatórios, não só da liberdade, mas também da dignidade humana, cuja aplicação certos vultos eminentes da escola positiva italiana e da escola da política criminal preconizam como medidas de segurança contra determinadas classes de delinquentes, principalmente contra uma, a que denominam incorrigíveis, é motivo para que muitos se insurjam contra as medidas de segurança. Pela teoria dos positivistas, o Estado se defende dos criminosos como o homem de um cão furioso ou de uma fera bravia.”⁴⁴

Urgente, portanto, que se proceda à adequação do instituto às garantias decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Conquistas do Direito Penal, como a limitação temporal do poder estatal de punir, a humanização e individualização das penas, a legalidade, a igualdade, a proporcionalidade e a intervenção mínima estendem-se a todas as manifestações estatais punitivas, e não somente a uma única espécie de sanção penal. Do contrário, estar-se-ia admitindo para as demais espécies sancionatórias toda sorte de arbítrio e desmando, em especial para aqueles que historicamente foram segregados do convívio social e submetidos a castigos e humilhações, em razão de odiosa doutrina de exclusão – os doentes mentais.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 172.

⁴⁴ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 147-148.

Eduardo Reale Ferrari, em precisa síntese, destaca: “A sanção, para ser imposta, exige condições humanitárias que confirmam potencialidade ao cumprimento de suas finalidades legais ou filosóficas, de nada adiantando segregar o inimputável em casa de custódia e tratamento psiquiátrico que não ofereça o mínimo de possibilidade de recuperação. O princípio da dignidade da pessoa humana exige que as autoridades administrativas confirmem ao delinqüente-doente condições mínimas de tratamento, destacando-se, essencialmente, salubridade no ambiente institucional, presença de profissionais habilitados laborando na instituição, progressividade terapêutica, individualização na execução da medida de segurança criminal e, especialmente, transmissão de valores essenciais à convivência em uma livre sociedade político-pluralista.”⁴⁵

Esses, em suma, os pressupostos mínimos para que se confira legitimidade ao instituto estudado. Somente o respeito incondicional aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus fundamentos, assegura a aplicação válida dessa espécie de sanção penal, havendo necessidade premente de adequação das disposições legais vigentes aos princípios constitucionais estudados, de modo a garantir-se o respeito às garantias inerentes ao Direito Penal também para os inimputáveis.

A submissão do regime jurídico das medidas de segurança aos limites impostos pelos princípios elencados, como visto, decorre de sua própria natureza jurídica, qual seja a de sanção penal imposta pelo Estado ao autor de infração penal.

⁴⁵ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 123.

A inimizabilidade do infrator não autoriza o afastamento de garantias inerentes à condição humana do sentenciado sob qualquer pretexto, notadamente considerando-se o princípio da igualdade, corolário natural do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim é que os inimputáveis, tanto quanto os demais seres humanos considerados imputáveis pelo ordenamento jurídico, encontram-se sob o manto protetor do princípio humanitário e de todas as garantias dele decorrentes. Aos inimputáveis, portanto, são aplicáveis todos os princípios e garantias inerentes à sua condição humana.

CAPÍTULO 2 – ORIGENS HISTÓRICAS DO INSTITUTO E SUA EVOLUÇÃO

2.1 A loucura e o Direito Penal

Nos primórdios, a loucura era aceita com naturalidade. Alguns povos reconheciam na loucura um fator de criatividade. Ensina Maximiliano Roberto Ernesto Führer que, durante boa parte da Idade Média, a loucura passou despercebida. O indivíduo considerado louco vivia normalmente em sociedade de forma livre. A loucura fazia parte do cotidiano normal das pessoas, havendo tolerância em relação aos perturbados mentais. Relembra o autor que no clássico *Elogio da loucura*, Erasmo de Rotterdam considerava a loucura como fonte de criatividade do homem.⁴⁶

A partir do século XVII, contudo, intensifica-se a intolerância, com o fortalecimento da doutrina da exclusão. Surgem os primeiros estabelecimentos destinados à segregação de loucos, mendigos, prostitutas e criminosos. O único objetivo era a retirada pura e simples desses indivíduos do convívio social, sem qualquer preocupação com tratamento ou possibilidade de ressocialização.

Contudo, ensina Aníbal Bruno que já entre os romanos havia se iniciado a doutrina da exclusão dos doentes mentais. “Os *furiosi* eram excluídos do Direito Penal, mas lhes impunha um estado de custódia *ad tutelam ejus et securitatem proximorum*, como dizia o conhecido rescrito de Marco Aurélio (*Digesto*, I, 23, fragmento 14). Igualmente providências desse gênero, aplicáveis com o caráter de medidas de polícia, foram impostas como meios preventivos a ébrios

⁴⁶ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

habituais ou vagabundos. Tornaram-se notáveis as medidas preventivas adotadas em vários povos em relação a menores”⁴⁷. Enfim, essas medidas eram aplicadas visando ao isolamento e segregação dos indivíduos tidos como perigosos.

2.2 Evolução histórica do instituto

As medidas de segurança surgiram claramente a partir das idéias inspiradas no positivismo criminológico do final do século XIX.

Com propriedade, Oswaldo Henrique Duek Marques ensina: “Ao período clássico seguiu-se, no final do século XIX, o do positivismo criminológico, que tendia a utilizar o método naturalístico no Direito Penal e dele afastar as indagações de cunho filosófico. Assim, a nova corrente, de forma diversa da clássica, busca na observação e na experiência científica os instrumentos capazes de resolver a problemática criminal. Por isso, suas doutrinas acerca dos aspectos fundamentais do sistema punitivo, amparadas no cienticismo, são de grande importância nos estudos do Direito Penal da atualidade.”⁴⁸

Inaugurado com a obra *L'uomo delinquente* de Cesare Lombroso em 1876, o movimento positivista tinha como premissa fundamental o determinismo. O foco das preocupações do positivismo criminológico deixava de ser o fato, o crime, e passava a ser o homem, o criminoso.

Oswaldo Henrique Duek Marques bem explica as idéias introduzidas por Cesare Lombroso em sua obra e suas conseqüências no Direito Penal: “Fadado a

⁴⁷ BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 256-257.

⁴⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 105.

cometer crimes, o delinqüente não consegue manter-se dentro dos parâmetros de comportamento prescritos pelo ordenamento jurídico-penal. O delito, por via de consequência, surge como fenômeno natural ou ‘necessário’, fora do alcance da vontade do agente, a exemplo do que ocorre com o nascimento, a morte, a concepção e as doenças mentais. Diante da ausência de livre-arbítrio por parte do transgressor, o castigo a ele imposto torna-se ineficaz, uma vez que obedece a leis ‘mudas’, provindas da herança primitiva, cuja vigência perdura ao longo dos séculos, regendo a sociedade com mais autoridade do que as normas codificadas.”⁴⁹

Estavam criadas as bases teóricas que redundariam no surgimento das medidas de segurança, entendidas como medidas de defesa social a serem adotadas nos casos em que a pena tradicionalmente vista como medida de castigo mostrava-se ineficiente e inadequada.

A obra de Cesare Lombroso, pode-se afirmar sem risco de erro, deu origem ao surgimento da criminologia e demais ciências correlatas. O Direito Penal passou a ser estudado conjuntamente com outros ramos do conhecimento.

Importante, outrossim, dentro desse contexto, a contribuição de Enrico Ferri em suas obras clássicas: *La sociologia criminale e Principii di diritto criminale*.

O escólio é de Oswaldo Henrique Duek Marques: “Também voltado para o estudo do homem delinqüente, Ferri contesta o livre-arbítrio nos criminosos e os classifica em cinco categorias: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão. De acordo com seu magistério, para cada uma dessas categorias deve

⁴⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Fundamentos da pena*, cit., p. 107.

incidir uma espécie de reação (*pena*), direcionada segundo a forma individual de periculosidade. Propõe, ainda, substituir a responsabilidade moral, inerente ao livre-arbítrio, pela responsabilidade social, decorrente da vida do homem em sociedade, na qual a reação punitiva fundamenta-se nas medidas preventivas de defesa social. Os critérios preventivos superam os da repressão, e a pena confunde-se com a medida de segurança. Ambas alicerçam-se na periculosidade do agente e possuem tempo indeterminado de duração, condicionado à regeneração do delinqüente. Caso esta não ocorra, a sanção pode chegar à perpetuidade.”⁵⁰

Dentro desse contexto é que surgiram os primeiros contornos do que mais tarde se tornariam as medidas de segurança.

Precisa a lição de José Carlos de Ataliba Nogueira quanto à influência da Escola Positiva: “Contrariando os dogmas da escola clássica, não podia deixar de obter sucesso a escola positiva, armada com todo o aparato científico do ultimo quartel do século passado. Nela havia muito de verdadeiro e vivo. Procurou arredar formulas e construções abstratas. *A posteriori*, buscou edificar sua doutrina: mais do que o criminoso, interessavam-lhe os criminosos. Era a realidade donde devia partir. Estudou a etiologia do delito, descobrindo-lhe causas antropológicas (fisiológicas e psicológicas): hereditariedade, doença, hábitos. Verificou, ainda, a existencia de causas sociais: ambiente, venenos sociaes, conexão do crime com a miseria, com a organização economica. Em virtude das lições hauridas ao vivo, no mundo real, chamou a atenção para o absurdo do emprego da pena em numerosos casos ou para a deficiência da sua ação, empregada sem outros meios complementares. Chegou mesmo a negar todo o direito penal, na forma com que passou a apresentá-lo: defesa social. E se

⁵⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Fundamentos da pena*, cit., p. 110.

era a defesa social o que precipuamente importava realizar, levava a atenção de preferência para a forma mais eficaz, que era a prevenção dos delitos por parte do Estado. Assinalava-lhe um largo programa, abrangendo, desde a eugenia e a higiene, até uma larga politica educacional, até a reforma das prisões e penitenciarias. Inspirou reformas em códigos penais, maxime no tocante á necessaria revisão da parte relativa á inimputabilidade, ás causas que dirimem ou excluem a imputabilidade. Com tais considerações, bebidas no realismo da vida, a escola positiva abriu as portas das prisões a muitos delinquentes, fazendo-os recolher a hospitais e manicômios. Muitas vezes, fez o psiquiatra e outros especialistas substituirem o juiz, e demonstrou que este muito necessitava dos conhecimentos técnicos daqueles. Sustentou que a pena deve adequar-se, não só á gravidade objetiva do crime, mas tambem á personalidade do delinquente. Sustentou tambem a necessidade da defesa social estender-se aos proprios não imputaveis, aos loucos e a outros infratores morbidos; e para tanto definiu a formula da responsabilidade legal ou social, em virtude da qual deve aplicar-se uma sanção a todo aquele que for perigoso á sociedade, qualquer que seja a sua condição subjetiva.”⁵¹

De fato, somente a partir do século XIX é que surgiram as primeiras considerações doutrinárias sobre o tema, com análise científica dos fundamentos e objetivos das medidas de segurança. Na legislação, a primeira iniciativa de sistematização do instituto se deu no projeto do Código Penal suíço de Stooss.

Ensina Aníbal Bruno que “a parte geral do Projeto Stooss foi publicada em 1893, mas só em 1º de agosto de 1894 veio à publicidade o texto integral, em 211 artigos, com as *Observações Preliminares*, do seu autor”.⁵²

⁵¹ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 79-80.

⁵² BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 257.

Doutrinariamente, as medidas de segurança resultaram do contraponto entre dois movimentos que se manifestaram no Direito Penal a partir de então.

Enorme preocupação começou a surgir entre os penalistas, em face do alarmante aumento da criminalidade e manifesta insuficiência dos métodos punitivos tradicionais. Os níveis elevados de reincidência revelavam o fracasso das funções intimidatória e ressocializadora da pena tradicional, evidenciando-se a necessidade de instrumentos eficientes de defesa social.

Daí porque a tradicional dicotomia até então vigente, retribuição do mal do crime pelo mal da pena, começou a ser questionada.

No escólio de Eduardo Reale Ferrari, duas correntes de pensamento surgiram. A primeira identificava a pena como única espécie sancionatória necessária para o enfrentamento da criminalidade crescente. A criação de penas acessórias para reincidentes e o recrudescimento das penas para os criminosos habituais seriam suficientes para a solução do problema criminal. Já para os adeptos da segunda, a pena deveria manter seu caráter retributivo, criando-se nova espécie de sanção penal, de caráter exclusivamente preventivo. Mas em um ponto todos convergiam: a necessidade de o direito penal voltar-se ao estudo também do criminoso, e não apenas do crime.⁵³

Prossegue o autor: “A função da resposta penal deveria, primordialmente, evitar a reiteração delituosa, intimidando os agentes a não praticarem novas condutas proibidas; valorizava-se o fim utilitário da sanção, preferindo-se prevenir o delito a punir o delinqüente. A finalidade da pena não seria mais castigar o agente, porque cometeu um mal, mas sim evitar que o delinqüente

⁵³ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 17.

voltasse a praticar outros crimes. Mais relevante do que a pena merecida seria alcançar-se a sanção eficaz, impedindo-se a reiteração delituosa pela exemplaridade da resposta jurídico-penal. Como um meio de demonstração de existência e validade do ordenamento jurídico, defendia-se a idéia de que a sociedade deveria dar uma eficaz resposta sancionatória ao agente, vislumbrando-se, na sanção-preventiva, um instrumento de defesa social.”⁵⁴

Aníbal Bruno registra, com propriedade, que a contribuição da criminologia veio acentuar a necessidade de voltarem-se os estudiosos para o homem, sua carga hereditária e as deformações criadas pela vida em sociedade. Tais fatores poderiam contribuir para a criação de condições que fizessem com que esse homem voltasse a delinquir, o que até então era ignorado pelos penalistas. Essas observações indicavam que determinados indivíduos eram tão avessos às normas impostas pela convivência social que seu retorno à delinqüência, mais do que possível, mostrava-se provável⁵⁵. Adverte o autor que “esses, sobretudo, é que requeriam o tratamento preventivo do crime. A sua condição, que os tornava inimigos potenciais da sociedade, foi chamada perigosidade criminal”.⁵⁶

Daí porque se tornava cada vez mais evidente a necessidade de instituição de tratamento preventivo do crime, e não meramente repressivo e punitivo.

Com o positivismo criminológico de Enrico Ferri, a pena passou a ser vista a partir de sua finalidade de defesa social, seja pela intimidação, ou pela correção do criminoso. Prevaleceu a idéia da pena como sanção preventiva e como instrumento de segurança.

⁵⁴ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 18.

⁵⁵ BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 258-259.

⁵⁶ *Ibidem*, v. 3, p. 259.

Chegou-se então à instituição de novos tipos de medidas, que considerassem as necessidades de uma defesa social eficaz. Iniciava-se assim a construção da teoria das medidas de segurança, como sanções do Direito Penal, ao lado das penas. O período em que o único objetivo do Direito Penal era o castigo como um fim em si mesmo e como único meio válido de recuperação chegava ao fim.

Sobreveio a teoria da pena-fim de Franz Von Liszt, para quem a função da sanção penal era proteger bens jurídicos. Propugnava o autor o utilitarismo e justiça das normas jurídicas: “Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística, a força que o produz”⁵⁷. Prosseguia o professor de Berlim: “Se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do Direito Penal é *a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso. (...) é na execução penal, na confirmação da vontade da ordem jurídica pela coação resultante da pena, que esta se desenvolve em toda a sua força peculiar. Nesta parte, o Estado não recua diante das lesões mais graves e mais reais dos bens dos seus súditos – a vida, a liberdade, a honra e o patrimônio, ou diante de um regime que afete profundamente o criminoso e se prolongue, não só por dias, semanas e meses, senão também, quando se faz necessário, por anos e dezenas de anos. Vários são os efeitos da execução penal e valiosíssimos, por isso mesmo que podem ser combinados ou isolados. A execução atua: 1º) sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos; 2º) igualmente sobre o*

⁵⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1, p. 139.

ofendido, a quem, além disso, proporciona a *satisfação* de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa à devida punição; 3º) especialmente sobre o delinqüente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinqüente pela execução penal: a) a pena pode ter por fim converter o delinqüente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinqüente; b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinqüente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinqüente é reduzido ao estado de *inocuidade*.”⁵⁸

Na lição de Eduardo Reale Ferrari sobre o pensamento de Franz Von Liszt: “O autor via, na *pena-fim*, a possibilidade de se alcançar o equilíbrio entre o poder e o direito, acreditando no utilitarismo e na justiça das normas jurídicas; sua concepção figurava não apenas como fundamentadora, mas também como restritiva à vertente político-criminal. A punição justificava-se ora por retribuição ao mal praticado, ora por prevenção diante do perigo de reiteração da conduta, legitimando a medida de tratamento com fulcro na recuperação, intimidação ou na inocuização.”⁵⁹

Assim foram traçadas as linhas mestras e primeiras diretrizes doutrinárias do que mais tarde se tornaria a medida de segurança

⁵⁸ LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 143-144.

⁵⁹ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 29.

Nesse contexto, e com importante influência da escola positiva italiana, surgia a medida de segurança. Partindo-se do princípio de que o crime era uma doença social, predominou a ideologia do tratamento com fundamento na defesa social, no determinismo e na periculosidade.

Aníbal Bruno relembra que os tradicionalistas passaram a recear que esse avanço no sentido da prevenção especial poderia desfigurar inteiramente a pena. Ressalta o mestre o embate que se travou na Alemanha entre Von Liszt e sua pena-fim com os representantes do classicismo, tais como Binding e Birkmeyer, na defesa da concepção puramente retributiva e aflitiva da pena: “Um dos episódios mais significativos desse movimento que ia compelindo a pena a fragmentar-se e produzir a medida de segurança foi essa luta que Von Liszt conduziu na Alemanha em defesa da sua pena de fim (*Zweckstrafe*). Em torno dessa pena de fim, pena tutelar (*Schutzstrafe*), ao mesmo tempo intimidante, emendativa e segregadora, tentou Von Liszt conciliar as suas idéias com as dos clássicos, que intransigentemente o combatiam. Em famosa conferência que pronunciou em Munique, na União dos Estudantes de Direito, convidara os seus adversários a uma aproximação em volta dos pontos de contato das idéias opostas. Mas Birkmeyer, que chefiava o grupo adverso, percebeu o perigo que representava para a rígida estrutura tradicional a penetração do inimigo, sob a forma insinuante daquela pena de fim, e manteve-se irredutível, defendendo a pureza da pena retributiva, pronunciada em razão da culpabilidade incorporada ao crime e proporcional a esta e acusando o sistema de Von Liszt de eliminar a noção de imputabilidade e conduzir, assim à própria extinção o Direito Penal. Fracassava, desse modo a tentativa de conciliação de Von Liszt em torno da *Zweckstrafe*. Buscou-se, então, contornar o problema e distinguir a pena, essencialmente retributiva, da medida de segurança, essencialmente emendativa. Se a pena tinha de conservar o seu caráter retributivo, proporcional ao crime, então, para a emenda e a segregação, em relação com o estado perigoso, contra o

qual devia dirigir-se a defesa social, fosse criada outra série de providências, que viriam a ser chamadas *medidas de segurança*. A medida de segurança nascia, assim, na doutrina de Von Liszt, por segmentação da pena. Com a pena ficava o atributo da retribuição. Com a medida de segurança, os da segregação e emenda. Mas a pena alongava-se também em processo emendativo. Daí a imagem de Von Liszt da pena e da medida de segurança como dois círculos secantes, com uma zona comum e duas zonas extremas, de uma parte a retribuição e da outra a emenda ou a segregação pura e simples.”⁶⁰

2.3 Anteprojeto de Karl Stooss

Foi no projeto de Código Penal suíço de Karl Stoos, de 1893, que as medidas de segurança apareceram pela primeira vez como sistematização de providências, cuja finalidade é a prevenção individual. Contudo, suas idéias somente passaram a ter vigência em 1937, com a entrada em vigor do Código Penal suíço.

Explica Antonio Carlos da Ponte que “sob o título *Penas e Medidas de Segurança*, continha o aludido anteprojeto disposições sobre a internação dos considerados multirreincidentes, em substituição à pena, o confisco de instrumentos perigosos, o asilo para ébrios contumazes, a internação facultativa em casa de trabalho, na hipótese de crimes praticado por pessoa de vida ociosa ou irregular, entre outras. Além das medidas inovadoras apontadas, o anteprojeto suíço adotou ainda o critério vicariante, mais tarde consagrado pelo Código Penal de 1937”.⁶¹

⁶⁰ BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 260-261.

⁶¹ PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

O Anteprojeto de Karl Stoos constituiu marco significativo na história do Direito Penal, representando a concretização da idéia de pena-fim de Von Liszt. Assim é que Karl Stoos positivou juridicamente o instituto idealizado por Von Liszt.

Oportuna, entretanto, a anotação de Eduardo Reale Ferrari no sentido de que “apesar de a sistematização das medidas de segurança ter ocorrido em 1893, muitos países europeus já possuíam sanções que, ainda denominadas como pena, em termos dogmáticos modernos, deveriam ser reconduzidas à categoria das medidas de segurança, exemplificando-se a Lei francesa de 27 de maio de 1885, prescrevendo a relegação dos reincidentes; o Código Penal português de 1852, consagrando o degredo e o desterro; o Código Português de 1886, impondo a entrega dos loucos às suas famílias para os guardarem (art. 47)”.⁶²

Especial atenção foi dedicada aos reincidentes. Consoante o disposto no artigo 40, nos casos em que a pena fosse ineficaz, impunha-se a medida de internação em instituições específicas para reincidentes, substituindo-se a pena pela medida de segurança. Igualmente cabível a medida de internação específica para reincidentes àqueles que já haviam cumprido pena de reclusão anteriormente e voltassem a cometer novo delito em período inferior a cinco anos. A medida de segurança assumia, pois, o caráter de substituição da pena ineficaz.

O projeto de Código Penal suíço menciona expressamente três tipos de medidas de segurança: internamento dos delinquentes habituais (art. 40); reclusão em casa de educação pelo trabalho dos que levam má vida e dos ociosos (art. 41); reclusão dos bêbados habituais em estabelecimento adequado

⁶² FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 30.

(art. 42). O projeto contempla ainda outras medidas que funcionam ora como penas complementares, ora como verdadeiras medidas de segurança: caução preventiva, confisco de objetos perigosos e publicação da sentença. O projeto estabelece ainda a medida de segurança para os irresponsáveis ou de responsabilidade diminuída, as crianças e os adolescentes, bem como a interdição de freqüentar casas de bebidas alcoólicas, como pena acessória (art. 53).⁶³

2.4 A medida de segurança no Direito Comparado

Conforme escólio de José Carlos de Ataliba Nogueira em sua clássica obra⁶⁴, após a sistematização proposta por Stoos, o instituto passou a ser adotado em diversos países: Alemanha, Argentina, Áustria, Inglaterra, Bélgica, Chile, Espanha, Colômbia, Dinamarca, França, Romênia, Uruguai e Portugal.

Na Alemanha, a lei contra os criminosos habituais perigosos, de 1933, previa sete medidas de segurança: internação em casa de cura e tratamento médico dos não imputáveis e semi-imputáveis; internação em instituto de cura do vício da embriaguez ou instituto de abstinência dos ébrios habituais e intoxicados por estupefacientes; internação em casa de trabalho dos mendigos, vagabundos, ociosos e prostitutas; custódia de segurança dos delinqüentes habituais perigosos; castração dos delinqüentes perigosos acusados de delitos sexuais; interdição do exercício de profissão; e liberdade vigiada.⁶⁵

⁶³ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 282-283.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 255 e ss.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 258.

Conforme registra Luiz Flávio Borges D'Urso, o centenário Código Penal alemão de 1871, “devidamente modificado e adaptado aos tempos, permaneceu vigente até o advento da grande reforma penal alemã ocorrida em 1969 e que vigorou a partir de 1.4.1970, salientando que a Parte Geral modificada teve vigência temporária até outubro de 1973, quando a nova reforma da Parte Geral entrou em vigor, permanecendo até nossos dias.”⁶⁶

Com a reforma, as medidas de segurança foram arroladas nos artigos 61 e seguintes: internamento em hospital psiquiátrico; internamento em sanatório para toxicômanos; internamento em estabelecimento social terapêutico; internamento para custódia e segurança; fiscalização de conduta; privação da licença para dirigir; proibição do exercício profissional.

Na Argentina, o Código Penal de 1921 acolheu as medidas de segurança aos não inimputáveis em virtude de alienação mental, por período indeterminado até decisão judicial, condicionada a prévia perícia que declare o desaparecimento do perigo.⁶⁷

Na Áustria, o projeto de 1927 também acolheu a medida de segurança, em especial: internação em sanatório ou casa de saúde; internação em instituto de cura dos alcoólicos ou em instituto de abstinência; internação em casa de trabalho ou em instituto de educação; custódia de segurança dos delinquentes habituais socialmente perigosos; vigilância de proteção; expulsão. A duração das medidas de segurança eram indeterminadas.⁶⁸

⁶⁶ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Medidas de segurança no direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, p. 116, jul./set. 1993.

⁶⁷ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 260.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 265-266.

Na Inglaterra, segundo Luiz Flávio Borges D’Urso, “o Prevent of Crime Act, de 1908, distingue a internação para tratamento educacional-correcional e a *preventive detention*, aplicável após a execução da pena, destinada aos reincidentes mais perigosos. Mas, a distinção legal entre essas duas modalidades de medidas de segurança só ocorre em 1948, com o Criminal Justice Act, com os enfermos mentais internados em manicômio criminal. Havia também um período de prova, com vigilância através do *probation officer*”.⁶⁹

Na Bélgica, a Lei de 9 de abril de 1930 previa medidas de segurança para os anormais e delinqüentes habituais. Sob a denominação de anormais, estavam compreendidos os enfermos mentais e os semi-enfermos mentais. Entre os últimos, estavam os reincidentes e os delinqüentes por tendência.⁷⁰

No Chile, o projeto de Código Penal de 1929 previa a submissão à medida de segurança: dos alienados mentais; dos absolvidos como não imputáveis e dos indivíduos com a responsabilidade diminuída; dos que viviam ou se beneficiavam ordinariamente do comércio carnal próprio ou alheio; dos que tinham procedimento desregrado ou vicioso, que se traduzisse na prática de contravenções policiais ou no trato assíduo com pessoas de má vida ou conhecidos delinqüentes; dos mendigos ébrios delinqüentes crônicos; dos vagabundos e toxicômanos; dos que praticassem homossexualismo; dos que tivessem hábito de jogo, de modo a comprometer sua situação econômica ou moral, ou de sua família. As medidas de segurança previstas eram: internamento em manicômios, hospícios, estabelecimentos de reeducação, casas de saúde ou casas de trabalho; expulsão de estrangeiros; caução de bom comportamento; sujeição a vigilância da autoridade. A medida de internamento era

⁶⁹ D’URSO, Luiz Flávio Borges, Medidas de segurança no direito comparado, cit., p. 116-117.

⁷⁰ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 263-264.

indeterminada e durava até que o indivíduo fosse corrigido ou reabilitado para a vida social.⁷¹

Na Espanha, o novo Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/95, de 23.11.1995) consagrou o princípio da legalidade e anterioridade também para as medidas de segurança, limitando sua duração máxima. O prazo máximo de duração das medidas de segurança é o mesmo previsto abstratamente para a pena correspondente ao fato praticado.

Na Colômbia, o Código Penal de 1º de janeiro de 1937 instituiu as medidas de segurança para os enfermos mentais, intoxicados ou semi-enfermos mentais. Dentre elas: segregação em manicômio criminal ou em colônia agrícola especial; liberdade vigiada; trabalho obrigatório em obras ou empresas públicas; e proibição de freqüentar determinados lugares públicos.⁷²

Na Dinamarca, o Código Penal de 1930 estabeleceu um sistema de medidas de segurança acessórias e autônomas destinadas aos enfermos mentais, aos deficientes e aos anormais (sexuais ou apresentando outras anormalidades de caráter permanente), aos condenados por delito cometido em estado de intoxicação alcoólica, aos reincidentes em crime contra a propriedade ou contra os bons costumes, aos mendigos ou vagabundos, àqueles que contagiaram outrem de moléstia venérea, aos reincidentes em geral e aos menores.⁷³

Na França, o projeto de 1932 acolheu as seguintes medidas de segurança: internamento em casa de saúde; internamento em casa de trabalho no continente ou possessões; internamento em asilo de mendicidade; interdição do exercício

⁷¹ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 267-268.

⁷² *Ibidem*, p. 270-271.

⁷³ *Ibidem*, p. 275-276.

de uma arte ou profissão; interdição de residência; expulsão do território; colocação sob a vigilância de uma sociedade de patronato; caução de bom comportamento; confisco dos objetos cuja fabricação, porte, venda ou uso forem ilícitos; fechamento do estabelecimento; e dissolução ou suspensão da pessoa jurídica.⁷⁴

Na Romênia, o Código Penal entrou em vigor em 1º de janeiro de 1937, prevendo as seguintes medidas de segurança: internamento dos alienados em manicômio; internamento dos delinqüentes que apresentam anormalidade de ordem fisiológica ou psicológica em instituto apropriado; detenção dos alcoólatras em instituto adequado; internamento dos vagabundos e ociosos em casa de trabalho; internamento dos menores delinqüentes em instituto de educação correcional; liberdade vigiada para os menores; vigilância tutelar dos menores; interdição de ausentar-se de uma localidade determinada; interdição de exercer uma determinada profissão; expulsão dos estrangeiros; exílio local; e dissolução ou suspensão de uma pessoa jurídica.⁷⁵

No Uruguai, o Código Penal de 4 de dezembro de 1933 ocupou-se das medidas de segurança, classificando-as em quatro espécies: curativas, educativas, eliminativas e preventivas. As eliminativas eram executadas depois de cumprida a pena; as demais eram autônomas, aplicando-se aos indivíduos isentos de pena.⁷⁶

Por fim, em Portugal, o novo Código Penal de 1982 adotou o critério vicariante, havendo um capítulo inteiramente dedicado às medidas de segurança, com previsão de internamento aos inimputáveis em estabelecimento para cura,

⁷⁴ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, *Medidas de segurança*, cit., p. 276-277.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 281-282.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 284-285.

tratamento e segurança. O término da medida de segurança fica condicionado à cessação de periculosidade. O período de duração é indeterminado, fixando-se, contudo, prazo mínimo de duração.⁷⁷

2.5 Evolução histórica no Brasil

2.5.1 Colônia – As Ordenações do Reino

Quando do descobrimento, vigoravam no Brasil as Ordenações Afonsinas. Elaboradas por ordem de D. João I, as Ordenações foram concluídas em 1446, após longo período de compilação. Posteriormente, D. Manuel determinou que se dotasse o país de uma nova legislação, incumbindo aos juristas Rui Boto, Rui do Grã e João Cotrim a realização do trabalho. A obra foi amplamente revista e publicada em 1521, sob o título de Ordenações Manuelinas. Por fim, Filipe II da Espanha (que reinava em Portugal) ordenou nova revisão, que deu origem às Ordenações Filipinas, publicadas em 11 de janeiro de 1603.

José Frederico Marques leciona: “As Ordenações Filipinas, mandadas compor no reinado de Filipe II de Castela, por ato de 5 de junho de 1595, somente foram publicadas por Filipe III (ou Filipe II, de Portugal) a 11 de janeiro de 1603. Foram elas o grande código do Brasil colonial, e persistiram em parte como lei do Brasil independente em longevidade impressionante e singular. Se após a restauração da independência portuguesa, as Ordenações foram confirmadas por Lei de 29 de janeiro de 1643, de el-rei D. João IV – no Brasil, determinava D. Pedro I, em Lei de 20 de outubro de 1823, que as ditas

⁷⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges, Medidas de segurança no direito comparado, cit., p. 117.

Ordenações ficassem ‘em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do Império.’⁷⁸

Edgard Magalhães Noronha resumiu o espírito que norteava o texto: “Refletiam as Ordenações Filipinas o direito penal daqueles tempos. O fim era inculcar temor pelo castigo. O ‘morra por ello’ se encontrava a cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na fôrca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte *para sempre*, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, viesse ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela Confraria da Misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó. Cominados também eram os açoites, com ou sem baraço e pregão, o degredo para as galés ou para a África e outros lugares, mutilação das mãos, da língua, etc., queimadura com tenazes ardentes, *capela de chifres* na cabeça para os maridos tolerantes, polaina ou enxaravia vermelha na cabeça para os alcoviteiros, o confisco, a infâmia, a multa, etc. (...) Em suma: tudo quanto mais tarde Beccaria verberou ostentava-se inconfundivelmente no Livro V. Mas tenha-se em vista que ele não era uma lei de exceção, pois as atrocidades, as confusões, as arbitrariedades, as deficiências, as desigualdades, etc. eram também de leis coevas.”⁷⁹

Como bem relembra Basileu Garcia, sucumbiu sob a crueldade das Ordenações Filipinas o alferes Tiradentes “que acusado de crime de lesa-majestade, foi enforcado e esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes, colocados à beira das estradas, com dísticos destinados a advertir ao povo a gravidade dos atos de conspiração. As inscrições diziam que ninguém

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1, p. 82.

⁷⁹ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, cit., v. 1, p. 69-71.

poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor. Verifica-se, ainda, nos castigos infligidos ao herói nacional, a infâmia imposta, por força da lei vigente, aos descendentes do condenado, até determinada geração. As penas infamantes eram de aplicação comuníssima.”⁸⁰

O Direito Penal então vigente no Brasil nada previa acerca das medidas de segurança, instituto de todo desconhecido àquele tempo. O ordenamento era atécnico e produto de excessivo rigor, iniquidade e desmedida crueldade.

Famoso, nesse particular, tornou-se o Livro V. Sobre ele ensina José Frederico Marques que “os preceitos se aglutinavam em uma estruturação primária e rudimentar de indisfarçável empirismo. Falta ao livro V, uma parte geral; e na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de conceitos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexos, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa redação dos textos em que se condensam as condutas delituosas e respectivas sanções. Legislação ‘inconseqüente, injusta e cruel’ como disse Melo Freire – o livro V compendiou a barbárie penal que as monarquias absolutistas da Europa haviam transplantado do ‘livro terrível’ do Digesto, a suas leis odiosas e desumanas”.⁸¹

Ruy Rebello Pinho, ao estudar as penas previstas nas Ordenações Filipinas, assinala: “Nas categorias de penas estabelecidas, o legislador

⁸⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. 1, p. 116-117.

⁸¹ MARQUES, José Frederico, *Curso de direito penal: propedêutica penal e norma penal*, cit., v. 1, p. 83-84.

sàbiamente harmonizou seu desejo de povoar a raia continental e as terras de além-mar com a necessidade de punir os delinqüentes. São abundantes as penas de degredo, cuja duração variava na razão inversa da falta de recurso do lugar a povoar. A pena de prisão era pouco usada, como, aliás, em tôda Europa. Em seu lugar havia as penas infamantes, os castigos corporais, as mutilações e a pena de morte. Já mostramos como Portugal tomou a dianteira aos países cristãos no abolir a marca no rosto. Também as mutilações previstas no Livro V do Código Filipino são em bem menor número do que as estatuídas nos Códigos anteriores. As penas infamantes assumem características curiosas. E a pena de morte, abundantemente prevista, pode ser executada por diversas formas, algumas profundamente cruéis. A pena surge, em princípio, como retribuição do mal. Mas os Reis lhe reconhecem outras finalidades: servir de exemplo para possíveis delinqüentes, influir no ânimo do criminoso e corrigi-lo; remir, perante Deus, os pecados decorrentes do malefício.”⁸²

As Ordenações Filipinas tiveram longo período de vigência, tendo vigorado mesmo após a proclamação da independência. Somente em 16 de dezembro de 1830 é que foi sancionado o Código Criminal do Império, que entrou em vigor em 8 de janeiro de 1831.

2.5.2 Império – O Código Criminal do Império

No desenvolvimento histórico do Direito Penal brasileiro, importante marco foi o Código Criminal de 1830. Antonio José da Costa e Silva assim se manifestou em relação ao primeiro Código Penal brasileiro: “O código de 1830, o primeiro que tivemos, era reconhecidamente um dos mais notáveis de seu

⁸² PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. v. 1, p. 101-102.

tempo e constituia um padrão de glória que attestava a cultura jurídica dos legisladores da infância da monarquia. Promulgado após as duas codificações penais que, no começo do século XIX, mais larga repercussão alcançaram – a francesa, de 1810 e a bávara, de 1813 – elle soube mostrar-se independente e, em varios assumptos, de marcada originalidade. Foi nas idéas utilitaristas de Bentham que se inspirou essa magnífica obra legislativa.”⁸³

Roberto Lyra bem resumiu as principais inovações e conquistas trazidas pelo Código Criminal do Império, que tantos elogios e louvores recebeu dos penalistas de seu tempo: “1º) no esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já, os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2º) na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3º) na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após; 4º) no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; 5º) na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; 6º) a indenização do dano *ex-delicto* como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7º) na imprescritibilidade da condenação.”⁸⁴

O Código Criminal do Império foi festejado entre os juristas da época pelos avanços que trazia. Registra Basileu Garcia uma das únicas matérias nele tratadas que deu margem a dissidências no parlamento, a questão da pena de morte: “Nas porfias parlamentares sobre o extremo suplício, o grupo

⁸³ SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. v. 1, p. I.

⁸⁴ LYRA, Roberto. *Introdução ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional do Direito, 1946. p. 89.

conservador propugnava-lhe a admissão no Código; outro grupo, dos liberais, se opunha. Venceram os conservadores por pequena maioria. O seu argumento principal era a criminalidade do elemento servil, muito difundida. Entendiam que, sem a aludida pena, não se manteria a ordem entre os escravos, os quais, pelo seu teor de existência, seriam indiferentes a outros castigos. Entretanto, a terrível providência punitiva, aplicada muitas vezes no Brasil, foi mais tarde tácitamente revogada por D. Pedro II. Conta-se que um erro judiciário o impressionou profundamente. Decorreu em Macaé um processo de que resultou a pena capital imposta ao réu, chamado Manuel da Mota Coqueiro. Tal sentença foi depois tida como deplorável injustiça. De tal modo se consternou o magnânimo Imperador, que resolveu jamais efetivar a pena máxima. Passou a comutá-la sistemáticamente em galés perpétuas.”⁸⁵

Inicialmente, as medidas de segurança foram previstas esparsamente na legislação brasileira, sem contudo contarem com essa denominação. Elas eram tratadas como pena. Tal fato ocorreu antes mesmo da sistematização trazida pelo Anteprojeto do Código Penal suíço de 1893.

Assim, podemos citar como exemplo disso o artigo 12 do Código Criminal do Império vazado nos seguintes termos:

“Artigo 12 - Os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente.”

O Código Penal do Império tratava da inimputabilidade em seu artigo 10, nos seguintes termos:

⁸⁵ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 121.

“Artigo 10 - Também não se julgarão criminosos:

§ 1º - Os menores de quatorze anos.

§ 2º - Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos e nelles commetterem o crime.

§ 3º - Os que commetterem crimes violentados, por força ou por medo irresistiveis.

§ 4º - Os que commetterem crimes casualmente no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com atenção ordinaria.”

Já em 1886, a expressão “loucos de todo o gênero” utilizada no Código mereceu a crítica de Tobias Barreto: “Mas a mesma expressão synthetica – *loucos de todo genero*, comquanto simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade, não é todavia bastante comprehensiva para abranger a totalidade não só dos que padecem de qualquer desarranjo no mecanismo da consciencia, como tambem dos que deixaram de attingir, por algum vicio organico, o desenvolvimento normal das funcções, ditas espirituaes, sendo uns e outros isemptos de imputação juridica. Por mais que se estenda o conceito da *loucura*, por mais que se diminua e simplifique a sua comprehensão, a ponto mesmo de reduzi-lo a uma quantidade negativa, á méra ausencia do seu contrario, como fez Regnault, para quem *la folie n’est que l’absence de la raison* – definição legitimamente franceza, que aliás tem tanto valor e é tão cheia de senso, como dizer, porventura, que a velhice não é mais do que a ausencia da mocidade, ou que a razão não é mais do que a ausencia da loucura – em uma palavra, por maiores esforços que se faça para conferir ao Codigo a honra de ter dito *pouco* e subentendido *muito*, não é possivel inscrever no circulo da disposição do § 2º do art. 10 todos os casos de perturbação de espirito, ou de anomalia mental, todos

os affectos, desvarios e *psychoses* que devem juridicamente excluir a responsabilidade criminal.”⁸⁶

O mesmo autor, ao analisar o fundamento do direito de punir, já advertia, à luz do Código Criminal do Império: “A theoria romantica do crime-doença, que quer fazer da cadeia um simples appendice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da *pena* o *remedio*, não póde crear raizes no terreno das soluções accetaveis. Porquanto, admitindo mesmo que o crime seja sempre um phenomeno *psychopathico*, e o criminoso simplesmente um infeliz, substituida a indignação contra o delicto pela compaixão da doença, o poder publico não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer applicação do *salus populi suprema lex esto* e segregar o *doente* do seio da comunhão.”⁸⁷

2.5.3 República – O Código Penal da República

Com o advento da Lei Áurea em 13 de maio de 1888 foram apresentados projetos diversos visando à reforma do Código Penal, para adaptá-lo à nova situação jurídica dos negros, outrora considerados escravos. Somente um prosperou, o elaborado por Batista Pereira, sob encomenda do governo. Com a Proclamação da República, o trabalho não se interrompeu, já que o então Ministro da Justiça do governo provisório Campos Salles manteve o encargo ao jurista. Assim é que, em 11 de outubro de 1890, foi promulgado o Código Penal brasileiro.

⁸⁶ BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 41-42.

⁸⁷ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. p. 164-165.

Sobre ele, Aníbal Bruno assinala: “O primeiro Código Penal da República foi menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nêle a crítica pôde assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vêzes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo.”⁸⁸

Ao analisar o Código Penal da República, Antonio José da Costa e Silva sintetizou: “Acha-se o código dividido em quatro livros ocupando o primeiro com as normas de natureza geral, o segundo com os delictos em especie, o terceiro com as contravenções e o quarto com disposições de indole processual ou transitoria. Quasi identico ao do código de 1830 é o methodo seguido na primeira parte. Ahi se encontram os preceitos respeitantes á applicação e aos effeitos da lei penal, aos crimes e criminosos (autores e cúmplices), á responsabilidade penal, causas que a excluem e justificam, ás circumstancias aggravantes e attenuantes, á pena, sua execução e effeitos; e finalmente, á suspensão e extinção da acção penal e da execução.”⁸⁹

Ainda sem qualquer rigor técnico, o Código Penal da República, de 11 de outubro de 1890, expressamente previa em seu artigo 29:

“Artigo 29 - Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues ás suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, se o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.”

⁸⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. v. 1, p. 178.

⁸⁹ SILVA, Antonio José da Costa e, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, cit., v. 1, p. V.

O artigo 43 do mesmo Estatuto estabelecia as seguintes penas: prisão celular; banimento; reclusão; prisão com trabalho obrigatório; prisão disciplinar; interdição; suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro e multa.

Note-se, portanto, a presença da possibilidade de interdição, suspensão e perda do emprego público. O artigo 400 do Código de 1890 previa ainda a possibilidade de internação em colônia agrícola em ilhas marítimas ou nas fronteiras do território nacional aos vadios reincidentes, bem como, o parágrafo único, a possibilidade de deportação, se o infrator fosse estrangeiro.

Basileu Garcia relembra que “um dos censores que com mais pertinácia combateram o primeiro Código Penal da República foi o jurista Carvalho Durão, que, em uma série de artigos publicados sob o pseudônimo de Solus, discutiu numerosas falhas do novo estatuto. O Conselheiro Baptista Pereira saiu a público, um tanto tardiamente, aliás, em defesa do seu trabalho, mostrando que, por vêzes, os ataques haviam sido exagerados. Chegara-se a afirmar que o Código Penal do Brasil era o pior dos vigentes”.⁹⁰

2.5.4 A Consolidação das Leis Penais

Após a promulgação do Código Penal da República, diversas leis foram sendo editadas, com o propósito de complementar o texto, corrigindo lacunas e sanando incongruências. A quantidade de alterações foi tanta que a consulta à legislação tornou-se tarefa cada vez mais árdua e embaraçosa.

⁹⁰ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 125.

À certa altura, o trabalho de compilação tornou-se inevitável. Basileu Garcia narra, com propriedade: “O número avultado das leis que foram baixadas em complemento ao Código Penal de 1890, a excessiva quantidade de disposições, muito dificultavam a solução dos problemas jurídicos. Era embaraçosa a sua consulta, árdua a obrigação de lidar com elas. O Desembargador Vicente Piragibe consolidou essas leis, e o seu trabalho recebeu o cunho oficial, pelo Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932. A Consolidação das Leis Penais passou a ser o novo estatuto penal brasileiro: eram assim enfeixados em um só corpo o Código de 1890 e as disposições extravagantes. A numeração dos artigos do Código foi conservada, colocando-se em parágrafos os preceitos inovadores. Para bem se distinguir, na Consolidação, a proveniência dos textos, os dispositivos do Código foram impressos em determinado tipo gráfico e os das leis posteriores em caracteres diferentes, com realce. Teve grande utilidade esse empreendimento de metodização e síntese. Mas prosseguiu a faina legislativa, e muitos decretos-leis, em matéria criminal, continuaram sendo publicados. As últimas edições da Consolidação Piragibe inseriam, em adendo, esses textos subsidiários.”⁹¹

José Henrique Pierangeli anota que “o Código resistiu às idéias reformistas e foi recebendo alterações e aditamentos, que visavam sanar os seus defeitos, completá-lo ou mesmo ajustá-lo às novas condições. Essas leis esparsas que visavam à retificação ou complementação do Código foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932.”⁹²

⁹¹ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 126.

⁹² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980. p. 10.

2.5.5 O Código Penal de 1940 e o sistema do duplo binário

Com a instauração do Estado Novo, o ministro Francisco Campos incumbiu o professor paulista Alcântara Machado de elaborar um novo projeto de Código Penal. A tarefa foi concluída em 15 de maio de 1938, com a publicação do “Projeto de Código Criminal Brasileiro”. O projeto foi revisto por uma comissão formada pelos juristas Costa e Silva, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queirós e Roberto Lyra.

Diversas foram as divergências entre Alcântara Machado e a comissão revisora. O projeto original foi substancialmente modificado. Do entrechoque dessas idéias é que, em 7 de dezembro de 1940, foi sancionado o novo Código Penal, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Na análise de José Frederico Marques, “o novo Código Penal é eclético, pois concilia sob seu texto o pensamento neoclássico e o positivismo como bem salienta a exposição de motivos. ‘Nêle os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva’. Não se trata de obra sem jaça, o que aliás seria mui difícil de conseguir-se. Todavia, as qualidades, no vigente estatuto penal, superam os seus defeitos. De qualquer forma é obra que honra nossa cultura jurídica e que já tem merecido boas referências e lisonjeiros qualificativos da crítica estrangeira”.⁹³

O instituto das medidas de segurança foi pela primeira vez introduzido na legislação pátria com a promulgação do Código Penal brasileiro de 1940.

⁹³ MARQUES, José Frederico, *Curso de direito penal: propedêutica penal e norma penal*, cit., v. 1, p. 93.

José Carlos de Ataliba Nogueira, ao referir-se à inovação trazida pelo Código Penal de 1940, assim se manifestou: “É a maior novidade, a mais profunda modificação ao sistema penal anterior, a introdução, no novo código, do instituto das medidas de segurança. Nenhum outro assunto sobreleva a este, nenhuma outra novidade é maior do que esta.”⁹⁴

Já na Exposição de Motivos, denunciava-se o propósito preventivo das novas sanções penais incorporadas no Direito Positivo brasileiro.

O item 5 do texto da Exposição de Motivos assim veio redigido: “É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.”⁹⁵

Ainda na Exposição de Motivos subscrita por Francisco Campos, as medidas de segurança mereceram destaque no item 33, nos seguintes termos: “Em cotejo com o direito vigente no Brasil, o projeto contém uma inovação capital: é a que faz ingressar na órbita da lei penal as *medidas de segurança*. A Carlos Stoos, no seu projeto de Código Penal suíço, de 1894, cabe o mérito da

⁹⁴ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. As medidas de segurança no novo Código Penal. In: O NÓVO Código Penal: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1942. v. 1, p. 125.

⁹⁵ PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 413.

iniciativa da aliança prática entre a pena e a medida de segurança. Este *criterium* de política criminal, pairando acima de radicalismo de *escolas*, está hoje definitivamente introduzido na legislação penal do mundo civilizado. À parte a resistência dos clássicos, já ninguém mais se declara infenso a essa bilateralidade da reação legal contra o crime. Seria ocioso qualquer arrazoado em sua defesa. Apenas cumpre insistir na afirmação de que as medidas de segurança não têm caráter *repressivo*, não são *pena*. Diferem desta, quer do ponto de vista teórico e prático, quer do ponto de vista de suas causas e de seus fins, quer pelas condições em que devem ser aplicadas e pelo modo de sua execução. São medidas de *prevenção* e *assistência* social relativamente ao ‘estado perigoso’ daqueles que, sejam ou não *penalmente responsáveis*, praticam ações previstas na lei como crime (...).”⁹⁶

O artigo 75 do Código Penal de 1940 instituía que as medidas de segurança regiam-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.

Ao comentar o mencionado dispositivo legal, Edgard Magalhães Noronha discorre: “Mostra, principalmente êsse artigo que sem lei não é possível aplicá-las. É necessário que estejam previstas em texto legal. Com isso, aproximam-se da pena, da qual, entretanto, se afastam, porque esta tem que ser cominada anteriormente em lei – *nulla poena sine praevia lege* – ao passo que as disposições legais referentes à medida e segurança retroagem, como bem claro deixa o citado artigo, ao dizer que se aplica a medida de segurança existente, não ao tempo do crime, mas a contemporânea à sentença e, na hipótese de diversidade, a vigente ao tempo da execução.”⁹⁷

⁹⁶ PIERANGELI, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 429.

⁹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, cit., v. 1, p. 403.

Sobre o tema, o escólio de Nelson Hungria: “Conforme dispõe o artigo 75, a medida de segurança tem de atender à lei sucessiva, não só no momento de sua aplicação, como no início ou curso de sua execução. Nem mesmo a *res judicata* no caso concreto impede a inovação, ainda que *in pejus*, trazida pelo regime da lei sucessiva, ou ainda que a lei anterior não cuidasse de medida de segurança alguma. Nesta última hipótese, entretanto, não se aplicará a medida de segurança, se o indivíduo foi absolvido na vigência da lei antiga, e isto ainda quando a lei atual o presuma perigoso (critério do art. 24 da Lei de Introdução ao Código Penal).”⁹⁸

Em seguida, previa o artigo 76 as condições de aplicabilidade do instituto. As medidas de segurança tinham como pressupostos a prática de fato previsto como crime e a periculosidade do agente.

A periculosidade, na lição de Bento de Faria, “é a ameaça da prática de crime, seja determinada por anomalias particulares do agente, ou defeitos da sua moralidade, ou por tendência congênita ou adquirida para delinqüir, ou por circunstâncias ambientais”.⁹⁹

Sobre o tema, Basileu Garcia indagava: “Como se aprecia a periculosidade? Nela se deve identificar – não a mera possibilidade, mas a probabilidade de que o indivíduo tornará a delinqüir. (...) A idéia de periculosidade, a presidir a administração dos processos de combate à delinqüência é talvez a mais fecunda diretriz legada pela Escola Positiva ao Direito objetivo. Nos seus primórdios, o conceito foi expresso por diferente palavra – temibilidade, que Garofalo definia como a perversidade constante e

⁹⁸ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 3, p. 32-33.

⁹⁹ FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 3, p. 161.

ativa do criminoso e a quantidade de mal previsto, que dele caberia esperar. Incontestável é a vantagem da expressão periculosidade (ou periculosidade social, como diz mais extensamente, o Código italiano, art. 203) sobre o vocábulo temibilidade. O indivíduo será temível por ser perigoso. A sua temibilidade, fenômeno de projeção ambiental, é decorrência do seu pessoal estado perigoso.”¹⁰⁰

Presumiam-se perigosos, na redação do artigo 78: os inimputáveis portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; os semi-imputáveis em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado; os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; os reincidentes em crime doloso; os condenados por crime que houvessem cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.

As medidas de segurança dividiam-se em patrimoniais e pessoais. As primeiras consubstanciavam-se na interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco. As últimas subdividiam-se em detentivas e não detentivas.

As medidas de segurança detentivas consistiam em internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento e em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. Já as medidas não detentivas consistiam em liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados lugares e exílio local.

¹⁰⁰ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 2, p. 603-605.

Segundo o artigo 81 do Código Penal de 1940, não se revogava a medida de segurança pessoal enquanto não se verificasse, mediante exame do indivíduo, que ele deixou de ser perigoso. O exame era realizado ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança, e anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessada a execução da medida de segurança.

Na crítica de Eduardo Reale Ferrari, “embora o artigo 75 do Código Penal de 1940 enuncia-se um relativo princípio da legalidade, comprovando-se pela exigência da prática de um fato previsto como crime, seu próprio parágrafo único possibilitava a aplicação da medida profilática, ainda que não praticado o delito. A legislação era incoerente: ora exigia, para a aplicação da medida de segurança, a prática prévia do delito, ora o dispensava. A exigência constituía um mero controle a evitar o arbítrio judicial, demonstrando-se como um indivíduo de efetiva periculosidade. Em casos excepcionais, dispensava-se a prática do crime, configurando-se suficientes para a sanção fatos perigosos socialmente (quase crimes), que também poderiam atestar a perigosidade do indivíduo. Admitia-se a medida de segurança de cunho social, presumindo-o delinqüente”.¹⁰¹

O sistema de aplicação das medidas de segurança no Código Penal de 1940 ficou conhecido como “duplo binário”. A medida podia ser aplicada cumulativamente com a pena, funcionando como complemento sancionatório pela prática delitiva, após o cumprimento da pena tradicional.

Conforme explica Nelson Hungria, “para o início de execução das medidas de segurança, cumpre distinguir se estas se acham ou não adjetas a pena privativa de liberdade (reclusão, detenção, prisão simples). No primeiro caso, só

¹⁰¹ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 35-36.

se tornam exequíveis depois de cumprida a pena detentiva; no segundo (isto é nos casos dos *irresponsáveis* ou de condenação a simples multa), são exequíveis desde que transite em julgado a sentença. A medida de segurança representa, como já vimos, em relação à pena aplicada aos *responsáveis* (com ou sem culpabilidade atenuada), um *complemento*, um expediente para conjurar a residual periculosidade do condenado, isto é, o *quantum* de inadaptabilidade social que a pena, primacialmente *repressiva* e secundariamente *corretiva* (aplicável ainda quando de antemão se sabia que o delinqüente será inacessível ao seu acessório fim de emenda), é incapaz de reduzir. Se a execução da medida de segurança, de duração indeterminada, precedesse à da pena privativa de liberdade, ficaria esta prejudicada no seu efeito e mérito de imediato contragolpe repressivo, no mesmo passo que se excluiria a sua atuação como antecedente útil ao próprio êxito da medida de segurança. Não transigiu o nosso Código neste particular: em caso algum, de imposição simultânea de pena e medida de segurança, permite a execução desta antes do cumprimento daquela”.¹⁰²

Heleno Cláudio Fragoso bem dimensiona o fundamento utilizado como justificativa para o sistema do duplo binário a partir da análise histórica que deu origem às novas medidas de defesa social: “As medidas de segurança surgem das insuficiências e da crise do sistema clássico de repreensão penal. A pena, sustentava-se, deveria ser fundada na culpabilidade do agente, tendo por base a justa retribuição, que impunha proporcionalidade ao malefício. Em vão reclamava Von Liszt a pena de fim (*Zweckstrafe*), que ao mesmo tempo segregasse, intimidasse e emendasse o delinqüente. Os positivistas, por igual, contrapondo-se aos clássicos, exigiam que a pena fosse apenas medida de defesa social, sem qualquer conteúdo retributivo, destinada à segregação e à emenda. As medidas de segurança, com o sistema do duplo binário, vieram conciliar as correntes de opinião que se contrapunham. Mantém-se a pena, com o seu caráter

¹⁰² HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 3, p. 138.

retributivo, fundada na culpabilidade, e, ao seu lado, introduzem-se as medidas de segurança, que se fundam no estado perigoso, visam exclusivamente à prevenção, corrigindo ou emendando o delinqüente.”¹⁰³

Ainda sob a égide do Código Penal de 1940, fazia crítica ao duplo binário o renomado penalista: “Esse sistema, que se difundiu com os códigos penais promulgados entre as duas grandes guerras, está hoje em crise. Deve-se começar assinalando que esse sistema do duplo binário, em realidade nunca funcionou. Não foram construídos os estabelecimentos para o cumprimento das medidas de segurança detentivas para imputáveis, e o que se verificou é que essas medidas constituem virtualmente uma pena de segurança. Tudo não passa, como dizia Kohlrausch, de uma burla de etiquetas. Os juristas clássicos apaziguam a sua consciência aplicando pena com outro nome, e, supostamente, com outros pressupostos, ante a manifesta falência da pena tradicional como meio de recuperação social do delinqüente.”¹⁰⁴

2.5.6 O Código Penal de 1969

O Código Penal de 1969, promulgado pelo Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, e originado do anteprojeto de autoria de Nelson Hungria, manteve o instituto das medidas de segurança, com poucas alterações em relação ao texto de 1940.

Seu maior mérito, contudo, foi sepultar o sistema do duplo binário no país. Não mais seria possível a aplicação sucessiva de pena e medida de segurança ao mesmo indivíduo. Ao juiz incumbia o dever de decidir pela

¹⁰³ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*, cit., p. 381.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 381-390.

imputabilidade ou inimputabilidade do agente. As medidas de segurança ficaram reservadas exclusivamente aos últimos. Aos imputáveis aplicava-se a pena. Em relação aos semi-imputáveis, o julgador poderia optar por uma dentre as duas formas de sanção: pena diminuída ou medida de segurança, sendo vedada a cumulação.

Era o fim do duplo binário no Brasil.

O avanço, entretanto, nunca pôde ser sentido. O Código Penal de 1969, apesar de promulgado, jamais entrou em vigor. Sua vigência foi prorrogada, tendo sido alterado o texto original, com a edição da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Posteriormente, o Código foi revogado em 1975.

O artigo 91 do Código classificava as medidas de segurança em pessoais e patrimoniais. O seu parágrafo 1º arrolava as medidas pessoais: internação em manicômio judiciário; internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou seção especial de um ou de outro; interdição do exercício de profissão; cassação de licença para direção de veículos motorizados; exílio local; proibição de freqüentar determinados lugares. Quanto às medidas patrimoniais, foram contempladas a interdição de estabelecimento industrial ou comercial ou sede de sociedade ou associação e o confisco.

Manteve-se, outrossim, a indeterminação do prazo de internação. O artigo 92, parágrafo 1º, preconizava: “A internação, cujo mínimo deve ser fixado entre um e três anos, é por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade do internado.”

2.5.7 A reforma penal de 1984 e o sistema vicariante

Como visto, permaneceu vigorando no Brasil o sistema do duplo binário, até a entrada em vigor da reforma penal de 1984.

Somente com a promulgação da nova Parte Geral de 1984 é que as medidas de segurança finalmente passaram a ser aplicadas exclusivamente aos inimputáveis e aos semi-imputáveis no Brasil. Passou a vigorar finalmente o sistema vicariante.

O comentário é de René Ariel Dotti: “Desde o tempo da institucionalização das medidas de segurança, dois sistemas disputaram a preferência dos códigos penais: *a) o duplo binário; b) o vicariante*. O primeiro foi assim designado em atenção à origem italiana da expressão *doppio binario*, ou seja, duplo trilho ou dupla via. E significava a imposição sucessiva da pena e da medida de segurança em consequência do mesmo fato. Cumprida aquela, aplicava-se esta se persistisse o estado de periculosidade. Ao enfatizar a eliminação do sistema dualista em favor do sistema unitário, a Exp. da nova Parte Geral do CP afirma que ao réu perigoso e culpável ‘não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração da pena eufemisticamente denominada medida de segurança’ (item n. 87). Os notórios inconvenientes determinados por esse sistema, que desde os primeiros tempos de sua implantação através do CP italiano, o famoso *Codice Rocco* (1930), já motivava abertas e contundentes críticas. O sistema vicariante, também chamado *binário único*, consiste na imposição exclusiva da pena ou da medida de segurança. Não se admite mais a aplicação e a execução cumulativa das duas reações penais, funcionando a medida de segurança como um complemento da pena e gerando o paradoxo: se uma das finalidades da pena de prisão é ressocializar ou reeducar o infrator, sob o pálio da prevenção especial, como se justificar um complemento

que pressupõe a periculosidade, ainda persistente? Trata-se de uma *contraditio in adjecto* e portanto, a negação de um dos objetivos da pena, assim declarados em textos constitucionais e leis ordinárias. O artigo 98 do CP consagra o sistema vicariante ao estabelecer que, quando o agente submetido à regra do parágrafo único do artigo 26 necessitar de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode (*rectius*: deve) ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial. Como o próprio vocábulo está a indicar (do latim *vicariu* = que faz as vezes de outrem ou de outra coisa), diante de tal quadro o juiz determina uma providência de natureza curativa em lugar da pena.”¹⁰⁵

Em edição mais recente de sua obra, já sob a égide da reforma penal de 1984, Heleno Cláudio Fragoso, com propriedade, bem evidenciou o fracasso do sistema anterior: “Desfaz-se, assim, o esquema jurídico do duplo binário, que é mera ficção com que se comprazem os juristas. Esse esquema, por seu artificialismo, não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito. A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa de liberdade da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico. Leis modernas, que mantêm o sistema, aproximam a medida de segurança da pena, adotando o critério vicariante, o princípio da reserva legal para as medidas e a regra da proporcionalidade. Como nota Jescheck, o problema se deslocou, na atualidade, da disputa teórica sobre o caráter das sanções, para a necessidade de proteger os delinqüentes habituais e reincidentes contra o arbítrio estatal e os excessos judiciais. (...) Entre nós, o sistema do duplo binário, adotado pelo CP de 1940, nunca funcionou. O que se tem a dizer é que nos 40 anos de vigência desse código, somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentivas para

¹⁰⁵ DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 621-622.

imputáveis. Em nenhum outro Estado existiram tais estabelecimentos, o que significa que as disposições do código ficaram no papel. Em consequência, as medidas de segurança detentivas para imputáveis não se cumpriam nunca, sendo substituídas pela liberdade vigiada, uma medida puramente retórica. Por outro lado, sempre se concedeu livramento condicional, declarando-se a cessação da periculosidade, o que se tinha, nesses anos todos, é que o sistema funcionava sem que as medidas de segurança detentivas para imputáveis fizessem falta. A tendência moderna é no sentido de abandono do sistema do duplo binário, eliminando-se as medidas de segurança detentivas para imputáveis. Nesse sentido orientou-se a reforma de nossa legislação penal desde o anteprojeto Hungria, de 1963, e o CP de 1969, até a lei vigente.”¹⁰⁶

O artigo 26, *caput*, da nova Parte Geral do Código Penal brasileiro considera inimputável o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O parágrafo único do aludido dispositivo legal é dedicado ao semi-imputável, entendido como o agente que, em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Na Exposição de Motivos, Ibrahim Abi-Ackel expressamente consignou: “Extingue o Projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções

¹⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9. ed. revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 406-407.

clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade – pena; periculosidade – medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança. Para alcançar esse objetivo, sem prejuízo da repressão aos crimes mais graves, o Projeto reformulou os institutos do crime continuado e do livramento condicional, na forma de esclarecimentos anteriores. Duas espécies de medida de segurança consagra o Projeto: a detentiva e a restritiva. A detentiva consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, fixando-se o prazo mínimo de internação entre 1 (um) e 3 (três) anos. Esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente. O Projeto consagra significativa inovação ao prever a medida de segurança restritiva, consistente na sujeição do agente a tratamento ambulatorial, cumprindo-lhe comparecer ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita. Corresponde a inovação às atuais tendências de ‘desinstitucionalização’, sem o exagero de eliminar a internação. Pelo contrário, o Projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitido quando o ato praticado for previsto como crime *punível com detenção*. A sujeição a tratamento ambulatorial será também determinada pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, devendo perdurar enquanto não verificada a cessação da periculosidade. O agente poderá ser transferido em qualquer fase do regime de tratamento ambulatorial para o detentivo, consistente em internação hospitalar da custódia e tratamento psiquiátrico, se a conduta revelar a necessidade da providência para fins curativos. A liberação do tratamento ambulatorial, a

desinternação e a reinternação constituem hipóteses previstas nos casos em que a verificação da cura ou a persistência da periculosidade as aconselhem.”

Importante avanço trouxe a reforma, ao revitalizar o princípio da legalidade na medida de segurança. Sua aplicação tem como pressupostos a periculosidade e prática de um fato definido como crime.

Outrossim consagrado restou o princípio da retroatividade da lei benéfica. Uma vez mais, invoca-se o escólio de René Ariel Dotti: “O CP em sua redação original estabelecia: ‘As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução’. Aquela regra – que não foi mantida pela Reforma de 1984 – permitia a aplicação retroativa da *lex gravior*, sob o argumento de que a medida de segurança não se impõe pelo que o indivíduo fez, mas pelo que ele *é* ou *pode vir a fazer*. (...) No sistema positivo atual, a lei aplicável ao inimputável ou semi-imputável, indicados pelo artigo 26 e parágrafo único do CP, é a lei vigente ao tempo do fato (*tempus regit actum*). Esse foi o entendimento adotado pela jurisprudência sob o advento da Lei n. 7.209/84 que suprimiu diversos tipos de medida de segurança previstos anteriormente.”¹⁰⁷

Ademais, o artigo 99 do atual Código Penal brasileiro exige que o internado seja recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e submetido a tratamento.

¹⁰⁷ DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 626.

CAPÍTULO 3 – O PROBLEMA DA DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

3.1 As medidas de segurança no Código Penal

3.1.1 Conceito e pressupostos

O atual Código Penal brasileiro dedicou o Título VI da Parte Geral inteiramente à disciplina das medidas de segurança. O instituto é tratado nos artigos 96 a 99.

A medida de segurança é dimensionada no sistema legal como sanção penal imposta pelo Estado com finalidade exclusivamente preventiva, para evitar a prática de novas infrações por indivíduos tidos como perigosos.

Para que a medida de segurança seja aplicada, dois pressupostos são necessários: prática de um fato definido em lei como crime e periculosidade do agente, entendida esta como a potencialidade para a prática de novos delitos.

Daí porque a medida de segurança não pode ser aplicada se não houver prova da prática de uma infração penal e sua autoria, se estiver presente qualquer causa de exclusão da ilicitude e se tiver ocorrido prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade.

O Código Penal brasileiro adotou o sistema vicariante, em oposição ao sistema do duplo binário. Ou seja, ficou vedada a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança para o mesmo indivíduo.

Assim sendo, a sanção penal aplicável aos indivíduos imputáveis sempre será uma pena. Já aos inimputáveis aplica-se exclusivamente uma medida de segurança. No tocante aos semi-imputáveis, há a possibilidade de aplicação de pena ou de medida de segurança, conforme a recomendação pericial.

3.1.2 Espécies de medida de segurança no Código Penal brasileiro

No atual regime jurídico, as medidas de segurança consistem em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, e sujeição a tratamento ambulatorial. As primeiras recebem o nome de medidas detentivas e as últimas são chamadas de medidas restritivas.

A medida de segurança detentiva é obrigatória quando a pena cominada ao delito for de reclusão, consoante questionável critério adotado pelo artigo 97 do Código Penal. Seu prazo é indeterminado, condicionando-se a liberação à constatação judicial, mediante perícia médica, da cessação da periculosidade. O prazo mínimo previsto em lei varia de um a três anos. Há, contudo, possibilidade de realização do exame pericial a qualquer tempo, mesmo antes do prazo mínimo, a critério judicial, conforme autorização expressa do artigo 176 da Lei n. 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal).¹⁰⁸

O artigo 97, parágrafo 3º, do Código Penal é expresso ao dispor que “a desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida

¹⁰⁸ O Capítulo 5 deste trabalho é dedicado inteiramente à análise do critério legal vigente de escolha do tratamento a ser dispensado aos inimputáveis. Pretende-se demonstrar que o único critério válido é o médico-legal, sendo ilegítima a opção adotada pelo legislador penal no artigo 97 do Código Penal brasileiro.

a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”.

Dispõe ainda o artigo 99 do Código Penal que o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares.

Já a medida restritiva pode ser aplicada aos fatos punidos com detenção, nos termos do que dispõe o artigo 97 do Estatuto Repressivo. O prazo de duração do tratamento também é indeterminado, havendo possibilidade de conversão em internação, se essa providência for necessária para fins curativos. A constatação da cessação da periculosidade será igualmente realizada ao término do prazo mínimo, que também varia de um a três anos. Igual possibilidade existe acerca da verificação da cessação de periculosidade antes do fim do prazo mínimo. A liberação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente praticar fato indicativo de persistência da periculosidade antes do decurso de um ano.

Em relação à Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), prevalece critério diverso. A avaliação acerca da necessidade de internação ou da suficiência do tratamento ambulatorial fica a critério do juiz, qualquer que seja a natureza da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito.

Saliente-se ser possível no atual sistema a aplicação de medida detentiva aos indivíduos que houverem praticado crime apenado com detenção. De fato, a aplicação de tratamento ambulatorial é facultativa, podendo o juiz optar pela internação, de acordo com a maior ou menor periculosidade do agente.

Há, outrossim, previsão legal de que o tratamento ambulatorial possa ser convertido em internação, em qualquer fase. O contrário, entretanto, não é

possível, isto é, não se admite a conversão da internação em tratamento ambulatorial.

Em relação aos semi-imputáveis, incide o sistema vicariante: pode o juiz aplicar pena diminuída de 1/3 a 2/3 ou medida de segurança, desde que o faça fundamentadamente.

3.1.3 A execução das medidas de segurança

Fernando Capez, em breve síntese, enumera os passos do procedimento para a execução da medida de segurança: “a) transitada em julgado a sentença, expede-se a guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, conforme a medida de segurança seja detentiva ou restritiva; b) é obrigatório dar ciência ao Ministério Público da guia referente à internação ou ao tratamento ambulatorial; c) o diretor do estabelecimento onde a medida de segurança é cumprida, até um mês antes de expirar o prazo mínimo, remeterá ao juiz um minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou a permanência da medida; d) o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico; e) o relatório não supre o exame psiquiátrico (...); f) vista ao Ministério Público e ao defensor do sentenciado para manifestação dentro do prazo de 3 dias para cada um; g) o juiz determina novas diligências ou profere decisão em 5 dias; h) da decisão proferida caberá agravo, com efeito suspensivo (LEP, art. 179).”¹⁰⁹

Em caso de superveniência de doença mental ou perturbação da saúde mental do sentenciado no curso da execução da pena privativa de liberdade, prevê o artigo 183 da Lei n. 7.210/84 a possibilidade de o juiz substituir a pena

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 433-434.

por medida de segurança de ofício ou a pedido do Ministério Público ou da autoridade administrativa.

No que pertine à substituição da pena por medida de segurança, cumpre ressaltar a ponderada advertência de Antonio Carlos da Ponte: “Sobrevindo perturbação da saúde mental no curso da execução, esta ficará suspensa, determinando-se a transferência do condenado para o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta deste, a outro estabelecimento adequado (art. 41 do CP). Por razões humanitárias, o período de internação provisória, e conseqüente observação, será computado para fins de detração penal, uma vez que a execução da pena não sofre interferência. Alcançando-se melhora ou até mesmo cura, o sentenciado retornará à prisão para o cumprimento da pena que lhe resta, descontado o tempo de internamento. Na hipótese de piora do agente ou do advento de doença mental, o juiz de direito, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, após a realização da competente perícia médica, poderá determinar a conversão da pena imposta em medida de segurança (art. 183 da Lei de Execução Penal). Realizada a conversão, que optará por uma medida de segurança detentiva (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) ou restritiva (sujeição a tratamento ambulatoria), passam a reger a execução penal as regras próprias da sanção aplicada em substituição. Isso significa que a medida de segurança será estabelecida por um prazo mínimo, variável de um a três anos, sem contudo que seu prazo máximo ultrapasse aquele correspondente à pena substituída, sob pena de ofensa à coisa julgada, uma vez que a superveniência de doença mental não tem o condão de retroagir seus efeitos, de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Do contrário, estar-se-ia, de modo indireto, impondo-se ao

sentenciado o cumprimento correspondente ao somatório da pena e da medida de segurança, possibilidade definitivamente afastada pelo sistema vicariante.”¹¹⁰

No tocante à prescrição, cumpre ressaltar a ausência de disposições legislativas específicas no tocante às medidas de segurança. Há ainda hoje insuperáveis divergências jurisprudenciais acerca do prazo prescricional da medida de segurança. Para alguns, a prescrição deve ser calculada levando-se em consideração a pena mínima abstratamente cominada ao delito perpetrado. Outros sustentam que o prazo prescricional deva ser calculado com base na pena máxima abstratamente cominada ao crime. Nos casos de medida de segurança substitutiva, tem prevalecido o entendimento jurisprudencial no sentido de se levar em conta, para fins de prescrição, a pena aplicada na sentença. A matéria segue indefinida tanto na doutrina como na jurisprudência, com grave prejuízo para o princípio da segurança jurídica.¹¹¹

3.2 O conceito de periculosidade e sua evolução histórica

A periculosidade é tida como o segundo pressuposto para a aplicação da medida de segurança e se traduz na potencialidade do indivíduo para a prática de novas condutas anti-sociais. A periculosidade é presumida em relação aos inimputáveis. Heleno Cláudio Fragoso traz breve mas preciso esboço histórico acerca da evolução do conceito de periculosidade: “O conceito de perigo referido à personalidade do delinqüente surge com o positivismo criminológico. Os clássicos haviam tratado do conceito de perigo na estrutura do crime,

¹¹⁰ PONTE, Antonio Carlos da, *Inimputabilidade e processo penal*, cit., p. 70.

¹¹¹ O Capítulo 4 desta dissertação trata unicamente da ausência de critérios claros no atual ordenamento jurídico sobre a disciplina da prescrição das medidas de segurança e sua incompatibilidade com as exceções constitucionalmente previstas de imprescritibilidade, assim como com os princípios constitucionais do Direito Penal, entre os quais o da segurança jurídica.

definindo-o como probabilidade de dano. Construindo, porém, o sistema com base na culpabilidade fundada no livre arbítrio, e na responsabilidade moral, desconhecera por completo a idéia de periculosidade, embora Feuerbach tenha, sem conseqüências, se referido a ela como ‘qualidade da pessoa pela qual fundamentadamente se presumirá que ela deve efetivamente violar o direito’. Pretendendo mudar o centro de gravidade do sistema, a Escola Positiva, com a obra de Garofalo (1880), sustentava que a pena deveria ajustar-se à temibilidade do delinqüente. Como Ferri observou, a referência à temibilidade não era feliz. Temibilidade expressa uma impressão subjetiva e é, realmente, a conseqüência da periculosidade. Esta vem entendida como qualidade pessoal do sujeito ou como inadaptabilidade social, revelada por um conjunto de fatores objetivos e subjetivos, e, particularmente, pela prática de um crime. A periculosidade é, em substância, um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empiricamente formulado e, portanto, sujeito a erros graves. Pressupõe-se sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada. O sistema se defende aplicando medidas de segurança a pessoas que sofrem de anomalias mentais e que apresentam probabilidade de praticar novos atos que a lei define como crimes.”¹¹²

O conceito de periculosidade, portanto, encerra juízo de probabilidade. Há autêntica presunção diante de um conjunto de circunstâncias diversas, dentro de critérios bastante incertos, que determinado indivíduo voltará a delinqüir. As incertezas decorrentes desse prognóstico desde logo evidenciam a impossibilidade de se prever que o indivíduo tido como perigoso volte realmente a praticar condutas anti-sociais.

¹¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: a nova parte geral*, cit., p. 408-409.

Ao longo da história, verifica-se que boa dose de preconceito atribuiu pura e simplesmente a determinados indivíduos o estigma da periculosidade. Incluídos nesse conceito vago e impreciso sempre estiveram os indivíduos sem ocupação, os mendigos, as prostitutas, os alcoólatras, os toxicômanos e os doentes mentais¹¹³. Vê-se que a periculosidade nesses termos constitui verdadeiro fator de discriminação de indivíduos tidos como socialmente inconvenientes. A sua segregação sempre serviu aos desideratos dos regimes totalitários.

Relembre-se a advertência de Cesare Beccaria em sua obra clássica: “Percorramos a história e constataremos que as leis, que deveriam ser convenções estabelecidas livremente entre os homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou do fruto do acaso e do momento, e jamais obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com este único fim: *tudo o bem-estar possível para a maioria.*”¹¹⁴

As medidas de segurança não constituíram exceção a esse pensamento atualíssimo.

3.3 A indeterminação do prazo de duração e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana

Como já visto no Capítulo 2, as medidas de segurança surgiram como solução para o tratamento do delinqüente tido como perigoso, por contribuição

¹¹³ Note-se o forte teor discriminatório das expressões normalmente utilizadas na doutrina para designá-los, tais como “vagabundos”, “vadios habituais”, “ébrios habituais”, “loucos furiosos”, dentre outras facilmente encontradas na literatura jurídica já produzida sobre o tema..

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, cit., p. 11-12.

do positivismo criminológico, a partir das idéias preconizadas por Lombroso, Ferri e Garófalo. Na sua origem, a indeterminação do prazo de duração era nota diferencial nítida em relação à sanção penal até então conhecida.

Contudo, já no Anteprojeto de Código Penal suíço de 1893 proposto por Karl Stoos, fixaram-se prazos mínimo e máximo de duração das medidas de segurança. Segundo o artigo 40 do Anteprojeto, aos reincidentes seria imposta a medida de segurança de internamento por período não inferior a dez anos e nem superior a vinte anos. Certo que, em relação aos não-reincidentes, permaneceu a indeterminação do prazo máximo no Anteprojeto.

Registra Eduardo Reale Ferrari que diversas codificações introduziram a disciplina das medidas de segurança na primeira metade do século XX, mantendo-se a determinação do prazo de duração. Assim, na França, estabeleceu o Código Penal de 1934 o prazo máximo de cinco anos para as medidas de segurança aplicadas aos alcoólatras e dois anos às impostas aos mendigos. Na Alemanha, o Código Penal de 1933 previu que as medidas de internação, em casas de asilo ou de trabalho aplicadas aos alcoólatras, também estão sujeitas ao prazo máximo de dois anos, permanecendo indeterminada a duração nos demais casos.¹¹⁵

Assim é que a imposição de prazos mínimos e máximos de duração da medida de segurança já era conhecida desde a sistematização do instituto, não havendo qualquer incompatibilidade com seus fundamentos e fins.

Não se ignora que na maior parte dos casos para os quais a medida de segurança era prevista na primeira metade do século XX, a indeterminação do

¹¹⁵ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 175.

prazo de duração era a regra. Ela era, inclusive, nota distintiva entre as medidas de segurança e as penas, estas últimas sempre determinadas. A distinção tinha por base os próprios fundamentos que diferenciavam as novas sanções penais das já conhecidas, notadamente o critério preventivo e a finalidade eminentemente terapêutica. A duração ficava sempre condicionada à cessação da periculosidade, o que poderia ocorrer a qualquer tempo.

Contudo, diferentes são as bases em que se funda o poder estatal no Estado Democrático de Direito.

Há que se ter presente que o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado pela Constituição Federal à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, nos precisos termos do artigo 1º, inciso III. Trata-se de imperativo informador de todas as ações estatais.

Alice Bianchini ressalta com propriedade que “o princípio da dignidade da pessoa exige que todos os esforços sejam empreendidos no sentido de se evitar os efeitos deletérios da prisionalização, e que não se abandonem, mas, antes, até mesmo se intensifiquem, também, as preocupações no âmbito da reinserção social do condenado, criando, por exemplo, programas de auxílio ao egresso, a fim de reduzir a reincidência e, então, proteger, de forma mais eficaz, a sociedade. Daí é possível decorrer que se viva melhor na sociedade se – e quando – forem mais bem qualificados os indivíduos que a integram (e, bem visto, sociedade que inclui necessariamente o ex-presidiário)”.¹¹⁶

Nunca é demais lembrar que o princípio em tela aplica-se também aos inimputáveis portadores de sofrimento mental, aos semi-imputáveis e a todos os

¹¹⁶ BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, cit., p. 115.

marginalizados aos quais se direcionaram as preocupações filosóficas que culminaram com a criação das medidas de segurança, com o inconfessável propósito de segregá-los por toda a vida.

Jorge de Figueiredo Dias relembra atentamente que embora criada com nobres intenções, a medida de segurança serviu a regimes totalitários, tornando-se autêntico instrumento de opressão. Em seus precisos dizeres: “Se bem que eivada de nobres intenções, a medida de segurança criminal – que, nas duas primeiras décadas do nosso século, considerava-se em geral um instrumento mais humano, progressista e democrático do que a pena (a ‘pena retributiva’ em que então basicamente se pensava) – foi utilizada pelos regimes ditatoriais e antidemocráticos do nosso século e pelas ideologias que os presidiram (da nazifascista à corporativista e à marxista-leninista) como instrumento por excelência de domínio, de opressão e mesmo de extermínio, em nome de princípios próprios do direito penal. O que lançou sobre ela dúvida radical, senão a mancha do opróbrio, ainda mesmo quando, na letra da lei, a sua aplicação fosse restringida aos inimputáveis em razão de anomalia psíquica. Pois bem se sabe como a própria noção de inimputabilidade – e sobretudo a de ‘anomalia mental’, que constitui um dos seus fundamentos – foi manipulada de modo a abranger os opositores, os dissidentes e os simples contestatórios da ‘ordem’ (nomeadamente, política) estabelecida, a abranger, em último termo, o ‘ser-diferente’ que nos regimes democráticos contemporâneos e mesmo nos mais recentes instrumentos de defesa dos direitos humanos, bem pelo contrário, se tende a ver como expressão de um verdadeiro direito fundamental: o ‘direito à diferença’. Assim se diria que os perigos da medida de segurança criminal terminam absolutamente logo que o ordenamento jurídico-penal que a suporta

seja o que é próprio de um regime democrático, aberto e pluralista, obediente à regra fundamental do Estado de Direito.”¹¹⁷

Ao discutir o problema da legitimação das medidas de segurança em face do Estado de Direito, prossegue o aludido autor, “a legitimação das medidas de segurança decorre, muito simplesmente, da sua aludida finalidade global de *defesa social*: de prevenção de ilícito-típicos futuros pelo agente perigoso que cometeu já um ilícito-típico grave. Só deste modo poderão se compreender as exigências jurídico-constitucionais – que devem ser irrestritamente válidas em todo o ordenamento em que vigore a regra do Estado de Direito – de que a aplicação de medidas de segurança seja monopólio do poder judicial, por um lado; e de que, por oportuno, a sua aplicação fique na dependência dos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade ou proibição do excesso. Isto é, concretamente: que uma medida de segurança só possa ser aplicada para defesa de um interesse comunitário preponderante e em medida que não se revele desproporcional à gravidade do ilícito-típico cometido e à perigosidade do agente. Como só deste modo poderá se aceitar que a aplicação da medida de segurança, não sendo função da idéia jurídico-penal de culpabilidade, nem encontrando nesta o seu limite, todavia constitua uma reação aceitável nos quadros do Estado de Direito e de modo algum violadora do respeito pela dignidade da pessoa”.¹¹⁸

Estamos com Eduardo Reale Ferrari, quando leciona com a precisão que lhe é peculiar: “Num Estado Democrático de Direito, imperiosa será a existência de limites de intervenção do Estado, figurando patente que todo o conteúdo garantístico existente nas penas deve valer automaticamente para as medidas de

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 139-140.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 149.

segurança criminais. (...) Em razão dos irrenunciáveis princípios do Estado Democrático de Direito, absolutamente necessária a existência de limites máximos de duração às medidas de segurança criminais. As garantias jurídicas são irrenunciáveis, destacando-se a segurança quanto aos limites de alteração e intervenção do poder do Estado na esfera da liberdade individual, quer na fase do conhecimento quer na fase da execução. Segurança jurídica exige que toda a sanção aflitiva tenha duração predeterminada, representando característica fundamental do Estado Democrático de Direito que a intervenção estatal na liberdade do cidadão seja regulamentada e limitada, não podendo furtar-se desta situação a medida de segurança criminal.”¹¹⁹

Cabe observar não estarem os inimputáveis excluídos do sistema de garantias inerentes ao Estado de Direito. A disciplina das medidas de segurança não constitui regime de exceção ao Estado Democrático de Direito. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os institutos do Direito Penal, notadamente aos que tratam diretamente do poder punitivo estatal, impondo-lhes limites consubstanciados nos fatores que fundamentam e legitimam todas as sanções penais.

Mas inconciliável dificuldade no plano da constitucionalidade decorre da ilimitada privação de liberdade a que podem ser legalmente submetidas as pessoas sancionadas com a medida de segurança detentiva.

Nesse sentido, o escólio de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “A forma penal desta coerção compromete, grandemente, a liberdade das pessoas a ela submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as ‘medidas’ um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada,

¹¹⁹ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 177-178.

podendo o arbítrio dos peritos e dos juízes decidir acerca da liberdade das pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas. O problema não é simples, e a pouca atenção que, geralmente se dá às medidas de segurança, do ponto de vista dogmático, torna-a bastante perigosa para as garantias individuais.”¹²⁰

Pertinente ainda a observação de Carolina Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques, ao tratarem do princípio da humanidade das penas: “É importante ressaltar que a prisão perpétua, assim como a pena de morte, afasta a finalidade de reintegração social, que deve nortear a execução das sanções penais, da perspectiva da prevenção especial positiva. Tais penas inserem-se em uma perspectiva negativa de prevenção especial, de eliminação ou segregação permanentemente do condenado, desprovida de fins construtivos”¹²¹. A conclusão em tudo se aplica às medidas de segurança.

Note-se que, de acordo com normas expressas no Código Penal brasileiro, já objeto de análise no item 3.1, as medidas de segurança podem perdurar por toda a vida dos indivíduos a elas submetidos. Basta, para tanto, que não seja constatada pericialmente a cessação da periculosidade. Temos, pois, um paradoxo: a sanção penal de caráter eminentemente preventivo e terapêutico proporciona, por incrível que possa parecer, limitações ao direito de liberdade perpétuas, não encontráveis na sanção penal tradicional.

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 809.

¹²¹ LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 441.

Indaga-se: Autoriza a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII, “b”, a privação perpétua de liberdade? A resposta é evidentemente negativa.

A periculosidade de um indivíduo inimputável que tenha perpetrado um ilícito penal não é maior nem menor do que a de um imputável que o tenha cometido. Nada justifica juridicamente a submissão de um deles a controle penal perpétuo, com restrição de sua liberdade por toda a vida. Não existe legitimação, nem tampouco fundamento jurídico aceitável em excepcionar todas as garantias constitucionais de um indivíduo com base única e exclusivamente na discutível prognose de que voltará a praticar fatos lesivos, em decorrência de ser portador de perturbação mental.

Tal juízo de probabilidade é muito menos incerto em relação ao multirreincidente imputável do que ao inimputável que tenha praticado uma única infração penal.

Veja-se a incongruência: de um lado, o inimputável autor de um furto está sujeito a medida de internação com privação de liberdade talvez por toda a vida. De outra parte, o homicida imputável multirreincidente submete-se a limitação máxima de trinta anos de reclusão, com ampla possibilidade de progressão de regime ao longo do cumprimento da pena e antecipação de liberdade antes desse prazo, com a possibilidade de livramento condicional, institutos que sem qualquer razão jurídica justificável não foram previstos para as medidas de segurança.

Assim, revela-se inaceitável, em face dos princípios constitucionais estudados, a possibilidade de privação de liberdade perpétua em razão de uma sanção penal. Se a lei não impôs limites máximos de duração para a medida de

segurança, cabe ao intérprete fazê-lo a partir de análise sistemática de todo o ordenamento jurídico penal, com estrita observância dos princípios constitucionais pertinentes.

Há que se reconhecer a ausência de exceções: o poder punitivo estatal está sujeito a limites temporais.

E assim o fez expressamente a Constituição da República Portuguesa, consoante o escólio de António Ferreira Calado: “Estabelece o texto constitucional, designadamente no artigo 30º, as características de admissibilidade e de inadmissibilidade das penas ou medidas de segurança limitativas da liberdade. Assim, é constitucionalmente inadmissível a existência de penas ou medidas de segurança limitativas de liberdade de natureza perpétua ou cujo prazo de cumprimento não seja limitado ou definido. É ainda reconhecida a manutenção da titularidade de direitos fundamentais, exceção feita às limitações resultantes da condenação e respectiva execução.”¹²²

Daí porque não nos parecem corretas as conclusões de Juliana Fogaça Pantaleão, para quem não há que se falar em perpetuidade da medida de segurança, vez que sua própria definição já prevê seu prazo perfeitamente prorrogável¹²³. Ora, o fato de sua definição contemplar a possibilidade de prorrogação por tempo indeterminado não afasta a perpetuidade da sanção penal em tela, bem como sua manifesta incompatibilidade com os princípios limitadores do poder de punir estatal.

¹²² CALADO, António Ferreira. O sistema prisional garante de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 703.

¹²³ PANTALEÃO, Juliana Fogaça. Medida de segurança e reforma da Lei de Execução Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5315>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

Em defesa da indeterminação do prazo máximo de duração, concluiu a autora: “Portanto, nota-se que a falibilidade não se encontra no instituto da medida de segurança em si mesmo, mas na forma de sua aplicação, da mesma maneira que ocorre com os estabelecimentos penitenciários, os quais não apresentam a menor condição de proporcionar aos condenados preceitos mínimos de sobrevivência, que dirá de recuperação.”¹²⁴

Ora, evidente que a aplicação das medidas de segurança como se tem verificado nos hospitais de custódia e tratamento no país revela efetivamente graves violações aos direitos humanos dos internados. Mas a incongruência ocorre não apenas no plano fático, é sobretudo dogmática. A própria conformação jurídica do instituto encontra-se em desconformidade com os princípios constitucionais informadores do Direito Penal.

A disciplina jurídica das medidas de segurança no Código Penal brasileiro analogamente assemelha-se a uma redoma, que parece impedir a incidência dos princípios constitucionais. Tudo sob o singelo fundamento de que o instituto se baseia na periculosidade, erigida esta em um autêntico juízo de adivinhação: o inimputável voltará a praticar crimes.

Estamos com Ivanira Pancheri, em sua pertinente leitura sobre a aplicação fática das medidas de segurança: “É de se salientar que não obstante a bondade dos administradores da instituição ou da qualidade excepcional do tratamento, este encarceramento involuntário constitui uma pena. O interno, pois, mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença, bem como, as injungidas em nome da ordem e da segurança do estabelecimento. No caso dos doentes mentais que perpetraram

¹²⁴ PANTALEÃO, Juliana Fogaça, Medida de segurança e reforma da Lei de Execução Penal, cit.

fato típico e ilícito, seus direitos humanos requerem especial cuidado por parte dos profissionais que os assistem.”¹²⁵

Mais adiante, conclui: “(...) consoante inteligência do que venha a ser Estado Democrático de Direito, posto no artigo 1º da Constituição Federal, toda intervenção estatal na liberdade do homem tem que ser rigorosamente regradada e limitada. Desta forma, o inimputável não pode ter menos direitos que o imputável. A inocuização não pode ficar acima da meta de reeducação e das garantias constitucionais.”¹²⁶

Ainda em relação à questão do prazo máximo de duração das medidas de segurança, importante observação decorre do mandamento inserto no artigo 96, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Ora, dentre as causas extintivas da punibilidade, está a prescrição, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Assim é que não subsistem as medidas de segurança que não tenham sido executadas antes do advento do termo prescricional. As únicas exceções são os casos de imprescritibilidade previstos expressamente na Constituição.¹²⁷

Vê-se claramente que o poder estatal de impor as medidas de segurança está sujeito ao limite temporal, pelo que as efetivamente executadas também o estão. Essa a única conclusão decorrente de interpretação sistemática do

¹²⁵ PANCHERI, Ivanira. Medidas de segurança. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 5, n. 20, p. 107, out./dez. 1997.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 109.

¹²⁷ A prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático submetem-se à regra constitucional da imprescritibilidade, nos termos do artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal.

dispositivo em análise, em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito consagrados constitucionalmente.

Entendimento contrário levaria ao paradoxo de se ter um sistema jurídico que beneficia o inimputável foragido com a extinção da medida de segurança pela prescrição, em detrimento daquele que se submete ao tratamento imposto. E o absurdo dessa desigualdade seria manifesto.

Quanto à probabilidade de um inimputável colocado em liberdade após determinado tempo de cumprimento de internação voltar a delinquir, não é maior nem menor do que a de um imputável que tenha cumprido sua pena privativa de liberdade e retornado ao convívio social.

Nenhuma cientificidade existe na presunção de que o inimputável voltará provavelmente a praticar crimes. Afirmar o contrário é estigmatizar pura e simplesmente os indivíduos portadores de distúrbios mentais por toda a vida, ao completo arrepio das garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Razão assiste a Tânia Maria Nava Marchewka, ao comentar: “Ora, na produção das imagens do doente mental ele é sempre visto pela tônica da piedade e do medo, da caridade cristã, da intolerância, inclusive da própria família ou da repressão, da vítima ou do criminoso perigoso, sempre numa dualidade aparente dissociada, mas que representa duas faces de uma mesma moeda: a representação do destrutivo, do negativo ou do mal social. Isto quer dizer que, ao lado da medida de segurança, transparece a ‘demonização’ dos doentes mentais por aquilo que eles podem significar: o mito da loucura. (...) Assim, podemos dizer que chegamos a um perfil dado ao doente mental infrator traçado pela opinião pública, pela psiquiatria forense, pela justiça, e que a

questão da periculosidade criminal do doente mental dada pela opinião pública e dos profissionais do direito e da psiquiatria forense corresponde a um mito que é falado, repetido e assimilado e que se tornou verdade, mas que não pode ser provado ‘cientificamente’. O mito da negatividade, do perigoso, do criminoso, da sujeira, do abandono, da solidão, da tristeza, da pobreza, da vitimização. E, como toda opinião pública, é um reduto impenetrável em função da preservação de seu próprio mundo, aquela que representa o que a grande maioria da sociedade acaba por traçar, uma representação social para essa pessoa que tem como lógica uma razão cientificamente difícil de ser contestada.”¹²⁸

A propósito do risco social representado pela possibilidade de limitação temporal da medida de internação, vale trazer à baila importante observação de Isaías Paim: “Existe o preconceito social de que os doentes mentais são perigosos. No entanto, são raríssimos os casos de enfermos mentais que tenham praticado crimes de morte. Os nossos presídios estão superlotados por indivíduos que procedem das classes menos favorecidas, e os crimes dominantes consistem em furto, roubo ou tráfico de drogas. Não se pode negar que certos transtornos mentais tendem a criar condições especiais de periculosidade. Assim, por exemplo, a epilepsia e a esquizofrenia determinam em seus portadores condições especiais do sistema nervoso central que concorrem para aumentar a irritabilidade e a agressividade, o que contribui para que cometam atos delituosos. Mas, mesmo assim são raros os casos de epiléticos e esquizofrênicos que tenham praticado assassinatos.”¹²⁹

¹²⁸ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 0, p. 183, 2004.

¹²⁹ PAIM, Isaías. A crueldade da medida de segurança. *ESMAGIS*, Campo Grande, MS, n. 10, p. 126, jul./dez. 1997.

Prossegue o autor: “Ao perito compete esclarecer se o indivíduo inimputável é portador de periculosidade, mas este esclarecimento está à mercê de impressões subjetivas. Grande parte da tradição psiquiátrico-forense imperante em nosso meio fundamenta-se no pressuposto de que o doente mental é um indivíduo perigoso. A alegação de periculosidade de um doente mental que tenha praticado um ato delituoso é uma conjectura, mas não uma afirmação científica. Não existem meios objetivos, critérios científicos para avaliar a periculosidade de alguém.”¹³⁰

De fato, afirmar como provável a recidiva de indivíduo portador de doença mental e fundamentar em tal critério a restrição perpétua de liberdade é levar às últimas conseqüências mera conjectura advinda de indisfarçável e odiosa discriminação.

Acreditamos, como Luiz Flávio Gomes, que “em verdade, tudo que diz respeito ao juízo de periculosidade é extremamente inseguro: seja sua formulação, seja sua duração, seja sua cessação. Todos esses juízos são baseados em expectativas, suspeitas, crenças, etc. Ora, se esses juízos não são confiáveis, exige o princípio da segurança jurídica que é a base do Estado de Direito, a fixação de um marco máximo seguro que limite a intervenção estatal na liberdade do homem. O correto, em suma, é acabar com a indeterminação máxima das medidas de segurança. Não é compatível com o Estado de Direito, declarado no artigo 1º da Constituição Federal, essa situação. O Código Penal, em conclusão, neste ponto, viola a Constituição Federal, contraria seus princípios fundamentais. A solução está em reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança”.¹³¹

¹³⁰ PAIM, Isaías, A crueldade da medida de segurança, cit., p. 128.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio, Medidas de segurança e seus limites, cit., p. 70.

A periculosidade, ao longo dos últimos séculos, firmou-se como juízo de probabilidade fundado na possibilidade de que o indivíduo volte a praticar crimes. Cuida-se, pois, de mera suposição (ainda que fundada em indícios) de que a recidiva poderá de fato ocorrer. Ainda assim, o conceito transita no campo da suposição, da probabilidade. Nada além disso.

Em relação aos inimputáveis, a lógica é ainda mais perversa. Presumem-se perigosos. Isto é, há uma presunção de que provavelmente voltarão a praticar crimes. Em relação a eles, o juízo de probabilidade é ainda mais remoto. Há uma dupla presunção. Presume-se a suposição de que praticarão novos delitos. É a suposição da suposição. A presunção da presunção.

Por maior que seja o arcabouço teórico filosófico que procure explicar o conceito de periculosidade criminal como a probabilidade de que o indivíduo volte a delinquir (probabilidade essa que é presumida em face dos inimputáveis em autêntica dupla presunção), inarredável a conclusão de que o conceito tramita no plano puramente conjectural.

E não é possível emprestar-se conteúdo científico a uma mera conjectura.

Possível afirmar-se, portanto, que o risco decorrente da desinternação de um inimputável foi aceito pela sociedade no momento em que adotou a decisão política de banir a pena de morte e a prisão perpétua do Direito brasileiro.

Essa opção política do Estado brasileiro traz a conseqüência inafastável de que, em alguma medida, qualquer indivíduo (seja ele imputável ou inimputável) que tenha cumprido uma sanção penal restritiva de liberdade (pena ou medida de segurança) e que tenha retornado ao convívio social, poderá voltar a praticar um ilícito penal.

Luiz Flávio Gomes reposiciona a questão da recidiva em seus devidos termos: “Perigosos para a sociedade todos os criminosos são, sobretudo os violentos. O risco de reincidência existe tanto em relação ao imputável quanto ao inimputável. E não é maior o risco de liberação do inimputável (louco) comparado com o imputável (...).”¹³²

Enfim, o risco que a sociedade assume em relação à reincidência do inimputável em nada difere daquele que sempre assumiu relativamente aos imputáveis que, após o cumprimento de suas penas, retornam ao convívio social.

3.4 Sugestão de limites mínimos e máximos para as medidas de segurança

Concluída de forma inequívoca a inconstitucionalidade da ausência de fixação de prazo máximo para as medidas de segurança, bem como da indeterminação prevista no artigo 97 do Código Penal, cumpre analisar as soluções doutrinárias aplicáveis ao problema suscitado.

Parece-nos mais adequada a total equiparação das medidas de segurança aos limites máximos de duração da pena cominada abstratamente em lei para cada delito.

Dessa forma, mantém-se plena conformidade sistemática com o princípio da legalidade e da anterioridade, pedras angulares fundamentais do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

¹³² GOMES, Luiz Flávio, Medidas de segurança e seus limites, cit., p. 70.

A solução atende ainda aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, muito mais equânime a presunção de periculosidade em face da temibilidade efetivamente demonstrada pelo agente na prática delitiva. Mostra-se muito mais razoável a análise da periculosidade em face da lesividade efetivamente já evidenciada pelo agente ao cometer um delito.

Assim é que ficaria o inimputável sujeito a uma medida de segurança, cujo prazo máximo seria o limite máximo de pena abstratamente cominada ao delito.

Mantém-se assim a coerência do sistema, bem como o necessário e incondicional respeito aos princípios da legalidade, anterioridade, proporcionalidade e segurança jurídica.

Para que isso ocorra, contudo, necessário que se proceda a uma alteração legislativa, visto que o artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal prevê o prazo mínimo de um a três anos. Ainda sobre a matéria, dispõe o artigo 176 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar exame para que se verifique a cessação da periculosidade. No mesmo sentido dispõe o artigo 777 do Código de Processo Penal: “Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para verificação da cessação da periculosidade.”

Assim, ao inimputável seria dispensado tratamento idêntico ao imputável no tocante à duração da sanção penal a que eventualmente seja submetido. O prazo máximo da medida seria o mesmo da pena máxima cominada ao delito.

Outra alternativa possível seria a preconizada por Luiz Flávio Gomes, para quem o prazo mencionado no artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal (de um a três anos) deve permanecer como prazo mínimo de duração das medidas de segurança, qualquer que tenha sido o delito perpetrado. O juiz deve levar em conta a gravidade do fato e a periculosidade do agente, ao escolher um prazo mínimo dentro dos limites previstos no artigo 97, parágrafo 1º, do Estatuto Repressivo.¹³³

No tocante ao prazo mínimo, contudo, estamos com Eduardo Reale Ferrari, que pondera: “Em nossa concepção, não faz sentido falar-se na admissibilidade de limites mínimos obrigatórios, quando possível, a qualquer tempo, a cessação da anomalia ao delinqüente-doente, figurando inconcebível a existência de limites mínimos obrigatórios em qualquer ilícito-típico praticado pelo enfermo mental.”¹³⁴

Relativamente aos semi-imputáveis, propugna-se a adoção como limite máximo de duração da medida de segurança o concretamente fixado pelo juiz em sentença condenatória. Nesse sentido também se posiciona Luiz Flávio Gomes.

Salienta esse autor que “essa é a solução que foi sugerida no Anteprojeto do Código Penal espanhol de 1983 e que, hoje, já é lei vigente, pois, em reforma

¹³³ GOMES, Luiz Flávio, *Medidas de segurança e seus limites*, cit., p. 71.

¹³⁴ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 184.

posterior à publicação de tal anteprojeto, acolheu-a o legislador no artigo 9º, n. 1”.¹³⁵

Nesse ponto também diverge Eduardo Reale Ferrari¹³⁶, para quem os limites máximos de duração das medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis devem ser idênticos aos aplicáveis aos semi-imputáveis. Defende o autor que tanto aos inimputáveis, como aos semi-imputáveis, os prazos máximos de duração das medidas de segurança devem corresponder aos da pena máxima abstratamente cominada à infração em lei.

Em qualquer caso, há que se aplicar também às medidas de segurança o limite de cumprimento de pena previsto no artigo 75 do Código Penal, a fim de que não se faça tábula rasa da vedação constitucional à perpetuidade da prisão.

Assim sendo, expirado o prazo máximo de duração da medida de segurança, deverá ser decretada judicialmente a sua extinção, com a conseqüente liberação do sentenciado, vedada por absoluta ausência de compatibilidade com o princípio da legalidade qualquer possibilidade de prorrogação.

Sobre o tema, Antonio Carlos da Ponte preconiza: “A medida de segurança necessita de um controle mais rígido e isso pode ser alcançado através de uma simples providência, qual seja, a expressa proibição de ela superar o tempo máximo da sanção cominada em abstrato ao delito cometido. Com a adoção da providência indicada, certamente, surgirá o seguinte questionamento: e se o paciente não apresentar qualquer melhora? Nessa hipótese, deverá ser ele transferido imediatamente a um estabelecimento administrativo – hospital psiquiátrico –, para prosseguimento de seu tratamento, não sendo justo que

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio, *Medidas de segurança e seus limites*, cit., p. 71.

¹³⁶ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 189.

continue privado da quase totalidade de seus direitos, sob o argumento de que um dia cometeu uma infração. Nesse aspecto, providência quase idêntica é tomada em relação ao imputável que, depois de cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta, é colocado em liberdade, ainda que não reúna condições mínimas para o convívio social. Curiosamente, nessa última situação, não há defensores da tese de que o imputável deva permanecer preso. É triste constatar, mas o tratamento dado pela legislação brasileira ao carente de higidez mental é muito mais enérgico do que aquele destinado ao imputável, e isso é inadmissível. É importante que seja feita uma profunda alteração da legislação brasileira, redimensionando as medidas de segurança. Evitar-se-ia, desse modo, que tais medidas, na prática, ocupassem, indevidamente, o lugar destinado, no passado, à prisão perpétua. A adoção da medida de segurança, com um prazo máximo de vigência determinado pela lei, não só tranqüiliza a consciência popular, mas também garante o respeito intransigente aos direitos e garantias individuais.”¹³⁷

Ressalte-se, nesse particular, não poder o instituto da interdição civil servir como instrumento de burla do princípio da legalidade, com o perverso propósito de legitimar o encarceramento do indivíduo que já cumpriu a sanção penal que lhe foi legalmente imposta. Do contrário, estar-se-ia perpetuando por meio do Direito Civil as mesmas violações inadmissíveis no Estado Democrático de Direito, hoje perpetradas em nome do Direito Penal.

Nesse sentido, merece destaque a ponderação de Eduardo Reale Ferrari: “A interdição consiste em uma medida de proteção à pessoa e de segurança jurídica a terceiros que venham contactar-se, aplicando-se excepcionalmente, após a declaração judicial, conclusiva quanto à necessidade da curatela, pautando-se sua imposição por critérios estritamente médicos, direcionados ao

¹³⁷ PONTE, Antonio Carlos da, *Inimputabilidade e processo penal*, cit., p. 64-65.

bem-estar do paciente. De acordo com nossa concepção, findo o limite máximo dos prazos de duração das medidas de segurança criminais, possível será optar entre a liberação do paciente ou sua transferência para o estabelecimento comum, constituindo a declaração de interdição civil providência prévia à expiração do prazo limítrofe.”¹³⁸

Outrossim, há que se levar em conta as diretrizes fixadas pela Lei n. 10.216/2001¹³⁹ que, em seu artigo 2º, parágrafo único, enumera expressamente os direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- “I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

¹³⁸ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 192-193.

¹³⁹ A lei entrou em vigor após doze anos de tramitação no Congresso Nacional e representou um marco na luta antimanicomial no país. Em 1987, durante o II Congresso Nacional dos Trabalhadores em Saúde Mental realizado em Bauru, foi fundado o Movimento Nacional da Luta Antimanicomial – Por uma Sociedade Sem Manicômios. A partir desse ato, o movimento passou a contar com o apoio de familiares e entidades de direitos humanos. A luta antimanicomial tem como metas o fechamento de hospícios e manicômios do Brasil e a promoção de uma cultura de tratamento, convivência e tolerância, no seio da sociedade, para as pessoas com sofrimento emocional de qualquer tipo. O movimento antimanicomial tem o dia 18 de maio como data de comemoração no calendário nacional brasileiro. Essa data remete ao Encontro dos Trabalhadores da Saúde Mental ocorrido em 1987 na cidade de Bauru, no Estado de São Paulo. Como processo decorrente desse movimento, desencadeou-se a reforma psiquiátrica, definida pela Lei n. 10.216/2001 (Lei Paulo Delgado), como diretriz de reformulação do modelo de atenção à saúde mental, transferindo o foco do tratamento, que se concentrava na instituição hospitalar, para uma rede de atenção psicossocial estruturada em unidades de serviços comunitários e abertos.

- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.”

O artigo 4º do aludido diploma legal autoriza a internação, em qualquer de suas modalidades, apenas quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Em qualquer caso, o tratamento visará como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio e será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer e outros. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo proíbe terminantemente a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares e que não assegurem os direitos acima descritos.

Ressalte-se admitir a lei a internação compulsória, em caráter excepcional, quando determinada por juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internos e dos funcionários.

CAPÍTULO 4 – OS PRAZOS PRESCRICIONAIS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

4.1 A prescrição como causa extintiva da punibilidade

As causas extintivas da punibilidade estão previstas no artigo 107 do Código Penal brasileiro, tendo sido expressamente contemplada a prescrição no inciso IV desse dispositivo legal.

No escólio de Basileu Garcia: “Mesmo que não seja inocente, pode o acusado de infração à lei penal eximir-se de pena, por influência de várias causas, ditas extintivas da punibilidade. São acontecimentos que surgem depois da conduta delituosa, nos quais a lei reconhece eficácia excludente da pretensão punitiva do Estado. Operando subsequente ao fato, não há confundi-las com as justificativas, ou causas de exclusão de crime, e as dirimentes, ou causas de isenção de pena (também chamadas causas de exclusão de punibilidade, ou de culpabilidade).”¹⁴⁰

De fato, com a prática da infração penal surge para o Estado o direito subjetivo de impor a sanção penal ao transgressor. Surge a pretensão punitiva, com a correspondente obrigação jurídica de a ela submeter-se o infrator.

Helena Cláudio Fragozo bem esclarece: “Há situações, no entanto, que extinguem a punibilidade, fazendo desaparecer a pretensão punitiva ou o direito subjetivo do Estado à punição. Subsiste, nesses casos, a conduta delituosa. O que desaparece é a possibilidade jurídica de imposição da pena. O artigo 107,

¹⁴⁰ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 2, p. 657.

CP, enumera as causas de extinção da punibilidade. Entre elas, no entanto, figuram situações em que se extingue não a pena, mas sim o próprio crime. É o caso da anistia e da superveniência de lei que deixa de considerar o fato delituoso. A anistia, como veremos, faz desaparecer o próprio crime, o que ocorre também com a *abolitio criminis*, voltando o agente à condição de primário. Já as demais causas de extinção da punibilidade fazem desaparecer a punição *in concreto*. A ação praticada continua a ser *punível*, embora não seja, em concreto, punida.”¹⁴¹

No escólio de Bento de Faria: “A *extinção da punibilidade* assenta em razões de política criminal, das quais o Estado é o único juiz, como titular exclusivo do direito de punir. Essa extinção pode se verificar em relação à ação penal e às respectivas sanções, sendo que, em qualquer fase do processo, o Juiz, se reconhecer extinta a ação penal, deverá declará-lo de ofício (Cód. do Proc. Penal, art. 61).”¹⁴²

O artigo 107 do Código Penal enumera as seguintes causas de extinção da punibilidade: morte do agente; anistia, graça e indulto; retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso; prescrição, decadência ou preempção; renúncia do direito de queixa ou perdão aceito nos crimes de ação penal privada; retratação do agente nos casos em que a lei a admite; casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal; casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos anteriormente, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração; pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹⁴¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: a nova parte geral*, cit., p.416.

¹⁴² FARIA, Bento de, *Código Penal brasileiro comentado*, cit., v. 3, p. 209.

O rol elencado no artigo 107 do Código Penal, contudo, é meramente exemplificativo e não esgota todas as situações em que se extingue a punibilidade.

Adverte, entretanto, René Ariel Dotti: “Existem causas extintivas da punibilidade que não estão relacionadas no artigo 107 do CP, mas que defluem do sistema do próprio Código. Como exemplos pode-se mencionar: a) o cumprimento das condições do *sursis*, do livramento condicional (CP, arts. 82 e 90) e da suspensão do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89, § 5º); b) a desistência voluntária e o arrependimento eficaz quanto à punição da tentativa (CP, art. 15); c) a renúncia do direito de representação, exigível nos casos de ação penal pública condicionada (CP, arts. 130, § 2º; 145, parág. ún.; 182 e LJECC, art. 88); d) o ressarcimento do dano no peculato culposo (CP, art. 312, § 3º).”¹⁴³

4.2 Conceito de prescrição e seus fundamentos

No conceito de Bento de Faria, “a prescrição penal consiste na extinção da responsabilidade por motivo do transcurso de certo tempo, em determinadas condições, sem que se promova a repressão do delito ou sem que a pena seja executada”.¹⁴⁴

José Frederico Marques a define como “extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo”. Prossegue o autor: “A prescrição atinge o direito de punir do Estado. Ela extingue a punibilidade de maneira direta e imediata, e não como a decadência e a preempção que alcançam primeiro o direito de acusar para, em seguida, extinguir, por força de lei, a própria

¹⁴³ DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 672.

¹⁴⁴ FARIA, Bento de, *Código Penal brasileiro comentado*, cit., v. 3, p. 215.

punibilidade. Ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não, no plano de sua aplicação após ser promulgada. A prescrição penal é perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.”¹⁴⁵

Trata-se, portanto, da extinção do direito de processar o delinqüente ou de aplicar-lhe a sanção penal fixada judicialmente devido à sua inexecução durante certo período de tempo.

Ao discorrer sobre os fundamentos da prescrição, Basileu Garcia ensina com propriedade: “De variados prismas se tem encarado o seu fundamento. Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinqüente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. De certo modo, ele já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve de atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranqüilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa. De outro lado, o alarma social, que o crime terá produzido, já se esvaneceu, com o lento perpassar dos anos. A pena já não teria exata correspondência no reclamo público de justiça, que é um dos esteios do Direito Penal, como fôrça moralizadora – além de tutelar – do convívio social, E os

¹⁴⁵ MARQUES, José Frederico, *Curso de direito penal: o delinqüente, a sanção penal, a pretensão punitiva*, cit., v. 3, p. 412.

longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória de circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários.”¹⁴⁶

No mesmo sentido é a lição de Edgard Magalhães Noronha: “O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos sem punição do culpado gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranqüilidade, dos sobressaltos e terrores por que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração. Se não se trata de prescrição da sentença condenatória, é inegável que o decurso do tempo enfraquece ou faz mesmo as provas desaparecerem, de modo que a sentença que viria a ser proferida não mais consultaria aos interesses da Justiça, por não corresponder à verdade do fato criminoso. Pense-se também que o clamor público, a indignação, o sentimento de insegurança, etc., que o crime em regra provoca, diluem-se, arrefecem-se e mesmo desaparecem pela ação do tempo.”¹⁴⁷

4.3 A prescrição das medidas de segurança: correntes doutrinárias e tendências jurisprudenciais

A aplicação das medidas de segurança também está sujeita à prescrição. A assertiva é expressamente evidenciada a partir do que textualmente dispõe o artigo 96, parágrafo único, do Código Penal: “Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.”

¹⁴⁶ GARCIA, Basileu, *Instituições de direito penal*, cit., v. 1, t. 2, p. 699-700.

¹⁴⁷ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, cit., v. 1, p. 501.

Indiscutível, portanto, a incidência dessa causa extintiva da punibilidade sobre todas as medidas de segurança.

Cuida-se ademais de corolário do princípio da legalidade. Todo o poder-dever de punir do Estado sujeita-se a limites temporais. Daí porque as duas espécies de sanção acolhidas pelo Direito Penal pátrio submetem-se a limitações de tempo. A perpetuidade é proibida pela Constituição Federal, assim como a imprescritibilidade.

As únicas exceções são as constitucionalmente consagradas, quais sejam, a imprescritibilidade do crime de racismo e da ação dos grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Assim, dúvidas não existem acerca da incidência do prazo prescricional também sobre as medidas de segurança, enquanto modalidades de sanção penal previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Os problemas, contudo, surgem diante da manifesta ausência de disciplina específica no Código Penal brasileiro quanto à prescrição das medidas de segurança.

O Estatuto Repressivo disciplinou minuciosamente o instituto da prescrição em relação às penas. Os prazos prescricionais foram especificados com total vinculação aos prazos de duração das penas, nada mencionando o Código acerca das medidas de segurança. Há, pois, grave lacuna na legislação penal pátria acerca desse relevante tema.

A incoerência do sistema penal nesse tópico é manifesta. Enquanto a prescrição do poder punitivo estatal em relação às penas foi tratada em um título

inteiro dedicado ao tema, à prescrição das medidas dispensou o Código Penal um único dispositivo: o já mencionado artigo 96, parágrafo único.

De concreto, o único enunciado legal dedicado ao tema nos dá conta de que o poder estatal de aplicar medidas de segurança também sofre limitações temporais, isto é, a prescrição também incide sobre as medidas de segurança. Todo o mais é incerto, em grave prejuízo para o princípio da segurança jurídica.

Daí porque largo espaço surgiu para divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. E as conseqüências dessa omissão não poderiam ser mais danosas ao Estado Democrático de Direito e aos seus princípios basilares.

Justamente por isso pode-se afirmar, sem risco de erro, haver no país total insegurança em relação aos prazos em que ocorre a prescrição na imposição das medidas de segurança.

Cumpramos, entretanto, que a celeuma verdadeiramente se refere ao prazo da prescrição após o trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de segurança.

Estamos, nesse particular, com Eduardo Reale Ferrari, ao observar: “O motivo de tal razão consiste no fato de que antes do trânsito em julgado, impossível configura-se a qualificação do indivíduo como imputável ou como inimputável, pois vedada a antecipação da periculosidade, consistindo odiosa presunção do julgador. O prazo da prescrição da pretensão punitiva não será, portanto, diferenciado entre o imputável e o inimputável, havendo plena identidade quanto à escolha do parâmetro do tempo máximo da pena abstratamente cominado ao ilícito-típico cometido. Aplica-se, integralmente, o

artigo 109 do Código Penal, ressaltando-se que, após a reforma do Código Penal de 1984, não mais existe a possibilidade de medida de segurança provisória. O limite máximo da pena abstratamente cominada será, assim, a baliza para o prazo prescricional da pretensão punitiva de todos os cidadãos, proibida a divisão entre imputáveis e inimputáveis antes do trânsito em julgado.”¹⁴⁸

Diante da constatada omissão legislativa, duas posições são claramente identificadas na jurisprudência acerca do tema.

A primeira corrente preconiza deva ser calculada a prescrição de acordo com os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, levando-se em consideração o limite mínimo de pena cominada abstratamente ao delito cometido.

Nesse sentido:

“Medida de Segurança – Prescrição. (...) Hipótese em que se há de ter em conta para fins prescricionais a pena mínima abstratamente cominada para o delito no caso de inexistir condenação.” (TJSP – HC n. 76 006/3, 5ª Câm. Crim., rel. Des. Cid Vieira, j. 08.03.1989, v.u., RT 641/330).

“Prescrição – Réu declarado absolutamente inimputável – Absolvição sumária, imposta medida de segurança – Critério para o cálculo do lapso prescricional.

Mesmo na hipótese de incorrer cominação de pena (absolvição sumária), não pode a medida de segurança pelo prazo mínimo judicialmente fixado servir de parâmetro ao cálculo de lapso prescricional. Para tanto, há de se

¹⁴⁸ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 205.

ter em conta o preceito sancionador reservado *in abstracto* ao delito e atendo-se ao básico nele previsto.” (TACrimSP – Apel n. 523.181/4, 11ª Câ., rel. Juiz Gonçalves Nogueira, j. 26.08.1988, v.u.).

Para os adeptos da segunda, a prescrição deve ser calculada também de acordo com os prazos previstos no artigo 109 do Código Penal, levando-se em conta, entretanto, o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

“Medida de Segurança – Imposição em razão da inimputabilidade do acusado – Prescrição sempre contada pela pena privativa de liberdade cominada, levando-se em conta o grau máximo.” (TJSP – HC n. 91.828/3, 6ª Câ. Crim., rel. Des. Djalma Lofrano, j. 28.03.1990, v.u.).

“Medida de Segurança – Prescrição. – Contagem pela pena máxima *in abstracto* cominada ao delito – Extinção da punibilidade decretada.” (TACrimSP – HC n. 207.376/6, 6ª Câ., rel. Juiz Aguiar Vallin, j. 15.05.1991, v.u.).

“Medida de Segurança – Liberdade vigiada – Insubsistência, por ter sido julgada extinta a punibilidade do acusado – Cancelamento – Apelação provida – Inteligência do artigo 96, parágrafo único, do Código Penal. Sendo a pena máxima cominada pelo artigo 16 da Lei Antitóxicos de dois anos de detenção, o lapso prescricional é de quatro anos, computado por metade, na espécie, por ser o apelante relativamente menor ao tempo dos fatos.” (TJSP – Apel n. 36.986/3 – 6ª Câ. Crim., rel. Des. Djalma Lofrano, j. 17.06.1985, v.u., RT 601/37).

O dissenso na jurisprudência é manifesto.

Divergências surgem também no que pertine à situação dos semi-imputáveis.

Enquanto alguns defendem total equiparação dos prazos prescricionais entre inimputáveis e semi-imputáveis, outros sustentam deva a prescrição ser calculada com base na pena fixada pelo juiz à frente da substituição por medida de segurança, aplicando-se então os parâmetros previstos no artigo 109 do Código Penal.

Nesse sentido é o posicionamento de Janora Rocha Rossetti: “Com relação ao artigo 26, parágrafo único, o tratamento que a nova lei impôs ao semi-imputáveis não justifica o entendimento segundo o qual a opção concentra-se em reduzir-se ou não a pena: contrariamente, o sistema ora em vigor deixa transparecer que o ‘pode’ mencionado no artigo não se refere nem à aplicação da pena, nem à sua posterior redução, mas tem em vista a possibilidade de substituição da pena pela medida de segurança, cogitada no artigo 98. Esta imagem, aliás, descortina-se no item 22 da ‘exposição de motivos’ do Código Penal, onde se verifica que a duplicidade de soluções jurídicas é acolhida no sentido de optar-se pela medida de segurança ‘nos casos fronteiros, em que predominar o quadro mórbido’ ou ‘na hipótese oposta, pela pena reduzida’. Lógica e coerentemente, também em face do artigo 98, inexistente poder discricionário, pois a constatação da necessidade de tratamento curativo não pode deixar margem de opção à decisão, obrigando à substituição pela medida de segurança, porquanto não se pune quem não está em condições de entender a punição. Destarte, a única perspectiva que vem a lume é a imprescindibilidade da aplicação da pena diminuída que, posteriormente, e se houver necessidade de tratamento, será, na mesma sentença, substituída por medida de segurança. Assim considerando, a questão prescricional, no tocante à medida de segurança aplicada aos semi-imputáveis, terá como base de cálculo a pena reduzida fixada

antes da substituição. E também assim considerando, ainda que não se cumpra, em caso de substituição, obriga-se à determinação quantitativa da pena reduzida, porque omitir-se em sua fixação numérica redundará em gravame ao réu, enquanto se lhe tolhe a eventual possibilidade de regular a prescrição pela pena concretizada, criando uma situação de extrema desigualdade, uma vez que os imputáveis a tem como parâmetro prescricional.”¹⁴⁹

Essa também a solução preconizada por Antonio Carlos da Ponte: “Na hipótese de semi-imputabilidade, não se deve esquecer que o agente tem contra si uma sentença penal condenatória, cabendo ao magistrado – como resultado da interpretação conjunta dos artigos 26, parágrafo único, e 98, ambos do Código Penal –, em primeiro lugar, fixar a pena correspondente ao delito praticado, diminuí-la de um a dois terços e, finalmente, atentando para as provas técnica e oral contidas nos autos e para o estado de saúde mental do sentenciado, manter a pena privativa de liberdade imposta ou substituí-la por uma medida de segurança. Optando pela última alternativa, é o montante da pena substituída que servirá de parâmetro para o cálculo da prescrição.”¹⁵⁰

No mesmo sentido a orientação jurisprudencial dominante:

“Pena – Medida de segurança substituta da privativa de liberdade – Prescrição – Prazo prescricional contado a partir da pena concretizada na sentença.” (TJSP – HC n. 95.177-3, 2ª Câm. Civ., rel. Des. Ângelo Galucci, j. 31.07.1990, v.u.).

“Pena – Medida de segurança substitutiva da privativa de liberdade – Extinção da punibilidade pela prescrição – Insubsistência da medida

¹⁴⁹ ROSSETTI, Janora Rocha. Da prescrição da medida de segurança. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Centro de Estudos, n. 40, p. 191, dez. 1993.

¹⁵⁰ PONTE, Antonio Carlos da, *Inimputabilidade e processo penal*, cit., p. 67.

aplicada – Recurso provido – Aplicação do artigo 96, parágrafo único, do Código Penal.

A substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança quando se trate de réu semi-imputável que necessite de especial tratamento curativo não deve impedir o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada substituída. Extinta a punibilidade pela prescrição, não subsiste a medida de segurança imposta (art. 96, parágrafo único, do CP).” (TACrimSP – Apel n. 431.375, 3ª Câ., rel. Juiz Dante Busana, j. 05.03.1986, v.u., RT 613/348).

“Medida de Segurança Substitutiva da Privativa de Liberdade – Ordem de *habeas corpus* concedida para que seja julgada extinta a punibilidade do paciente e insubsistente a medida de segurança imposta, em face da contagem retroativa da pena substituída imposta na sentença.” (TACrimSP – HC n. 198.444/5 – 1ª Câ., j. 11.10.1990).

Em sentido contrário posiciona-se Eduardo Reale Ferrari: “Verificando-se na sentença que o semi-imputável não terá condições de cumprir as finalidades da pena – exigindo especial e curativo tratamento (art. 98) – deverá o juiz deixar de aplicar a pena e anunciar a medida de tratamento, não havendo nenhum *quantum* concretizado, configurando-se o parâmetro da prescrição da execução do semi-imputável o mesmo daquele existente no imputável. A discussão quanto ao parâmetro mínimo, ou máximo, para a prescrição da medida de segurança criminal restringir-se á à prescrição da pretensão executória, e não da punitiva, constituindo impossível a avaliação de imputabilidade ou inimputabilidade antes do trânsito em julgado. Quanto à prescrição da pretensão executória das medidas de segurança, conferimos igualdade entre o imputável e o semi-imputável, optando pelo parâmetro máximo da pena abstrata do ilícito-típico praticado, configurando-se a escolha posição coerente às finalidades do

legislador, bem como ao nosso marco de duração das medidas de segurança criminais.”¹⁵¹

A questão, portanto, é bastante tormentosa.

A celeuma poderia ser evitada se o instituto fosse adequadamente disciplinado em lei. Qualquer que fosse o posicionamento adotado, ao menos o princípio da segurança jurídica seria preservado.

A atual indefinição que se estabeleceu sobre o tema é de todo nociva, visto que a matéria cuida de limitação do poder punitivo estatal. O tema é por demais sensível e relevante para que se compadeça de regime jurídico tão incerto. Cuida-se de matéria que se refere diretamente à liberdade do indivíduo e aos limites do poder-dever de punir do Estado.

Há, ademais, outra preocupação ainda mais relevante a ser sopesada, qual seja a de que a indeterminação da matéria se traduza em uma situação prática de imprescritibilidade não prevista na Constituição da República e, por isso mesmo, inconstitucional.

Urge, portanto, debruçarem-se sobre o tema os juristas, com vistas à solução do preocupante problema. Inarredável nesse ponto a alteração do ordenamento jurídico penal vigente.

¹⁵¹ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 206.

4.4 Sugestões para a disciplina da prescrição das medidas de segurança no Código Penal brasileiro

Sem a preocupação de esgotar o assunto e tendo como pressuposto a premissa de que qualquer dos posicionamentos que eventualmente venha a ser adotado pela legislação penal pátria será melhor do que a atual indefinição que reina sobre o tema, permitimo-nos neste trabalho a apresentação de sugestões *de lege ferenda* sobre a questão da prescrição das medidas de segurança.

Por primeiro, entendemos plenamente aplicável tanto aos semi-imputáveis como aos inimputáveis a tabela de prazos preconizada pelo artigo 109 do Código Penal, não havendo qualquer razão para que nova tabela seja criada com aplicação específica a esses indivíduos. Preservar-se-ia dessa forma a manutenção de tratamento equânime entre inimputáveis, semi-imputáveis e imputáveis.

No tocante especificamente aos prazos, acolhemos os fundamentos preconizados pela corrente doutrinária e jurisprudencial segundo a qual o prazo prescricional das medidas de segurança em relação aos inimputáveis deveria ser o equivalente ao limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, em correspondência com os parâmetros do artigo 109 do Código Penal. Já para os semi-imputáveis, parece-nos mais acertada a corrente que preconiza o cálculo da prescrição com base na pena concretamente aplicada na sentença à frente da substituição por medida de segurança prevista no artigo 98 do Código Penal.

Para tanto, bastaria alterar o Código Penal, para a inclusão de um único dispositivo legal, cujo teor poderia ser o seguinte: “A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença que reconhecer a inimputabilidade do agente, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito

praticado, verificando-se nos prazos estabelecidos nos incisos I a VI do artigo 109.”

Aos semi-imputáveis, caso adotado o critério que preconiza o cálculo da prescrição com base na pena concretamente aplicada ao delito na sentença à frente da substituição por medida de segurança, poder-se-ia incluir no texto um parágrafo único que assim poderia ser redigido:

“Parágrafo único - A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença que reconhecer a semi-imputabilidade do agente com imposição de medida de segurança substitutiva, regula-se pela pena concretamente aplicada ao delito, verificando-se nos prazos estabelecidos nos incisos I a VI do artigo 109.”

Temos a plena consciência de que esse pode não ser o melhor critério para o adequado tratamento do tema, mas urge que o ordenamento jurídico penal brasileiro preveja um critério. Por mais criticável que ele seja, ainda assim será melhor do que a lacuna legislativa atualmente existente sobre essa questão no nosso Código Penal.

CAPÍTULO 5 – CRÍTICA AO CRITÉRIO LEGAL DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

5.1 Classificação das medidas de segurança

Ao longo do tempo, as medidas de segurança foram adotadas de formas diversas em diferentes países. Em alguns sistemas, tinham por destinatário apenas o indivíduo tido como perigoso. Eram as medidas de segurança pessoais. Em outros, aplicavam-se a coisas, isto é, ao patrimônio do indivíduo, pelo que recebiam o nome de medidas de segurança patrimoniais. No escólio de Aníbal Bruno, as medidas de segurança patrimoniais têm fundamento no sentido de perigo de caráter exclusivamente objetivo de que fala Exner: “Entende-se, com esse autor, que não são somente homens que se podem tornar perigosos para os interesses da sociedade, mas também coisas, e a segurança tem de dirigir-se não só contra pessoas, mas contra objetos capazes de causar dano a bens jurídicos tutelados pela norma penal.”¹⁵²

O Código Penal brasileiro de 1940 adotou medidas de segurança patrimoniais, como, por exemplo, a interdição de estabelecimento e o confisco. Contudo, com a reforma da Parte Geral de 1984, o Direito Penal brasileiro aboliu por completo as medidas de segurança patrimoniais, tendo sido revogados os dispositivos legais a respeito da matéria.

Assim é que vigoram no Direito Penal brasileiro atual apenas e tão-somente as medidas de segurança pessoais.

¹⁵² BRUNO, Aníbal, *Direito penal: parte geral*, cit., v. 3, p. 337-338.

5.2 Medidas de segurança pessoais

As medidas de segurança pessoais são as que incidem sobre a pessoa perigosa e têm por objetivo tratá-la para que não reitere a prática criminosa.

Dividem-se, por seu turno, em medidas de segurança pessoais detentivas ou privativas e medidas de segurança pessoais restritivas.

5.2.1 Medidas de segurança pessoais detentivas ou privativas

O Código Penal brasileiro prevê as medidas de segurança pessoais detentivas em seu artigo 96, inciso I:

“Artigo 96 - As medidas de segurança são:

I - internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;”

Já o artigo 97, *caput*, primeira parte, do Código Penal dispõe:

“Artigo 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.”

Assim é que a medida de segurança detentiva impõe-se ao indivíduo inimputável (art. 26, *caput*, do CP) ou semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do CP) que venha a praticar infração penal apenada com reclusão. Em relação aos crimes apenados com detenção, fica facultada ao juiz a aplicação da medida restritiva.

Consoante leciona Eduardo Reale Ferrari, “a medida de segurança pessoal que priva a liberdade de ir e vir do delinqüente-doente caracteriza-se como uma medida aflitiva, que retira o indivíduo da sociedade, internando-o em um estabelecimento específico para delinqüentes-doentes mentais, configurando-se o internamento o único meio possível para se alcançarem os fins de tratamento, segurança e inocuização”.¹⁵³

Prossegue o autor: “A medida de segurança criminal detentiva constitui um instrumento fragmentário e residual, aplicável apenas quando não eficaz outra modalidade de tratamento, exigindo para sua imposição: a) a prática de um ilícito-típico relevante socialmente; e b) um juízo de prognose. Consiste em última providência a ser aplicada, internando-se o delinqüente-doente somente quando necessário, buscando-se o tratamento pelo trabalho e pela reeducação.”¹⁵⁴

Dois são, portanto, os pressupostos para a aplicação da medida de segurança de internação: a prática de um crime apenado com reclusão e que o autor seja inimputável ou semi-imputável, nos termos do que dispõem o artigo 26, *caput* e seu parágrafo único.

A medida deve ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Dispõe o artigo 99 do Código Penal que o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

¹⁵³ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p.80-81.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 82.

Nos termos do artigo 99 da Lei n. 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal), aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único do artigo 88 do aludido diploma legal, vale dizer, são requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m².

Em suma, a medida de segurança detentiva é obrigatória quando a pena cominada ao delito for de reclusão. Seu prazo é indeterminado, condicionando-se a liberação à constatação judicial, mediante perícia médica, da cessação da periculosidade. O prazo mínimo previsto em lei varia de um a três anos. Há, contudo, possibilidade de realização do exame pericial a qualquer tempo, mesmo antes do prazo mínimo, a critério judicial, conforme autorização expressa do artigo 176 da Lei de Execução Penal.

O artigo 97, parágrafo 3º, do Código Penal é expresso ao dispor que “a desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade”.

5.2.2 Medidas de segurança restritivas

As medidas de segurança restritivas caracterizam-se como alternativas à privação de liberdade e internamento do doente mental-delinquente. Têm como fundamento a restrição de direito outro que não a liberdade de ir e vir do indivíduo.

O Código Penal brasileiro acolheu como medida de segurança pessoal restritiva o tratamento ambulatorial, a ser imposto ao inimputável ou semi-imputável que cometer delito apenado com detenção.

A medida de segurança restritiva é aplicada aos fatos punidos com detenção, nos termos do que dispõe o artigo 97 do Estatuto Repressivo. O prazo de duração do tratamento também é indeterminado, havendo possibilidade de conversão em internação, se essa providência for necessária para fins curativos. A constatação da cessação da periculosidade será igualmente realizada ao término do prazo mínimo, que também varia de um a três anos. Igual possibilidade existe acerca da verificação da cessação de periculosidade antes do fim do prazo mínimo. A liberação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente praticar fato indicativo de persistência da periculosidade antes do decurso de um ano.

Em relação à Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), prevalece critério diverso. A avaliação acerca da necessidade de internação ou da suficiência do tratamento ambulatorial fica a critério judicial, qualquer que seja a natureza da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito.

Saliente-se ser possível no atual sistema a aplicação de medida detentiva aos indivíduos que houverem praticado crime apenado com detenção. De fato, a aplicação de tratamento ambulatorial é facultativa, podendo o juiz optar pela internação, de acordo com a maior ou menor periculosidade do agente.

Há, outrossim, previsão legal de que o tratamento ambulatorial possa ser convertido em internação, em qualquer fase. O contrário, entretanto, não é possível, isto é, não se admite a conversão da internação em tratamento ambulatorial.

No escólio de Eduardo Reale Ferrari: “O tratamento ambulatorial consiste numa modalidade de medida de segurança criminal pessoal destinada aos delinquentes menos perigosos e que praticaram ilícitos não tão gravosos, havendo um paralelismo com a medida restritiva de direito. Apesar de ser uma medida alternativa ao internamento, nossa legislação penal – a nosso ver de forma equivocada – não fomentou a criação de meios abertos ao tratamento, não estimulando as medidas progressivas ou a criação de ambulatórios privados. De forma insuficiente, o legislador dispôs, no artigo 101 da LEP, que o tratamento ambulatorial será realizado no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, permitindo, subsidiariamente, seu cumprimento em outro local com dependência médica adequada. De acordo com o legislador, a medida ambulatorial deverá ser cumprida no hospital-prisão contrariando a natureza da medida restritiva, constituindo insuficiente a previsibilidade quanto à execução em outro local.”¹⁵⁵

5.3 O equívoco do critério eleito para aplicação das medidas de segurança no Direito Penal brasileiro: o artigo 97 do Código Penal

O Código Penal vigente prevê, em seu artigo 97, o critério que deve nortear o juiz na aplicação das medidas de segurança.

Estabelece, de forma categórica, que se o crime for apenado com reclusão, o juiz obrigatoriamente imporá a medida de segurança detentiva, determinando a internação do delincente-doente em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

¹⁵⁵ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 86.

Por outro lado, se o crime for apenado com detenção, fica facultado ao juiz impor o tratamento ambulatorial, isto é, a medida de segurança restritiva.

Pensamos (e esse é o problema que buscamos enfrentar neste capítulo) haver manifesto equívoco nesse critério. Não há como justificar a adoção do sistema acima aludido em face dos fundamentos e objetivos que legitimam a medida de segurança como sanção penal, considerando-se os limites ao poder punitivo estatal existentes num Estado Democrático de Direito.

Como cediço, a medida de segurança tem como pressuposto a prática de um crime. Contudo, não se constitui em uma forma de retribuição. Tampouco tem na culpabilidade do agente o seu fundamento. Ao revés, funda-se em juízo de periculosidade. Tem natureza eminentemente preventiva e visa evitar que o indivíduo considerado perigoso volte a delinquir, ressocializando-o através de necessário tratamento.

Ora, cuidando-se de tratamento médico com objetivos terapêuticos claros, não há como sustentar-se caber ao legislador a escolha do tipo de tratamento com base em critério que leva em conta a natureza da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Nenhum substrato de razoabilidade se verifica em tal critério.

O tratamento médico, ainda que ministrado em decorrência de sanção penal imposta por força da prática de um delito, somente pode ser aplicado a partir de critério médico, não cabendo ao operador do direito a incumbência de escolher o método terapêutico a ser empregado. De todo desarrazoado o sistema penal brasileiro nesse particular.

Estamos com Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques que, em artigo dedicado ao tema, bem enfrentam a questão: “Pela atual legislação, duas são as espécies de medidas de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, e sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96 do CP). A internação será obrigatória, se o crime praticado for punível com pena de reclusão, e facultativa, se punível com pena de detenção (art. 97 do CP). Todavia, essa não parece ser a melhor solução, pois vincula a espécie de medida de segurança à modalidade de pena privativa de liberdade prevista para o fato delituoso, como se a periculosidade do agente sempre estivesse interligada à prática de determinada infração. Em se tratando de inimputável, desprovido de capacidade volitiva, deve ser afastado qualquer juízo de culpabilidade, voltado para o passado, para se pensar no efetivo perigo que ele oferece e qual a medida curativa mais apropriada, segundo critérios médicos.”¹⁵⁶

Evidente que a escolha do tipo de tratamento, isto é, do tipo de medida de segurança, não pode de modo algum estar atrelada à modalidade de pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Há manifesto equívoco nessa solução.

Há que se trazer à baila os fundamentos que alicerçam o instituto da medida de segurança. Ao contrário da pena, funda-se ela em juízo de periculosidade, isto é, na probabilidade de que um indivíduo volte a delinquir em razão de sua particular condição de pessoa portadora de doença mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que tenha cometido uma infração penal. Nenhuma relação se estabelece entre a medida de segurança e a

¹⁵⁶ PENTEADO, Jaques de Camargo; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 58, p. 10, set. 1997.

culpabilidade do agente, notadamente ante a completa ausência de culpabilidade desses indivíduos, em decorrência das anomalias mentais que os afligem.

A correlação existente entre o grau de culpabilidade do agente e a gravidade da pena privativa a ser imposta (reclusão ou detenção) em nada se aplica ao instituto da medida de segurança. Essa correlação se aplica aos indivíduos imputáveis em decorrência direta do princípio da proporcionalidade.

O mesmo não ocorre em relação aos indivíduos inimputáveis. Em relação a eles, o princípio da proporcionalidade exige estabelecer-se correlação diversa. Há que se ponderar o grau de periculosidade e as necessidades inerentes ao tratamento a ser aplicado.

A correlação que se deve estabelecer entre o tipo de tratamento e o agente funda-se, pois, exclusivamente na necessidade do tratamento, em face das características pessoais do indivíduo inimputável e os objetivos terapêuticos a serem alcançados.

O escólio é de Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques: “Por isso, a escolha da espécie de medida de segurança não pode alicerçar-se na modalidade da pena privativa de liberdade, correspondente ao preceito violado. A internação, por via de consequência, só deveria permanecer obrigatória quando o tratamento a ser ministrado ao inimputável e sua periculosidade real assim o exigissem, ainda que o crime fosse punível com pena de reclusão.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ PENTEADO, Jaques de Camargo; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis, cit., p. 10.

O equívoco da legislação brasileira é manifesto. Inúmeros são os males e patologias que afligem a mente humana conhecidos pela medicina. Cada um deles exige modalidade terapêutica própria recomendada pelas ciências médicas. Como pode o legislador pretender a solução para todos eles em duas categorias estanques? E o pior: categorias estanques aplicáveis não em face das características pessoais do agente, do diagnóstico de sua patologia, seu grau de comprometimento e sua real periculosidade, mas sim em face da gravidade objetiva do fato por ele praticado. Nada mais equivocado.

Equivocado e inconstitucional, visto tratar-se de critério escolhido ao completo arrepio dos limites e fundamentos do direito de punir estatal em face dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

À evidência, a prática vigente no Brasil só pode conduzir mesmo a lamentáveis excessos. Assim, admite o sistema que um indivíduo portador de um distúrbio mental leve que não apresente maior grau de periculosidade fique sujeito às agruras do cárcere manicomial, talvez por toda a vida, após o furto de uma escova de dentes em um supermercado. Tem-se aí lamentável autorização legal para aplicação de sanção penal de todo desnecessária, o que não se admite num Estado Democrático de Direito.

Concluimos, pois, com Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques que “para a escolha da espécie de medida de segurança, internação ou tratamento ambulatorial, dois pressupostos devem estar conjugados: a necessidade do tratamento e a periculosidade real do agente. Nessa linha de raciocínio, sugere-se a seguinte redação substitutiva ao artigo 97, *caput*, do Código Penal: ‘Se o agente for inimputável (art. 26), o juiz determinará sua internação ou sujeição a tratamento ambulatorial. A internação

será obrigatória quando o tratamento e a periculosidade do agente assim o exigirem”¹⁵⁸.

A proposta dos professores foi encaminhada ao Congresso Nacional pelo então deputado federal Hélio Bicudo e deu origem ao Projeto de Lei n. 3.745/97, que foi arquivado em 02.02.1999, sem que tivesse sido levado à votação. Em seu lugar, e com idêntico teor, foi apresentado o Projeto de Lei n. 4.318/2001, de autoria do deputado federal Orlando Fantazzini. Posteriormente, em 11 de março de 2002, o projeto foi apensado ao Projeto de Lei n. 5.813/2001, por versarem sobre matérias rigorosamente iguais.

Os termos do Projeto de Lei n. 4.318/2001 são idênticos aos do anterior. Propõe-se nova redação ao artigo 97 do Código Penal, nos precisos termos sugeridos pelos professores Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques:

“Artigo 97 - Se o agente for inimputável (art. 26), o juiz determinará sua internação ou sujeição a tratamento ambulatorial. A internação será obrigatória quando o tratamento e a periculosidade do agente assim o exigirem.”

Em sua justificção, o deputado Orlando Fantazzini expressamente consignou: “Reapresento o Projeto de Lei n. 3.745, de 1997, da lavra do ilustre ex-deputado Hélio Bicudo, tendo em vista que o mesmo foi arquivado em definitivo. Levo em conta, e em homenagem ao emérito deputado, o inteiro teor do mesmo. O Código Penal de 1940 previu o instituto a medida de segurança como medida preventiva e assistencial aplicada aos inimputáveis que houvessem

¹⁵⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis, cit., p. 10.

praticado crime, visando impedir que o agente que ainda guardasse grau elevado de periculosidade viesse a realizar nova prática delituosa. O mesmo Código define o inimputável como ‘(...) o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’ (art. 26). Assim, quando a pessoa com desenvolvimento mental incompleto ou retardado pratica ato tipificado como crime, ele não é considerado culpável, não lhe sendo aplicada pena restritiva de liberdade em virtude de sua conduta. A medida de segurança não é pena em sentido estrito, mas tratamento utilizado para minimizar a periculosidade de pessoa que, por não compreender a ilicitude de seus atos, não poderia ser punida. A medida de segurança pode assumir uma de duas formas: a internação ou a sujeição a tratamento ambulatorial. A lei penal vigente determina ao juiz que aplique a medida de internação se o crime for punível com reclusão, e a de tratamento ambulatorial no caso da conduta ser punível apenas com detenção. Ora, uma vez que a legislação brasileira adota a teoria biopsicológica da inimputabilidade – segundo a qual o inimputável não deve ser punido, mas sim tratado –, não satisfaz o espírito da lei obrigar o juiz a aplicar uma modalidade específica de medida de segurança apenas porque o crime praticado seria punido, caso o agente fosse imputável, com *pena* de reclusão ou detenção. Como a medida de segurança visa o tratamento e a assistência ao inimputável, a modalidade de medida a ele aplicável pode apenas ser determinada pelo exame técnico-científico de sua patologia, o grau de desenvolvimento da mesma e o seu nível de periculosidade atual. Todavia, hoje, ao aplicar a medida de segurança o juiz deve observar apenas a pena que seria aplicada ao agente se ele fosse imputável, como se a reprovabilidade social de um crime fosse a mesma, independente das faculdades mentais do agente. Por discordarmos desse último entendimento, esposamos a tese defendida pelo egrégio e militante Ministério Público do Estado de São Paulo, de que o juiz

deverá apreciar as necessidades e grau de periculosidade reais do agente, quando for decidir qual modalidade de medidas de segurança deverá ser aplicada no caso concreto.”

Com essa justificativa, o projeto foi apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, tendo sido aprovado em voto da lavra da deputada federal Juíza Denise Frossard em 10 de julho de 2003, no que foi reconhecida textualmente sua constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa.

A expectativa é de que seja aprovada a necessária modificação legislativa, de modo a tornar mais consentânea com os princípios informadores do Direito Penal a disciplina jurídica das medidas de segurança, notadamente no que pertine aos critérios que devem nortear o juiz na escolha do tipo de medida de segurança adequada para cada caso.

A questão é por demais tormentosa e não se compadece de soluções tímidas. Fere o bom senso a proporcionalidade estabelecida pelo atual Código Penal, havendo urgência que se expurgue tamanha distorção.

A observação atenta é de Maximiliano Roberto Ernesto Führer: “Outro aspecto digno de repúdio é o tabelamento legal do tratamento. Sendo crime apenado com reclusão, o réu inimputável dever ser submetido a internação. Sendo apenado com detenção, poderá a internação ser substituída por tratamento ambulatorial. O juízo de periculosidade passou a se assentar exclusivamente na gravidade da pena prevista para o crime, o que não corresponde necessariamente à realidade. Inúmeros são os casos em que o louco demonstra grande periculosidade praticando um crime apenado simplesmente com detenção. Também existem muitas hipóteses de crimes apenados com reclusão que não implicam perigo acentuado. Lembre-se que a ameaça pode ser tão ou mais

perigosa do que uma apropriação indébita, e geralmente é. O juízo de reprovabilidade da conduta (culpabilidade) nem sempre é equivalente ao perigo que a pessoa representa para a sociedade (periculosidade). Tudo depende da pessoa que praticou a conduta e como esta foi praticada.”¹⁵⁹

De igual teor o pensamento de Tânia Maria Nava Marchewka: “Segundo critério adotado em nossa legislação penal, o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso, sendo obrigatória a aplicação de medida de segurança, que consiste na internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico. Se o fato previsto como crime for punível com pena de detenção, a medida de segurança poderá ser tratamento ambulatorial. Como se vê, a posição da legislação brasileira denota uma postura altamente simbólica do sistema punitivo e que permanece sem dúvida assim até nossos dias. Duzentos anos se passaram. Hoje o cenário é outro, após as denúncias de Foucault, mas a discriminação continua. Tudo indica que, substancialmente, o fundamento para a aplicação de medida de segurança detentiva é pior do que o da pena privativa de liberdade, pois não existe na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) dispositivo que possibilite a liberação do doente mental de forma progressiva, nos moldes da pena privativa de liberdade. Ora, isso torna inviável para muitos a libertação, razão pela qual não nos parece válida nos dias de hoje esta orientação, pois obriga o juiz a decretar a internação sempre que o fato cometido seja reprimido com a pena de reclusão. Isso significa que o doente mental que venha a praticar um furto simples, uma receptação dolosa ou culposa ou uma lesão corporal grave (crimes punidos com reclusão) será obrigatoriamente internado em hospital psiquiátrico.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto, *Tratado da inimputabilidade no direito penal*, cit., p. 145-146.

¹⁶⁰ MARCHEWKA, Tânia Maria Nava, *As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil*, cit., p. 180-181.

O certo é que o critério adotado pelo artigo 97 do Código Penal brasileiro não resiste ao teste de constitucionalidade, em face da verdadeira interpretação jurídica do ordenamento penal, qual seja a teleológica. Diversos são os motivos.

Por primeiro, cumpre ressaltar não existir qualquer distinção ontológica entre reclusão e detenção. O escólio é de Alberto Silva Franco: “O legislador de 84 manteve a classificação ‘reclusão-detenção’, acolhida na PG/40 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais a aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e de detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador. Tudo parece indicar, à primeira vista, que a pena de reclusão não se confunde com a de detenção, porque aquela pode ser cumprida em qualquer dos regimes penitenciários (fechado, semi-aberto e aberto) e esta apenas nos regimes semi-aberto e aberto. No entanto, desde que as penas, reclusiva e detentiva, comportem uma forma regressiva de cumprimento, nada obsta que, em razão de seu demérito, o condenado à pena detentiva venha a ser obrigado a cumpri-la em regime fechado. E, então, o que parecia ser um critério diferenciador, deixa de ter significado. Por outro lado, regras contidas na legislação anterior e que permitiam diferenciar, ainda que de modo pouco consistente, a reclusão da detenção (isolamento facultativo não superior a três meses no período inicial de cumprimento da pena reclusiva, a separação do recluso em relação ao detento, a impossibilidade de escolha do trabalho pelo recluso, etc.) desapareceram, e as mínimas diferenças hoje detectadas (a possibilidade de submissão a tratamento ambulatorial em relação ao inimputável, ao qual se comine pena detentiva, e a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela e curatela, nos crimes

dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, como efeito da sentença condenatória) minimizam a separação entre pena reclusiva e pena detentiva, reforçando cada vez mais a idéia da fusão de ambas no conceito maior de penas privativas de liberdade.”¹⁶¹

Ressalte-se ainda que a cominação em abstrato da pena de reclusão a um delito não está necessariamente relacionada à sua efetiva gravidade objetiva ou acentuada lesividade social, haja vista a existência no ordenamento jurídico de diversos delitos apenados com reclusão e passíveis de suspensão condicional do processo, regime inicial de cumprimento de pena aberto e substituição por penas restritivas de direitos.

Ademais, dispõe expressamente o artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica):¹⁶²

“Artigo 2º - Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único - São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades.”

¹⁶¹ FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 1, p. 506-507.

¹⁶² O aludido diploma legal assegura como direitos básicos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

O dispositivo legal em destaque, convém ressaltar, não faz qualquer distinção entre portadores de transtorno mental, sejam eles autores de delitos ou não. Todos, sem distinção, têm direito ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades.

Cuida-se de direito legalmente reconhecido do portador de transtorno mental, seja ele autor de crime ou não.

Daí porque a escolha do tratamento a ser aplicado ao portador de transtorno mental autor de crime só pode ficar a critério exclusivamente médico que leve em conta, dentre outros fatores, o diagnóstico, as condições pessoais do agente, sua periculosidade e prognóstico de cura.

De todo conveniente o registro de que as medidas de segurança devem ser necessariamente adequadas às disposições da Lei n. 10.216/2001.

Justamente com o escopo de dar-se cumprimento a essa tarefa, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n. 5, de 04.05.2004, elencando 18 diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança, a fim de adequá-lo ao que dispõe a Lei da Reforma Psiquiátrica.

Dentre elas, merece destaque a de número 3 que, expressamente, dispõe que “o internado deverá ‘ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades’ (art. 2º, § 1º, inc. I), de mesma qualidade e padrão dos oferecidos ao restante da população”.

Por fim, não há como reconhecer-se respeito ao princípio da proporcionalidade no critério inserto no artigo 97 do Código Penal. Em relação aos imputáveis, a proporcionalidade há que se relacionar à gravidade do crime e

ao grau de culpabilidade do agente. Contudo, no que diz respeito aos inimputáveis, considerando-se a ausência de culpabilidade e de capacidade de compreender o caráter ilícito de um fato criminoso e de determinar-se de acordo com esse entendimento, a proporcionalidade só pode se dar em relação ao grau de periculosidade do agente. Essa a única conclusão a que se pode licitamente chegar.

Ressalte-se que, nos termos do que dispõe o artigo 4º da Lei n. 10.216/2001, a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Prescreve, ademais, o parágrafo 1º do aludido dispositivo legal que o tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

Em suma, a aplicação cega do artigo 97 do Código Penal brasileiro contra toda recomendação médica constitui violação manifesta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, consectários lógicos do sistema constitucional de garantias adotado pelo Direito Penal brasileiro. Induz graves injustiças ao promover, em muitos casos, reação punitiva despropositada e desnecessária aos objetivos terapêuticos da medida de segurança, com a inafastável possibilidade de agravamento e piora do quadro clínico apresentado pelo sentenciado.

Finalmente, contraria dispositivo legal posterior e específico contido na Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001), que assegura como direito fundamental do portador de sofrimento mental acesso ao melhor tratamento disponível no sistema de saúde e que seja adequado às suas necessidades.

CAPÍTULO 6 – AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO

6.1 O princípio da individualização

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, estabelece expresso mandamento ao legislador ordinário, ao determinar que “a lei regulará a individualização da pena”.

O princípio, já analisado em pormenores no Capítulo 1, exige a previsão legal de mecanismos de individualização tanto na fixação da pena, como na sua aplicação e no curso de seu cumprimento.

A individualização da pena se desenvolve, portanto, em três momentos distintos: no plano legislativo, na aplicação e na execução da sanção penal.

No plano legislativo, a matéria vem tratada em relação às penas, dentre outros, no artigo 59 do Código Penal, que estabelece:

“Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade por outra espécie de pena, se cabível.”

Outra decorrência do princípio da individualização é o sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pela Lei de Execução Penal brasileira, em seu artigo 112:

“Artigo 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.”

A aplicação é determinada pelo juiz no caso concreto, diante da efetiva violação da norma. O momento posterior é o da execução, na qual o sentenciado é submetido ao cumprimento da sanção penal que lhe foi imposta.

A exemplo do que ocorre com a proibição constitucional à pena de morte, à perpetuidade, às penas de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, o mandamento constitucional da individualização da pena em tudo se aplica às medidas de segurança.

A interpretação sistemática da Constituição Federal conduz à inafastável conclusão de que todos os princípios constitucionais relativos à pena incidem também sobre as medidas de segurança. Na origem, todos eles decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, aplicam-se a todas as expressões do poder punitivo estatal.

Há que se ter presente que o Direito Penal encontra seu fundamento de validade no princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que as duas espécies

de sanção penal somente se legitimam quando em perfeita consonância com esse princípio e todos os demais dele decorrentes.

Nesse sentido, o princípio da individualização nada mais é do que uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar constituir-se a dignidade em valor inerente à condição humana, como decorrência natural da própria vida. Seu conteúdo engloba todos os direitos fundamentais do ser humano. Exige-se, pois, perfeita consonância e conformação de toda e qualquer manifestação do *jus puniendi* prevista no ordenamento jurídico pátrio ao princípio em tela.

Para Michael Kloepfer, todo e qualquer indivíduo é titular de direitos fundamentais, não havendo exceções ao princípio da dignidade humana: “Deve-se reiterar que toda a pessoa possui dignidade, e, note-se, independentemente da sua nacionalidade, das suas características pessoais, das suas prestações e do seu *status* social. É irrelevante, da mesma forma, se o titular é consciente da sua dignidade ou mesmo se a compreende. De forma correspondente, também as crianças e doentes mentais são alcançados pela proteção do artigo 1º, inciso 1, da LF. Não é possível, ademais, uma perda da dignidade da pessoa humana, de forma mais grave e insuportável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob a sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade.”¹⁶³

¹⁶³ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161.

6.2 A disciplina legal das medidas de segurança e o princípio da individualização

O artigo 96 do Código Penal consubstancia-se numa manifestação do mandamento constitucional da individualização, ao instituir duas espécies diferentes de tratamento ao inimputável e ao semi-imputável, ou seja, duas espécies de medidas de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial.

Contudo, nada além desse único dispositivo foi dedicado ao tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário da preocupação com que se houve o Código Penal e a Lei de Execução Penal em relação à aplicação e cumprimento das penas, nada se previu com relação à individualização das medidas de segurança, à exceção da previsão legal dos dois tipos de tratamento acolhidos pelo Código Penal: internação e tratamento ambulatorial.

Institutos como a progressão de regime, o livramento condicional, o *sursis*, a remição pelo trabalho e saídas temporárias, dentre outros, foram solenemente ignorados pelo Código Penal quanto aos internos sancionados com medidas de segurança. O mesmo se deu em relação a institutos de natureza processual, como é o caso da prisão cautelar. Nenhuma previsão legal existe acerca da necessidade da internação cautelar, a exemplo do que ocorre com a prisão preventiva.

Nesse sentido, correta a advertência de Virgílio de Mattos: “Não pode haver qualquer margem para dúvida: medida de segurança é sanção penal. Assim, um notável paradoxo: para aquele considerado sem qualquer perturbação de natureza mental, imputável portanto, o limite de uma pena de liberdade predeterminada, fixa, suscetível de abrandamento na execução, comutação, indulto, liberdade condicional, progressão de regime, apenas para ficarmos no mínimo. Esperança de um alvará de soltura ao cabo do tempo fixado em uma sentença penal. Para o inimputável por sofrimento mental, nada. Nada além do regime fechado para sempre, travestido de ‘internação psiquiátrica’. Ou internação em decorrência de necessidade de defesa social. Ou prisão perpétua em função da periculosidade, que, em decorrência da lei, não podendo ser mais presumida, é esquecida na repetição burocrática dos laudos de cessação de periculosidade. Pior: mesmo diante de um laudo negativo para periculosidade, ainda se mantém o portador de sofrimento ou transtorno mental segregado, desde que não tenha amparo familiar. Podemos dizer, sem medo de exagero, que o portador de sofrimento mental recebe espécie de ‘nova condenação’ a cada repetição de um laudo ‘positivo’ para a periculosidade.”¹⁶⁴

O certo é que a medida de segurança não foi objeto de maior preocupação por parte dos juristas que contribuíram para a elaboração do Código Penal e do Código de Processo Penal, havendo necessidade urgente de que a matéria seja disciplinada em lei de forma clara, evitando-se a insegurança que a interpretação jurisprudencial traz a esse tema.

¹⁶⁴ MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria, uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 103-104.

6.3 Propostas para a humanização e individualização do tratamento: diretrizes para o cumprimento das medidas de segurança

Atento às disposições da Lei n. 10.216/2001, que instituiu a reforma psiquiátrica no Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n. 5, de 04.05.2004.

No documento¹⁶⁵, o Conselho decidiu aprovar dezoito diretrizes visando a adequar o cumprimento das medidas de segurança ao disposto na nova lei.

Temos que as propostas representam importante avanço no trato da questão, merecendo especial atenção dos operadores do Direito. Demais disso, tratando-se de matéria afeta à execução penal, imperioso que se discuta o tema em profundidade no Congresso Nacional, com vistas às necessárias alterações no Código Penal brasileiro, no que diz respeito à disciplina legislativa das medidas de segurança.

Propõe o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária as seguintes diretrizes:

1. O tratamento dos portadores de transtornos mentais considerados inimputáveis “visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio” (art. 4º, § 1º, da Lei n. 10.216/2001), tendo como

¹⁶⁵ As diretrizes apresentadas resultaram dos estudos levados a efeito no âmbito do “Projeto de Apoio à Reinserção dos Pacientes Internados em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Rio de Janeiro”, realizado por equipe da Superintendência de Saúde da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária daquele Estado. Levaram-se em consideração ainda as propostas aprovadas na “III Conferência Nacional de Saúde Mental” e no “Seminário para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”, bem como as discussões ocorridas na comissão eleita no curso desse Seminário para encaminhar projeto de mudança da Lei de Execução Penal ao Congresso Nacional.

princípios norteadores o respeito aos direitos humanos, a desospitalização e a superação do modelo tutelar.

2. A atenção prestada aos pacientes inimputáveis deverá seguir um programa individualizado de tratamento, concebido por equipe multidisciplinar que contemple ações referentes às áreas de trabalho, moradia e educação e seja voltado para a reintegração sócio-familiar.

3. O internado deverá “ter acesso ao melhor tratamento consentâneo às suas necessidades” (art. 2º, § 1º, inc. I), de mesma qualidade e padrão dos oferecidos ao restante da população.

4. Os pacientes inimputáveis deverão ser objeto de política intersetorial específica, de forma integrada com as demais políticas sociais, envolvendo as áreas de Justiça e Saúde e congregando os diferentes atores e serviços que compõem a rede.

5. A medida de segurança deverá ser cumprida em hospital estruturado de modo a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, etc. (art. 4º, § 2º).

6. A atenção deverá incluir ações dirigidas aos familiares e comprometer-se com a construção de projetos voltados ao desenvolvimento da cidadania e à geração de renda, respeitando as possibilidades individuais.

7. Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico deverão estar integrados à rede de cuidados dos SUS, adequando-se aos padrões de atendimento previstos no Programa Nacional de Avaliação dos Serviços

Hospitalares (PNASH/Psiquiatria) e aos princípios de integralidade, gratuidade, equidade e controle social.

8. Nos Estados onde não houver hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, os pacientes deverão ser tratados na rede SUS.

9. Os Estados deverão realizar censos jurídicos, clínicos e sociais dos portadores de transtornos mentais que sejam inimputáveis, a fim de conhecer suas necessidades terapêuticas, disponibilizar recursos, garantir seu retorno à comunidade de referência e acesso aos serviços territoriais de saúde.

10. A conversão do tratamento ambulatorial em internação só será feita com base em critérios clínicos, não sendo bastante para justificá-la a ausência de suporte sócio-familiar ou comportamento visto como inadequado.

11. A medida de segurança só poderá ser restabelecida em caso de novo delito e após sentença judicial. Os casos de reagudização de sintomatologia deverão ser tratados nos serviços de referência local.

12. A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária, tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica.

13. A fim de garantir o acesso dos egressos dos hospitais de custódia aos serviços residenciais e terapêuticos, deverão ser estabelecidas cotas específicas para esses pacientes nos novos serviços que forem criados.

14. Como forma de superar as dificuldades de reinserção dos egressos nos serviços de saúde mental da rede, os gestores de saúde locais devem ser convocados, desde o início da medida, para participarem do tratamento, realizando busca ativa de familiares e preparando a família e a comunidade para o retorno do paciente.

15. Após a desinternação, desde o primeiro ano, o paciente deve ser assistido no serviço local de saúde mental, paralelamente ao tratamento ambulatorial previsto em lei, com o objetivo de construir laços terapêuticos em sua comunidade.

16. Os pacientes com longo tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que apresentem quadro clínico e/ou neurológico grave, com profunda dependência institucional e sem suporte sócio-familiar, deverão ser objeto de “política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida” (art. 5º da Lei), beneficiados com bolsas de incentivo à desinternação e inseridos em serviços residenciais terapêuticos.

17. Os portadores de transtornos relacionados ao uso de drogas deverão ser objeto de programas específicos, de conformidade com a política do Ministério da Saúde para a atenção integral ao usuário de álcool e outras drogas.

18. Em caso de falta às consultas ou abandono de tratamento, os serviços locais de saúde deverão realizar visitas domiciliares, com o fim de avaliar a situação e estimular o retorno do paciente ao tratamento.

Essas as diretrizes propostas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Induvidosa a presença norteadora do princípio da individualização nelas, o que, lamentavelmente, não ocorre no Código Penal brasileiro.

Como se vê, o instituto das medidas de segurança encontra-se ainda em evolução. Mas algo é inarredável advertir: somente com a eleição de políticas públicas adequadas e comprometimento político das autoridades ligadas ao tema o lastimável cenário atual poderá progredir.

De se notar que tais diretrizes, mais do que simples normas programáticas, constituem normas de observação obrigatória por parte das autoridades brasileiras. O Estado brasileiro, lamentavelmente, há muito vem tratando com descaso e abandono os portadores de doença mental, seja nos hospitais psiquiátricos da rede pública ou particulares, seja nos manicômios judiciários.

Essa situação de abandono custou ao Brasil, em 17 de agosto de 2006, sua primeira condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violações de direitos humanos que culminaram com a morte de Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 4 de outubro de 1999, no interior de um estabelecimento psiquiátrico denominado Causa de Repouso Guararapes, situado em Sobral, no interior do Ceará.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Em 1º de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental, foi internado na Casa de Repouso Guararapes, situada em Sobral, Ceará. Três dias depois, sua mãe Albertina Ximenes foi visitá-lo, tendo o encontrado ao lado de uma cama em deplorável estado de saúde, completamente nu, com diversos hematomas, sangramentos e escoriações e com as mãos amarradas. No mesmo dia, Damião veio a óbito. O laudo emitido pela clínica atestava a morte de Damião por “parada cardíaco-respiratória”. No curso da investigação, e apesar de todas as evidências das torturas e crueldades sofridas pela vítima no interior do estabelecimento psiquiátrico, o Instituto Médico Legal atestou como indeterminada a causa da morte. Os familiares de Ximenes Lopes iniciaram, então, uma autêntica cruzada em busca da realização da justiça e punição dos culpados por sua morte. A inércia e ineficiência das autoridades brasileiras foram denunciadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 17 de agosto de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado brasileiro era responsável por violar os direitos à vida e à integridade pessoal, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tudo em decorrência do tratamento cruel, desumano e degradante dado a Damião Ximenes Lopes e da tortura e conseqüente assassinato no interior da Casa de Repouso Guararapes. A Corte concluiu ainda que o Estado brasileiro não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir acesso à justiça, à determinação da verdade dos fatos, à investigação, identificação, ao processo, bem como a punição dos responsáveis pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

Na minuciosa análise do caso, reconheceu a Corte expressamente na sentença do caso *Ximenes Lopes versus Brasil* que: “O Tribunal tem por estabelecido que na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era freqüente que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de deficiência mental. Os doentes se encontravam sujeitos a violência também quando seu estado de saúde mental se tornava crítico, já que a contenção física e o controle de pacientes que entravam em crise eram muitas vezes realizados com a ajuda de outros pacientes. A violência, no entanto, não era o único obstáculo para a recuperação dos pacientes da Casa de Repouso Guararapes, mas também as precárias condições de manutenção, conservação e higiene, bem como da assistência médica, igualmente constituíam uma afronta à dignidade das pessoas ali internadas. Na Casa de Repouso Guararapes o armazenamento dos alimentos era inadequado; as condições higiênicas e sanitárias eram precárias, os banheiros se achavam danificados, sem chuveiro, lavatório ou cesta de lixo, e o serviço sanitário se encontrava sem cobertura nem higiene; não havia médico de plantão, o atendimento médico aos pacientes era freqüentemente prestado na recepção do hospital e algumas vezes não havia medicação; faltavam aparelhos essenciais na sala de emergência, tais como tubos de oxigênio, ‘aspirador de secreção’, e vaporizador; os prontuários médicos não registravam a evolução dos pacientes nem os relatórios circunstanciados de acompanhamento que deviam apresentar os profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem; o proprietário do hospital não se encontrava presente de maneira assídua, motivo porque era evidente a falta de administração. Em resumo, e conforme salientou a Comissão de Sindicância instaurada posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Casa de

Repouso Guararapes ‘não oferec(ia) as condições exigíveis e (era) incompatível com o exercício ético-profissional da medicina’.”

Importante notar ainda o reconhecimento expresso da Corte da necessidade de conformidade das condições do tratamento psiquiátrico ao princípio da dignidade da pessoa humana: “A Corte considera que todo tratamento de saúde dirigido a pessoas portadoras de deficiência mental deve ter como finalidade principal o bem-estar do paciente e o respeito à sua dignidade como ser humano, que se traduz no dever de adotar como princípios orientadores do tratamento psiquiátrico o respeito à intimidade e à autonomia das pessoas. O Tribunal reconhece que este último princípio não é absoluto, já que a própria necessidade do paciente pode exigir algumas vezes a adoção de medidas sem seu consentimento. A deficiência mental, entretanto, não deve ser entendida como uma incapacidade para que a pessoa se determine e deve ser aplicada a presunção de que as pessoas portadoras desse tipo de deficiência são capazes de expressar sua vontade, a qual deve ser respeitada pelo pessoal médico e pelas autoridades. Quando seja comprovada a impossibilidade do doente para consentir, caberá aos seus familiares, representantes legais ou à autoridade competente emitir seu consentimento quanto ao tratamento a ser empregado.”

Note-se, pois, que a questão da individualização do tratamento, mais do que uma simples diretriz a informar o cumprimento das internações psiquiátricas, constitui matéria de observância obrigatória, inclusive no plano internacional.

A questão das medidas de segurança é multidisciplinar e demanda interferências, tanto nas áreas de saúde pública, como na execução penal.

No que pertine ao Direito Penal, o respeito ao princípio da individualização apresenta-se como inarredável, em face do Texto Constitucional.

Acreditamos, com Eduardo Reale Ferrari, que “com o intento de conferir efetividade às sentenças ou decisões criminais, a execução de qualquer sanção penal possui, dentre suas finalidades, a função de proporcionar condições de integração harmônica social aos suscetíveis de punição, sendo nesse contexto importantíssima a expressão reintegração comunitária. Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social, exteriorizada pela progressividade na execução de qualquer espécie de sanção penal, estendendo-se também àqueles suscetíveis às medidas de tratamento criminal. Permitida a progressão em relação a inimputáveis e semi-imputáveis, possíveis serão as transferências de um regime de tratamento mais rigoroso a um menos rigoroso, resgatando sua autodeterminação e dignidade, auxiliando na efetiva, gradativa e futura convivência sócio-familiar. Embora inexistente em nossa atual legislação penal, o sistema progressivo aplicável aos delinquentes-doentes mentais já constitui uma realidade pragmática nacional, concretizada em vários Estados da Federação apesar da lacuna legal”.¹⁶⁷

Prossegue o renomado penalista, afirmando que “a desinternação progressiva constitui a maior prova de que o bom senso supera o direito positivo, já que pragmaticamente aplicada há mais de dez anos, em Franco da Rocha – inclusive com a presença de homens e mulheres –, sem contudo nenhuma previsão legal. Sua autorização originou-se graças à boa vontade e ao bom senso do juiz Francisco José Galvão Bruno, carinhosamente apelidado ‘padrinho da desinternação progressiva’, tendo havido enormes avanços

¹⁶⁷ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 168.

provenientes da continuidade de outros juízes que atuaram e atuam na Vara das Execuções Criminais de São Paulo (...)”.¹⁶⁸

Vê-se claramente que o direito da execução penal não pode permanecer alheio às novidades terapêuticas que a cada dia surgem em decorrência dos avanços da psiquiatria moderna, notadamente os que indicam o meio aberto e a reinserção social como inarredável caminho a ser trilhado para a recuperação do portador de sofrimento mental.

Nesse sentido é também o escólio de Orlando Faccini Neto, para quem: “Afaz-se, portanto, aos escopos da Lei n. 10.216/2001 a adoção do sistema progressivo na execução das medidas de segurança. Além de se adstringir aos modernos entendimentos surgidos no nível da psiquiatria, a progressividade das medidas de segurança lança luzes acerca da reintegração do doente ao convívio social, humanizando, quando menos, o tratamento lhe imposto. De observar-se, apenas que, cuidando-se de matéria jungida à execução penal – não obstante sejam preponderantes as avaliações clínicas realizadas por profissionais da área da medicina – a autorização para a progressão, ou seja, para a flexibilização do regime de internação e, por evidente, para eventual regressão, há de ser realizada pelo juiz da execução respectiva. Não se há de afirmar, assim, haja legalidade na progressão ditada pelos médicos, que se limitem a meras comunicações do tratamento progressivo ao magistrado, porque, em assim procedendo, volve-se ao sistema de execução penal como atividade tão-somente administrativa, discrepando, a mais não poder, dos paradigmas traçados pela Lei n. 7.210/84. Admitido que seja o sistema progressivo nas medidas de segurança, já agora sob o amparo dos objetivos traçados pela Lei n. 10.216/2001, o deferimento das

¹⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale, *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*, cit., p. 174.

medidas a ele correlatas incumbirá ao magistrado atuante no processo, homenageando, destarte, a jurisdicionalidade da execução penal.”¹⁶⁹

Daí porque revela-se de todo conveniente estender-se às medidas de segurança, naquilo que lhes for aplicável, os institutos da saída temporária, desinternação progressiva, livramento condicional, remição, entre outros que, com as devidas adequações aos objetivos terapêuticos, contribuam para o progresso no tratamento rumo à reinserção social do inimputável ou semi-imputável autor de delito.

De igual forma, urge que se proceda à adequação do Código de Processo Penal ao instituto das medidas de segurança, de modo a se possibilitar ao inimputável ou semi-imputável a internação provisória, até julgamento definitivo, em ambiente hospitalar separado dos presos provisórios imputáveis. Há sérios questionamentos doutrinários acerca da possibilidade de se admitir a internação provisória do inimputável ou semi-imputável. O fato é que a submissão desses indivíduos à prisão cautelar em condições idênticas aos demais presos imputáveis se traduz em grave prejuízo de seu quadro clínico, ante a completa ausência de assistência médica especializada exigida para o caso. A situação indubitavelmente pode contribuir para a piora do acusado, até que seja reconhecida por sentença sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade, não havendo justificativa razoável para a manutenção do indivíduo no cárcere comum quando já constatada pericialmente sua doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado.

Nesse tópico, interessante notar que no Código Penal de 1940 admitia, nos artigos 34 e 80, a possibilidade de que os inimputáveis, semi-imputáveis, ébrios

¹⁶⁹ FACCINI NETO, Orlando. Atualidades sobre as medidas de segurança. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, ano 53, n. 337, p. 102, nov. 2005.

habituais e toxicômanos fossem submetidos provisoriamente a medida de segurança no curso do processo.

A previsão legal da internação provisória era expressa:

“Artigo 34 - Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.

(...)

Artigo 80 - Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no artigo 78, n. I, e os ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhes sejam aplicáveis.

Parágrafo único - O tempo de aplicação provisória é computado no prazo mínimo de duração da medida de segurança.”

O artigo 378 do Código de Processo Penal, por seu turno, dispunha:

“Artigo 378 - A aplicação provisória da medida de segurança obedecerá ao disposto nos artigos anteriores, com as modificações seguintes:

I - o juiz poderá aplicar, provisoriamente, a medida de segurança, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público;

II - a aplicação poderá ser determinada ainda no curso do inquérito, mediante representação da autoridade policial;

III - a aplicação provisória de medida de segurança, a substituição ou a revogação da anteriormente aplicada poderão ser determinadas, também, na sentença absolutória;

IV - decretada a medida, atender-se-á ao disposto no Título V do Livro IV, no que for aplicável.”

Contudo, por força da reforma penal de 1984, esses dispositivos foram revogados, surgindo-se questionamento doutrinário acerca da manutenção no ordenamento legal do instituto da internação provisória.

Sem embargo da divergência doutrinária existente, temos que a possibilidade de internação cautelar subsiste, em face do que dispõem os artigos 41 e 42 do Código Penal vigente:

“Artigo 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Artigo 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

Note-se que o texto legal, ao admitir a detração, reconheceu expressamente a internação cautelar.

Nesse sentido, temos que acertada é a opinião de Antonio Carlos da Ponte ao tratar da matéria: “A solução que se mostra como mais razoável para o caso enfocado é a determinação de que o acusado permaneça internado em estabelecimento apropriado até que se instaure e conclua o competente incidente de insanidade mental. Persistindo a anomalia, deverá ter prosseguimento a questionada internação provisória até o desfecho definitivo do processo. Essa é a resposta que se encontra em consonância com a regra de que a exegese jamais pode redundar em absurdo.”¹⁷⁰

¹⁷⁰ PONTE, Antonio Carlos da, *Inimputabilidade e processo penal*, cit., p. 58.

De qualquer modo, a matéria atinge por demais o direito de liberdade e sua relevância demanda disciplina jurídica clara e incontroversa, em respeito ao princípio da segurança jurídica, o que mais uma vez não ocorre no ordenamento penal e processual penal brasileiro, no que toca aos inimputáveis e aos semi-imputáveis.

Em suma, não se pode olvidar sob nenhum pretexto que a medida de segurança constitui-se em um tratamento imposto compulsoriamente ao inimputável ou semi-imputável como resposta estatal pela prática de um crime. Sua finalidade é eminentemente terapêutica, com vistas à ressocialização do indivíduo.

Dentro desse contexto, o cumprimento da medida de segurança há de acompanhar necessariamente as evoluções da psiquiatria, cujas abordagens mais atuais questionam a eficácia terapêutica dos longos períodos de internação, privilegiando medidas que contribuam para o convívio social do paciente, e não sua segregação. Daí porque não há possibilidade de eficácia no tratamento sem progressividade e individualização no cumprimento da sanção penal.

Essa também a advertência de Maria João Antunes, ao concluir que “no presente temos uma intervenção médico-psiquiátrica – psicofarmacológica, mas também psicoterapêutica e psicossocial – que permite internamentos consideravelmente menos prolongados e modalidades de tratamento para além do internamento. Deixou de ser o tempo de ‘pessimismo terapêutico’, de abordagens estritamente biológicas e psicológicas da doença mental e de modelo hospitalar. O tempo presente é de optimismo terapêutico, graças à revolução psicofarmacológica ocorrida nos anos cinquenta (sessenta) do século XX; de abordagem bio-psicossocial das perturbações mentais; e tempo também de modelo comunitário. Modelo este que se foi impondo, por via dos avanços

psicofarmacológicos, das novas abordagens das perturbações mentais e dos contributos críticos da denominada ‘antipsiquiatria’. No presente, continuamos a ter um direito de medidas de segurança compatível com a psiquiatria passada que apenas oferecia internamentos longos. Um direito que continua a partir do princípio que a intervenção médico-psiquiátrica é fundamentalmente hospitalar e tendencialmente perpétua”.¹⁷¹

Conveniente, a esta altura, ressaltar as limitações terapêuticas das longas internações. O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico encontra-se entre os estabelecimentos que Erving Goffman denomina de “instituições totais”. Nas palavras do autor: “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período e tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.”¹⁷²

Prosegue o autor, citando em rol não exaustivo espécies conhecidas desse tipo de instituição: “As instituições totais de nossa sociedade podem ser grosso modo, enumeradas em cinco agrupamentos. Em primeiro lugar, há instituições criadas para cuidar de pessoas que, segundo se pensa, são incapazes e inofensivas; nesse caso estão as casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes. Em segundo lugar, há locais estabelecidos para cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que são também uma ameaça à comunidade, embora de maneira não-intencional: sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários. Um terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias,

¹⁷¹ ANTUNES, Maria João. Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 11, n. 42, p. 99-100, jan./mar. 2003.

¹⁷² GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 11.

penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração. Em quarto lugar, há instituições estabelecidas com a intenção de realizar de modo mais adequado alguma tarefa de trabalho, e que se justificam apenas através de tais fundamentos instrumentais: quartéis, navios, escolas internas, campos de trabalho, colônias e grandes mansões (do ponto de vista dos que vivem nas moradias de empregados). Finalmente, há os estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo, embora muitas vezes sirvam também como locais de instrução para os religiosos: entre exemplos de tais instituições, é possível citar abadias, mosteiros, conventos e outros claustros.”¹⁷³

As instituições totais, conforme esclarece esse autor, são incompatíveis com um elemento decisivo em nossa sociedade: a vida familiar. Ademais, “se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado ‘desculturamento’ – isto é, ‘destreinamento’ – que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos da vida diária”.¹⁷⁴

Ademais, há que se ter presente que “num hospital médico, as incapacidades físicas de uma pessoa são consideradas como um sinal de que o tratamento, por mais desagradável ou limitador que seja, é necessário para o bem-estar da pessoa e deve ser aceito. Num hospital psiquiátrico, a incapacidade para ser um paciente facilmente controlável – a incapacidade, por exemplo, de trabalhar ou ser delicado com as pessoas da equipe dirigente – tende a ser considerada como prova de que a pessoa ainda não está ‘preparada’ para a liberdade e precisa submeter-se a mais tratamento. O aspecto fundamental, aqui, não é o fato de o hospital ser um lugar odioso para os pacientes, mas que o fato de o paciente exprimir ódio é dar prova de que seu lugar está justificado e que

¹⁷³ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, prisões e conventos*, cit., p. 16-17.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 23.

ainda não está preparado para sair. Defende-se uma confusão sistemática entre obediência a outros e ajustamento pessoal”.¹⁷⁵

A evolução histórica da psiquiatria bem demonstra que, em verdade, os hospitais de custódia ou manicômios constituíram prioridade terapêutica no século XIX, restando superados pela psiquiatria moderna os métodos neles empregados para tratamento dos doentes mentais.

A análise de Isaías Pessotti é precisa, ao concluir: “O século XIX bem merece o título de ‘século dos manicômios’. Em nenhum outro século o número de hospitais destinados a alienados foi tão grande; em nenhum outro a terapêutica da loucura foi tão vinculada à internação; em nenhum outro século o número de internações atingiu proporções tão grandes das populações. Mais ainda, em nenhum outro século a variedade de diagnósticos de loucura, para justificar a internação, foi tão ampla.”¹⁷⁶

A instituição e disseminação dos manicômios foram, em sua época, importantes para a medicina e seu aprimoramento. Basta, nesse aspecto, a constatação de que até então a loucura sequer era conhecida como doença mental. Acreditava-se que os indivíduos portadores de transtornos mentais eram possuídos por espíritos malignos ou outras entidades sobrenaturais. Sequer a sua condição de doentes era reconhecida, o que somente passou a ocorrer no final do século XIX, a partir dos estudos de Philippe Pinel¹⁷⁷. Nesse particular, explica

¹⁷⁵ GOFFMAN, Erving, *Manicômios, prisões e conventos*, cit., p. 311-312.

¹⁷⁶ PESSOTTI, Isaías. *O século dos manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 9.

¹⁷⁷ O médico francês Philippe Pinel nasceu em Saint André, em 20 de abril de 1745, e faleceu em 25 de outubro de 1826, em Paris. Em 1793, foi nomeado médico-chefe do asilo de Bicêtre, destinado a homens. Lá, influenciado pelos ideais do iluminismo e da Revolução Francesa, realizou o gesto que lhe valeu para a posteridade a fama de libertador dos alienados. Inconformado com as condições sub-humanas a que eram submetidos os internos nos calabouços do asilo, retirou-lhes os grilhões a que muitos deles viviam acorrentados há anos, causando escândalo na sociedade da época. Em 1795, Pinel foi nomeado médico chefe do Hospital de Salpêtrière para mulheres. Lá adotou os mesmos métodos humanitários utilizados nos doentes de Bicêtre, obtendo igualmente bons resultados. Philippe Pinel notabilizou-se por substituir tratamentos violentos por terapia que incluía programa de

Isaías Pessotti que, em decorrência da difusão dos manicômios no século XIX, “a atenção dada à loucura e ao manicômio, nos ambientes culturais e médicos, jamais foi tão grande e tão difusa. E a medicina da loucura, em conseqüência, nunca floresceu tanto antes do século passado, seja como etiologia, seja como semiologia ou terapêutica. O manicômio foi o núcleo gerador da psiquiatria como especialidade médica”.¹⁷⁸

Hoje, contudo, a eficácia terapêutica da internação manicomial constitui página da história da Medicina. Na segunda metade do século XX, iniciou-se uma nova revolução psiquiátrica, originada pela descoberta dos psicofármacos no tratamento das doenças mentais e das possibilidades de prevenção de muitas delas. Como marcos dessa nova época podem ser citados a utilização de radiologia e dos diagnósticos por imagem, a descoberta da eficácia da clorpromazina no tratamento da esquizofrenia, bem como do carbonato de lítio no tratamento da euforia e depressão do transtorno bipolar.

A internação psiquiátrica deixou de ter a importância de outrora e o Direito Penal não pode mais ignorar essa realidade, devendo adaptar-se aos novos tempos. A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico deve ficar reservada unicamente aos casos em que ela se mostre efetivamente necessária.

atividades ocupacionais dirigidas ao desenvolvimento pessoal dos pacientes, sendo considerado um revolucionário no tratamento dos enfermos mentais. O libertador dos acorrentados de Bicêtre foi um dos precursores da psiquiatria moderna. Foi também o primeiro a elaborar uma classificação para as doenças mentais e a preconizar a humanização do tratamento.

¹⁷⁸ PESSOTTI, Isaías, *O século dos manicômios*, cit., p. 9.

CONCLUSÕES

Ao término do presente estudo, as seguintes conclusões podem ser extraídas:

I - O princípio da dignidade da pessoa humana constitui viga mestra de todo o ordenamento jurídico brasileiro, dele derivando todos os demais princípios constitucionais.

II - O Direito Penal somente se legitima quando fundado em incondicional respeito ao princípio da dignidade humana.

III - As sanções penais como expressão do poder punitivo estatal têm no princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento de validade.

IV - As medidas de segurança constituem, ao lado das penas, espécies de sanções penais, pelo que todos os princípios constitucionais aplicáveis às penas são também aplicáveis às medidas de segurança.

V - A proibição constitucional às penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis estende-se integralmente às medidas de segurança.

VI - A indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança não coaduna com a proibição constitucional à perpetuidade e crueldade das sanções penais, não tendo sido, pois, recepcionada pela Constituição Federal.

VII - A legitimidade estatal para aplicação e execução das medidas de segurança está sujeita a limites temporais, havendo necessidade de disciplina

legislativa precisa dos prazos prescricionais a que estão submetidas essas espécies de sanção penal.

VIII - A ausência de disciplina legislativa clara e definida no tocante à prescrição das medidas de segurança ofende o princípio da segurança jurídica, havendo necessidade de que regras expressas a respeito do tema sejam positivadas em lei, afastando-se a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro e a insegurança jurídica dela decorrente.

IX - O critério legal previsto no artigo 97 do Código Penal brasileiro não encontra fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, gerando punições despropositadas e desnecessárias.

IX - O único critério legal válido, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a nortear o juiz na escolha do tratamento adequado ao inimputável ou semi-imputável autor de delito é o médico-pericial que leve em conta o diagnóstico, a periculosidade do agente, suas características pessoais e prognóstico de cura.

X - O princípio da individualização da pena incide também sobre as medidas de segurança, havendo necessidade de previsão legal de mecanismos de desinternação progressiva e liberação condicional dos internos portadores de sofrimento mental, a exemplo do que ocorre com os imputáveis, inclusive no que diz respeito à possibilidade de internação cautelar.

XI - As medidas de segurança são sanções penais de caráter eminentemente preventivo e com finalidade essencialmente curativa e assistencial. Constituem-se em um tipo de tratamento, não havendo possibilidade de eficácia em qualquer tratamento que não seja devidamente

individualizado, tudo com vistas à ressocialização do interno e seu retorno ao convívio social.

XII - A imposição de prazo certo e determinado para a medida de segurança, a existência de critério exclusivamente médico-pericial na escolha do tratamento a ser aplicado (internação ou tratamento ambulatorial), a definição de critérios legais claros para a prescrição em face dessa espécie de sanção penal e a necessidade de critérios definidos de individualização do cumprimento dessas sanções são medidas legislativas a serem adotadas como pressupostos mínimos para a humanização do tratamento jurídico dispensado aos internos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A inimputabilidade por anomalia psíquica: questões jurídicas de ordem substantiva e processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora, v. 43, n. 2, 2002.

ALVIM, Rui Carlos Machado, *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ANTUNES, Maria João. Alterações ao sistema sancionatório: as medidas de segurança. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fasc. 1º, jan./mar. 1998.

_____. Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 90-101, jan./mar. 2003.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica: estudo comparativo*. 5. ed. desenv. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1952.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. Penas e Medidas de Segurança adequadas aos delitos tributários. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 63, v. 462, p. 306-311, abr. 1974.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARREIRO, Agustín Jorge. As medidas de segurança aplicáveis aos doentes mentais no CP espanhol de 1995. Tradução de Cláudia Cruz Santos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fasc. 1º, jan./mar. 2000.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

_____. *Menores e loucos em direito criminal*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. 4. reimpr. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1996.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

BRAGA, Vinicius Gil. As medidas de segurança no estado democrático de direito. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, v. 3, n. 1, jan./dez. 2004.

BRUNO, Aníbal. BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. v. 1-2.

_____. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

CALADO, António Ferreira. O sistema prisional garante de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 701-716.

CALIXTO, Negi. Revogação de Medida de Segurança. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Brasília, v. 37, p. 49-53, jul./dez. 1978.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASTIGLIONE, Theodolindo. Medidas de Segurança perante a jurisprudência e a defesa social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, v. 400, p. 48-58, fev. 1969.

_____. As penas e as medidas de segurança, e a sua execução. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 4 (Nova fase), n. 14, p. 49-64, jul./set. 1966.

CAVALCANTE, Ubaldo Ataíde. Pena e Medida de Segurança e o reflexo da dualidade no índice da criminalidade. *Revista Esmafe*, Recife, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 4, p. 9-11, dez. 2002.

CHERUBINI, Karina Gomes. Modelos históricos de compreensão da loucura. Da Antiguidade Clássica a Philippe Pinel. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1.135, 10 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8777>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Direitos humanos e saúde mental. In: SUANNES, Aduino et al. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 151-162.

_____. Direito e sofrimento mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 87-93, abr./jun. 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

_____. Presunção normativa de perigosidade e jurisdicionalização da medida de segurança. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Nova fase, ano 1, n. 1, p. 137-141, abr./jun. 1963.

DANTAS, António Leões. Notas sobre o internamento compulsivo na Lei de Saúde Mental. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 19, n. 76, p. 51-65, out./dez. 1998.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, v. 32, p. 46-69, jul./dez. 1981.

_____. Penas e medidas de segurança: os caminhos da reforma do sistema. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 70, v. 549, p. 434-447, jul. 1981.

DUARTE, Arnaldo Rodrigues. A pena e a medida de segurança em face do anteprojeto do Ministro Nelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 139-143, jan./mar. 1964.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Medidas de segurança no direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 113-118, jul./set. 1993.

FACCINI NETO, Orlando. Atualidades sobre as Medidas de Segurança. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, ano 53, n. 337, p. 93-107, nov. 2005. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 05 set. 2005.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1958. v. 1-2.

_____. *Código Penal brasileiro comentado: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. As medidas de segurança criminais e sua progressão executória: desinternação progressiva. In: SHECAIRA, Sergio Salomão (Org.) *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001.

_____. Os prazos de duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 701, p. 267-480, mar. 1994.

FONTELLES, Cláudio Lemos. Alguns aspectos da competência do Juiz das Execuções Criminais no apreciar medidas de segurança impostas pelo Juiz de conhecimento. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, ano 16, n. 38, p. 39-44, jan./jun. 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *História da loucura*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9. ed. revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. 1.

_____. Presunção normativa de periculosidade e garantias constitucionais. *ADV Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas*, São Paulo, COAD, dez. 1983.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. 37. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1975. v. 1, t. 1-2.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 5, p. 15-24, jan./mar. 1990.

_____. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 64-72, abr./jun. 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955. v. 1. t. 1.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1955. v. 1. t. 2.

_____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 3.

_____. Métodos e critérios para a avaliação da cessação de periculosidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 4, v. 22, p. 5, jul./ago. 1956. Também em: *Revista Jurídica*, v. 4. n. 39, ago. 2002 (Panteão dos clássicos). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_39/index.htm>. Acesso em 18 fev. 2009.

ITURBE, Arnoldo Garcia. *Las medidas de seguridad: ensayo de una teoria general basada en el derecho comparado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales, 1967.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

JUNQUEIRA, Roberto de Resende. A medida de segurança, a reincidência e a revisão. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo: Matéria Cível e Criminal*, n. 6, p. 27-32, abr./jun. 1968.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. As finalidades das medidas de segurança de internamento em Portugal e no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93. v. 828, p. 478-502, out. 2004.

LEVORIM, Marco Polo. Direitos humanos e medida de segurança. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 12, n. 141, p. 6-7, ago. 2004.

_____. *Princípio da legalidade na medida de segurança: determinação do limite máximo de duração da internação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 433-441.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1-2.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.

_____. *Introdução ao estudo do direito criminal*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946.

MACHADO PINTO, Marília Muricy. Medidas de segurança. In: *Boletim Penitenciário*, Salvador, Secretaria da Justiça do estado da Bahia, Departamento de Assuntos Penais, Divisão de Estudos Penais, ano 1, n. 2. jan./jun. 1973.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 0, p. 175-189, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal: propedêutica penal e norma penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 1.

_____. *Curso de direito penal: da infração penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2.

_____. *Curso de direito penal: o delinqüente, a sanção penal, a pretensão punitiva*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 3.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 3.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 433-441.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; PENTEADO, Jaques de Camargo. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 58, p. 10, set. 1997.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria, uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61-87.

MESSIAS, Simone Fagundes. Manicômio judiciário e a Lei de Execução Penal: garantias e violações. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 4, n. 1, p. 39-49, jan./dez. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Cinco temas controvertidos de direito penal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, Jurid Vellenich, ano 14, v. 80, p. 41-53, set. 1990.

NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. As medidas de segurança no novo Código Penal. In: O NÔVO Código Penal: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1942. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUVOLONE, Pietro. Penas e medidas de segurança do novo Código Penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, ano 37, n. 88, p. 295-303, jan./mar. 1975.

PAIM, Isaías. A crueldade da medida de segurança. *Esmagis*, Campo Grande, MS, n. 10, p. 119-137, jul./dez. 1997.

_____. Meio século de medida de segurança. *Esmagis*, Campo Grande, MS, n. 11, p. 49-59, jul./dez. 1998.

PANCHERI, Ivanira. Medidas de segurança. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 105-112, out./dez. 1997

PANTALEÃO, Juliana Fogaça. Medida de segurança e reforma da Lei de Execução Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5315>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

PENTEADO, Jaques de Camargo; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova proposta de aplicação de medida de segurança para os inimputáveis. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 58, p. 10, set. 1997.

PESSOTTI, Isaías. *O século dos manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Medidas de segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 82, n. 294, p. 381-383, abr./jun. 1986.

PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Jalovi, 1980.

PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. v. 1.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

QUEIROZ, Paulo. Penas e medidas de segurança se distinguem realmente? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 12, n. 147, p. 15-16, fev. 2005.

RAMOS, Maria Regina e Rocha; COHEN, Cláudio. Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 215-229, jul./set. 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase de execução das penas e medidas de segurança no direito português. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 380, p. 5-58, nov. 1988.

ROMANI, Dagoberto. Semi-imputabilidade. Aplicação apenas da medida de segurança. Desnecessidade de aplicação da pena privativa de liberdade e subsequente substituição pela medida de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 75, n. 605, p. 437-439, mar. 1986.

ROSSETTI, Janora Rocha. Da prescrição da medida de segurança. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Centro de Estudos, n. 40, p. 185-198, dez. 1993.

ROSSETTI, Janora Rocha; ALVIM, Rui Carlos Machado. *Jurisprudência das medidas de segurança*. São Paulo: LEUD, 1994.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

SANTOS, Marino Barbero. As medidas de segurança na legislação espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 33-39, jan./mar. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu e. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. v. 1.

SILVA, César Dario Mariano da. Da reabilitação e das medidas de segurança. In: SARTORI, Ivan Ricardo Garisio (Coord.). *Estudos de direito penal: aspectos práticos e polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SMANIOTTO, Edson Alfredo Martins. Da medida de segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 6, 2001.

SOUTO, Ronya Soares de Brito e. *A (i)legitimidade do processo de imposição das medidas de segurança no direito penal brasileiro: diagnóstico garantista*. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 343-364.

SOUZA, José Francisco Fischinger Moura de. Internação – Substituição por tratamento ambulatorial – Admissibilidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 3, n. 17, p. 58-63, dez./jan. 2003.

TAVOLARO, Douglas. *A casa do delírio: reportagem no Manicômio Judiciário de Franco da Rocha*. 3. ed. São Paulo: SENAC, 2004.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Medida de segurança, interdição ou prisão civil? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 7, n. 73, p. 6-8, dez. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 14. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. O discurso psiquiátrico na imposição e execução das medidas de segurança. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, RS, ano 6, n. 21, p. 131-146, jan./mar. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.